



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309



**ESTABLECIMIENTO DEL DELITO DE
PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD COMETIDO
POR UN SERVIDOR PÚBLICO.**

TESIS

Que para obtener el título de :
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta :
MANUELA CANO GONZÁLEZ

Asesor : Lic. Francisco Gutiérrez Negrete

Celaya, Gto.

Agosto 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS MAESTROS:

Gracias a todos y cada uno de los catedráticos, por los conocimientos que me aportaron durante 5 años, por las experiencias relatadas y sobre todo por el cariño con el que me formaron para ser una profesionista lista para salir a pelear y a defender a los que creen en nosotros.

A EL LICENCIADO FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE:

Gracias por tomarse su tiempo al prepararme y orientarme en éste nuestro proyecto, porque sin su ayuda no hubiese podido realizarse y por enfrentarme a la vida profesional.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL

	Página.
1.1 Generalidades del derecho penal	1
1.1.1 Definición de derecho en general	2
1.1.2 Definición del derecho penal	3
1.1.3 El derecho penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo	4
1.1.4 El derecho penal sustantivo y el derecho penal adjetivo	6
1.1.5 Relaciones del derecho penal con otras ciencias y disciplinas jurídicas	7
1.1.6 Ciencia del derecho penal y dogmática jurídico-penal	9
1.2 La norma jurídica penal	12
1.3. Generales de la definición de delito	17
1.4 Elementos positivos del delito y aspectos negativos del delito	19

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

2.1 Conducta	21
2.1.1 Concepto de conducta	22
2.1.2 Forma de conducta	22
2.1.3 La acción es stricto sensu	23
2.1.4 Elementos de la acción stricto sensu	24
2.2 La omisión	25

2.2.1 Elementos de la omisión	26
2.2.2 Formas de la omisión	27
A) Omisión simple	27
B) Comisión por omisión	27
2.3 Ausencia de conducta	28
2.3.1 Vis absoluta	29
2.3.2 Vis mayor	29
2.3.3 Causas que nulifiquen la voluntad (Artículo 33, fracción I, del Código Penal para el estado de Guanajuato Vigente sustantivo)	30
2.4 Tipicidad y su ausencia	32
2.4.1 Principios generales de la tipicidad	32
2.4.2 Definición del tipo penal	33
2.4.3 Funciones del tipo	34
2.4.4 Elementos del tipo	35
2.4.5 Clasificación de los tipos	36
2.4.6 Falta de tipo y de tipicidad	39
2.5 La atipicidad	40
2.6 Antijuridicidad y su ausencia	41
2.6.1 Definición de antijuridicidad	41
2.6.2 Clases de antijuridicidad	42
2.7 Ausencia de antijuridicidad	44
2.7.1 Legítima defensa	46
2.7.2 Estado de necesidad	51
2.7.3 Ejercicio de un derecho	55

2.7.4 Cumplimiento de un deber	56
--------------------------------	----

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

3.1 Imputabilidad y su ausencia	57
3.1.1 Elementos de la imputabilidad	59
3.2 La inimputabilidad	61
3.2.1 Causas de inimputabilidad	63
3.3 Culpabilidad	63
3.3.1 Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad	64
3.3.2 Formas de la culpabilidad	65
3.4 El dolo	66
3.4.1 Especies de dolo	67
3.5 La culpa	69
3.6 Inculpabilidad	71
3.6.1 Inculpabilidad en el Código actual	74

CAPÍTULO CUARTO

LA PUNIBILIDAD

4.1 Noción de la punibilidad	76
4.1.1 Excusas absolutorias	77
4.1.2 Especies de excusas absolutorias	77
4.2 Definición de la pena	79
4.2.1 Fines y características de la pena	80
4.2.2 Clasificación de la pena	82

4.2.3 Catálogo de las penas	84
4.2.4 Medidas de seguridad	89
4.2.5 Catálogo de las medidas de seguridad	90

CAPÍTULO QUINTO

TIPO PENAL (PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD)

5.1 Definición del delito de secuestro	92
5.1.1 Elementos del delito de secuestro	96
5.2.1 Características del delito de secuestro	97
5.2 Delito de privación de la libertad	100
5.2.1 Elementos del delito de privación de la libertad	101
5.2.2 Características del delito de privación de la libertad	103

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN.

