



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

266
2 ej.

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN

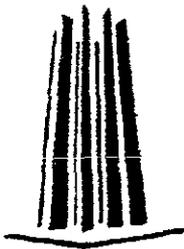
LA INIMPUTABILIDAD COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN
DEL DELITO Y LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN
DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA
INIMPUTABLES

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FELIPE QUINTANAR MONTOYA

ASESOR: LIC. FERNANDO PINEDA NAVARRO

MÉXICO

1999



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

266



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

Por haberme dado el ser y por que todos los humanos necesitamos de alguien superior que nos pueda ayudar a solucionar los incontables problemas que se nos presentan, por que no podemos tener una capacidad tan grande como para afrontarlos todos en la vida y por eso, instintivamente, sentimos la existencia de DIOS.

A MI PADRE. Manuel Quintanar Ortega.

Por todo el tiempo que te esforzaste y dedicaste tu vida en mí, para lograr hacer hoy el hombre que tu haz forjado a imagen y semejanza tuya siempre, ya que en la actualidad, soy lo que soy, por ti, y el logro que hoy acarician en tus manos, no es sino el fruto que recoges hoy, después de una ardua cosecha que tu mismo sembraste, por todo esto, sólo puedo decirte "MUCHAS GRACIAS PAPA, TE QUIERO MUCHO".

A MIS HERMANOS.

Manuel Humberto Quintanar Montoya.
Ramon Lucio Quintanar Montoya.
Juan Carlos Quintanar Montoya
Elsa Carolina Quintanar Montoya.

Les doy las gracias por haberme apoyado incondicionalmente en todo el trayecto de mi vida, y aconsejarme cuando más lo necesitaba, siendo un estímulo constante para mi superación.

A MI NOVIA. Catalina García Mondragón.

Por su ayuda, apoyo y comprensión incondicional, que me brindo hoy y siempre, y quien ocupa un lugar muy especial dentro de mi vida, a quien con amor dedico y comparto el presente trabajo.

A MI ASESOR.

Mtro. Fernando Pineda Navarro.
Por forjar en mí la inquietud del conocimiento y enseñarme el camino de la superación, siendo para mí un ejemplo a seguir.

AL LICENCIADO

José Lino Sánchez Sandoval.

Por enseñarme y fomentar en mí, el gusto y valor que tiene el conocimiento en la formación profesional, y quien ayudara a este humilde servidor, a alcanzar y culminar el anhelo del presente trabajo, constituyendo así un logro de ambos, siendo para mí un ejemplo y una meta a seguir.

A LA LICENCIADA

Ruth Villanueva Castilleja.

A Quien agradezco profundamente su apoyo y confianza, al brindarme la oportunidad de colaborar en el Consejo de Menores que tan dignamente preside.

AL CONSEJO DE MENORES INFRACTORES

Noble Institución de valores y justicia que me abrió sus puertas, para brindarme mis primeros conocimientos en mi vida laboral y profesional, forjando en mí la inquietud del conocimiento y la superación..

A LA TUNA UNIVERSITARIA

Quien ha estado a mi lado en el transcurso de mi vida universitaria y en cada lugar, en mi pensamiento, aún cuando no me encuentre hoy a su lado.

A LA U.N.A.M. CAMPÚS ARAGÓN

Por haberme brindado las bases profesionales, dándome la oportunidad de que en un futuro pueda retribuírselo a la sociedad que me lo demande.

CAPITULO III.- LA INIMPUTABILIDAD COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD, PRESUPUESTO NECESARIO DE LA CULPABILIDAD Y ESTA COMO PARTE NECESARIA PARA LA INTEGRACIÓN DEL DELITO.

3.1.- NOCIÓN JURIDICA DE LA CULPABILIDAD.....	62
3.2.- CLASES DE CULPABILIDAD.....	65
3.2.1.- EL DOLO.....	66
3.2.2.- LA CULPA.....	68
3.3.- LA IMPUTABILIDAD.....	70
3.4.- LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ANTES DE LAS REFORMAS DE 1983.....	74
3.4.1.- ESTADOS DE INCONSCIENCIA.....	74
3.4.2.- ESTADO DE INCONSCIENCIA TRANSITORIO.....	76
3.4.3.- ESTADO DE INCONSCIENCIA PERMANENTE.....	77
3.4.4.- POR SUSTANCIAS TÓXICAS, EMBRIAGANTES O POR ESTUPEFACIENTES.....	78
3.4.5.- POR ESTADOS TÓXICO-INFECCIOSOS.....	79
3.4.6.- MIEDO GRAVE.....	79
3.4.7. SORDOMUDEZ.....	81
3.4.8.- MINORÍA DE EDAD.....	82
3.5.- LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE 1983.....	84
3.5.1.- TRASTORNO MENTAL.....	84
3.5.2.- CLASES DE PERTURBACIONES.....	86
3.5.4.- DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO.....	87
3.5.5.- TRASTORNO MENTAL Y DESARROLLO INTELECTUAL DISMINUIDO.....	89
3.5.6.- LAS EXCLUYENTES SUPRA-LEGALES.....	91

CAPITULO IV.- EL PROCESO PENAL.

4.1.- PROCESO Y PROCEDIMIENTO.....	93
4.2.- PERIODO DE PREINSTRUCCIÓN.....	95
4.2.1.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.....	99
4.2.2. - EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL O ACCIÓN PROCESAL PENAL.....	101
4.3.- PERIODO DE PREPARACIÓN AL PROCESO.....	103
4.3.1.- AUTO DE RADICACIÓN.....	115
4.3.2.- DECLARACIÓN PREPARATORIA.....	116

4.3.3.- AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.....	108
4.4.- PERIODO DE INSTRUCCIÓN.....	109
4.5.- ETAPA DE JUICIO.....	115
4.6.- FALLO O SENTENCIA.....	117

CAPITULO V.- EL PROCEDIMIENTO PENAL QUE SE SIGUE A LOS INIMPUTABLES

5.3.- ETAPAS DEL PROCESO EN QUE SE PUEDE PRESENTAR LA INIMPUTABILIDAD.....	119
5.3.1.- EN LA COMISIÓN DEL DELITO (INFRACCIÓN).....	120
5.3.2.- DURANTE EL PROCEDIMIENTO.....	122
5.3.3.- DESPUÉS DE DICTARSE SENTENCIA.....	123
5.4.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL QUE SE APLICA A LOS INIMPUTABLES.....	124
5.5.- RECLUSIÓN DEL INIMPUTABLE.....	129
5.6.- SANCIONES.....	130
5.6.1.- LAS PENAS.....	131
5.6.2.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	132
5.7.- MEDIDAS DE TRATAMIENTO.....	133
5.7.1.- TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN.....	134
5.7.2.- TRATAMIENTO EN LIBERTAD.....	135
5.7.3.- APLICACIÓN DE 2/3 PARTES DE LA PENA Y MEDIDA DE INTERNAMIENTO.....	135
5.8.- TERMINACIÓN DEL TRATAMIENTO.....	136

CAPÍTULO VI.- LA PROPUESTA DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LOS INIMPUTABLES.

6.1.- INVESTIGACIÓN O AVERIGUACIÓN PREVIA.....	138
6.2.- ACCIÓN PROCESAL PENAL.....	141
6.3.- AUTO DE RADICACIÓN.....	143
6.4.- DECLARACIÓN DE DATOS GENERALES.....	146
6.5.- AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.....	148
6.6.- ETAPA DE INSTRUCCIÓN.....	150

6.6.1.- OFRECIMIENTO DE PRUEBAS.....	156
6.6.2.- DIAGNOSTICO.....	157
6.6.3.- AUDIENCIA DE DESAHOGO DE PRUEBAS Y ALEGATOS.....	159
6.7.- DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD.....	161
6.8.- MEDIO DE IMPUGNACIÓN.....	163
CONCLUSIONES.....	168
BIBLIOGRAFÍA.....	169

INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que el Estado Mexicano, al cual el pueblo entregó aquella potestad como lo es su soberanía, para que esté una vez constituido en sus poderes, cuente con la suficiente fuerza y capacidad para hacer cumplir aquellos valores máximos que la sociedad considera necesarios proteger, por ser estos los pilares esenciales, que la sociedad necesita para su convivencia, desarrollo y bienestar; dualidad reflejada no sólo en el poder que otorga la sociedad al Estado, sino además, comprometiéndolo y obligándolo a la vez a trabajar única y exclusivamente para el beneficio, desarrollo y mejor convivencia de esta, plasmados por el Poder Constituyente en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual nos indica la organización que el pueblo se ha fijado, principios básicos que configuran su forma de ser y actuar, otorgándonos las reglas del comportamiento de gobernantes y gobernados, constituyendo la primera norma de mayor jerarquía por las que se crea y delimitan todas las demás normas del orden jurídico, conteniendo múltiples garantías para que el hombre político y social pueda llevar realmente una mejor existencia, garantías que algunas veces los hombres tenemos sobre y por encima de el Estado, fortaleciendo así el estado de derecho de lo que México es y debe ser.

Como lo expresa el artículo primero de nuestra constitución, siendo éste, uno entre muchos otros preceptos de mayor trascendencia, toda vez que establece la preeminencia de los derechos humanos consagrados en la misma, el ámbito de aplicación a todos los habitantes del país y los límites de su restricción o suspensión, tocando en el presente trabajo de tesis uno de estos derechos fundamentales que el Estado debe de proteger a los ciudadanos, como lo es, el contemplado en su artículo 14, ubicado en la parte dogmática de nuestra ley fundamental, que señal el derecho que tiene todo gobernado a ser emplazo, oído, y vencido en juicio, así como ser juzgado con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, garantía que la vinculamos en el presente trabajo, en la materia del orden penal, en la cual el sujeto que comete un hecho que se considera delito por la ley penal sustantiva, debe primeramente ser enterado del juicio al cual se le sujetara, que autoridad o tribunal va a conocer de dicho juicio, debiéndose ésta, sujetar a las formalidades esenciales del

procedimiento y juzgarlo con las leyes expedidas con anterioridad al hecho, esto es, a todo sujeto que cometa una conducta considerada como delito, debe de seguirse un procedimiento, en el cual corresponde al Ministerio Público aportar los elementos necesarios para comprobar que el sujeto a quien se le instaura proceso penal, a cometido un delito, aún cuando dicho sujeto se pudiera encontrar en un estado de inimputabilidad; idea que se desprende de el artículo 67 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y del Código Penal para toda la república en Materia de Fuero Federal, al señalar, que en el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, *previo el procedimiento correspondiente*, esto es, que aun cuando el sujeto que se encontrase en un estado de inimputabilidad y que haya cometido algún hecho considerado como delito por la ley penal sustantiva, deberá el Estado seguirle un procedimiento, ya que de lo contrario, se estaría violando la garantía constitucional del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental, por tal razón, el presente trabajo se encamina a examinar que clase de procedimiento se le sigue en la actualidad a estos sujetos, que aún cuando el artículo 15 fracción VII, del Código Punitivo previamente invocado, establece que a estos sujetos se les excluirá del delito cuando no tengan la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, siempre y cuando no haya sido provocada intencional o culposamente; opinando algunos doctos del derecho que no puede ser posible que se le aplique un procedimiento a estos sujetos, pues estos carecen de la comprensión del mismo, así como de su aplicación, sin en cambio como lo señalamos anteriormente, forzosamente debe de serle aplicado un procedimiento, en virtud de lo cual nos abocamos a este respecto, llevando a cabo la investigación del porque el Estado además de respetar el artículo 14 constitucional, encuentra fundamento en aplicarle una medida de seguridad al inimputable por un estado permanente, cosa diversa que acontece con los que se encuentren en un estado de inimputabilidad transitorio, ya que a estos sujetos, si es más factible que se les pudiera excluir del delito, así por otro lado, llevamos a cabo una investigación de qué podríamos entender por trastorno mental y desarrollo mental retardado y inimputabilidad disminuida.

Surgiendo la inquietud de considerar que el procedimiento que se sigue a dichos sujetos, que se pudieran encontrar en estas circunstancias siempre y cuando no sean transitorias o esta sobrevenga después de iniciado el mismo, no es un procedimiento en sentido estricto y que aunque no viola garantías constitucionales pues permite que dicho sujeto se pueda defender, otorgándole el derecho de poder fundar sus pretensiones opositoras, si consideramos necesario, que debe tener una considerable modificación, porque, si bien es cierto, que el procedimiento debe cambiar o ser diferente a los que se llevan a cabo normalmente, consideramos que sólo su diferencia debe o puede tener una vinculación más estrecha en cuanto al sujeto al que se le aplica dicho procedimiento, pues es éste el que se encuentra en esta circunstancia, no así el tribunal, Ministerio Público o defensa, así como las demás personas que tuvieran que comparecer en el mismo para que el tribunal pudiese llegar a la verdad jurídica y de ser posible a la verdad histórica, además, consideramos que en el actual procedimiento que se sigue a los inimputables se encuentra una gran incertidumbre no sólo para el tribunal o juzgador, sino para el mismo inculcado, defensa y Ministerio Público, ya que expresa en dicho procedimiento, que inmediatamente que se compruebe que el inculcado está en alguno de los casos a que hace referencia el artículo 495 del Código Federal de Procedimientos Penales, cesará el procedimiento ordinario y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiera tenido el inculcado, y la de estudiar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial, considerando por nuestra parte, que por esta circunstancia se origina una incertidumbre en que clase de procedimiento ha de seguirse a los sujetos que se pudiesen encontrar en tal circunstancia, ¿qué clases de pruebas se podrán desahogar en éste procedimiento?, ¿de cuanto tiempo dispone el tribunal o juzgador para resolver en definitiva la situación jurídica del inculcado?, ¿con que etapas cuenta este procedimiento?, ¿qué debe tomar en cuenta el tribunal o juzgador para emitir su sentencia?, así como ¿qué podría suceder en el caso de que se cometa un delito que corresponda conocer a los juzgados de paz penal, si sólo estos conocen de procedimientos sumarios?, esto es, se pudiera dar un procedimiento especial ordinario o especial sumario.

Dándose en el presente trabajo de tesis, una propuesta basada en circunstancias importantes de considerar, para que pudiera existir un verdadero procedimiento especial en el que no se tiene que dejarse al recto criterio y prudencia del tribunal la forma de conducir el procedimiento especial, así como las etapas que debe de contener éste, las pruebas que se podrían o no admitir en dicho procedimiento, ya que consideramos que el procedimiento que se maneja en la actualidad, aunque no es violatorio de garantías constitucionales, se da en el caso que nos ocupa, una cierta ambigüedad para el inculpado, su defensor y en algunas ocasiones para el mismo tribunal o juzgador, que no sabe a ciencia cierta como llevar a cabo este procedimiento, convirtiendo además al juzgador en una especie de legislador pues a éste la ley, le concede la facultad de elaborar o llevar a cabo un procedimiento de acuerdo con su criterio, siendo entonces que los procedimientos que se pudieran aplicar por distintos tribunales pudieran o serian diferentes, en virtud de que los tribunales pudieran tener diferentes criterios, el cual en realidad será un "procedimiento especial" o "un trato especial en el procedimiento".

Razones estas por lo que nos abocaremos al estudio de LA INIMPUTABILIDAD COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL DELITO Y LA NECESARIA REGLAMENTACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA INIMPUTABLES; comenzando para su desarrollo con los antecedentes históricos de la inimputabilidad en el capítulo primero elaborado a diversas legislaciones de distintos países y en distintas épocas, así como sus teorías y procedimientos aplicados a los sujetos inimputables o aquellas de las cuales carecían de estos o simplemente no los contemplaban en sus legislaciones, prosiguiendo posteriormente en el capítulo segundo, a estudiar la parte general del derecho penal (concepto, fuentes y elementos), así como el estudio del delito en las distintas escuelas penales; concepto, esencia, y elementos; investigando en el capítulo tercero, el aspecto negativo de la imputabilidad presupuesto necesario de la culpabilidad y esta como parte necesaria para la integración de la responsabilidad en el delito, comenzando con el concepto y clases de la culpabilidad y concluyendo con el análisis de la inimputabilidad contemplada en el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y en el Código Penal para toda la República en Materia de Fuero Federal antes y después de las

reformas llevadas a cabo en 1983; en el capítulo cuarto se abordará el concepto de proceso penal, diferencias entre proceso y procedimiento, las primeras cuatro etapas o procedimientos en los que se divide el proceso penal en el orden federal, abordaremos llegando al capítulo quinto el procedimiento penal que en la actualidad se le sigue a los sujetos inimputables que cometieron una conducta considerada como delito, así como las clases de medidas de seguridad aplicadas a los inimputables, y por último en el capítulo sexto expresaremos los cuestionamientos de por que consideramos necesario la modificación en cierto sentido de algunas etapas del procedimiento ordinario o sumario, necesarias para poder entrar al procedimiento especial, así como señalando de que etapas contara este procedimiento especial; que pruebas se podrán desahogar en el mismo, y sus medios de impugnación.

CAPITULO I

PANORAMA HISTÓRICO DE LA INIMPUTABILIDAD.

1.1.- DERECHO ROMANO.

1.2.- CÓDIGO DE BAVIERA.

1.3.- LEGISLACIÓN ARGENTINA.

1.4.- LEGISLACIÓN CHILENA.

1.5.- LEGISLACIÓN CUBANA.

1.6.- DERECHO AZTECA.

1.1.- DERECHO ROMANO

Las acciones penales en el derecho romano, consistían en aquellas obligaciones nacidas de actos perseguidos en virtud de una ley o de un edicto pretoriano, a los cuales se les aplicaba un juicio penal ordinario, se les denominaba "*delicta*" (delitos del *ius civile*), en contraposición al ilícito "*crimen*" que daba lugar a un juicio público y aplicado por tribunales especiales (delitos que afectaban la seguridad del Estado). El *delicta* es el acto ilícito generador de *obligatio* (obligación), castigado por el *ius civile* con pena privada; a diferencia del crimen que es el acto ilícito castigado con pena pública.

El término más amplio para designar a todos los actos ilícitos que dan lugar a una represión jurídica es el de "*in iura*", es decir, lo contrario al "*ius*", que equivaldría exactamente a "torcido". Sólo en la época postclásica y justiniana, *delicta* y *crimen* son términos y conceptos frecuentemente equiparados y confundidos.

La jurisdicción sobre los crímenes es principalmente la de los tribunales públicos permanentes (*quaestiones perpetuae*), que eran especializados para un determinado tipo de delito, y dado el progreso del derecho criminal resultante, por una parte, de la asimilación de nuevos tipos de actos punibles a los tipos básicos de los respectivos tribunales ya existentes, y de otra, a la creación de nuevos juicios (*extra ordinem*), dando lugar, sólo en la última época clásica, a que empezaran a interesarse los juristas romanos por el derecho criminal.¹

Las *quaestiones perpetuae* aparecieron en el siglo II A. C., en la época de Sila, quedando establecidas siete *quaestiones perpetuae* ("concusión" de magistrados), las cuales fueron las "*sicariis*" (homicidio), la de "*veneficiis*" (envenenamiento), de "*maiestate*" (abuso de poder y traición a la soberanía del pueblo), de "*ambitu*" (manejos ilícitos en las elecciones, sólo para los municipios en época imperial), de "*peculatu*" (apropiación de fondos públicos) y de fecha incierta la "*lex Fabia de plagiariis*" (relativa al apoderamiento secuestro de personas libres).

Refiriéndose a los distintos delitos criminales, el libro 48 del Digesto contemplaba los actos contra el *populos* o su seguridad, actos de adulterio, convocar a hombres para hacer violencia, haber robado en un naufragio, haberse apropiado de dinero sagrado, religioso o público, entre otros crímenes más. La justicia coercitiva y policial de los magistrados se manifiesta, por otro lado, en el tribunal de los *Tresviri Capitaes*, al que desplaza en el Imperio la jurisdicción del *Praefectus Urbi* y del *Praef. Vigilum*. En las provincias, las causas ilícitas criminales, lo mismo que los delitos civiles, eran sometidas a la jurisdicción del gobernador de la provincia.

En esta época, la penas de los juicios criminales eran comprendidas bajo las diferentes denominaciones, como: a) la Pena Capital, que generalmente se llevaba a cabo a golpe de espada: la deportación con pérdida de la ciudadanía; y la condena en minas; las dos últimas con la pérdida de la libertad; b) los Trabajos forzados y el apaleamiento; éstos no hacían perder la ciudadanía y c) la Prisión llevada a cabo con cadenas o sin ellas, que no constituía propiamente una pena, sino una situación transitoria del acusado en el juicio criminal, de las cuales se diferenciaban las penas aplicadas a los esclavos, ya que por esa calidad estas eran mucho más severas.

La anterior división muestra que en el derecho romano, entre los delitos privados y los delitos públicos, existía cierta distinción de la pena que se aplicaba a ambos, así como el órgano jurisdiccional que tenía competencia para conocer de ellos, pues en la época clásica la pena privada tenía carácter punitivo, el delito civil era una ofensa inferida al individuo, y la pena por más que fuera pecuniaria, cumplía en ese tiempo con la finalidad de expiación.

Los delitos del *ius civile* consistían en agravios privados, bien de carácter patrimonial, por sustracción o daño de cosas ajenas, bien de carácter personal, por lesiones corporales u ofensas morales.

Dentro del *ius civile*, la *obligatio ex delicto* nace de cuatro delitos típicos que son: el *furtum*, la *rapiña*, la *iniura* y el *danum iniura datum*, y en la época postclásica se da la

¹DÓRS. Derecho privado romano. P 416.

segunda categoría de los delitos que eran los cuasi delitos, que antes eran perseguidos por el pretor mediante acciones *in factum*, y que se integraron al campo de las obligaciones como obligaciones “*quasi ex delicto*”.

Los romanos no conocieron un planteamiento general y abstracto del delito, sino que se refieren siempre a determinados casos concretos, el *furtum*, la *inuria*, que vienen ya de la ley de las XII tablas; la *rapina* no es sino una forma particular de *furtum* sancionada por el pretor; y el *damnum inuria datum*, fuera de algunos antecedentes anteriores proviene de la *lex Aquilia*.

En los delitos privados, la pena suele consistir en un múltiplo (duplo, triple, cuádruplo) del valor del daño causado. En algunos casos se dan, además de las acciones penales, otras acciones reipersecutorias, reivindicatorias, que pueden acumularse a las puramente penales; como ocurría, por ejemplo, en el caso de hurto, que correspondía exclusivamente al propietario la acción reipersecutoria de la cosa hurtada, en tanto que la acción penal, no sólo correspondía al propietario sino también al que tenía interés directo en que no se cometiera el hurto, como ocurre, en su caso, con el que responde frente al propietario por pérdida de la cosa (responsabilidad por custodia), así en otras acciones la misma pena contiene el resarcimiento del daño a pesar de lo cual la acción sigue siendo penal.

El cuadro de las obligaciones nacidas de delitos, tal como se nos presenta en el derecho romano clásico, es eminentemente pretorio y no civil; sin embargo, se conservan acciones civiles en el caso de hurto y en el de daño; en otros casos, como ocurre con el delito de lesiones, la nueva acción pretoria (*actio iniuriarum*) sustituye a las antiguas civiles tipificadas sólo por el derecho pretorio, y, que por lo tanto, no son fuente de obligación en sentido estricto.²

En la antigua Roma, para que se cometiera un delito, se requería una intención maliciosa (*dolus malus*), esto es, los delitos del derecho civil, como los crímenes públicos,

²Ibidem. pag 418.

presuponen la malicia de quien los comete (*scientia dolo malo*), y por eso no era capaz de delinquir quien no tenía *capax doli*,³ sin embargo, la Jurisprudencia interpretó la palabra *inuria* de la *lex Aquilia* como *damno*, para tipificar el delito culposo, a la que bastaba la mera culpa, para originar una acción penal sin culpa, como acontecía en la acción pretoria por delitos cometidos por los dependientes, deduciéndose de la antigua *lex* que la capacidad para contraer obligación “*ex delicto*” es distinta a la de las obligaciones que Gayo menciona “*ex contractu*”; en virtud de esta situación, para los romanos interesaba que el delincuente sea capaz de ejercitar esa intención dolosa o culposa; así el esclavo, el prodigus, la mujer, el *impuber pubertati proximus*, son capaces de contraer obligaciones *ex delicto*, en cambio no lo son así el *infans*, (menor de siete años según el límite que prevaleció en la época de Justiniano), el *furiosi* (loco) o el *impuber infantiae proximus*.⁴

1.2. CÓDIGO DE BAVIERA

El Código de Baviera del 16 mayo de 1813, obra de Feuerbach.

El Rey de Baviera , José Maximiliano, había encargado a Gallus Aloys Kleinchord un proyecto de Código Penal para el reino de Baviera, quien lo publicó en 1802, en el que se daba al juez amplia libertad para individualizar la pena, situación criticada por Feuerbach a quien se le encargó el nuevo proyecto del Código Penal, caracterizándose por su calidad terminológica y precisión conceptual, así como por su decidido sentido individualista, por no penar al que se hallaba en invencible error de derecho y no tipificar cualquier conducta que no afectase bienes jurídicos.

Aceptaba la división tricotómica de las infracciones reservando las infracciones de policía a una ley especial, con el objetivo de no extender el campo del derecho penal que amenazaba con crecer desmesuradamente por la injerencia estatal, contemplando entre sus normas once casos en los que se conminaba la pena de muerte, así como distinguiendo diferentes penas privativas de libertad. El juez tenía escaso margen para la

³ibid. pag 421.

⁴DÍ PRIETO, Alfredo. *Institutas de gavo* P 573.

individualización de las penas, lo que originó que en 1816 se dictara una ley que autorizaba al juez a disminuir hasta la mitad de la pena de robo, reconociendo Feuerbach las dificultades de una vinculación estricta del juez a la ley, y manteniéndose vigente hasta 1861

Este Código fue de gran importancia para el derecho penal argentino, y se componía de 459 artículos, divididos en tres libros como eran: I.- Preceptos legales generales sobre crímenes y delitos; II.- De los crímenes y su punición y III.- De los delitos y su punición, documento en cuyo artículo 20, se contenía las causas por las cuales se eximía de la pena:

“Art. 120.- 1.- Los menores de diez años; 2.- Los furiosos, los locos y en general los que hayan perdido completamente el uso de la inteligencia y cometan un crimen en este estado; 3 - Los imbeciles incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad; 4.- Las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efectos de la senectud; 5.- Los sordo-mudos, que no hayan recibido la educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni sido instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad este fuera de duda.” “Las personas nombradas que cometa algún crimen serán encerradas en alguna de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su familia, según lo estime el juez conveniente.”⁵

1.3 LEGISLACIÓN ARGENTINA

Comenzaremos el presente estudio de la legislación Argentina partiendo por así considerarlo el de mayor importancia y trascendencia para esta legislación, con el Código Tejedor, sancionado por diversas provincias de Argentina hasta que el Congreso de la Nación Argentina lo sancionó como Código Penal, estando vigente en casi todo el territorio del país, conocido como “Código Tejedor”, toda vez que en diciembre de 1864 se designó al Dr. Carlos Tejedor para redactar el proyecto de Código Penal para la Argentina, el cual

⁵RAUL ZAFARONI, Eugenio Tratado de derecho penal. Ed. Cardenas México 1988 pag. 122.

estaba compuesto de dos partes, la primera de las cuales contenía las disposiciones generales que se aplicaban a todos los actos culpables, hallándose dividida asu vez en dos libros: “El primero que se ocupaba de la formación del delito; cómo ha de castigarse la tentativa tomando en cuenta lo más cerca que se hubiera encontrado en la consumación del delito, los diferentes grados de culpabilidad, en oposición con el crimen voluntario, el castigo a los diferentes grados de complicidad, así como el auxilio, en oposición al del autor principal, como debe de proceder el juez en el caso de concurso de crímenes y de reincidencias. El segundo libro trataba las penas, sus diferentes clases, duración y efectos, así como las causas que eximían de ellas, atenuantes y agravantes, así como el modo de extinguirse; el Dr. Carlos Tejedor en unas de sus notas confiesa haber seguido principalmente el Código de Baviera.”⁶

Carlos Tejedor conservó el libre arbitrio de los jueces, pero encerrado dentro de los límites que deben circunscribirlo, de tal modo que todas las penas sean penas legales. Para llegar a este establecimiento en la proporción, determinó en la mayor parte de los casos un máximum y un mínimum, dentro de los cuales los tribunales podrán aumentar o disminuir el cuánto de la represión penal; y en esta apreciación misma, trazo las reglas de conciencia de los magistrados.⁷ Siguiendo en la primera parte del código las huellas de Feuerbach.

La segunda parte del proyecto de Código Tejedor se publicó en Buenos Aires en 1867, con el mismo estilo de la primera, pero aquí Carlos Tejedor renunció a la sistemática de Feuerbach , aplicada a la primera parte, en cuanto a la separación de los crímenes y los delitos, agrupando ambos en orden a bienes jurídicos, y encabezando el listado los delitos contra la vida.

Adoptaba la división tripartita de las infracciones (crímenes, delitos y contravenciones), aunque no legislaba sobre las contravenciones ni los delitos de imprenta, delitos militares y del fuero nacional, en su artículo 8° adoptaba una definición de dolo conceptualizado como dolo malo que requería la conciencia de la antijuricidad, y aún de

⁶Ibiden. pag. 410.

punibilidad, en su artículo 9º, no consagraba la irrelevancia del error sobre la gravedad de la pena, del móvil o de la naturaleza del objeto final; consagraba la presunción del dolo artículo 13; y hacía referencia al dolo de consecuencias necesarias, artículo 14. El artículo 21 consideraba a la culpa como infracción a un deber de cuidado, distinguiendo en su artículo 24 la culpa grave de la ligera (artículo 25), y en el artículo 26 en cuanto a la culpa - no así - respecto al dolo - no admitía el error de derecho salvo los casos de “ imbecilidad, estupidez grosera u otros vicios de inteligencia.”

Sancionaba expresamente con el *nullum crimen sine lege* y el *nullum poena sine lege*, estableciendo un sistema de penas en su artículo 90, distinguiendo las penas corporales- muerte, presidio, penitenciaria, destierro, confinamiento, prisión y arresto- de las privativas del honor y humillantes -inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, satisfacción, vigilancia de la autoridad y represión- y de las pecuniarias -multa, caución, comiso, costos y gastos.⁸

Como consecuencia de este principio, quedaban exentos de pena los inimputables, artículo 147; los que actuaban en error invencible de derecho, artículo 148, inc. 1º, el trastorno mental transitorio, inc. 3º, la fuerza irresistible y la coacción inc. 2º, y la obediencia jerárquica, artículo 149. Preveía también el estado de necesidad justificante, aunque limitado a la propiedad, y el legítimo ejercicio de un derecho, artículo 151, con prolijidad se encargaba de la legítima defensa y del exceso artículo 152.

Contemplaba la atenuación legal de la pena declarando sujeto sólo a corrección doméstica a los menores de diez años, [artículo 164], y beneficiaba con gran atenuación a los menores de catorce años con discernimiento, [artículo 165]. En menor medida disminuía la pena de menores de diez años y ocho años capaces de discernimiento, artículo 166, y para los menores de veintiún años autorizaba a los tribunales a reemplazar la pena de muerte por la de penitenciaría por tiempo indeterminado, [artículo 166]. En cuanto a los delitos culposos de los menores de diez años, los sometía a corrección doméstica, [artículo 169], estableciendo también que los menores deberían quedar separados de los mayores

⁷Ibid. pag. 411

privados de libertad; cuando la prisión preventiva excedía de dos años, no era aplicable la pena de muerte, [artículo 172], manejando que las causas personales no eran comunicables entre los partícipes del delito, [artículo 174].

El artículo 147 del Código Tejedor seguía al artículo 120 del Código de Baviera, que eximía de pena a: “ 1° Los menores de diez años, 2° los furiosos, los locos y en general, los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en este estado; 3° Los imbeciles incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad; 4° Las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efectos de senectud; 5° Los sordo mudos, que no hayan recibido la educación conveniente, para conocer la criminalidad de sus actos, ni siendo instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda”. “Las personas nombradas con anterioridad que cometan algún crimen serán encerradas en algunas de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su familia, según lo estime el juez conveniente”.⁹

El artículo 148 declaraba que la acción no estaba sujeta a pena generalmente “siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación de cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia, no imputable al agente y durante la cual éste no a tenido consciencia de dicho acto o de su criminalidad”

Posteriormente al Código Tejedor, en el año de 1868, el Congreso de la Nación autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar una comisión examinadora que revisara el Código Tejedor, la que en lugar de examinarlo, procedió a crear un nuevo código, tomando como base la legislación brasileña, y española entre otras y fue conocido como proyecto de Villegas, Ugarriza y García, los cuales concluyeron su trabajo en 1881, eximiendo de responsabilidad en su artículo 93, inc. 3° al “que ha cometido el hecho en estado de demencia, sonambulismo, enajenación mental o imbecilidad absoluta.

⁸Ibidem. pag. 415.

⁹Ibid. pag. 415

Dándose en lo sucesivo la creación de más proyectos, con la salvedad que después del proyecto de 1868, los demás proyectos tomaron como base el Código Tejedor, y sólo fueron ajustándolo a la época mediante la propuesta de reformas a éste, que en algunos casos fueron consideradas y en otros no, culminando en el Código Penal de 1921, Presentando algunos de estos proyectos diferencias respecto de las causas que eximían de la pena y que a continuación mencionaremos.

El código de 1886, en el inc. 1° del artículo 81 rezaba: “El que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria; y en general, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante la cual éste no ha tenido consciencia de dicho acto o de su criminalidad”.

En el proyecto de 1891, en su artículo 59, declaraba exentos de responsabilidad criminal: “1° El que ha cometido el hecho bajo la influencia de una enajenación o enfermedad mental cualquiera. 2° El que ha resuelto y ejecutado el echo en estado de embriaguez completa o accidental, sobrevinida sin culpa suya. 3° El que ha ejecutado el hecho en virtud de una sugestión hipnótica a que no ha prestado su consentimiento”.

Del proyecto de Lisandro Segovia, en el artículo 15, inc. 1° decía; “el que ha cometido el acto en estado de demencia u otra morbosa alteración de la inteligencia que le prive de la consciencia o de la libre determinación de su voluntad. En esta disposición general se comprende especialmente la imbecilidad completa, la beodez completa y el sonambulismo y el hipnotismo, no siendo provocados”

Posteriormente al Código Penal de 1921 existió un proyecto el de 1937, el cual representó un contraste drástico, porque siguiendo la línea positivista, no eximía de responsabilidad a los inimputables. aunque nunca tuvo aprobación.

Dentro de esta legislación se encuentran varios proyectos propuestos para que se adaptaran al Código Penal y se les conocen como proyectos de “estado peligroso”,

pretendiendo incorporar un título XII “bis” bajo el nombre de “Del estado peligroso”, con un sistema de medidas que incluían: establecimiento especial, reclusión por tiempo indeterminado, internación en establecimientos psiquiátricos de curación y cuidado, internación en establecimiento para alcohólicos y drogadictos, detención en casa de trabajo y expulsión de extranjeros, y a las que se sometían inimputables, enfermos mentales, multireincidentes, vagos y mendigos habituales, ebrios, toxicómanos, estos proyectos, manejaban los términos peligrosidad delictual y peligrosidad predelictual, dándose la situación de llegar al grado de elaborar un proyecto de estado peligroso sin delito, por Carlos de Aranza, Eusebio Gómez, Nerio Rojas y Ricardo Seeber.¹⁰ Ninguno de estos proyectos por azares del destino o por que existía un choque violento con las más elementales garantías constitucionales, no fue aprobado.

Hacemos una breve mención de algunos proyectos en los cuales se contemplaba que se debería entender por inimputables:

El proyecto de 1941 se limitaba a declarar inimputable al que obrare “en situación de trastorno mental transitorio, sin carácter patológico, cuando no pueda discriminar la naturaleza ética de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos”, para estos casos se limita a establecer una medida de seguridad por tiempo indeterminado (artículo 50).

El proyecto de 1953, en su artículo 7º rezaba: “es inimputable quien, en el momento de cometer el hecho, no puede comprender la criminalidad de su conducta y dirigirla de acuerdo con esa comprensión, sea por enfermedad mental, insuficiencia de sus aptitudes psíquicas, o trastorno mental involuntario”.

En el proyecto del 1960 de código penal “el que no haya podido en el momento de cometer el hecho, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a la insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de las mismas o una grave perturbación de la conciencia”. (art. 24).

¹⁰Ibid. pag. 434.

El proyecto de 1974-1975 establecía que no es punible “ el que en el momento del hecho no hubiera podido comprender su criminalidad o dirigir sus acciones, sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración de las mismas o por grave perturbación de la conciencia que no le fuera imputable”.

