



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE: 8793 - 09



“LA SUBJETIVIDAD DEL RIESGO
FUNDADO EN LOS CASOS DE
URGENCIA EN LA LEY PENAL”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
NOE ROMERO HUERTA

ASESOR: LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZÁLEZ

CELAYA, GTO.

OCTUBRE 2005.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTO

Existen muchos motivos para realizar este agradecimiento, sinceramente soy muy afortunado en tener a las personas que me rodean, ya que sin ellas jamás estaría en este lugar. Creo que esta tesis es la culminación de una etapa mas en mi vida, por lo que es muy importante reconocer a quien incansablemente me brindo su confianza y apoyo para lograr mis estudios en Derecho. Mamá en verdad no tengo la menor idea de cómo te voy a pagar todo lo que me has dado te agradezco todo el infinito apoyo que me brindaste, se que a pesar de todo lo que ha pasado eres lo mas importante en mi vida. Francisco Zetina Torres , figura paterna para un servidor fuiste el principal motor para estudiar la carrera en Derecho y creo que sin ti no hubiera logrado nada, se que sin tener ninguna obligación conmigo me has dado lo que ninguna persona lo hubiera hecho te agradezco todo este apoyo que hasta estos momentos he recibido de tu parte gracias por todo. Sin poder olvidar a mis dos hermanas Carmen Huerta y Nadia Romero Huerta, hermanas gracias por todo son parte esencial de este logro, les agradezco todo su apoyo incondicional, Alicia te agradezco tu mas noble y sincero apoyo. Juan Raúl De Santiago , Mi hermano solo quiero que sepas que juntos lo logramos a pesar de todas las adversidades que pasamos solo tu y yo sabemos lo que realmente cuesta estudiar, Margarita Sarabia sin tu apoyo nunca hubiera terminado esta etapa final, gracias por la motivación que me brindaste eres pieza importante en este logro, Lic. José Manuel Gallegos agradezco el valioso tiempo que me dedicaste para la asesoria de mi tesis, por ultimo Agradezco a cada una de las personas que con el paso de del tiempo se fueron involucrando para lograr la culminación de mis estudios, no me queda mas que darles las gracias por todo su apoyo.

ATTE: NOE ROMERO HUERTA.

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- EL DELITO EN GENERAL

1.1	Generalidades del Delito.....	1
1.2	El Delito.....	7
1.2.1	Jurídico Formal.....	9
1.2.2	Jurídico Sustancial.....	9
1.3	Sujetos del Delito.....	9
1.3.1	Sujeto Activo.....	9
1.3.2	Sujeto Pasivo.....	11
1.4	Objeto Delito.....	12
1.4.1	Objeto Material.....	12
1.4.2	Objeto Jurídico.....	12
1.4.2.1	El Bien Jurídico Tutelado.....	13
1.5	Elementos del Delito.....	14
1.5.1	Elementos Positivos del Delito.....	14
1.5.2	Elementos Negativos del Delito.....	14
1.6	Concepto de Pena.....	15
1.7	Partes en que se divide el Derecho Penal.....	16
1.8	El Derecho Penal en sentido objetivo, subjetivo, sustantivo y adjetivo.....	16
1.9	La Ley Penal.....	19
1.10	La Aplicación de la Ley Penal.....	20

CAPITULO II.- TEORIA DEL DELITO (Elementos Objetivos del Delito)

2.1	Definición de Teoría del Delito.....	23
2.2	La conducta.....	23
2.3	Noción de Conducta.....	23
2.3.1	Definición de Conducta.....	24
2.3.2	Formas de Conducta.....	25
2.3.3	Acción.....	26
2.3.3.1	Elementos de la Acción.....	26
2.3.4	La Omisión.....	27
2.3.4.1	Formas de Omisión.....	28
2.3.4.2	Elementos de la Omisión.....	29
2.4	Ausencia de Conducta.....	29
2.5	La Tipicidad.....	30
2.5.1	Definición.....	31
2.5.2	Tipo Penal.....	32
2.5.3	Ideas generales del Tipo y la Tipicidad.....	32

2.5.4	Función de la Tipicidad.....	33
2.5.5	Principios Generales de la Tipicidad.....	33
2.5.6	Elementos del tipo.....	34
2.5.6.1	Elementos Subjetivos.....	35
2.5.7	Clasificación de los tipos.....	36
2.6	La atipicidad.....	38
2.6.1	Noción de atipicidad.....	38
2.6.2	Causas de atipicidad.....	39
2.7	Antijuridicidad.....	40
2.7.1	Definición.....	40
2.7.2	Clases de Antijuridicidad.....	41
2.7.2.1	Formal o antijurídica formal.....	42
2.7.2.2	Material o antijurídica material.....	42
2.7.3	Ausencia de Antijuridicidad.....	42
2.8	Aspecto Negativo: Causas de Justificación.....	43
2.8.1	El consentimiento del sujeto pasivo.....	46
2.8.2	Legítima defensa.....	46
2.8.2.1	Elementos de la Legítima Defensa.....	47
2.8.3	El Estado de Necesidad.....	49
2.8.3.1	Elementos de la definición legal del estado de necesidad.....	51
2.8.4	Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.....	52
2.8.4.1	El cumplimiento de un deber.....	52
2.8.4.2	Ejercicio de un Derecho.....	53
2.8.5	Impedimento Legal.....	54

CAPITULO III.- TEORIA DEL DELITO (Elementos Subjetivos del Delito)

3.1	Imputabilidad.....	55
3.2	Elementos de Imputabilidad.....	55
3.3	Imputabilidad (como presupuesto de la culpabilidad).....	56
3.4	La Responsabilidad.....	56
3.5	Acciones Liberae In Causa.....	57
3.6	La Ininputabilidad.....	57
3.6.1	Causas de Ininputabilidad.....	58
3.7	Acciones liberae in causa.....	61
3.8	La Culpabilidad.....	61
3.8.1	Formas de Culpabilidad.....	64
3.8.2	El dolo, sus clase y elementos.....	64
3.8.3	La culpa sus clases y elementos.....	65
3.8.4	La Preterintencionalidad.....	66
3.8.5	Elementos de la Preterintencionalidad.....	66
3.9	La inculpabilidad.....	66

CAPITULO IV.- EL PROCEDIMIENTO PENAL

4.1 Definición del Procedimiento Penal.....	69
4.1.1 Denuncia.....	69
4.1.2 Acusación o Querrela	69
4.1.3 Averiguación Previa.....	70
4.1.4 Acción Penal.....	73
4.1.5 Determinación.....	75
4.1.6 Consignación.....	75
4.2 Instrucción.....	77
4.2.1 Declaración Preparatoria.....	77
4.2.2 Termino Constitucional.....	78
4.2.2.1 Auto de Formal Prisión.....	79
4.2.2.2 Auto de Sujeción al Proceso.....	80
4.2.3 Pruebas.....	80
4.2.4 Etapa del Juicio.....	95

CAPITULO V.- LA SUBJETIVIDAD DEL RIESGO FUNDADO EN LOS CASOS DE URGENCIA EN LA LEY PENAL

5.1 Practica Cotidiana.....	103
5.2 Artículo 183 del Código de Procedimientos Penales.....	104
5.3 Discrecionalidad y llamado a la indagatoria.....	105
5.4 Discrecionalidad y facultades ordenatorias del proceso.....	106
5.5 Citación y Detención.....	108
5.6 Prisión Preventiva.....	111

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

Si hay un elemento que define al Estado de Derecho es aquél al que solemos referirnos con la expresión el imperio de la ley. Significa que el ejercicio de los derechos y el goce de las libertades de los ciudadanos se encuentran sometidos a lo que disponen las leyes y, por lo tanto, al amparo de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Éste es el principio limitador de los poderes de los gobernantes por excelencia, y su vigencia requiere, en aún mayor medida que el sometimiento de los ciudadanos a las leyes, que la actuación de quienes ejercen funciones públicas se desarrolle dentro de un ámbito definido también por la ley, tanto cuando acuerda facultades como cuando les impone limitaciones. No existen facultades que no se encuentran regidas y por lo tanto limitadas por la ley.

El modo restrictivo de interpretar posibles limitaciones a los derechos es la reducción de aquéllas a su mínima extensión y entidad posibles, incluyendo en ello sus supuestos de procedencia; el instrumento para esa minimización es la racionalidad. No es racional la limitación de un derecho constitucional cuando no es actuada en función de la necesidad de proteger un interés prevalente, o cuando excede el ámbito preciso de los permisos constitucionales y legales expresos. El permiso constitucional para reglamentar y, por ende, limitar, los derechos constitucionales se encuentra sometido a esos principios.

Esa racionalidad no se agota en la previsión de un posible conflicto de intereses en el que se privilegia a uno de ellos. El permiso de arrestar a un inocente (porque no ha sido aún condenado) deriva de reconocer prioridad al aseguramiento de la investigación criminal por sobre el derecho a la libertad durante el proceso que es, también, un derecho constitucional. Pero esa prioridad no es absoluta, ni vale en todos los casos abstractos, ni puede prescindir de justificativos concretos, porque así la posibilidad de armonizar la igualmente importante tutela de ambos valores se oscurece, con perjuicio del de la libertad.

Estas situaciones de ordinario se repiten en aparentes casos límite, en los que se suele perder de vista que en la filosofía constitucional ha primado el objetivo histórico de dotar a los ciudadanos de un conjunto de derechos y garantías que los protegiera del abuso de poder. La organización jurídico política del país no puede realizarse a costa de la desprotección de los derechos fundamentales. Este objetivo tiene sólidas raíces en nuestra historia institucional y, aún más, en la historia política de Occidente; sin embargo, su valor heurístico suele perderse en el laberinto de las diversas normas de uso cotidiano que regulan la actividad de los poderes públicos.

Son precisamente esos aparentes casos límite los que ponen a prueba la formación institucional de los funcionarios públicos, cuyas decisiones suelen reflejar, a veces de manera inconsciente, una determinada opción entre las dos históricas doctrinas sobre el origen y la dirección en el empleo del poder: el poder ex parte principis y el poder ex parte populis.

El objetivo de este trabajo no es el de exponer los inacabables antecedentes que la filosofía política expone en este debate, sino el de ofrecer una visión, desde un mirador más cotidiano, de cómo en una serie corriente de situaciones la actitud de muchos de los Ministerios Públicos y Jueces de nuestro país, de manera conciente o inconciente, terminan privilegiando la parte del príncipe y reduciendo el valor y la extensión de los derechos de los individuos.

Esta mirada se desarrollará partiendo de una opción política que, a esta altura, debe de ser más que evidente: creemos que el poder coercitivo o limitador de derechos de que disponen los funcionarios de la administración de la justicia debe ser ejercido ex parte populis, y esto significa que los principios limitadores propios del Estado de Derecho deben ser materialmente, y no sólo formalmente, operativos.

Uno de los enemigos más solapados de los principios del Estado de Derecho, en la práctica judicial, está representado por una serie de espacios de decisión que suelen ser llenados con la llamada discrecionalidad de los Jueces, término que intenta describir un

ámbito en el que reina un conjunto de poderes y facultades no sometidas a regulación, y por lo tanto sometidas exclusivamente al criterio del Juez; en ese ámbito no hay reglas que contribuyan a orientar ese criterio, salvo cierta remisión, a veces, a los usos y costumbres de la función.

Es en virtud a veces de algunos defectos de redacción de las normas legales aplicables o más frecuentemente de ciertas prácticas cotidianas vinculadas con el gobierno de las causas, que se admite que es el Juez el que más bien libremente determina la forma o el contenido de la decisión; en estos casos, los Jueces suelen no explicitar los fundamentos racionales, consuetudinarios o emocionales de su resolución, y suelen acudir al principio de la irrecurribilidad como justificativo de este silencio.

CAPITULO I.

EL DELITO EN GENERAL

1.1 *Generalidades del delito.*

Atravez del tiempo, los estudiosos del Derecho Penal han tratado en vano de formular una definición de delito con validez universal que sirva para todos los tiempos y lugares, para poder determinar si la conducta del hombre es o no un delito. Tales tentativas han sido inadecuadas, pues hallándose la noción de delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente las transformaciones de estos, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como un delito se considere hoy como lícito y viceversa, es pues, inútil buscar una noción de delito en sí.¹

No obstante lo anterior, este fenómeno jurídico social que es el delito se le ha definido de diferente manera atravez de los estudios realizados por diferentes autores que han ido constituyendo escuelas y sistemas respecto al derecho penal y del delito así como el factor que caracteriza a este que es la pena como castigo; y de esta manera mencionaremos algunas características de las escuelas.

La escuela clásica es una corriente que apareció a raíz de las nuevas ideas surgidas como reacción a una idea anterior y ancestral manera de ver el derecho penal. Los pensadores cuya obra dio origen a esta escuela son varios, entre los cuales uno de sus máximos exponentes se considera a Francisco Carrara así como a Romagnosi, Hegel, Rossi y Carmignani.²

Francisco Carrara, este jurista es considerado como el padre de la escuela clásica del Derecho Penal Italiano, por que dio al delito una sistematización casi perfecta. Ya que su definición ha sido objeto de grandes elogios, no solo por los seguidores de su ideología sino

¹ CASTELLANOS, Fernando. “*Lineamientos elementales del Derecho Penal*”. 34a edición. Ed. Porrúa, México 1994. p.125

² Castellanos. Op. Cit. P. 40

también por los positivistas, Carrara sostiene entre otras ideas que el derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrenal pueda cumplir sus obligaciones y sus deberes. Su concepto de ente jurídico precisa los elementos de mayor importancia y trascendencia y los definió como:

“La infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, como resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”

De esta definición destacan elementos esenciales los cuales mencionaremos a continuación.³

- 1.- Violación a la ley;
- 2.- Dictada por el Estado;
- 3.- Seguridad de los ciudadanos;
- 4.- Violación resultado de un acto exterior (tomando al hombre como único ser racional dotado de voluntad);
- 5.- La imputabilidad moral (responsabilidad);
- 6.- Un hecho dañoso (políticamente sentido de infracción de la ley).

Lo más trascendental y sobresaliente de cada escuela son las conclusiones concretas o postulados a que llegaron sus expositores, pues en ellos se resume su postura y filosofía, dichos postulados de la escuela clásica italiana son los siguientes:

- a) **Libre albedrío.**- Este postulado establece que todos los hombres nacen con igualdad para actuar conforme a derecho, de manera que quien realizaba conductas contraria lo hacia abajo su libre elección;⁴
- b) **Igualdad de derechos.**- Derivado del anterior, se deduce que el hombre nace igual en cuanto a sus derechos, por lo cual, la ley debe aplicarse de la misma manera a todos los hombres, por provenir de la misma circunstancia de igualdad.⁵

³ Castellanos.op.cit.p.54

⁴ Carrará y Trujillo.citado por Castellanos.op.cit.supra(1).p.48

- c) **Responsabilidad moral.**- Así como el hombre nace con libre albedrío, y puede escoger libremente entre el bien y el mal, la responsabilidad es de forma moral.⁶
- d) **El delito como eje y como entidad jurídica.**- El punto de partida de la problemática penal lo constituye principalmente el delito ya que es una entidad meramente jurídica; así, importa más lo objetivo que lo subjetivo. La manifestación externa constitutiva del delito es lo que interesa independiente mente de las circunstancias internas y, con base en el delito debe castigarse al delincuente.⁷
- e) **Método empleado.**- Como es sabido, el objeto determina el método en la investigación, de manera que esta escuela sigue el método deductivo (comienza de lo general a lo particular).⁸

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

- f) **Pena proporcional al delito.**- La pena debe ser un castigo meramente proporcional al delito cometido y, previamente señalado en la ley.⁹

Escuela positiva; surge en reacción contraria a lo establecido en la escuela clásica, la cual se fundamenta principalmente en bases científicas que corresponden a las ciencias naturales, sus seguidores fueron varios pero los principales exponentes son Enrico Ferri, Rafael Garofalo y Cesar Lombroso.¹⁰

Las teorías de la escuela positiva constituyen una negación de las señaladas por la escuela clásica y son las siguientes:

⁵ Castellanos.op.cit.p.41

⁶ Castellanos.op.cit.p.42

⁷ Castellanos.op.cit.pp.55y56

⁸ Castellanos.op.cit.p.62

⁹ VILLALOBOS, Ignacio. "Derecho Penal Mexicano".2ª edición. Ed. Porrúa.1960. p.199

¹⁰ Castellanos.op.cit.p.67

- a) **Niega el libre albedrío.**- Esta escuela afirma que el hombre no escoge libremente y de manera racional el mal sobre el bien; dado que es un ente natural y, en algunos casos con anomalías que evitan su sano y libre discernimiento, es decir la capacidad de elección.¹¹
- Al respecto cabe mencionar los estudios que realizó el jurista positivista Cesar Lombroso, acerca de estudios médicos y antropológicos que dieron origen a la teoría del criminal nato. Dicha teoría afirma que existen hombres que nacen con predisposición hacia su futura manera de comportamiento, esto de acuerdo a sus características propias, biológicas, antropológicas y psicológicas.
- b) **Responsabilidad Social.**- A diferencia de la escuela clásica, la escuela positivista afirma que la responsabilidad lejos de ser moral, es de tipo social. La colectividad, al tener en cuenta la posible predisposición hacia el delito en determinados sujetos, debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y, en un momento determinado poder contrarrestarlo.¹²
- c) **Delincuente, punto central.**- El delito no es el centro de atención, sino la persona que lo comete; a su vez, el sujeto o delincuente será el objeto de estudio, y tan solo el delito es la consecuencia.
- d) **El método empleado.**- Los positivistas utilizaron el método inductivo a diferencia de la escuela clásica (ir de lo particular a lo general), es un método inductivo experimental causal.¹³
- e) **Pena proporcional al estado peligroso.**- En esta corriente se niega que la pena tenga o deba tener proporcionalidad directa con el delito cometido y se afirma que debe ser proporcional al estado peligroso, independientemente del delito y su gravedad.

¹¹ Castellanos.op.cit.p.64

¹² Castellanos.op.cit.p.65

¹³ ORELLANA WIARCO, Octavio. “*Teoría del Delito*”.4ª edición. Ed.Porrúa. México.1997.p.4

- f) **Prevención.**- De los postulados anteriores se desprende la importancia de la prevención del delito, que debe darse en lugar de la represión.
- g) **La medida de seguridad es mas importante que la pena.**- Es decir en vez de castigar al sujeto se debe prevenir su conducta y, por tanto, aplicar las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad para evitar las penas. Se hacen clasificaciones de las medidas de seguridad según diversos criterios, y se afirma que debe aplicarse la mas adecuada al caso concreto, en virtud de la peligrosidad, características sociales y psicológicas.¹⁴
- h) **Clasificación de delincuentes.**- Esta escuela no se preocupa tanto por la clasificación de los delitos, sino por la de los delincuentes de acuerdo a su peligrosidad, características sociales y psicológicas.
- i) **Sustitutivos penales.**- Se propone como medios para evitar la abundancia y rigidez de las penas, los positivistas consideraron ineficaces a las penas y planteaban diversos sustitutivos: religiosos, médicos, psicológicos, etc.

Garofalo considero como delito artificial o legal la actividad humana que, contrario a la ley penal, no es lesiva de aquellos sentimientos, dicha definición a recibido severas criticas, ya que con la constante evolución cultural e histórica, tal concepto a quedado como estrecho e inútil.

En la lucha entre las dos corrientes mas características: clásica y positivista, surgieron teorías que aceptaron solo parcialmente sus postulados, de esta manera surgió entre otras, la Tersa Scuola en Italia, y la escuela sociológica o joven escuela en Alemania.

La escuela del positivismo critico a la Tersa Scuola (denominada tercera escuela para distinguirla de la clásica y de la positiva, que cronológicamente ocuparon el primero y

¹⁴ Orellana.op.cit.pp.5,6

segundo lugar), encuentra su formación principalmente en los estudios de Alimena y Carnevale, y constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la dirección clásica.¹⁵

Admite de la escuela positiva la negación de libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también así el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que da a conocer las conveniencias del método inductivo. Rechazando la naturaleza del delito y el criterio de la responsabilidad legal, y acepta de la escuela clásica el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e inimputables, aun cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad para elegir.¹⁶

En 1881 el ilustre Jurista Franz Von Liszt hace un estudio En su Código penal y descubrió que en la parte especial lo que había eran acciones, y que esas acciones eran contrarias a derecho, a las que llamo acciones antijurídicas y que estas acciones antijurídicas eran atribuibles a los sujetos a titulo de dolo o a titulo de culpa y ha esto lo definió como culpabilidad.

Para Fran Von Liszt el delito es una acción antijurídica y culpable; sin embargo en 1906 Ernesto Von Beling fue el primero que sintetizo el llamado tipo penal. En el mismo año publica su obra titulada “El tipo penal”. Con esto el Jurista Beling agrega un elemento mas a la definición del Delito realizada por Liszt (la tipicidad), Beling nos dice que el delito es: una acción típica antijurídica y culpable; agrega como un nuevo elemento a la tipicidad, aun no la ha llamado “típicamente” y además sigue sin aparecer la imputabilidad.¹⁷

En 1915 aparece el Jurista Ernesto Von Mayer y sigue la misma definición que Beling, pero el merito de Mayer es que empieza a relacionar la tipicidad de la Antijuricidad, Mayer dice que la tipicidad es un indicio de la Antijuricidad, de esta manera aparece la ratio cognoscendi de la antijuricidad. El mecanismo de Mayer es que toda conducta Típica puede ser antijurídica, siempre cuando no exista una causa de justificación.

¹⁵ Orellana.op.cit.p.74

¹⁶ Castellanos.op.cit.p.69

¹⁷ Castellanos.op.cit.p.70

Posteriormente Edmundo Mezger relaciona totalmente la tipicidad con la Antijuricidad, por eso para Mezger, el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable, con esto aparece la ratio essendi, y por lo tanto Mezger, dice que la tipicidad es la razón esencial de la antijuricidad y su mecanismo es el siguiente:

Toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación, para los dogmáticos alemanes la imputabilidad esta dentro de la culpabilidad, por esta razón no aparece la imputabilidad.¹⁸

Han sido tantos los esfuerzos que han realizado numerosos estudiosos del derecho penal para crear una definición del delito que tenga una validez universal, pero a pesar de los innumerables esfuerzos de los Juristas no se ha logrado.

1.2 El Delito

Se da el nombre de delito a ciertas acciones antisociales prohibidas por la ley, cuya acción u omisión hace acreedor al delincuente a determinadas sanciones conocidas con el nombre específico de penas.

En nuestra Constitución Federal en su artículo 14 nos señala el principio “nullum crimen, nulla poena sine lege” toda imposición de una pena presupone una ley penal: “En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por la ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”¹⁹

¹⁸ Mezger Edmundo.citado por Castellanos Fernando.op.cit.p.68

¹⁹ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

Respecto a la definición que establece el autor Cuello Calón en donde establece que: “En el Derecho Mexicano, el delito es una acción antijurídica, típica, culpable y punible.”²⁰

El delito pues, representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo, como pueden ser la vida, la integridad corporal, el honor, la propiedad, la libertad, etc.

La palabra delito proviene de la raíz latina *delinquiere*, que significa dejar, abandonar, el buen camino.