La realización de esta investigación consistirá en estudiar y tratar de llegar a resolver el problema con el que nos encontramos, es decir, con el delito de privación de la libertad, cuando este se lleva a cabo por una persona distinta a la que nos señala nuestra ley penal; así que para ello haremos uso de las materias jurídicas, como lo son: el derecho penal, la dogmática penal, la teoría del delito, de los delitos en particular y del derecho constitucional, las cuales nos ayudarán a estudiar y a desenvolver de una manera muy específica y sobre todo clara los temas de los capítulos que comprenden nuestro plan de trabajo, y los cuales llevarán un orden comenzando primeramente con las generalidades del derecho penal; elementos objetivos y subjetivos del delito, detallando también su aspecto negativo; la punibilidad y finalmente con los delitos de secuestro y de privación de la libertad, todo esto con la finalidad de llegar a una conclusión acertada de nuestro trabajo de investigación.

CAPITULO PRIMERO

DERECHO PENAL

SUMARIO: 1.1. Generalidades del Derecho Penal,- 1.1.1. Definición de Derecho en general.- 1.1.2. Definición del Derecho Penal.- 1.1.4. El Derecho Penal en sentido Objetivo y en sentido Subjetivo.- 1.1.5. El Derecho Penal Sustantivo y el Derecho Penal Adjetivo.- 1.1.6. Relaciones del Derecho Penal con otras Disciplinas Jurídicas.- 1.1.7. Ciencia del Derecho penal y Dogmática Jurídico Penal.- 1.2. La Norma Penal.- 1.3. Generalidades de la definición de Delito.- 1.4. Elementos Positivos del Delito y Aspectos Negativos del Delito.

1.1. GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL.

El surgimiento del derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad, ya que no puede concebirse a una sociedad sin la existencia de un orden de naturaleza jurídica, incipiente o elaborado, escrito o no escrito, pues sin ese orden reinaría el caos.

En un grupo social existen sentimientos de solidaridad, sin embargo a un lado de éstos surgen actos contrarios a la unidad de este grupo social. Como una reacción frente los valores de espíritu aparece el crimen, entorpeciendo el desarrollo pacífico de las sociedades y creando un estado de alarma y anarquía. Esta situación ha llevado a los hombres de todas las épocas a reaccionar contra el criminal, combatiéndolo de acuerdo con las costumbres del tiempo y lugar; la lucha contra el crimen es una necesidad que impone el deseo de vivir, innato en toda comunidad.

Las sociedades en su evolución crean el orden jurídico que consideran adecuado para lograr sus fines u objetivos y ese orden se traduce en leyes, es decir, que la represión del crimen se rige, necesariamente por un conjunto de normas jurídicas, que permitan conocer a sus destinatarios, sus derechos y obligaciones, ya sean los encargados de aplicarlas o bien se trate de aquellos que deban cumplirlas.

A partir del nacimiento de los Estados, el súbdito, el ciudadano, e incluso el destinatario de la propia ley, puede incumplirla y es entonces cuando el Estado, a través de sus órganos, busca imponer el orden jurídico violado, mediante los mecanismos que la propia ley señale.

1.1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO EN GENERAL.

Desde el punto de vista etimológico el derecho viene de la palabra “directum”, vocablo latino que, en sentido figurado significa lo que está conforme a la regla, a la ley. En las diversas lenguas modernas germánicas y latinas, se usa indistintamente la palabra derecho y la palabra recto, para significar el Derecho.

La palabra derecho se usa en dos sentidos. Significa: “una facultad reconocida al individuo por la ley para llevar a cabo determinados actos, o un conjunto de leyes, o normas jurídicas aplicables a la conducta social de los individuos”, esto en su primera acepción, y en su segunda acepción, significa el “conjunto de reglas o disposiciones que rigen la conducta de los hombres en sus relaciones sociales”. Por tanto, al conjunto de normas jurídicas, vigentes en un lugar y época determinados, se les llama el Derecho, y según la época o lugar, se agrega a la palabra un calificativo.¹

El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la convivencia entre los individuos respetándose unos a otros. Y de esta manera Fernando Castellanos en su libro titulado Lineamientos Elementales de Derecho Penal nos da una concepción de lo que es el Derecho, preceptuándolo de la siguiente manera:

“Como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado”.²

Otra de las definiciones que encontramos acerca del derecho es que éste es “Un conjunto de normas que regulan la conducta de los individuos en sociedad”, en la cual se encuentran dos elementos y el primero es que es “un conjunto de normas jurídicas”, esto es un conjunto de imperativos positivos o negativos, esto quiere decir, que ordenan o prohíben ejecutar una conducta, e impero atributivos, que imponen deberes y facultan a un sujeto para exigir el cumplimiento de una obligación. El segundo elemento es que esa regla de conducta va dirigida hacia todos los sujetos que integran el grupo social sin excepción alguna.

¹ MOTO SALAZAR EFRAÍN. Elementos de Derecho. ed. 26ª. Ed. Porrúa, México, 1980. p.p. 9

² CASTELLANOS FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. ed. 41ª. Ed. Porrúa. México, 2000. p.p. 17

1.1.2. DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL.

Al Derecho Penal lo podemos definir diciendo que es un “Conjunto de normas de derecho público interno que estudia los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes realicen conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos”.³

La división del derecho se da en dos grandes ramas: de Derecho público y de derecho privado, éste se apoya en la preponderancia de intereses que cada rama regula, así el derecho privado corresponderá a las relaciones jurídicas entre particulares y el derecho público corresponderá a la relación que se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido, es decir, se da entre el individuo y el Estado, en la comisión de un delito.

EL Derecho Penal es el “Conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley”.⁴ El derecho penal esta dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, es por eso que se le considera una rama de derecho público interno.

En consecuencia y ya para dar por terminado este apartado, citaremos esta última concepción de lo que es el Derecho Penal: “conjunto de normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido”. Pero también es el “conjunto de aquellas normas jurídicas que, en conexión con el derecho penal antes definido, vinculan al hecho cometido consecuencias jurídicas de otra naturaleza, para el castigo del hecho o para la prevención de los delitos futuros”.⁵

³ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ed. Porrúa. México, 1999. p.p.3-8

⁴ AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. Derecho Penal. ed. 2ª. Ed. Oxford. México, 2000. p. 13.

⁵ MEZGER EDMUND. Derecho Penal. Parte General. ed. 2ª. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1990. p.p. 27 a 28.

1.1.3. EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO.

Existen varias nociones de derecho penal que deben distinguirse para su adecuado manejo y comprensión, como lo son el derecho penal objetivo y el subjetivo.

El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas. Trátese de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que, además de imponer deberes, conceden facultades.⁶

El derecho penal subjetivo (*jus puniendi*) es una función del objetivo. Éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, pues siendo la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.⁷

El derecho penal objetivo, lo constituye el “conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen delitos y señalan las penas y medidas de seguridad, así como su forma de aplicación”.⁸

Dice Cuello Calón, que el Derecho Penal Objetivo es el “conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquéllos son sancionados”.⁹

Para Pessina es el “conjunto de principios relativos al castigo del delito”.¹⁰

Von Liszt lo define como “el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, a la pena como su legítima consecuencia”.¹¹

⁶ GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. ed. 55ª. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 36.

⁷ IDEM.

⁸ AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. Op.Cit. Supra. p. 14

⁹ CUELLO CALÓN. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Supra. p. 3

¹⁰ PESSINA. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. IDEM.

¹¹ VON LISZT. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. IDEM

Según Edmundo Mezger, el Derecho Penal Objetivo es el “conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica”.¹²

Y finalmente la definición de Raúl Carrancá y Trujillo que estima que el Derecho Penal, objetivamente considerado, es el “conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”.¹³

Se denomina derecho penal objetivo a la ley, es decir, al conjunto de normas que precisan los delitos, las penas y las medidas de seguridad.¹⁴

Ahora bien, una vez establecido lo que es el derecho penal en sentido objetivo, seguiremos con el derecho penal subjetivo y a éste se le considera que es “la protesta jurídica del Estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella”.¹⁵

El derecho penal en sentido subjetivo se identifica con el jus puniendi: que es el derecho a castigar.¹⁶ Que consiste en la facultad del Estado mediante leyes de conminar la realización del delito con penas, y, en su caso, de imponerlas y ejecutarlas. Para Cuello Calón “es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad”.¹⁷