El Código Penal de la Nación Argentina de 1921, en su Título V, hace referencia a la inimputabilidad, contemplada en el artículo 34 inc. 1º, que menciona las circunstancias que en el momento del hecho delictuoso afectasen la comprensión de la criminalidad del acto o la dirección de las acciones hacia este, los siguientes términos:

“Artículo 34.- No son punibles:

1º El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de las facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones .

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se pudiera lastimar a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.¹¹

¹¹Código Penal de la República de Argentina. pag. 14.

1.4 LEGISLACIÓN CHILENA

El Código Penal de la República de Chile de 1949, en su Libro Primero, Título I, nos señala las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, que en el inciso 1° del artículo 10 establece la inimputabilidad del loco o demente como una circunstancia que exime de responsabilidad al señalar que:

“Artículo 10.- Están exentos de responsabilidad criminal:

1°.- El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.

Cuando un loco o demente hubiere ejecutado un hecho que la ley califica de crimen o incurriera en reiteración de otros que importen simples delitos, el tribunal decretará su reclusión en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal.

En otro caso será entregado a su familia bajo fianza de custodia, y mientras no se presente dicha fianza se observará lo dispuesto en el párrafo anterior.

2°.- El menor de dieciséis años.

3°.- El mayor de dieciséis años y menor de veinte, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.”¹²

El mismo ordenamiento señala en su Libro Segundo, Título VII, el procedimiento que se seguirá al procesado cuando el juez advirtiera indicios de enajenación mental en éste, así como qué pasara en el caso de que existieran copartícipes con el mismo indiciado, contemplado en los artículos 348, 349 y 350, que a continuación transcribiremos:

¹²Código Penal de la República Chilena. Libro I Título I. pag. 10 y 11.

“Artículo 384.- Si el juez advierte en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de facultativos en el establecimiento en que se halle detenido, o en una casa de dementes si es más a propósito o si está en libertad.

Sin perjuicio de este reconocimiento, el juez recibirá información acerca del estado mental del procesado. En esta información serán oídas las personas que puedan deponer con acierto, en razón de sus circunstancias personales o de las relaciones que hayan tenido con el inculpado o reo antes y después de haberse ejecutado el hecho.”

“Artículo 349.- Si la demencia sobreviene después de cometido el delito, reconocida que sea, y recogidos todos los datos que puedan reunirse para la comprobación del cuerpo del delito y determinación del delincuente, se mandará sobreseer en la causa, para continuarla cuando el inculpado recupere la salud.

Si la demencia sobreviene después de pronunciada la sentencia de término que imponga pena al procesado, se observará lo dispuesto en la regla 2º del artículo 81 del Código Penal.

Si, en el caso del primer inciso de este artículo, hay otros reos comprendidos en el proceso, el sobreseimiento será parcial y sólo con respecto al demente, debiendo seguirse la causa con los demás reos con arreglo a la ley.”¹³

“Artículo 350.- El juez podrá, cuando lo considere conveniente, practicar las indagaciones necesarias para apreciar el carácter y la conducta anterior del inculpado o reo, y no podrá negarse a practicar esta investigación cuando el mismo inculpado o reo la solicite.”¹⁴

Este ordenamiento legal maneja también en su Libro Primero, correspondiente al Título III, que se refiere a la ejecución de las penas y su debido cumplimiento, nos remite al

¹³Ibid. pag. 15 y16

¹⁴Ibidem. pag. 15 y16.

artículo 349 del mismo ordenamiento legal anteriormente citado, en su artículo 81 que nos dice:

Artículo 81.- Si después de cometido el delito cayere el delincuente en estado de locura o demencia, se observarán las reglas siguientes:

1º.- Cuando la locura o demencia sobrevenga antes de pronunciarse la sentencia de término, se suspenderán los efectos de ésta sin aplicarse al reo pena alguna corporal hasta que recobre la razón, observándose lo que para tales casos se determine en el Código de Procedimientos.

2º.- Cuando tenga lugar después de pronunciarse dicha sentencia, si ella le impone pena de crimen, el tribunal dispondrá su traslación a uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, y si la pena fuere menor podrá acordar, según las circunstancias, o bien que sea entregado a su familia bajo fianza de custodia y detenerle a disposición del mismo tribunal o que se le recluya en un hospital de ancianos.

En cualquier tiempo que el loco o demente recobre el juicio se hará efectiva la sentencia; pero si ella le impusiere privación o restricción temporal de la libertad, se computará su duración el tiempo de la locura o demencia.

1.5. LEGISLACIÓN CUBANA.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal de la Legislación Cubana, en su Libro II, Título III, nos refiere sobre lo que acontece en el procedimiento cuando se presenta un procesado o inculcado con enajenación mental, contemplado en algunos artículos que para mayor comprensión se transcribirán textualmente.

“Artículo 381.- Si el Juez advirtiere en el procesado indicios de enajenación mental, le someterá inmediatamente a la observación de los Médicos Forenses en el

establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad.

Los Médicos darán en tal caso su informe del modo expresado en el Capítulo VII de este Título."¹⁵

Dado que en Cuba no existe el cuerpo de Médicos Forenses, desempeñando dicho servicio, este lo lleva a cabo la Beneficencia Municipal de cada Territorio, situación, que obligan a considerar supletorios de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que si bien esos preceptos no fueron dictados con vistas al enjuiciamiento penal, de alguna manera sirven a ese objeto como se expresan en los artículos siguientes de esta última ley referida.

*"Artículo 59.- La observación de los presuntos dementes se practicará en los locales adecuados que dispondrá al efecto la Municipalidad a que los enfermos pertenezcan, y en los cuales permanecerán durante el período de observación hasta que sea trasladados al Hospital de Dementes del Estado, o dados de alta, según los casos."*¹⁶

*"Artículo 360.- Las municipalidades donde no existan los locales adecuados para observación ordenada por esta Ley remitirán sus enfermos a fin de que dicha observación se practique en los Hospitales del Estado, cuyo número y situación determinara el Secretario de Sanidad y Beneficencia. (hoy Ministro de Salud)."*¹⁷

*Artículo 363.- La observación a que deben ser sometidos los presuntos enajenados, se realizará en un término que nunca exceda de treinta días, y el Juzgado podrá exigir informes periódicos al Director del Establecimiento."*¹⁸

¹⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal de Cuba. Libro II. Título V. Capítulo III. 578.

¹⁶ Ibidem pag. 578.

¹⁷ Ibid pag. 578.

¹⁸ Ibidem pag. 579.

Artículo 365 - Los Médicos encargados de la observación, examinarán al enfermo y observarán cuidadosamente los síntomas de su caso. Dentro de un término que no exceda de treinta días a partir del inicio de la observación, remitirán por escrito, el informe, que será suscrito por todos los que hayan concurrido a la observación, y en él determinarán si el enfermo está o no demente. Los Médicos informantes harán constar que no son parientes del solicitante dentro del cuarto grado civil. Asimismo, contendrá el informe la relación de los hechos en que se funde. Los Médicos que conozcan del caso, dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la firma.¹⁹

El artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su Título V Capítulo VII, precisa lo que contendrá el informe pericial que nos dice:

1º.- Descripción de la persona o cosa que sea objeto del mismo, en el estado o del modo en que se halle. El Secretario extenderá esta descripción, dictándola los peritos y suscribiéndola todos los concurrentes.

2.- Relación detallada de todas las operaciones practicadas por los peritos y de su resultado, extendida y autorizada en la misma forma que el anterior.

3º.- Las conclusiones que en vista de tales datos formulen los peritos, conforme a los principios y reglas de su ciencia o arte.

Además el juez podrá, por propia iniciativa o por reclamación de las partes presentes o de sus defensores, hacer a los peritos, cuando produzcan sus conclusiones, las preguntas que estime pertinentes y pedirles las aclaraciones necesarias, considerándose las contestaciones de estos como parte de su informe. Para llevar a cabo este informe el juez facilitará a los peritos los medios materiales necesarios para practicar la diligencia que se les encomiende.

¹⁹Ibid pag. 579

Artículo 382.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 381, el Juez recibirá información acerca de la enajenación mental del procesado en la forma prevenida en el artículo 380.²⁰

Algunos textos del Código de Enjuiciamiento Criminal consideran derogado el artículo 380, estimando algunos autores que únicamente fue modificado, y que menciona que, el juez instructor deberá recibir, independientemente del informe de los peritos Médicos, la información de las personas que puedan deponer con acierto sobre el estado mental del procesado, no en razón de sus conocimientos técnicos, sino a virtud de sus relaciones con el mismo antes o después de haber realizado el hecho punible.

La Ley, lo mismo que en cuanto a la edad y al concepto moral del procesado, atiende también a un estado adoptado toda suerte de garantías para determinarlo, ya que ello habrá de influir directa y esencialmente en el fallo que pueda dictarse.

El artículo 383, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la legislación Cubana señala; Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código de Defensa Social, prescribe para los que ejecuten el hecho en estado de demencia.²¹

Si hubiere algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo.

Así el Código de Defensa Social, en su artículo 35-A, estatuye la inimputabilidad a consecuencia de la enajenación mental o la imbecilidad; considerándolas circunstancias personales de atenuación en su art. 37-A-1, y base para la declaración de estado peligroso y aplicación de medidas de seguridad, en sus artículos 48-B-1, 580, 586-2-3 y 4, y 593-E, incluyendo entre los enajenados mentales a los alcohólicos y toxicómanos habituales.

²⁰Ibidem pag. 579.

Surgen dudas en este artículo en cuanto que se plantea el caso de que, sobrevinida la locura o imbecilidad después de cometido el delito, se estará a lo dispuesto en el precepto invocado anteriormente; pero este ordenamiento no contempla cuando la locura es anterior al hecho delictuoso, o si sobrevino ya abierto el juicio oral, citando algunos autores que pretendieron dar solución al primer supuesto, que deberá hacerse lo que establece el artículo 383, que maneja que una vez comprobándose la enajenación mental, se archivará la causa, que habrá de quedar suspensa, hasta que el inculpado recobre la salud quedando sujeto a las medidas de seguridad pertinentes. Y si la enajenación mental sobreviniera después de ser declarado concluso el sumario y ya remitido este a la audiencia, deberá ser igualmente aplazado hasta que el acusado recobre la salud, de acuerdo con los preceptos del Código de Defensa Social de la Habana Cuba.

En este orden de ideas la consagración de una jurisprudencia emitida en este país que contemplaba cuándo no se puede celebrar un juicio oral en determinada causa por estar recluido el procesado en la Leprosería del Rincón y no ser posible su traslado a Santiago de Cuba, se llevará acabo por analogía lo que dicta el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El artículo 351 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, dice: el Hospital de Dementes tiene por objeto la asistencia facultativa de los enajenados, y ninguna persona declarada como demente será recluida en prisiones, cárceles, hospitales para enfermo u otras instituciones análogas, sino remitida con las debidas precauciones a dicho hospital, o a otros hospitales análogos que se establezcan en el futuro por el Estado, debiendo en consecuencia que los reclusos que pierdan la razón, deben ser trasladados al hospital de dementes, correspondiendo los gastos que origine dicho traslado a los Municipios.

²¹Ibidem pag. 580.

FALTA PAGINA

No. 79

voluntariamente, por ser prisionero de guerra, por ser vendidos por sus padres o por haber cometido un crimen.²³

Los aztecas contemplaban la pérdida de los derechos civiles como resultado de actos abiertamente antisociales; en general la costumbre dictaba la conducta humana y el pertenecer a una comunidad traía consigo subsistencia y seguridad; el separarse de ella o el ser expulsado, significaba la muerte en manos de los enemigos, así como ser presa de las fieras.

Todo el mundo tenía propiedad de alguna clase; pero la mayor parte pertenecía a la comunidad y al individuo sólo sus productos, no existiendo libertad de pensamiento individual ni fortunas personales.

Con el crecimiento de la población a un grado en que sólo los dirigentes eran conocidos por la sociedad en su conjunto, tendió a restringir su sentido comunitario y de cooperación, de modo que los robos y otros delitos de menor importancia aumentaron al disminuir la responsabilidad solidaria, ya que el pueblo estaba compuesto por un gran número de guerreros diestros en las armas, originando derramamientos de sangre, por lo que se hizo necesario crear los tribunales citados anteriormente, que ejercieran su jurisdicción en los asuntos de la comunidad.²⁴

La restitución al ofendido era la base principal para resolver los actos antisociales; el destierro era la suerte que esperaba al malhechor que ponía en peligro a la comunidad, en la comisión de los delitos y los castigos de las leyes aztecas, no fue necesario recurrir al encarcelamiento para hacer cumplir el castigo de un crimen. Sin embargo, se empleaban jaulas y cercados para recluir a los prisioneros, antes de juzgarlos o de sacrificarlos.

En esta civilización existieron diversos delitos que eran castigados de diversas maneras tales como: el asesinato, que traía consigo la misma pena, no importando que fuera la muerte a un esclavo; a los secuestradores se les vendía como esclavos; el brujo era

²³Ibidem pag. 103

sacrificado, al calumniador se le cortaba los labios y algunas veces también las orejas. al alborotador y al pendenciero en el mercado se les castigaba con gran severidad. en los asaltos ordinarios el asaltante pagaba la cura de la víctima y cualquier perjuicio que causare, el adulterio se castigaba con la muerte, la horca era el castigo común para la violación, al que se embriagaba lo trasquilaban en la plaza y luego le iban a derribar la casa dando a entender con esto. que quien tal hacia, no era digno de tener casa en el pueblo. ni encontrarse entre los vecinos, pues así que se hacía bestia perdiendo la razón y el juicio, viviese en el campo como bestia privado de todo oficio oneroso de la república y en ocasiones se les daba muerte.²⁵

El procedimiento penal, se seguía literalmente usando del papel indígena, el cual era un procedimiento acusatorio, (salvo el adulterio) y se seguía en la forma mixta (oral y escrita), de carácter público, teniendo términos improrrogables, el cual no podría durar más de ochenta días, pensando que la existencia de los juicios sumarios garantizaba la prontitud y la rectitud en la justicia, especialmente para la clases bajas interesadas en la rápida conclusión de sus querellas, por calificado que fuese; en cada sala de arbitrio judicial descansaba en la existencia de jueces honestos y probos, que con un escribano o pintor diestro en sus caracteres o señales, asentaba las personas que trataban los pleitos, y todas las demandas, querellas y testigos, y ponía memoria de lo que se concluía y sentenciaba en los pleitos.²⁶

Así, al ponerse en movimiento los tribunales pretendían declarar si un acto u omisión era o no delito y la sanción que se merecía. El derecho azteca, a diferencia de cualquier derecho evolucionado, sólo juzgaba el hecho -desentendiéndose de la culpa- y desconociendo la tentativa, sustentándose en la responsabilidad que nace del resultado, presuponiendo la existencia ciega de un daño objetivo que traía como consecuencia un resultado antijurídico, que originaba que producido el mal, se justificaba la pena aún como un mal necesario, ya que este derecho penaba todo delito, siguiendo el principio de ningún

²⁴Ibidem pag. 104

²⁵Ibidem pag. 105 y 106.

²⁶TOSCANO. Salvador. Derecho y organización social de los aztecas. UNAM. MÉXICO 1937. PP 31 y 32.

crimen sin castigo, en contraposición al principio de ninguna pena sin ley, arrimándose a lo que les parecía más justo y más conforme a la razón.²⁷

Se consideraban agravantes en algunos delitos la juventud, la nobleza y la profesión militar, la edad se consideraba como atenuante y aún como excluyente, pues al menor de diez años, se le tenía como persona sin discernimiento, sobretodo en caso de robo, así como también se podían considerar como excluyentes a los ancianos varones o mujeres mayores de sesenta años. con hijos y nietos, quienes tenían permiso de embriagarse, toda vez que como lo expresamos con anterioridad, para los aztecas el embriagarse era considerado como delito.²⁸

²⁷Ibid pag. 32.

2.1.- PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Según su especial criterio algunos especialistas en la materia, proceden a clasificar el derecho penal, así para Magiore, se puede clasificar de acuerdo al significado del ordenamiento penal, según la naturaleza, la función, la duración y la colocación de sus normas, pudiendo hacer éstas distinciones: a) Derecho Penal fundamental y Derecho Penal complementario; b) Derecho Penal común y Derecho Penal especial; c) Derecho Penal regular y derecho Penal particular o especial; d) Derecho Penal general y Derecho Penal particular o local, y e) Derecho temporal.²⁹

Petrocelli piensa que las distinciones pueden hacerse desde tres puntos de vista, como son el contenido, la imperatividad y la eficacia. Desde el punto de vista del contenido, las normas penales se distinguen en principales y accesorias o derivadas, quedando comprendidas en las principales las normas incriminadoras verdaderas y propias, y en la categoría de las normas accesorias o derivadas, entran las normas procesales, las interpretativas y las explicativas o declarativas. Desde el punto de vista de la imperatividad, se distinguen las normas imperativas, permisivas y finales, y desde el punto de vista de la eficacia, hay normas de derecho común y especiales, normas de derecho general y local, normas ordinarias, temporales y excepcionales, clasificación que se comprende respectivamente en orden a la persona, lugar y tiempo.³⁰

Ranieri expresa que el derecho penal se distingue: 1.- En relación a las leyes: en derecho penal fundamental y complementario. 2.- En relación a los sujetos, en derecho penal común y derecho penal especial. 3.- En relación al territorio, en derecho penal general y derecho penal local. 4.- En relación al tratamiento empleado con respecto a aquellos que están sometidos: en derecho penal regular si sus normas no se apartan de las comunes directivas del sistema, y en derecho penal singular, si, en cambio, se apartan del sistema por razones particulares de oportunidad o de convivencia. 5.- En relación al tiempo

²⁸MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. El derecho precolonial. De Porrúa S.A. México 1981. Cuarta edición.

²⁹PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general de derecho penal. Ed. Porrúa P 17.

³⁰ibidem pag. 17y 18.

de permanencia en vigor, en derecho penal duradero y temporal, 6.- En relación al objeto de la tutela, en derecho penal, civil, comercial, constitucional y administrativo.³¹

Se ha expresado que el derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del estado, mas indudablemente tal sistematización inspírase en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato, que está naturalmente facultado y obligado a la vez, a valerse de los medios adecuados, originando la necesidad del Derecho Penal con su naturaleza esencialmente punitiva, para la conservación de la paz y seguridad social.³²

Como vimos en los párrafos anteriormente citados, estudio sistemático del Derecho Penal, se escinde en diversos temas, según el punto de vista y la extensión que cada especialista pretenda darle, pero refiere Fernando Castellanos Tena, y que con él todos los autores coinciden, es que el Derecho Penal se divide en dos partes: la parte *General* y la parte *Especial*, mencionándolas de la siguiente forma:

La primera la divide en: Introducción al Derecho Penal, contemplando las generalidades sobre el Derecho Penal y las Ciencias Penales (evolución, historia y principales escuelas); en la Teoría de la Ley Penal (fuentes, interpretación y ámbitos de validez); Teoría del Delito; (definición, concepto, elementos, factores negativos, la vida del delito, la participación y el concurso negativo, así como la teoría del delincuente); y Teoría de la Pena y de las Medidas de Seguridad, (clasificación e individualización, condena condicional, la libertad provisional etc.).

Celestino Porte Petit, en su libro denominado Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, nos dice que la sistemática en el derecho penal es indispensable, pues es incuestionable que si no existe un conocimiento ordenado de éste no se logran acertadas soluciones en la problemática que plantea el derecho penal, que comprende la parte general y la parte especial del derecho penal, refiriéndonos en uno de sus esquemas que, la general

³¹Ibidem pag. 18.

³²CASTELLANOS TENA, Fernando.- Lineamientos elementales de derecho penal. Ed Porrúa P 17.

comprende a la ley, el delito, las penas en general y medidas de seguridad, y la Especial se ocupa de los delitos en particular, así como de sus penas respectivas.³³

Para Francisco Antolisei, el derecho penal está constituido por un conjunto de disposiciones que se encuentran contenidas no sólo en el Código Penal, sino también en otros códigos y en muchas leyes especiales denominándosele “norma penal”, dividiendo el derecho penal, en fundamental y complementario, el primero es el contenido en el Código Penal, que es la ley fundamental, no solo por que comprende orgánicamente las normas más esenciales del derecho penal, sino porque en él se encuentran las disposiciones generales, válidas también para las demás leyes penales, a no ser que en éstas se estatuya otra cosa (artículo 16 del Código Penal Italiano). El segundo ésta constituido por las normas penales que se encuentran en las leyes especiales, que integran y modifican el Código Penal.

Destacando que la parte general y especial del derecho penal no sólo la podemos ubicar en el Código Penal, sino también en las leyes especiales, esto es, leyes que contemplan delitos en particular y las sanciones que podrán ser aplicadas a los que infrinjan esas disposiciones, el mismo criterio del maestro Antolisei, que señala que el Código Penal es la ley fundamental, por comprender las normas más esenciales del derecho penal en lo referente a la parte general, como podría ser el grado de participación de los agentes, autoría, concursos de delitos etc.

2.1.1 CONCEPTO DE DERECHO PENAL

El Derecho en general, nos dice Castellanos Tena, tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria; manifestándose como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.³⁴

³³Ob cit. pag. 57819.

³⁴Ob cit. pag 17.

Castellanos Tena define el derecho penal según el sistema de normas, como la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene como objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social, entendiéndose al derecho público como el conjunto de normas que rigen relaciones en donde el Estado intervenga como soberano, y no entendiéndose como público por la capacidad única que tiene el Estado para establecer los delitos, las penas y medidas de seguridad, así como su imposición y ejecución, por ser incorrecto; el derecho penal no es una rama del derecho público por emanar del Estado, sino porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano, y no entre aquel y el particular ofendido o agraviado.³⁵

Dijese interno por que esta dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, sin constituir excepción los convenios celebrados entre los países, pues esos tratados no son sino actos de voluntad soberana de quienes los suscriben, como nos refiere Francisco Antolisei, que no hay normas penales internacionales, aunque indudablemente hay tendencia a admitirlas. Actualmente las prescripciones contempladas en las convenciones internacionales, como por ejemplo, las que prohíben la piratería y la trata de blancas, tienen valor obligatorio sólo en cuanto esas convenciones han sido aprobadas y hechas ejecutivas mediante una ley de los Estados participantes,³⁶ originando algunas veces que no se cumplan dichos acuerdos, sin que exista un organismo en la actualidad que las aplique coercitivamente.

Para Francisco Antolisei el derecho penal está constituido por un conjunto de disposiciones que se encuentran contenidas no solo en el Código Penal, sino también en otros códigos y en muchas leyes especiales.

Sin escapar del concepto de derecho penal expresado por Castellanos Tena, menciona que se podía aplicar éste aun en contra de la voluntad de sus destinatarios coactivamente, circunstancia a las que la norma penal no escapa, ya que como uno de sus

³⁵Ob cit. pag 19.

³⁶ANTOLISEI, Francisco. Manual de derecho penal, parte general, 8° Edición. Ed Porrúa P 32.

elementos se encuentra la *imperatividad*, que es la regla de comportamiento impuesta por el Estado, siendo irrefragablemente obligatoria. El derecho constituye sin duda un conjunto de imperativos, es decir, de mandatos dirigidos a los súbditos, prohibiendo determinados comportamientos o prescribiendo otros. De ese modo trata el ordenamiento jurídico penal de lograr su último fin, consistente en la conservación y el desarrollo de la comunidad social.

Pero la función de la norma no se agota en su carácter imperativo, aun cuando está tenga un carácter elástico o cuando el mandamiento esté subordinado a ciertas condiciones. La norma tiene la función *valoratoria*, porque clasifica como contrarios a los fines del Estado, determinados comportamientos, que el legislador prohíbe por considerarlas perjudiciales o peligrosas para la comunidad social, estas prohibiciones (acciones o omisiones), son simultáneamente juzgadas por el Estado atribuyéndose el sello de reprobación.³⁷

El contenido de la norma penal tiene el carácter estatal, en el sentido de que proviene del Estado, único órgano facultado para sancionar aquellos comportamientos humanos que ponen en riesgo la seguridad de el bienestar social.

En la doctrina, algunos autores hacen referencia a un fin del derecho penal y otros a varios fines, en realidad, la misión del derecho penal, es la protección de bienes jurídicos fundamentales, es decir, de “un bien vital del grupo o del individuo”, dictando el Estado al efecto, las normas que considera convenientes, y asentando los tribunales que la ley penal considere convenientes, teniendo como fin defender a la sociedad de los seres peligrosos, basándose en la responsabilidad social.³⁸

Conviene destacar que dentro de las denominaciones que han sido asignadas al derecho penal, como derecho criminal y otros que prefieren derecho penal, a nuestro parecer puede manejarse indistintamente los términos “Penal” y “Criminal”, habida cuenta que tanto la pena como el delito, son elementos del derecho penal, y consecuentemente, tienen, en todo caso, el mismo rango para denominar a nuestra disciplina,

³⁷ibid. pag. 31.

independientemente que se adoptase una denominación u otra, pero pensando que en nuestro país no existe la diferencia entre crímenes y delitos, sino únicamente se refiere a los delitos y por ser una tendencia seguida en éste, creemos más correcto denominarlo derecho penal.

Para Celestino Porte Petit el derecho penal debe entenderse como el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos o que ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de las mismas normas: en otra forma, podría decirse que el derecho penal es el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y medidas de seguridad, comprendiéndose la primera definición las normas prohibitivas o preceptivas, así como los delitos de mera conducta, y de resultado material, y dentro del término sanción se abarca a las penas y a las medidas de seguridad.³⁹

En los dos conceptos de derecho penal mencionados se dicen, que es un conjunto o sistema de normas, pero ¿que es la norma?, a esta situación se refiere Francisco Antolisei quien nos refiere, que las normas penales están constituidas por dos elementos: el precepto y la sanción. El precepto es la orden de observar un determinado comportamiento, es decir, de no realizar algo o de cumplir determinada acción; la sanción es la consecuencia jurídica que debe seguirse a la infracción del precepto, esto último, por lo común, no se establece explícitamente, sino implícitamente, originando que las leyes actuales no dicen, “no mataras”, sino como en el artículo 302 de nuestro Código Penal que reza: “comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”.

En el precepto está contenida la descripción de lo que se debe hacer o no hacer, del hecho que constituye delito y que se denomina comúnmente figura o tipo legal.

La sanción, es decir la consecuencia jurídica que se sigue de la violación del precepto, implica la amenaza de un mal; ésta amenaza tiende a ejercer una coacción psicológica sobre la voluntad de los coaccionados a fin de inducirlos, con la perspectiva del

³⁸Ob cit. pag 16.

³⁹ibid. pag. 15 y 16.

sufrimiento del precepto penal, constituyendo un freno al impulso antisocial o, como refiere Romagnosi, un anti-impulso al impulso criminal⁴⁰

Cuando las normas contienen sus dos partes integrantes, determinando el hecho prohibido por la ley y fijando la sanción correspondiente, se les denomina “*normas incriminadoras*”. Pero no siempre la norma contiene sus dos elementos, como nos señala Antolisei, a veces se subdivide y fracciona en varias disposiciones, que contienen solamente el precepto o la sanción, conteniendo un simple fragmento de la norma, siendo tarea del intérprete reconstruir en su unidad, denominadas “incompletas o imperfectas”, distinguiéndose de estas las normas penales en blanco, en las cuales se determina la sanción, pero el precepto tiene carácter genérico, por lo cual debe ser completado con un elemento futuro, por ejemplo cuando se prescribe que se observen determinadas órdenes o providencias que emitirá la autoridad.⁴¹

Existen otras normas que no contienen ni el precepto ni sanción, ya que están destinadas a apreciar o limitar el alcance de otras normas o a regular su aplicabilidad, llamadas “normas integradoras”, que aun no siendo autónomas tienen carácter imperativo, al igual que todas las normas, entrando a estas categorías las normas *directivas*, que fijan los preceptos que deben aplicar en determinada materia; las *declarativas*, que precisan el significado que la ley atribuye a ciertas expresiones; las *interpretativas*, especifican el significado que hay que atribuir a otras normas o fijan las reglas que deben de observarse en su interpretación; de *actuación*, regulan la actuación, de un conjunto de disposiciones legislativas; *extensivas* o *restrictivas* reduciendo o extendiendo el alcance de otras normas; *de reenvío*, remiten a otras normas para hacerlas propias (reenvío recepticio) o para darles a ellas relevancia sin incorporarlas (reenvío formal); de *colisión*, establecen cual es la norma que se ha de aplicar en caso de conflicto con otras leyes, estas disposiciones pertenecen todas a la parte general.

⁴⁰Ob cit. pag 32.

⁴¹ANTOLISEI, Francisco. Manual de derecho penal, parte general, 8º Edición. Ed. Porrúa P 34.

2.1.2.- FUENTES DEL DERECHO

El maestro Eduardo García Máynez, en su libro titulado *Introducción al Estudio del Derecho*, señala las fuentes del derecho en general. En la terminología jurídica tiene la palabra “fuente” tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado: formales, reales e históricas.

Por fuente formal entiende a los procesos de creación de las normas jurídicas señalando a la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, las fuentes reales están representadas por los factores y elementos que determinan el contenido de las normas, y fuentes históricas las constituyen los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes.⁴²

Así, Castellanos Tena, refiriéndose a las fuentes de derecho en general hace la distinción entre fuentes reales, fuentes formales y fuentes históricas, mencionando que por fuentes reales se entienden al conjunto de razones determinantes del contenido de las normas jurídicas, esto es, las causas que impulsaron al legislador a darles vida, por motivos de convivencia social tomados en cuenta por el legislador en un momento histórico originado en un determinado lugar; las fuentes formales se entiende el proceso histórico de manifestación de las normas jurídicas, entendiéndose aquellos procedimientos mediante los cuales se concreta la regla jurídica y se señala su fuerza obligatoria, siendo el modo por el cual se nos hacen palpables las normas jurídicas, y las fuentes históricas, son los medios materiales que nos permiten conocer el derecho que estuvo vigente en una época y lugar determinado.

Al decir del maestro García Máynez, las fuentes formales representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las fuentes reales, por este razonamiento consideramos correcto el estudio de las fuentes formales, por ser aquellas que tienen más interés para nuestro objetivo, que es conocer el derecho vigente en nuestro país, sin dejar de considerar la gran importancia que tienen las otras fuentes del derecho, ya que, como lo

⁴²CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 75.

expresa García Máynez, la fuente formal es el cauce de la fuente real, creyendo destacar que la fuente histórica entra en ayuda de las dos fuentes anteriores, esto es, nos permiten conocer las leyes anteriores, que por un movimiento humano, no fueron o fueron en un tiempo aplicables, pero que en la actualidad se hace necesario su modificación, transformando ese movimiento humano, en fuente formal (norma jurídica positiva).

Las fuentes formales del derecho son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, o como lo expresa García Máynez, son: la legislación, la costumbre y la jurisprudencia.

Creemos necesario como lo considera García Máynez, destacar que la legislación es la más rica e importante de las fuentes formales, y que se podría definir como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que da el nombre específico de leyes, en contradicción con lo expresado por Castellanos Tena, por que la ley no puede tomarse como fuente formal del derecho, por ser está producto de la legislación, según la metáfora de Du Pasquier, que dice que la fuente de un río no es el agua que brota, sino el manantial mismo, ya que la ley no representa el origen sino el resultado de la actividad legislativa.

Para Francisco Antolisei, la fuente de derecho se designa a veces al sujeto que emite las normas jurídicas. En este sentido se habla de fuente de producción y no hay duda de que la única fuente de producción del derecho penal es el Estado; la norma penal propiamente dicha es una manifestación del poder soberano del Estado, aun cuando emane de otros sujetos jurídicos, es porque el Estado les confiere tales facultades.⁴³

Otro sentido en que se entiende también la fuente de derecho, es en el modo de manifestarse, es decir, la forma que adopta el derecho en la vida de la comunidad estatal o los medios con que la voluntad del Estado se manifiesta a las personas sujetas a la obediencia y a los órganos encargados de hacerla observar, las cuales se dividen en inmediatas y mediatas.

⁴³ ANTOLISEI, Francisco. Ob cit. pag 41.

Se dice que la fuente inmediata o directa del Derecho Penal, es solamente la ley penal. Su exclusividad como fuente deriva del mandato constitucional, contenido en el artículo 14, [párrafos 2º y 3º], así como el artículo 7º del Código Penal, que establecen respectivamente, “Nadie podrá ser privado de la vida, la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derecho, sino mediante juicio seguido ante los Tribunales, previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”; “En los juicios del orden criminal queda prohibida por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al hecho de que se trata”. Solamente se puede considerar como delito lo que la ley expresamente determine como tales, “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, (artículo 7º del Código Penal).

El artículo 73 de la Constitución Federal, en la fracción XXI, párrafo segundo, determina: “el Congreso tiene facultad para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse”; y en la fracción VI del mismo artículo, establece: “Para expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y legislar en lo relativo al Distrito Federal, salvo en las materias expresamente conferidas a la Asamblea de Representantes. Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado; “para que una disposición dictada por el poder público tenga el carácter de ley, se necesita no solamente que sea de naturaleza general, abstracta, imperativa y permanente, sino que, además, emane del órgano constitucionalmente facultado para legislar, ya que en nuestro sistema de gobierno se ha otorgado exclusivamente al Poder Legislativo la facultad de legislar; está prohibido delegar esa facultad en otros poderes y enfáticamente está prohibida la concesión al Ejecutivo, salvo casos graves y excepcionales en consecuencia la autoridad de una disposición es requisito forzoso para que tenga el carácter de ley”⁴⁴.

Existen las leyes penales especiales debiendo entenderse como tales aquella legislación que regula una materia penal de carácter especial, o bien, las normas penales que formando parte de un ordenamiento no penal, reglamenta igualmente materias penales particulares, existiendo en esta una propia naturaleza, distinta a la del Derecho Penal, pero

⁴⁴PORTE PETIT. Celestino. Ob cit. pag. 96 y 97

en esencia apoyadas en éste derecho, que comprende el conjunto de normas de derecho penal que no son aplicables a la generalidad de los individuos, sino a determinada categoría de personas en consideración a las cualidades personales, relaciones jurídicas o de índole de la materia.⁴⁵

Las fuentes mediatas o indirectas según Celestino Porte Petit son: la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia, la doctrina y la equidad, en consideración a los dogmas penales *nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*.

La jurisprudencia no constituye propiamente una fuente formal del derecho penal; a pesar de su obligatoriedad, es una simple interpretación de los preceptos legales en vigor, desentrañando la Corte el sentido de las normas jurídicas, para designar qué dice tal o cual precepto.

La Suprema Corte de la Nación ha establecido, que “la jurisprudencia no es la ley en sentido estricto, sino que constituye la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia, desde el punto de vista gramatical, lógico e histórico a través de cinco decisiones ininterrumpidas y pronunciadas en casos concretos con relación a sujetos de derecho determinados, integrada así la nueva jurisprudencia; pero si razonamientos posteriores sustentan otro nuevo criterio de interpretación de la ley, descartarán la anterior jurisprudencia.....”⁴⁶

Cabe hacer mención que no se abordaron en está investigación la costumbre, la doctrina y los principios general del derecho, como lo contemplaba un autor previamente citado por no considerar que sean fuentes formales del derecho penal.

Como criterio propio, creemos que la única fuente formal del derecho penal es, única y exclusivamente la legislación, por considerar que la ley es la creación de ésta, llámese poder legislativo o autoridades a las cuales se les otorgan facultades para legislar, considerando que la Constitución de nuestro país denominada también Ley Fundamental,

⁴⁵Ibidem. pag 97.

no es fuente formal del derecho, sino, como su nombre lo indica, es el fundamento legal de un Estado de Gobierno, por lo tanto la ley penal no es fuente del derecho penal como los autores anteriormente citados la manejan, para nuestro criterio erróneamente, pues pensamos que la ley penal es el fundamento y la motivación del Derecho Penal, ya que, como lo expresa el artículo 16, párrafo primero, de nuestra Carta Fundamental: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento", esto es, la ley fundamenta al derecho penal que se debe de aplicar a aquel sujeto que transgrede o infringe, dándose aquí la circunstancia de la motivación, esto es, la conducta (acción o omisión) del sujeto descrita en la ley penal, fundada en uno de sus preceptos, que en estas circunstancias obliga al órgano jurisdiccional a seguirle un proceso, que culminara en una sentencia, a lo que dice Mezger, " las puertas de la prisión sólo las cierra la ley".⁴⁷

2.1.3.- ELEMENTOS DEL DERECHO PENAL.

Algunos penalistas sostienen que los elementos del Derecho Penal son: el delito y la pena, es decir, el precepto y la sanción.⁴⁸

Otros, entre ellos Cuello Calón, estiman como elementos del Derecho Penal, el delito, la pena y las medidas de seguridad.⁴⁹

Por último, una tercera posición además de los elementos anteriormente señalados como son; el delito, la pena y las medidas de seguridad, pretenden destacar la importancia que encuentra el derecho penal en la persona del delincuente, esto es, la protección de sus derechos, la función de previsión especial, la aplicación de la sanción reprimiendo la conducta considerada como dañosa, como la prevención general, dirigida a evitar la realización de conductas constitutivas de delitos.