Así en la escuela clásica se elaboraron varias definiciones, que definen al delito como “La infracción de la ley del estado, promulgada para la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.²¹

Para éste autor el delito es un ente jurídico, porque su ausencia debe consistir, necesariamente en la violación del Derecho; llama al delito infracción a la ley, por lo que cuando un acto solo se convierte en delito cuando choca contra ésta, pero deberá estar promulgada para la protección de los ciudadanos, por el contrario, si no estuviera promulgada, carecería de toda obligatoriedad.

En la escuela positiva, se pretendió demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos.

²⁰ Cuello Calón, Eugenio. Obra Citada. Pág. 544 del T I.

²¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “*El Derecho Penal Mexicano*”. Tomo I. 5a. edición. Ed. Porrúa, México 1958.p147

Fernando Castellanos establece que para los formalistas, el delito es todo aquello que la ley exprese que es delito, puesto que una conducta es sancionada por la ley.²²

Atendiendo a nuestro anterior Código Penal en el Estado en su artículo 11 definía al delito como “la conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible”.²³

Ahora bien y de acuerdo a la reforma del Código Penal para el Estado de Guanajuato, no hay una definición del concepto del delito, únicamente el artículo 8 de ese ordenamiento arguye que el delito puede ser cometido por acción o por omisión, sin embargo analizaremos en los puntos siguientes los elementos objetivos del delito.

Desde un ángulo jurídico, el delito solo atiende a aspectos de derecho, sin tomar en cuenta aspectos sociológicos, psicológicos o de otra naturaleza. Por otra parte el delito es contemplado en dos aspectos básicos como lo son el jurídico formal y el jurídico substancial.

1.2.1 *Jurídico Formal.*

Se refieren a las entidades típicas, que traen aparejada una sanción, no es propiamente la descripción del delito en concreto, sino solo es la mención de que un ilícito penal merece una pena.

Para algunos autores, la verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva, mediante la amenaza de una pena, ya sea en la omisión o ejecución de ciertos actos, entonces, la principal característica del delito es su sanción penal.

1.2.2 *Jurídico substancial.*

²² CASTELLANOS TENA, Fernando. “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*”. Parte general, 31ª. edición., Editorial Porrúa, México. 1992. p126

²³ Guanajuato. Código Penal.

Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Algunos autores afirman que el delito se forma por un número determinado de elementos, existe una corriente llamada unitaria o totalizadora en la que se afirma que el delito no puede dividirse, ni para su estudio por abarcar un todo orgánico, y por ser un concepto indisoluble. Así en el estudio de los elementos del delito existen infinidad de criterios, por ejemplo, hay autores en cambio que hablan que solo tienen dos elementos que son la conducta y la tipicidad, y por otro lado, hay autores que afirman que tienen tres elementos que son la conducta la tipicidad y antijuridicidad; surgiendo así las corrientes bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, etc.

1.3 *Sujetos del delito*

Constantemente en el derecho Penal, se habla de dos sujetos que son, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

1.3.1 *Sujeto Activo.*

Es la persona física que lleva a cabo la conducta delictuosa, llamado también delincuente, agente y en la ciencia de la criminología se le llama criminal, antisocial o Sujeto desviado; y en el derecho Procesal Penal se le conoce como indiciado, procesado, probable responsable, inculgado y en el derecho penal (Sustantivo) se le llama delincuente o agente.

Es conveniente decir que el sujeto activo será siempre una persona física y no se toma en cuenta el sexo ni la edad, excepto la minoría de ésta, que da lugar entonces a la inimputabilidad. Cada descripción legal señalará las características especiales que se requieren para ser sujeto activo del delito que se trate; existen casos especiales como el caso concreto de la mujer en el delito del aborto procurado en el que sólo la mujer podrá ser el sujeto activo.

Nunca una persona moral podrá ser sujeto activo, a parte de que jurídicamente no existe, aún en el caso de que la persona moral aparentemente sea la que comete el delito, siempre será una persona física, la que ideó, actuó y podría darse el caso que hasta ejecutó el delito.

El acto y la omisión corresponden al hombre, por que únicamente éste es el sujeto activo de las infracciones penales y capaz de la voluntariedad, es quien realiza las formas de conducta que lesionan el bien jurídico tutelado por las normas.

Sería absurdo tratar al delincuente solo desde el punto de vista jurídico, sino que además es necesario analizarlo desde un enfoque sociológico, biológico y psicológico principalmente, para poder obtener una visión mas clara del porqué cometió el delito, es decir, sus causas, ya que al lado del derecho penal existen otras ciencias como la criminología, la medicina legal que no intenta guiar la conducta humana, sino explicar el nexo entre el delito y los factores que influyen en su elaboración.

Al estar hablando del sujeto activo, es de mencionarse que la principal característica del Derecho Penal, es que en caso de incumplimiento se aplica una sanción, es punitivo.

Es de mencionarse que su objetivo primordial es la punición, es decir, la aplicación de la pena, el castigo al autor del delito (delincuente), que infringe la norma impuesta por el estado, como lo menciona Eugenio Cuello Calón, que el titular del poder punitivo es solamente el Estado, donde solo éste poder lo ejerce a través de los órganos estatales encargados de la impartición de justicia penal, quien es el que aplica la pena al autor del delito.

Relación Estado – delincuente

El Derecho Penal constituye una parte integrante del Derecho Público y es público precisamente porque se establece la relación entre el Estado y los particulares gobernados. Surgiendo entonces la necesidad de salvaguardar el orden social, pues la única misión es

perseguir y castigar a quien cometa el delito, esto es, que esta relación implica que el derecho penal es una rama del derecho público interno; y no por solo emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni porque las impone los órganos estatales, sino por que cuando se comete un delito la relación se forma entre delincente y el Estado y no entre el que comete la acción delictuosa y el particular ofendido.

Es necesario hacer una distinción, entre Derecho Público y Derecho Privado, para dar una mayor claridad al porqué el derecho penal forma parte del Derecho Público, en primer lugar, el Derecho Privado: “Es el que regula las relaciones entre los particulares, donde el Estado carece de un interés primordial” y por otro lado el Derecho Público: “ Es el que regula las relaciones entre el Estado y el particular gobernado, aunque provechosas, no para interés de uno solo sino el de la comunidad, donde los sujetos que intervienen son el Estado por una parte y el particular gobernado por la otra”, esto es que el Estado rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos los gobernados, aquí el estado interviene en la relación jurídica tutelando la integridad, los bienes patrimoniales, la vida misma del hombre, traducidas en el interés del estado, como ejemplo sería el acabar con la delincuencia.

1.3.2 *Sujeto Pasivo.*

Es la Persona física o moral sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta del delincente y por lo regular, se le denomina también víctima u ofendido, en este sentido una persona moral puede ser sujeto pasivo de un delito, como en el caso de los delitos patrimoniales.

Como sujeto pasivo cualquier persona puede serlo, siempre y cuando le sea afectado algún bien jurídicamente protegido por la Ley, sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué circunstancias.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena, señala al respecto: “ se puede establecer diferencia entre sujeto pasivo de la conducta y sujeto pasivo delito, el primero es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado, y en cambio, el sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.”²⁴

1.4 ***Objeto Delito.***

Normalmente en el Derecho Penal se distinguen dos tipos de objetos, que son el material y el Jurídico.

1.4.1 ***Objeto material.***

Es la persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño por el delito cometido, cuando recae sobre una persona, se identifica como el sujeto pasivo, entonces coinciden en la misma figura sujeto pasivo y objeto material.

Cuando recae directamente sobre una cosa, el objeto material será la cosa afectada, pudiendo ser un bien mueble o inmueble, derechos, etc., por ejemplo en el caso del delito del robo el objeto material será la cosa mueble ajena.

1.4.2 ***Objeto jurídico.***

El objeto jurídico es el bien jurídicamente protegido por la ley y que el hecho o acto criminal lesionan. En todos los delitos del código Penal tutela los bienes que considera dignos de ser protegidos, como es la vida, el patrimonio, la libertad sexual, libertad de las personas, etc.

²⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. “*Derecho Penal*”. Ed. Harla. México, 1998. P. 36.

1.4.2.1 *El Bien Jurídico Tutelado.*

Se habla de que el sujeto Pasivo del delito es el titular del Bien Jurídicamente protegido, y es necesario hacer mención sobre el “Bien Jurídico” donde algunos autores lo definen como: “El objeto de protección de las normas de Derecho.”

Este concepto utilizado por diversos autores tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo en cuya concepción individualista no cabía la nueva idea del derecho Penal, como protector de la sociedad y no sólo del individuo.

El bien jurídico según la teoría Ius naturalista, se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. Según la teoría kelsiana, determinar el bien jurídico es labor del legislador, mas no del científico del derecho.

El legislador observa la realidad social y dependiendo de su ideología determina cuales son los objetos a proteger, estos son precisamente, la vida, la libertad, la seguridad, la honra, la propiedad, etc.

La forma de proteger los bienes jurídicos determinados por el legislador es mediante el uso de la sanción que bien puede ser penal o civil. Así el legislador establece que cuando una persona comete un acto ilícito consistente en violar los bienes jurídicos de otra persona como la vida, la libertad, la seguridad, etc., le será aplicada una sanción que consiste en provocar coactivamente un mal, es decir, privarlo de un bien (de su vida, de su libertad, de su propiedad, etc.)

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuales tienen mas valor sobre otros y, en consecuencia, cuáles prevalecen en caso de confrontación.

Nuestra Constitución consigna bienes jurídicos que el legislador consideró que deberían ser protegidos, así en su artículo 14 indica que nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino como la propia constitución prescribe.²⁵

En el artículo 16 de nuestra Constitución Política consigna también, bienes jurídicos que hay que proteger, en realidad, se puede decir que cada tipo delictivo consignado en el código Penal protege un bien jurídico.

1.5 Elementos del delito.

Los elementos del delito constituyen, sin lugar a dudas la columna vertebral del derecho penal y el manejar adecuadamente cada uno de estos elementos en el que se tienen que analizar detalladamente para poder entender y manejar cada delito descrito por el código Penal.

1.5.1 Elementos positivos del delito.

Los elementos del delito son las partes que lo integran, en su aspecto positivo, como lo son:

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Imputabilidad
- Culpabilidad
- Punibilidad

1.5.2 Aspectos Negativos del delito.

²⁵ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

Los elementos del delito son sus aspectos positivos y cada uno de estos elementos tienen su aspecto negativo del delito, que llega a ser la negación de aquellos, esto es, que anula o deja sin existencia al elemento positivo y en consecuencia al delito.

Estos elementos referentes al delito, en su oportunidad se ampliarán debidamente, en capítulos posteriores, ya que solo aquí solo se mencionan a manera de referencia y son los siguientes:

- Ausencia de conducta
- Atipicidad
- Causas de justificación
- Inimputabilidad
- Inculpabilidad
- Excusas absolutorias

1.6 *Concepto de Pena*

Es definida por el autor Eugenio Cuello Calón como: “ El sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal”.²⁶ Estableciendo éste autor, que la pena debe aspirar a fines como el obrar en el delincuente, advirtiéndole que percibirá un sufrimiento, y que deberá ser motivo suficiente para apartarse del delito y reformar su conducta para adaptarse a la vida social.

Ese sufrimiento que se le impone al sujeto activo del delito, puede consistir en la restricción o en la pérdida de ciertos bienes del sujeto sancionado, como la libertad, la propiedad, la vida, etc.

²⁶ Cuello Calón, Obra Citada, Pág. 544 del T. I.

Cuando se ha cometido un delito, existiendo responsabilidad penal, la consecuencia natural es la imposición de una pena, y ésta no es solo la consecuencia de la responsabilidad penal, sino también constituyen el medio adecuado para luchar contra el delito, de otro modo, si la pena sirviera únicamente para castigar al delincuente, se podría decir que la pena impuesta es por venganza por parte de quien la impone.

“La pena es el mal que el juez infringe al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor”. Franz Von Liszt

El fin último de la pena es salvaguardar la sociedad y para conseguirla también puede ser intimidatoria, en donde por fuerza se tiene que evitar la delincuencia por el temor de su aplicación, sirviéndole no solo de ejemplo al delincuente, si no a todos los demás, impedir la reincidencia mediante tratamientos curativos y una educación adecuada al delincuente para cuando sea incorporado de nuevo a la sociedad, también la pena debe ser justa, pues la injusticia acarrearía males mayores, no solo para quien fue impuesta la pena, sino para la sociedad que espera sobre todo justicia, seguridad y bienestar del Derecho.

1.7 Partes en que se divide el Derecho Penal.

El derecho penal abarca varias partes y de manera general de lo que algunos autores mencionan, tal es el caso de Cuello Calón que al respecto dice “ los tratadistas suelen distinguir dos partes: una denominada parte general que se ocupa de la doctrina del delito y de la pena en general; a cuyo estudio se añade hoy el de las medidas de seguridad y la otra llamada parte especial que trata de diversos delitos; de las penas y de las medidas de seguridad correspondientes”²⁷

²⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. “*Derecho Penal*”. 9ª.edición., Editorial Nacional, México, 1961 P. 12.

Para el tratadista Raúl Carrancá, nos señala: “la subdivisión en parte general y parte especial; en relación a la parte general está lo relativo al delito y a la pena, en tanto que a la parte especial se encuentra lo referente a los especiales delitos”²⁸

En nuestro derecho penal se ve reflejado, entonces, en el código penal vigente la división en dos partes que es el Libro Primero que es la parte general y el Libro Segundo donde se encuentran contenidos los delitos especiales (Parte Especial.)

1.8 *El Derecho Penal en sentido objetivo, subjetivo, sustantivo y adjetivo.*

Para un adecuado manejo del derecho penal, es necesario distinguirse varios conceptos del mismo, como lo es el derecho penal objetivo, el derecho penal subjetivo, derecho penal sustantivo y el derecho penal adjetivo.

La autora Irma Griselda Amuchategui Requena nos señala una definición de estos conceptos del derecho penal:

- “*Objetivo*: lo constituye el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen los delitos y señalan las penas y medidas de seguridad, así como su formas de aplicación.
- *Subjetivo*: es la potestad jurídica del estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella.
- *Sustantivo*: se refiere a las normas relativas del delito, al delincuente y a la pena y medidas de seguridad. También se conoce como el derecho material.
- *Adjetivo*: es el complemento necesario del derecho sustantivo. Se trata de las normas que se ocupan de señalar la forma de aplicar las normas jurídico-penales en los casos concretos. Se llama mas comúnmente derecho procesal o instrumental.”²⁹

²⁸ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “*Derecho Penal Mexicano*”. Parte General. Tomo I, 5ª. edición., Editorial Antigua Librería Robredo, México, 1958, P17.

²⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. “*Derecho Penal*”. edición. Editorial Harla. México, 1998. P.14.

El autor Eduardo López Betancourt, señala “El Derecho Penal puede ser de dos formas: subjetiva y objetiva; el derecho penal subjetivo se identifica con el *ius puniendi*, donde solo el Estado tiene la facultad de castigar, y solo éste tiene la facultad para conocer los delitos y la aplicación de la pena; por otra parte, el derecho penal objetivo o *ius penale* es todo el conjunto de normas dirigidas a los gobernados a quienes se les prohíbe la realización de un delito, bajo la amenaza de una sanción.”³⁰

Para la mayoría de los tratadistas definen al Derecho Penal objetivo como el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto y la pena como consecuencia jurídica; por otra parte el Derecho Penal subjetivo, lo definen como el derecho a castigar (*Ius Puniendi*), es también, el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

El autor Gustavo Malo Camacho hace una definición muy clara, en cuanto al derecho Penal objetivo y el derecho Penal subjetivo, estableciendo: “El derecho Penal puede ser entendido en sentido objetivo y subjetivo, en cuanto al primer caso, como derecho penal objetivo, se hace referencia al conjunto de normas que integran la legislación objetivamente considerada (*Ius Poenale*), y que aparecen conformando las respectivas leyes penales; son las normas y reglas jurídicas que previenen los delitos, establecen las bases para individualizar las penas a los responsables y fijan las penas y las medidas de seguridad. En cuanto al derecho penal objetivo la referencia a la ley penal desde la perspectiva del órgano de donde emana, haciendo alusión al *Ius Puniendi*, del Estado o potestad punitiva del mismo.”³¹

El derecho penal objetivo se integra por el universo jurídico total, cuyo objeto se orienta a la sistematización de las normas jurídico penales, el derecho penal en sentido subjetivo, en cambio, hace referencia a la potestad punitiva del Estado.

³⁰ LÓPEZ, BETANCOURT, Eduardo. “*Introducción al Derecho Penal*”. 5ª. edición. Editorial Porrúa, México, 1997. P.65

³¹ MALO CAMACHO, Fernando. “*Derecho Penal Mexicano*”. 1ª. edición. México, 1997. Edit. Porrúa. P.135

Es evidente la interrelación del derecho penal en sentido objetivo y el derecho penal en sentido subjetivo, entendido al objetivo como el orden jurídico dado y el subjetivo como la facultad del Estado para establecerlo y aplicarlo o potestad penal del Estado para declarar como punibles determinados comportamientos (creación de la ley), para imponer las penas o medidas (función jurisdiccional) y para ejecutarlos (función ejecutiva penal).

Derecho Penal Sustantivo

La verdadera sustancia del delito lo integran elementos tales como las normas relativas al delito, a las penas y a las medidas de lucha contra la criminalidad, entonces, ésta sustantividad radica precisamente en éstos elementos, que es donde proviene la denominación del Derecho Penal Sustantivo o también llamado Derecho Material.

Derecho Penal Adjetivo.

Las normas del Derecho Penal Sustantivo no deben aplicarse arbitrariamente, sino de manera ordenada y sistemática, donde para esto, existe otra reglamentación que su principal objetivo es ir señalando que camino se va a seguir en la imposición del Derecho Material que es precisamente el Derecho Adjetivo, también llamado Instrumental en la que en la práctica el llamado Derecho Procesal Penal.

El derecho Procesal, se define como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares.

1.9 *La Ley Penal.*

Es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad. Al hablar de ley Penal, no solo es el conjunto de normas jurídicas que se encuentran en el código Penal, sino también, existen diversas normas Penales que se

encuentran contenidas en diversos cuerpos legales, como lo son, las disposiciones penales contenidas en el Código Fiscal, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Federal de Derechos de Autor.

La esencia del Derecho penal consistente en lo permanente e invariable de los principios que lo rigen y fundamentan, de tal modo que la naturaleza de éstos principios constituye lo que es la materia de la ciencia jurídica y dentro de éstos principios está la propia norma que origina a la Ley Penal, que en cuanto se combinan con otras disposiciones jurídicas como la de orden civil o constitucional, da lugar al estado de derecho, en la que todos los ciudadanos pueden convivir, en la que a través de la vía penal, se vuelve un medio mucho más eficaz, para lograr una adecuada convivencia social que es el fin que persigue el Estado de Derecho.

La ley Penal, es la única fuente generadora del Derecho o lugar donde se origina el Derecho Penal, pero muchos autores insisten en que también forma parte del Derecho Penal, la costumbre, la Jurisprudencia y la Doctrina, donde también son fuente del Derecho Penal, pero en la medida y forma que así lo establezca la Ley Penal. Cabe señalar que la Ley es una regla que procede del Poder Público cuyas características principales son las de ser General, abstracta, permanente y coercible.

La Ley Penal también podemos definirla como la expresión del Poder Público debidamente establecido en la que se señalan de manera objetiva y justa los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

1.10 *Aplicación de la Ley Penal.*

Aplicar la Ley, consiste en materializar una norma jurídica al caso concreto. En muchas ocasiones se cree erróneamente en el Derecho Penal se prohíbe la interpretación, sin embargo, no es así, ya que toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia sirven al juzgador para interpretar correctamente la ley, cuando ésta es muy confusa o no muy clara.

Existe confusión en el Derecho Positivo mexicano, en cuanto a la interpretación analógica y la aplicación analógica de la Ley, ya que en realidad son cuestiones totalmente diferentes.

El autor Fernando Castellanos hace una distinción entre ambas definiciones, en la que señala, “ La aplicación de la Ley Penal por analogía, consiste en formular la norma aplicable por carecer de ella el ordenamiento jurídico lo cual es crear delitos que no están establecidos por la Ley; en lo que se refiere a la interpretación analógica ésta solo tiene el propósito de aclarar la voluntad de la norma jurídica, y comprender situaciones que, aunque están inversas en el propósito de la ley, no se describen expresamente”.³²

En cuanto a la aplicación analógica, para la autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “Es aplicar analógicamente una pena, consiste en imponer una sanción por un delito no previsto en la ley, simplemente por analogía (semejanza) con otro delito, la cual es violatorio de la garantía constitucional de legalidad.”³³

Nuestra Carta Magna en su artículo 14, prohíbe determinantemente la aplicación analógica en donde establece “En los Juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata.”³⁴

³² CASTELLANOS TENA, Fernando. “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*”. Parte General, 31ª. edición. Pág.89. Edit. Porrúa, 1992.

³³ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. “*Derecho penal*” 1ª. edición. Editorial Harla. México, 1998. P. 25

³⁴ Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

CAPITULO II.

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO)

En éste capítulo, se tratarán en forma amplia los elementos Objetivos del Delito, y según las definiciones de los numerosos autores, deben existir para que las diversas actividades que llevan acabo los sujetos puedan ser consideradas o no como “delito”, analizándose de acuerdo al orden en que legalmente son establecidos sus elementos.

El Código Penal anterior a la reforma para el Estado de Guanajuato en su artículo 11, definía al delito como: “La conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.”¹

Ahora bien y de acuerdo a la reforma del Código Penal para el Estado de Guanajuato, no hay una definición del concepto del delito, únicamente el artículo 8 de ese ordenamiento arguye que el delito puede ser cometido por acción o por omisión, sin embargo analizaremos en los puntos siguientes cada uno de los elementos objetivos del delito.

Todos estos elementos deben reunirse en su totalidad, para que una conducta dada en la realidad pueda ser considerada como un verdadero delito y que al sujeto activo le sea impuesta la sanción establecida por el Estado pero, para que se llegue a la imposición de la pena, deberán reunirse todos los elementos establecidos por la ley y en caso de faltar alguno no se podrá considerar como tal.

Lo mismo sucede cuando en la conducta dada en la realidad, se presenta el aspecto negativo de algún elemento del delito, no llegará a colmarse el tipo penal y consecuentemente no habrá delito.

El primer elemento del delito a analizar es la conducta y posteriormente se analizará su aspecto negativo llamado “La falta de conducta”.

¹ Guanajuato. Código Penal.

2.1 *Definición de teoría del delito*

Es el conjunto de razonamientos jurídicos para explicar provisionalmente la vida del delito, y tiene por objeto el estudio de los elementos o características comunes a todos los delitos.

2.2 *La conducta*

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir, varios de los estudiosos del Derecho le llaman acción, hecho, acto o actividad, pero nosotros preferimos el término de conducta, dentro de él se puede incluir correctamente tanto el hacer positivo, como el negativo, es decir la acción y la omisión, el actuar o el abstenerse de actuar.

2.3 *Noción de conducta.*

La conducta analizada dentro del ámbito del Derecho Penal, se ha considerado un elemento esencial de estructura al delito y que contribuye con los demás ingredientes constitutivos a integrarlo.

Suele aplicarse, para designar a este primer elemento del delito, los términos conducta, actos, hechos, acción, etc.