En realidad, el Derecho Penal subjetivo, “es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad”.¹⁸

Así también en sentido subjetivo se dice que el derecho penal es la facultad o derecho del Estado para sancionar, castigar. El estado como ente soberano y dentro del marco de la propia ley le concede determinar qué conductas son delictivas y qué penas o medidas de seguridad deben aplicarse al delincuente.¹⁹

¹² MEZGER EDMUNDO. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. IDEM

¹³ CARRANCA RAUL Y TRUJILLO. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. IDEM

¹⁴ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Op. Cit. Supra. p. 9

¹⁵ AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. Op. Cit. Supra. p.14

¹⁶ DE MIGUEL GARCILÓPEZ ADOLFO. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Supra. p. 21

¹⁷ CUELLO CALÓN. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Supra. p. 22.

¹⁸ AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. Op. Cit. Supra. p.14

¹⁹ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Op. Cit. Supra. p. 7

Todo derecho subjetivo supone una facultad o potestad de su titular para hacer o dejar de hacer algo; por tanto, un derecho subjetivo presupone la existencia de un titular, una facultad y un tercero obligado a respetar la voluntad del titular. Así se puede definir como la facultad del Estado para prohibir las conductas consideradas como delitos, e imponer las sanciones penales a quienes las realizan.²⁰

1.1.4. EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.

Se dice que estamos frente a normas de derecho penal sustantivo, cuando nos referimos a los delitos, penas, y medidas de seguridad, es decir, a la materia, a la sustancia del propio derecho penal. Es por ello también que a éste se le denomina derecho material. Sin embargo, el catálogo de delitos que pueda contener un código requiere de un conjunto de normas que no deben aplicarse en forma arbitraria, sino de manera sistemática y ordenada; que permitan la aplicación de la materia a los casos concretos, para ello el camino a seguir en la imposición del derecho sustantivo es el de Derecho Adjetivo o Instrumental y, con mayor frecuencia, y para su mejor entendimiento Derecho Procesal Penal.

El derecho penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente; como bien lo señala el profesor Carlos E. Cuenca Dardón “Sin uno, el otro pierde su razón de ser: sin el Derecho procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta, porque no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial (o administrativa) correspondiente para exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin derecho, sustantivo, tampoco tiene razón de ser el derecho procesal, se convierte en un formalismo absolutamente hueco”.²¹

El derecho procesal suele definirse como el “conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares”.²²

El Lic. Francisco Gutiérrez Negrete en su cátedra de Introducción al Derecho Penal, dice que en todas las ramas del derecho siempre vamos a encontrar dos clases de leyes: la Sustantiva y la Adjetiva.

²⁰ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. DERECHO PENAL Parte General. (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la Teoría funcionalista del Delito Funcionalista Social), Ed. Porrúa, México 2003, p. p. 33-34.

²¹ CUENCA DARDÓN CARLOS E. Cit. por CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Supra p.p. 22 a 23.

²² CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Supra . p. 23.

La sustantiva que se refiere al derecho sustantivo, diciendo que es el conjunto de normas que regulan las instituciones jurídicas o situaciones jurídicas en que se colocan las personas. Y aquí se situará el Código Penal, que comprende la parte general y la parte especial. Y al derecho adjetivo como el conjunto de normas jurídicas que nos ayudan a aplicar con certeza el derecho penal sustantivo, en el cual se ubica el Código de Procedimientos Penales.

1.1.5. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS CIENCIAS Y DISCIPLINAS JURÍDICAS.

Como es bien sabido el derecho penal tienen relación con todas las ramas jurídicas e incluso las no jurídicas. Con algunas ese nexo es más fuerte, mientras que con otras es menor, pero con todas tendrá conexión en algún momento; además, existen relaciones entre el derecho penal y otras áreas del conocimiento humano que, sin ser jurídicas, resultan indispensables en un momento dado para resolver los problemas del derecho penal, es decir, el derecho penal es una parte del todo jurídico y por ende no se pueden negar sus íntimas relaciones con las demás ramas.

Derecho Romano. Es el antecedente directo del actual derecho mexicano, de modo que diversas instituciones actuales provienen de aquél y ambos guardan una relación estrecha.