⁴⁶Ibid pag. 106.

⁴⁷Ibidem. pag. 101.

⁴⁸Ibid. pag. 20.

⁴⁹CUELLO CALÓN. Derecho penal, I. Ed. Barcelona, 1956.

2.2.- GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL DELITO

La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.⁵⁰

Entre la ley penal y el delito existe un nexo indisoluble, pues el delito es propiamente la violación a la ley penal o para ser más exactos, la infracción de una orden o prohibición impuesta por la ley.

La doctrina para conocer la composición del delito ha recurrido a dos concepciones:

A).- La totalizadora o unitaria, que considera al delito como un "bloque monolítico", como lo señala Bettiol, considerándolo como una entidad que no se deja dividir en elementos diversos, es decir, el delito es un todo orgánico el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en ningún modo fraccionable.

B).- La concepción analítica estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito, en México, Martínez Licona ha dicho que " si el método unitario o sintético estima el delito como un bloque monolítico y no completa esta posición permitiendo que el análisis cae en sus elementos, tan hondamente como sea posible, para separarlos conceptualmente, incurre en una limitación semejante, bien que de signo contrario, a la del procedimiento analítico que se dejara arrastrar por desmedido afán de atomizarlo todo y olvidará la gran síntesis que el concepto del delito implica"⁵¹

Actualmente se habla del "delito como estructura", basándose en que debe ser conocido el delito, en su unidad, por comprensión, sin perjuicio de complementar este procedimiento mediante el análisis, sin olvidar el carácter estructural del delito ni la

⁵⁰CASTELLÁNOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 125.

⁵¹2.3.- EL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.

fundamentación unitaria del sentido que envuelve al todo y a sus partes y que hace, precisamente, que el todo sea un todo y las partes, partes de dicho todo.

En otros términos se considera al delito desde dos puntos de vista que son; el abstracto, es decir, al delito como hipótesis típica señalada por el legislador, es el delito que la ley prohíbe mediante la conminación de una pena; y el delito desde el punto de vista concreto, es el hecho episódico que se da en la vida social o el hecho que reproduce la hipótesis típica configurada en la ley, amenazando con una pena a quien lo cometa.

Para Pagliario, el delito entra en la categoría general de los “hechos jurídicos”, es decir, de los acontecimientos que producen consecuencias jurídicas, ya que de él emanan por lo común la sanción que se denomina pena y pueden seguirse también otras sanciones, como las medidas de seguridad, la obligación de las restituciones, del resarcimiento del daño, etc. Dentro de los hechos jurídicos pertenece a los “actos jurídicos”, ya que consiste en un comportamiento voluntario, y dentro de ese grupo forma parte, por razones obvias, de la subclase de los “actos ilícitos”. Tomando esto solo desde el punto de vista formal.⁵²

Para Antolisei no se conforma con el análisis del delito en sentido formal, pues no le parece suficiente, ya que da al delito una determinación sustancial, por considerarla necesaria para comprender la efectiva naturaleza de éste, mencionando que para llegar a una noción sustancial del delito que responda verdaderamente a la realidad jurídica, es indispensable considerar cuándo recurre el Estado a la pena para hacerse obedecer por los súbditos, y señala su concepto propio del delito, como “Aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, esta en contradicción con los fines del Estado y exige como sanción una pena”.⁵³

Otros autores, como Magiore, señalan al delito desde el punto de vista sustancial, como un hecho que ofende gravemente el orden ético y por esa razón no puede ser tolerado por el Estado, o como Ferri y Bernini que en su definición de delito lo señalan como las acciones punibles (delitos) determinadas por móviles individuales (egoístas) antisociales,

⁵²ANTOLISEI, Francisco. Ob cit. pag. 116.

que perturban las condiciones de vida y contradicen la moralidad media de un pueblo, en determinado momento.

Se ha expresado por otra parte una definición del delito desde el punto de vista natural, pretendiendo demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, como el sabio jurista del positivismo, Rafael Garófalo, quien expresa que "delito es la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de la piedad y de la probidad, según el promedio en que se encuentran en la humanidad civilizada, por medio de acciones perjudiciales a la colectividad", a lo que otros autores no están de acuerdo ya que mencionan que peca por defecto y exceso, por que los delitos ofenden no solo la piedad y la probidad, sino también otros sentimientos, (ejemplos: el poder, el sentimiento religioso, el sentimiento patrio etc.).

Por consiguiente, no es exacto considerar al delito siempre como una amenaza a la existencia y a la conservación de la sociedad, en el ordenamiento jurídico actual, existe un sector en que las normas penales tienen una función no conservadora, sino evolutiva, en el sentido de que tienden a promover un progreso en la comunidad social, como las acciones que perjudican la conservación de la sociedad, sino también las que obstaculiza su desarrollo.

Los autores clásicos elaboraron varias definiciones del delito, como la de Francisco Carrara, principal exponente de la escuela clásica, que lo define como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso, quien concibe al delito como hecho jurídico, denominando delito a la infracción a la ley penal; otros autores como Bending, señala que no es que el delito sea una infracción a la ley penal; sino una adecuación a esta última, con lo que otros autores no están de acuerdo.

⁵³ Ibidem. pag.. 119.

Como se ha expresado en las definiciones de los diferentes autores anteriormente citados, no sólo pretenden dar la definición del delito desde los puntos de vista unitario o analítico, formal o sustancial, abstracto o concreto, así como desde las distintas tendencias que han surgido en la historia del derecho penal, como son la positiva, la clásica, la ecléctica, influyendo las diferentes clases de pueblos que en un tiempo y lugar determinado y con características diferentes, sino también en cuanto a los elementos integradores del delito según los diferentes autores, que mientras algunos señalan un número menor de elementos, otros lo configuran con más elementos, surgiendo así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etc.

Como lo expresa Castellanos Tena, los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, pero como el delito esta íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que una vez han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y al contrario, acciones no delictuosas, han sido regidas en delitos.⁵⁴

Finalizando, haremos destacar que algunos autores están en contra de incluir una definición del delito en el código penal, ya que mencionan que en nuestro código, la definición que se encuentra no esta debidamente complementada, esto es, esta compuesta en sentido formal, faltando su sentido sustancial, elementos, causas que motivan la aplicación de la pena al caso concreto etc., como en el caso de los proyectos de Código Penal de 1949 y 1958, para el Distrito y territorios Federales, quienes no incluyeron la definición del delito por considerarla innecesaria, considerando que dentro de la parte especial del Código Penal se reglamentan conductas o hechos constitutivos de delito, es superfluo establecer el concepto del mismo en la parte general de dicho ordenamiento⁵⁵

2.3.- EL DELITO EN LAS ESCUELAS PENALES.

Para una mayor comprensión del delito, consideramos necesario el análisis que hacen de él las diferentes escuelas dedicadas al estudio del derecho penal, por así

⁵⁴CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 125.

⁵⁵PORTE PETIT, Celestino. Ob cit. pag 200.

considerarlo necesario y esencial para el objetivo del presente trabajo de tesis, ya que entre sus estudios hacen referencia al delito, el cual según las consideraciones o perspectivas de cada una de esas tendencias, elaboraron diferentes definiciones de éste, unos como fenómeno natural, en donde el delito merece una pena igual al delito mismo, así como la necesaria imputabilidad del sujeto activo del delito, otros contemplan la pena como una necesidad justa que debe llevar a la corrección al sujeto a quien se le aplica, etc., que sin duda, fueron el marco en donde se desarrollaron las tendencias científicas que en la actualidad encontramos inmersas en nuestras legislaciones.

En un sentido más amplio, Sainz Cantero entiende por "escuela" "la dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método peculiar, y responde a unos determinados presupuestos filosófico-penales".⁵⁶

2.3.1.- ESCUELA CLÁSICA.

Nunca hubo reuniones de la Escuela Clásica, ni tuvieron sede, local o revista, no existía un "capo-scuola" (jefe o cabeza) y los principales representantes de esta escuela ignoraron que posteriormente se les consideraría como tales.

En la denominación de "clásicos" se confunden autores con doctrinas diferentes, incluso opuestas entre sí, pero en este mundo heterogéneo pueden identificarse ciertos autores indiscutibles y algunos principios comunes que darían forma al pensamiento de la Escuela Clásica.

La Escuela Clásica fue la reacción contra la barbarie y la injusticia que el derecho penal representaba, procuró la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado.

⁵⁶RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Criminología Ed. Porrúa Mexico, 1982. P 233.

Para muchos autores la Escuela Clásica principia con el Tratado de los delitos y de las penas, de Beccaria, siendo el que sienta los principios unificadores de esta gran corriente y finaliza con Carrara, hacemos a continuación una breve mención de las ideas de algunos de ellos.

Rossi considera que existe un orden moral que es obligatorio para todos los seres libres e inteligentes. Este orden debe ser aplicado también en la sociedad, en la que estos seres son obligados a vivir por su naturaleza, surgiendo de esta manera un orden social igualmente obligatorio, y del que se derivan todos los derechos y obligaciones.⁵⁷

Para Manuel Kant, la pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de justicia y consecuencia jurídica del delito realizado; su imposición, no aspira a obtener fines de utilidad, sino puramente de justicia; su fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica. Kant llega a afirmar que el mal de la pena debe ser igual al mal del delito, con lo cual se aproxima al principio del talión.⁵⁸

Federico Hegel, “entiende que a la voluntad irracional, de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. El delito es negación del derecho y la pena es la negación del delito”⁵⁹

Para Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach considera que la imposición de la pena precisa de una ley anterior, la cual es creadora del vínculo entre lesión del derecho y el mal de la pena, originándose que el crimen sea una acción contraria al derecho de los demás reprimido por una pena.

Giovani Carmignani, estima necesario que a la represión del delito proceda su prevención.

⁵⁷Ibidem. pag. 235.

⁵⁸CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 52.

⁵⁹Ibidem. pag 53.

Carlo David Augusto considera que la pena es el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente; afirma que la pena debe tener el carácter de tratamiento correccional o tutelar y su duración estará en función del tiempo necesario para reformar la mala voluntad que aspira a corregir. Considerándosele el fundador de la escuela correccionalista.

Algunos caracteres básicos de esta escuela importantes para nuestro trabajo, dados a conocer por la doctrina son:

Un método deductivo; se considera que el método debe ser lógico-abstracto, silogístico y deductivo. Debe partirse de un principio general y sacar de él las consecuencias lógicas; además, esta escuela se sustenta en el jusnaturalismo, por lo general racionalista; despreciando todo elemento o dato social del derecho lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad, tal racionalismo lo entienden como si existe lo racional para la lógica, hay racional para la vida social; las formas de la justicia en la concepción racionalista no se dejan a la inclinación voluntaria de los sujetos ni a su inclinación racional y permanentemente válida, así los principios del Derecho Natural son tan justos desde un punto de vista racional, como los principios matemáticos son verdaderos.⁶⁰

El delito no es un simple hecho, sino lo considera como un ente jurídico, afirma que para su existencia, se necesita que la conducta o hecho del agente activo viole una norma, ya sea prohibitiva o preceptiva, es decir, que prohíba o mande hacer. Por ello, Carrara definía al delito como un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del derecho y peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable, no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del derecho sino violación del mismo, fundando la imputabilidad penal en el principio del libre albedrío.

⁶⁰RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Ob cit. pag 237.

El hombre es libre (libre albedrío), y por tanto, puede actuar hacia el bien o hacia el mal; tiene libertad de elección, considerándolo como la imputabilidad moral, manifestando que si el hombre está facultado para discernir entre el bien y el mal y ejecuta éste, debe responder de su conducta habida cuenta de su naturaleza moral. Expresa Carrara que la ley dirige al hombre en tanto es un ser moralmente libre y por ello no se le puede pedir cuenta de un resultado del cual sea causa puramente física, sin haber sido causa moral.

La pena, basada en la responsabilidad penal de una conducta libre, señalando que si el hombre es libre, puede actuar hacia el bien o el mal, quiere decir, que la pena debe considerarse como un mal, como un medio intimidativo para los demás, como lo refería ya el filósofo Platón, que fundaba la pena en el principio de la expiación.

El Derecho Penal es garantía de libertad, ya que asegura la seguridad jurídica ante la autoridad, y la pena debe ser proporcional al delito cometido y al daño causado, a los delitos más graves penas mayores, mientras mayor sea el daño, más cantidad de pena debe darse al delincuente.

Quedan excluidos del derecho, y por lo tanto de la pena, aquellos que carecen de libre albedrío, como son los niños y los locos.⁶¹

Según Carrara, para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se halle prohibido por una ley positiva, para Carrara el delito consiste en *la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*

⁶¹ibid. pag. 238.

2.3.2.- ESCUELA POSITIVA.

La aparición del positivismo fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, el cual se presentó como la negación radical de la escuela clásica, pues pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar preponderantemente estimación a la personalidad del delincuente.

Celestino Porte Petit, señala tres creadores de la escuela positiva: Lombroso, con una orientación antropológica; Ferri, con una orientación sociológica y Garófalo, con orientación jurídica.

Esta encuentra su base en el Derecho Natural (jusnaturalismo), teniendo una existencia real.

Para Enrico Ferri, "la Escuela Positiva estudia al delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios, que por consiguiente serán más eficaces."⁶²

Garófalo es el que le da a la escuela el sentido jurídico-penal, ya que tanto a Lombroso como a Ferri les faltó la elaboración jurídica que aportaría dicho autor, el cual enuncia algunos principios que serían pilares del positivismo, como: a) Prevención especial además de prevención general; b) Prevalencia de la prevención especial frente a la general; c) La peligrosidad del reo como criterio y medida de la represión.

Además de sus conceptos de peligrosidad y adaptación, resalta importante el concepto del delito el cual lo consideraban como delito natural, entendiéndolo como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad, distinguiendo el delito

⁶²ibidem. pag. 239.

legal o artificial, como la actividad humana que, contrariando la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos.⁶³

Entre los caracteres que se atribuyen a la Escuela Positiva son:

Todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y la observación, mediante el uso del método inductivo, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas, considerando adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales. Ferri observa que la escuela positiva "es la aplicación del método experimental al estudio de los delitos..."⁶⁴

Ferri explica que la Escuela Positiva se propone dos ideales: en el campo práctico tiene como objetivo la disminución de los delitos, que aumentan siempre y en considerable proporción, y en el campo teórico para conseguir el fin práctico, se propone el estudio concreto del delito, no como abstracción jurídica sino como hecho natural; y por tanto, quiere estudiar, no solamente el delito en sí como relación jurídica, sino también a quien comete el delito: el estudio del hombre delincuente.⁶⁵

Explicando que antes de estudiar el delito como ente jurídico e infracción de la ley penal, es necesario estudiarlo y conocerlo como acción humana, esto es, como fenómeno natural y social, para poner de manifiesto sus causas naturales y sociales, evaluándolo como expresión antisocial de cierta personalidad del delincuente, considerando al delito como un fenómeno natural que resulta de diversos factores, una ley de sustracción criminal según la cual el ambiente físico y social, combinado con las tendencias individuales hereditarias o adquiridas y con los impulsos ocasionales, determinan necesariamente un contingente relativo de delitos, negando de manera tajante el libre arbitrio y sentando las bases de un completo determinismo.

⁶³CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 64.

⁶⁴PORTE PETIT, Celestino. Ob cit. pag 37

⁶⁵ibidem. pag. 37

La responsabilidad moral es sustituida por la responsabilidad social. considerando que el hombre es responsable socialmente por el solo hecho de vivir en sociedad. y lo será mientras viva en ella, originando que nadie quede excluido del derecho, por lo tanto el Estado tiene la facultad y la obligación de defenderse del sujeto peligroso, no importando si es imputable este o no, sino, únicamente si cometió o no el delito, teniendo el Estado que aplicarle una sanción, concepto sustituido por esta escuela por el de pena, por considerar que tiene un contenido de tratamiento para educar y adaptar al delincuente.

La sanción es proporcional a la peligrosidad del delincuente, es más importante la clasificación de los delincuentes que la clasificación de los delitos, considerando más importantes las medidas de seguridad⁶⁶ que la sanción misma, esto es, las sanciones no son aflictivas, ni tienen por fin hacer sufrir al reo, son tratamientos que deben durar en tanto dure la peligrosidad del delincuente, y por esto son de duración indeterminada, perdiendo esta su carácter de certeza, determinación, inmutabilidad e improrrogabilidad.

Considerando más importantes los substitutivos penales, pues consideran que las penas han demostrado durante siglos su ineficiencia, ya que la delincuencia no aumenta o disminuye en forma proporcional a las penas impuestas.⁶⁷

Aceptan "tipos" criminales, clasificándolo por sus anomalías orgánicas y psíquicas, hereditarias o adquiridas etc., considerándolo una variedad de la especie humana, (anormales y normales), no habiendo acuerdo en cuáles son los tipos criminales, por existir tantas tipologías como tratadistas, pero todos parten de la clasificación lombrosiana.

Quiénes concluyen que no son las fuerzas de dentro o las fuerzas de fuera de nosotros las que determinan el delito; son todas, absolutamente todas las fuerzas de la naturaleza, obrando a través de un voluntad⁶⁸

⁶⁶RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Ob cit. pag 243.

⁶⁷Ibid. pag. 243.

⁶⁸CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 68.

2.3.3.- ESCUELA ECLÉCTICA.

De la lucha entre juristas reunidos en la Escuela Clásica y los representantes de la Escuela Positiva surgen una serie de intentos de conciliación, aceptando parcialmente los postulados de cada una de estas escuelas, así como tratando de cambiarlos, originándose la aparición de la Terza Scuola en Italia, denominada así para distinguirla de la clásica y la positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y segundo lugar.

Tanto la escuela clásica como la positiva imponían sus conceptos en bloque, era difícil renunciar a algún principio sin renunciar a los demás pues se trata de dos esquemas cerrados, de una construcción casi perfecta donde un concepto lleva lógicamente a los demás; el valor de la corriente ecléctica radica en su esfuerzo por romper esos esquemas monolíticos y crear algo diferente, destacando que en está se encuentra un gran cantidad de matices, cargados al positivismo y otros al clasicismo.

Emmanuel Carnevale escribe que la escuela ecléctica, basa su responsabilidad en la salud, pero para el inimputable es necesario tomar medidas de seguridad. Considera el delito desde el punto de vista jurídico, pero tomando en cuenta desde luego sus aspectos sociológicos y antropológicos.⁶⁹

Bernardino Alimena, funda la imputabilidad sobre la dirigibilidad; basta que la acción sea querida por el sujeto, de ahí que solo son imputables los capaces de sentir la amenaza de la pena. Afirma la necesidad de la Sociología, Estadística, Antropología y Psicología para complementar la Dogmática, que por sí sola no basta para el examen del fenómeno criminal.

Pero tanto Alimena como Carnavale, constituyendo una postura entre el positivismo y la dirección clásica; admiten de aquél la negación del libre albedrío y conciben el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también hacia el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que rechazan la naturaleza morbosa del

⁶⁹RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Ob cit. pag 245

delito y el criterio de la responsabilidad legal y aceptan de la escuela clásica el principio de la responsabilidad moral, quienes distinguen entre los delincuentes imputables e inimputables, aun cuando niegan al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.⁷⁰

Los principales enunciados de la Tercera Escuela son:

Distingue el derecho penal de la criminología, en cuanto al método, que en el primero debe ser lógico-abstracto, mientras que en la segunda debe ser causal-explicativo.

Considera el delito como un fenómeno complejo, producto de factores endógenos y exógenos, debiendo observar al delito como un fenómeno social naturalmente causado.

Rechaza las clasificaciones positivistas del delincuente, pero acepta que existen delincuentes ocasionales, habituales y anormales.

Propugna por que deben existir tanto penas como medidas de seguridad, considerando que la finalidad de la pena no es tan sólo un castigo, sino también debe de ser correctiva y educativa, y que la naturaleza de ésta radica en la coacción psicológica, por lo tanto imputables son aquellos con capacidad para sentir la amenaza de la pena.⁷¹

Conserva el concepto de responsabilidad moral, aceptando al mismo tiempo el de peligrosidad o temibilidad.

Y por último no acepta ni el determinismo absoluto ni el libre arbitrio total. Para ellos debe prescindirse del fundamento del libre albedrío pero manteniendo la tradicional responsabilidad moral, considerando que la imputabilidad está basada en la dirigibilidad de los actos del hombre.

⁷⁰CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 70.

2.4.- CONCEPTO JURÍDICO PENAL DEL DELITO.

Los doctrinarios se han orientado en sentido negativo, como lo expresamos en paginas anteriores, al no considerar necesario que se exprese la definición del delito en el Código Penal; así, el maestro Jiménez de Asúa señala que la definición no agrega nada a lo ya sabido de éste y además adolece de noción en sentido sustancial, considerando que la expresión citada en él, sólo lo contempla en sentido formal.

La ley penal mexicana, en términos generales, siempre ha definido al delito, aunque en algunos proyectos como el de 1949, 1958 y 1983, aparece suprimida dicha definición.

El código penal de 1987 establecía: “El delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda”.

El código penal de 1929 señaló que el delito es la lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El código penal de 1931, en su artículo 7º, previene que: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”. El mismo es adicionado en 1991, con su segundo y tercer párrafo, que en su importante contenido, recoge también las formas en que se puede presentar la conducta.

Gustavo Malo Camacho, señala que el objeto de la definición que se haga en la ley debe limitarse a facilitar la aplicación de los preceptos de la misma ley, fijando el sentido en que se emplea el término delito, y por eso no es necesario elevarse ésta a las alturas filosóficas.

Acerca de los elementos que tal definición recoge, nos parece que en forma directa se señalan dos: la conducta y su punibilidad, pero tal consideración resulta ser solo

⁷RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Ob cit. pag 246.

aparente, derivada de la interpretación literal, ya que del artículo 7° se observa que dicho acto u omisión, al parecer sancionado por la ley penal, obviamente supone que tiene que estar regulado por ésta y, en consecuencia, aparece así afirmada la tipicidad, la cual, ahora, en los términos de lo dispuesto por en el artículo 15, fracción II, reformado, que recoge expresamente la exigencia de la tipicidad como elemento necesario para la existencia del delito.⁷²

Continuando con la interpretación del contenido del artículo 7°, es evidente que la sanción señalada en la ley penal, aparece prevista como la comisión de un delito y, a la vez, para ser aplicada específicamente a la persona que realizó el acto u omisión de un delito, razón por la cual, es indispensable que dicho comportamiento haya sido antijurídico y que el autor haya sido declarado culpable, lo que también se confirma, en términos del mismo artículo 15, fracción IV, V y VI, ante cuya ausencia no existe delito, y también con lo previsto en las fracciones VII, VIII, IX y X, del mismo artículo, que refieren los casos en que no puede ser responsabilizada la persona y por tanto no es posible aplicar la pena prevista en la ley penal.

Concluyendo Malo Camacho que interpretando el alcance del artículo 7°, éste exige la presencia de la conducta típica, antijurídica y culpable; asimismo exige la punibilidad, que más que elemento del delito es su consecuencia. Así lo ha entendido también Jiménez Huerta.

En síntesis de lo expuesto se observa que, si en términos de lo dispuesto en la ley (artículo 7), por “delito” se entiende la acción u omisión que sancionan las leyes penales, tal expresión, al ser interpretada a la luz de la propia ley penal y en los términos de lo anteriormente expuesto, exige, en realidad, de una conducta típica, antijurídica y culpable que, naturalmente no se vea neutralizada por alguna causa que elimine cualquiera de aquellas.⁷³

⁷²MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho penal mexicano. Ed Porrúa. México 1997. P 266.

⁷³ibid. pag. 269.

2.5.- LA ESENCIA DEL DELITO.

El delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus precisos fundamentos en las relaciones surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los pueblos más antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor, fuera éste hombre o una bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de leyes reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción respectiva.⁷⁴

En relación con el entendimiento del delito, vale comentar la ambigüedad bajo la cual se hace referencia al concepto de éste y que, en obvio de confusiones, se debe precisar primeramente el concepto de “delito” que corresponde a la descripción típica prevista en nuestro código penal.

Por otra parte, se maneja el concepto del “delito” para hacer referencia a los comportamientos humanos que acontecen en la realidad social y que constituyen la materia y el objeto de estudio de la teoría del delito, a fin de estar en posibilidad de afirmar, con el mayor grado de precisión, si respecto de los mismos existe o no el delito. Lo que ocurre en función del análisis estratificado que permita dilucidar la tipicidad y antijuricidad de la conducta y del resultado, así como la posibilidad de responsabilizar al autor por vía del reproche de culpabilidad, y dentro del ámbito de la ley penal, se hace referencia al comportamiento de la realidad social, pero a la vez, es el que explica y justifica al orden jurídico, en cuanto orden de regulación de la realidad social, a partir de la regulación de la conducta social deseada, para la convivencia, progreso y armonía en la sociedad sin el cual el derecho no tendría razón de ser.⁷⁵

⁷⁴PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de derecho penal mexicano. Ed Porrúa 1984. P 159

⁷⁵MALO CAMACHO, Gustavo. Ob cit. pag 267.

Para Ignacio Villalobos existe una primera noción vulgar del delito que es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena, considerando que en esta mente popular no debe preocuparse por esencias o contenidos, eminentemente empírica que se despierta en la palabra delito, mencionando algunas veces se ignora lo que es el delito, pues si se pregunta qué es el diamante y alguien contesta que es una cosa que se vende en las joyerías, da una orientación, ciertamente acerca de cómo localizar esa gema; pero a la vez permite sospechar que se ignora su naturaleza o esencia. Muy bien, sí se vende en las joyerías o se sanciona con una pena; pero ¿qué es el diamante y que es el delito? ¿Por qué se sanciona éste con una pena?⁷⁶destacando además que el estar sancionado por un ley, no conviene a todo lo definido, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y por ello pierden su carácter delictuoso o también existen las infracciones administrativas, disciplinarias que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con una pena, sin ser delitos.

Villalobos nos dice que la esencia es necesidad; es no poder faltar en un solo individuo de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella, considerando que la esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, etc., por tanto no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios, las referencias conforme a las cuales una conducta se ha de considerar delictuosa. Cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto *apriori*, una forma creada por la mente para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza.

Señalando que delito se ha convenido en llamar a todo atentado grave al orden jurídico; y si los fines del derecho son la justicia, la seguridad y el bien común, el delito es

⁷⁶VILLALOBOS, Ignacio, Derecho penal mexicano. Ed. Porrúa. México, 1990. Quinta Edición P 201.

tal porque lesiona, pone en peligro alguno de estos tres valores, o atenta contra él. con la palabra "atentado" ha querido señalar un acto culpable y no una realización que pudiera ser inconsciente, involuntaria o justificada, y aun provenir de fuerzas extrañas al hombre, al hablar de la "creación de la mente" quiere subrayar, pues que el delito, como esencia o como criterio, no es una representación fenoménica sino una idea formal con que se clasifica y separa un grupo de conductas; y es esa comparación o ese criterio de valoración lo que aporta la mente, "creando" una categoría jurídica.⁷⁷

Considerando por otro lado que no todo lo antijurídico es delictuoso, ya que se necesita una especial antijuridicidad para que el acto caiga en la esfera de lo criminal; especialidad que puede consistir sólo en su gravedad o en el peligro que significa determinado género de conductas para la seguridad, el orden y el bien generales en sí mismos, y no sólo para concretos intereses particulares: Aquí puede reconocerse con Rocco, aun cuando sólo uno de los motivos atendibles, que la calificación de la ilicitud o "tendencia" del delincuente (injurias, fraudes, etc.); pero de todas maneras se trata de un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas. Señalando que ningún óbice puede oponerse con verdadero fundamento a que se hable de un antijurídico que sólo merezca sanción civil y otros que la merezcan administrativa o penal. Es decir que, aun cuando en esencia es una la antijuridicidad, por características diversas puede clasificarse también con especialidades correspondientes a las ya reconocidas ramas del derecho.

Que a su parecer una definición del delito que contemple la esencia del mismo es como un acto humano especialmente antijurídico y culpable; especialidad en lo antijurídico que, apreciada por el legislador, hallará su expresión en la ley por medio de los tipos y transformará la definición en la de "acto humano típicamente antijurídico y culpable"⁷⁸

⁷⁷ibidem. pag. 207 y 209.

⁷⁸ibid. pag. P 211.

2.6.- DIVERSAS TEORÍAS DE LA COMPOSICIÓN DEL DELITO.

La doctrina para conocer la composición del delito, ha recurrido principalmente a dos concepciones que ya anteriormente expusimos desde un punto de vista más amplio como la teoría totalizadora o unitaria y la analítica o atomizadora.

Dentro de la concepción atomizadora encontramos las teorías dicotómica o bitómica, tritómica o triédica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito.

En cuanto a la definición del delito se encuentra marcada ésta en gran forma por la diversidad de los elementos que lo integran según los variados autores, existiendo a este respecto varias tendencias que tratan de definirlo, a saber:

Teoría Tritotómica.- Compuesta de tres elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.

Teoría Tetratómica.- Constante de cuatro elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD.

Teoría Pentatómica.- De cinco elementos que son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD Y PUNIBILIDAD.

Teoría Hexatómica.- Compuesta por seis elementos: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD Y CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Teoría Heptatómica.- Constante de siete elementos como son: CONDUCTA, TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD, PUNIBILIDAD, CONDICIONALIDAD OBJETIVA E IMPUTABILIDAD.

Los autores dogmáticos varían sus criterios en cuanto a la ubicación y número de los elementos del delito y afirman que el delito es inexistente si alguno de dichos elementos falta, enfocando el estudio de estos llevados a cabo por algunos doctrinarios.

Fernando Castellanos Tena nos dice que el delito es: “La acción típicamente antijurídica y culpable”. Por lo que se puede evidenciar claramente que dicho estudioso se basa en la teoría tetratómica del delito, en la cual los elementos son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad; excluyendo por ende de los elementos constitutivos del delito, a la imputabilidad por considerarlo un presupuesto de la culpabilidad y a la punibilidad que la ubica como a una consecuencia del delito, definiendo el autor a los elementos del delito y a sus consecuencias de la siguiente manera:

a).- CONDUCTA.- Es “la acción ante todo una conducta humana”, prefiriendo el término conducta por que abarca tanto el hacer positivo como el negativo, y por lo tanto concibe a la conducta como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. Es decir, cuando se refiere a la acción negativa, está hablando de la omisión, por tener la conducta esa dualidad.

b).- TIPICIDAD.- La concibe como “la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley o de un hecho humano descrito en la hipótesis legislativa”.

c).- ANTIJURIDICIDAD.- Radica principalmente en la violencia al valor o bien protegido que se refiere el tipo penal de que se trate.

d).- CULPABILIDAD.- Señala, que para que un sujeto sea culpable, necesariamente tiene que ser antes imputable. Definiendo a la imputabilidad como “la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal”. Determinando que la culpabilidad es el nexo intelectual que liga al sujeto con su acto.

Considera que la punibilidad no constituye un elemento del delito, si no que es el merecimiento de una pena; advierte que no son lo mismo punibilidad y pena; explicando que aquella es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual, por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena; ésta, en cambio, es el castigo legalmente impuesto por el Estado.

Francisco Pavón Vasconcelos, a diferencia de Castellanos Tena, sigue la teoría pentatómica del delito, ya que lo define como: “la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible”, comprendiéndolas como:

a)- CONDUCTA.- Estima que ésta es el peculiar comportamiento de un hombre que se traduce exteriormente en una actividad o inactividad voluntaria, la cual consiste exclusivamente en una actividad o movimiento corporal, o bien en una inactividad, es decir; tanto el actuar positivo (acción), como el omitir negativo, (omisión); expresa que la conducta positiva se lleva a cabo mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, conducta negativa, llevada a cabo por la inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).⁷⁹

b).- TIPICIDAD.- Es “la adecuación de la conducta o del hecho a la hipótesis legislativa”.

c).- ANTIJURIDICIDAD.- Señala que esta es un juicio valorativo de naturaleza adjetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el derecho, por cuanto se oponen a las normas de cultura reconocidas por el estado.

El mismo autor indica que la agresión antijurídica no significa necesariamente una lesión al derecho atacado, citándonos un ejemplo como serían: “las causales de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el impedimento legítimo”.

⁷⁹PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Ob cit. pag 182 y 183.

d).- LA CULPABILIDAD.- Para este autor ésta tiene dos sentidos, el estricto y el amplio, siendo el primero la reprochabilidad y el segundo la culpabilidad. Definiendo a la culpabilidad como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta”. Respecto a la imputabilidad, “ Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente la ausencia de dicha capacidad y por ello la incapacidad para conocer la licitud del hecho o bien para determinarse en forma espontánea a esa comprensión”. Agregando que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, en virtud, de que el reproche supone necesariamente libertad y capacidad de reprochabilidad. Señalando que son causas de inimputabilidad los delitos cometidos por menores de edad, enfermos mentales y sordomudos.

e).- PUNIBILIDAD.- Es “la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.

Celestino Porte Petit define el delito como: “Una conducta punible” y señala que los elementos del mismo son: “Una conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, antijuridicidad, culpabilidad, a veces una conducta objetiva de punibilidad y la punibilidad misma, esto es, encuadrando su definición en la teoría treratómica y considerándolas como:

a).- CONDUCTA.- Al respecto señala que nadie puede negar que el delito lo integra una conducta o un hecho humano, definiéndola como “ Un hacer voluntario o no voluntario (culpa)”.

b).- TIPICIDAD.- En cuanto a la tipicidad el maestro Porte Petit menciona que es: “La adecuación o conformidad a lo prescrito por el tipo. Y el tipo es, un presupuesto general del delito”.

C).- ANTIJURIDICIDAD.- Señala que “existe antijuridicidad, cuando habiendo tipicidad no este el sujeto amparado o protegido por una causa de licitud”.

D).- CULPABILIDAD.- Dice que hay culpabilidad cuando la conducta se adecua a lo preceptuado por los artículos 8º y 9º del Código Penal.

E).- PUNIBILIDAD.- Agrega que “concurrirá la punibilidad si no se presenta una de las causas absolutorias a que alude la propia Ley”.

F).- IMPUTABILIDAD.- Entendiéndola éste como “la excepción a la regla de no capacidad de actuar en derecho penal (artículo 15 fracción VII del Código Penal) cuando exista una causa de imputabilidad, es decir, la prevista como un trastorno mental que da origen a la imputabilidad”.

2.7.- ELEMENTOS DEL DELITO Y SUS FACTORES NEGATIVOS.

Consideramos necesario, antes de entrar al estudio de los elementos del delito, precisar los denominados presupuestos del delito, para entrar de lleno al estudio de los elementos del delito, así como de sus aspectos negativos.

Grispini considera a los presupuestos como toda circunstancia, antecedente indispensable, para que el delito exista.

Manzini, el creador de la doctrina de los presupuestos del delito, divide a estos en presupuestos del delito y presupuestos de la conducta o del hecho, explica que presupuestos del delito, son aquellos elementos jurídicos anteriores a la ejecución del hecho, positivos o negativos, de los cuales está condicionada la existencia del título delictivo, y los divide en generales y especiales.

Señala que los presupuestos del delito generales son aquellos comunes al delito en general, como son a) La norma b) El sujeto activo y pasivo c) La imputabilidad c) El bien jurídico tutelado y c) El instrumento del delito.

Maneja que, “como el delito está formado por varios elementos, los llamados presupuestos generales del delito serán en su caso, presupuestos de cada uno de dichos elementos. Así, el sujeto activo lo será del elemento objetivo conducta o hecho; el tipo o norma penal, de la tipicidad; el mismo tipo, de la antijuridicidad etc...”⁸⁰, considerando que la falta o ausencia de uno de estos presupuestos origina, según el caso, la ausencia de tipo o la inexistencia del delito, dándose como es lógico, según los casos, diverso aspecto negativo del mismo.

Porte Petit define a los presupuestos del delito, como aquellos requisitos, previos a la realización de la conducta o hecho, descritos por el tipo, y de cuya existencia depende el título o denominación del delito respectivo, su ausencia ocasionaría, no la inexistencia de éste sino la traslación del tipo delictivo a otro tipo normativo.

Agrega Manzini que también existen los presupuestos del hecho, que son aquellos elementos jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es exigida para que el hecho previsto por la norma constituya delito, y su falta implica inevitablemente la imposibilidad de la realización de la conducta o del hecho descrito por el tipo, señalando como ejemplo del presupuesto jurídico el consagrado por el artículo 279, que preceptúa se impondrá hasta cinco años de prisión y multa hasta de \$ 500.00 al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales. En consecuencia, si no existe el antecedente jurídico: matrimonio, no podrá realizarse el delito de bigamia, así como un caso de presupuesto material del hecho, el inmerso en el artículo 329 del Código Penal, que establece que aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez. Si no hay embarazo, no hay posibilidad de la realización del hecho configurado como aborto.