Quiénes consideramos más aceptable la expresión CONDUCTA en virtud de que, como afirma Jiménez Huerta, “tal palabra es significativa de que todo Delito consta de un comportamiento humano y capta el sentido finalista”.²

Para Jiménez de Asua, el acto es “la manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja inerte ese mundo externo cuya mutación se aguarda”.³

² JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. “*Derecho Penal Mexicano*”. Tomo I. 2ª edición. Edit. Porrúa. México 1977. p.106

³ MSUA Y OMEGA. “*Derecho Penal*”. Editorial Reus. España 1929.

Además, dentro del concepto de conducta, pueden comprenderse la acción y la omisión: es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar y el abstenerse de obrar.

Porte Petit se muestra partidario de los términos de conducta y hecho, para denominar el elemento objetivo del Delito: “pensamos-dice- no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho, elemento objetivo del Delito, según la descripción del tipo”. Cita en apoyo de su punto de vista opiniones de Cavallo Battaglini; para el primero, el hecho “en sentido técnico, es el conjunto de:

“Los elementos materiales del mismo que realiza la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido” y para el segundo, el hecho “en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción y el resultado”.

De lo anterior desprendemos que si el Delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho; cuando el Delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Dice Porte Petit, la sola conducta agota el elemento objetivo del Delito cuando por si misma llena el tipo, como sucede en los llamados Delitos de mera actividad carentes de un resultado material, la conducta es un elemento de hecho, cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo, es decir, un resultado material.

2.3.1 *Definición de Conducta.*

- Es el elemento objetivo del delito.
- La conducta es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenaste del proceso causal.
- Comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un fin.

Tenemos entonces, que la conducta es un comportamiento humano, positivo o negativo encaminado a un propósito, pues es el elemento psíquico interno fundado en la voluntad y la actuación interna del sujeto, en donde a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, una responsabilidad imprudencial o preterintencional.

La conducta puede llevarse a cabo mediante uno o varios comportamientos, y solo el ser humano es capaz de ubicarse como un sujeto activo, descartándose la posibilidad de ubicar en ésta hipótesis a los animales, objetos o personas morales como sujetos activos del delito.

Para la autora Irma Amuchategui establece al hablar de conducta definiéndola como: “Comportamiento humano activo u omisivo generador de un delito”⁴

2.3.2 *Formas de conducta.*

Tenemos entonces, que hay dos clases de conducta, la positiva y la negativa, esto es, que hay dos clases de normas, que son las que prohíben y las que ordenan, las primeras cuando hacemos lo que la ley nos prohíbe, en tanto las segundas, mandan o disponen que se realice una conducta.

a) **Positiva.**

Es cuando se hace o se lleva a cabo una acción, que esté prohibida por la ley, son normas prohibitivas, que cuando se realizan éste tipo de delitos se les llama “*delitos por comisión*”.

b) **Negativa.**

Cuando no hacemos lo que la ley nos ordena, realizamos una abstención, éstos son los delitos llamados por “omisión”, ésta es llamada también “*omisión propia*” o “*omisión Simple.*”

En el campo del derecho penal, la conducta puede manifestarse en dos formas que son: ***acción y omisión.***

2.3.3 *Acción*

Se ha expresado que la conducta, llamada también acto o acción (lato sensu), manifestándose ya sea por actos o abstenciones. La acción es todo hecho o movimiento

⁴ Amuchategui. Opcit. P.49

voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior, de poner en peligro dicha modificación y encaminado a la producción de un resultado (astricto sensu).

La acción consistente en actuar o hacer, es un hecho positivo, en donde el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete una infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos o animales e incluso a través de personas, que al utilizar a una persona que no tiene capacidad ante el derecho, como si se tratara de un instrumento o un objeto.

La acción es definida también por Mir Puig señalando que se define como: “La conducta externa voluntaria por la cual el sujeto manifiesta su conducta ilícita”⁵

2.3.3.1 *Elementos de la acción*

Estos elementos son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad o llamado también nexo causal.

a) **La voluntad**

Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito, es propiamente la intención. La voluntad exteriorizada, finalmente determinada, significa que la persona, en sus manifestaciones de voluntad actúa necesariamente en función de la consecución de los objetivos ideados por el autor, abarcando a demás el querer un resultado, si no, estaría en presencia del querer únicamente corporal.

Es necesario que el individuo sepa que es lo que quiere, que haya creado un cierto fin, que es aquello sobre lo que habrá de recaer su querer. La voluntad implica siempre una finalidad, porque no es posible pensar en una voluntad vacía o sin contenido.

b) **La actividad**

⁵ MIR PUIG, Santiago. “*Derecho Penal*”. Parte General. 2ª. edición. Edit. PPU. Barcelona España. 1985. P 162.

Consistente en el “hacer” o en el actuar. Es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.

c) El resultado

Es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y que está previsto en la ley penal como delito.

d) Nexo de causalidad

Es el nexo que une la conducta con el resultado, el cual debe ser material, el nexo debe unir la causa con el efecto, y sin éste último no puede atribuirse la causa.

Se dice que el resultado es material porque si fuera psicológico o espiritual, no podría tomarse en cuenta para el derecho Penal. En la práctica, se deberán tomar en cuenta tanto las condiciones, así como las circunstancias en que sea manifestada la conducta y cómo se produjo el resultado, al caso concreto, a efecto de comprobar fehacientemente el nexo causal.

2.3.4 La omisión

Radica en un abstenerse de obrar, dejar de hacer lo que se debe ejecutar, es una forma negativa de la acción, simplemente es una abstención.

La autora Irma Griselda Amuchategui señala: “La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.”⁶

La omisión, existe en razón de que el ordenamiento jurídico determina la existencia de las relaciones sociales de una cierta manera y dentro de dicho marco, genera a la omisión como un concepto de referencia a una cierta acción, fijándole un contenido

⁶ Amuchategui, Op cit, p.51

normativo, haciéndola exigible. En síntesis, mientras que los tipos activos o comisivos individualizan la conducta prohibida a través de la descripción típica, en los tipos omisivos, la individualización se da a través de la descripción de la conducta debida, lo que origina que resulte prohibida la conducta contraria.

La estructura del delito omisivo, tiene como característica principal ser un “concepto de referencia” y se le llama de así precisamente porque siempre aparece referido a una determinada acción. A diferencia del delito de acción, cuyo contenido implica invariablemente una prohibición (el deber previsto en la norma prohibitiva) el delito omisivo, previene siempre un mandato, por ejemplo, en los delitos de acción, como es el caso del homicidio, se prohíbe matar, y en el delito de omisión de auxilio, se ordena auxiliar al enfermo, al atropellado, a no abandonar a la familia, etc.

Lo anterior significa que, mientras que los tipos de acción individualizan la conducta prohibida a través de su descripción, los tipos omisivos en cambio, exigen ser descritos señalando la conducta debida y consecuentemente, estableciendo la prohibición de realizar cualquier conducta que sea diferente de lo que expresamente se ordena. En el ejemplo anteriormente mencionado del homicidio, mientras que en la conducta de acción que previene éste delito, se describe la conducta prohibida, que en sí misma implica “se prohíbe matar”. Por otro lado, en el delito de omisión de auxilio, se describe la conducta que se ordena, prestar el auxilio necesario y como consecuencia, se prohíbe realizar cualquier otra conducta que no sea precisamente lo que se está ordenando.

2.3.4.1 *Formas de Omisión.*

La omisión se puede presentar en dos maneras, como pueden ser en forma simple, también llamada omisión propia y la otra forma que es la omisión impropia que se le llama también comisión por omisión.

a) **Omisión simple.**

Conocida también como *omisión propia*, consistente en no hacer lo que se debe hacer, sea voluntario o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aun que no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, como es el caso de la portación de arma prohibida.

b) Comisión por Omisión.

Este tipo de delitos son también llamados *Omisión impropia*, es un no hacer voluntario o imprudencial, cuya abstención produce un resultado material y se infringen una norma preceptiva y otra prohibitiva.

2.3.4.2 Elementos de la omisión.

Los elementos de la omisión son la voluntad, la actividad, el resultado y el nexo causal y son los mismos elementos que los de la acción, con la aclaración de que los delitos de simple omisión no cabe hacer un análisis sobre el nexo causal, pues no se produce ningún resultado, porque evidentemente no puede darse, ya que no puede existir la causación de la nada, solo en los delitos de omisión impropia puede producir un resultado físicamente perceptible. En los delitos de comisión por omisión, en la que se produce un resultado a causa de la inactividad, se debe dar y consecuentemente comprobar el nexo causal.

2.4 Ausencia de conducta.

En algunas circunstancias si llega a faltar alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integrara; en consecuencia, si la conducta esta ausente, evidentemente no habrá delito. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos de los elementos del delito o dicho de otra manera, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del Delito. No existe conducta cuando de viola la Ley Penal por fuerza fisica irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente.

Ha sido muy debatido este problema, pues los autores no se han puesto de acuerdo en la determinación precisa de los casos en que no existe voluntad, elemento esencial de la conducta.

Generalmente se toman en consideración los aspectos siguientes:

Vis absoluta: Consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien aparentemente comete la conducta catalogada como delito para el Derecho Penal. Ni desde el punto de vista de la lógica ni de el jurídico, puede ser responsable quien es usado como un simple instrumento para cometer el delito.

Vis mayor: Es la fuerza mayor que, ha diferencia de la vis absoluta proviene de la naturaleza. Cuando un individuo comete un delito a causa de una fuerza mayor, existe el aspecto negativo de la conducta, es decir, hay ausencia de conducta, pues no existe la voluntad por parte del supuesto agente, ni conducta propiamente dicho; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

Actos reflejos: Por actos reflejos debemos entender aquellas reacciones del sistema neuro-vegetativo en las que por tanto el sujeto esta impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria, en caso de poder controlarlos a voluntad se considera que existe el delito.

Sin embargo en cuanto al sueño, al sonambulismo y al hipnotismo existe un importante debate doctrinario sobre si en tales supuestos estamos en casos de ausencia de conducta por falta de voluntad o si por el contrario existe voluntad y solo hallamos una causa de in imputabilidad.

2.5 *La Tipicidad.*

Hemos sostenido que el Derecho Penal se justifica en su propio fin de tutelar, fundamentales bienes cuya manutención depende la vida gregaria; por ello, sus preceptos

consignan conductas reputadas como dañosas y conminan su realización con severas penalidades. El Derecho Penal selecciona describiendo en sus disposiciones, aquellas

conductas declaradas delictuosas. Es aquí donde surgen los conceptos tipo y tipicidad que revisten trascendental importancia en el estudio dogmático analítico del Delito.

Tipo, es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Dicho de otro modo, Tipo es la creación Legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales.

La tipicidad, es uno de los elementos esenciales del Delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su Artículo 14, establece en forma expresa “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, lo cual significa que no existe Delito sin tipicidad.

2.5.1 Definición

Para la mayoría de los tratadistas a la tipicidad la definen como: “La adecuación de una conducta dada en la realidad con el tipo penal.” Por tipicidad se entiende que es un juicio de valor con el que se va a valorar la conducta dada en la realidad y si reúne los elementos que el propio tipo penal exige y encaja perfectamente en él será “Típico”.

El elemento de tipicidad es en primer término más relevante para el estudio del derecho penal, toda vez que, la acción o la omisión en sí, no son relevantes para el derecho penal, salvo que se trate de acciones u omisiones típicas penales; lo que significa que la conducta o el comportamiento implique la lesión o el peligro al bien jurídico

protegido y suponga la violación al mandato contenido en la norma de un determinado tipo penal.

Menciona el autor Fernando Castellanos que no deben confundirse el tipo con la tipicidad, estableciendo: “El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de la conducta en los preceptos penales. En cuanto a la tipicidad, es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto y basta con que el legislador suprima de la Ley penal un tipo, para que el delito quede excluido.”⁷

Cada tipo penal señala sus propios elementos, llamados elementos del tipo, en los que deberán reunirse en su totalidad, de tal manera que la conducta que se dé en la realidad, se realice en forma idéntica a la abstracción legal; de tal modo que si falta alguno de los elementos, pero se llevan a cabo todos los demás elementos que establezca y marque el propio tipo penal, no se estará en presencia del elemento objetivo del delito, llamado tipicidad y consecuentemente no habrá delito.

2.5.2 Tipo Penal.

El tipo es una creación legislativa, es la descripción que hace el Estado de una determinada conducta en los preceptos penales.

2.5.3 Ideas generales del Tipo y la Tipicidad

No debe confundirse el Tipo con la Tipicidad, como ya se menciono con anterioridad el Tipo es una creación Legislativa, es la descripción que hace el estado de una determinada conducta en los preceptos penales.

La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encuadre o se

⁷ Castellanos. Opcit.167.

adecue exactamente en la abstracción plasmada en la ley, basta que el legislador suprima de la ley un tipo penal para que no exista el delito.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo a lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal.

2.5.4 *Función de la Tipicidad*

Si admitimos que el tipo es la razón del ser de la antijuridicidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el Derecho, por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege, equivalente a nullum crimen sine tipo).

Cabe mencionar que nuestra Carta Magna en su Artículo 19 menciona que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y haga probable la responsabilidad de este.⁸

2.5.5 *Principios generales de la Tipicidad*

Como ya se menciona con anterioridad la tipicidad la podemos definir como la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad.⁹

Dichos principios son:

a) NULLUM CRIMEN SINE LEGE

NO HAY DELITO SIN LEY

⁸ Estados Unidos Mexicanos, Constitución Política.

⁹ Castellanos.op.cit.pag.170

b) NULLUM CRIMEN SINE TIPO	NO HAY DELITO SIN TIPO
c) NULLA POENA SINE TIPO	NO HAY PENA SIN TIPO
d) NULLA POENA SINE CRIMEN	NO HAY PENA SIN DELITO
e) NULLA POENA SINE LEGE	NO HAY PENA SIN LEY

2.5.6 *Elementos del tipo*

Los elementos del tipo penal, tanto los objetivos como los subjetivos, son de igual importancia, ya que los primeros (objetivos) están establecidos fuera del individuo en el que son fácilmente aprehensibles por los sentidos y están establecidos por las mismas leyes penales como circunstancias exteriorizadas por el mismo individuo y en cuanto a los segundos (subjetivos) estos son elementos que se encuentran dentro del sujeto activo y como tales, deben ser valorizados por el juzgador, a demás necesarias para el estudio del delito que se trate y así obtener un buen manejo del derecho Penal y exacta aplicación de la misma.

2.5.6.1 *Elementos objetivos:* (establecidos afuera del sujeto)

1. **Conducta.** Definida como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, y correspondiéndole el elemento “voluntad.”
2. **Resultado.** Es la modificación del mundo exterior provocado por la conducta.
3. **Nexo causal.** Relación entre la conducta y el resultado.

4. **Especiales formas de ejecución:** Son los llamados medios comisivos, que es precisamente el camino o la vía con la que se vale el agente para obtener el resultado.

5. **Modalidades de lugar, tiempo modo y ocasión.** En cuanto a las circunstancias del lugar, se refiere al espacio en vinculación con la realización de la conducta típica a la que hace referencia algunos tipos de la ley penal, como en el caso del delito de Asalto establecido por nuestro código Penal vigente en el que establece: “Al que en despoblado o en paraje solitario haga uso de violencia sobre alguna persona...”. En lo referente a la circunstancia de tiempo, es la referencia del momento en que se llevó a cabo la conducta delictuosa.

6. **Sujeto activo y pasivo.** El sujeto activo en cuanto a que él es el que realiza la conducta delictuosa y según la calidad y número de sujetos que intervengan; en cuanto a la calidad es la característica propia que debe tener el sujeto activo, como en el caso del delito de enriquecimiento ilícito, en donde el sujeto activo debe tener la calidad primordial de servidor público para que se satisfaga el delito; en cuanto al número, se refiere en que en algunos casos el tipo penal requiere de cierto número de sujetos activos para reunir los elementos que algunos tipos penales requieren, como es el caso entre otros como el delito de asociación delictuosa en el que se requieren tres o más personas para colmar el tipo penal aludido, este tipo de delitos son también llamados plurisubjetivos o sujeto activo plural; mas aún, cabe mencionar que la mayoría de los tipos penales están redactados en forma singular y según lo establezca el tipo penal de que se trate. Con respecto al sujeto pasivo es la persona sobre la que recae la acción delictuosa.

7. **Objeto material.** Es la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa.

8. **Objeto Jurídico.** Es el bien jurídicamente protegido en cada tipo penal, como lo es la vida, la propiedad, el honor, la salud, la libertad física, la integridad corporal, etc.

2.5.6.1 **Elementos subjetivos:** (elementos considerados dentro del sujeto)

- Ánimos
- Propósitos
- Fines
- Sabiendas
- Normativos

Los elementos subjetivos del tipo penal son circunstancias que se refieren al estado anímico del sujeto. Mayer en el año de 1915 los descubrió y los llamo especiales elementos subjetivos del tipo y entre otros tenemos a los ánimos, saberes, fines, propósitos además de esos también como elementos subjetivos del tipo existen los elementos normativos que son juicios de valor que se dejan a la interpretación del juez tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad y entre otros tenemos la honestidad, castidad, el honor, propiedad, posesión, la ajeneidad de la cosa, la honra y la deshonra.

1.- **Ánimos.**- Es la intención o voluntad propiamente dicho.

2.- **Saberes.**- Significa tener conocimiento de una cosa, tener juicio comprender.

3.- **Fines.**- Significa tener motivo, tener una finalidad.

4.- **Propósito.**- Es el animo o intención de hacer o dejar de hacer una cosa.

5.- **Normativos.**- Son juicios de valor, (honestidad, honor, honra), estos elementos se dejan a la interpretación del juez.

2.5.7 Clasificación de los tipos

a) Normales y anormales.- Le ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero en ocasiones el legislador incluye en al descripción típica elementos normativos o subjetivos.¹⁰

Tipo Normal.- El tipo será normal cuando la palabras utilizadas se refieren a situaciones puramente objetivas.

Tipo Anormal.- Se estará en presencia de un tipo penal anormal cuando es necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica.

La diferencia entre tipo normal y anormal estriba en que el primero solo contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas.

b) Fundamentales y básicos.- Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del código. La naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado forja una categoría común, capaz de servir de título o rubrica a cada grupo de tipos. Para el juspenalista Luís Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.¹¹

c) Especiales.- Son los formados por el tipo penal fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo penal especial

d) Complementados.- Estos tipos penales se integran con el tipo penal fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta.

Jiménez Huerta, destacado penalista, dice que se diferencian entre si los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los

¹⁰ Castellanos.op.cit.pag.170

¹¹ Jiménez de Asua Luis,Citado por Castellanos.op.cit.pag.171

complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma donde se contiene la suplementaria circunstancia o particularidad.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados según resulte o no un delito de mayor entidad.¹²

Serán agravados cuando la gravedad del delito merezca sancionarle mas severamente y serán privilegiados cuando su punibilidad sea menos enérgica por características de los medios comisivos.

- e) **Autónomos o independientes.-** Son los que tienen vida propia, es decir, que no dependen de otro tipo penal para existir.
- f) **Subordinados.-** Son lo contrario a los tipos autónomos, es decir son los que no tienen vida propia, dependen de otro tipo penal para subsistir. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de este, al cual no solo complementan, sino se subordinan.
- g) **De formulación casuística.-** Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de realizar el ilícito. Se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados.¹³ En los primeros se prevén dos o mas hipótesis comitivas, y el tipo se colma con cualquiera de ellas. En los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas y cada una de la hipótesis comitivas para que el tipo se realice. Se refiere a los tipos de forma casuística.
- h) **De formulación amplia.-** A diferencia de los tipos de formulación casuística, en lo d de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento en el robo. Algunos autores llaman a estos tipos “de formulación libre” por considerar posible que la acción típica se

¹² Ibidem.Pag.171

¹³ Ibidem.Pag 172

verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la ley solo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías, como privar de la vida en el domicilio

- i) **De daño y de peligro.-** Si el tipo penal tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño; y el tipo se clasifica de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

2.6 *La Atipicidad*

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad que es la negación del aspecto positivo. La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la inexistencia del delito. La conducta del individuo no se adecua al tipo por faltar alguno de los requisitos o elementos ya sea objetivos o subjetivos.

2.6.1 *Noción de atipicidad.*

Se presenta la atipicidad como la negación del aspecto positivo de la tipicidad, cuando una conducta dada en la realidad no encaja perfectamente al tipo penal donde éste previene la conducta prohibida u ordenada, esto es, que no están completamente integrados todos los elementos que el tipo penal exige para poderlo llamar típico; es concretamente la ausencia del delito en su forma mas clara, dando lugar a la inexistencia del delito.

El autor Fernando Castellanos hace referencia a la misma al dar su definición estableciendo: “La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás será delictuosa.”¹⁴

Muchas veces se confunde lo que es la atipicidad con otra figura totalmente distinta como lo es la falta de tipo, a manera de distinguirlos, respecto de la atipicidad, como se mencionó anteriormente como “la no adecuación de una conducta dada en la realidad a un tipo penal, por no desarrollarse todos los elementos necesarios que el mismo tipo penal establece” y en cuanto a la falta de tipo, la diferencia radica cuando el legislador no ha establecido una determinada conducta como delito, es decir, que en el ordenamiento legal no hay una descripción típica de una conducta determinada y que pueda infringirse.

En resumen, en la atipicidad, ya está establecido en la ley el tipo penal considerado por el Estado como delito, lo que en la falta de tipo, es la nada penal, puesto que no hay ley que sancione a una determinada conducta.

2.6.2 *Causas de atipicidad.*

Para que una conducta pueda ser considerada como delictuosa, es necesario que dicha conducta encuadre exactamente en un determinado tipo penal, es decir, para que dicha conducta sea delictuosa, es requisito indispensable *Conditio sine qua non*, colmar todos los elementos que el tipo exige y si llegare a faltar un solo elemento, estaremos en presencia de la atipicidad.

Como causa de Atipicidad, se tiene a la conducta dada en la realidad que no cumpla con elementos de calidad o número tanto del sujeto pasivo como del activo, que exige el tipo penal para que se colme el delito.

¹⁴ Castellanos. Opcit. P.175

Si en la conducta realizada por el sujeto no afecta el bien jurídicamente protegido, o bien, si la conducta que supone ser delictuosa no recae sobre personas o cosas, o no hay afectación en el objeto material, siendo éste un elemento objetivo del tipo.

También se presenta la atipicidad cuando un tipo penal requiera las circunstancias temporales o de lugar y la conducta dada en la realidad no contenga lo que la ley exige para llegarlo a complementar; por manera de ejemplo, en el caso de los delitos cometidos por servidores Públicos en el que se establece que para colmar el tipo penal es necesario que estos estén en ejercicio de sus funciones.

2.7 Antijuridicidad

Corresponde ahora el estudio del tercer elemento objetivo del delito, llamado antijuridicidad o antijuricidad, éste elemento proviene del latín anti - contra, Ius-derecho, esto es, contrariar el orden jurídico.

Se entiende al orden jurídico, al orden que regula la conducta humana encaminada a proteger los bienes de los miembros de la colectividad en general en relación al fin que persigue el derecho, dirigido a proteger la seguridad jurídica y para la tranquilidad social, por lo que a través de los tipos penales, el Estado expresa qué conductas están fuera de la libertad de la acción de los individuos de la colectividad.