⁸⁰PORTE PETIT, Celestino. Ob cit. pag 208.

Entrando al estudio de los elementos del delito, la palabra "elemento" deriva del latín *elemetum*, que significa fundamento, todo principio físico que entra en la composición de un cuerpo sirviéndole de base al mismo tiempo que ocurre a formarlo, entendiéndose por elemento la parte integrante de algo, que trasladado al campo jurídico es todo componente *sine qua non*, indispensable para la existencia del delito, y la doctrina los divide en esenciales o constitutivos y accidentales.

Elemento esencial, es aquel indispensable, necesario para constituir el delito en general o en particular.

Los elementos accidentales no constituyen a la existencia del delito, su función es la de agravar o atenuar la pena; en suma, es lo que en la doctrina se llaman "circunstancias", y que originan los tipos complementados circunstanciados o subordinados, cualificados o privilegiados, según aumenten o disminuyan la pena.

Los elementos esenciales se dividen en generales o genéricos y especiales o específicos, entendiendo por elemento esencial general, el componente indispensable para integrar el delito en general, y se clasifican generalmente según la postura de cada autor por el número de elementos y que Porte Petit los señala desde una postura tritómica, conducta antijurídica y culpable.

Los elementos esenciales especiales son aquellos que requieren la figura delictiva; elemento que cambia de una a otra figura de delito, imprimiéndole su sello particular.

Nosotros nos adherimos a la fórmula de Mezger en que se define esencial e integralmente el delito como el acto humano típicamente antijurídico y culpable, considerando a los elementos del delito esenciales generales, a la conducta típica antijurídica y culpable, por no considerar como lo expresa Castellanos Tena que las condiciones objetivas de punibilidad, y la imputabilidad no constituyen elementos esenciales generales del delito.

Las condiciones objetivas de punibilidad son sólo por excepción exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de la pena, la imputabilidad no como elemento del delito sino como presupuesto de la culpabilidad del sujeto activo como lo expresa Castellanos Tena, presupuesto del delito y la punibilidad por considerarla como una consecuencia del delito ya que si llegara a existir una causa de licitud o excusa absolutoria no podría aplicarse ninguna pena y por ende la punibilidad debe ser entendida como el merecimiento de una pena, por lo tanto no sería constante en la integración de los elementos esenciales generales del delito.

Una vez obtenidos los elementos del delito en su aspecto positivo, procuraremos lograr una concepción de su aspecto negativo.

a) Ausencia de conducta.- Si el artículo 7° del Código Penal hace referencia al “acto u omisión” como necesarios para que el delito exista, es indudable que interpretándolo “a contrario sensu”, no habrá delito cuando falte la conducta, por ausencia de la voluntad.

El Código Penal acertadamente, en el artículo 15, fracción I determina que el delito se excluye cuando el hecho se realice sin intervención de la voluntad, con lo cual se logra un avance indudable, porque en esa forma se recoge cualquier hipótesis de ausencia de conducta.

b) Ausencia de tipicidad. Es necesario para la existencia del delito que haya tipicidad. Consiguientemente, estaremos frente al aspecto negativo de esta relación conceptual, cuando no haya adecuación a alguno de los tipos descritos por la ley.

c) Causas de ilicitud. En consideración al fundamento de las causas de licitud, podemos deducir las siguientes:

1.- Legítima defensa (art. 15, fracción IV).

2.- Estado de necesidad, (art. 15, fracción V).

3.- Cumplimiento de un deber en forma legítima (art. 15, fracción VI).

4.- Ejercicio de un derecho (art. 15, fracción VI).

d) Inculpabilidad. El Código Penal, en el artículo 15, fracción VIII, establece que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

CAPITULO III

LA INIMPUTABILIDAD COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD, PRESUPUESTO NECESARIO DE LA CULPABILIDAD Y ESTA COMO PARTE NECESARIA PARA LA INTEGRACIÓN DEL DELITO.

3.1.- NOCIÓN JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

3.2.- CLASES DE CULPABILIDAD.

3.2.1.- EL DOLO.

3.2.2.- LA CULPA.

3.3.- LA IMPUTABILIDAD.

3.4.- LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ANTES DE LAS REFORMAS DE 1983.

3.4.1.- ESTADOS DE INCONSCIENCIA.

3.4.2.- ESTADO DE INCONSCIENCIA TRANSITORIO.

3.4.3.- ESTADO DE INCONSCIENCIA PERMANENTE.

3.4.4.- POR SUSTANCIAS TÓXICAS, EMBRIAGANTES O POR ESTUPEFACIENTES.

3.4.5.- POR ESTADOS TÓXICO-INFECCIOSOS.

3.4.6.- MIEDO GRAVE.

3.4.7. SORDOMUDEZ.

3.4.8.- MINORÍA DE EDAD.

3.5.- LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE 1983

3.5.1.- TRASTORNO MENTAL.

3.5.2.- CLASES DE PERTURBACIONES.

3.5.4.- DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO.

3.5.5.- TRASTORNO MENTAL Y DESARROLLO INTELECTUAL DISMINUIDO.

3.5.6.- LAS EXCLUYENTES SUPRA-LEGALES.

3.1.- NOCIÓN JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD

Gustavo Malo Camacho, señala que la culpabilidad es el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica, mencionando además que el reproche es la reprobación, y coincidiendo con Zaffaroni, quien expresa el sentido de culpabilidad en la idea siguiente: ¿Qué se reprocha? El injusto. ¿Por qué se le reprocha?, porque la persona no se motivó en la norma, habiendo podido hacerlo.⁸¹

Según el injusto para este autor, es cuando después del análisis estratificado de cualquier delito, se esta en posibilidad de afirmar que la persona, (sujeto activo), ha cometido una conducta que es típica y antijurídica; típica por que la conducta encuadra en un tipo penal; antijurídica porque la antinormatividad de la conducta típica, no aparece neutralizada por ninguna de las reglas permisivas, derivadas de las valoraciones específicas propias de la antijuricidad; sólo así, estaremos en posibilidad de afirmar que se ha cometido un injusto o conducta típica y antijurídica (delito en sentido estricto).

Como consecuencia de ese injusto, al autor de dicha conducta delictiva, le debe sobrevenir un reproche de culpabilidad por su acto, que le formula el Estado, manifestado por vía del juicio de culpabilidad que dicta el juez, después de haber conocido el hecho y las circunstancias en que el mismo aconteció y, sólo como resultado del procedimiento de verificación, seguido para ver si esa conducta corresponde o no a los elementos exigidos por un determinado tipo penal, naturalmente no a un análisis estrictamente exegético sino de interpretación lógica y teleológica del sentido en la ley, que obliga a valorarlas a la luz y significación del derecho penal mismo, en términos de la definición política del *ius puniendi* recogido en la Constitución, en que se analiza también la posible existencia de reglas permisivas, que reconozcan el ejercicio de derechos neutralizadores de la antijuricidad, se estará en posibilidad de considerar integrado el injusto o delito, que es la materia sobre la cual el juez deberá declarar el reproche de culpabilidad, debiendo examinar, si las características personales del autor y la forma en que se dieron los hechos

⁸¹MALO CAMACHO, Gustavo. Ob cit. pag 521.

permiten afirmar la responsabilidad penal del autor, elemento, sin el cual no es posible hacer la declaración de culpabilidad.⁸²

Por lo mismo la persona que comete un injusto, habiendo podido motivarse en la norma, cuando podía hacerlo y le era exigible que así lo hiciera, al manifestar su decisión y disposición de actuar en sentido diverso, contrario al derecho, se hace acreedor al reproche de culpabilidad señalado, considerando que el reproche de culpabilidad puede tener diversas graduaciones, derivadas de el así denominado “grado de culpabilidad” o “grado de la culpa”, atendiendo a las circunstancias del caso, que encuentra aplicación en relación con el “grado del injusto”, que se refiere a las características de diferencia específica entre los diversos delitos.

No puede existir culpabilidad por meras sospechas o por actos que impliquen sólo una situación de peligro abstracto, salvo que aparezcan específicamente previstos como delito, sino que es indispensable que tal culpabilidad se refiera invariablemente a un injusto o conducta típica y antijurídica.

Para el estudio de la culpabilidad existen diversas doctrinas que pretenden explicar a ésta desde sus puntos de vista o tendencias:

Teoría Psicológica.

La cual considera que el estudio de la culpabilidad requiere del análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso, la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres: la conducta y del resultado; y el segundo, (intelectual), el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

⁸²ibid. pag 522.

Entendiendo a la culpabilidad como el componente subjetivo del delito, representado por la disposición psíquica del querer cometer el delito, es decir, la voluntad de producir el resultado, en la inteligencia de que siendo la voluntad precisamente el elemento psicológico de la conducta, originado por el pensamiento de los autores de la escuela clásica.

Teoría Normativa

Esta teoría entiende a la culpabilidad como el juicio de reproche dirigido al autor de un injusto, por haber actuado de esa manera, cuando en base a su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a ella debía y podía haberse motivado en la norma, considerando que una conducta es culpable, si un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada, para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho, es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico, la culpabilidad, es pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz de un deber, reprochando al autor el que no haya actuado conforme a derecho y se ha decidido en favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a derecho.

Teoría Mixta

Entendía a la culpabilidad como el estudio de la responsabilidad del autor, para estar en posibilidad de dictar el reproche, debiendo partir y estar en función de la capacidad de la autodeterminación, así como de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad de su conducta y su libertad para conducirse, es indispensable que ésta, en base a su capacidad personal para actuar conforme al sentido, haya tenido la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta y además que haya podido actuar de un cierto ámbito de libertad que permita hacerle exigible su conducta, lo que precisamente implica la culpabilidad en sentido normativo, entendiendo que ésta es un concepto graduable que

admite diversos grados en el reproche atento al parámetro de su autodeterminación, en relación con los redactores de libertad, apareciendo caracterizada la culpabilidad por la posibilidad de exigir al autor la conducta prevista por la ley, en la medida en que ésta es el reflejo de la voluntad social deseada y su cumplimiento aparece coerciblemente afirmado por vía de la pena, susceptible de ser impuesta a quienes actuando con sentido y significación y con conocimiento de la antijuridicidad de su acción y con la libertad suficiente para conducirse conforme a su capacidad de autodeterminación, realicen conductas lesivas de bienes jurídicos penalmente protegidos violando el mandato o prohibición previsto en la ley penal.

3.2.- CLASES DE CULPABILIDAD

El delito, en cuanto conducta típica y antijurídica, o injusto, no puede ser entendido como algo exclusivamente objetivo, sino que tiene que ser considerado como el comportamiento de una persona física, y tal comportamiento implica una actividad que refleja su presencia dentro del marco de relación social de esa persona en el mundo, la conducta prohibida u ordenada por la ley, supone precisamente la conducta del sujeto, que afecta el interés jurídico de otro, al lesionar o poner en peligro sus bienes jurídicos, por esto, el tipo penal aparece conformado por un elemento objetivo y por otro subjetivo, además del normativo, que en síntesis, la acción, como la omisión, para ser típica, debe ser dolosa o culposa.

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, como las dos maneras en que se produce la relación anímica entre el sujeto y su acto, son verdaderas especies del género culpabilidad, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria.

Así lo expresa el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común. y el Código para toda la República en Materia Federal, en su artículo 8° que señala, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

3.2.1.- EL DOLO

El dolo es el contenido mismo de la voluntad del autor; es el ámbito psicológico o subjetivo de la conducta; es el querer de la conducta, y Malo Camacho lo define como el conocimiento y el querer la conducta típica, o lo que es lo mismo, el dolo como elemento del tipo penal es el conocimiento y el querer de la parte objetiva y normativa del tipo, realizando el mismo o parte objetiva del tipo, guiada por su conocimiento.

En el dolo el agente, conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla, que a decir de Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Luis Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consciencia de que quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

Los elementos del dolo según lo expresa Castellanos Tena son: un elemento ético y otro volitivo o emocional, el primero está constituido por la conciencia de que se quebranta el deber, y el segundo radica en la voluntad de realizar el acto; en la violación del hecho típico.

Dentro de las diversas especies del dolo, cada tratadista establece su propia clasificación del dolo, hablándose en las doctrinas de dolo indirecto, simplemente indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado etc.. que por

considerarlos de mayor importancia y siguiendo el criterio adoptado por Castellanos Tena e Ignacio Villalobos nos ocuparemos del dolo directo, indirecto, indeterminado y eventual.

Dolo Directo.- Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere, existiendo voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente o como lo expresa Villalobos, es aquél en el cual la voluntad del agente se encamina directamente al resultado o al acto típico.

Dolo Indirecto (o simplemente indirecto).- Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa con certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su acaecimiento ejecuta el hecho, que a decir de Ignacio Villalobos, es cuando el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son el objeto de su voluntad, pero cuyo seguro acontecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

Dolo Eventual.- Existe cuando el agente se presenta como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias, existiendo voluntariedad en la conducta y representación de la posibilidad del resultado, que no se quiere directamente, pero tampoco se deja de querer, sino que se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo o cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial (Villalobos).

Dolo Indeterminado.- Cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial, como se da en el caso del sujeto que arroja bombas sin pretender un resultado específico.

Ahora bien respecto del dolo eventual, a veces llega a confundirse con el dolo indirecto o simplemente indirecto, marcando la diferencia que el primero se caracteriza por

la incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente. a diferencia del segundo, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido, y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daño sin saber cuál será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en si mismo.

Así en el párrafo primero del artículo 15° del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y en el Código para toda la República en Materia Federal, señala que "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley".

3.2.2.- LA CULPA.

Cuello Calón expresa que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley; actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever (Edmundo Mezger); existe la culpa cuando la actitud del sujeto, enunciada a través del imperativo de los deberes impuestos por la ley, es reprochable a virtud de la inobservancia, de la imprudencia, atención, pericia, reglas, órdenes, disciplinas etc., necesarias para evitar la producción de resultados previstos en la ley como delictuosos.

En términos generales se dice que una persona tiene culpa cuando obra de la manera que, por su negligencia, su imprudencia, su falta de atención, de reflexión, de pericia, de precauciones o de cuidados necesarios, se produce una situación de antijuridicidad típica no querida directamente ni consentida por su voluntad, pero que el agente previó o pudo prever y cuya realización era evitable por él mismo.

Para determinar la naturaleza de la culpa se han elaborado diversas teorías, como son la previsibilidad; la previsibilidad y evitabilidad y la del defecto de la intención.

a) La prvisibilidad, sostenida principalmente por Carrara, consiste en la previsibilidad del resultado que aunque no querido se presenta, afirmando que consiste en

la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho, fundándose en un vicio de la inteligencia el cual no es, en última instancia, sino un vicio de la voluntad.

b) La previsibilidad y evitabilidad expuesta por Bindig y seguida por Brusa, quienes aceptan la primera teoría pero consideran añadir un elemento nuevo a ésta como lo es la evitabilidad o previnivilidad para que se pueda integrar la culpa, de tal manera que cuando el hecho aun siendo previsible no puede ser evitable, no se podría darse la culpabilidad.

c) El defecto de la intención, sostenida por Angliolini, el cual expresa que la esencia de la culpa descansa en la violación del sujeto a un deber de atención impuesto por la ley.

Para Antolisei una acción es culposa cuando existe una violación a determinadas normas establecidas por la ley, reglamento, autoridad, o por la costumbre.

Castellanos Tena, considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable.

Los diversos autores consideran que en la culpa se ven inmersos varios elementos, el primero de ellos, es el actuar volitivo (positivo o negativo), el segundo elemento es que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado, el tercero que los resultados del acto han de ser previsibles y evitables así como tipificarse penalmente, y por último precisa una relación de causalidad entre el hacer o no hacer y el resultado no querido.

Dos son las especies principales de culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o sin representación.

a).- Existe la culpa consciente cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino tiene la esperanza de que no ocurra. es decir existe una voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado.

b).- La culpa inconsciente consiste en la voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible, es entonces, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada, la cual solía clasificársele en culpa lata, leve y levísima, según la mayor o menor facilidad en la previsión, que en nuestra legislación encuentra aceptación sólo por cuanto a la gravedad o levedad de la culpa que amerita mayor o menor penalidad, considerando a la culpa lata como cuando el resultado hubiera podido ser previsto por cualquier persona; leve tan sólo por alguien cuidadoso, y levísima únicamente por los muy diligentes.

Según el artículo 9º párrafo segundo del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, así como el Código para toda la República en Materia Federal, señalan "Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observarse según las circunstancias y condiciones personales", por lo que se nos presentan en este precepto tanto la culpa con representación, así como la culpa sin representación en la frase de no previó siendo previsible o previó confiado en que no se produciría, así como pensamos se acoge en la teoría de la previsibilidad y evitabilidad, ya que nos dice, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

3.3.- LA IMPUTABILIDAD.

Como vimos en los temas previamente expuestos, debe existir una culpabilidad para que se pueda integrar el delito por ser ésta un elemento esencial general del mismo, ya que considera Cuello Calón, que se nos presenta la culpabilidad cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada,

así como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, o como lo expresa Porte Petit definiéndola como el nexo causal que liga al sujeto con el resultado y que en nuestro criterio, la consideramos como el nexo intelectual (conocimiento) y emocional (voluntad), que liga al sujeto con su acto, y que precisamente por ese nexo intelectual y emocional consideramos que la imputabilidad constituye un presupuesto necesario de la culpabilidad, pues para ser culpable un sujeto es necesario que éste tenga la posibilidad de ejercer las facultades del conocimiento y de dirección de su voluntad, conocer la ilicitud de su acto y querer llevarlo a cabo, esto es, debe tener la capacidad de entender y de querer determinarse en función de aquello que conoce (imputabilidad), luego entonces, esas facultades (intelectual y volitiva) constituyen los elementos necesarios de la culpabilidad.

Lo que puede o no afectar esos elementos necesarios de la culpabilidad se le denomina imputabilidad considerada como la posibilidad condicionada por la salud y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente o el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento de cometer el acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo, esto es, que tenga la capacidad de obrar en el derecho penal, así como de realizar actos referidos a éste, y traer consigo las consecuencias penales de su infracción.

Imputar implica aproximadamente “poner a cargo”; pues bien, es la conducta que se le pone a cargo al autor, ósea que la conducta es lo imputable.

Para Carrancá y Trujillo es imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones mínimas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente.

Zafaroni, expresa que el delito requiere una cierta capacidad psíquica cada vez que en uno de sus niveles se demandan la presencia de un aspecto o contenido subjetivo (culpabilidad), considerando a la capacidad psíquica de culpabilidad o imputabilidad, como una característica que debe darse en el acto de un injusto penal, definiéndola como la

capacidad que tiene el actor para responder a la exigencia de comprender la antijuridicidad y de adecuar su conducta a esta comprensión, manejando el término capacidad psíquica y imputabilidad indistintamente, quien agrega además, que la capacidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto, originando que éste puede ser imputable respecto a un delito e inimputable respecto a otro.

Así mismo como se requiere cierta capacidad psíquica para que haya conducta, también puede haber cierta incapacidad psíquica que elimine directamente la conducta (inimputabilidad), que es el aspecto negativo de la imputabilidad, contemplada en el artículo 15 fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, así como en el Código para toda la República en Materia Federal, referente a las causa de exclusión del delito, el cual señala:

Artículo 15 fracción VII.- “Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible”.

Concluyendo, que para que exista la culpabilidad es necesario que el sujeto tenga una cierta capacidad psíquica o imputabilidad, esto es, la capacidad que tiene el actor para responder a la exigencia de comprender la antijuridicidad y de adecuar su conducta a esta comprensión, calidad referida al desarrollo y salud mental de este, que si en algún determinado momento llegaran a faltar constituirían el aspecto negativo de la imputabilidad, dando origen a la inimputabilidad, expresada en el artículo preinvocado.

Opinando este autor que la posibilidad exigible de realizar una conducta diferente del injusto penal depende fundamentalmente de dos circunstancias, que se convierten así en presupuestos o condiciones indispensables para el reproche. Estos presupuestos fundamentales son: la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad (mal

llamada "consciencia de la antijuridicidad o del injusto) y la actuación en un marco situacional que permita un cierto ámbito de autodeterminación" bajo el título de la culpabilidad se comprenderán los supuestos bajo los cuales el autor haya tenido la posibilidad de reconocer la exigencia del deber jurídico y de regirse conforme a ella.⁸³

Conforme al esquema que nos presenta, habrá inculpabilidad cuando opere alguno de los dos reductores de la autodeterminación. El primero (la ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad), que opera cuando hay una incapacidad psíquica para ello (incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad) que es una de las formas de incapacidad psíquica de culpabilidad (inimputabilidad). El segundo reductor (actuación en un marco situacional que no permite un ámbito de autodeterminación de cierta amplitud) opera cuando se presenta la incapacidad para dirigir la conducta conforme a la comprensión de la antijuridicidad, que es la segunda hipótesis de la inimputabilidad.

Originándose que las causas de inimputabilidad sean, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea por el desarrollo o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad, admitiendo tanto las excluyentes legales, esto es, las expresamente destacadas en la ley, así como las llamadas supralegales causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica, por que se considera que tanto la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal alguno; sino que se trata de esencias que al designarse por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad, diferenciándose las causas de inculpabilidad con las de imputabilidad ya que en tanto que las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente de diversa forma y grado.

⁸³RAÚL ZAFFARONI. Eugenio. Ob cit. pag. 127.

3.4.- LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ANTES DE LAS REFORMAS DE 1983.

En nuestro ordenamiento penal, antes de las reformas de 1983, (publicadas en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984), contenía como causas de inimputabilidad, las consagradas en su artículo 15 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, las siguientes:

Artículo 15 fracción II, "Hallarse el acusado, al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado toxinfecioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

3.4.1.- ESTADOS DE INCONSCIENCIA.

El Código Penal antes de las reformas de 1983, como lo apuntamos anteriormente consagraba los estados de inconsciencia, a lo que Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas, expresaban que diversas anomalías o alteraciones pueden presentarse en la vida de la personalidad: Haciendo la distinción de dos grupos: 1).- La pérdida de la conciencia, o falta de conciencia, denominada locura, alineación o enajenación mental, como un estado de inconsciencia total. 2).- Las perturbaciones más o menos profundas de la conciencia, en las que, sin embargo, aunque anómalamente, la conciencia subsiste en menor o mayor grado; trastornos que presentan a su vez dos diferentes órdenes, uno teniendo un origen fisiológico, no morboso y el otro morboso, (patológico).

Expresando que en sentido fisiológico, según las posiciones más exploradas de la psiquiatría, se ofrece en los casos de sueño, sonambulismo, hipnotismo, estados pasionales (sexuales, cólera, temor, sugestión de masas etc.). Y en la patológica, producidos por la ingestión de sustancias embriagantes, tóxicas o enervantes, por ciertos estados toxinfeciosos y estados crepusculares de mayor o menor duración e intensidad debiendo

ser transitorios, con base histérica, epiléptica, neuropática etc. y estados de desmayo, originando trastornos mentales transitorios, patológicos no buscados a propósito.

Carranca y Trujillo y Carranca y Rivas opinaron que al recoger el legislador ciertos estados específicos de inconsciencia como causales de incriminación adopto giros y fijo situaciones que no representan completo acierto, ya que en efecto la excluyente requería un estado de inconsciencia y la psiquiatría encontró no pocas dificultades para resolver en qué consistía tal estado, así el doctor José Sanchis Banus expreso que "no hay situación de inconsciencia", hay grados de conciencia, la perturbación de la conciencia no es nunca pura sino que se acompaña de una perturbación global del psiquismo; definir un estado mental como una situación de inconsciencia es como definir una pulmonía como una situación de fiebre; los médicos no saben psicología y los juristas no saben medicina, exponiendo que el tribunal no podrá nunca ser seriamente ilustrado sobre la situación de inconsciencia

El "estado de inconsciencia" supone la necesidad de admitir una perturbación transitoria del psiquismo ligada a la acción de unas causas exógenas inmediatas, como motivo de exención, al lado de la enajenación que a su vez es trastorno duradero y principalmente ligado a causas endógenas. Sobre la realidad de una enajenación, aunque sea de causa exógena y transitoria, siempre podrá el Tribunal ser informado por un medico; sobre el estado de inconsciencia nunca.

En sentido operacional la conciencia es un concepto clínico que abarca tanto la llamada "consciencia lúcida" como la "consciencia discriminatoria". La primera es la que nos permite percibir adecuadamente y ubicarnos psíquicamente en tiempo y espacio. La segunda es la que nos permite internalizar pautas o valores y discriminar conforme a esa internacionalización.

Para Zafarroni que en un análisis del artículo 34 del Código Penal Italiano, entiende que en el sentido de la inimputabilidad, debe descartarse de ese campo la "inconsciencia", por ser un supuesto de ausencia de conducta reducida, pues, a la

insuficiencia y alteración morbosa, debe entenderse como perturbación de la conciencia, sin que interese si tiene o no origen patológico y si es o no permanente -salvo para los efectos de la aplicación de la medida -reclamándose únicamente un grado de intensidad, que siempre deberá ser valorado jurídicamente, debiendo alcanzar un grado tal que haga inexigible la comprensión de la antijuridicidad.⁸⁴

3.4.2.- ESTADO DE INCONSCIENCIA TRANSITORIO.

Antes de las reformas de 1983, nuestro Código Penal distinguía los estados de inconsciencia permanentes de los transitorios, destacando que el Código Penal sólo se refería a los trastornos mentales transitorios para excluir la responsabilidad de quienes en tales condiciones ejecutaban hechos típicos, como lo señalaba el artículo 15 fracción II; que mencionaba que es causa de inimputabilidad “hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes o por un estado toxinfecioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio”.

Esto es, para que operase la eximente por estado de inconsciencia transitorio, precisaba, por supuesto, de la reunión de todos y cada uno de los elementos consignados por el legislador al cometer la infracción.

Al exigir la ley que el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes haya sido “accidental o involuntario”, quiere significar que no se trate de una costumbre, de un hábito ni de actos nacidos simplemente del deseo de usar tales sustancias, sino de algo sobrevenido, eventual, impensado o ajeno a una determinación preordenada al fin de provocarse los efectos embriagantes, tóxicos o enervantes, como el querer aprovechar las repetidas sustancias por su cualidades medicinales, en caso de enfermedad, etc.

⁸⁴Ibidem. pag.. 130.

Recordamos que la palabra “inconsciencia en este sentido estaba mal planteada, ya que concluimos que no se puede hablar de inconsciencia transitoria, sino de perturbación de la conciencia, por que para que exista inconsciencia se necesita una total falta de está, denominada locura, alineación o enajenación mental, como un estado de inconsciencia total, como lo señalan Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas.

3.4.3.- ESTADO DE INCONSCIENCIA PERMANENTE.

En tanto que el “trastorno mental de carácter patológico y transitorio”, que origina, un mal llamado, “estado de inconsciencia”, es causa de inimputabilidad y por tanto, excluye la responsabilidad penal, conforme al artículo 15, fracción II, de la ley preinvocada, la debilidad, la enfermedad y la anomalía mentales no lo son, sino que, cuando el sujeto realizaba conductas que causaran un resultado típico penal, daban lugar a la exigencia de su responsabilidad social y en consecuencia a la aplicación de la medida de seguridad consagradas en el artículo 24, número 3, del Código Penal, que además eran indeterminadas, esto es, respecto a los estados de inconsciencia permanentes (enfermos mentales permanentes), sostenía -erróneamente- el Código Penal la imputabilidad.

Carrancá y Trujillo menciona sobre el particular: “La Comisión - confiesa lealmente Ceniceros y Garrido- que se encontró ante un problema de imposible solución y opto por la menos mala, o sea la que había adoptado el legislador 1929, consistente en apoyar la responsabilidad social en estos casos.”⁸⁵

Para éste mismo autor el artículo 68, plantea insolubles contradicciones desde el punto de vista procesal y constitucional, pues la reclusión en un establecimiento adecuado es constitucionalmente una pena y como tal debe resultar de un proceso; pero no hay posibilidad de procesar al enajenado, con quien deben llenarse solamente formalidades, todas las cuales son una cruel ironía tratándose de un sujeto de psique inasible y fugaz, otro problema contemplado era la indeterminación temporal de la reclusión; a lo que algunos

⁸⁵CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 225.

doctrinarios mencionaron que aun cuando la conducta del alienado sea típicamente antijurídica, no constituye delito por faltar el elemento subjetivo de culpabilidad, originando que todo demente se encuentre exento de responsabilidad penal, y sólo cabe aplicar medidas de seguridad y no penas, esto es, si el hecho de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los dementes se equiparase a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada.

Artículo 68.- Los locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delitos, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario para su curación y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo. En igual forma procederá el juez con los procesados o sentenciados que enloquezcan.

3.4.4.- POR SUSTANCIAS TÓXICAS, EMBRIAGANTES O POR ESTUPEFACIENTES.

Lo accidental es lo eventual, lo que altera el orden regular de los acaecimientos.

Lo involuntario es lo no intencional o no doloso ni culposo.

La ingestión de diversas toxinas, como la quinina, la atropina, el yodoformo, el ácido alicílico, la tropococaína, etc., pueden producir estados de perturbación de la conciencia. Si es accidental produce la inimputabilidad. Si es deliberada o procurada para delinquir se estará en presencia del dolo preordenado (acciones *librae in causa*), y si no fuera en forma dolosa, sino imprudencial el resultado será imputable en grado culposo.

En cuanto a las sustancias embriagantes, es esencial que, como en los casos anteriores, produzcan el estado de perturbación de la conciencia, requiriéndose que la embriaguez sea plena y completa.

Con toda razón dice Carrancá y Trujillo que la embriaguez voluntaria no puede constituir la eximente; antes bien, la ebriedad debe ser tomada por el juzgador como índice de mayor temeridad. Lo mismo puede afirmarse tratándose de adictos a estupefacientes o tóxicos.

3.4.5.- POR ESTADOS TÓXICO-INFECCIOSOS.

Ciertos estados toxoinfecciosos cuando se presentan en forma aguda pueden producir trastornos mentales profundos considerados como estados de perturbación de la conciencia y no estados de inconsciencia, por lo anteriormente expuesto en temas anteriores.

Tal estado puede producir el tifus, la rabia, la neumonía, la cólera, el paludismo, la septicemia, la tisis, la lepra, la poliartritis etc., que causan delirios febriles, estados confusionales y debilidad mental, post-infeccioso, no refiriéndose ese texto a que estos estados se han de producir “accidentalmente e involuntariamente” por que es obvio que nadie habrá capaz de procurarse deliberadamente: pero pudieran producirse por imprudencia, caso en el que también es aplicable la excluyente.

Sin que sea óbice como lo expresa Castellanos Tena, que en estos supuestos de inimputabilidad, el juzgador debe auxiliarse de especialistas para resolver lo conducente y al efecto, necesita tomar en cuenta los dictámenes de médicos y psiquiatras, así pensamos también de las circunstancias del hecho típico.

3.4.6.- MIEDO GRAVE.

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal establecía como excluyente de responsabilidad, “Obrar el autor por el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

La fracción comentada, contenía el miedo grave y el temor fundado como causas de exclusión de la responsabilidad; el primero es inquietud, ansiedad, perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o mal que realmente o que se finge en la imaginación.

Malo Camacho lo entiende como un determinado estado emocional insuperable del agente que le impide actuar de otra manera, presentando dos situaciones que él analiza como son: a) Puede ocurrir que el miedo suponga un estado emocional tal que cause la alteración de las facultades mentales de la persona, generando una situación similar a la que acontece en el caso de la inimputabilidad y que es el verdadero caso del miedo o b) también, que tal situación no acontezca, en cuyo caso el miedo incide en el contenido de las motivaciones al momento de actuar las facultades mentales de las personas, se siguen reconociendo como regulares, manteniendo su capacidad personal para autodeterminarse en su actuar y en su conciencia del injusto, presentándose ésta, coarta su posibilidad para decidir libremente, originándose el caso de la vis compulsiva, que se asimila a los casos que recogen como incapacidad para dirigir la acción conforme a la comprensión de la antijuridicidad.

Las motivaciones que genera el miedo, no necesariamente han de ser objetivas, sino que pueden ser subjetivas; así da igual, que el miedo tenga origen en una situación real o no, siempre que la misma opere como factor desencadenante del miedo, que finalmente éste tendrá que ser insuperable.

El segundo (temor fundado) es pasión del ánimo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas; es un estado pasivo del sujeto, un padecer, una emoción, perturbación o afecto desordenado del ánimo, lo que en parte también es aplicable al miedo, esto es, ambos tienen de común que se producen por la representación de un daño que amenaza real o imaginariamente ocasionando una perturbación psíquica capaz de alterar la normalidad anímica, pero difieren en que el miedo puede constituir un estado psicológico de perturbación más sustancial que el producido por el temor, ya que éste

requiere la presencia verdadera de la amenaza. real o fingida, en tanto que el miedo no necesariamente la necesita para que se presente, otra diferencia es que el miedo se engendra con una causa interna y el temor obedece a una causa externa.

3.4.7. SORDOMUDEZ.

El Código Penal en el entonces artículo 67 señalaba; “a los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción”.

Ese Código Penal, no consideraba responsables penalmente a los sordomudos cuya conducta cause un resultado típico penal, pero sí los consideraba socialmente responsables, por peligrosos, dado su insuficiente discernimiento por falta de desarrollo mental normal, y en consecuencia, los hace objeto de la correspondiente medida de seguridad.

Francisco Carrara escribió que las ideas de deber de justicia no las adquiere el hombre sino mediante la comunicación que por el sentido auditivo recibe de los demás hombres, considerando a la palabra no sólo el vehículo necesario para la comunicación sino del pensamiento, que es en mucho parte de éste y por ello es que el pensamiento no puede ser concebido sino en palabras, variando las palabras con que nos expresamos es variar nuestro pensamiento.

Este artículo no distinguía entre sordomudos de nacimiento o con posterioridad a éste, ni educados o instruidos e inadecuados o carentes de instrucción, considerándolo la ley en igual de circunstancias, el que era sordomudo por nacimiento y el que siendo mayor de edad sufre la sordomudez por accidente, presentándose tal situación originaba que el sordomudo quedaba sujeto a una medida de seguridad, por todo el tiempo necesario para su curación o instrucción. Podrá ser no impuesta ésta medida si la sordomudez fuere curable al mismo tiempo que sea en persona instruida.

3.4.8.- MINORÍA DE EDAD.

Comúnmente se afirma en nuestro derecho, que los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan hechos típicos del derecho penal, no se configuran delitos, sustentándose en la teoría que considera a la inimputabilidad como la aptitud legal para ser sujeto de derecho penal y, en consecuencia, como capacidad jurídica de entender y de querer en el campo del derecho represivo, llegando a la conclusión que desde éste punto de vista los menores son inimputables, excluyéndoseles del horizonte penal como afirma el maestro García Máynez, quien destaca además que por lo tanto, lo adecuado es designarle un inciso entre los que se señalan las causas de inimputabilidad, declarando así al menor penalmente inimputable.

Consideramos que la inimputabilidad aplicada a los menores es en menor o mayor grado errónea pues es verdad que la ley penal no es aplicada a los menores que infringen ésta, comúnmente afirmándose que por esta situación el menor es inimputable, pero lo que creemos necesario destacar, es que no se aplica el derecho penal al menor por no infringir éste, sino lo que no se le aplica al menor es la pena, más sin en cambio como lo señala el artículo 4° de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para Toda la República en Materia Federal, en su párrafo segundo, señala la competencia del Consejo de Menores, y reza "Respecto a los actos u omisiones de menores de 18 años que se encuentren tipificados en las leyes penales federales", no es que al menor lo deje fuera el Estado del derecho penal, sino que no le aplica una pena, en virtud, de que éste, considera que el menor es una materia dúctil, susceptible de corrección precisamente por su edad.

Ya que si consideramos que el menor es inimputable por que no tiene la suficiente capacidad para responder de sus actos originando el traer consigo las consecuencias de derecho, recordemos que la imputabilidad estaba condicionada por la salud y desarrollo del autor, para obrar en el justo conocimiento del deber, o como lo señala Zaffaroni, que la considera como el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en éste,

presentar al momento de cometer el acto típico penal. Se nos plantea un problema muy importante respecto a esta situación, como lo es, si el menor es inimputable por esta razón. ¿Qué pasaría cuando el menor sufra cualquier trastorno mental o desarrollo intelectual retardado?, ¿se podría presentar una doble inimputabilidad o no!. ¿justificaría doblemente por ésta circunstancia a este sujeto como no sujeto de derecho penal!.

Por este respecto consideramos que el menor no es que sea inimputable, ni que el derecho penal lo excluya de su esfera de aplicación, sino que pensamos que de lo que se le excluye es de la aplicación de las penas, por considerarlo materia un poco más flexible de manipular en cuanto a que no tiene un comportamiento todavía definido, lo que origina que puede ser un sujeto más fácil de reubicar en la sociedad, cuestionando también, que los menores de 11 años, la ley expresamente respecto a ellos señala que en el artículo 6° de la Ley de Menores, que “Los menores de 11 años, serán sujetos de asistencia social por parte de las instituciones de los sectores público, social y privado que se ocupen de esta materia”, pensamos que no es que sean inimputables estos menores tampoco, sino que a esta edad los menores no tienen un conocimiento preciso de los hechos que verdaderamente son reales y aquellos que no lo son, originando que pueda darse que un menor encuentre una pistola de su papá en su casa y le dispare a cualquier persona pensando que no la va a matar, por que según su capacidad de la realidad del mundo en que vive, podría pensar que nadie puede morir, pues en la televisión, que en la mayoría de los casos es un medio que influye directamente en los menores, la gente y los seres inanimados no se mueren, originando que no distinga verdaderamente lo ficticio de la realidad; y que en nuestro criterio propio, tampoco se podría dar un retraso intelectual o un desarrollo intelectual retardado, pues consideramos que al hablar de retraso se expresa algo que debía haber tenido en un tiempo, pero por alguna circunstancia no la ha obtenido, cosa que en los menores no opera ya que el menor de 11 años no es que no haya tenido las circunstancias de comprender lo real de lo no real, sino que está se esta desarrollando a la par con su desarrollo físico, siendo entonces, no se podría hablar de retraso intelectual.

3.5.- LA INIMPUTABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE 1983

Después de las reformas al Código Penal de 1983, en las que se llega a afirmar que los estados de inconsciencia no pueden ser estados de inconsciencia transitorio, son sustituidas por un precepto de mayor amplitud, ubicado en el artículo 15, del Código Penal relativo a las circunstancias excluyentes de responsabilidad, cuya fracción II establecía: “Padece el inculpaado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente”, y que en nuestro ordenamiento punitivo actual esta circunstancia esta consagrada en la fracción VII del mismo artículo, que expresa “ Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible”.

Expresa Castellanos Tena que los puntos esenciales de este concepto proceden de la legislación italiana, pero es mexicana la formulación completa, el cual consideraba que en rigor, bastaría con esta caracterización de la inimputabilidad, sin necesidad de expresar, en el Código mismo, sus causas o sus especies: Sin embargo, se creyó oportuno hacer referencia a éstas para favorecer la buena aplicación del precepto, novedoso en el ordenamiento federal, de ahí que se hable de los dos factores clásicos que aquí aparecen: trastorno mental y desarrollo intelectual retardado⁸⁶

3.5.1.- TRASTORNO MENTAL.

Castellanos Tena, expresa que el trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas, esto es, la capacidad que tiene el actor para responder a la exigencia de comprender la antijuridicidad (elemento cognoscitivo) y de adecuar su

⁸⁶CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 226.

conducta y de acuerdo a esa comprensión (elemento volitivo), estas facultades psíquicas se ven perturbadas por el trastorno mental, que son anormalidades o alteraciones que se pueden presentar en la vida del sujeto activo del delito, y que el maestro Carrancá y Trujillo hace la distinción en dos grupos:

1.- La pérdida de la conciencia, o falta de conciencia, denominada locura, alineación o enajenación mental, como un estado de inconsciencia total y

2.- Las perturbaciones más o menos profundas de la conciencia, en las que, aunque anómalamente, la conciencia subsiste en menor o mayor grado; trastornos que nos presentan a su vez dos diferentes órdenes: uno teniendo un origen fisiológico, no morboso y el otro morboso, (patológico).

En sentido fisiológico, según las posiciones más exploradas de la psiquiatría, se ofrece en los casos de sueño, sonambulismo, hipnotismo, estados pasionales (sexuales, cólera, temor, sugestión de masas). Y en el morboso (patológico), producidos por la ingestión de sustancias embriagantes, alteración por intoxicaciones endógenas y exógenas, o por enervantes, por ciertos estados toxinfeciosos y estados crepusculares de mayor o menor duración e intensidad pudiendo ser o no transitorios, con base histérica, epiléptica, neuropática, enfermedades mentales orgánicas etc. y estados de desmayo, que directamente afectan la comprensión de la antijuridicidad y la adecuación de la conducta a esta comprensión por presentarse en una deficiencia o mal funcionamiento de la mente, o de la personalidad del sujeto, provocados por deficiencias psicológicas que origina cambios en la mente.

El maestro Alfonso Quiroz Cuarón, expresa que las causas de las enfermedades mentales son múltiples, opinando que son todas aquellas que actúen en forma enérgica o reiterativa sobre el sistema nervioso central. Las alteraciones pueden ser tanto para el bien como para el mal; en el primer caso se puede tener el adiestramiento que produce habilidades, que lo mismo pueden dar un gran pianista que un notable cirujano; y el segundo, el hábito, ése que principia con el primer acto, al decir de los más grandes

filósofos de la humanidad, nos puede producir lo mismo un ladrón reincidente que un alcohólico crónico o a un farmacodependiente. expresando que algunas enfermedades son infecciosas -como la sífilis-, otras son tóxicas -como el alcoholismo-, otras obedecen a causas orgánicas -como los traumatismos, fracturas o tumores, por ejemplo, y finalmente, otras responden a causas tanto psicológicas como emocionales o pasionales.

Para Helio Gómez las causas son: 1.- Enfermedades generales. 2.- Infecciones, especiales la sífilis. 3.- Intoxicaciones endógenas. 4.- Intoxicaciones exógenas, especialmente el alcoholismo. 5.- Causas psicológicas, sobre todo las emotivas. 6.- Causas sociales. 7.- La herencia. 8.- Predisposición. 9.- Traumatismos, especialmente cráneos. 10.- La educación. 11.- La raza. 12. La edad. 13.- La profesión. 14.- El estado civil. 15.- Las creencias, supersticiones etc.

3.5.2.- CLASES DE PERTURBACIONES.

Dentro de este marco legal aparecen recogidas diversas enfermedades mentales o situaciones de insuficiente desarrollo de las facultades mentales, susceptibles de originar causas de inimputabilidad.

La clasificación más conocida acerca de las enfermedades mentales es la que en su oportunidad dio a conocer Krapelin, quien en su momento hizo referencia a los siguientes catorce diferentes situaciones que calificaba como enfermedades mentales.

En el año de 1978 se produjo una clasificación de las enfermedades mentales que, en general, ha sido internacionalmente aceptada :

1.- Trastornos mentales orgánicos: Demencia involuntaria;

I.- Reacción cerebral aguda "delirio",

2.- Trastornos producidos por las drogas;

- 3.- Trastornos mentales orgánicos e inorgánicos (deficiencia y retardo mental generalmente orgánicos o por ambiente poco apto);
- 4.- Epilepsia sistemática (orgánica y esencial);
- 5.- Trastornos de personalidad:
 - I.- Orgánicos (algunos)
 - II.- De carácter social (la mayoría);
- 6.- Esquizofrenia paranoide;
- 7.- Trastornos sexuales (agónicos y sociales);
- 8.- Trastornos funcionales:
 - I.- Esquizofrenias (pensamiento, afectiva y conducta);
 - II.- Manías depresivas;
 - III.- Estados paranoicos;
 - IV.- Neurosis (en discusión).

Además de esta clasificación existen tantas clasificaciones como autores existentes, en virtud de lo cual consideramos que el juzgador debe apoyar su definición en los dictámenes periciales correspondientes, de los profesionales médicos psiquiatras y psicólogos.

3.5.4.- DESARROLLO INTELECTUAL RETARDADO.

El artículo 15 fracción VII del Código Penal, señala como otro caso por el cual se puede presentar la inimputabilidad, el desarrollo intelectual retardado, para comprender el carácter ilícito del acto típico y de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Después de hacer un estudio de diferentes autores como Zafaroni, Edmundo Mezger, el maestro Villalobos, Malo Camacho, Helio Gómez, entre algunos más, creemos necesario destacar que algunos de estos autores consideran que el desarrollo intelectual retardado es un trastorno mental, como Zafaroni, que considera que la falta de

comunicación adecuada en el período de desarrollo acarrea un trastorno mental, como sucede en los niños que padecen sordera o ceguera, en los casos en que no se advierten los medios para una educación adecuada; el niño sordo o ciego, sometido a una adecuada educación, puede alcanzar el pleno desarrollo de su inteligencia, en tanto que el descuidado, sufrirá un retraso mental que será menester cuantificar para apreciar su grado de incapacidad; la carencia de una relación afectiva, especialmente de la comunicación adecuada con la madre en los primeros años, puede producir en el niño un deficiencia mental.

Algunos otros autores no contemplan ni dan una explicación del desarrollo intelectual retardado, Castellanos Tena, en su libro titulado, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, expresa ésta segunda circunstancia de la inimputabilidad, señalando que no resulta ocioso destacar que en la actual fórmula legal sobre la inimputabilidad (Art. 15, fracción II del C. P.), pueden quedar comprendidos en los respectivos casos, además de los trastornos mentales transitorios o permanentes, aquellos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aun cuando no presenten un verdadero trastorno mental.⁸⁷

Consideramos al igual que Castellanos, que al referirse el artículo 15 fracción VII, de la ley preinvocada, a ésta segunda causa de inimputabilidad, no creemos que la considera como un estado de trastorno mental, ni deficiencia de la conciencia, o perturbación de esta, pues sería erróneo considerarla así, ya que no tendría sentido el expresarla como segunda forma en la que se puede dar la inimputabilidad, sino únicamente hubiera bastado el mencionar trastorno mental, creyendo así equivocado las expresiones del maestro Zafaroni al considerar que en los niños que por alguna circunstancia (sordera, ceguera, mala educación etc.) no pueden tener un desarrollo normal, se origina un desarrollo intelectual retardado, se les considere que padezcan un retraso mental o una deficiencia mental.

⁸⁷CASTELLANOS TENA, Fernando. Ob cit. pag 227.

Creemos que el segundo caso de la inimputabilidad, considerado como el desarrollo intelectual retardado no expresa una deficiencia en relación con algún trastorno mental o perturbación de ésta, ya que como lo expresamos cuando tratamos el tema de trastorno mental, contemplamos que éste se debe a circunstancias que en alguna forma alteran el buen funcionamiento de las facultades mentales, llámese trastornos de la mente o trastorno de la personalidad que de alguna u otra forma alteran el buen funcionamiento de la mente, (cerebro, corteza cerebral, sistema nervioso etc.), originando que el sujeto sufra alguna alteración en su organismo físico o emocional.

Pensamos que la idea que el legislador quiso plasmar con esta expresión, no es que el sujeto padezca un problema de perturbación psíquico, o emocional, ya que la expresión nos dice que el agente padezca un desarrollo intelectual retardado, no un trastorno o deficiencia, esto es, una circunstancia que tiene que ver con la capacidad cultural del sujeto, como es en el caso de los sordo-mudos, ciegos o sordos, en los que no existe una deficiencia de la mente propiamente dicha sino una deficiencia en el aprendizaje, consideramos esta situación por que aún que en el Código Penal antes de las reformas de 1983, contemplaba a los sordomudos en su artículo 67, expresando "a los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se les recluirá en escuela o establecimiento especial para sordomudos, por todo el tiempo que fuere necesario para su educación o instrucción", creyendo que no por la modificación de éste artículo ya no contempla a los sordomudos, estos quedan exentos del delito cuando se presenta su incapacidad de comprensión y de conducirse de acuerdo con esta, se les tenga que aplicar una pena, pues creemos que la modificación del artículo 15, aunque no expresamente los contempla, si los considera precisamente en el segundo caso de inimputabilidad (desarrollo intelectual retardado), así como los casos que se podría presentar como similares.

3.5.5.- TRASTORNO MENTAL Y DESARROLLO INTELECTUAL DISMINUIDO.

El artículo previamente invocado en su párrafo segundo señala "Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente

disminuida se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código”, originando que puede existir una imputabilidad disminuida que por no referirse a sólo alguna de las clases de inimputabilidad, se sobre entiende que es a las contempladas en el primer párrafo.

Como vimos la imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad y, por consiguiente, su ausencia impediría que opere la exigibilidad y el reproche. El sujeto que comete un injusto en estado de inimputabilidad no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, porque no es posible reprocharle su decisión, no obstante algunos autores consideran que existen grados de reprochabilidad, puesto que siempre hay grados de autodeterminación, ya que cuando el ámbito de autodeterminación esta muy reducido (por debajo del umbral mínimo), no puede existir una exigibilidad jurídica, y consiguientemente no habrá culpabilidad; pero cuando el ámbito de autodeterminación éste por sobre ése umbral mínimo podrá existir la culpabilidad.

Por sobre ese umbral mínimo, sigue habiendo ámbitos de autodeterminación de diferente magnitud y, por consiguiente, distintos grados de culpabilidad que estrechan o amplían la autodeterminación, que pueden funcionar por una incapacidad psíquica hasta sobrepasar el umbral mínimo y eliminar la culpabilidad. Para ello, el derecho no puede menos que, reconocer que la capacidad psíquica de un sujeto no es algo que se da como blanco o negro, sino que hay ininterrumpida secuencia de matices que pasan por todas las tonalidades de gris que pudieran presentarse, esto es, unos más allegados al blanco y otros al negro.

El derecho penal se limita a señalar que existe un cierto límite en que desaparece la exigibilidad de los requerimientos jurídicos, pero en ningún momento menciona que por debajo de ese límite todo da igual porque todos son por igual incapaces, ni tampoco que por sobre ese mismo, todos son igualmente culpables, no es que exista grados de inimputabilidad (y por ende de culpabilidad), pero se debe aceptar que hay sujetos inimputables, que cuya imputabilidad está disminuida en relación a otros sujetos que hubiesen podido cometer el mismo injusto, además no se debe entender a la imputabilidad disminuida como una “media imputabilidad”, ya que en psiquiatría no podría darse el

termino de un medio loco, dando origen que el juez tendrá que valorar cada caso en concreto.

El artículo 69 Bis del mismo ordenamiento punitivo señala que, "si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad".

Llegando a concluir que en nuestro derecho penal la imputabilidad disminuida es una situación o circunstancia que atenúa la pena del autor ya que se le podrá imponer a éste hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido.

3.5.6.- LAS EXCLUYENTES SUPRA-LEGALES.

Las excluyentes supralegales, se designa a las causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica, en la antijuridicidad no se pueden presentar esta clase de eximente ya que la antijuridicidad se compone de un contenido material o sociológico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida colectiva y en una declaración expresa por el Estado, que constituye la antijuridicidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal, a diferencia del acto humano (conducta), la imputabilidad y la culpabilidad, en las que no tienen carácter formal alguno; sino que se trata de puras esencias que, al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad.

Concluyendo que se puede afirmar, que mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir la exclusión de las mismas y la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal.

CAPITULO IV

EL PROCESO PENAL.

4.1.- PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

4.2.- I.-PERIODO DE PREINSTRUCCIÓN

4.2.1.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

4.2.2. - EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL O ACCIÓN PROCESAL PENAL.

4.3.- II.- PERIODO DE PREPARACIÓN AL PROCESO.

4.3.1.- AUTO DE RADICACIÓN.

4.3.2.- DECLARACIÓN PREPARATORIA.

4.3.3.- AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

4.4.- III.- PERIODO DE INSTRUCCIÓN.

4.5.- ETAPA DE JUICIO.

4.6.- FALLO O SENTENCIA.

4.1.- PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

La palabra proceso -procesus- deriva, según Eduardo B. Carlos, de Proceder, que quiere decir avanzar; camino a recorrer; trayectoria a seguir en un sentido o hacia un destino o fin determinado.

Sabatini lo define como el conjunto de los actos regulados por la ley procesal y dirigidos a conseguir la decisión del juzgador acerca de la imputación de un delito o acerca de todas las particulares relaciones que de él dependen, que exigen igualmente la intervención y la decisión del Órgano Judicial.

Carneluti expresa, que el proceso es una parte o una fase, precisamente la segunda parte o segunda fase de lo que se puede llamar el fenómeno penal el cual está constituido por la combinación del delito y de la pena.

J. Vélez Mariconde, lo define como una serie gradual progresiva y concatenada de actos disciplinarios en abstracto por el Derecho Procesal, cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante el cual se procura investigar la verdad actuando concretamente la ley sustantiva.

El maestro Alberto González Blanco, señala que el proceso es un conjunto de actividades debidamente reguladas en su forma y contenido por disposiciones legales previamente establecidas, en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales previamente exitados, por el órgano de acusación, resuelve sobre la relación jurídica materia originada por el delito.

A lo que concluye el autor anteriormente citado, que por proceso debe de entenderse, al instrumento jurídico integrado por el conjunto de relaciones que se desenvuelven a través de relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los sujetos procesales que intervienen en la realización de las mismas y que tiene por objeto que el Estado pueda realizar la potestad represiva en los casos concretos; y por procedimiento, el conjunto de actividades reguladas en su forma y contenido por las reglas que establecen las

disposiciones del derecho Procesal Penal, que tiene por objeto la integración del proceso penal, concluyendo que el objeto del proceso es que sea resuelta la relación material derivada del delito, expresando que la idea de éste es teórica y sistematizadora, en tanto que el procedimiento se concreta a lo normativo, esto es, a satisfacer todos los requisitos legales que concurren a la integración de aquél para hacerse efectiva la potestad represiva, que implica que el procedimiento es aplicado y especializado.⁸⁸

José González Bustamante sostiene que el procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el derecho procesal penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de la relaciones del derecho penal.

El maestro Leopoldo de la Cruz, señala que el procedimiento penal es la suma de actos jurídicos, formas, formalidades y solemnidades a que deben sujetarse los mandamientos del Código Penal, o sea, el cumplimiento material, los cauces formales que deben desarrollarse de una manera concatenada y cronológica para que el órgano jurisdiccional éste en posibilidad de dictar sentencia condenando o absolviendo.

Díaz de León explica que el procedimiento penal “es el conjunto coordinado de actos procesales que sirven para la obtención de un fin determinado dentro del proceso. El procedimiento equivale, en realidad, a una parte del proceso; es decir, aquél se da y se desarrolla dentro de éste, concatenando a los actos de que consta, uniéndolos como si se tratara de eslabones, hasta producir la situación jurídica que corresponde en el proceso”.

Eduardo Pallares define al procedimiento como “el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de sustanciarlo, que puede ser ordinaria, sumaria, sumarísima, breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con período de prueba o sin él, y así sucesivamente”⁸⁹.

⁸⁸GONZÁLEZ BLANCO, Albaro. El procedimiento penal mexicano. Ed Porrúa. México 1975 Pag.114

Para concluir, consideramos que el procedimiento es una parte integrante del proceso, esto es, nos adherimos a lo expresado por los maestros Eduardo Pallares, Díaz de León, así como González Blanco, que señalan que el proceso es por así decirlo más grande que el procedimiento y que éste es parte del proceso.

Como lo señala el autor Giovanni Leone que expresa, la noción de proceso penal sirve para indicar no sólo el conjunto de actos encaminados a la cosa juzgada, sino también el conjunto de derechos, poderes, facultades, obligaciones, cargas, que vienen a encontrar aplicación por medio de los actos procesales, y la expresión procedimiento tiene una significación particular, que es la individualización del proceso penal en sus particulares formaciones, en sus particulares modos de proceder, teniendo así un procedimiento ordinario, procedimientos especiales, categorías de procedimientos incidentales, procedimientos complementarios, que se vinculan a las acciones penales complementarias.⁹⁰

4.2.- I.- PERIODO DE PREINSTRUCCIÓN

El maestro Julio Hernández Pliego, en su libro titulado Programa de Derecho Procesal Penal considera que el proceso penal "es el conjunto de actos conforme a los cuales el juez, aplicando la ley, resuelve el conflicto de intereses sometidos a su conocimiento por el Ministerio Público, señalando que éste esta compuesto por cuatro procedimientos que son; el de preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia"⁹¹, por lo que de manera intencional comenzamos el proceso penal con la etapa de preinstrucción, por diferir de este autor, por considerar que esta no es la primera fase del proceso penal, ya que consideramos que éste comienza cuando la autoridad tiene conocimiento del hecho o hechos que podrían considerarse como delitos, esto es, consideramos como anteriormente lo expresamos, que el objeto del proceso es que sea resuelta la relación material derivada del delito, o como lo señala el maestro Díaz de León,

⁸⁹DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento penal mexicano. Ed Porrúa. México 1996 Pag. 3.

⁹⁰LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal Ediciones jurídicas Europa-America Pags. 13 y 14

⁹¹HERNANDEZ PLIEGO, Julio. Programa de derecho procesal penal Ed. Porrúa México 1998. Pag. 8.

es el instrumento jurídico integrado por el conjunto de relaciones que se desenvuelven a través de relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los sujetos procesales que intervienen en la realización de las mismas y que tiene por objeto que el Estado pueda realizar la potestad represiva en los casos concretos, concluyendo que el procedimiento es parte del proceso, que en cierto sentido es un todo.

Tomado como base lo expresado en el artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales que señala:

Artículo 1° El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda ejercitar o no la acción penal.

II El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar.

Por esta circunstancia consideramos que el proceso empieza con la averiguación previa, que viene a ser la piedra angular del proceso, puesto que con ella el Ministerio Público debe plasmar las bases sobre las que se finca la jurisdicción del juez, cuyos elementos fundamentales son la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado, bajo pena de nulidad de alguno de los procedimientos siguientes y por consiguiente la libertad del inculpado si faltare alguno de ellos.

Marco Antonio Díaz de León afirma que por averiguación Previa Penal debe entenderse al conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal y que se estima como etapa procedimental (no proceso) que antecede a la consignación a los

tribunales, y que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.

Sentado lo anterior entendemos por averiguación previa penal, como la fase fundamental de la acción penal que incumbe al Ministerio Público, la cual debe desarrollarse mediante un proceso administrativo, en la que dicha autoridad procede a la investigación de la comisión de los delitos y la persecución de los autores. aportando los elementos que comprueben el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. para concluir con el ejercicio de la acción penal ante los tribunales judiciales competentes.

En la averiguación previa se nos presentan ciertos principios que rigen a está, como son el principio de iniciación, esto es, no se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la investigación, sino para que se aboque a la misma, se necesita la reunión de requisitos fijados previamente en la ley; Principio de oficiosidad, que señala que para la búsqueda de pruebas, efectuadas por el órgano investigador no es necesario la solicitud de parte, inclusive en los delitos que se persiguen por querrela, iniciada la investigación, el órgano, oficiosamente debe llevar a cabo la búsqueda de las mismas; Principio de legalidad que aun cuando se deja a éste órgano la búsqueda por oficiosidad, tiene la obligación de llevar a cabo esta investigación, sujetándola a los preceptos fijados en la ley.

Las diligencias de la averiguación previa deben enderezarse, en primer término, a comprobar la existencia de los elementos exigidos por el artículo 16 de la Constitución para el ejercicio de la acción penal, y en segundo lugar, con mucha vinculación al precepto previamente invocado, a comprobar el cuerpo del delito, tal como lo exige el artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, afirmándose en ocasiones que la comprobación del cuerpo del delito es materia del auto de formal prisión, pero no lo es menos que los elementos para comprobarlo deben ser aportados por el Ministerio Público a quien corresponde la iniciativa procesal, como lo señala el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales que señala:

“Art. 168 El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como base en el ejercicio de la de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Consideramos que con base en la certeza de que se ha cometido un delito, esto es, como lo establece la fracción I del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público resuelve que si ejercita la acción penal, pasamos al segundo procedimiento que marca dicho artículo previamente invocado, que señala fracción II.- El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar, que al no señalar a quien corresponde dicho procedimiento y con base en la fracción tercera que estatuye el procedimiento de instrucción, que expresamente abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste, creemos que en el procedimiento de preinstrucción pueden intervenir tanto el Ministerio Público como el Tribunal en tanto para el último no versen las actuaciones con el fin de averiguar y probar

la existencia del delito, sus circunstancias del mismo y las del inculpado o sobre su responsabilidad o irresponsabilidad de éste.

4.2.1.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Por el derecho que las personas tienen de que se les imparta justicia, derecho que se encuentra tutelado por un órgano del Estado denominado Ministerio Público, quien tiene la obligación constitucional de investigar a los presuntos responsables, actos que integran una fase procesal llamada averiguación previa, durante la cual recibirá la denuncia o querrela en contra de presuntos responsables de ilícitos, aportando toda las pruebas necesarias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del autor y ejercitar ese derecho de acción punitiva ante el órgano jurisdiccional competente, solicitando la incoación del procedimiento respectivo y se imponga al culpable la pena correspondiente, considerada como la acción penal.

Esta acción persecutoria no queda al arbitrio del órgano investigador, sino que es menester, para iniciar la investigación, el cumplimiento de ciertos requisitos legales o de iniciación. El maestro Leopoldo de la Cruz Agüero señala que existen presupuestos necesarios para que se pueda llevar a cabo la acción penal contenidos de la comprensión del artículo 16 de Nuestra Carta Fundamental, los cuales son: a) La existencia de un hecho considerado como delito, cuya figura típica debe estar contemplada en la ley penal; b) Que el hecho se atribuya a una persona; c) Que la acción u omisión considerada como delito se de a conocer a la autoridad investigadora mediante denuncia, o querrela y d) que el delito de que se trate merezca pena corporal o alternativa.

Como lo comentamos en temas anteriores existe un principio que rige la averiguación previa y es el principio de iniciación, esto es, la autoridad investigadora no puede iniciar diligencias de investigación de cualquier delito por mutuo propio, ya que necesita que un sujeto (persona) haga de su conocimiento un hecho que considera delictivo, y que los doctrinarios consideran que este conocimiento se podrá llevar a cabo por medio de la denuncia o querrela y que anteriormente a la modificación efectuada en el artículo 16

Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de marzo del año en curso que contemplaba también la acusación.

Denuncia.- Se a considerado a ésta como la información que proporciona cualquier persona al Ministerio Público, sobre la existencia de determinado hecho delictivo, ya sea que se haya cometido, se éste cometiendo o se vaya a cometer.

Acusación.- Se estima como una imputación directa en contra de una persona como autora en la comisión de un hecho o acto considerado como ilícito formulada ante el Ministerio Público por quien se dice ofendido o agraviado, de una manera escrita o por medio de comparecencia personal, ciertos hechos delictuosos cometidos por una persona, detrimento de quien comparece, con el deseo de que se le castigue y se le condene a la reparación del daño.

Querella.- En ésta el que se dice ofendido denuncia o pone en conocimiento del Ministerio Público un hecho que considera ilícito y se ha cometido en su perjuicio, pero sin señalar a persona determinada como autora, es decir, no formulando imputación directa, si no únicamente concretándose a narrar ampliamente los hechos que considere delictuosos, siendo la autoridad quien esos elementos investigue al autor o los autores de dichos hechos.

Aparte de la denuncia y acusacióny anteriormente querella se citan como requisitos de procedibilidad la excitativa y la autorización.

La excitativa consiste en la solicitud que hace el representante de un país extranjero para que se persiga al que ha proferido ofensas en contra de la nación que representa o en contra de sus agentes diplomáticos.

La autorización es el permiso concedido por una autoridad determinada en la ley, para que se pueda proceder contra algún funcionario que la misma ley señala, por la comisión de un delito.

Llegando a la Conclusión que los requisitos de procedibilidad que los doctrinarios citan son la denuncia, acusación o querrela, excitativa y autorización, pero considerando que tácitamente éstas deben versar sobre un hecho considerado como delito, tipificado en las leyes penales, cometido por una persona, y sancionado por la ley penal.

4.2.2. - EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL O ACCIÓN PROCESAL PENAL.

La función persecutora, consiste precisamente en perseguir los delitos buscando o reuniendo los elementos necesarios, haciendo las gestiones pertinentes para procurar que los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley.

Originándose que la función persecutoria impone dos clases de actividades a saber:

- a) Actividad investigadora, y
- b) Ejercicio de la acción penal.

En el tema referente a la etapa de preinstrucción comprendimos y explicamos la primera etapa en que nos plantea la acción penal, en su etapa de investigación, y por ello en este trataremos únicamente lo relacionado con el ejercicio de la acción penal, refiriéndose en ése tema, que el ejercicio de la acción penal comienza en el segundo procedimiento contemplado en el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales.

La noción de acción penal consiste en que el Estado, como representante de la sociedad organizada, vale por la armonía social, resulta lógico conceder a éste la autoridad para reprimir todo lo que atenté o conculque la buena vida gregaria, originándose que cuando se comete un delito, surge el derecho-obligación del Estado de perseguirlo (función persecutoria), y éste debe tener primeramente conocimiento del mismo para poder actuar, por medio de los requisitos de procedibilidad, haciendo todas las diligencias pertinentes para acreditar los requisitos contemplados en el artículo 168 del Código Federal de Procedimiento Penales, para llegar a la conclusión de si es delictuoso o no, y si considera

que es delictuoso, ejercitara de esta manera su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley penal.

Con base en la certeza que tiene el Ministerio Público de que se ha cometido un delito nace el ejercicio de la acción penal (la consignación) o lo que es lo mismo la necesidad de excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto, terminando en ese momento la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y surgiendo el ejercicio de la acción procesal penal, que no sólo comprende la consignación, sino también abarca las actuaciones posteriores como son: aportación de pruebas, órdenes de comparecencia, aseguramientos precautorios, formulación de conclusiones, de agravios y alegatos, a lo que refiere el maestro Manuel Rivera Silva que ésta se inicia en la consignación llegado a su momento cenital en la formulación de conclusiones.

Como lo expresa el artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales que señala:

Artículo 136.- El ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

I.- Promover la incoación del procesado;

II.- Solicitar las órdenes 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 probable responsabilidad de los inculpados;

V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectiva; y

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

Las características que animan la acción procesal penal, son las siguientes:

1.- La acción procesal penal es pública, ya que tanto el fin (excitar al órgano jurisdiccional) como su objeto (que el órgano jurisdiccional decida sobre determinada situación se le plantea) son públicos, por tanto, quedan excluidos de su ámbito lo que únicamente alude a intereses privados

2.- La acción procesal penal es indivisible, expresándose que tanto el derecho de castigar, como el ejercicio de aquella, alcanza a todos los que han cometido un delito, sin distingo de personas.

Los principios que rigen la acción procesal penal son:

1.- La acción procesal penal se ejercita de oficio, esto es, el Ministerio Público como representante de la sociedad no debe esperar para el ejercicio de la acción procesal penal la iniciativa privada, por que si así fuera estarían los intereses particulares por encima de los intereses sociales.

2.- La acción procesal penal ésta regida por el principio de la legalidad. Teniendo el Estado en sus manos el ejercicio, por consiguiente, no se deja a su capricho propio dicho ejercicio, sino que, por mandato legal, siempre debe llevarse a cabo.

4.3.- II.- PERIODO DE PREPARACIÓN AL PROCESO.

Como advertimos en los temas previamente tratados, el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, señala los procedimiento que contendrá el mismo y en su fracción II, señala el procedimiento de preinstrucción que como vimos se inicia cuando el Ministerio Público decide el ejercicio de la acción penal, procedemos al inicio del

segundo procedimiento contemplado en la fracción segunda del artículo preinvocado que en otros términos da inicio al periodo de preparación al proceso, comenzando este con el ejercicio de la acción procesal penal que el maestro Rivera Silva expresa que comprende éste de tres periodos: Iniciación, desarrollo y culminación. En el primero, el Ministerio Público excita al órgano jurisdiccional al que, aplicando la ley a un caso, resuelve sobre si hay fundamento o no para perseguir un proceso contra una o unas personas determinadas, ahora bien referente al pliego de puesta a disposición o pliego de consignación del Ministerio Público, consideramos que se pueden presentar tres situaciones en las que se pueden presentar dicho pliego al juez, como son:

1.- Que el Ministerio Público de las averiguaciones practicadas estime comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena corporal y la responsabilidad de un sujeto, que no se encuentra detenido.

2.- Que de las averiguaciones llevadas a cabo, estime comprobadas el Ministerio Público la existencia de un delito que no merece pena corporal y la responsabilidad de un sujeto que se encuentra detenido.

3.- Que de las averiguaciones efectuadas estime se hallan comprobadas la existencia de un delito sancionado con pena y la probable responsabilidad de un sujeto que se encuentra detenido.

El Ministerio Público, una vez que ha ejercido la acción penal, se convierte de autoridad en parte y por ende, extinguido el periodo de preparación del ejercicio de dicha acción carece de facultades de investigación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación a resuelto que “ después de la consignación que el Ministerio Público hace a la autoridad judicial, termina la averiguación previa y el Ministerio Público no debe seguir practicando diligencias de las cuales no tendrá conocimiento el juez hasta que le sean remitidas después de la consignación y es inadmisibile que, al mismo tiempo, se sigan dos procedimientos, uno ante el juez de la causa y otro ante el Ministerio Público”. En consecuencia, las diligencias practicadas por el Ministerio Público y remitidas al juez con posterioridad a la

consignación, no puede tener valor alguno, ya que proceden de parte interesada, como lo es el Ministerio Público, y que esa institución sólo puede practicar válidamente diligencias de averiguación previa”.

Los doctos del derecho consideran que las etapas que comprende el periodo de preparación al proceso (preinstrucción) son: 1.- El auto de radicación; 2.- La declaración preparatoria y, 3.- El auto de plazo constitucional.

El auto de radicación señala en principio dos periodos uno el de iniciación de la acción procesal penal y otro el periodo de preparación al proceso con un termino máximo de setenta y dos horas, que tiene por objeto el fijar una base segura para la iniciación de un proceso, sin esta base no puede iniciar ningún proceso, (por nuestra parte consideramos que no podría comenzar el tercer procedimiento contemplado en el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales), concluyendo el segundo procedimiento marcado en la fracción II del artículo preinvocado con anterioridad, con el auto de plazo constitucional.

4.3.1.- AUTO DE RADICACIÓN.

Lo primero que debe hacer el juez una vez que se ha ejercitado la acción penal, es dictar el auto de cabeza de proceso o de radicación o de inicio, que señala la iniciación del periodo del ejercicio de la acción procesal penal, con un termino máximo de setenta y dos horas, que tiene por objetivo el fijar una base segura para la iniciación de un proceso, es decir, establece la certeza de la existencia de un delito y de la posible responsabilidad de un sujeto. Sin esta base no se puede iniciar ningún proceso, por carecer de principios sólidos que justifiquen actuaciones posteriores. Esta resolución surte los siguientes efectos:

Primero. Fija la jurisdicción del juez indicando la facultad del mismo, obligación y poder de decir el derecho, en todas las cuestiones que se le plantean relacionadas con el asunto en el cual dictó el auto de radicación, quedando facultado para resolver las cuestiones que en el se platean, surgiendo también la obligación de que no queda a su

capricho resolver sobre las mismas, ya que debe hacerlo en los términos que designa la ley, otorgándole ésta dicho poder y a su vez la obligación de radicar el asunto o causa penal.

Segundo. Vincula a las partes a un órgano jurisdiccional, esto es, que a partir del auto de radicación, el Ministerio Público tiene que actuar ante el tribunal, así como el inculcado y su defensor que se encuentran sujetos también a un juez determinado ante el cual deben hacer todas las gestiones que estimen pertinentes.

Tercero. Sujeta a los terceros a un órgano jurisdiccional los cuales también están obligados a concurrir a él; y

Cuarto. Abre el periodo de preparación al proceso, con duración máxima de setenta y dos horas, teniendo como base establecer la certeza de la existencia de un delito y de la posible responsabilidad de un sujeto que justifiquen actuaciones posteriores.

El auto de radicación no tiene señalado en la ley ningún requisito formal y lo que forzosamente debe contener es su misma esencia, que en la práctica contienen los elementos que señala Franco Sodi y que son: "Nombre del juez que lo pronuncia, el lugar, el año, el mes, el día y hora en que se dicta y mandatos relativos a lo siguiente: I.- Radicación del asunto. II.- Intervención del Ministerio Público. III.- Orden para que se proceda a tomar al detenido su preparatoria en audiencia pública. IV.- Que se practiquen las diligencias necesarias para establecer si está o no comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, V.- Que en general se facilite al detenido su defensa, de acuerdo con las fracciones IV y V del artículo 20 Constitucional."⁹²

4.3.2.- DECLARACIÓN PREPARATORIA.

Después del auto de radicación como previamente se indico nacen determinados deberes para el órgano jurisdiccional y como el primero resalta, el deber u obligación de

⁹²RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal. Ed Porrúa México 1991 Pag. 149.

tomar la declaración preparatoria a los indiciados, consagrados en Nuestra Ley Fundamental en su artículo 20 Fracción III, la cual señala "se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria"

Dentro de las cuarenta y ocho horas, contadas desde que un detenido ha quedado a disposición de la autoridad judicial encargada de practicar la instrucción, se procederá a tomarle su declaración preparatoria, dicha declaración no es medio de investigación del delito ni mucho menos tiende a provocar la confesión del declarante, ya que su objetivo como lo define el artículo previamente invocado es que el acusado "conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo".