No solo el orden jurídico está integrado por normas que imponen deberes, sino también reglas permisivas que implican el directo reconocimiento de derechos, reflejando un contenido de prevención general, en cuanto que al delimitar ciertas conductas por parte de los individuos, señala qué es lo que se estima contrario al interés social y con la característica principal de estar dirigido no solo al individuo responsable del delito, si no a la colectividad en general, con la advertencia de que pueden ser sancionados si incurre en conductas delictivas.

2.7.1 Definición

Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico, siendo ésta relación de contradicción puramente objetiva. La antijuridicidad es definida por la autora Irma Griselda Amuchategui Requena al señalar: “La antijuridicidad es lo contrario a derecho, en el ámbito penal, radica precisamente en contrariar lo establecido por la norma jurídica”¹⁵

Según establece el autor Eugenio Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el acto y una norma jurídico penal, siendo tal juicio de carácter objetivo, por el solo hecho de caer en una acción ejecutada.¹⁶

Acertadamente el tratadista Fernando Castellanos precisa que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico-causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva en el que atiende solo al acto, a la conducta externa.¹⁷

Por otra parte Carnelutti señala: “antijurídico es el adjetivo, en tanto que la antijuridicidad es el sustantivo, por lo jurídico se entiende que es lo que está conforme a derecho.”¹⁸

En este orden, cabe decir por ejemplo, si la ley penal tutela la propiedad mediante un tipo penal que establece el robo, entonces, si alguien comete éste delito, el sujeto estará realizando una conducta típica antijurídica. Estos tres elementos (conducta, tipicidad y antijuridicidad) son considerados como objetivos del delito al que le es llamado “Injusto Penal” y cuando se desarrolle la parte subjetiva (imputabilidad, culpabilidad) se aplicará la pena.

2.7.2 Clases de antijuridicidad.

¹⁵ Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Op.cit. p.67

¹⁶ Cuello Calón. Op.cit p.284.

¹⁷ Castellanos. Op.cit. p 178

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. “*Teoría General del delito*”. Edit. Argos. P. 18

Se distinguen dos clases de antijuridicidad, en el que Franz Von Liszt estableció su doctrina dualista, llamándola formal o antijurídica formal y la material o antijurídica material.

2.7.2.1 Formal o antijurídica formal

Liszt afirmaba que el acto será formalmente antijurídico cuando implique una trasgresión a la norma establecida por el Estado, esto será la oposición a la Ley. Interpretando de otra manera su teoría, es la relación de contradicciones de la conducta típica y el orden jurídico.

2.7.2.2 Material o antijurídica material.

Establece que el acto será materialmente antijurídico, en cuanto haya una violación a los intereses colectivos. Esto es, la relación de contradicción de la conducta típica con los intereses socialmente protegidos.

2.7.3. Ausencia de antijuridicidad

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador considero para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla ilícita, jurídica justificativa. Las causas de justificación anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de tal suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho. Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, solo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador.¹⁹

El estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente

¹⁹ Idem.pag.183

tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso, por ello para Edmundo Mezger la exclusión de la antijuridicidad se funda:

- a) En la ausencia de interés
- b) En función del interés preponderante.

Ausencia de interés.- Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no solo intereses individuales, sino también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado por que significa el ejercicio de tales derechos; y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo. Mezger afirmaba que le consentimiento de lesionado no excluye el injusto en todos los hechos punibles, y este deberá ser serio, voluntario y corresponder a la verdadera voluntad del que consiente.²⁰

Interés preponderante.- El interés preponderante surge cuando existen dos bienes jurídicamente tutelados y no se pueden salvar ambos, por lo cual se tienen que salvar el de mayor valía y permite el sacrificio del menor.

2.8 Aspecto Negativo: *Causas de justificación*

Como se ha venido estudiando los elementos del delito y sus aspectos negativos, al elemento de antijuridicidad, a la que no es definida por el Código Penal, estableciendo solo el aspecto negativo, al tenor del artículo 33 del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato; que lo constituyen las causas de exclusión del delito, que son las circunstancias que el legislador estableció para anular a la antijuridicidad de la conducta típica realizada al ser considerada excluida o lícita.

²⁰ Idem.pag.187

Es muy común la confusión del elemento positivo “antijurídico” por llevar en él la palabra “anti” definido como lo contrario a derecho y tener a su vez el aspecto negativo, debe entenderse entonces, que la antijuridicidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho que son precisamente la causas de exclusión del delito y estas a su vez anulan lo contrario a derecho, de tal forma que si aparece alguna causa de exclusión dentro de la conducta típica desaparece lo antijurídico, en consecuencia no habrá delito por estar permitida por la ley esa conducta.

Es comprensible entender que el campo del derecho, no se puede permitir lo que previamente ha prohibido y, obviamente no puede permitir lo que ya estaba permitido; concretamente en el Derecho Penal para cumplir con su objetivo de salvaguardar los bienes jurídicos; donde crea los tipos delictivos implicando el señalamiento de las conductas prohibidas, estableciendo reglas permisivas a los individuos y que son autorizadas para poder defenderse y así no se les llegue a aplicar una pena injustamente cuando el Estado no tiene la posibilidad de evitar ciertos acontecimientos delictivos.

De modo que el Estado valora y reconoce determinadas conductas para salvaguardar los intereses de los individuos asistiéndolos para conducirse frente a ellas y que el sujeto pasivo actúe en la medida y forma en que sean lesionados sus bienes jurídicos tutelados.

El Estado no ordena que se actúe de tal o cual manera así como tampoco promueve que se realicen tales conductas, sino que se limita a permitir que se actúe en dicho sentido, valorándolas a través de los permisos que otorga la propia ley para poder violarla.

Son causas de justificación (también llamadas causas de permisión) como su nombre lo indica, justifican la conducta, que recaen sobre la acción realizada y son consideradas como objetivas, puesto que se refieren al hecho, es decir, a la realización externa y no al sujeto.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su artículo 33, establece como causas de Exclusión del Delito, los siguientes preceptos:

- I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate;

- III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho;

- IV.- Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares;

- V.- Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirarla;

- VI.- En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:
 - a) Que el peligro sea actual o inminente;

 - b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y

 - c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

- *No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro;

- VII.- Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Cuando el agente sólo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35;

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

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

*Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, según corresponda;

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.

En otro orden de ideas la legislación penal mexicana, establece como causas de justificación, el consentimiento del sujeto pasivo, la legítima defensa, el estado de necesidad, ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber y el impedimento legítimo.

2.8.1 El consentimiento del sujeto pasivo.

Se entiende por consentimiento al acuerdo de dos o más voluntades, destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal. En el derecho penal se entiende como la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo para que el sujeto activo afecte los bienes jurídicos tutelados que están a su disposición, en donde esa voluntad del sujeto pasivo deberá ser válida proviniendo de un sujeto imputable.

Los bienes jurídicos que se encuentran a disposición del sujeto pasivo son los delitos llamados de querrela en donde solo el sujeto pasivo puede permitir que se le afecten como es el caso del abuso de confianza, lesiones, adulterio, allanamiento de morada, fraude, etc., el código penal establecerá expresamente los delitos que se perseguirán por querrela; y cuando el código penal no haga mención, se sobreentenderá que es perseguible de oficio.

2.8.2 Legítima defensa

Esta causa de justificación es una de las más importantes y más frecuentes que se dan en la práctica y con frecuencia se confunde con la defensa propia, siendo que son totalmente diferentes.

La legítima defensa se define como: “Repeler una agresión injusta actual o inminente para defender bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando el repeler se realice en la medida razonable de rechazar la acción.” La agresión deberá ser en el momento actual, presente o inminente; en cuanto a la acción de repeler existe la necesidad de que se dé en la medida razonable de la defensa, esto es, que dicha acción debe ser en la medida de la agresión.

La razón de ser de la legítima defensa se funda precisamente en que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto o la afectación de sus bienes jurídicos ya sean propios o ajenos, por eso, la ley prevé situaciones en las que la persona que actúa en legítima defensa no tiene otra forma de salvaguardar o proteger sus bienes o derechos y la autoridad no está en posibilidad de defenderlos en el momento del hecho.

Carrancá y Trujillo establece muy acertadamente su criterio respecto de la legítima defensa estableciendo: “La defensa privada se legítima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temor en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así

como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente.”²¹

El código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato, a la luz del artículo 33 fracción V establece:

“Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla”.²²

2.8.2.1 Elementos de la legítima defensa.

De acuerdo con la redacción que hace nuestro código penal y de las definiciones que adoptan diferentes autores en relación a la legítima defensa, se desprenden conceptos que en muchas ocasiones son susceptibles de confundirlos:

I. *Repeler* Se entiende como impedir algo, rechazar, evitar, no permitir que algo ocurra, o bien, que algo pueda acercarse. Ante tal circunstancia, implica que el sujeto pasivo rechace la agresión y ejerza alguna agresión contra el sujeto activo, sin que aquél la haya provocado.

II. *Agresión* Consiste en atentar, atacar, acometer, arremeter. Es el acto en el que se pretende dañar o afectar a alguien. Esta agresión deberá ser real, cierta, es decir, no imaginaria ni hipotética, ya que es relevante para el derecho penal que sea una agresión auténtica y que no esté solo en la mente de quien reacciona sino que exista realmente.

III. *Agresión actual.* Esta deberá ocurrir en el mismo instante de repelerla, esto es, que tanto la agresión como la repulsa deberán darse en un mismo lapso temporal.

²¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl. “Derecho Penal Mexicano”. Tomo.II. Edit. Porrúa. Décima segunda edición. 1956

²² Guanajuato. Código Penal.

IV. *Agresión inminente*. La palabra “inminente”²³ significa lo más próximo o cercano. Puede darse el caso que no sea posible repelerla en el momento, pero es válido que sea la agresión lo más próxima o cercana posible, no existe un tiempo determinado, pero lógicamente es de entenderse que debe ser inmediata, toda vez que una agresión futura equivaldría a una venganza y no a la reacción de la legítima defensa. La diferencia de lo actual, es lo que ocurre en el momento, mientras que lo inminente es lo más cercano o inmediato.

V. *Agresión ilegítima*. Esto quiere decir, que cuando el sujeto pasivo repulsa una agresión, no basta con que sea actual o inminente, sino que además, la agresión a la que se encuentre sometido deberá ser contraria a derecho, es decir antijurídico, puesto que si la agresión es justa o apegada a derecho, la acción de repeler no se encontrará amparada por el orden jurídico, por lo tanto no será una causa de justificación.

VI. *Necesidad razonable de la defensa empleada*. La autora Irma Requena Amuchategui señala: “ La necesidad racional significa que la acción realizada (repulsa), debe obedecer a la defensa de cualquier bien jurídico, sea propio o ajeno.”²⁴

Es indispensable que en la racionalidad de la defensa exista una cierta proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa, con las características de la agresión sufrida.

No sería racional que por un choque entre dos vehículos, uno de los tripulantes reclama al otro contra quien chocó por el daño producido, dando origen a la reacción del sujeto, sacando una pistola y lesiona o mata al sujeto; siendo esto evidente que no es proporcional el medio empleado para su defensa, este ejemplo caería en el “exceso en la legítima defensa” la cual el autor Fernando Castellanos señala al respecto: “hay exceso en la defensa cuando el agredido va mas allá de lo necesario para repeler la agresión”.²⁵

²³ Diccionario jurídico Mexicano. Edit. Porrúa.

²⁴ Amuchategui. Op. Cit. P. 70

²⁵ Castellanos. Op.Cit. p.198

Como ya se ha dicho, la legítima defensa se define como: “ la necesidad de responder a una agresión para salvaguardar los bienes jurídicos, siendo necesario entonces que se dé la defensa empleada” es decir, que quien actúe no tenga mas alternativa que reaccionar como lo hace, con el único fin de salvaguardar los derechos. En la defensa empleada es necesario que no medie provocación alguna suficiente de su parte o del tercero a quien se pretende proteger y que dicha provocación no sea la causa para recibir la agresión.

Para concluir, cabe mencionar, que en la legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; es por eso que la ley no precisa ni excluye a ningún bien jurídico, así al amparo del principio que establece “donde la ley no distingue no se debe distinguir”, por ello se entiende, que todos los bienes jurídicos tanto lo propios como los ajenos deben protegerse a través de la legítima defensa.

2.8.3 El estado de necesidad

El mismo artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en su fracción VI, expresamente establece:

Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) que el peligro sea actual o inminente;*
- b) que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;*
- c) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.*

*No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.*²⁶

En términos de la fracción transcrita, el estado de necesidad, establece otra de las formas que la ley expresamente previene como legítima, surgiendo como consecuencia del derecho que la persona tiende a defenderse y a no permitir la presencia de un injusto

²⁶ Guanajuato. Código Penal.

que afecte sus bienes jurídicos propios o ajenos, derivados de una agresión no provocada, en el caso del estado de necesidad, de la legitimación surge de que nadie está obligado a soportar lo imposible.

En el estudio que hace el autor Fernando Castellanos, cita en su obra la definición que hace Von Liszt respecto en el que afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro medio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”.²⁷

Existe discusión en cuanto a las opiniones de diferentes autores en relación con la jerarquía de los bienes (el que se salva y el que se sacrifica), en donde para unos el bien sacrificado debe ser de menor valor que el bien salvado, mientras que para otros pueden tener la misma jerarquía.

En vista de que todos los bienes jurídicamente protegidos por la ley tienen el mismo valor y no expresa cuales son de menor o mayor valor, tienen para ella la misma importancia.

El autor Fernando Castellanos señala que, si el bien que se sacrifica es de menor valor que el amenazado, se estará en presencia de una causa de justificación; en contraste, que si el bien lesionado es de mayor valor que el que se salva, se estará en presencia de la configuración del delito y en el caso de que los dos bienes sean de igual valor no existe el delito.²⁸

Un ejemplo muy comentado en cátedra consistente en el caso de dos naufragos, quienes ante la circunstancia de poder salvar sus vidas, y habiendo solo una tabla para flotar que solo resiste a una persona y uno de ellos se queda con la tabla para poder subsistir. Indudablemente en este caso los dos bienes jurídicos son de igual valor pero, sin embargo, la ley no los precisa ni los distingue en el estado de necesidad expresado en el citado artículo.

²⁷ Von Liszt. Citado por Castellanos Fernando. Op.cit. p. 202

²⁸ Castellanos. Op.Cit. Pág. 204

Ante el conflicto de bienes que no pueden coexistir, el Estado interviene al optar por la salvación de uno de ellos, donde opera el principio del *interés preponderante*, pero solo opera cuando el bien que se salva supera al sacrificado, solo entonces se integrará como justificante, por el hecho de que el atacante obra con legal derecho.

2.8.3.1 Elementos de la definición legal del estado de necesidad.

1. *Peligro* Se entiende como la amenaza, ante una en la situación que se pueden causar daño a alguno de los bienes jurídicos. Establece el autor Fernando Castellanos que el peligro es la posibilidad de sufrir un mal.²⁹

También señala la ley que el peligro deberá ser, al igual que en la legítima defensa, actual e inminente; el peligro también tendrá que ser real, cierto, pues no es válido el peligro imaginario, siendo éstos elementos de vital importancia para el estado de necesidad.

2. *Que el peligro no sea provocado intencionalmente por el agente.* Hace referencia al respecto la autora Irma Amuchategui estableciendo: “La ley precisa expresamente este hecho al excluir las formas intencional y de grave imprudencia, si esto ocurriera no podría invocarse el estado de necesidad.”³⁰

3. *Que no exista otro medio practicable o menos perjudicial.* Ante esta situación el sujeto pasivo deberá optar por proteger sus bienes jurídicos por uno de los medios en los que el daño que causes pueda ser el menor posible, de lo contrario no podrá invocarse como causa de justificación.

Tanto la legítima defensa como el estado de necesidad, suele haber confusión por similitud de alguno de sus elementos, siendo totalmente diferentes, pues en el estado de

²⁹ Castellanos. Op. Cit. P.207

³⁰ Amuchategui. Op. Cit. P.73

necesidad procede en contra de lo que origine peligro, ya sea de una persona física, un animal o cosa; mientras que en la legítima defensa siempre procederá en contra de una persona; y la diferencia más importante consiste en que, en la legítima defensa se afectan los bienes del injusto agresor, mientras que en el estado de necesidad la lesión recae sobre bienes de un inocente.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece en forma más clara lo referente al estado de necesidad y la legítima defensa.³¹

2.8.4 Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber

Al estar hablando de las causas de permisión, la ley también señala como causas de justificación al ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, anulando con ello el elemento antijuridicidad, contemplados en el citado artículo 33 del código penal, en su fracción III, en el cual establece: *“Cuando se obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”*³²

Estas dos figuras son particularmente relevantes en el derecho penal, en donde se fundan diferentes situaciones previstas por el mismo código y con el fin de que la conducta realizada por el agente sea considerada como lícita en virtud de las causas de justificación.

2.8.4.1 El cumplimiento de un deber

El cumplimiento de un deber se basa esencialmente, en la tipicidad y como se establece en cada tipo penal, el contenido mismo de mandar o prohibir una determinada conducta, a fin de no lesionar cualquier bien jurídico tutelado.

³¹ “El estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino agresión jurídicamente tutelado para salvaguardar otro bien jurídico igualmente protegido por el hecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente”. (Semana Judicial de la Federación, volumen XXVII, Pág. 49 segunda parte, sexta época)

³² Guanajuato. Código penal.

Debe de entenderse a la antijuridicidad como la base de una normatividad y no como un desorden jurídico, en vista de que se plasma en cada tipo penal, la voluntad de la conducta socialmente deseada por la colectividad a través del legislador, y simultáneamente aparezca otro precepto legal en sentido opuesto, como es el caso de que el código penal que sanciona al homicidio y el disparo de arma de fuego, y por otra parte en el código militar obliga a disparar, y en su caso matar, frente a la orden de defender la seguridad del país.

En éste sentido aparecen dos normas encontradas, donde una prohíbe y otra ordena, naturalmente que sólo un deber puede subsistir, así, el militar que priva de la vida a otro no comete la conducta típica de homicidio, debiéndose entender que su conducta no es antijurídica, toda vez que ha actuado en cumplimiento de un deber impuesto por su misma ley.

La autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades”.³³

2.8.4.2 Ejercicio de un derecho.

En el citado artículo 33 en su fracción IV, aparece junto al cumplimiento de un deber el ejercicio legítimo de un derecho, y por citarlos en la misma fracción del artículo, los eleva a un mismo nivel de importancia.

Al ejercer un derecho se llega a causar algún daño cuando se obra en forma legítima y habiendo necesidad racional del medio empleado, se estará en presencia de un permiso que da la propia ley para obrar en tal sentido y consecuentemente no se llega a constituir el delito.

³³ Amuchategui. Op.Cit. p.76

Alguno autores estiman que para realizar cualquier tratamiento médico - quirúrgico, no es necesario el consentimiento del paciente o de sus familiares, en vista que uno de los primordiales objetivos del derecho Penal es proteger la integridad corporal de los individuos.

Lo mismo sucede en las lesiones incluso el homicidio que llegaren resultar en algún deporte y como señala Fernando Castellanos al establecer que en estos casos son verdaderas causas de justificación, los deportistas que actúan en ejercicio de un derecho que les fue concedido por el propio Estado, en vista que da permiso para ello y manda a sus representantes en eventos donde hay espectadores, percibe impuestos de dicho evento.³⁴

Este tipo de lesiones, se anula el delito mediante las causas de justificación, salvo el caso en donde se compruebe que hubo mala fe, dolo o que sean notoriamente delictuosos.

2.8.5 Impedimento legítimo

Esta eximente opera cuando un sujeto que tenga la obligación de realizar una determinada conducta, se abstiene de obrar, en razón de existir una ley que le impida ejecutar ese acto.

El no actuar mediante el impedimento legítimo en el que se ocasione un daño, contraviniendo con lo que le ordena la ley penal, constituye una omisión, en virtud de que se deja de hacer lo que la ley ordena, por cumplir con otro deber legal y de mayor valía.

Esta figura ha sido derogada y eliminada del Código Penal para el Distrito Federal, atento a la reforma incorporada al *Diario Oficial de la Federación*, del 10 de enero de 1994.

³⁴ Castellanos. Op. Cit. Pág.. 213

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

3.1 *Imputabilidad*

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal, la imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito, existen múltiples acepciones acerca de la imputabilidad, el maestro Mayor dice que la imputabilidad es posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo mental del actor para obrar, según el justo conocimiento del deber existente. Franz Von Liszt la conceptúa como la capacidad de obrar en el derecho penal, que traiga consigo las consecuencias penales de la infracción. Para el jurista Jiménez de Asúa, la imputabilidad es la capacidad para conocer y valorar el deber de respetar la norma y de determinarse espontáneamente.

Lo primero indica madurez y salud mental, lo segundo libre determinación, es decir, la posibilidad de inhibir los impulsos delictivos. Fernando Castellanos manifiesta que la imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo de derecho penal. Interpretando a contrario sensu el concepto de la imputabilidad podemos obtener fácilmente la noción legalmente aceptada de la imputabilidad y estamos en consecuencia facultados para decir que la ley vigente entiende por imputable, a todo aquel que en el momento del hecho tiene capacidad de comprender el carácter ilícito del mismo y de determinar su conducta de acuerdo con esa compensación.¹

3.2 *Elementos de la imputabilidad*

Los elementos de la imputabilidad son:

¹ Idem.pa.218

- a) INTELLECTUAL.- Que se traduce en el saber, en el conocer, en comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.
- b) VOLITIVO.- Que es la capacidad de autodeterminación, o querer comportarse en función de lo que conoce.

Será imputable dice Carranca y Trujillo, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminante por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en la sociedad humana. La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mental en el actor, en el momento de cometer el delito que lo capacitan para responder penalmente por sus actos.²

3.3 Imputabilidad (como presupuesto de la culpabilidad).

Para ser culpable un sujeto precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, como se vera mas adelante, intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, deberá tener la capacidad de entender y querer, dentro del campo del derecho penal. Por lo tanto, la aptitud intelectual y volitiva constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

3.4 La Responsabilidad

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los

² Idem.pag.218

imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley.³

3.5 Acciones Liberae In Causa

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

Las acciones liberae in causa consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un delito, por lo tanto la ley lo considera imputable, es decir, con capacidad de ser culpable.⁴ Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado de inconciencia se procuro dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el resultado le es imputable y da base para declararlo como culpable, y consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.

3.6 La Inimputabilidad

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal, de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión. Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito de la conducta o determinarse conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone consecuentemente

³ Idem.pag.219

⁴ Amuchateghi.po.cit.pag.78

la ausencia de dicha capacidad para comprender la ilicitud del hecho o bien para determinarse conforme a esa comprensión.⁵

Las causas de inimputabilidad son pues, todas aquellas causas capaces de anular o neutralizar la conducta típica ya sea por el desarrollo mental retardado o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la conducta delictuosa.

3.6.1 *Causas de Inimputabilidad.*

De lo anterior mencionaremos las causas de inimputabilidad que menciona el Código Penal para el Estado de Guanajuato, las cuales son:

Perturbación grave de la conciencia con base patológica.