El juez tendrá la obligación de hacer saber al detenido, en este acto:

I.- El nombre de su acusador si lo hubiere, el de los testigos que declaren en su contra, 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.

II.- La garantía de la libertad caucional en los casos en que proceda y el procedimiento para obtenerla y;

III.- El derecho que tiene para defenderse por sí mismo o para nombrar persona de su confianza que lo defienda, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Dicha declaración se rendirá por el inculcado quien podrá ser asesorado por su defensor, empezando por sus generales, así como tomándoseles declaración por separado cuando sean varios los inculcados y tanto la Defensa como el Ministerio Público, comparecerán en dicha audiencia pudiendo interrogar a ó los inculcados, con preguntas que

deberán referirse a hechos propios, en términos precisos y abarcando un sólo hecho, salvo cuando se trate de hechos complejos, pudiendo el juez disponer de los interrogatorios cuando lo estime necesario, desechando las preguntas que a su juicio sean capciosas o inconducentes, siempre que el inculpado quiera declarar, ya que no puede ser obligado a declarar en contra de su voluntad, pues si el indiciado se reserva su derecho para no declarar tanto el defensor como el Ministerio Público no se les considera la palabra, a efecto de formularle preguntas, porque esto implicaría tanto como compeler al indiciado a declarar.

4.3.3.- AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

Lo denominamos Auto de Plazo Constitucional, ya que se encuentra consagrado en nuestra Ley Suprema, destacando que este precepto no solo contempla un sólo auto, sino que por el contrario el precepto Constitucional señala cuando puede una detención judicial exceder del término de setenta y dos horas a partir de que es puesto a su disposición de autoridad judicial, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresaran el delito que se imputa al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como también que de los datos que arroje la averiguación previa sean bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado, como lo señala el artículo 19 de nuestra Carta Magna.

El artículo 19 párrafo primero consagra “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término 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 expresarán el delito que se 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”.

Esto es, que el término en el que se debe dictar el auto de plazo constitucional es de setenta y dos horas, destacando que no es el único auto que existe, sino que es el que podría justificar que el órgano judicial podría exceder el plazo de setenta y dos horas ya que

con apoyo en el segundo párrafo, podría sancionarse este exceso al señalar que “La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal”.

Dentro del termino previamente citado el juez resolverá la situación jurídica del inculpado, decretando mediante el auto de formal prisión en caso de que se exprese el delito que se impute, al acusado, el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, así como que se compruebe el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del mismo, o su libertad con las reservas de ley, en el supuesto de que no se halle comprobado ninguno de ambos extremos, o se halle únicamente el primero, pero si el delito solo mereciere pena pecuniaria o alternativa que incluyere en una no corporal, el juez en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución (Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil), en vez de dictar un auto de formal prisión, dictará un auto de sujeción a proceso

Concluyendo que el Auto de Plazo Constitucional puede dictarse en tres formas como son: el auto de formal prisión, el auto de sujeción a proceso y el auto de libertad por falta de elementos para procesar o de no sujeción o con las reservas de ley, este último auto, expresando que se le da al Ministerio Público poder para promover pruebas en ejercicio de sus facultades para reunir los requisitos necesarios, para solicitar nuevamente al juez dicte la orden de aprehensión respectiva si procediere, dejando al inculpado en libertad con las reservas de ley.

4.4.- III.- PERIODO DE INSTRUCCIÓN.

Una vez emitido el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se da por concluida la preinstrucción o etapa de preparación del proceso, determinándose la materia del proceso (delito o delitos por los que se seguirá el proceso), dando paso a que se abra la instrucción y a la par la etapa probatoria de la misma, teniendo por objeto la reunión de las pruebas y el uso de procedimientos y formalidades, preparándose el material indispensable para la apertura del juicio, proporcionando al juez las pruebas que han de servirle para

pronunciar su fallo, teniendo el Ministerio Público y la defensa los elementos necesarios para fundar sus conclusiones y sostenerlas en el debate (alegatos).

La fracción III del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales señala el periodo de instrucción, como aquel que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculcado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste, y los doctos del derecho como Rivera Silva expresan que la instrucción en materia federal abarca dos periodos, el primero que va después que se dicta el auto de formal prisión o sujeción a proceso, hasta el que declara agotada la averiguación y el segundo que principia con este último auto y termina con el que declara cerrada la instrucción.

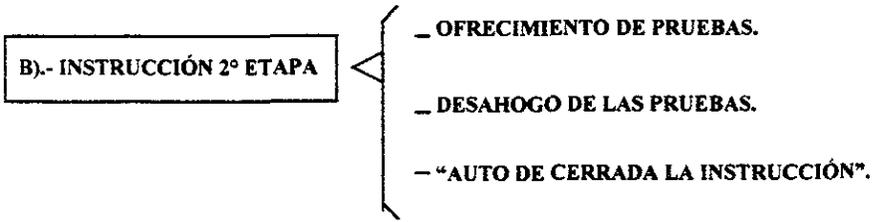
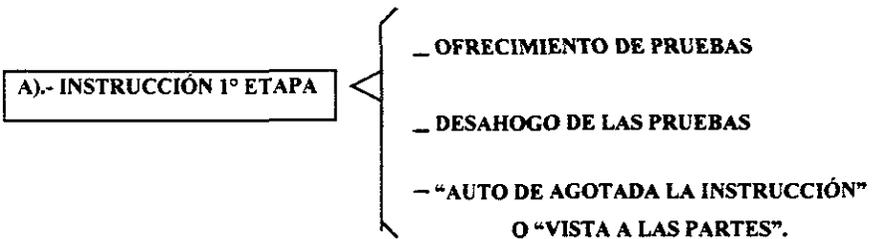
El primero de estos periodos comienza cuando se dicta el Auto de Plazo Constitucional por el que sujeta al indiciado a proceso, momento en el que se convierte en procesado, dividido a su vez en dos etapas probatorias, la primera que se refiere al ofrecimiento de pruebas, y la segunda que alude al desahogo de ellas, esto es, en el primer periodo, se pone a la vista de las partes las actuaciones para que promuevan las pruebas que se pueden practicar durante este periodo, es forzoso y necesario que el juez habrá dicho periodo, es decir, que en todos los casos del orden federal el primer periodo probatorio debe ser abierto (forzosamente), debido a que se necesita saber si las partes van a ofrecer pruebas o no. Este periodo de ofrecimiento de pruebas, una vez abierto, es renunciable por las partes.

El segundo periodo comienza, con el auto que declara agotada la averiguación, llamada vulgarmente "auto de vista a las partes" y se dicta cuando a juicio del juez instructor, se encuentra agotada la averiguación por haberse practicado las diligencias solicitadas por las partes, así como las decretadas por él, dicho auto viene a ser una especie de llamada a las partes, avisándoles que estando por cerrarse la instrucción, deben revisar el expediente con el objeto de que se den cuenta de las diligencias que faltan y, en su caso, solicitar el desahogo de ellas, abriendo el último periodo de pruebas, el cual no es necesario

ni forzoso abrirlo (siendo también renunciable), puesto que si las partes no ofrecen pruebas, el juez no tiene porque iniciarlo.

Después de desahogadas las pruebas, o de transcurrido el periodo de ofrecimiento sin que las partes hayan ofrecido pruebas o expresamente hayan renunciado a ese periodo, se dicta el auto que declara cerrada la instrucción, llamado comúnmente "auto de cerrada la instrucción o auto de conclusiones", dicha resolución surte el efecto de declarar cerrado el segundo periodo de la instrucción y, en consecuencia, dar por terminado el procedimiento de instrucción que a manera de expresar lo señalado lo expondremos de la siguiente manera haciendo la consideración que en el procedimiento que retómanos para el estudio de sus diferentes partes es el federal como lo señalamos desde que lo empezamos con el artículo 1º del Código Federal y así en lo sucesivo sin que en algunas ocasiones expresemos por así considerarlo algunas circunstancias referentes a otros procesos del orden común.

NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O SUJECCIÓN A PROCESO



Esta etapa comprende todo lo referente al ofrecimiento de pruebas, cuyo objeto es integrar o desintegra todos los elementos constitutivos del delito así como los elementos que integran la culpabilidad del procesado, existiendo una persona llámese Ministerio Público o Defensa que proporciona al titular del órgano jurisdiccional el conocimiento de

dicho objeto de prueba, utilizando los medios de prueba que la ley acepta para que el titular de dicho órgano jurisdiccional encuentre los motivos de certeza y la verdad del hecho.

Las pruebas aceptadas por nuestro procedimiento penal federal, son todas aquellas que se ofrezca como tales, siempre que puedan ser conducentes y no vayan contra el derecho, a juicio del juez o tribunal; entre los medios de prueba descritos en el Código Federal de Procedimientos Penales tenemos.

La Confesión.- Que es el reconocimiento formal por parte del acusado de haber ejecutado los hechos constitutivos del delito, que se le imputa.

El Testimonio.- Es una persona física que percibe un hecho, lo recuerda, evoca o expresa dicho hecho que percibió por los sentidos, perfeccionándose mediante el careo y la confrontación.

El Careo.- Este se celebra si el procesado o su defensor lo solicita, y se realiza sólo cuando exista contradicción sustancial en las declaraciones de dos personas, practicándose entre éstas, concurriendo en la diligencia sólo los que deben ser careados.

La Confrontación.- Cuando una persona que tuviere que referirse a otra, lo hará de un modo claro y preciso, y si el que declare no puede dar noticia exacta de la persona a quien se refiere, pero exprese que podrá reconocerla si se le presentare, se procederá a la confrontación.

Dictámenes Periciales.- Es la expresión a cargo de testigos especiales, denominados peritos, cuyo objeto de prueba son los hechos que no son susceptibles de conocer a través de los sentidos, sino por la aplicación de las reglas de alguna ciencia o arte.

La Inspección.- Es la aplicación de los sentidos a la realidad para conocerla, siendo materia de inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto.

La Prueba Documental.- Es el documento que se origina por la representación objetiva de un pensamiento, es decir, toda aquella cosa dotada de poder representativo, como el escrito de un acto de voluntad.

Documentos Públicos.- Son aquellos que cuya formación esta encomendada por la ley, dentro de los límites de su competencia, a un funcionario público revestido de fe pública, estos hacen prueba plena.

Documentos Privados.- Son todos aquellos que no poseen la calidad de públicos y estos documentos sólo hacen prueba plena contra su autor y no contra terceros; los provenientes de terceros se consideran únicamente como presunción, y los comprobados por testigos solo se consideran como prueba testigo.

La Constitución en su artículo 20 fracción VII, expresa que será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excede de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa, dicho precepto contempla dos procedimientos que tendrán verificativo en el proceso penal uno sumario y otro ordinario, sumario por que el tiempo en el que se llevará a cabo éste será lo más rápido posible que en el ordinario en el cual se tendrá un tiempo mayor que en el sumario, además que éste estará compuesto de dos periodos probatorios y el sumario sólo uno.

El Código Federal de Procedimientos Penales contempla que la instrucción debe terminarse en el menor tiempo posible, cuando exista un auto de formal prisión y el delito tenga contemplada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, se terminará dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses.

Dentro del mes anterior a que concluya cualquiera de los plazos antes señalados, el juez dictará el auto que señale esta circunstancia, así como la relación de pruebas, diligencias y recursos que aparezcan pendientes de desahogo; en el mismo auto, el juez dará aviso al tribunal unitario que corresponda, solicitándole resuelva los recursos que estuvieren pendientes antes de que cierre la instrucción y dará vista a las partes para que, dentro de los diez días siguientes manifieste lo que a su derecho convenga.

En la ley procedimental federal existen dos procedimientos a nuestro parecer sumarios contemplados en el artículo 152 del preinvocado ordenamiento, señalando que el primer procedimiento sumario, se tramitará cuando en los casos de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión, sea o no alternativa, o la aplicable no sea privativa de libertad, procurándose de cerrar la instrucción dentro de los quince días, para posteriormente citar a la audiencia a que se refiere el numeral 307 del mismo ordenamiento.

El segundo se presenta cuando la pena exceda de dos años de prisión sea o no alternativa, cuando se este en cualquiera de los siguientes casos, procurando cerrar la instrucción dentro del plazo de treinta días, con las siguientes requisitos.

I.- Que se trate de delito flagrante.

II.- Que exista confesión rendida precisamente ante la autoridad judicial o ratificación ante ésta de la rendida ante el Ministerio Público; o

III.- Que no exceda de cinco años el término medio aritmético de la pena de prisión aplicable, o que excediendo sea alternativa.

Considerando que por exclusión, a las circunstancias planteadas con anterioridad procede el procedimiento ordinario, o salvo que abriéndose el procedimiento sumario con las circunstancias anteriormente mencionadas, el inculpado cambie al procedimiento ordinario pues tiene el derecho o facultad de optar por dicho procedimiento dentro de los tres días siguientes al que se le notifique la instauración del procedimiento.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, expresa en su artículo 305, cuando se seguirá procedimiento sumario, señalando que cuando se presenten las características, de que se trate de delito flagrante, exista confesión rendida ante el Ministerio Público o la autoridad judicial o se trate de delito no grave, así como que los procedimientos que se seguirán en los juzgados de paz en materia penal, siempre serán sumarios.

Contemplando también el Código de Procedimientos Penales del Distrito, que podrá revocarse la declaración de apertura del procedimiento sumario, para seguir el procedimiento ordinario, cuando así lo soliciten el inculcado o su defensor, en este caso con ratificación del primero, dentro de los tres días siguientes de notificado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Por exclusión en el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal se comenzará el procedimiento ordinario, esto es, cuando no se presenten las características consagradas en el artículo 305 de dicho ordenamiento adjetivo procederá el procedimiento ordinario o cuando abriéndose el procedimiento sumario el inculcado o su defensor con ratificación del primero soliciten el cambio del procedimiento sumario por el ordinario.

4.5.- ETAPA DE JUICIO.

Consideramos que ésta etapa comienza cuando el tribunal declara cerrada la instrucción, dando paso a la preparación de la audiencia, en donde se pone a la vista la causa penal por un tiempo determinado en la ley, según el procedimiento y la materia de que se trate, para que las partes formulen sus conclusiones, que posteriormente se discutirán en dicha audiencia, esta etapa consideramos que se encuentra inmersa en la primera parte del artículo 1º fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales que señala, el procedimiento de primera instancia, será durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal y éste valora las pruebas.

En primer término sea cual fuere el procedimiento que se señale, y con todas sus diferencias que tengan inmersas, la formulación de conclusiones se deja primeramente al Ministerio Público, pues éste debe fijar la culminación del ejercicio de la acción penal, o sea, el desenvolvimiento de la propia acción, que es cuando el Ministerio Público formula sus conclusiones, originando que el juez forzosamente debe decidir atendiendo a la excitación que el Ministerio Público le hace; más esta excitación no es de carácter general, sino que es el darle dinamismo, pero señalándole dirección; no solamente sobre una situación concreta, sino también sobre una determinada consecuencia jurídica, para que resuelva sobre la relación de un hecho concreto con una situación jurídica especial, lográndose en el momento más evolucionado de la acción procesal penal, que es cuando se formulan las conclusiones.

De supremo interés resulta la constancia y cuidado que deben tener tanto el juez como el Ministerio Público para que se consignent los puntos esenciales, pues no debe olvidarse que las conclusiones fijen pauta y límite a la función jurisdiccional, no pudiendo la sentencia ir por camino distinto del señalado en las conclusiones, ni tampoco exceder de lo pedido en ellas.

Las conclusiones del Ministerio Público pueden ser, 1.- Acusatorias o 2.- No acusatorias, y dentro de las no acusatorias se pueden dar las conclusiones contrarias a las constancias procesales.

Las conclusiones de la defensa darán contestación a las formuladas por el Ministerio Público exponiendo y motivando las pretensiones que debe tomar el tribunal cuando emita la sentencia que en derecho corresponda, pretendiendo que por dichas pretensiones el tribunal favorezca a su defensor o procesado, originándose por otro lado que cuando el defensor no formule conclusiones en el intervalo legal, se le tienen por formuladas las de inculpabilidad.

Recibidas las conclusiones de la defensa, o estimadas como de inculpabilidad por no haber sido formuladas por ésta, se cita para una audiencia, en la que se repiten las

diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fueren necesario y posible a juicio del tribunal, dando lectura a las constancias que las partes señalen, y después de alegar cada una de ellas lo que a su derecho conviene, se declarara visto el proceso, durante dicho desarrollo de la audiencia el juez, el Ministerio público y la defensa pueden interrogar al acusado.

4.6.- FALLO O SENTENCIA.

La sentencia es el momento culminante de la actividad jurisdiccional, consagrada en la parte final de la fracción IV del artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales, que expresa cuando el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva, esto es, se le denomina sentencia si termina la instancia resolviendo el asunto en lo principal.

En la sentencia el órgano jurisdiccional encargado de aplicar el derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento y para el maestro Rivera Silva, de la sentencia sobresalen tres momentos: uno de conocimiento, otro de juicio o clasificación y otro de voluntad o decisión.

El primero (conocimiento), consiste en la labor que realiza el juez para conocer qué es lo que jurídicamente existe, es decir, qué hechos quedan acreditados a través de las reglas jurídicas.

La segunda (clasificación), es una función exclusivamente lógica, en la que el juzgador, por medio de racionios determina el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado.

Y por último, el momento de la voluntad que realiza el juez al determinar cuál es la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado, dentro del marco que la ley establece.

Las sentencias definitivas que el tribunal de primera instancia puede dictar son dos condenatorias y absolutorias, expresando Rivera Silva, las condenatorias sólo se pueden dictar si se reúnen los requisitos siguientes: la tipicidad del acto, la imputabilidad del sujeto, la culpabilidad con que actuó, la ausencia de causa de justificación y la ausencia de excusas absolutorias.

Las conclusiones del Ministerio Público señalan el camino y límite para la condena, esto es la sentencia condenatoria no puede ser por delito distinto al que se refieren las conclusiones, ni pueden exceder en la penalidad de los límites invocados también en las mismas.

CAPITULO V

EL PROCEDIMIENTO PENAL QUE SE SIGUE A LOS INIMPUTABLES

5.3.- ETAPAS DEL PROCESO EN QUE SE PUEDE PRESENTAR LA INIMPUTABILIDAD.

5.3.1.- EN LA COMISIÓN DEL DELITO (INFRACCIÓN).

5.3.2.- DURANTE EL PROCEDIMIENTO.

5.3.3.- DESPUÉS DE DICTARSE SENTENCIA.

5.4.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL QUE SE APLICA A LOS INIMPUTABLES.

5.5.- RECLUSIÓN DEL INIMPUTABLE.

5.6.- SANCIONES.

5.6.1.- LAS PENAS.

5.6.2.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

5.7.- MEDIDAS DE TRATAMIENTO.

5.7.1.- TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN.

5.7.2.- TRATAMIENTO EN LIBERTAD.

5.7.3.- APLICACIÓN DE 2/3 PARTES DE LA PENA Y MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

5.8.- TERMINACIÓN DEL TRATAMIENTO.

5.1.- ETAPAS DEL PROCESO EN QUE SE PUEDE PRESENTAR LA INIMPUTABILIDAD.

Para empezar, como lo expresamos previamente en el capítulo cuarto del presente trabajo, el maestro Sabatini define al proceso, como el conjunto de los actos regulados por la ley procesal, dirigidos a conseguir la decisión del juzgador acerca de la imputación de un delito o acerca de todas las particulares relaciones que de él dependen, que exigen igualmente la intervención y la decisión del órgano judicial, esto es, como concluimos en temas anteriores consideramos que lo que se le imputaba al inculcado según lo expresado por Sabatini es la forma en que el inculcado llevo a cabo su conducta (acción u omisión), sin que esta se justificase con una norma legal.

Pues consideramos que por proceso debe de entenderse, al instrumento jurídico integrado por el conjunto de relaciones que se desenvuelven a través de relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los sujetos procesales que intervienen en la realización de las mismas y que tiene por objeto que el Estado pueda realizar la potestad represiva en los casos concretos; resolviendo sobre la relación material derivada del delito, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito investigándolo y prolongándose hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de la relaciones del derecho penal.

Por tal razonamiento, consideramos que la imputabilidad se puede presentar en el proceso; en la comisión del delito o infracción, no así durante el procedimiento o procedimientos o después de que se ha dictado la sentencia, teniendo por finalidad que al inculcado se le aplique una pena; no considerándose a las dos últimas como verdaderas clases de inimputabilidad, sino como una circunstancia en las que el procesado o sentenciado se encuentra imposibilitado en su capacidad de comprensión o de conducirse de acuerdo con esa misma comprensión, en virtud de lo cual no se puede seguir el proceso penal o aplicársele la pena corporal a la que fue condenado, existiendo a este último respecto criterios, como el que señala, que no se le aplica la pena corporal, por que no se cumpliría uno de los fines que se pretende con ella, como es, que el sentenciado por la

conducta que cometió, sienta con plena capacidad que se le aplica esta; resintiéndola en su perjuicio, ya que cuando se presenta que éste enloquece no tiene conciencia de que se le esta aplicando dicha pena, esto es, no sólo importa la aplicación de la pena en sentido material, sino que esta sirva de escarmiento al delincuente plenamente considerado culpable, en sentencia irrevocable, así como que se le aplique para corregir su conducta y que por esta circunstancia no se podría corregir o pretender corregir pues simplemente no es capaz de comprender la aplicación de la pena, ni la aplicación de cualquier tratamiento enfocado a su vinculación nuevamente con la sociedad.

5.1.1.- EN LA COMISIÓN DEL DELITO (INFRACCIÓN).

Este caso materia del presente trabajo, consideramos que se nos presenta cuando el sujeto que comete el hecho considerado como delito, lo comete cuando se encuentra en un estado de incomprensión (completa o disminuida), que afecta a los elementos necesarios de la culpabilidad (conocimiento y voluntad).

Esta imputabilidad considerada como la posibilidad condicionada por la salud y el desarrollo intelectual del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente o el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento de cometer el acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo, esto es, que tenga la capacidad de obrar en el derecho penal, así como de realizar actos referidos a éste, trayendo consigo las consecuencias penales de su infracción.

Por lo tanto el sujeto que comete el hecho delictivo requiere cierta capacidad psíquica para que exista la conducta en vinculación con la culpabilidad, pero también puede haber cierta incapacidad psíquica que elimine directamente la conducta (inimputabilidad), que es el aspecto negativo de la imputabilidad, contemplada en el artículo 15 fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y en el Código para toda la República en Materia Federal, que se refiere a las causas por las cuales se excluirá el delito, y de entre las cuales se estatuye la inimputabilidad como una de dichas causas señalando:

Artículo 15 fracción VII.- “Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiera provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuera previsible.

Quando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida; se estará a lo dispuesto en el artículo 69-Bis de este Código.”

A este respecto los doctrinarios señalan que la inimputabilidad se puede dar de tal manera que el sujeto no pierda por completo la capacidad de conocimiento, y discernimiento de su conducta o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, situación en la cual se presenta la llamada inimputabilidad disminuida, contemplada en el segundo párrafo del artículo previamente invocado, y con gran vinculación con el artículo 69-Bis, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y en el Código para toda la República en Materia Federal, referente a la aplicación de las sanciones a que se hace acreedor este sujeto, transcribiéndolo a continuación para mayor comprensión.

“Artículo 69-Bis.- Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, solo se encuentra disminuida por las causas señaladas en las fracción VII, del artículo 15 de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería al delito, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.”

A este respecto consideramos que en el sujeto cuando comete el hecho considerado como delito se puede presentar la inimputabilidad, que a nuestro criterio

podríamos señalar inimputabilidad absoluta, así como la inimputabilidad relativa (inimputabilidad disminuida).

5.1.2.- DURANTE EL PROCEDIMIENTO.

El artículo 468 del Código Federal de Procedimientos Penales, Capítulo III, se refiere a la suspensión del procedimiento y señala en que casos el procedimiento judicial podrá ser suspendido, en su fracción III, expresa cuando se suspenderá el proceso en el caso de que el procesado enloquezca, cualquiera que sea el estado en que se encuentre el proceso.

Consideramos que cuando esta circunstancia se presenta, origina que el procesado no pueda tener una plena capacidad completa para defenderse, aunque este asistido por su defensor; creemos que si un órgano jurisdiccional va a emitir una determinación respecto de este sujeto que se encuentra privado de sus facultades mentales y que se encuentre en cualquier etapa del proceso judicial, no sería correcto, pues consideramos que aunque no es en sentido estricto un estado de inimputabilidad, si es un estado en el cual el sujeto no puede actuar con la capacidad suficiente o conducirse de acuerdo con cierta comprensión en el proceso que se le pretende seguir; originando que pueda tener el derecho de ser careado y que su defensor lo considere necesario para aclarar los hechos que se le imputan o ampliar su declaración, no podría darse tal situación porque dicho sujeto se encuentra impedido para estas circunstancias, por tanto, consideramos que el tribunal considera necesario que cuando se presenta este problema, debe suspender el proceso hasta que desaparezca la causa que lo motivo.

Artículo 468.- Iniciando el procedimiento judicial, no podrá suspenderse sino en los casos siguientes:.....

III.- Cuando enloquezca el procesado, cualquiera que sea el estado del proceso.

El artículo 471 del mismo ordenamiento, señala que cuando se haya decretado la suspensión del procedimiento en los casos a que se refieren las fracciones II, III y IV del artículo 468, se continuará tan luego como desaparezcan las causas que lo motivaron.

Considerando que cuando se presenta que el procesado enloquezca durante el procedimiento, no origina, que el tribunal tenga que abrir el procedimiento especial que existe para los enfermos mentales, pues de ser así no tendría sentido lo expresado en el artículo 471 previamente indicado, ya que señala qué se debe de hacer cuando el procesado enloquezca en el procedimiento judicial, concluyendo que se continuará el procedimiento tan luego como desaparezca la causa que origino la suspensión (que enloquezca el procesado).

Esto es, consideramos que éste procedimiento sólo se abrirá cuando el inculpado esté loco, idiota, etc., no que se ha vuelto loco, idiota, imbecil, etc., toda vez que la circunstancia que acontece cuando el inculpado enloquece en el proceso es totalmente diferente a que señala el artículo 495 del Código Federal de Procedimientos, que expresamente señala que el inculpado esté loco, no que se vuelva loco.

5.1.3.- DESPUÉS DE DICTARSE SENTENCIA.

Esta circunstancia aunque como anteriormente lo manifestamos, no es una causa de inimputabilidad en sentido estricto, pero si consideramos afecta la comprensión y la voluntad del sujeto al que se le va aplicar la sanción corporal, contemplada en el artículo 534, del código punitivo federal, al señalar, que cuando el reo enloquezca después de dictarse en su contra sentencia irrevocable que lo condene a pena corporal, se suspenderán los efectos de ésta mientras no recobre la razón, internándosele en un hospital público para su tratamiento.

A este respecto existen criterios como el que sustenta, que la aplicación de la pena a un sujeto que se considero responsable, agregando con sentencia irrevocable como lo establece el numeral mencionado, no sólo se pretende cumplir con uno de los fines que se

persiguen con las penas, como lo es la aplicación material de estas, sino que además, el sentenciado tiene que tener plena capacidad de que se le esta aplicando dicha pena, considerando que la aplicación de la misma persigue además de la aplicación material otros fines, como son; el que al sujeto que se le aplique esta, sufra dicha imposición, es decir, que tome conciencia de que esa pena se le esta aplicando por el delito que se le imputa y al que se hizo acreedor, sufriendola en su persona, como castigo para que en lo sucesivo recuerde que el delito que cometió no estuvo bien y que por esa circunstancia esta sufriendo ese castigo (privación de su libertad), etc., sirviendo de escarmiento para posteriores citaciones que se le pudieran presentar, originándose que cuando se presenta que este enloquezca después de dictar se la sentencia origine la suspensión de dicha aplicación y cuando recobre la razón se proceda nuevamente a su aplicación.

5.2.- PROCEDIMIENTO ESPECIAL QUE SE APLICA A LOS INIMPUTABLES.

Como vimos en los temas previamente expuestos, debe existir una culpabilidad para que se pueda integrarse el delito, por ser ésta un elemento esencial general del mismo, como lo considera Cuello Calón, quien señala además que se presenta la culpabilidad cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada, fundamentando la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, o como lo expresa Porte Petit quien la define como el nexos causal que liga al sujeto con el resultado y que en nuestro criterio la consideramos como el nexos intelectual (conocimiento) y emocional (voluntad), que liga al sujeto con su acción, y que precisamente por ese nexos intelectual y emocional consideramos que la inimputabilidad constituye un presupuesto necesario de la culpabilidad, pues para ser culpable un sujeto es necesario que éste tenga la posibilidad de ejercer las facultades del conocimiento y de dirección de su voluntad, conocer la ilicitud de su acto y querer llevarlo a cabo, esto es, debe tener la capacidad de entender y de querer determinarse en función de aquello que conoce (imputabilidad), luego entonces, esas facultades (intelectual y volitiva) constituyen los elementos necesarios de la culpabilidad.

Precisamente lo que puede o no afectar esos elementos necesarios de la culpabilidad se le denomina "imputabilidad", considerada como la posibilidad condicionada por la salud y desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente o el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el autor, en el momento de cometer el acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo, teniendo capacidad de obrar en el derecho penal, así como realizar actos referidos a éste, trayendo consigo las consecuencias penales de su infracción.

Por este desarrollo y mínimo de salud del autor que a cometido un hecho considerado como delito como lo expresan los autores previamente invocados, que influyendo directa o indirectamente en los elementos de la culpabilidad y que a nuestro criterio, se encuentran en el artículo 15 fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y en el Código Penal para toda la República en Materia Federal, considerados como causas por las cuales se excluye el delito, siendo estas el padecer el indiciado trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, destacando a nuestro parecer, que además no sean transitorios; sea que se lo haya o no provocado el mismo agente, así como si hubiesen afectado parcial o totalmente su imputabilidad en lo referente a los elementos de la culpabilidad (conocimiento y voluntad).

Será necesario para llegar a la verdad de los hechos, que después de que el órgano facultado para ejercitar la acción penal, teniendo conocimiento de este hecho y que considere que sí se acredita el cuerpo del delito, y la probable responsabilidad del inculcado, deberá ejercitar la acción procesal penal, remitiendo lo actuado o en su caso lo actuado y el detenido, al órgano jurisdiccional para que este a su vez pueda llevar acabo el estudio tendiente a la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de dicho inculcado, y en caso de comprobarse estos supuestos proceder a abrir el procedimiento marcado en la fracción IV, del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, conocido como etapa de primera instancia, en la que el Ministerio Público precisara su pretensión y el procesado su defensa, tomándolas en cuenta el tribunal y quien previa valorización de las mismas, emitirá su sentencia definitiva, absolviendo o condenando al inculcado.

Esto es, Para que el tribunal emita una sentencia condenatoria o absolutoria, es menester que haya existido un procedimiento, como lo señala nuestra Carta Fundamental en su artículo 14 que establece; "nadie podrá ser privado de la vida, libertad, bienes, posesiones o papeles sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el cual se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y con las leyes expedidas con anterioridad del hecho", originándose que de no existir este, se estaría violando las garantías consagradas en dicho dispositivo constitucional; considerando Ignacio Burgo que estas son cuatro; a) La garantía de juicio, b) Qué este juicio se siga ante los tribunales previamente establecidos, c) Qué este se lleve a cabo con las formalidades que fije la ley de acuerdo al procedimiento llevado a cabo y d) Con las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En este orden de ideas, tenemos que cualquier sujeto que es inculpado de la comisión de un delito, se le tendrá que seguir necesariamente un procedimiento, esto es, que tanto a una persona que no padezca trastorno mental o desarrollo intelectual retardado o cualquier otra situación referente a estas causas, como a la persona que la padezca, se le tendrá que seguir un procedimiento, para acreditar que en la comisión del delito se pudo haber cometido en alguna de las circunstancias inmersas en el artículo 15 fracción VII, del Código Penal, en el cual aunque no es un procedimiento en sentido estricto, así lo contempla la ley, para que en este se pueda comprobar si existió tal circunstancia y que aun existiendo influyera decisivamente en la comisión del delito, provocando la exclusión del mismo, pues si no se le siguiera dicho procedimiento, se le estarían violando flagrantemente sus garantías constitucionales al imponérsele una sanción, o dejando a la sociedad en un estado de inseguridad jurídica al no imponérsela.

Por tal circunstancia el legislador a creado un procedimiento especial que se deberá aplicar a los sujetos que transgredan el derecho penal y se encontrasen locos, idiotas, imbéciles o sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mental, agregando como lo destacamos en su momento, no sólo las circunstancias que se encuentren en vinculación con el sistema cerebral o físico que influyera al mismo, sino también aquellas situaciones en las cuales aunque no se tiene un problema con el sistema cerebral, nervioso,

o cualquier otro físico, pero que influya en la capacidad de comprensión del ilícito, así como de dirigir la conducta de acuerdo a esa comprensión, como sucede por ejemplo con los sordomudos, ciegos entre otros, consideramos necesario que se les aplique el procedimiento especial que para ello a consagrado el legislador, en el Título Décimo Segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, denominado procedimiento relativo a los enfermos mentales, contemplado en los artículos 495 al 499, de dicho ordenamiento y que a continuación transcribiremos para mayor comprensión:

Artículo 495.- Tan pronto como se sospeche que el inculpado esté loco, idiota, imbécil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, el tribunal lo mandara examinar por peritos médicos, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinario. Si existe motivo fundado, ordenará provisionalmente la reclusión del inculpado en manicomio o en departamento especial.

Artículo 496.- Inmediatamente que se compruebe que el inculpado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y a la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiera tenido el inculpado, y la de estudiar la personalidad de este, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial.

Artículo 497.- Si se comprueba la infracción a la ley penal y que en ella tuvo participación el inculpado, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste, el defensor y del representante legal, si los tuviere, el tribunal resolverá el caso, ordenando la reclusión en los términos de los artículos 24, inciso 3, 68 y 69 del Código Penal.

La resolución que se dicte será apelable en el efecto devolutivo.

Artículo 498.- Cuando en el curso del proceso el inculpado enloquezca se suspenderá el procedimiento en los términos del artículo 468, fracción III, remitiéndose al loco al establecimiento adecuado para su tratamiento.

Artículo 499.- La vigilancia del recluso estará a cargo de la autoridad administrativa federal correspondiente.

Consideramos destacar criterios que se han expresado por algunos doctrinario, al respecto de que se les aplique un procedimiento a los sujetos inimputables, así como el que se les tenga que imponer una medida de seguridad como lo expreso el maestro Carrancá y Trujillo con mucha vinculación en la redacción del Código Penal de 1931 que señala sobre el particular: "La Comisión -confiesa lealmente Ceniceros y Garrido- se encontró ante un problema de imposible solución y opto por la menos mala, o sea la que había adoptado el legislador 1929, consistente en apoyar la responsabilidad social en estos casos."⁹³

Para éste mismo autor el artículo 68, plantea insolubles contradicciones desde el punto de vista procesal y constitucional, pues la reclusión en un establecimiento adecuado es constitucionalmente una pena y como tal debe resultar de un proceso; pero no hay posibilidad de procesar al enajenado, con quien deben llenarse solamente formalidades, todas las cuales son una cruel ironía tratándose de un sujeto de psique inasible y fugaz, otro problema contemplado era la indeterminación temporal de la reclusión; a lo que algunos doctrinarios mencionaron que aun cuando la conducta del alienado sea típicamente antijurídica, no constituye delito por faltar el elemento subjetivo de culpabilidad, originando que todo demente se encuentre exento de responsabilidad penal, y sólo cabe aplicar medidas de seguridad y no penas, esto es, si el hecho de todo demente se tuviera como delito y la reclusión de los dementes se equiparase a las penas, no podría tal medida tener una duración indeterminada.

Nuestro sistema penal en el artículo 69 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común expresa "En ningún caso la medida de tratamiento impuesto por el juez penal excederá de la duración que corresponde al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la autoridad considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables." Con lo que se acentúa que en la actualidad la medida de

seguridad decretada por el juez ya no es de alguna manera indeterminada, sino esta no debe rebasar el tiempo que como máximo se pueda aplicar a la pena del delito de que se trate, dándole la facultad a la autoridad ejecutora que cuando considera que dicho sujeto necesita continuar el tratamiento lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias, saliendo del ámbito del derecho penal y entrando en el de sanidad.

5.3.- RECLUSIÓN DEL INIMPUTABLE.

El artículo 67 del Código Penal para el Distrito Federal señala el tratamiento de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, en internamiento o en libertad; marcado en el Título Tercero del libro primero de dicho ordenamiento; referente a la aplicación de las sanciones, expresando dicho artículo, que en el caso de inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente, así como si se decretare el de internamiento el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

Esto es, al sujeto inimputable se le puede aplicar tanto un tratamiento en libertad como un tratamiento en internamiento, debiéndose con anterioridad a dicho tratamiento haberse aplicado el procedimiento correspondiente, como lo expresamos con anterioridad, además si la capacidad del sujeto de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas de inimputabilidad expresadas en la fracción VII, del artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 del mismo ordenamiento o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

En el mismo sentido se expresa el procedimiento relativo a los enfermos mentales, contemplado en el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 497, que

⁹³CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Ed. Porrúa. Vigésimosegunda edición. P 225.

refiere, si se comprobare la infracción a la ley penal, así como que en ella tuvo participación el inculpado (inimputable), previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste, del defensor y del representante legal, el tribunal resolverá el caso ordenando la reclusión de éste en los términos de los artículos 24. (penas y medidas de seguridad) inciso 3, (Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables), 68 y 69 del Código Penal.

Siguiendo con lo anteriormente planteado, concluimos que al sujeto inimputable que comete un hecho considerado como delito por la ley sustantiva, se le podrá aplicar un tratamiento en una institución adecuada para su tratamiento (internamiento), o un tratamiento en libertad, así como una pena de prisión consistente en las dos terceras partes de la pena que corresponda al delito cometido, y en el caso de que su capacidad se encuentre disminuida por las causas señaladas en la fracción VII, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, se le aplicará las dos terceras partes de la pena que correspondiera al delito cometido más un tratamiento, en caso de considerarlo necesario el juez, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

5.4.- SANCIONES.

El término sanción es algunas veces confundido por la pena que se impone al transgresor del derecho penal, sin embargo el Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común, en su Libro Primero Título Tercero establece la aplicación de las sanciones y en su artículo 52, referente a la reglas generales de aplicación de las sanciones, establece que tanto las penas y medidas de seguridad que el juez fije según por estimar justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, nos da a entender que el juez puede aplicar tanto penas como las medidas de seguridad que él considere necesarias para su aplicación en el caso concreto.

En el mismo orden de ideas, la sanción es un término que debe de ser entendido en sentido general (genero) y la pena, como las medidas de seguridad serán las especies en las

cuales se podría dar el genero (sanción), como lo manifiesta el artículo 51 del ordenamiento previamente invocado que señala, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, con lo que concluimos que, lo que impone el juez o tribunal es una sanción que puede consistir en una pena o medida de seguridad de las contempladas en el libro primero Título Segundo del Código Penal, denominado penas y medidas de seguridad o en su caso poder aplicar una pena y una medida de seguridad según sea el caso que se le presente al juzgador o tribunal si decide la aplicación de una sanción específica y determinada.

5.4.1.- LAS PENAS.

Para el maestro Castellanos Tena las penas propiamente dichas deben considerarse a la pena de prisión y la multa.⁹⁴ por considerar que esta lleva consigo la idea de la expiación y en cierta forma, de retribución.

Cuello Calón la señala como la reacción social jurídicamente y organizada contra el delito por el Estado, en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal, así como el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al actor (Franz Von Liszt).

Respecto a la pena existen varias corrientes que buscan su fundamentación y la aceptan en la necesidad del orden jurídico como son: 1.- Las Teorías Absolutas, aplicadas por la exigencia de la justicia absoluta, (si el bien merece el bien, el mal merece el mal) 2.- Teorías Relativas, (consideran a esta como el medio necesario para asegurar la vida en sociedad), y 3.- Teorías Mixtas dentro de las cuales afirma Cuello Calón, que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aún cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos

⁹⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Ed. Porrúa. Vigésimosegunda edición. P 325.

tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y emoblece.

Concluyendo Cuello Calón, que el fin que persigue la pena es obrar en el delincuente creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito y reformándolo para adaptarse a la vida social, dándonos los caracteres de la misma como son; a) El de intimidación (evitar la delincuencia por el temor de su aplicación), b) Ejemplar (al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente) c) Correctiva (producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante tratamientos curativos y educacionales d) Eliminatoria (temporal o definitiva) y e) Justa, pues la injusticia acarrearía males mayores.

5.4.2.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Existe la confusión entre especialistas sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad; a ambas generalmente se les designa bajo la denominación común de sanciones, pero existe una diferencia entre la pena y la medida de seguridad comentada por el maestro Castellanos Tena, quien manifiesta que las penas llevan consigo la idea de la expiación y, en cierta forma, de retribución, mientras tanto las medidas de seguridad, no tienen un carácter estrictamente afflictivo, intentando de modo fundamental la evitación de nuevos delitos, ejemplo el decomiso, confinamiento, amonestación, inhabilitación, destitución o suspensión de sus funciones o empleos, etc. Acentuando además el maestro que las medidas de seguridad, no deben confundirse con los medios de prevención general ya que estas recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso en concreto y las segundas son de manera general, además que dichas medidas miran sólo a la peligrosidad y, por ende, pueden aplicarse no únicamente a los incapaces, sino también a seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley.⁹⁵

5.5.- MEDIDAS DE TRATAMIENTO.

El artículo 67 del Código Penal para el Distrito Federal, expresa; En el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente....

El artículo 68, a su vez refiere:

Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas, en la cual la autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, acreditándose estas mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

El artículo 69 bis refiere, que si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión, sólo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VII, del artículo 15 de este código, a juicio del juzgado, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67, o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

Como se observa la aplicación de las medidas a las personas inimputables, la ley plantea un amplio espectro de posibilidades y opciones de atención que van desde el internamiento hasta el tratamiento en libertad bajo la custodia de los familiares, así como la aplicación de un tratamiento, más la aplicación de una pena si el juez lo considera

⁹⁸CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal. Ed. Porrúa. Vigésimosegunda edición. P 324.

necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad, considerando destacar que la medida decretada por la autoridad judicial (tratamiento) no podrá exceder de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito de que se trate y si después de concluido dicho termino este considera que el inimputable lo sigue necesitando lo deberá poner a disposición de las autoridades sanitarias para proceder estas conforme a las leyes aplicables.

5.5.1.- TRATAMIENTO EN INTERNACIÓN.

Para que un sujeto considerado inimputable se le pueda aplicar una medida de tratamiento en internamiento, es menester que previamente a esa aplicación haya existido una sentencia condenatoria originada de un procedimiento (artículo 67), que en sentido estricto sólo se podría aplicar el procedimiento consagrado en el Código Federal de Procedimientos Penales, comprendido en sus artículos 495 al 499, siendo menester que se acrediten los presupuestos del mismo como que el sujeto deba estar loco, idiota, imbécil o sufra cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales; haciendo hincapié en que consideramos necesario que deben quedar también inmersos aquellos sujetos que no teniendo un padecimiento necesariamente mental ni orgánico, sino meramente intelectual debe aplicarse el mismo, en el cual el tribunal hallegándose los medios necesarios podrá llegar a una conclusión que versará sobre si en verdad se comprobó la infracción a la ley penal y que en ella tuvo participación el inculpado, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste, del defensor y del representante legal, si los tuviere, el tribunal resolverá el caso ordenando la reclusión en los términos del los artículos 24, inciso 3, 68 y 69 del código Penal.

Respecto a este tratamiento se debe exigir la presencia de instituciones especializadas, que deben tener la capacidad de atención y respuesta para dicho tratamiento contando para las características específicas de la persona, por la cual se hubieran originado la aplicación de la medida.

5.5.2.- TRATAMIENTO EN LIBERTAD.

El artículo 68 del Código Penal para el Distrito Federal, a este respecto destaca, que las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

En términos de lo dispuesto en la ley, existe la posibilidad de que la aplicación de la imposición de las medidas sea objeto de modificaciones o en su caso la conclusión, de manera provisional o definitiva, de acuerdo con las características y necesidades sugeridas por el tratamiento, para lo cual deberán efectuarse revisiones periódicas con la frecuencia, y características que exija el caso.

5.5.3.- APLICACIÓN DE 2/3 PARTES DE LA PENA Y MEDIDA DE INTERNAMIENTO.

Finalmente el dispositivo 69 bis, del Código Penal, para el Distrito Federal, establece cuando se puede aplicar la medida o pena de prisión o bien ambas, para el caso de la así denominada imputabilidad disminuida, es decir, cuando la capacidad del sujeto se encuentra en cierto punto disminuida para comprender el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo a esa comprensión, situación en la cual podrá imponerse hasta las dos terceras partes de la pena que correspondería por el delito cometido o las medidas de seguridad previstas en el dispositivo 67 del mismo ordenamiento o bien en caso de ser necesario a consideración del juez y según el grado de afectación de la imputabilidad del autor, se podrán aplicársele tanto una pena de prisión y una medida de seguridad.

5.6.- TERMINACIÓN DEL TRATAMIENTO.

Conviene destacar primeramente que las sanciones que el juez penal imponga al inculpado o procesado decretándole su culpabilidad, así como su responsabilidad del hecho considerado como delito, deben ser ejecutadas por el poder ejecutivo, consultando al órgano técnico que señale la ley (artículo 77 del Código Penal del D.F.).

Para que se pueda dar la terminación de la medida de tratamiento, es indispensable que se presenten los supuestos previstos en la ley, como de manera general lo contempla el precepto 116 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y en el Código Penal para toda la República en Materia Federal, en el cual se encuentra inmersa la terminación de dicho tratamiento aplicado a los inimputables, pues éste es también una medida de seguridad de las contempladas en el artículo 24 del mismo ordenamiento, que señala “La pena y la medida de seguridad se extinguen, con todos sus efectos legales, por cumplimiento de aquellas o de las sanciones por las que hubiesen sido sustituidas o conmutadas. Asimismo, la sanción que se hubiese suspendido se extinguirá por el cumplimiento de los requisitos establecidos al otorgarla, en los términos y dentro de los plazos legalmente aplicables, esto es. la terminación del tratamiento de acuerdo con el precepto previamente invocado se extinguirá, con todos sus efectos, por el cumplimiento de estos o de las sanciones que hubiesen sido conmutadas.

En el caso del tratamiento en libertad aplicado al inimputable como lo establece el artículo 68 del mismo ordenamiento, señala que las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas, en cuyo caso, la segunda parte del precepto señalado con anterioridad, expresa como podrá darse la terminación de dicho tratamiento, al señalar que la autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

Y por último el numeral 69 del mismo ordenamiento punitivo, manera general contempla la terminación del tratamiento tanto en internamiento como en libertad, impuesto por el juez penal, ya que nunca deberá exceder éste de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito de que se trate, así como si concluido este tiempo, la autoridad ejecutora considera que el sujeto continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que estas procedan conforma a las leyes aplicables.

CAPÍTULO VI

LA PROPUESTA DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LOS INIMPUTABLES.

- 6.1.- INVESTIGACIÓN O AVERIGUACIÓN PREVIA.**
- 6.2.- ACCIÓN PROCESAL PENAL.**
- 6.3.- AUTO DE RADICACIÓN.**
- 6.4.- DECLARACIÓN DE DATOS GENERALES.**
- 6.5.- AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.**
- 6.6.- ETAPA DE INSTRUCCIÓN.**
 - 6.6.1.- OFRECIMIENTO DE PRUEBAS.**
 - 6.6.2.- DIAGNOSTICO.**
 - 6.6.3.- AUDIENCIA DE DESAHOGO DE PRUEBAS Y ALEGATOS.**
- 6.7.- DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD.**
- 6.8.- MEDIO DE IMPUGNACIÓN.**

6.1.- INVESTIGACIÓN O AVERIGUACIÓN PREVIA.

Como vimos anteriormente la palabra proceso deriva de proceder, que quiere decir avanzar; camino a recorrer; trayectoria a seguir en un sentido o hacia un destino o fin determinado, y que en el Derecho Penal son dirigidos a conseguir la decisión del juzgador o tribunal acerca de la imputación de un delito, a uno o varios sujetos.

Así como lo señala Alberto González Blanco, quien expresa que el proceso es el conjunto de actividades debidamente reguladas en su forma y contenido por disposiciones legales previamente establecidas, en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales previamente excitados, por el órgano de acusación (Ministerio Público), resuelve sobre la relación jurídica materia originada por el delito, concluyendo que este es un instrumento jurídico integrado por el conjunto de relaciones que se desenvuelven a través de relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los sujetos procesales que intervienen en la realización de las mismas teniendo por objeto que el Estado pueda realizar la potestad represiva en los casos concretos, resolviendo la relación material derivada del delito.

Julio Hernández Pliego considera que el proceso penal esta compuesto por cuatro procedimientos como son; el de preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia; difiriendo por nuestra parte de este autor, por considerar que esta no es la primera fase del proceso penal, ya que por nuestra parte consideramos que éste comienza cuando la autoridad tiene conocimiento del hecho con apariencia delictuosa.

Esto es, el proceso se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, prolongándose hasta el pronunciamiento de la sentencia donde se obtiene la cabal definición del derecho penal, además, éste nos indica no sólo el conjunto de actos encaminados a la cosa juzgada, sino también al conjunto de derechos, poderes, facultades, obligaciones, cargas, que vienen a encontrar aplicación por medio de los actos procesales

Por esta circunstancia consideramos que el proceso empieza con la etapa de averiguación previa, que viene a ser la piedra angular del proceso; puesto que con ella el

Ministerio Público debe plasmar las bases sobre las que se finca la jurisdicción del juez. cuyos elementos fundamentales son la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del acusado. entendiéndose a la misma como el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal, que anteceden a la consignación ante los tribunales.

Sentado lo anterior, entendemos que la Averiguación Previa Penal, es la fase fundamental de la acción penal que incumbe al Ministerio Público, la cual debe desarrollarse mediante un proceso administrativo, en la que dicha autoridad procede a la investigación de la comisión de los delitos y la persecución de los autores, aportando los elementos que comprueben el cuerpo del delito y probable responsabilidad del inculpado para concluir con el ejercicio de la acción penal ante los tribunales judiciales competentes.

En este orden de ideas consideramos que la autoridad investigadora, en las diligencias llevadas a cabo para acreditar el cuerpo del delito, con la recientes reformas a la Constitución en sus artículos 16 y 19, que fueran modificados y siendo una de estas modificaciones la de el término denominado "cuerpo del delito", por el de "los elementos del tipo", modificando con posterioridad la ley adjetiva, y que en la actualidad es un tema de gran discusión, consideramos que en el presente trabajo por no ser materia del mismo y para no incurrir en contradicciones o conclusiones equívocas, omitimos estudiarlas con detenimiento, expresando que ya sea que la autoridad investigadora acredite los elementos del tipo o el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad del inculpado, consideramos necesario que cuando ésta autoridad tenga la sospecha que el inculpado se pudiera encontrar en un estado tal que afectase su capacidad de comprensión o de conducción de acuerdo con esa comprensión, o cualquier circunstancia que afectase la comprensión del mundo fáctico, lo mandara a examinar por un perito en psiquiatría y uno en psicología para que estos confirmasen dicha sospecha; este examen no será de alguna manera minucioso o detallado de tal circunstancia, pues con las escasas 48 horas con las que cuenta este órgano persecutor o en su caso la ampliación del término al caso en concreto, sería insuficiente para que los peritos determinen verdaderamente esta

circunstancia, pretendiéndose sólo que los peritos hicieran que el inculpado pueda padecer alguna de las circunstancias que pudieran afectar su normal desarrollo mental, quien se lo comunicaría al ministerio público; ya que de ninguna manera el Ministerio Público es un perito en psicología o psiquiatría, que pueda determinar si esta circunstancia pudiera considerarse como un causa de las contempladas en el artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal, que se refiere a las causas de exclusión del delito, debiéndose apoyar de manera necesaria en los peritajes rendidos a esa autoridad, los cuales no concluirán si el sujeto es imputable o inimputable, sino sólo determinarán que verdaderamente existe la sospecha que el sujeto inculpado pueda padecer una circunstancia tal que perturbe su conciencia o desarrollo mental.

En el presente trabajo dejamos hacentado que para que pueda existir la culpabilidad es necesario que el sujeto que cometió la conducta considerada como delictiva, hubiese tenido la capacidad de comprender el carácter ilícito de dicha conducta, así como haberse determinado de acuerdo con esa comprensión, y que en la etapa de investigación que realiza el Ministerio Público para acreditar el cuerpo del delito, como lo señala el numeral 168 del Código Federal de Procedimientos Penales en su párrafo segundo haciendo referencia a como se tendrá acreditada al probable responsabilidad del indiciado, cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa, así mismo y no exista a su favor alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad, precepto que tiene gran vinculación con el grado de culpabilidad del inculpado, y como lo expresamos con anterioridad debe este órgano señalar si el sujeto pudiera encontrarse en una situación que afectase o que dejare inexistente a la culpabilidad, correspondiendo al tribunal examinar si en realidad pudiera darse esta circunstancia, por tal motivo creemos que la imputabilidad debe de estudiarse no sólo en el procedimiento judicial sino, desde el procedimiento seguido ante el Ministerio Público, no de igual manera que en el procedimiento judicial, ya que el tribunal cuenta con más tiempo y por eso éste estaría más obligado para hacerse allegar de las pruebas y los peritajes necesarios para la comprobación o no de tal situación en la comisión del delito, así como si dicha circunstancia influyera de manera indubitable en la comisión del mismo.

6.2.- ACCIÓN PROCESAL PENAL.

Para mayor comprensión comenzaremos por explicar que la acción penal consiste en que el Estado como representante de la sociedad organizada y buscando la armonía social, resulta lógico conceder a éste la autoridad para reprimir todo lo que atentó o conculque la buena vida gregaria, originándose que cuando se comete un delito, surge el derecho y a la vez la obligación del Estado de perseguirlo, debiendo primeramente investigarlo al tener conocimiento del mismo por medio de los requisitos de procedibilidad haciendo todas las diligencias pertinentes para acreditar los requisitos contemplados en el artículo 168 del Código Federal de Procedimiento Penales; teniendo la acción penal dos actividades como son: la fase en la cual se investiga el hecho considerado como delito y en la cual el Ministerio Público decide ejercitar la acción penal (acción procesal penal) en contra de quien considera que es responsable, debiendo acreditar los elementos contemplados en el artículo previamente invocado.

Así, con base en la certeza que tiene el Ministerio Público de que se ha cometido un delito nace el ejercicio de la acción penal (la consignación) o lo que es lo mismo, la necesidad de excitar al órgano jurisdiccional para que aplique la ley al caso concreto. terminando en ese momento la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal (investigación) y surgiendo el ejercicio de la acción procesal penal, que no sólo comprende la consignación ante los tribunales, sino también las actuaciones posteriores como son: aportación de pruebas, órdenes de comparecencia, aseguramientos precautorios, formulación de conclusiones, de agravios y alegatos; refiriendo Manuel Rivera Silva que ésta se inicia en la consignación ante el tribunal, llegado a su momento cenital en la formulación de conclusiones.

Como lo expresa el artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales al señalar que el ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público al cual corresponde; promover la incoación del procesado; solicitar las ordenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes; pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño; rendir las pruebas de la

existencia de los delitos y de la probable responsabilidad de los inculpados; pedir la aplicación de las sanciones respectiva; así como en general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.

Por tal circunstancia consideramos que con la sospecha que el Ministerio Público tenga de que el sujeto que haya cometido un hecho considerado como delito por la ley sustantiva de que este se pudiera encontrar en un circunstancia tal que el sujeto padece alguna anomalía que pudiera originar que no pueda comprender el carácter ilícito de la conducta o aún comprendiéndolo no pueda conducirse de acuerdo con esa comprensión o padezca alguna otra circunstancia que no permita un comportamiento adecuado en el mundo fáctico por afectarle su desarrollo mental o perturbándole de alguna manera su mentalidad, corroborado por los estudios que el tribunal le mande a realizar con los peritos en psiquiatría y psicología que confirmen su sospecha; no siendo de ninguna manera dicha sospecha para determinar si existe la imputabilidad o inimputabilidad de el sujeto, o para determinar el grado de afectación que padezca el mismo, sino sólo asegure que existe una sospecha fundada que ha tenido el órgano persecutor de que el sujeto padece una circunstancia de las señaladas con anterioridad, originándose como ya quedo asentado, que en el ejercicio de la acción penal que comienza con el pliego de puesta a disposición, en el cual el órgano investigador pasa a ser parte acusadora en el procedimiento judicial, esto es, cuando decide ejercitar la acción penal, en el caso y con base en los estudios realizados por los peritos en la etapa de investigación o averiguación previa se confirme que el inculpado padezca alguna circunstancia que no permita su normal desarrollo mental, deberá el Ministerio Publico al momento de ejercer la acción procesal penal por medio de su pliego de consignación asentar esta circunstancia en el mismo, así como si dicho sujeto se encuentra en posibilidades de declarar, dándolo a conocer al órgano jurisdiccional.

En este orden de ideas consideramos necesario se haga una modificación al artículo 124-Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales que señala; En la averiguación previa en contra de personas que no hablen o entiendan suficientemente el castellano, se les nombrará un traductor desde el primer día de su detención, quien deberá asistirles en todos los actos procesales sucesivos y en la correcta comunicación que haya de

tener con su defensor, así como a la personas que hayan cometido un delito considerado así por la ley y que el Ministerio Público tenga la sospecha que se puedan encontrar en un estado tal que le impida la comprensión de su conducta, así como la adecuación de la misma respecto a esa comprensión, lo mandara a examinar por un perito en psiquiatría y uno en psicología para corroborar esta circunstancia, remitiendo dicho informe en un plazo no mayor de dos días y donde expresaran si este sujeto se encuentra apto para rendir su declaración, haciéndolo saber al órgano jurisdiccional por medio de su pliego de consignación.

6.3.- AUTO DE RADICACIÓN.

Después de que el órgano investigador decide ejercitar la acción penal por medio del pliego de consignación, lo primero que debe hacer el juez una vez que se ha ejercitado esta acción penal, es dictar el auto de cabeza de proceso o radicación, que señala la iniciación del periodo del ejercicio de la acción procesal penal. con un termino máximo de setenta y dos horas, siempre y cuando no se haya pedido su ampliación, teniendo por objetivo fijar una base segura para la iniciación de un proceso, es decir, establece la certeza de la existencia de un delito y de la posible responsabilidad de un sujeto. Sin esta base no se puede iniciar ningún proceso por carecer de principios sólidos que justifiquen actuaciones posteriores, surtiendo los efectos de fijar la jurisdicción del juez, indicando la facultad del mismo; vincula a las partes al órgano jurisdiccional; sujeta a los terceros a un órgano jurisdiccional obligándoles a concurrir cuando sean solicitados y habré el periodo de preparación al proceso con un término de setenta y dos horas.

El auto de radicación no tiene señalado en la ley algún requisito formal o lo que forzosamente debe contener en su misma esencia, y en la práctica contiene los elementos que señala Franco Sodi, siendo estos: "Nombre del juez que lo pronuncia, el lugar, el año, el mes, el día y hora en que se dicta y mandatos relativos a lo siguiente: I.- Radicación del asunto. II.- Intervención del Ministerio Público. III.- Orden para que se proceda a tomar al detenido su preparatoria en audiencia pública. IV.- Que se practiquen las diligencias

necesarias para establecer si está o no comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad. V.- Que en general se facilite al detenido su defensa, de acuerdo con las fracciones IV y V del artículo 20 Constitucional.

En el auto que el órgano jurisdiccional emite después que ha recibido el pliego de consignación por parte de la autoridad investigadora, pretendemos que cuando en el pliego de consignación que la autoridad investigadora remite al órgano judicial se encuentre la circunstancia de que el Ministerio Público tiene la sospecha de que el inculpado padezca alguna circunstancia que pudiera originar una incapacidad de comprensión del carácter ilícito de su conducta o aún comprendiéndolo se haya conducido de acuerdo con esa comprensión o padezca alguna otra circunstancia que no permita un comportamiento adecuado en el mundo fáctico por afectarle su desarrollo mental o perturbándole de alguna manera en su mentalidad; por esta circunstancia pretendemos que el tribunal en el auto de radicación mande a suspender el proceso después de haberse dictado el Auto de Plazo Constitucional y con posterioridad dar inicio al mismo en otro auto que se dicte después de recibir los estudios periciales en psiquiatría y psicología practicados al inculpado; así como no tomarle su declaración preparatoria en sentido estricto, pues precisamente por esta circunstancia no sería de ninguna manera adecuado tomarle esta, ya que se dejaría en duda si esta completamente apto el inculpado para rendir la misma; y haciéndole solo saber los derechos y facultades que la ley le otorga, como quien lo acusa, de que se le acusa, etc., y que en ningún sentido y por ninguna circunstancia consistiera en hacer referencia a como sucedieron los hechos; si no, sólo a tomarle al inculpado sus datos generales, así como procediendo en el mismo auto a mandar a practicar los peritajes correspondientes para determinar si existe tal circunstancia, los cuales contendrán si dicha incapacidad tiene vinculación con el hecho considerado como delito, que pueda originar la inimputabilidad del sujeto, originando la exclusión del delito en los términos del artículo 15 fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal, siempre y cuando esta circunstancia no sea permanente o pudiera haber afectado en menor medida en la comisión del mismo, situación en la cual se tendría necesariamente que abrir el procedimiento especial para inimputables, para determinar el grado de responsabilidad que corresponda al inculpado, así como en el caso de los sujetos con un trastorno permanente, el tratamiento que les deba ser aplicado

para que puedan en determinado momento tener una recuperación si fuere posible o una disminución de su peligrosidad en caso de ser necesario.

Con base en el peritaje que realicen en psiquiatra y psicología del inculpado, así como la recomendación que emitan los peritos del procedimiento que debe seguir el juez respecto al sujeto que hallan examinado, esto es, el peritaje que le sea practicado al inculpado, debe contener, el grado de afectación que tenga el sujeto de la comprensión de la realidad; la clase de circunstancia (enfermedad, anomalía, atraso o deficiencia) que padezca; la existencia o no de la vinculación de dicha circunstancia en la comisión del delito; si tal circunstancia fuese provocada intencionalmente o por accidente; la adecuación favorable o desfavorable del sujeto a un procedimiento normal con las debidas consideraciones, así como la necesaria aplicación de un procedimiento especial por no tener el sujeto una adaptación favorable al procedimiento normal; el juez con estas bases decidirá que procedimiento debe seguir una vez que decrete la continuación de este después de haberse dictado el Auto de Plazo Constitucional para una mejor impartición de justicia.

Proponiendo que en el artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales, referente a las reglas que se deben seguir respecto al Auto de radicación debiera agregarse un párrafo que expresa lo siguiente “Cuando del pliego de Consignación, el tribunal advierta que el Ministerio Público tenga la sospecha fundada que el inculpado padezca alguna circunstancia que pudiera originar una incapacidad de comprensión del carácter ilícito de su conducta o aún comprendiéndolo no se haya podido conducir de acuerdo con esa comprensión o padezca alguna otra circunstancia que no permita un comportamiento adecuado en el mundo fáctico por afectarle su desarrollo mental o perturbándole de alguna manera en su mentalidad, mandará a realizar las diligencias tendientes a comprobar dicha circunstancia, mandando a examinar al inculpado por peritos en psiquiatría y en psicología, quienes rendirán su informe durante los dos días después, y suspendiendo el tribunal la iniciación del procedimiento después de haberse dictado el Auto de Plazo Constitucional, hasta recibir dichos estudios, así como procediéndole a tomar la declaración preparatoria referida únicamente a sus datos generales, según lo considere y funde dicho tribunal.

6.4.- DECLARACIÓN DE DATOS GENERALES.

Después del auto de radicación, nacen determinados deberes para el órgano jurisdiccional y como el primero resalta, el deber y obligación de tomar la declaración preparatoria a los inculcados, consagrados en la Constitución Federal y que en su artículo 20 Fracción III, señala; se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria

Algunos autores expresan que la declaración preparatoria no es un medio de investigación del delito ni mucho menos tiende a provocar la confesión del declarante, ya que su objetivo como lo define el artículo previamente invocado es que el acusado "conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo", creándose a este respecto la interrogante de si es necesario que el inculcado cuente al momento de rendir su declaración preparatoria con la capacidad mínima necesaria para saber el cargo que se le esta imputando, quien se lo imputa, como sucedieron los hechos, así como de poder tener la facultad de decidir si desea o no declarar, etc., y en caso afirmativo contestar las preguntas que pudieran ser formuladas por el ministerio público, defensa, o el propio juzgador o tribunal; por esta circunstancia consideramos que cuando el Ministerio Público funde su sospecha en el pliego de consignación de que el inculcado pueda padecer cierta incapacidad mental, siempre y cuando no sea transitoria, el juzgador deberá en la declaración preparatoria tomar sólo los datos generales del inculcado, esto es, cuando un inculcado en el que el ministerio público en su pliego de consignación hace que el mismo pudiera padecer una incapacidad mental por los estudios practicados en este órgano investigador, y el juez o tribunal no tomare en cuenta esta circunstancia originando que se le tome su declaración y aún más que este declare respecto a la comisión de los hechos imputados, y conteste las preguntas que le formulen las partes, consideramos que estaría frente a la interrogante de si verdaderamente el sujeto que declaro con esa incapacidad pudo conducirse debidamente con lo que verdaderamente ocurrió, situación que pudiera dejar en duda lo expresado por el inculcado, ya que puede suceder que un sujeto que padezca una

enfermedad que origine en él, pensar que mato a una persona sólo con haberlo pensado ya que considere que tiene algún poder extrahumano que origino su deseo y que en su declaración rendida señalará como lo llevo a cabo y que además esto se pudiese adaptar a la realidad; como podría acontecer en el caso de un sujeto que haya observado como se ocasiono la muerte una persona y pensando que el lo mato declare que el mismo fue el culpable de esa muerte, aún que en la realidad pudiera haber sucedido que la muerte pudiera haber sido provocada por el mismo sujeto que haya muerto; ejemplo, un sujeto que al bajar alguna escalera alta sufra un tropiezo haciéndole caer de la misma y ocasionándole su muerte y el sujeto que este declarando ante el tribunal al observarlo penso que este lo había matado por pensar que estaría bien que este muriera, pues creé que él cuenta con ciertos poderes que para el son reales originándose que al rendir su declaración exprese que él mismo le provocara la muerte, originando que se viera con cierta inseguridad esta declaración, ya que no se contaría con la certeza de que el sujeto que haya declarado tenga la capacidad mínima para hacerlo, situación por la cual el ministerio público debe expresar en su pliego de consignación, además de la sospecha fundada de que el inculpado pueda padecer alguna incapacidad mental, de acuerdo a los estudios realizados en esta instancia, así como si el sujeto cuenta con la capacidad mínima para poder rendir su declaración preparatoria y en caso contrario sólo deberá aportar sus datos generales.

Circunstancia de gran vinculación a lo expresado en el artículo 154, del Código Federal de Procedimientos Penales, que se refiere a como se debe tomar la declaración preparatoria y que para mayor abundamiento en su párrafo tercero hace referencia a la voluntad que tiene el inculpado de declarar, señalando “se le preguntará si es su deseo declarar y en caso de que así lo desee se le examinará sobre los hechos consignados, con lo que se evidencia que si el Ministerio Público en su pliego de consignación expresa que este sujeto no cuenta con la suficiente capacidad para rendir su declaración preparatoria, consideramos que el tribunal tomando en cuenta esta circunstancia deberá sólo tomar los datos generales del inculpado, fundándose en los peritajes rendidos por el psiquiatra y psicólogo en la averiguación previa.

6.5.- AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL.

Nuestra Constitución en su artículo 19 párrafo primero consagra “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término 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 expresarán el delito que se 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”, esto es, que el término en el que se debe dictar el auto de plazo constitucional es de setenta y dos horas, señalando además que no es el único auto que existe, sino que es el que podría justificar que el órgano judicial pueda exceder el plazo de setenta y dos horas, siempre y cuando no haya sido pedido su ampliación, y que en caso contrario, originaría lo que expresa el segundo párrafo del mismo ordenamiento, al señalar que podría sancionarse este exceso.

Dentro del término previamente citado el juez resolverá la situación jurídica del inculcado, decretando mediante el auto de formal prisión en caso de que se exprese el delito que se impute al acusado, el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, así como que se compruebe el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del mismo, o su libertad con las reservas de ley, en el supuesto de que no se halle comprobado ninguno de ambos extremos, o se halle únicamente el primero, pero si el delito solo mereciere pena pecuniaria o alternativa que incluyere en una no corporal, el juez en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución, en vez de dictar un auto de formal prisión, dictará un auto de sujeción a proceso

Expresando que el Auto de Plazo Constitucional puede dictarse de tres formas como son: el auto de formal prisión, el auto de sujeción a proceso y el auto de libertad por falta de elementos para procesar o de no sujeción a proceso o con las reservas de ley, en este último, se le da al Ministerio Público la facultad para promover las pruebas en ejercicio de sus facultades para reunir los requisitos necesarios, para solicitar nuevamente al juez dicte la orden de aprehensión respectiva si procediere.

El tribunal en caso de que el Ministerio Público en su pliego de consignación señale que encuentra sospecha fundada de que el inculpado pudiera padecer alguna circunstancia que afectase la capacidad de comprensión del mismo, sea esta aún posterior a la comisión del delito, deberá tomar en cuenta esta circunstancia y en el auto de radicación que dictare en este caso, deberá señalar que al inculpado se le mande a hacer los peritajes tendientes a determinar esta situación, los cuales contendrán; el grado de afectación que tenga el inculpado en la comprensión de la realidad; la clase de circunstancia (enfermedad, anomalía, atraso o deficiencia) que padezca; la existencia o no de la vinculación de dicha circunstancia en la comisión del delito; si tal situación fuese provocada intencionalmente o por accidente; la adecuación favorable o desfavorable del sujeto a un procedimiento normal con las debidas consideraciones, así como la necesaria aplicación de un procedimiento especial por no tener el sujeto una adaptación favorable al procedimiento normal, debiéndose además en el mismo auto mandar a suspender el procedimiento que pudiera aplicarse al inculpado después de dictarse el auto de plazo constitucional, con el objetivo de que el tribunal pueda contar con más tiempo para recibir los estudios periciales realizados en psiquiatría y psicología, los cuales contendrán la recomendación del procedimiento que dicho tribunal deba seguir para una mejor impartición de justicia, originando que de ninguna manera se violente la garantía consagrada en el artículo 19 constitucional, ya que el procedimiento se suspenderá después que se haya dictado el auto de plazo constitucional, no antes de este, remitiéndose los peritajes al tribunal en un plazo no mayor de tres días siguientes al que se dictare el auto de radicación.

El tribunal con base en estos estudios, procederá a llevar a cabo el procedimiento que mejor convenga al inculpado para una mejor impartición de justicia, esto es, podrá llevar a cabo el procedimiento normal o en su caso el especial, según se recomiende en los informes rendidos por los peritos y así lo considere necesario según la lógica jurídica para una mejor impartición de justicia, procediendo posteriormente a la recepción de dichos peritajes dictar un auto especificando el procedimiento que deberá seguir, el cual podrá ser impugnado por el recuso de revocación.

El artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala los requisitos por los cuales se podrá dictar ya sea el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso, y del cual consideramos que se tendrá que hacerse una modificación en su primera fracción, toda vez que expresa "que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar", debiendo agregar que "o bien en caso de que de las constancias procesales se tenga la sospecha que el inculpado padezca o pudiera padecer alguna circunstancia tal que afectase su capacidad para emitir su declaración preparatoria, se hubiere tomado esta sólo haciendo referencia a los datos personales del mismo, así como haciéndole conocer los derecho y facultades que la constitución le otorga, quedando dicho precepto como sigue:

Artículo 161.- Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos:

I.- Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar, o bien, en caso de que de las constancias procesales se tenga la sospecha que el inculpado padezca o pudiera padecer alguna circunstancia que afectase su capacidad para emitir su declaración preparatoria; se hubiere tomado esta refiriéndose sólo a los datos personales del mismo.

6.6.- ETAPA DE INSTRUCCIÓN.

Una vez emitido el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se da por concluida la preinstrucción o etapa de preparación al proceso; determinándose la materia del mismo (delito o delitos por los que se seguirá el proceso), y dando paso a que se habrá la instrucción y a la par la etapa probatoria de la misma, teniendo por objeto, la reunión de las pruebas y el uso de procedimientos y formalidades, para preparar el material indispensable para la apertura del juicio, proporcionando al juez las pruebas que han de

servirle en la pronunciación de su fallo; así como hallegándose el Ministerio Público y la defensa, de los elementos necesarios para fundar sus conclusiones y sostenerlas en debate (alegatos).