En éste marco de enfermedades que precisa la ley, recoge diversas enfermedades mentales, susceptibles de originar la inimputabilidad.

En primer término, se tendrá en cuenta que “la conciencia” es precisamente conocer, es la facultad mental que nos permite relacionarnos con el mundo exterior. En tanto por “perturbación” se entiende como un desorden o alteración de la conciencia, que impide su desarrollo adecuado para poder entender y querer un resultado delictivo; llamado sujeto incapaz, lo que es esencial para el Derecho Penal, que el individuo que delinque, se encuentre bien de sus facultades mentales que le permitan conocer su conducta, el resultado o las consecuencias que se originen si las realiza.

La autora Irma Griselda Amuchategui, hace referencia respecto al trastorno mental estableciendo: “El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, impidiéndole al agente comprender el carácter ilícito del hecho o

⁵ Castellanos.op.cit.pag.223

conducirse acorde con esa comprensión, pudiendo ser transitorio o permanente, ya sea por ingerir alguna sustancia nociva o algún proceso patológico interno”.⁶

Las enfermedades mentales más comunes que se presentan son la esquizofrenia genuina y la epilepsia, pero no está incluido dentro de ésta clasificación el psicópata, ya que éste solo vive para matar y por ser parte de su forma de vida.

El estudio de todas las enfermedades mentales relacionadas con la conducta delictuosa del individuo, en relación a la inimputabilidad, exige al juzgador apoyarse en base a los dictámenes periciales correspondientes del profesional médico psiquiátrico, para responsabilizar o no al agente y según el caso, aplicar un tratamiento adecuado.

Desarrollo mental retardado o incompleto.

El desarrollo mental retardado o también llamado incompleto, es considerado como un proceso lento de la capacidad mental del individuo, esto es, que el cerebro tarda en procesar la información que recibe, impidiéndole comprender y querer tal situación; este tipo de personas se les da el nombre de tontos, imbéciles, retrasados mentales, quienes deberán someterse en un proceso psicológico adecuado para su tratamiento ya que en la mayoría de los casos no tienen posibilidad de curarse, aun que existen métodos para la rehabilitación, ya se considera imposible que el paciente pueda llegar a desarrollar bien sus facultades mentales.

Perturbación grave de la conciencia sin base patológica

En éste tipo de casos, el sujeto que delinque se encuentra perfectamente bien de sus facultades mentales, su desarrollo mental es completo, pero al recibir una impresión fuerte delinque; entendiéndolo como un estado emocional transitorio e insuperable del agente, impidiéndole actuar de otra manera y que esa impresión repentina interfiera para causar

⁶ Ídem. Pág. 79

la perturbación en las facultades mentales de la persona para poder comprender la ilicitud de su conducta y no poder actuar conforme a derecho.

La minoría de edad

En nuestra legislación penal mexicana, de manera similar como acontece en la mayoría de los países del mundo, la minoría de edad implica la inimputabilidad más precisa, al establecerla legalmente (artículo 37 del Código penal vigente de nuestro Estado) teniendo como fundamento la consideración de que la racionalidad del menor no coincide con la racionalidad propia de la cultura de un adulto para poder entender y querer el ilícito penal.

La capacidad mental que enfrenta un menor de edad actúa conforme a sus propias vivencias y racionalidad, atribuido a su mismo proceso natural del desarrollo psicológico que poseen.

Supone por tanto lo anterior, una consideración especial y enjuiciamiento diverso al previsto por los adultos, en los que debe ser objeto de atención por el Estado y de las instituciones de carácter tutelar procurando siempre favorecer la formación del menor, para su integración a la sociedad de la cual habrán de formar parte.

Señala el artículo antes mencionado, *que las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo en lo dispuesto en este Código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna*, consecuentemente imposibilitándolos de quedar sujetos a los procedimientos jurisdiccionales, quedando al margen de la ley penal, de tal modo que para ellos, les es aplicable una medida de seguridad, en lugar de una pena.

Esta edad límite que ha establecido el legislador para que el menor no será responsables penalmente, ha creado mucha polémica en la actualidad por muchos de los estudiosos en derecho, al establecer que los jóvenes que delinquen a una edad entre los 14

y 15 años; ya tienen la suficiente capacidad racional para entender que es un delito y sus sanciones que éste conlleva.

A demás, como es el caso en el Distrito Federal y algunos Estados de nuestro país, que consideran a los menores 18 años como inimputables, siendo cada vez más evidente que los menores se escuden bajo su edad y se sumen los grandes índices de la delincuencia juvenil, así como el alto índice de pandillas o bandas que proliferan por todas las ciudades del país, donde su único propósito es delinquir, siendo hoy en día uno de los graves problemas que enfrenta el país aunado a la delincuencia de los adultos.

El mismo legislador ha establecido las formas de rehabilitación de los menores delincuentes al crear la *ley para el tratamiento de menores infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia de fuero federal*. Publicada en el Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1991, donde son sometidos a tratamientos más especializados y medidas tutelares más completas para que en el momento oportuno puedan ser reincorporados de nuevo a la sociedad, como seres de provecho, siendo éste el primordial objetivo de la Ley en mención.

Naturalmente que tanto los procedimientos jurisdiccionales a que son sometidos los adultos, así como las medidas tutelares aplicadas a los menores delincuentes deben estar encaminadas a un contenido evidentemente moralizante; siendo diferentes las medidas a que son sometidos los menores cuando delinquen, deben darles un tratamiento especial en base exámenes periciales, tratamientos psicológicos, aplicación de medidas de orientación, protección y tratamiento para que pueda volver a incorporarse a la sociedad.

3.7 *Actiones liberae in causa*

La inimputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del delito, pero en ocasiones, el sujeto antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones es realizado el delito. Las acciones liberae in causa consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria

que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un delito, por lo tanto la ley lo considera imputable, es decir, con capacidad de ser culpable.

3.8 *La Culpabilidad.*

La culpabilidad es un elemento constitutivo del delito sin el cual, no es posible concebir su existencia. Una conducta será delictuosa, no solo cuando se a típica y antijurídica, sino además culpable. La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada. Para el maestro Jiménez de Asúa define a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.⁷

Otro destacado penalista el maestro Celestino Porte Petit Candaudap define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. Para el maestro Villalobos la culpabilidad consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

Noción de culpabilidad

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

La definición que adopta el autor Villalobos al establecer: “La culpabilidad genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico, prohibiciones y mandatos que tienden a constituirlo y conservarlo, siendo el desprecio que se manifiesta por la franca posición al dolo o desatención nacidas del desinterés del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa”.⁸

⁷ Castellanos.op.cit.pag.233

⁸ Villalobos. Op. Cit. Pág. 283

Para el autor Porte Petit, define a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁹ Esta definición que adopta este autor, es relevante en cuanto a los delitos dolosos, pero no en cuanto a los delitos culposos o no intencionales en los que no se quiere el resultado.

Considera el autor Fernando Castellanos que la culpabilidad “es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto”.¹⁰

El autor Gustavo Malo Camacho, considera a la culpabilidad como “el reproche hecho a una persona por haber cometido un injusto, es decir, por haber realizado una conducta típica y antijurídica.”¹¹ El reproche en mención, es la reprobación por cometer el ilícito penal, por que la persona no acató lo ordenado por la norma habiendo podido hacerlo, actuando contra el Derecho, se hace acreedor al reproche de culpabilidad señalado.

Al autor de la conducta delictiva, le debe sobrevenir el reproche de culpabilidad por su acto que al respecto le formula el propio Estado, previamente analizados por el juzgador, las características subjetivas del agente, las motivaciones y la forma en que se dieron los hechos, que permiten afirmar la responsabilidad penal del autor, elemento esencial sin el cual no es posible llegar a declararlo culpable; o bien, determinar el grado de culpabilidad a que se haga acreedor.

Teorías sobre la culpabilidad.

Existen dos principales teorías a cerca de la naturaleza de la culpabilidad, siendo la teoría psicologista y la normativa.

Teoría psicologista.

⁹ Porte Petit. Op. Cit. Pág. 49

¹⁰ Castellanos Fernando. Op. Cit. Pág. 234

¹¹ MALO CAMACHO, Gustavo. “*Derecho Penal Mexicano*”. Editorial Porrúa. México, 1997. Página 521

Esta teoría funda básicamente la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo. La culpabilidad es el nexo psicológico que existe entre la conducta y el resultado, significando con ello querer el delito y querer el resultado delictivo; en esta teoría deja la valoración jurídica para la antijuridicidad y teniendo como esencia de la culpabilidad únicamente al proceso intelectual – volitivo, que se desarrolla precisamente en el sujeto activo, estableciendo como único fin de la culpabilidad, que se tiene que hacer la valoración psicológica del sujeto activo, para que se pueda investigar en concreto, cual ha sido el fin de realizar la conducta, referente a su resultado objetivamente delictuoso. En esta teoría para los psicólogos la culpabilidad se agota solo en el hecho psicológico.

Para Franz Von Liszt, en su escuela clásica, la culpabilidad la definió como: “La relación psicológica entre el sujeto y su hecho” en donde situaba a la imputabilidad como presupuesto y por otra parte, el dolo y la culpa como especies de culpabilidad.

Teoría normativa de la culpabilidad.

La teoría normativa entiende a la culpabilidad como el juicio de reproche dirigido al autor del injusto (conducta típica y antijurídica), por haber realizado la conducta delictuosa, en base a su capacidad de autodeterminación y para conducirse conforme a lo que establece la norma, esto es, una conducta es culpable, si un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o con culpa y el orden normativo exija una conducta diversa a la realizada.

Respecto de esta teoría, la autora Irma Griselda Amuchategui, establece: “La base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la Ley, y que es dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche”¹²

Esta teoría normativa consiste en fundamentar la culpabilidad, esto es, el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad a los sujetos capacitados para actuar

¹² Amuchategui Requena, Irma. Op. Cit. Página 82

conforme a lo que el orden jurídico le exige, la exigibilidad sólo se obliga a los sujetos imputables para que puedan dirigirse conforme a lo ordenado.

3.8.1 *Formas de culpabilidad*

La culpabilidad reviste tres formas de nuestra legislación penal para el estado de Guanajuato: dolo, culpa y preterintencionalidad.

3.8.2 *El dolo, sus clases y elementos*

Obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como también la acepta, previéndola a lo menos como posible. En el dolo el resultado siempre es querido. Los elementos del dolo son dos: ético, que consiste en saber que se infringe la norma, esta constituido por la conciencia de que se quebranta la ley. Y el volitivo que es la voluntad de realizar la conducta catalogada como delito por la ley, es el querer el resultado.

Doctrinalmente el dolo puede ser: directo, indirecto, indeterminado y eventual.

Dolo Directo.- El resultado coincide con el propósito del agente.

Dolo Indirecto.- El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos.

Dolo Indeterminado.- Es cuando existe la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial.

Dolo Eventual.- Es cuando el agente desea el resultado delictivo, existiendo la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

3.8.3 *La culpa sus clases y elementos*

Obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales y, en el caso de representárselo como posible, se conduce en la confianza de que no ocurrirá.

Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra. Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin la cautela o precaución exigida por el estado; tercero: los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por último, precisa una relación de causalidad. Son dos las especies de la culpa: consciente, con previsión o con representación, e inconsciente, sin previsión o representación existe cuando el sujeto prevé como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que este no se realizara.

Existe voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; este no se requiere, se tiene la esperanza de que no se realizara

3.8.4 *La preterintencionalidad*

En la preterintención, el resultado típico sobrepasa a la intención del agente. Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor querido o aceptado, si aquel se produce por imprudencia. Reconociéndose así que la preterintencionalidad no es solo el dolo, ni únicamente culpa, sino una suma de ambas especies, que se inicia en forma dolosa y termina culposamente en su adecuación típica.

3.8.5 *Elementos de la preterintencionalidad*

Los elementos de la preterintencionalidad son:

La provisión de la posibilidad de obtención de un resultado mayor al querido por el agente.

Imprudencia de la conducta por no prever ni tener cuidado.

La acción para lesionar ocasiona un resultado distinto al deseado. Resulta mayor que el querido.

La consecuencia de la intención y la imprudencia ocasiona una lesión mayor que la deseada por el agente.

3.9 *La inculpabilidad*

El aspecto negativo del elemento subjetivo del delito es la inculpabilidad. La inculpabilidad es el conjunto de causas que impiden la integración de la culpabilidad; Y las causas que originan la inculpabilidad son el error y la coacción.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad y opera al hallarse ausentes los elementos de la culpabilidad.

Por una parte tenemos el error que afecta el elemento intelectual y por otro lado se tiene la coacción que afecta el elemento volitivo.

Se anula el elemento de la culpabilidad o no puede integrarse, al faltar uno de sus elementos constitutivos; si bien es cierto, la culpabilidad se forma con sus dos elementos que son el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores o ambos, así como tampoco será culpable una conducta si faltase alguno de los elementos del delito.

La autora Irma Griselda Amuchategui establece su definición a cerca de la inculpabilidad en la que menciona: “ La ausencia de la culpabilidad, significa falta de

reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento de hecho.»¹³

Esto es, que para que un sujeto sea considerado culpable, precisa en su conducta la intervención forzosa del conocimiento y de la voluntad, esto equivale entonces, a que la inculpabilidad deberá ponderar exclusivamente a esos dos elementos: *intelectual* y *volitivo*, que deben subsistir para la perfección del delito, los dos elementos.

¹³ Amuchategui Requena, Irma. Op. Cit. Pág. 86

CAPITULO IV

EL PROCEDIMIENTO PENAL.

4.1 DEFINICIÓN DE PROCEDIMIENTO PENAL.

Es el conjunto de actividades reglamentadas que tienen por finalidad aplicar una pena.¹

El procedimiento penal se divide en dos grandes fases: en la primera interviene la autoridad administrativa, Ministerio Público (poder ejecutivo), y la segunda, intervienen la Autoridad Juez (poder judicial).

Este proceso es indecible es decir, que no se puede separar.

La persecución de los delitos le corresponde al Ministerio Publico, el cual ejercita su acción penal, para seguir el delito con la finalidad de imponer al sujeto una pena.

El procedimiento penal se inicia con la denuncia y/o querrela, que forma parte de la primera fase del procedimiento penal, ya que son requisitos de procedibilidad, para que la autoridad pueda actuar o proceder, es necesario que existan estos requisitos.

4.1.1 DENUNCIA

Es la relación de actos delictuosos hecha ante la autoridad investigadora, Ministerio Público, con el fin de que tenga conocimiento de ellos.

La relación de actos consiste en exponer lo acontecido, es decir, los hechos y puede hacerse en forma oral o escrita.

La relación de actos debe ser hecha ante el Ministerio Público teniendo por objeto que el representante de dicho Ministerio, se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión de delito hecha por cualquier persona, esto es que la denuncia puede ser formulada por cualquier persona que se haya dado cuenta de los hechos²

¹ ROGELIO LLAMAS ROJAS, PRACTICA FORENSE DE DERECHO PROCESAL PENAL, Catedra impartida el 8 de agosto del 2001.

² RIVERA SILVA MANUEL, EL PROCEDIMIENTO PENAL, Ed. Porrúa, 26ª ed, México 1997, p 5.

4.1.2 ACUSACION O QUERELLA.

Es la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el Ministerio Público, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito.

La querrella, como relación de actos delictuosos hecha ante el Ministerio Público, puede hacerse en forma verbal o escrita. Sin embargo se afirma que la querrella no solo consiste en acusar a cierta persona, es decir, señalar el nombre de la persona que ha cometido el delito y que se castigue, sino que se exige además una exposición de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión sancionado por la ley penal.

También, es indispensable que la querrella se haga por la parte ofendida, pues se afirma que en los delitos de querrella no sería correcto actuar oficiosamente, por que con ello podrían causarse daños a un particular, aun mayores de los que experimenta la sociedad con el mismo delito.

Que se manifieste la queja, es decir, que se manifieste expresamente por el querellante el deseo de que se persiga al autor del delito.³

4.1.3 AVERIGUACIÓN PREVIA.

Es la etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de la policía judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines deben estar acreditados en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.⁴

A su vez, nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 158 establece: “El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate,

³ Ibidem p 112

⁴ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 17ª ed, México 1998, p 280

y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso”.⁵

En concreto, la averiguación previa es un conjunto de investigaciones tendientes a recabar datos, pruebas para acreditar dos cosas:

1. El cuerpo del delito y;
2. La probable responsabilidad.

Cabe señalar que anteriormente el cuerpo del delito, era señalado como elementos del tipo en nuestra legislación penal. El cual desarrolle en el Capítulo I de esta obra.

CUERPO DEL DELITO.

Algunos autores modernos distinguen entre el “corpus criminis” y el “hábeas instrumentorum”, es decir: entre el cuerpo del delito y los instrumentos del delito. Con la primera denominación, se alude al rastro del delito, y con la segunda, a los medios materiales utilizados para realizarlo.

La doctrina y la jurisprudencia mexicanas se manifiestan de acuerdo en considerar como cuerpo del delito al conjunto de elementos materiales contenidos en la definición legal del hecho delictivo de que se trata.

Es la cosa sobre la cual recae la conducta delictuosa, y que estos pueden ser:⁶

- a).- Instrumento.- con el que se cometió el delito
- b).- Objeto.- Sobre la cual recae la conducta delictuosa.
- c).- Elementos objetivos del Tipo Penal.- Basta con que se acredite la conducta, Tipicidad, antijuricidad.

⁵ Código de procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, Ed. Librería Yussim, 6ª ed, Irapuato, Guanajuato 2002.

⁶ Op. Cit. (1) 9 agosto del 2001.

El cuerpo del delito se refiere a los medios materiales inmediatos de la consumación del delito, en cuanto son permanentes, ya de un modo accidental, ya por razones inherentes a la esencia del hecho mismo.⁷

Se considera indispensable establecer la integración y la comprobación del delito, con respecto al tema que nos ocupa, así pues la integración del cuerpo del delito es una actividad a cargo del agente del Ministerio Público durante la averiguación previa y tiene sus fundamentos en imperativos de carácter general.

La comprobación implica una actividad racional consiste en determinar si la conducta o hecho se adecua a la hipótesis de la norma penal que establece el tipo.⁸

Probable responsabilidad

Esta existe, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera, en la concepción, preparación y ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.

En otro concepto, es la posibilidad que tiene el sujeto de responder de sus actos ante la autoridad y tiene esa posibilidad el sujeto imputable que ha obrado con dolo, culpa o preterintencional, y esa es: la presunta, presumible o probable responsabilidad.

Con respecto a esto último sobre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 158 párrafo segundo, establece:

“Para los efectos de este Código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a su definición legal; y por probable responsabilidad que las constancias que se hayan recabado acrediten presuncionalmente que el acusado ejecutó el hecho delictuoso o que participó en su comisión”.⁹

⁷ De Piña Rafael, y De Piña Vara Rafael, Diccionario de Derecho, Ed Porrúa, 20ª ed. México 1994, p 206

⁸ Op. Cit (4) p 385.

⁹ Op. Cit. (1)

Ahora bien, la averiguación previa debe ser realizada dentro de un determinado periodo de tiempo, así pues, en el artículo 16 de la constitución Política de los estados Unidos Mexicanos se indica: “...Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada...”¹⁰

Atendiendo al citado precepto, salvo en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por mas tiempo del que señala el legislador.

Cabe señalar que en el aludido artículo 16 constitucional, también, se establece un control a cargo de los agentes del Ministerio Público para los casos de flagrancia o urgencia, en los casos que si hay persona detenida, no podrá prolongarse su detención por más de 48 horas, pasado dicho término, se ordenará la libertad o la consignación del Juez, aunque ese término podrá duplicarse únicamente en los casos de delincuencia organizada.¹¹

Es importante establecer que en caso de que no se tenga detenido, el Ministerio Público goza de todo el tiempo necesario para realizar la averiguación previa, tomando en cuenta los términos de la prescripción.

4.1.4 ACCIÓN PENAL

El Ministerio Público, como ya lo mencione es la autoridad encargada que ejercita la Acción Penal.

En las antiguas instituciones romanas, la acción fue considerada como: “El derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe”, y posteriormente como el ejercicio del derecho mencionado para provocar la jurisdicción.

Los autores contemporáneos como Guissepe Chiovenda sostienen que, la acción es el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley.

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Op. Cit (4) p 312.

Massari, Abraham Bartolini Ferro, Enrique Jiménez Asenjo, Florián y algunos más, indican que, la acción es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal.

El poder jurídico, aludido por Florián, es aquel que nace o se desprende de los dispuestos por la ley y que se justifica cuando se infringe una norma de derecho penal con la finalidad de que sea definida la pretensión punitiva estatal y sea provocada la intervención del Juez, pero como el Juez no debe proceder de oficio, ese poder jurídico tiene por objeto directo e inmediato “excitar y promover la decisión de aquel sobre la situación jurídica planteada”¹².

Acción penal y Acción Civil.

Es importante establecer una diferencia entre la acción penal y la acción civil.

La acción civil, puede ser iniciada por un particular o el representante de una persona moral, procede del desistimiento porque afecta, entre otras consecuencias, el patrimonio de las personas.

La acción penal es pública, surge al nacer un delito; su ejercicio esta encomendado al Estado por conducto de uno de sus subrroganos, al Procurador de Justicia y los agentes del Ministerio Público, y tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal, ya sea absolviendo al inocente, o imponiendo al culpable una pena de prisión, multa, pérdida de los instrumentos con que se ejecutó la conducta o hecho, etc.

Características de la acción penal.

Ahora bien, la acción penal debe cumplir con ciertas características, así pues el ejercicio de la acción penal es obligatorio, no debe quedar al arbitrio del agente del Ministerio Público; cometido un delito, si ya se ha practicado la averiguación correspondiente y se han satisfecho los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es indispensable provocar la intervención del juez para que decida la situación jurídica del indiciado y al agente del Ministerio Público le corresponde esta tarea,

¹² Ibidem p 304.

entre otras, es decir, el ejercicio de la acción penal que de no ser ejercitada puede ocasionar diversas consecuencias jurídicas.

Así pues, la acción penal es obligatoria siempre y cuando este acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, por ello es frecuente que el agente del Ministerio Público ordene archivar el expediente integrado con las diligencias practicadas en la averiguación previa sin consignar el caso a un Juez cuando no exista mérito para hacerlo; Y con ello no hace “declaración del derecho”, sólo se abstiene de no perseguir a una persona por no tener los méritos suficientes para ello.

La acción penal es indivisible, por que produce efectos para todos los que toman parte en la concepción, preparación y ejecución de los delitos, o para quienes les auxilien.

La acción penal no es trascendental; sus efectos se limitan a persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o terceros.

La acción penal es irrevocable; por que si se ejercita para que se dé un proceso, éste debe concluir con la sentencia.¹³

Órganos encargados del ejercicio de la acción penal

Tratándose de los órganos a quienes se encomienda el ejercicio de la acción penal, se establece que ésta se encuentra encomendada al Agente del Ministerio Público por mandato expreso establecido en el artículo 21 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que se indica: “...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...”¹⁴

4.1.5 DETERMINACIÓN.

Una vez terminada la averiguación previa, en donde el Agente del Ministerio Público ejercita acción penal, se procede a la consignación, pero antes en Ministerio Público dicta una resolución administrativa, que es la llamada Determinación, que es una resolución administrativa, en la cual se exponen los razonamientos jurídicos en los que se expresa lo

¹³ Colín Sánchez Guillermo, Ibidem p 306

¹⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

que se recabe de la averiguación previa considerada que se tiene comprobado en el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercita su acción penal y consignación por el o los delitos en contra del o los sujetos

4.1.6 CONSIGNACIÓN

La consignación es el acto procesal a través del cual el Estado por conducto del Agente del Ministerio Público ejercita la acción penal.¹⁵

En cuanto a la forma de realizar la consignación, nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 125, establece: Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se han llenado los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República para que pueda procederse a la detención de una persona se ejercitará la acción penal señalando los hechos delictuosos que la motiven.

También hará consignación el Ministerio Público ante los tribunales siempre que de la averiguación previa resulte necesario la práctica de un cateo.

En caso de que la detención de cualquier persona exceda los términos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez, el Juez que reciba la consignación con el detenido procederá a determinar de inmediato si la detención fue apegada o no a lo establecido por dicho precepto constitucional, en el primer caso ratificará la detención, y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.

En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que a su Juicio puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 fracción I de la Carta Magna, y en los preceptos de éste Código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, como por lo que respecta a los que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.¹⁶

¹⁵ Idem.

¹⁶ Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

El acto de consignación puede darse en dos formas: sin o con detenido. Cuando la consignación es sin detenido y se tratan de delitos que se sancionan con pena corporal, entonces, se girará una orden de aprehensión.

Si se trata de un delito de aquellos que se sancionan con pena alternativa, se realizará girando una orden de comparecencia.

Si se trata de una consignación con detenido, el indiciado quedará a disposición del Juez.

4.2 INSTRUCCIÓN.

La instrucción es la etapa del procedimiento en donde el Juez lleva a cabo una serie de actos procesales sobre la prueba para conocer la verdad histórica y la personalidad del procesado, y además estar en aptitud de resolver la situación jurídica planteada.

La instrucción se divide en dos etapas.

1. Auto de radicación.- Ésta es la primera resolución que dicta el Juez después de la consignación, y con ésta resolución se manifiesta la relación procesal; y el agente del Ministerio Público y el procesado quedan sujetos a la potestad del Juez instructor.

2. Efectos.- Los efectos jurídicos, propiamente dichos, del aludido acto, dependerán de la forma en que se haya dado la consignación, es decir, con o sin detenido.¹⁷

4.2.1 DECLARACIÓN PREPARATORIA.

La declaración preparatoria es el acto procesal en que comparece el indiciado ante el Juez para que éste le haga saber la conducta o hecho antijurídico y culpable por el que el Agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra, para que bajo este supuesto manifieste lo que a sus intereses convenga y se defienda, y el Juez resuelva la situación jurídica planteada antes de que culmine el término de las 72 horas.

Al respeto nuestra Carta Magna en su artículo 20, fracción III, establece: “En todo proceso del orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

¹⁷ Colín Sánchez Guillermo, Ibidem p 359

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de su acusación, a fin de que conozca bien el hecho que se le atribuye y puede constar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

De este precepto se desprenden las siguientes garantías de que goza el inculpado; en primer lugar el procesado debe conocer perfectamente los hechos de que se le acusan, y bajo este supuesto debe de llevar a cabo su defensa que puede iniciar con su declaración, o con los actos que realice su defensor; la del tiempo, es decir, que dentro de las 48 horas declare ante el juez.

Es necesario dejar establecido que este termino comienza a contarse a partir del día en que el indiciado fue puesto a disposición del juez, de ahí la importancia de dejar constancia la fecha y hora del auto de radicación.

Así pues, la declaración preparatoria es una garantía y para que tenga vigencia debe tomársele al indiciado en cuanto comience a transcurrir el termino de las 48 horas y no cuando estas culminen, ya que en ese caso se deja al procesado en total estado de indefensión”.¹⁸

En el artículo 144 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se establece “El juez al tener conocimiento de que el inculpado queda a disposición acordará la recepción de su declaración preparatoria que se recibirá dentro de las 48 horas siguientes”.¹⁹

Al notificarle al inculpado dicho acuerdo, se le hará saber si tiene derecho a obtener su libertad provisional bajo caución o protesta en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículo 387 y 406 de este Código, además de requerido para que nombre defensor haciéndole saber que de no hacerlo se le nombrará uno de oficio.

Entre el momento que se notifique este acuerdo y el de la recepción de la preparatoria deberá transcurrir un lapso prudente.

¹⁸ IBIDEM p. 368

¹⁹ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUANAJUATO

La declaración preparatoria se recibirá en el local al que tenga acceso el público y no deberán estar presentes los testigos que vayan a ser examinados con relación a los hechos que se averigüen.²⁰

4.2.2 TERMINO CONSTITUCIONAL

El término constitucional son 72 horas contados a partir de que el procesado se pone a disposición del juez, y que constituye una garantía individual, un derecho público subjetivo consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dice: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 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 y tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, lo que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado en la forma que se señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado que, dentro del plazo señalado, no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo, y si no recibe la constancia mencionada dentro de las horas siguientes podrá al indiciado el libertad”.²¹

Así pues, en ese término de las 72 horas el juez debe resolver la situación jurídica del indiciado, sin embargo se da la posibilidad de que ese término se prorrogue por petición única y exclusivamente del indiciado, esto obviamente tiene la finalidad; proporcionar pruebas para tratar de evitar se dicte un auto de formal prisión.

²⁰ OP.Cit p 270

²¹ CONSITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Dentro del término Constitucional se deberá resolver la situación jurídica del indiciado a través de tres clases de resolución: Auto de formal prisión, Auto de sujeción al proceso y/o Auto de libertad o de soltura.

4.2.2.1 AUTO DE FORMAL PRISIÓN

Este auto se dicta cuando están comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, además siempre y cuando se trate de un delito que merezca pena corporal.

En este auto de formal prisión es considerada la base para procesar, pues se señala el delito o delitos por los que se va a procesar.

Cuando el delito señalado como delito grave no goza de libertad provisional bajo caución y no siendo grave, si se goza de ese privilegio.

4.2.2.2. AUTO DE SUJECIÓN AL PROCESO

Este auto se dicta, cuando están acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, es decir no hay elementos para procesar, entonces se dicta el auto de libertad o de soltura.

4.2.3. PRUEBAS

En el vocabulario jurídico dirigido por Capitant, se define como “demostración de la existencia de un hecho material o de un acto jurídico en las formas admitidas por la Ley”, o bien el “medio empleado para hacer las pruebas”²²

OBJETO LA PRUEBA.- Es la comprobación del delito, con sus circunstancias y modalidades (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad; la personalidad del delincuente, el grado de responsabilidad y el daño producido).

²² ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, TOMO XXIII, Ed. Driskill S.A ed. 1a Buenos Aires, Argentina.

También, puede recaer sobre cuestiones manifiestas en la parte general del Derecho Penal, teoría de la ley penal, así como en el orden negativo sobre la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

Con respecto a los sujetos de prueba, estos son todos aquellos, que proporcionan conocimientos por cualquier medio factible.

SUJETOS DE PRUEBA.- Son el probable autor del delito, el ofendido o su representante, el defensor y los testigos. Este carácter no puede atribuirse a los jueces o los Agentes del ministerio público; y a los peritos, porque el juez conoce de los hechos mediante el órgano de pruebas.

El agente del ministerio público tampoco puede ejercer una doble función, por tanto jamás es sujeto de prueba y los peritos tampoco pueden presentar todos aquellos instrumentos permitidos por la ley.

En el artículo 194 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato establece: “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, no vaya contra el derecho o la moral, a juicio del juez o tribunal cuando la autoridad judicial lo estime necesario podrá por algún otro medio de prueba establecer la autenticidad del objeto de la misma.”²³

Los medios de prueba que se pueden ofrecer como tales en el procedimiento penal son:

- La confesión
- La inspección
- La pericial
- La testimonial
- La confrontación
- El careo y
- Los documentos

²³ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

La confesión

- La confesión es el reconocimiento que hace el reo de su culpabilidad. La confesión comprende elementos esenciales, como la declaración y el contenido mismo que implique el reconocimiento de la culpabilidad y elementos legales²⁴

En cuanto a los elementos legales, al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales al estado de Guanajuato en su artículo 195 establece: la confesión deberá recibirla el ministerio público que practique la averiguación previa o el Tribunal que conozca del asunto y se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de que se pronuncie sentencia irrevocable y deberá reunir los requisitos del artículo 275 de este código que a la letra dice: “la confesional ante el ministerio público y ante el juez deberá reunir los requisitos siguientes:

1. Que verse sobre los hechos propios de la materia de la imputación con pleno conocimiento y sin violencia física o moral.
2. Que sea hecha ante el Ministerio Público o el Tribunal de la Causa y en presencia del defensor o persona de su confianza y el inculpado este debidamente enterado de la causa; y
3. Que no existan datos que el juez o el Tribunal, la hagan inverosímil.²⁵

En cuanto al estudio del valor probatorio de la confesión reviste gran importancia, la psicología clásica redujo la vida anímica al estado consciente y vio en la confesión una prueba categórica de la motivación del acto se convirtió en “reina de las pruebas”, sin embargo más adelante con la tesis Freudiana se demostró que la vida anímica no se agota en los procesos conscientes, afectaba la confesión consciente y retiraba que esta no siempre respondía a la verdad.²⁶

Por lo tanto, la confesión en la actualidad ya no es considerada “reina prueba”

²⁴ RIVERA SILVA MANUEL, El Procedimiento Penal, Ed. Porrúa, 26ª ed, México 1997, p 209

²⁵ Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

²⁶ Ibidem p.213

Al efecto nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 275 párrafo II establece:

“No podrá consignarse a ninguna persona, si existe como única prueba la confesión, si lo hace, esto carecen de todo valor probatorio”.

A su vez el artículo 273 del aludido código, establece que la confesión constituye un mero indicio.²⁷

En estrecha relación con el valor de la prueba confesional se encuentran la retractación es la negación de la confesión calificada.

La retractación es la negación de la confesión antes hecha o en otros términos el desconocimiento expreso de la culpabilidad reconocida.

En términos generales, la retractación tiene el valor de simple declaración.

La confesión ficta se define como la confesión figurada. También se puede definir como la confesión prevista en un precepto legal. La confesión calificada es la confesión con modalidades que pueden referirse al mismo delito o a la responsabilidad, es decir, una confesión que se halla calificada con determinadas circunstancias que favorecen al inculcado o como la Suprema Corte de Justicia dice: “El acusado acepta uno de los elementos de cargo y niega los otros”. La confesión calificada tiene dos requisitos esenciales:

- Una confesión, y
- Una calificación que modifica las modalidades del delito o de la responsabilidad.

Algunos autores sostienen que la confesión es indivisa, que no se puede separar la calificación de la confesión.

La tesis de la confesión calificada según lo sostenido por la suprema Corte de Justicia y la doctrina podrían puntualizarse en los siguientes puntos:

- La confesión es indivisible y por ello la confesión y la calificación corren la misma suerte para efecto probatorio.
- Cuando la calificación no se encuentra ninguna contradicción con ninguna otra prueba se dice que y tiene el mismo valor probatorio que la confesión; sin embargo no sucede así cuando la calificación se encuentra contradicha por otra prueba.

²⁷ Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

- La confesión calificada siempre es divisible quedando sujeta a las reglas de la confesión, lo que es el reconocimiento de la culpabilidad y a las reglas generales de la prueba, la calificación propiamente dicha.
- Así pues, a lo anterior señalado, se concluye que existe una tesis sobre la que siempre se mostrará partidario de la divisibilidad.

Al respecto Rivera Silva expresa que la calificación no puede correr la culpabilidad debe separarse de las modalidades que modifican los elementos de cargo.

En lo referente a la admisión de la prueba confesional, propiamente dicha, se admite en cualquier estado del proceso, pero antes de que se pronuncie la sentencia definitiva, cabe señalar que este es un caso de el período de instrucción o audiencia en el procedimiento, el motivo de esta clara excepción se debe al perjuicio de darle a la confesión la calidad de “reina de las pruebas”, que como se explico con la atención no lo tiene.

La Inspección.

La inspección “es el examen u observación junto con la descripción de personas, cosas o lugares”. En la inspección es necesario distinguir la ocular de la judicial, a la inspección ocular corresponde la definición dada para la inspección en general, y la inspección judicial es una especie de la inspección ocular, cuya única distinción es el que el examen u observación solo puede ser hecha por el órgano jurisdiccional y no por otra persona u órgano como en la inspección ocular.

La inspección constituye un medio de prueba directa e indirecta; es directo cuando el examen u observación es realizado por el propio juez, inspección judicial indirecta, cuando el que realiza el examen u observación es el ministerio Público. La inspección se divide en: observación y la descripción.

La inspección, en strictu sensu, se agota con la observación, debiendo recaer en algo que se percibe con la vista, pudiendo tener un doble objeto, el escenario donde el acto fue ejecutado para cerciorarse del desarrollo del propio acto u observar las consecuencias que el acto dejó.

La descripción es la consecuencia origen de la necesidad de constatar lo visto. La descripción no solamente consta del relato de lo que se vio, sino también de planos, fotografías, moldeados, etc., que se levanten en la diligencia.

Al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, en su artículo 197, se indica:

“Para la descripción de la inspección se emplearán según el caso, dibujos, planos topográficos, fotografías ordinarias o métricas, moldeados o cualquier otro medio para reproducir las cosas, haciéndose constar en el acta, cual o cuales de aquellos en que forma y con el objeto se emplearon. También en el artículo 200, del aludido código, se ordena la inspección en caso de lesiones, una vez que se haya sanado la víctima, ya que es de gran importancia, para hacer operantes algunas disposiciones legales que aumentan la sanción.”

²⁸Hasta ahora, el concepto que se ha dado de la inspección resulta estático, sin embargo también puede ser dinámico, tal es el caso de la reconstrucción de hechos, que es el examen u observación de sujeto que exhiben determinado proceder.

Así pues, se afirma que la reconstrucción de hechos no es un medio autónomo de prueba, en cuanto a la reconstrucción es para apreciar testimonios o peritajes, por razón lógica se debe practicar después de que estos se hayan rendido.

La reconstrucción, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, debe reunir una serie de requisitos como que deberá practicarse a la hora y lugar donde se cometió el delito, la reconstrucción se practica una vez examinadas alas partes, deberá practicarse a petición de las partes, etcétera.

Cabe señalar, que cuando hubiere versiones distintas acerca de la forma en que ocurrieron los hechos se practicará, si fueren conducentes al esclarecimiento de los mismos, las reconstrucciones relativas a cada una de aquéllas, y en caso de que se haga necesaria la

²⁸ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

intervención de peritos, éstos dictaminarán sobre cual de las versiones puede acercarse más a la verdad.²⁹

La reconstrucción de los hechos comprende tres elementos:

- 1.- La reproducción de los hechos;
- 2.- La observación de que esa reproducción hace el juez, y
- 3.- El acta que se levanta de lo ocurrido en la diligencia.

Los dos primeros elementos son esenciales a la reproducción y el último como sucede en la inspección, en estricto sentido, es el elemento que únicamente sirve para hacer constar la diligencia.³⁰

En lo que se refiere al valor probatorio de la inspección, el artículo 272 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, establece: La inspección, así como el resultado de los actos, harán prueba plena siempre que se practiquen con los requisitos legales.

La Pericial

El peritaje consiste en hacer al profano en determinado arte u oficio, el conocimiento de un objeto cuya capacitación solo es posible mediante técnica especial, el análisis del peritaje se compone de los elementos siguientes:

- 1.- Un objeto que para el conocimiento del profano se presenta de una forma velada.
- 2.- Un sujeto que necesita conocer ese objeto, pero su ignorancia en determinada arte le hace imposible la satisfacción de su necesidad, y
- 3.- Un sujeto, que por los conocimientos que posee le es posible captar el profano merced a las explicaciones que fórmula al respecto.

A este concepto de peritaje general, ya explicado, existe otro llamado peritaje procesal.

El llamado peritaje procesal tiene el mismo objetivo que el general, sirve para facilitar el conocimiento de ciertos objetos.

²⁹ Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

³⁰ Rivera Silva Manuel, Ibidem p 270

La necesidad del peritaje procesal aparece cada vez que se necesitan conocimientos especiales para el examen de personas hechos y objetos.

Así pues, el peritaje procesal solo puede existir cuando coexisten un versado y un profano en determinada arte.

Es necesario destacar que el peritaje procesal no entrega al juez el conocimiento de “personas hechos u objetos”, cuyo examen requiere conocimientos especiales, los que realmente proporciona son los medios con los cuales es posible obtener e interpretar el dato buscado, y esto nos lleva a afirmar que el peritaje no es un medio de prueba, sino que su función es ayudarle al juez a tomar los datos del proceso.

El estudio del peritaje, para su mayor entendimiento, es necesario dividirlo en dos partes, el perito y el peritaje.

Perito.- El perito debe ser una persona con conocimientos especiales en la materia, y debe contar con título oficial en la ciencia o en el arte a que se refiere la materia sobre la cual se va a dictaminar, si la ciencia o arte están reglamentados, pero sí no lo estuvieran el juez recurrirá a peritos prácticos.

Sin embargo los aludidos peritos prácticos también pueden ser nombrados cuando el lugar en que se desarrolle la instrucción no hubiere peritos titulados, aunque en este caso se necesita de todas maneras a la opinión del perito ya que será necesario librar requisitoria al juez del lugar en que los haya, para que estos, con vista del dictamen de los prácticos emitan su opinión. (Artículo 213 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato)

Los peritos podrán ser nombrados por las partes o por el juez, este ultimo al igual que el ministerio Público, solo puede nombrar de entre personas que desempeñen el profesorado del ramo correspondiente en las escuelas racionales, o bien de entre los funcionarios o empleados de carácter técnico en establecimientos o corporaciones dependientes del gobierno, según nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 214.

Si no hubiere peritos de los que se mencionan, en el citado artículo anterior, y el juez o el Ministerio Público lo estimaren conveniente podrán nombrar otros y en este caso los honorarios se cubrirán según lo que se pague por costumbre en los establecimientos particulares de que se trata, a los empleados permanentes de los mismos, teniendo en cuenta el tiempo de los peritos deberán ocupar en el desempeño de su comisión, de acuerdo con lo estipulado en el Código de procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

También, en lo que se refiere al estudio del perito surge la necesidad de establecer una diferencia entre el perito y el testigo, la diferencia estriba en que el perito nunca concurre con los datos de su dictamen, en tanto que el testigo siempre concurre con los datos a que se refiere su testimonio; y una diferencia más el perito siempre aprecia los datos, el testigo jamás los aprecia, solo se limita a relatarlos.

En tanto a lo que se refiere al peritaje , en el que se estudiarán dos puntos:

- 1.- Sus características propias, y
- 2.- La forma de rendirse.

También el peritaje consta de tres partes:

- a.- Hechos
- b.- Consideraciones
- c.- Conclusiones.

Los hechos; son la enunciación de los datos que se presenten oscuros y sobre los cuales debe verse el dictamen. Las consideraciones; se refieren al estudio del objeto del peritaje, con la técnica especial, en cuanto a las conclusiones; son los datos obtenidos con el estudio especial, los datos librados de todo aquello que los oscurece, o mejor dicho traducidos aun lenguaje asequible al conocimiento de cualquier persona.

Es importante dejar en claro, que antes de rendirse el peritaje, los peritos deben aceptar el cargo y protestar su fiel desempeño, con excepción de cuando se trata de peritos oficiales, en los casos de urgencia la protesta no se hace al aceptarse el cargo, sino al producirse o ratificar el dictamen (Artículo 215 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato).

El peritaje debe ser rendido por escrito, dentro del plazo fijado por el juez y ratificado cuando se estime necesario, atendiendo a lo establecido por el artículo 233 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato.

El peritaje puede recaer sobre personas, hechos u objetos. Según el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato; Cuando el juicio pericial recaiga sobre objetos que se consuman al ser analizados, el juez no permitirá que se verifiquen el primer análisis, sino sobre la mitad de las substancias a lo sumo, a no ser que sea tan escasa la cantidad que los peritos no puedan rendir su opinión sin consumirla toda.

Si los peritos discreparen entre sí, no se sigue el procedimiento que establece el peritaje civil de nombrar un tercero en discordia, sino que previamente se les cita a una junta, y solamente en caso de que no se logre comunión entre las opiniones, se nombrará el tercero, según lo establecido por el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 224.

Pasando el valor probatorio del peritaje, se considera siempre como un medio auxiliar, por servir al perfeccionamiento de otros medios probatorios.

El artículo 276 de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, establece: Los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos según las circunstancias del caso.

Es necesario establecer que en el capítulo de peritaje se estudia la interpretación, la cual consiste en traducir al idioma usual algo que no reviste tal forma (idioma extranjero, lenguaje especial de los sordomudos, etc.)

En la interpretación deben distinguirse dos situaciones: la de la traducción oral y de la traducción de documentos en idioma extranjero.

En la traducción oral la interpretación debe hacerse directamente por uno o dos interpretes mayores de edad, nombrados por el juez y que protestarán traducir fielmente las preguntas y respuestas que deben transmitir, esta traducción puede también tomar la calidad de la interpretación de documentos si cualquiera de las partes solicita que la declaración se tome en el idioma del declarante.

También, hay que señalar que a los sordomudos y a los mudos que sepan leer y escribir se les interrogará por escrito permitiéndoles que contesten en la misma forma; en materia federal se les puede interrogar por escrito o por medio de interprete.

Por último cabe señalar que el testigo nunca podrá ser interprete.

La Testimonial

Testigo.- Es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de la cual recuerdo. Los elementos esenciales del testigo son:

- 1.- Una percepción
- 2.- Una aperccepción
- 3.- Un recuerdo

El testigo de un delito, es la persona física que en cualquier forma tiene conocimiento de algo relacionado con el delito. El testigo en el proceso, es el que comparece al mismo, para hacer del conocimiento del órgano jurisdiccional datos vinculados con lo que se investiga.

Para ser testigo se necesita tener capacidad legal de carácter abstracto y de carácter concreto. La capacidad abstracta consiste en la facultad de poder ser testigo de cualquier procedimiento penal. La capacidad concreta es la facultad de poder ser testigo en un procedimiento penal determinado.

En nuestras leyes, todos son capaces abstractamente para ser testigos, nuestro Código de Procedimientos penales del Estado de Guanajuato en su artículo 230, establece: “Toda persona que sea citada como testigo esta obligada a declarar”.

Los testigos pueden ser directos o indirectos. Son testigos directos aquellos que por sí mismos conocen el dato que suministran les consta por introducción o por referencia.

Estos últimos son los llamados testigos de oídas que no tienen ningún valor jurídico y no operan en la práctica.

Testimonio.- El testimonio contiene relación de hechos y nunca puede referirse a apreciaciones, las cuales son de la exclusiva competencia del juez o del perito.

El estudio del testimonio se divide en tres partes:

- a).- Los requisitos previos a la recepción del testimonio;
- b).- El testimonio, propiamente dicho.

c).- Requisitos de comprobación del testimonio.

Por lo respecta a los requisitos previos a la recepción del testimonio, estos son:

1.- El testimonio debe recibirse de una manera singular, por lo que los testigos deben ser examinados por separado, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 234.