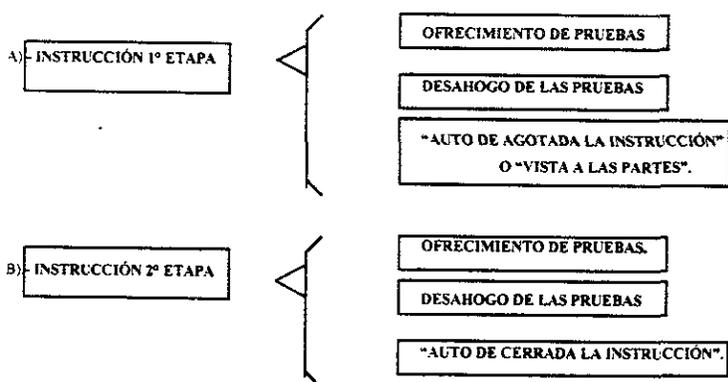
La fracción III del artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales señala el periodo de instrucción, como aquel que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste, y los doctrinarios del derecho como Rivera Silva expresan, que la instrucción en materia federal abarca dos periodos; el primero que va después de que se dicta el auto de formal prisión o sujeción a proceso, hasta el que declara agotada la averiguación, y el segundo que principia con este último auto y termina con el que declara cerrada la instrucción.

El primero de estos periodos comienza cuando se dicta el Auto de Plazo Constitucional por el que se sujeta al indiciado a un proceso, dividido a su vez en dos etapas; la primera que se refiere al ofrecimiento de pruebas, y la segunda que alude al desahogo de ellas, esto es, en la primera etapa, se pone a la vista de las partes las actuaciones para que promuevan las pruebas que consideran necesarias desahogar durante este periodo, es forzoso, y necesario que el juez habrá dicho periodo, es decir, que en todos los casos del orden federal el primer periodo probatorio debe ser abierto (forzosamente), debido a que se necesita saber si las partes van a ofrecer pruebas o no y una vez abierto es renunciable por las partes.

El segundo periodo comienza, con el auto que declara agotada la averiguación, llamada vulgarmente "auto de vista a las partes" y se dicta cuando a juicio del juez instructor, se encuentra agotada la averiguación por haberse practicado las diligencias solicitadas por las partes, así como las decretadas por él, no es necesario ni forzoso abrirlo (siendo también renunciable), puesto que si las partes no ofrecen pruebas, el juez no tiene porque iniciarlo.

Después de desahogadas las pruebas, o de transcurrido el periodo de ofrecimiento, sin que las partes hayan ofrecido pruebas o expresamente hayan renunciado a ese periodo, se dicta el auto que declara cerrada la instrucción, llamado comúnmente "auto de cerrada la instrucción o auto de conclusiones", dicha resolución surte el efecto de declarar cerrado el segundo periodo de la instrucción y en consecuencia, dar por terminado el procedimiento de instrucción

NOTIFICACIÓN DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O SUJECCIÓN A PROCESO



Este tercer periodo comprende todo lo referente al ofrecimiento de pruebas, cuyo objeto es integrar o desintegra todos los elementos constitutivos del cuerpo del delito, así como los elementos que integran la responsabilidad del procesado, y las pruebas aceptadas por nuestro procedimiento penal federal son todas aquellas que se ofrezca como tales, siempre que puedan ser conducentes y no vayan contra el derecho a juicio del juez o tribunal.

La Constitución en su artículo 20 fracción VII, expresa que será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excede de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa, dicho precepto contempla dos procedimientos que tendrán verificativo en el proceso penal, uno sumario y otro ordinario, sumario por que el tiempo en el que se llevará

a cabo éste será lo más rápido posible que en el ordinario en el cual se tendrá un tiempo mayor.

El Código Federal de Procedimientos Penales señala que la instrucción debe terminarse en el menor tiempo posible, cuando exista un auto de formal prisión y el delito tenga contemplada una pena máxima que exceda de dos años de prisión, se terminará dentro de diez meses; si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiere dictado auto de sujeción a proceso, la instrucción deberá terminarse dentro de tres meses, así como dentro del mes anterior a que concluya cualquiera de los plazos antes señalados, el juez dictará el auto que señale esta circunstancia, acentando la relación de pruebas, diligencias y recursos que aparezcan pendientes de desahogo dando vista a las partes para que, dentro de los diez días siguientes manifieste lo que a su derecho convenga.

Con lo anteriormente planteado consideramos que el procedimiento especial que tendría aplicación a los inimputables, así como a los sujetos que teniendo la capacidad mínima de comprensión de sus actos, se considere necesario su aplicación para una mejor impartición de justicia, siempre y cuando así lo consideren los estudios realizados por los especialistas y dados a conocer al tribunal quien deberá decidir, no sería en gran medida variable o diferente a los procedimientos contemplados en el Código Federal de Procedimiento Penales, ya que en la actualidad aunque se expresa en su artículo 496 que inmediatamente que se compruebe que el inculcado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario y se abrirá el especial, en el que la ley deja al recto criterio y la prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial, originando a nuestro criterio una incertidumbre jurídica para el inculcado que se pudiera encontrar ante tal circunstancia, ya que primeramente no sabría que procedimiento se le aplicará por depender este del criterio del tribunal que lo juzgue y en consecuencia podría originar que un tribunal que conozca un caso determine en un sentido y un tribunal que pudiera conocer del mismo determinase en otro sentido por tener estos tribunales, al igual que todos los demás que pudiesen existir, diferentes criterios, esto es, no habría un criterio uniforme, como de que pruebas pueden o

no ser aceptadas en dicho procedimiento, de cuanto tiempo dispone el tribunal para dictar en definitiva la responsabilidad del inculpado, convirtiendo a cada juez al que pudiera llegar a sus manos un caso similar en legislador, pues tendría amplia facultad para inventar el procedimiento a seguir.

Por tal razón consideramos que la etapa de instrucción debe ser similar a la etapa procedimental consagrada en el Código Federal de Procedimientos Penales, según sea el procedimiento en particular en lo relativo a la forma de llevarse a cabo el procedimiento, siempre y cuando no valla en contra de lo que se pretenda proteger en el procedimiento penal especial, conteniendo algunas diferencias que consideramos necesarias destacar como lo expresamos en temas anteriores.

Primero en el auto de radicación que dicte el juez, en caso de expresarse en el pliego de consignación por parte del Ministerio Público alguna situación por la cual tenga la sospecha fundada de que el inculpado no este en condiciones de declarar por no tener plena capacidad de hacerlo, dictará las medidas necesarias a fin de recabar los informes periciales necesarios para determinar ésta circunstancia; expresar que la declaración preparatoria tomada a este inculpado se deberá llevar a cabo sólo referida a los datos generales del mismo y a exponerle los derechos consagrados a su favor, y mandar a suspender el procedimiento después de dictarse el auto de plazo constitucional.

Una vez dictado el Auto de Plazo Constitucional, y recibidos que fueron los informes periciales practicados al inculpado por los peritos en psicología y psiquiatría, así como su recomendación del procedimiento que se le puede aplicar al mismo, el juez deberá dictar un auto fundado y motivado en dichos estudios, en el cual expresará el procedimiento que se le ha de seguir al inculpado, y en caso de que determine seguirse el procedimiento especial, deberá como primer paso mandar a practicarle al inculpado el estudio de diagnóstico tendiente a conocer la etiología de la conducta considerada como delictiva, para determinar, con fundamento en el resultado de dichos estudios e investigaciones, el conocimiento de la incapacidad que pudiera padecer el inculpado, el grado de afectación de esta incapacidad para su adaptación de éste a la sociedad, con el objetivo de aplicarle las

medidas conducentes a su adaptación social; considerando a nuestro criterio que el procedimiento especial debe ser en cierta forma similar a los contemplados en el Código Federal de Procedimientos Penales, con todos sus aspectos concernientes, siempre y cuando no vallan en contra del espíritu que se pretende tutelar en el especial, como es, lo relativo a recabar las pruebas para comprobar si existe el delito; pero sí consideramos se debe de hacer una restricción, ya que creemos que como el inculcado no se encuentra en su total capacidad para hacer declaraciones, pretendemos que se omita ésta en dicho procedimiento, así como todo lo relativo a que el inculcado tenga que dar testimonio o tenga gran relación con su capacidad de comprensión, a no ser que las partes consideren que del testimonio de él dependa gran parte para esclarecer los hechos delictivos y que el tribunal por considerarlo necesario tenga que desahogar una prueba similar.

Esto es, el proceso especial empezará desde que la autoridad investigadora tenga conocimiento o sospecha de que el inculcado pudiera padecer alguna incapacidad que pudiese afectar la forma de comprensión y conducción del inculcado, situación que dará origen a que se le aplique un estudio sobre ese hecho, y en caso que de dicho estudio se confirme que el inculcado no se encuentra en aptitud de rendir declaración y el Ministerio Público decida ejercitar la acción penal en contra de este, deberá hacer del conocimiento de la autoridad judicial esta circunstancia, quien tendrá que mandarle a aplicar los peritajes tendientes a la comprobación de dicha sospecha, procediendo a dictar el auto de radicación y ordenando tomarle la declaración preparatoria, la cual se referirá sólo a los datos generales de este, mandando a suspender el procedimiento después de haberse dictado el auto de Plazo Constitucional y ya una vez remitidos que fueran dichos informes, dictará un auto tendiente a determinar que clase de procedimiento se le seguirá al inculcado mandando a continuar con el que se haya determinado y destacando que el presente trabajo no se aboca a crear un procedimiento totalmente diferente a todos los conocidos en la actualidad, sino que consideramos que sería en cierta forma igual a los contemplados en el Código Federal de Procedimientos Penales, con algunas diferencias en cuanto a las pruebas que las partes pretendan desahogar, así como cuales pruebas el juez o tribunal debe prestarles cierto valor o poner en duda para emitir su resolución que en derecho corresponda, contando el mismo con los momentos probatorios según sea el caso en particular, y una vez

desahogadas que fueran todas las pruebas y recibido el dictamen de diagnóstico, se procederá a cerrar la instrucción procediendo a la formulación de conclusiones y posteriormente citación para audiencia dentro de los cinco días siguientes dictándose la sentencia respectiva, en la cual el juez deberá tomar en cuenta además de las probanzas ofrecidas en el procedimiento el dictamen de diagnóstico que se emita del inculcado.

6.6.1.- OFRECIMIENTO DE PRUEBAS.

En el procedimiento especial que se le aplique al inculcado cuando se determine que es el más apto para una mejor impartición de justicia, la etapa probatoria dependerá del procedimiento que aunque sea especial podrá ser de manera sumaria o ordinaria, esto es, como lo señalamos con anterioridad será aplicado todo lo concerniente a los procedimientos contemplados en el Código Federal de Procedimientos Penales, con algunas diferencias sólo en materia de las pruebas, que tanto las partes y el tribunal podrán desahogar en el mismo, pues consideramos que no sería justo que existiera un procedimiento especial que debiera terminarse en cinco, tres o diez meses que fuera aplicado a todos los casos, ya que podría presentarse el caso de que el delito de que se trate pudiera consistir en un homicidio que tiene una gran diferencia de un robo simple, en el cual consideramos que la defensa del inculcado que pudiera padecer alguna incapacidad, y que aunque en tesis sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala que el procedimiento podrá durar más del tiempo del contemplado en la ley cuando fuera necesario a consideración de la defensa del procesado, creyendo hacer necesario destacar que sería mejor que el defensor contará con el tiempo suficiente señalado en la ley en la inteligencia de que a la defensa no se le viniera con la premura para el desahogo de las pruebas, además que consideramos que aunque sea un procedimiento especial, no habría inconveniente alguno en que pudiese este darse de manera sumaria u ordinaria según sea el caso en concreto como lo estipula la ley procedimental penal federal.

El artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda

ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

En el mismo orden de ideas expresamos que las pruebas que se pudiesen ofrecerse en el procedimiento especial y que tengan gran vinculación con la capacidad de comprensión, declaración, conducción o desarrollo mental del inculpado en su desahogo, como pudiera ser en el caso de careos, confesión, declaración preparatoria o cualquier otro medio de prueba en el cual el inculpado se encuentre en un estado tal de incapacidad en la que no se tenga la certeza de que éste no pueda desahogarla debidamente, deberá el tribunal con apoyo en el dictamen pericial rendido por el psicólogo y psiquiatra determinar en su caso, la procedencia o no de dichas pruebas, determinando el tribunal si acepta o no lo solicitado, debiéndolo fundar y motivar dicho auto, es decir, en este procedimiento no podrán desahogarse las pruebas en las que el inculpado que teniendo cierta incapacidad mental o psicológica se pretenda conseguir de él su declaración o comprensión de ciertas cosa de las cuales podría existir duda acerca de su credibilidad, no en el sentido de que se sospeche que miente, sino que se encuentre verdaderamente capacitado para desahogar dichas probanzas, siendo menester destacar que cuando las partes, así como el propio juzgador consideren necesario que alguna prueba en este sentido se tuviese que desahogar por tener una gran influencia en la secuencia procesal y consecuentemente en la sentencia que se deba dictarse en este, podrán desahogarla siempre y cuando así lo considere el propio tribunal, tomando las precauciones necesarias para dicho desahogo y bajo su más estricta supervisión.

6.6.2.- DIAGNÓSTICO.

Del resultado que arrojen las investigaciones técnicas interdisciplinarias que se le apliquen al inculpado deberá emitirse un dictamen de diagnóstico que permita conocer la estructura biosicosocial del inculpado; dichos exámenes tendrán como objeto conocer la etiología de la conducta infractora y dictaminar con fundamento en los mismos el

conocimiento de la estructura biopsicosocial del inculpado, así como su grado de afectación, además, deberá expresarse las medidas necesarias o adecuadas para corregir dicha conducta infractora, determinando el tratamiento o medida de seguridad que consideren mejor para la adaptación social del inculpado, así como para su curación o en caso de no existir curación una mejor adaptación a la sociedad disminuyendo su peligrosidad.

Una vez que el tribunal determina seguir el procedimiento especial al sujeto que se le imputa una conducta considerada como delito, tomando como base los estudios periciales que este mismo haya mandado a practicarle al inculpado cuando en el pliego de consignación que remite el Ministerio Público así lo halla expresado o el tribunal tenga la sospecha de que el inculpado pueda padecer alguna circunstancia que pudiese afectar la capacidad de este en el normal desarrollo del procedimiento siempre y cuando no se haya presentado esta causa ya iniciado el procedimiento penal y en los cuales se concluyan que es apto para una mejor impartición de justicia el seguirse a dicho inculpado el procedimiento especial, esto es, después del auto de plazo constitucional, el tribunal dictará un auto en el cual exprese el procedimiento que se ha de seguir a dicho sujeto, y en caso de que se decretare seguir el procedimiento especial, mandará a practicarle los estudios necesarios para poderse emitir el dictamen de diagnóstico correspondiente, el cual deberá ser tomado muy en cuenta por dicho tribunal al emitir la sentencia definitiva que en derecho corresponda.

Estos estudios tendientes a conocer la estructura biopsicosocial del inculpado y expresar las medidas necesarias o adecuadas para corregir dicha conducta infractora, determinando el tratamiento que consideren mas apto para la adaptación social del inculpado, y que aunque en la actualidad se llevan a cabo los estudios clínico-criminológicos practicados por la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, consideramos que en este caso en concreto deben realizarse cuatro clases de estudios como son; los estudios medico, psicológico, pedagógico y social, sin perjuicio de los demás que, en su caso se requieran, además que después de emitirse dichos

estudios se tendrán que analizar en su conjunto por el mismo organismo que los emitió, para emitir el dictamen de diagnóstico.

Dicho dictamen deberá expresar el grado de afectación de la capacidad de comprensión de la conducta desplegada en la comisión del delito, o la conducción de esta de acuerdo con esa comprensión; el grado que tubo de relevancia en la comisión del delito, el padecimiento o grado de incapacidad en la comisión del delito; que padecimiento o incapacidad padece dicho inculpaado; las circunstancias que pudieran haber dado origen a esta incapacidad; y el tratamiento o medida de seguridad que consideren necesario para que el inculpaado pueda tener una mejor adaptación a la sociedad, o menor grado de peligrosidad en caso de ser necesario, debiéndose remitir el dictamen de diagnóstico al tribunal una semana antes de que el tribunal dicte el auto que señala el artículo 147 párrafo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales que expresa; el juez dictará el auto que señale esta circunstancia, asentando la relación de pruebas, diligencias y recursos que aparezcan pendientes de desahogo y dará vista a las partes para que, dentro de los diez días siguientes manifieste lo que a su derecho convenga, con el objetivo de que de dicho diagnóstico tengan conocimiento las partes y puedan combatirlo, y el tribunal tome en cuenta los argumentos que las partes expresen de este.

6.6.3.- AUDIENCIA DE DESAHOGO DE PRUEBAS Y ALEGATOS.

Como lo planteamos en los temas previamente invocados consideramos que el procedimiento especial tendría que aplicársele a los que se pudiesen encontrarse en un estado tal de incapacidad que origine que no se pueda seguir un procedimiento normal de los contemplados en nuestras leyes adjetivas, siempre y cuando esta circunstancia no se origine una vez comenzado el procedimiento, situación en la cual se procederá con lo señalado en el artículo 468 del Código Federal de Procedimientos Penales, originándose que cuando el tribunal en base en los estudios periciales que mande a practicarle al inculpaado en el auto de radicación o posteriormente cuando tenga la sospecha que el inculpaado pudiera padecer alguna incapacidad en los mismos términos señalados con anterioridad, y decida aplicar a éste el procedimiento especial, dicho procedimiento no será

en alguna manera muy diferente a los contemplados en el Código Federal de Procedimientos Penales, considerando sólo modificar en lo referente a las pruebas que tengan gran relación con el inculpado como lo dejamos asentado en el tema relativo a las probanzas que se podrían desahogar en dicho procedimiento, ya que aunque el inculpado se encontrase en esta circunstancia, pensamos no afecta en su totalidad el desarrollo de un procedimiento en el cual pudiera ser fijado el tiempo en el cual el tribunal debiera resolver en definitiva la citación jurídica del mismo, así como de las etapas de las cuales contará ya que el tribunal, los testigos, el Ministerio Público, defensor o cualquier otra persona que pudiera comparecer en dicho procedimiento tienen plena capacidad para llevarlo a cabo y la incapacidad sólo afecta al inculpado lo que origina a nuestro criterio como lo señalamos con anterioridad, se tendría que cuidar sólo lo relativo a las diligencias en las que pudiera tener vinculación el inculpado, como pudiera ser en el caso de careos, confesión, en fin todo medio probatorio en el cual tenga que participar el indiciado.

Y en el presente tema como es el desahogo de las pruebas y alegatos, en la audiencia contemplada en el artículo 306 del Código Federal de Procedimientos Penales se destaca la circunstancia al señalar que, en la audiencia se podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio público y la defensa. Podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuera necesario y posible a juicio del tribunal, y si hubieren sido solicitadas por las partes, a más tardar al día siguiente en que se notificó el auto citado para la audiencia, dándose lectura a las constancias que las partes señalen, y después de oír los alegatos de las mismas, se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia, salvo que el juez oyendo a las partes, considere conveniente citar a nueva audiencia, por una sola vez, a nuestro criterio consideramos que se tendría que excluir esta circunstancia o no tener aplicación al procedimiento especial lo relativo al interrogatorio que podría llevarse a cabo al inculpado por el juez el Ministerio Público o la defensa.

Por tal razón consideramos que la etapa de instrucción debe ser similar a la etapa procedimental consagrada en el Código Federal de Procedimientos Penales, según sea el procedimiento en particular en lo relativo a la forma de llevarse a cabo el procedimiento,

siempre y cuando no valla en contra de lo expresado en el procedimiento penal especial, conteniendo este algunas diferencias sólo en lo referente a las pruebas que se pudieran desahogar en el mismo.

6.7.- DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD SOCIAL Y DETERMINACIÓN DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD.

En la sentencia que se emita en el procedimiento especial que se le instaure al inculcado, se declarará la responsabilidad social de este y la medida de seguridad que se le tendrá que imponer al mismo o en su caso según corresponda la medida de seguridad y la pena que se le tenga que aplicar al inculcado según lo estimare necesario el tribunal, por ser el momento culminante de la actividad jurisdiccional, consagrada en la parte final de la fracción IV, del artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, que expresa cuando el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el tribunal, y éste valorando las pruebas, pronuncia sentencia definitiva, si termina la instancia resolviendo el asunto en lo principal.

En la sentencia el órgano jurisdiccional encargado de aplicar el derecho, resuelve sobre cuál es la consecuencia que el Estado señala para el caso concreto sometido a su conocimiento, quien la clasifica determinando el lugar que corresponde al hecho jurídicamente comprobado, y concluyendo con la consecuencia que corresponde al hecho ya clasificado dentro del marco que la ley establece.

La sentencias definitivas que el tribunal de primera instancia puede dictar son en dos sentidos, condenatorias y absolutorias, expresando Rivera Silva que las condenatorias sólo pueden dictarse si se reúnen los requisitos siguientes: la tipificación del acto, la imputabilidad del sujeto, la culpabilidad con que actuó, la ausencia de causa de justificación y la ausencia de excusas absolutorias.

Es verdad que las conclusiones del Ministerio Público señalan el camino y límite para la sanción, esto es, la sentencia condenatoria no puede ser por delito distinto al que

quedo asentado en el auto de Plazo Constitucional, ni pueden exceder en la penalidad de los límites invocados por las conclusiones que formula el Ministerio Público, pero consideramos que en el procedimiento especial, por contener este una circunstancia distinta a todas las demás, como es, el que se le siga procedimiento a un sujeto que pudiendo en determinado momento ser considerado inimputable para el derecho penal siempre y cuando esta inimputabilidad no haya sido transitoria o pudiera haber ocurrido durante el desenvolvimiento del procedimiento normal y por consiguiente tenga que excluirse del delito por estar en esa circunstancia, será necesario que se le siga un procedimiento, debido a que nuestro Código Penal en su artículo 67, establece que en el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, "previo el procedimiento correspondiente", por tal motivo consideramos que se le deja al juez el amplio ámbito de la aplicación de las sanciones que considere necesarias para la adaptación o disminución de la peligrosidad del sujeto dentro de la sociedad, toda vez que con esa sentencia, no sólo se le aplique una pena al inculgado, pues en el caso de que el sujeto en lugar de una pena necesitare sólo un tratamiento, sería injusto que se le aplicara un tratamiento y una pena, o en el caso del sujeto que necesitando una medida de seguridad consistente en un tratamiento sea interno o en libertad el juez le aplicara sólo una pena por así expresarlo el Ministerio Público en sus conclusiones.

Por consiguiente pensamos que en la sentencia que emita el tribunal, deberá no sólo tomarse en cuenta las circunstancias expresadas en los artículos 51, 52 y demás relativos para la aplicación de las sanciones y probanzas que origine el procedimiento, sino además, deberá tomar muy en cuenta el dictamen de diagnóstico que en el procedimiento especial se emita, originándose que en dicho procedimiento al emitir el tribunal el fallo o sentencia, pudiera suceder que aun que se sepa que el inculgado al momento de obrar con su conducta, éste no tenía la capacidad de comprender el carácter ilícito del delito o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, el tribunal podrá y creemos que sería necesario aplicar una medida de tratamiento con la finalidad de evitar que pudiera darse otra situación similar o en el caso de que hubiese actuado con su capacidad considerablemente disminuida, el tribunal podrá imponerle una pena o bien ambas, además que en términos del capítulo II del

Código Penal, se le impondrá una medida más severa, aunque dicho sujeto se le considere inimputable.

6.8.- MEDIO DE IMPUGNACIÓN.

Consideramos que la impugnación refiérese no sólo a los recursos sino a cualquier forma de atacar jurídicamente una resolución o un acto judicial, como cuando se impugna la validez de un testamento o como cuando se redargulle de falso un documento con el objetivo de controlar la regularidad de los actos procesales y de llegar a la verdad de los hechos ocurridos.

Los Códigos de Procedimientos Penales, tanto el Federal como el Común, influenciado sin duda por el lenguaje vulgar, denominan recursos a todos los medios de impugnación de una resolución judicial, aunque, desde un punto de vista rigurosamente técnico, es preciso distinguir los recursos auténticos de los restantes medios de impugnación, siendo que la nota esencial del recurso es la devolución de la jurisdicción, es decir la transferencia del negocio a otro tribunal (de jerarquía superior) para que vuelva a ser examinado, considerando Fernando Arilla Bas que de los dos recursos fundamentales, son el de apelación y el de revocación, y solamente el primero, y no el segundo, viene a ser un auténtico recurso, en el sentido técnico de la palabra.

En este orden de ideas expresamos que en el procedimiento especial, podrán ser aplicados todos aquellos medios ordinarios de impugnación contemplados en el Código Federal de Procedimientos Penales, por tener este aplicación en todo lo relativo al procedimiento especial, siempre y cuando no vaya en contra del espíritu que consideramos es necesario proteger en este, como lo es, el que si se le sigue procedimiento a un sujeto al cual se tenga la sospecha o en su momento la certeza de que padezca una incapacidad tal que pudiese afectar el buen desenvolvimiento del proceso, y que esta no haya ocurrido durante el proceso, sea que esta incapacidad haya o no intervenido en la comisión de los hechos considerados como delito, se tomen las precauciones necesarias para el buen manejo del procedimiento y que creemos sólo podría afectar al inculpado, no así a los demás que intervengan en este, originándose que ya no exista una incertidumbre en que

procedimiento debe seguirse al inculpado que se pudiese encontrar en esta circunstancia, por tal razón consideramos que tiene el inculpado incapaz los mismo derechos que un sujeto normal, como es de saber que procedimiento se le ha de seguir, así como que pruebas debe tomar en cuenta el tribunal para emitir su fallo, por tal motivo consideramos necesario también, que a este se le concedan el igual derecho de impugnar de manera ordinaria los mismos actos que dicho Código expresa, así como los extraordinarios que otras leyes les pudieran otorgarle a cualquier persona sin distinción alguna.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el derecho romano, para que se cometiera un delito, se requería una intención maliciosa, esto es, tanto en los delitos contemplados en el derecho civil, que consistieran en agravios privados bien de carácter patrimonial o personal, a los cuales se les aplicaba un juicio penal ordinario y se les castigaba con pena privada, así como a los delitos que aún que no eran contemplados en el derecho civil, sí eran sancionados por el derecho pretorio por afectar la seguridad del Estado, dando lugar a un juicio penal público aplicado por tribunales especiales: se necesitaba que el delincuente fuera capaz de ejercitar esa intención dolosa o culposa, en virtud de lo cual para el derecho romano no tenían esta capacidad los infans, el furiosus y el imber proximus.

SEGUNDA.- El derecho azteca a diferencia de cualquier derecho evolucionado, sólo juzgaba el hecho -desentendiéndose de la culpa- y desconociendo la tentativa, por sustentarse en la responsabilidad que nace del resultado, presuponiendo la existencia ciega de un daño objetivo que traía como consecuencia un resultado antijurídico, originando que producido el mal se justificaba la pena aún como un mal necesario, por penar éste derecho todo delito, siguiendo el principio de ningún crimen sin castigo, en contraposición al principio de ninguna pena sin ley, arrimándose a lo que les parecía más justo y más conforme a la razón, contemplando la excluyente del delito por así considerarlo de alguna manera, en el delito de embriagarse en la vía pública, ya que a los ancianos varones o mujeres mayores de setenta años, con hijos y nietos, se les permitía conducirse de esa forma, cosa diversa que acontecía con los menores de diez años, que cuando cometían un delito se les aplicaba una pena atenuada según el delito de que se tratase o se les excluía del mismo por considerarlos como personas sin discernimiento a cierta edad.

TERCERA.- El derecho penal está constituido por un conjunto de disposiciones que se encuentran no sólo en el Código Penal, sino también en otras disposiciones y leyes penales, al primero se le denomina ley fundamental no sólo porque comprende orgánicamente las normas esenciales del derecho penal, sino por que en él se encuentran las

disposiciones generales, válidas también para las leyes penales ubicadas en otros ordenamientos, a no ser que en estas se estatuya otra cosa.

CUARTA.- Para las diversas escuelas penales, la responsabilidad penal (imputabilidad), y la pena aplicable al sujeto que a cometido el delito, tienen diferentes enfoques, como en el caso de la Escuela Clásica que sustenta la responsabilidad penal en el libre albedrío considerándola como la imputabilidad moral, expresando que la pena debe ser proporcional al delito y daño causado, en la idea de que a los delitos más graves penas mayores, y excluyendo del derecho a aquellos que carecen de libre albedrío; mientras que para la Escuela Positiva la responsabilidad moral es sustituida por la responsabilidad social, ya que consideraba que el hombre es responsable por el hecho de vivir en sociedad, originando que nadie quede excluido por el derecho, siendo este aplicado tanto a sujetos imputables como inimputables, y sustituyendo el concepto de pena por el de sanción por considerar que tiene un contenido de tratamiento para educar y adaptar al delincuente; a su vez la Escuela Ecléctica tratando de llegar a un arreglo como la hermana piadosa vincula los postulados tanto de la Escuela Clásica y la Escuela Positiva, basando la responsabilidad del sujeto activo del delito en la salud, pero para el inimputable es necesario tomar medidas de seguridad, propugnando que debe de existir tanto penas como medidas de seguridad, y considerando que la finalidad de la pena no es sólo un castigo, sino debe de ser correctiva y educativa.

QUINTA.- El delito, en cuanto conducta típica y antijurídica, o injusto, no puede ser entendido como algo exclusivamente objetivo, sino que además tiene que ser considerado como el comportamiento de una persona física, y tal comportamiento implica una actividad que refleja su presencia dentro del marco de relación social de esa persona en el mundo, la conducta prohibida u ordenada por la ley supone precisamente la conducta del sujeto, que afecta el interés jurídico de otro al lesionar o poner en peligro sus bienes, por esto, el tipo penal aparece conformado por los elemento objetivos y subjetivos, además de los normativos en caso de ser necesarios para la debida integración del delito, que en síntesis, la acción, así como la omisión para ser típica, deben ser dolosa o culposa, y que

precisamente por este comportamiento que desarrolla el sujeto activo en el delito, es menester que dicho comportamiento se origine en un sujeto que al momento de cometer el delito, cuente con la capacidad mínima necesaria para poder comprender el mismo o conducirse de acuerdo con esa comprensión, esto es, se necesita que éste sujeto no se encuentre en un estado tal que pudiese originar una inimputabilidad, ya que si se encontrase en este estado siempre y cuando no haya sido provocado intencional o culposamente, o se encontrare en un estado de inimputabilidad disminuida, originaria que aunque se produzca un delito por una conducta ya sea de acción u omisión, ésta no pudiese ser reprochada al sujeto que la ha llevado a cabo o sea reprochada en menor medida, ya que para que exista la culpabilidad es menester que primeramente este sujeto cuente con la capacidad mínima de comprensión de la conducta, esto es, que sea penalmente imputable, por lo tanto concluimos que la imputabilidad es un presupuesto necesario de la culpabilidad elemento necesario para la integración del delito.

SEXTA.- La inimputabilidad antes de las reformas del Código Penal de 1983, se acogía a situaciones que no presentaban completo acierto ya que para que la excluyente operara, requería de un estado de inconsciencia y la psiquiatría encontró no pocas dificultades para resolver en que consistía tal estado, expresando que no hay situación de inconsciencia, sino grados de inconsciencia, además de que sólo se pudiera originar esta por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o estados toxinfecioso o por trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio, situación que originaría las reformas de 1983, en la que se cambio los estados de inconsciencia por el concepto de no comprensión del acto ilícito o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, no haciendo diferencia de trastornos mentales permanentes o transitorios.

SÉPTIMA.- El proceso es el instrumento jurídico integrado por el conjunto de relaciones debidamente reguladas en su forma y contenido por disposiciones legales previamente establecidas, que se desenvuelven a través de las relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los sujetos procesales que intervienen en la realización de las mismas.

teniendo por objeto que el Estado pueda realizar la potestad represiva en los casos concretos, resolviendo así la relación material derivada del delito, por tal motivo consideramos que el proceso penal comienza desde que el Estado por medio de la autoridad legalmente facultada por este, tiene el conocimiento de un hecho que podría considerarse como delito, y se aboca a su investigación.

OCTAVA.- Para que se pueda aplicar una sanción consistente ya sea en una medida de seguridad, una pena o bien ambas, a un sujeto que se considera cometió un delito, es menester que se le siga un procedimiento, no importando si este es imputable o inimputable, ya que precisamente de dicho proceso se podrá desprender esta circunstancia. arrojando además datos sobre de que grado de inimputabilidad que pudiera padecer este sujeto, desprendiéndose de lo consagrado en el artículo 14, párrafo segundo constitucional, que señala, “que nadie podrá ser privado de la vida, libertad, bienes, posesiones o papeles, sino mediante juicio segundo ante los tribunales previamente establecidos en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y con las leyes expedidas con anterioridad al hecho”, originando que si no se le siguiera procedimiento se estaría violando flagrantemente este precepto fundamental.

NOVENA.- La inimputabilidad sólo se puede presentar en la comisión del delito. esto es, lo que se le imputa al sujeto o se le deja de imputar es la acción u omisión de su conducta en la comisión del delito.

DÉCIMA.- El procedimiento especial aplicado a los inimputables comienza en el tercer procedimiento contemplado en el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, al expresar dicho ordenamiento en su artículo 495, que cuando el tribunal tiene la sospecha que el inculcado este loco, idiota, imbécil o sufra cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, el tribunal lo mandará a examinar por peritos médicos y en caso de que se comprobare que el inculcado se encuentre en uno de estos casos, cesará el procedimiento ordinario y abrirá el especial.

PROPUESTAS

ÚNICA.- Consideramos necesario que se establezca una verdadera reglamentación de el procedimiento especial para inimputables, en el que ya no se tenga que dejar al recto criterio y prudencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpado, así como de estudiar la personalidad del mismo; modificando el procedimiento que en la actualidad se encuentra en el Código Federal de Procedimiento Penales, así como se cree un procedimiento especial para los inimputables en el Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal, por no existir en la actualidad procedimiento similar en este ordenamiento, siendo que en la actualidad se aplique el procedimiento especial contemplado en materia federal, a la materia común, aunque esta sea diversa materia, y en la actualidad exista una marcada tendencia a la separación, entre estos ámbitos de aplicación territoriales.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ANTOLISEI, Francisco
“Manual de derecho penal (parte general)”, Traducción de JORGE GUERRO y MARINO
AYERA RENDIN.
3º Ed., Temis, Bogota, Colombia, 1988, pag 32.
- 2.- CARARNCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS Raúl
“Código penal anotado”.
17 ed., Ed Porrúa, S.A., México, D.F. 1993.
- 3.- CASTELLANOS TENA, Fernando
“Lineamientos elementales de derecho penal”
24 ed., Ed Porrúa S.A. México, D.F., 1987.
- 4.- CUELLO CALÓN, Eugenio
“Derecho penal parte general Tomo I”
Ed. boch Barcelona 1940 Casa Editorial.
- 5.- C. VAILLANT, George.
“La civilización azteca origen, grandez y decadencia”.
Fondo cultural económica, México 1994.
- 6.- D'ORS.
“Derecho privado romano”.
- 7.- DI PRIETO, Alfredo.
“Institutas de gayo.”
- 8.- JIMÉNEZ DE ASÚA, luis.
“Tratado de derecho penal Tomo III”
Ed Lozada Buenos Aires, 1964.
- 9.- JIMENEZ HUERTA, Mariano.
“Derecho penal mexicano”
3a ed Ed. Porrúa, México, S.A. México, D.F. 1977.
- 10.- MAGGIORE, Guiseppe.
“Derecho penal volumen II”. Traducción de JOSÉ J. TORRES
Ed tEMAS, ed 5a., Bogota, Colombia. 1989.
- 11.- MALO CAMACHO, Gustavo.
“Derecho penal mexicano”.
Ed. Porrúa México 1997.

MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio.
Derecho precolonial”
Porrúa S.A. 1981, 4a ed.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael.
Derecho penal (parte general)”
Ed. Trillas, México 1994.

MEZGUER, Edmundo.
Estado de derecho penal. Tomo I y II”
Revista de derecho privado, Madrid, 1957.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Comentarios de derecho penal (parte general)”
Porrúa, México D.F., 1989.

PAVON VASCONCELOS, Francisco.
Manual de derecho penal mexicano”
Porrúa 1984.

PORTE PETIT, Celestino.
Puntamientos de la parte general de derecho penal”
Porrúa.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis.
Criminología.”
Porrúa, México 1982.

TOSCANO, Salvador.
Derecho y organización social de los aztecas”
UNAM, México, 1937.

VILLALOBOS, Ignacio.
Derecho penal mexicano”
Porrúa, México, 1990 5a ed.

ZAFARONI EUGENIO, Raúl.
Manual de derecho penal (parte general)”
Ed. Cardenas Editor y Distribuidor México, 1986.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 117 ed., Ed. Porrúa, México.

Código Penal para el Distrito Federal, en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal. 57a ed., Ed. Porrúa, México, 1998.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 50a ed. Ed. Porrúa, México.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Código Penal de la República de Argentina.

Código Penal de la República Chilena, Libro I Título VII..

Ley de Enjuiciamiento Criminal, Libro II, Título V, Capítulo III.

DICCIONARIOS

Diccionario jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M., Tomo III. Ed. Porrúa. México.

Tamayo y Salmeron, Diccionario Jurídico Mexicano.