2.- Antes de que el testigo comience a declarar, se le instruye sobre las inmediatamente después se le toma la protesta de decir verdad, según el artículo 235 del aludido Código.

En lo que se refiere al testimonio dicho testigo dicho por el testigo. Se hace de viva voz y principia con la fijación del que depone, así como de sus vínculos de parentesco, amistad o cualquier otro y los motivos de oído o rencor que tuviere con los sujetos del delito.

En cuanto a los requisitos de comprobación del testimonio, son todos aquellos que tienen por objeto dejar sentado, en la forma más fiel lo dicho por el testigo, en primer lugar tenemos el levantamiento de una acta en la que se asientan las declaraciones de los testigos procurando redactarla con claridad y usando hasta donde sea posible, las mismas palabras empleadas por el testigo, según el artículo 238 del aludido Código. Al terminar la diligencia “se leerá al testigo su declaración, para que la ratifique o la enmiende, en seguida al testigo su declaración o lo hará por el, la persona que legalmente lo acompañe, según el artículo 242 del Código ya mencionado.

En cuanto al valor probatorio del testimonio el artículo 277 del multicitado Código, establece: “para apreciar la declaración de su testigo, el Tribunal tendrá en consideración:

- I.- Que por su edad, capacidad e instrucción tenga el criterio necesario para juzgar del acto;
- II.- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales tenga completa imparcialidad;
- III.- Que le hecho de que se trata sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencia de otro;
- IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales;

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o por miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno.

El apremio judicial no reputará fuerza.

El Careo

Este se considera un medio perfeccionador del testimonio. El careo puede revestir tres formas:

- 1.- Careo Procesal o real
- 2.- Careo Supletorio, y
- 3.- Careo Constitucional

El careo procesal o real, es una diligencia que consiste en poner cara a cara a dos personas que discrepan en sus declaraciones para que las sostengan o las modifiquen. Este contemplado por nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato en su artículo 253.

Con careo se intenta lograr mayor precisión y la versión de los testigos y declaraciones no hay diferencias que provoquen confusiones no es menester la verificación del careo real.

Se puede afirmar que el careo procesal exige los elementos siguientes:

- 1.- Que existen dos declaraciones,
- 2.- Que esas declaraciones contengan discrepancias en relación una de la otra, y
- 3.- Que los autores de las declaraciones sean puestos cara a cara para que sostengan o modifiquen su dicho.

En este careo procesal se hace necesario distinguir dos momentos:

- a).- El que se refiere a lo que se hace necesario distinguir dos momentos;
- b).- El que se refiere a lo que el careo tiene de prueba directa para el juez,

En lo que se refiere al primer momento se puede afirmar que el careo lleva en el fondo un testimonio que se va purificando en forma dialéctica. La dialéctica consiste en ir buscando la verdad a través de un dialogo lleno de afirmaciones y negaciones y en el careo los testimonios de los careados van precisándose en esa forma.

Con respecto al segundo momento al careo tiene una importancia directa para el juez, que observando las dudas, reticencias, etc., de los careados puede determinar quien dice la verdad.

En cuanto al valor probatorio del careo procesal, este debe fincarse sobre el testimonio y sobre la apreciación directa que el juez hace de los careados.

La práctica del careo procesal reviste ciertos requisitos:

- 1.- Que se practique durante el período instructivo.
- 2.- Que el careo se realice de manera singular, o en otras palabras en cada diligencia solo pueden ser careados un testigo con otro; es decir, un testigo con el procesado o un testigo con el ofendido; o dos procesados.
- 3.- Que se dé lectura a las declaraciones de las personas que se carean.
- 4.- Que se señalan los puntos en que se discrepan las declaraciones; y
- 5.- Que se deja a los careados discutir.

En lo que se refiere al careo constitucional no posee ninguna de las raíces del careo procesal, no tiene compromisos con el testimonio, ni con algún medio probatorio, es un derecho concedido al inculpado para que, como dice la suprema corte de justicia, “ el reo vea y conozca las personas que declaran en su contra para que no se puedan formar artificialmente testimonios, en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa”. El careo constitucional tiene su fundamento en la fracción IV, del artículo 20 de la Constitución General de la República, en este careo el único requisito que se solicita es el testimonio condenatorio de alguna persona, como se infiere del precepto en cita, que a la letra dice: “siempre que lo solicite será careado en presencia del juez con quines deponga en su contra.

La confrontación.

La confrontación al igual que el careo, se presenta como un medio directo de prueba tendiente a ilustrar sobre la verdad de una declaración, es un medio perfeccionador del testimonio.

La confrontación aparece “cuando el declarante asegure conocer a una persona y haya motivo para sospechar que no la conoce”, en atención a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Penales, en su artículo 247 párrafo segundo.

En este caso el juez, como en la inspección judicial, tratará de contemplar directamente algo: la forma en que se conduce el testigo, para de ella inferir la veracidad de su dicho.

Es importante señalar que en la confrontación se deben tomar en cuenta los últimos adelantos de la ciencia psicológica, pues se ha dado con frecuencia que muchos individuos, por ciertas anomalías, creen haber contemplado lo que no han visto y por el contrario otros borran inmediatamente de su cerebro la fotografía que la percibió o grabó.

La práctica de la confrontación esta cuidadosamente reglamentada en la ley. Para esta diligencia se presentan varias personas acompañando al que se debe confrontar, debiéndose tener cuidado de que todas ellas se ofrezcan el mayor número de semejanzas posibles. Esto tiene por objeto que la confrontación, de resultados eficaces, gracias a que se reconozca y no se señale a una persona que no se conoce, pero del cual se tienen ciertos datos.

Al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato en su artículo 248 , exige que al practicar la diligencia se cumplan con ciertos requisitos y a la letra dice: Al practicar la confrontación cuidará de:

I.- Que la persona que sea objeto de ella, no se disfrace, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que designársela;

II.- Que aquellas se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aun con las mismas señas que las del confrontado, si fuere posible; y

III.- Que los individuos que acompañen a la persona que va a confrontarse sean de clase análoga, atendidas su educación, modales y circunstancias especiales.

La confrontación, en cuanto testimonio, principia con la protesta. Después se interroga al confrontador sobre si persiste en su declaración anterior, de las circunstancias en que se conoció a la persona a la que le atribuye el hecho y si después de la ejecución lo ha visto. Acto continuo se conduce al declarante frente a las personas escogidas para las diligencias

y se le previene que toque con la mano a la que se refiere en su declaración, a la vez que manifieste las diligencias y semejanzas que advertía entre el estado actual que presenta esa persona y el que tenía en la época a que se refiere su declaración.

Los Documentos

Documento; desde el punto de vista jurídico, es el objeto material en el cual, por escritura o gráficamente consta o se significa un hecho.

En base a lo anterior, el documento consta de dos elementos a saber; el objeto material y el significado, el objeto es el instrumento material en el que consta la escritura o a las figuras y el significado es el sentido de esa escritura o las figuras, o mejor dicho, la idea que expresan.

En el documento deben distinguirse las diversas formas con las cuales se puede presentar en el proceso.

- Como medio de pruebas
- Como constancia de otro medio probatorio, y
- Como instrumento de prueba

Como medio de prueba.- el documento se ofrece como medio de prueba cuando en el proceso obra para que se atienda exclusivamente a su significado.

Como constancia de otro medio probatorio.- en estos casos, el documento nada más sirve para hacer constar el contenido de otro medio probatorio, como por ejemplo; el dictamen de peritos en el que por medio de la escritura se hace constar las consideraciones y conclusiones a que lleguen los peritos.

Como instrumento de prueba.- Cuando el documento se presenten como instrumento de prueba actúa como una cosa a la que se deba referirse o recaer otro medio probatorio, por ejemplo; cuando se presentan un documento que se dice falsificado, el documento, es un instrumento del que se debe acreditar su falsedad y autenticidad.

- Documentos Públicos.- La calidad de públicos se demuestran por la existencia regular, sobre los documentos, de los sellos, firmas u otros signos exteriores que en su caso, prevengan las leyes.

El artículo 269 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, señala que son documentos públicos los que señale como tales el Código de Procedimientos Civiles o cualquier otra ley.

- Documentos privados.- Los documentos privados pueden definirse por exclusión y son todos aquellos que no reúne las características de la autoridad, no son públicos.

Una vez fijado el concepto de la prueba documental, pasamos al estudio del valor de la prueba.

Según nuestra legislación, en los que se refiere a los documentos públicos hacen prueba plena.

Específicamente en lo que se refiere a nuestro código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 268, establece: “Los documentos públicos harán prueba plena, salvo el derecho para reargüirlos de falsedad y para pedir el cotejo con los protocolos o con los originales existentes en los archivos.

Los documentos privados hacen prueba plena contra su autor, siempre y cuando fueren judicialmente reconocidos por el o nos los hubiere objetado.

4.2.4 ETAPA DEL JUICIO

Una vez ofrecidas y desahogadas las pruebas por las partes y practicadas las diligencias ordenadas por el juez; cuando este considere que ya se llevaron a cabo todas las diligencias necesarias para el conocimiento de la conducta o hecho y del probable autor de delito, dicta un auto declarando agotada la instrucción.

En el artículo 141 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se indica: “Cuando el Tribunal considere agotada la averiguación previa, mandará poner el proceso a la vista del Ministerio Público por tres días y por otros tres a la del acusado y su defensor, para que promuevan las pruebas que estime pertinentes y que puedan practicarse

dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga la solicitud de la prueba”.

Transcurridos o renunciados los plazos a que se refiere este artículo o si no se hubiere promovido prueba el Tribunal, de oficio, declarara cerrada la instrucción.

Esta declaración judicial produce el surgimiento de la tercera etapa del Procedimiento Penal: “El Juicio”.

Una vez, cerrada la instrucción se da vista a las partes a las partes para que formulen sus conclusiones.

Conclusiones en general

Gramaticalmente la palabra conclusión, procede del verbo *concluire*, o sea, llegar a determinado resultado o resolución; por eso desde el punto de vista jurídico; las conclusiones son actos procedí mentales realizados por el Agente del Ministerio Público y después por el defensor, con el propósito en algunos casos de establecer las bases sobre las que versará la Audiencia Final, y en otros, para que el Agente del Ministerio Público fundamente su pedimento.

Respecto al momento procedimental en que deben formularse las conclusiones. Atendiendo lo dispuesto por nuestra Legislación Mexicana, se formularán una vez cerrada la instrucción.

En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 279, se indica: “Cerrada la instrucción se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público por diez días para que formule sus conclusiones por escrito. Si el expediente excediere a 200 fojas, por cada 100 de exceso o de fracción de aumentará un día al plazo señalado sin que nunca sea mayor de 30 días hábiles”, y en cuanto al procesado o al defensor se ordena:”Las conclusiones acusatorias, ya sean formuladas por el Agente o por el Procurador, en su caso, se darán a conocer al acusado y a su defensor, dándoles vista de todo el proceso, a fin de que en un término igual al que opera para el Ministerio Público señala el artículo 279, contesten el escrito de acusación y formulen a su vez, las

conclusiones que crean precedentes. Cuando los acusados fueren varios el término será común para todos”, en atención a lo dispuesto por el artículo 284 del Código en mención.

Conclusiones del Ministerio Público

En cuanto a las conclusiones del Ministerio Público, estas se clasifican: acusatorias y no acusatorias.

1.- Son acusatorias: Cuando de la exposición fundamentada jurídica y doctrinariamente, el Agente del ministerio Público señala la conducta o hechos delictuosos por los que precisa su acusación, el grado de responsabilidad del acusado, la pena aplicable, la reparación del daño y las demás sanciones previstas en el código adjetivo correspondiente.

2.- Son conclusiones no acusatorias, la exposición fundada jurídica y doctrinariamente de los elementos instructorios del procedimiento en los que se apoya el agente del Ministerio Público para fijar su posición legal, justificando la no acusación al procesado y la libertad del mismo, ya sea por que el delito no haya existido, o existiendo, no le sea imputable, o porque se de a favor de alguna causa de exclusión, o en los casos de amnistía caducidad o perdón y consentimiento del ofendido.

En cuanto a la forma y contenido de dichas conclusiones, las conclusiones del ministerio Público se sujetarán a lo dispuesto en la legislación, a cierta forma y contenido, el cual puede variar en algunos aspectos, según sean sus conclusiones; acusatorias o no acusatorias.

Desde el punto de vista formal, están sujetas a estos requisitos serán presentadas en forma escrita, se señalará en el pliego que las contenga el proceso a que se refieren, el juez a quien se dirigen, el nombre del acusado, una exposición de los hechos, los preceptos legales aplicables, los puntos concretos a que se llegue, y la fecha y firma del agente del Ministerio Público.

En cuanto al contenido, satisfacerán las siguientes exigencias: una exposición sucinta y metódica de los hechos, un estudio jurídico y doctrinal de los medios de prueba que obren en el expediente, relacionándolos con los acontecimientos y con la personalidad

del acusado; las proposiciones sobre las cuestiones de derecho, que surjan de los hechos, con su fundamentación jurídica; y el pedimento, en concreto.

En cuanto a los efectos de las conclusiones, la presentación de conclusiones del agente del Ministerio Público, ya sean acusatorias o no acusatorias, producen consecuencias jurídicas inmediatas.

Al respecto nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, en su artículo 282, establece: “Si las conclusiones fueren de no acusación; si en la formuladas no se comprendiere algún delito que resulte probado de la instrucción; si fueren contrarias a las constancias procesales, o si en ellas no se cumplieren con lo dispuesto en el artículo 281, el Tribunal las enviará, con el proceso, al Procurador General de Justicia, señalando cual es la omisión o contradicción, si estas fueren el motivo del envío”

A su vez en el artículo 238, del aludido Código, establece: “El procurador General de Justicia oír al parecer de los agentes auxiliares, y dentro de los quince días siguientes al de la fecha en que se hayan recibido el proceso, resolverá si son de confirmarse, revocarse o modificarse las conclusiones.

Sin embargo cuando las conclusiones acusatorias no se encuentren sujetas a sufrir modificaciones, producen los efectos inmediatos siguientes: el juez deberá en este caso, dictar una auto declarándose definitivas, siendo posible modificarlas solo por causas supervenientes y en beneficio del acusado; fijan los hechos, sobre los cuales versará la audiencia final; provocan que el auto en cuestión, se ordene dar vista, con las mismas, al procesado y al defensor y que en principio a correr el término señalado a la defensa para formular sus conclusiones.

Tratándose de conclusiones no acusatorias, también se remitirán al procurador de Justicia; después de confirmadas producen los efectos jurídicos siguientes: el sobreseimiento de la causa, y la inmediata libertad del procesado.

Conclusiones del Procesado

En cuanto a las conclusiones del procesado, por sí o por conducto de su defensor. Estas conclusiones acusatorias del Ministerio Público, porque, si este no ha presentado acusación, no tendría sentido que aquel solicitará la inculpabilidad de quien no ha sido acusado, o la disminución de una pena no solicitada.

En cuanto a la calificación de las conclusiones, en mención, las conclusiones del defensor, se clasifican: en provisionales y definitivas.

Se considera esta distinción, porque aun ya aceptadas a través del auto respectivo, pueden ser reiteradas, o bien, sufrir modificación, hasta antes de que se declare “visto” el proceso.

En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, no esta prevista esta situación y solo se dice: “Si al concluirse el término concedido al acusado y a su defensor no hubieren presentado conclusiones, se tendrá por formuladas las de inculpabilidad.”

En razón de la naturaleza y fines de defensa, en la práctica, el defensor siempre solicita a través de sus conclusiones se exculpe a su defensor, apoyándose en las pruebas que han sido aportadas por el; y tal vez en muchas ocasiones en la aportadas por el Agente del Ministerio Público, o en otras diligencias desahogadas a iniciativa del juez; de esa justificación o de cualquiera otra eximente; o bien, la exculpación del sujeto, por falta de elementos necesarios, según su razonamiento para tener por comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

Si el defensor particular, de oficio, o el acusado no formulan conclusiones en el término establecido en la ley se tendrán por formuladas las de inculpabilidad, independientemente de que puedan presentarlas, hasta antes de ser declarado: “Visto el Proceso”.

En cuanto a los efectos de las mismas conclusiones, los efectos jurídicos de las conclusiones del procesado son: fijar los actos de defensa sobre los que versará la audiencia final de primera instancia; y da lugar a un auto señalado el día y hora para la celebración de la “Vista”, la cual, debe llevarse a cabo dentro del término de 5 días.

Audiencia Final de Primera Instancia

En el procedimiento ordinario, una vez aceptadas las conclusiones de las “partes”, como definitivas, el acto procesal siguiente es “la celebración de la audiencia final de primera instancia, también llamada: vista de partes, audiencia o debate.

La palabra “vista”, según lo indica la Enciclopedia Espasa-Calpe: “Es la actuación en que se relaciona ante el Tribunal con citación de partes, un juicio o un incidente para dictar el fallo, oyendo a los defensores o interesados que a ella ocurran”.

En el Diccionario razonado de la legislación y jurisprudencia, Joaquín Escriche, indica: “Vista es el reconocimiento primero que se hace ante el juez o Tribunal con relación a los autos, y defensas de las partes para la sentencia.

El término “audiencia” viene del latín *audiencia*: acto de oír o hacerse oír; por lo mismo, en el ámbito jurídico equivale al momento procedimental o tiempo desatinado a la celebración de una diligencia, en que las “partes” se hacen escuchar ante el juez.

“Debate”, es toda controversia o contienda de palabra entre dos o más personas sobre algún aspecto o cosa.

En lo que se refiere específicamente a “Audiencia Final de Primera Instancia” esta se considera como: la diligencia efectuada en la tercera etapa del procedimiento penal, entre los sujetos de la relación jurídica para que las “partes”, presenten pruebas, en su caso, y reproduzcan verbalmente sus conclusiones, lo cual, permitirá al juez a través del juicio, y atendiendo los fines específicos del proceso penal, la pretensión punitiva.

Para la celebración de la audiencia final de primera instancia, hace falta haber llevado a cabo los actos preparatorios ya mencionados, es decir, las conclusiones.

Al respecto, en el artículo 293 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se indica: “El mismo día en que el inculcado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que se haga la declaración a que se refiere el artículo

285, se citará a una audiencia que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes, la citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia.

En los casos de la competencia del jurado Popular, formuladas las conclusiones del Ministerio Público y de la defensa el Tribunal que conozca del Proceso señalará día y hora para la celebración del juicio, dentro de los 15 días siguientes, ordenará la insaculación y sorteo de los jurados. Artículo 296 del múlticitado Código.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la audiencia final de primera instancia, en el artículo 294 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, se indica: “En la audiencia se podrá interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público, y la defensa podrá repetir las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción, siempre que fuere necesario y posible a juicio del Tribunal y si no hubieren sido solicitadas por las partes a más tardar al día siguiente al en que se notificó el auto citado para la sentencia, los alegatos de las mismas se declarará visto el proceso, con lo que terminará la diligencia.

Contra la Resolución que niegue o admita la repetición de las diligencias de prueba, no procede recurso alguno.

CAPITULO V

LA SUBJETIVIDAD DEL RIESGO FUNDADO EN LOS CASOS DE URGENCIA EN LA LEY PENAL.

El derecho procesal penal argentino no admite ámbitos librados a la decisión discrecional de los Jueces, porque ese tipo de facultades, no sujetas a parámetros legales precisos, explícitos y confrontables, constituye una fuente irracional de privación de derechos. Esa fuente es irracional, puesto que no es racional aquello que no puede explicarse. El origen y la estructura del sistema de derechos y garantías individuales exige que lo que debe ser explicado es aquello que los restringe, no lo que los fundamenta. Cuando una restricción no puede ser explicada, es irracional.

El derecho procesal penal se compone de reglas dirigidas a los órganos del sistema, tendientes a establecer el procedimiento a seguir ante la sospecha de un delito, en miras la realización del derecho penal material.

Las reglas de procedimiento configuran un subsistema instrumental respecto de un programa estatal de criminalización, enunciado por las reglas materiales. Es de toda evidencia que ese programa no puede ser cumplido en su totalidad, porque requeriría una cantidad de recursos materiales y humanos imposible de reunir y porque determinaría la criminalización de una cantidad tan ingente de personas que sería contraproducente respecto de las mismas finalidades del sistema. Bajo estas asunciones, es preferible que ese programa no pueda llevarse a cabo en su totalidad y que, en la mayoría de los casos, se limite a producir efectos más bien simbólicos que materiales en el ámbito de la represión.

Pero ésta es solo una de las caras del sistema procesal. La otra es que, al igual que el programa de criminalización constituido preponderantemente (pero no exhaustivamente) por el derecho penal, constituye un sistema de garantías. En el ámbito material basta considerar un par de ejemplos: el principio de legalidad impide criminalizar sobre la base de extensiones semánticas analógicas de los conceptos definitorios, o acudiendo a la ultra actividad de leyes penales más gravosas; si dentro del tipo vigente o del ámbito temporal

adecuado la criminalización es posible, fuera de ellos el Estado no puede avanzar sobre las libertades individuales y el afectado tiene acciones y recursos para su resguardo.

La dogmática penal es un programa de criminalización que consiste, primordialmente, en un sistema de limitaciones más que de autorizaciones; la necesaria referencia a autorizaciones hace suponer que éstas están de principio ya sujetas a limitación.

En el ámbito adjetivo sucede lo mismo. El programa material no puede llevarse a cabo sin un procedimiento.

Como éste se dirige a realizar el derecho sustantivo, debe realizarlo tanto en cuanto criminaliza como en cuanto protege, debe actuar tanto demostrando culpabilidades como admitiendo excusas, recolectando tanto pruebas de cargo como de descargo, restringiendo libertades tanto como amparándolas. El procedimiento tiene entonces ambas caras, la que mira a realizar el programa represivo, y la que mira a asegurar las garantías y los límites al poder. Entre éstas, quizás la más importante sea la de la defensa.

El sistema procesal comparte con el programa penal un costado ominoso: representa y traduce el poder del Estado, en un vector que siempre se manifiesta con dolor y sufrimiento. El ejercicio del poder coercitivo del proceso penal siempre conlleva una restricción de derechos: una persona es imputada, impedida de ausentarse, compelida a comparecer, detenida, incomunicada, interrogada, confrontada con declaraciones de cargo, retenida en prisión, sujeta a la amenaza de la pena y a la incertidumbre del proceso, etc. La mayoría de las veces, esas contingencias son más gravosas que la eventual condena que se imponga. Aún la pérdida de la tranquilidad es un efecto jurídicamente relevante: un habitante debe poder gozar del derecho a vivir tranquilamente, pero lo pierde cuando es sujeto a un proceso penal sin justificativo suficiente.

Esas restricciones constituyen una de las formas de ejercicio del poder público que deben ser reguladas por el derecho, vale decir, no pueden estar sometidas al arbitrio o a la decisión discrecional de un magistrado.

Aunque la dirección de un proceso conlleva otorgar ciertos poderes coercitivos, su ejercicio no puede estar librado a preferencias o criterios personales cuando implica alguna forma de restricción o limitación de los derechos de los particulares. Cuando estos poderes son ejercidos, deben ser explicados racionalmente, con fundamento en autorizaciones legales concretas y expresas y con los justificativos específicos que el caso concreto requiera.

5.1 LA PRACTICA COTIDIANA.

Sin embargo, de la práctica cotidiana de nuestros tribunales se infiere que, por lo menos de hecho, existen ciertos ámbitos de materia aparentemente ajena a una regulación normativa o sin una regulación precisa, y que se llenan con el habitual recurso a las denominadas facultades discrecionales de los Jueces. Estos problemas se presentan en todas las etapas del proceso: en la instrucción en relación al inicio y curso de la investigación, a las formas de citación o sujeción del imputado, a la producción y control de medidas de prueba, a su valoración, entre otras; en el debate ocurre lo mismo en relación a la prueba, donde se invoca como un avance significativo la vigencia del llamado sistema de la libre convicción.

Cuando en el desarrollo de los procesos este tipo de actos son justificados bajo la invocación de las facultades discrecionales, de hecho significa que no pueden ser resistidas por los justiciables, ni confrontados con el derecho o con los hechos de la causa, ni impugnadas por vía recursiva alguna. Es aquí donde se produce la inversión de la función protectora de derechos que incumbe a la magistratura.

El propósito de este trabajo es desentrañar las normas que efectivamente regulan la materia aparentemente no regulada, y demostrar que ellas generan límites claros y férreos a

los poderes de los Jueces, que la discrecionalidad es un cuerpo extraño en el sistema de un Estado de Derecho, y que los Jueces tienen el deber de privilegiar el fundamento de la ley por sobre sus propios criterios y costumbres personales.

Ellas admiten o bien la negación de esos márgenes y el reconocimiento de reglas precisas vinculadas a la solución del caso, o bien la solución de éste a partir de principios de rango superior. Sólo la decisión en estos sentidos permite superar la arbitrariedad y preservar el Estado de Derecho.

5.2 ARTICULO 183 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Uno de los más claros problemas de las facultades discrecionales se relaciona con la fundamentación y razonabilidad de los actos dictados a su amparo, como lo es el determinar el riesgo fundado en los casos de urgencia.

ARTICULO 183: “En casos urgentes el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de personas, fundando y expresando los inicios previos que acrediten:

I.- Que el indiciado haya intervenido en cualquier forma en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en este artículo.

II.- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

III.- que por razón de la hora, lugar o circunstancia no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.”

Muchos jueces y ministerios públicos suelen guardar para sí los motivos de diversas decisiones con el argumento de que fueron adoptadas en el marco de la discrecionalidad o de sus facultades privativas. Pero discrecionalidad no es igual a irrazonabilidad ni a falta de fundamentación.

Podría justamente concluirse lo contrario: cuanto más discrecionalidad posee el Ministerio Público para tomar determinada decisión, mayor debería ser la razonabilidad de lo decidido y su exposición mediante una fundamentación adecuada.

La invocación de facultades discrecionales, cualquiera sea su fuente, no elimina el requisito de que las decisiones judiciales, en especial aquéllas que restringen derechos, estén precedidas de una exposición clara de sus motivos. Aquí está también involucrada la garantía de la defensa y de la libertad, ya que de no existir fundamentación no existe posibilidad de impugnar.

Pero cuando no se puede impugnar la decisión, es posible omitir su fundamento?

Es aquí donde se verifica otra confusión habitual, que se da entre discrecionalidad e irrecurribilidad. Ha sido práctica común considerar discrecionales las decisiones sobre contingencias procesales irrecurribles, como si el hecho de que las partes no puedan recurrirlos dispense a los Jueces y Ministerios Públicos de hacer explícitos los motivos de sus actos o de fundarlos en derecho. El hecho de que algunas decisiones no sean recurribles no implica habilitar a los jueces y Ministerios Públicos para cualquier decisión o que no deba fundarla, sino sólo significa que la decisión que tome que deberá ser siempre razonada y fundada- podrá ser inmediatamente ejecutada y no podrá ser ulteriormente revisada, por lo menos en la instancia o etapa del proceso. Lo que se privilegia es la celeridad del proceso, no la libertad de decisión del Juez.

Por otra parte, siempre permanece, de alguna manera, el derecho a la impugnación de los actos contrarios a la ley, aunque el acto fuera declarado irrecurrible, como en los casos de arbitrariedad o de violación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba. Y también respecto de los demás actos del proceso, porque siempre son recurribles los actos contrarios a la ley, cuando afectan garantías constitucionales.

5.3 DISCRECIONALIDAD Y LLAMADO A INDAGATORIA.

El caso más típico de discrecionalidad es el llamado a prestar declaración indagatoria, agravado porque se acepta que no puede ser cuestionado por las partes, en cuanto su procedencia u oportunidad. Y lo mismo vale para el querellante, cuando se agravia de omisiones o tardanzas que pueden importar una forma de terminación anormal del proceso.

Sin embargo, no se trata de una situación no reglada o delegada al criterio libre del Juez. El art. 294 Cppn establece que corresponde ordenarla cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito.

La existencia de motivos bastantes es el presupuesto fáctico que habilita el llamado a indagatoria: no existe ninguna facultad discrecional para ordenarla cuando no existe esa sospecha o de no ordenarla si ella existe.

El motivo bastante no es una convicción o una experiencia subjetiva: se trata de un estado de sospecha que obedece a una situación objetiva; los motivos son evidencias suficientes para constituir objetivamente un estado de sospecha.

Si se hubiese querido otorgar al Juez la potestad de decidir a su arbitrio cuando corresponde ordenar la declaración del 294, la norma lo hubiese establecido de ese modo; por ejemplo, con los términos cuando lo estimare conveniente u oportuno que, técnicamente podrían justificarse en función de las genéricas facultades ordenatorias del proceso. Sin embargo, una redacción de este tenor sería claramente inconstitucional por atribuir facultades no regladas de coerción personal. No obstante, la práctica de tribunales interpreta el actual art. 294, que claramente supedita el llamado a indagatoria a un presupuesto fáctico, como si en cambio se remitiera a una estimación personal y libre del Juez.

Una cuestión distinta es cómo corresponde evaluar que concurren los motivos bastantes a los que se refiere la norma.

Aquí vuelve a escena el principio de razonabilidad. Indudablemente, es el Juez a quien compete valorar las pruebas que permiten determinar si existe o no ese motivo bastante, pero no cabe ninguna duda de que esa valoración debe ser razonable, por lo menos para no suplantar el presupuesto de hecho del art. 294 por uno subjetivo, el del arbitrio del Juez.

El presupuesto fáctico de la norma no es éste sino aquél, y debe expresarse en una valoración de circunstancias objetivas y no en impresiones subjetivas. Los jueces deben explicar razonadamente por qué razón ordenan o no la declaración indagatoria, y esa razón debe encontrarse anclada en las evidencias objetivas arrojadas al sumario.

El argumento usual para no fundar el llamado a indagatoria es que éste no causa gravamen sino que, por el contrario, es beneficioso para el imputado porque habilita su posibilidad de defenderse. Ese argumento es erróneo. El imputado tiene todos los derechos de tal desde el momento en que nace una imputación en su contra, sin necesidad de un acto formal del Magistrado concediendo esos derechos. De lo contrario la discrecionalidad sería aún más indeseable: el Juez podría decidir (a su arbitrio) cuándo otorgar al imputado la facultad de defenderse. Ésta es la actitud implícita en el argumento de que la indagatoria no causa gravamen, el cual permitiría afirmar que el Juez, al indagar al imputado, le hace un favor: Cómo se atreve entonces el imputado a cuestionarlo? Sin embargo, el sistema funciona de manera diferente: El llamado a indagatoria:

a.) Es un acto coercitivo que genera un riesgo procesal y que tiene por efecto, entre otros, interrumpir el curso de la prescripción de la acción penal. La situación ex post a la indagatoria nunca es más beneficiosa, ya que no existe ningún derecho nuevo que nazca de ese llamado. Por lo tanto, el acto del art. 294 es un acto hostil respecto del imputado.

b.) Participa de un doble carácter. Por una parte, es el más importante acto de defensa material, pues allí el imputado puede formular las explicaciones que serán luego el contenido de su defensa técnica. Por la otra, es un verdadero acto de imputación, que vincula al imputado a la causa a través de la formulación exacta y precisa de los cargos y la

presentación de las evidencias que fundan la sospecha. A tal punto el acto es tanto de defensa como de imputación, que genera la obligación del Juez de evacuar las citas que el imputado hiciera y de resolver sobre el mérito de ella a tenor de las explicaciones formuladas en la indagatoria y las citas que se hubieren evacuado-, dentro de un plazo determinado.

c.) Debe ser ordenado sólo cuando se presenta el presupuesto fáctico previsto, que es la existencia de motivos bastantes que generan sospecha y que derivan de circunstancias objetivas de la causa y no de la convicción subjetiva del Juez. Éste no puede ordenarlo en caso contrario, ni omitirlo si el presupuesto se presenta. En la base de ese presupuesto está la posibilidad de formular una imputación que precise, a esa altura, el objeto del proceso en orden al principio de congruencia.

d.) Debe ser razonable, en tanto objetiva ha de ser la evaluación sobre los motivos bastantes para sospechar; consecuentemente, debe ser fruto de una decisión fundada que permita algún tipo de impugnación.

De allí que en modo alguno puede aceptarse que el llamado a indagatoria participe de las llamadas facultades discrecionales del Juez, o que éste no deba rendir cuentas de las razones por las cuales actúa en uno u otro sentido, en un tiempo o en otro.

5.4 DISCRECIONALIDAD Y FACULTADES ORDENATORIAS DEL PROCESO.

La realización de los fines del proceso exige que su director disponga de facultades ordenatorias para hacer efectivo el poder de imperio del Estado y evitar que la voluntad de alguna de las partes frustre el trámite.

Están regladas en el art. 120 Cppn, que dispone que: En el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene.

Diversos actos procesales requieren de estas facultades. La ejecución de un allanamiento necesita que su curso no pueda ser interrumpido ni frustrado por la voluntad del sujeto pasivo de la medida. Un reconocimiento de personas requiere que se evite la contaminación de la rueda, lo que autoriza ciertas medidas coercitivas para evitar que el testigo vea con anticipación al imputado. La fiabilidad de la declaración de un testigo puede depender de que los abogados no ayuden a su memoria en el medio del interrogatorio, lo que puede ser asegurado apelando a estas mismas facultades.

Sin embargo, estas facultades coercitivas no constituyen poderes discrecionales. En lo sucesivo examinaremos algunos casos en los que aquéllas son confundidas con esta clase de poderes.

5.5 CITACIÓN O DETENCIÓN

El art. 282 Cppn regula los supuestos en los que la comparencia del imputado a prestar declaración indagatoria debe requerirse mediante simple citación. Dispone que:

Cuando el delito que se investigue no esté reprimido con pena privativa de la libertad o parezca procedente una condena de ejecución condicional, el juez, salvo los casos de flagrancia, ordenará la comparencia del imputado por simple citación. Si el citado no se presentare en el término que se fije ni justificare un impedimento legítimo, se ordenará su detención.

Por su parte, el art. 283 del Cpp regula el supuesto en que idéntico trámite debe ordenarse mediante detención. Y dispone: Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, el juez librará orden de detención para que el imputado sea llevado a su presencia, siempre que haya motivo para recibirle indagatoria. Aunque usualmente la citación a indagatoria por delitos con escalas cuyos mínimos no superan los tres años se concreta mediante simple citación, existen casos en los que los Jueces ordenan la detención para practicar la indagatoria y luego, casi inmediatamente, disponen la libertad.

En estos casos la privación de libertad está desvinculada de los fundamentos que justifican el arresto preventivo y se acerca a una especie de sanción en sí misma. Este tipo de detenciones se suelen justificar con el argumento de que el Juez puede evaluar discrecionalmente la eventual procedencia de una condena en suspenso y, consecuentemente, de la previa orden de detención.

Ello tendría justificación cuando la detención fuere a prolongarse como medida cautelar asegurativa de los fines del proceso, pero ése no es el supuesto que nos ocupa. Cuando la libertad se dispone casi inmediatamente después de la indagatoria y sin que se haya producido evidencia relevante sobre los extremos de procedencia de la condicionalidad del art. 26 del CP (no modificando la calificación del delito imputado), es evidente que el juicio preliminar que exige el art. 282 sobre la posibilidad de una condena condicional no pudo haber variado significativamente.

En estos casos, la detención no es más que un mecanismo coercitivo de comparencia del imputado que tiene como objetivo, o constituirse en sí misma en una forma irregular de sanción, o el de procurar que se reciba su declaración en condiciones que restringen significativamente su defensa material. Es probable que estos objetivos estén más o menos ocultos bajo la corteza burocrática de la cotidianeidad y de la dirección mayoritariamente ex parte principis de la práctica judicial, pues se trata de los códigos implícitos que de hecho, a veces inconcientemente, contaminan esa práctica a veces con mayor relevancia que las reglas explícitas de derecho.

Las consecuencias no son irrelevantes. La pérdida de la libertad, aunque sea transitoria, es una restricción aguda del estatuto de libertades de los ciudadanos, y produce perjuicios que el alivio de la liberación posterior no repara. Pero, además, tiene efectos duraderos en el desarrollo del sumario, porque ha afectado el ejercicio de la defensa, que siempre se resiente en las situaciones de detención. No es lo mismo declarar detenido que en libertad, o haber estado incomunicado que haber podido conferenciar libremente con sus abogados y haber estado ocupado en la preparación de la defensa y en la colección de evidencias o documentos necesarios para ella, o haber podido elegir reflexivamente el

defensor que optar por uno desconocido en una decisión apurada y privada de alternativas. La entrevista previa que se concede al detenido es sólo un mezuquino paliativo de urgencia, pero no una forma regular ni propia de asistencia.

Como el proceso penal no es de manera exclusiva una forma de asegurar la realización del derecho penal como programa criminalizador, sino el de asegurar la realización de todos los derechos que giran en torno al proceso penal, entre ellos los de la libertad y de la defensa, debería restringirse hasta su extensión mínima posible el recurso a las detenciones previas a la indagatoria.

De la misma manera, una práctica procesal democrática debería tender a nulificar todas las consecuencias de los actos que se realicen en condiciones de detención innecesaria, puesto que, al estar desvinculada instrumentalmente de los motivos que legitiman la excepción a la regla de la libertad, se trata de una detención ilegal. También debería proveer de sanciones, inclusive penales, por la violación de este estatuto de libertad.

5.6 LA PRISIÓN PREVENTIVA:

El problema radica en el alcance y los límites de las potestades del Juez para disponerla. Parece obvio señalar que no existe ningún ámbito de discrecionalidad respecto de este punto, ni podría existirlo, ya que los presupuestos de hecho que justifican esta medida están establecidos en la ley, y el ámbito de actuación del poder de decisión del Juez se limita a la valoración de sus presupuestos.

El código nacional establece un doble sistema para la procedencia de la prisión preventiva: una serie de pautas rígidas que establecen la detención obligatoria en los procesamientos por determinados delitos, en atención a la cuantía de la pena conminada; y una norma flexible que permite al Juez privar de libertad respecto de cualquier delito, cuando se presentan determinadas circunstancias. Éstas están establecidas en el art. 319 Cppn, que dispone: Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación respetándose el principio de inocencia y el art. 2 de este código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las

condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

La flexibilidad aquí establecida no importa otorgar facultad discrecional alguna; los supuestos de hecho que se prevén admiten una valoración razonada y no dependen de criterios o convicciones personales. La libertad del Juez se circunscribe a la valoración razonada de esas circunstancias.

El problema consiste en que, en realidad, la fórmula indicada describe el único principio legitimador en función de la norma constitucional que consagra la presunción de inocencia y la instrumentalidad estricta del arresto al aseguramiento del proceso- de la detención antes de una sentencia definitiva. En este sentido, sería más lógico eliminar las fórmulas de los arts. 312, 316 y 317 del Cppn y sustituirlas por la autorización a detener sólo cuando pudiera presumirse fundadamente que el imputado intentará eludir la acción de la justicia u obstruir el curso o las adquisiciones probatorias del proceso, autorización que jamás debería aplicarse en el caso de delitos de levísima entidad o en otras circunstancias especialmente desafortunadas, como los de pena natural, como rápido ejemplo.

Donde el ejercicio del poder se revela *ex parte populi*, el principio es la libertad y no la detención. Sólo en una práctica encallecidamente inquisitiva puede admitirse el principio contrario, que es el que informa la redacción de las normas procesales aplicables. Este principio de raíz represiva culmina con admitir la detención por delitos leves o en circunstancias de grave calamidad o marginación del imputado y en justificarla a través de una aplicación, en esencia discrecional, de la pauta del art. 319.

En qué se revela la discrecionalidad? En la frecuente invocación de situaciones baladíes (la nacionalidad) o de infortunio social (carencia de domicilio fijo o de trabajo), a veces ni siquiera acreditadas sino tan sólo presumidas, como supuestas evidencias del peligro de inconducta procesal.

Por el contrario, el sistema que guarda relación con el Estado de Derecho es exactamente inverso. La necesidad de la detención debe manifestarse en grado de impescindibilidad: no debe haber otro modo para asegurar el desarrollo o el fruto del proceso que privar de libertad. Y esa férrea e inevitable necesidad deben ser explicadas en relación a circunstancias que surjan de evidencias objetivas y no de prejuicios, presuposiciones o de la experiencia pasada del Juez en casos similares. En ésto reside aquí la racionalidad.

De allí que las reglas que atan la libertad a ciertos márgenes de pena comparten el mismo error: si es abstractamente razonable pensar que quien se encuentre sometido a una amenaza penal de cierta magnitud puede abrigar el propósito de evadirse o de obstaculizar el proceso, hasta allí se trata sólo de una presuposición abstracta, genérica, que se parece mucho a un prejuicio; del mismo modo puede pensarse que el color de la piel o la zona geográfica de residencia tengan el mismo efecto. Esas reglas legales se aproximan a la consagración del prejuicio y terminan convirtiendo al arresto en la regla y a la libertad en la excepción. Es por eso que su constitucionalidad es más que dudosa, y que un planteo racional de la problemática debería requerir no un pronóstico legal de inconducta, sino una valoración razonada de todas las pautas relevantes, para cada caso particular.

Aunque el art. 319 es susceptible de conducir a un examen racional de las circunstancias realmente pertinentes a la viabilidad del arresto, en la práctica ha dado resultados inversos, al haber abierto la puerta para decisiones no fundadas o fundadas en preconceptos o asunciones dogmáticas, que se vinculan algo más que vagamente con el concepto de discrecionalidad. Y se vinculan mucho más estrechamente con pretendidas políticas de seguridad que se convierten en la manifestación más clara de un derecho fundado en el esquema del amigo-enemigo, característico de los sistemas penales de emergencia, por naturaleza antidemocráticos.

CONCLUSIONES

A través del tiempo se han realizado un sin número de estudios , para poder definir lo que se conoce con el nombre de delito, mas sin embargo no se ha podido llegar a una definición universal, ya que en diversas culturas lo que para algunos hombres es permitido para otros esta prohibido, por lo que considere que una forma sencilla y concreta para poderlo definir seria, como los actos u omisiones que sancionan las leyes penales , aún y cuando existan juristas que no lo consideran así.

Todo delito es cometido por uno o varios sujetos los cuales deberán realizar determinadas conductas que encuadren en el tipo penal, y por consecuencia toda conducta delictiva será sancionada con una pena.

El estado realiza una función primordial en la impartición de la justicia, ya que devenga facultades esenciales al poder judicial, para aplicar la norma general al caso concreto, es decir, encuadra la conducta delictiva cometida por el o los sujetos a la norma establecida en la ley considerada como un delito, el poder judicial una vez que tiene conocimiento de la existencia de un delito , esta obligado a castigar al delincuente que lo ha cometido, en razón de que existe un sujeto pasivo que ha sufrido un daño o lesión.

El delito deberá reunir elementos esenciales para poder considerarlo como tal, es decir procederá de una conducta, que sea considerada como típica por la ley , antijurídica , imputable , culpable y punible.

La existencia de un delito en la sociedad conlleva a la creación del procedimiento penal, inicialmente conocerá del delito el Ministerio Público, para dar origen a la averiguación previa, a través de una denuncia o querrela, una vez integrada la averiguación previa el agente del ministerio público ejercitara la acción penal, consignada

la averiguación inicia el periodo de instrucción , fase en la que el juez determinara la situación jurídica del indiciado, posteriormente se ofrecerán pruebas para poder comprobar o no su responsabilidad en la comisión del delito, se rendirán conclusiones y se dará paso ala audiencia final, para así llegar ala sentencia, etapa en la que el juez dará por concluido el proceso penal.

El derecho penal basa sus principios en la aplicación estricta de la norma jurídica, es decir debe aplicar única y exclusivamente lo que la ley establece como tal , sin embargo en ocasiones faculta a las autoridades a que interpreten la propia norma jurídica , tal es el caso del estudio que realizo en esta tesis, basada en la ley adjetiva penal , derivado de que no existe una definición jurídica que delimite o determine claramente y sin ambigüedades que se conoce como riesgo fundado, esto permite que el ministerio publico utilice diversos criterios para poder ordenar la detención de un sujeto cuando se ha cometido un delito grave establecido así en el articulo 183 del código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato en su facción II.

Legalmente no existe una definición o bien una hipótesis que pudiéramos utilizar para considerar un riesgo como fundado, considero que el riesgo es un peligro incierto, que puede o no llegar a suceder , mas sin embargo el llamar algo como fundado es tener pruebas plenas para poder considerarlo como tal, la norma jurídica debe interpretarse de manera objetiva y no subjetivamente, de esta manera se evitaría la continuada apelación a la diversidad de criterios que con frecuencia se presenta por parte de los agentes del ministerio publico y del propio juez, para ello propongo que la fracción II del articulo 183 del código de procedimientos penales para el Estado de Guanajuato se reforme para quedar de la siguiente manera:

Fracción II : Que existe la certeza jurídica que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

De esta manera se evitaría la discrecionalidad de la ley y por consiguiente la norma jurídica seria concreta , y no abstracta.

BIBLIOGRAFÍA

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. **Derecho Penal**. Editorial Haría, México, 1998 P.p. 350.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoría General del Delito**. Editorial Argos México 1972. P.p. 1025.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I, 5ª edición. Editorial Porrúa. México 1958 P.p. 380.

CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lincamiento Elementales del Derecho Penal**. 34ª edición. Editorial Porrúa, México 1994. P.p. 607.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. 9ª edición, Editorial Nacional. México 1961. P.p. 900.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **Derecho Penal**. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990. P.p. 585

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. **Derecho Penal**. 24ª edición. Editorial Porrúa, México, 1991. P.p. 471.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. **Derecho Penal Mexicano**. Tomo I. 2ª edición. Editorial Porrúa. México 1977. P.p. 326.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. **Introducción al Derecho Penal**. 5ª edición. Editorial Porrúa. México 1997. P.p. 589.

MALO CAMACHO, Fernando. **Derecho Penal Mexicano**. Editorial Porrúa. México 1997. P.p. 486.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte general. 2ª edición. Editorial PPU. Barcelona, España 1985 P.p. 452.

MSUA Y OMEGA. **Derecho Penal**. 18ª edición. Editorial Reus. España 1929. P.p. 531.

ORELLANA WIARCO, Octavio. **Teoría del Delito**. 4ª edición. Editorial Porrúa. México 1997. P.p. 862

VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. 2ª edición. Editorial Porrúa, México 1960. P.p. 653.