Derecho Civil. Pertenece al derecho privado, diversas figuras y nociones del derecho civil forzosamente van aparejadas al derecho penal, pues éste implica conocer nociones civiles; por ejemplo, para entender la bigamia y el incesto se debe saber qué son el matrimonio, el parentesco, asimismo, para entender cualquier delito patrimonial se requiere conocer la noción civilista de patrimonio y la clasificación de los bienes.

Derecho Mercantil. Este como rama del derecho privado tiene una relación estrecha con el delito penal, pues en materias de sociedades mercantiles y títulos de crédito se presentan diversas figuras típicas.

Derecho Procesal. Las normas procesales constituyen el complemento indispensable del derecho penal sustantivo, pues el procedimiento penal es la consecuencia directa que ocurre una vez cometido el delito.

Derecho Constitucional. Este tiene por objeto establecer la forma y organización del estado y la fijación y límites a la actividad del poder público frente a los particulares, es decir, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

reconoce las garantías tanto individuales como de grupo, por ello incuestionablemente el derecho constitucional es quien señala al penal su órbita de acción, así como todo el derecho mexicano.

Derecho Administrativo. Diversos delitos acontecen en el ámbito administrativo; por otra parte, esta rama del derecho público prevé la organización de diversos organismos que atañen al derecho penal.

Derecho Agrario. En esta materia pueden ocurrir innumerables delitos, por ejemplo, el despojo de parcelas, otros ilícitos en materia de ejidos. Derivado de conflictos agrarios se cometen lesiones, homicidios.

Derecho del Trabajo. Las relaciones laborales dan origen al surgimiento de una gran variedad de delitos, como fraude en materia de salarios, de ascensos, plazas y prestaciones diversas, además lesiones, homicidios entre trabajadores y patrones.

Derecho Fiscal. En materia impositiva, es frecuente la defraudación fiscal y otros delitos especiales contemplados en el Código Fiscal de la Federación.

Derecho Internacional. Existen delitos en materia internacional que son objeto de estudio de esta rama del derecho. También se habla de un derecho penal internacional así como de un derecho internacional penal.

Filosofía. En esta área del conocimiento humano, no jurídica, existen fundamentos que dan luz al derecho penal, como la valoración de determinados bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, argumentaciones acerca de la muerte. La axiología es esencial párale derecho penal.

Sociología. El comportamiento criminal, el delito y la pena tienen en su explicación un fundamento sociológico. Con base en la sociología es posible entender y quizá prever el delito y ciertas conductas que, sin llegar a ser delictivas, afectan seriamente a la sociedad. El estudio del grupo social y su comportamiento es vital para el derecho penal y ciencias afines.

Psicología. Mediante aportaciones de la Psicología es posible analizar el comportamiento humano para entender el porqué del delito. En materia procesal, el estudio de la personalidad del delincuente se basa en la Psicología. El estudio del carácter, del temperamento y de la personalidad es esencial para comprender al hombre en su manifestación externa de comportamiento.

Psiquiatría. La aportación de esta ciencia en materia penal es de valor incalculable pues ayuda al juez a resolver los problemas derivados de la comisión de los delitos por parte de los inimputables.

Medicina Forense. Esta rama de la medicina en general coadyuva en la investigación de determinados delitos, como lesiones, aborto, infanticidio, homicidio, violación, abusos eróticos sexuales, etc., con lo cual logra una adecuada y más justa administración de justicia, pues esclarece las dudas que se le presentan al derecho penal.

Criminalística. Al igual que la medicina forense, esta disciplina, basada en conocimientos científicos, es de una ayuda invaluable en la investigación del delito. Balística, dactiloscopia y retrato hablado son algunos de los ejemplos de las valiosas aportaciones de dicha disciplina.

Criminología. Esta ciencia, no jurídica, que estudia la conducta antisocial y el delito, así como el autor de éste, desde un punto de vista distinto del normativo, se considera básica en el análisis del derecho penal, pues permite examinar las causas del delito y la personalidad del delincuente.

1.1.6. CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

La ciencia del derecho penal tiene como objeto de estudio al derecho penal; es decir, los preceptos contenidos en las leyes penales.

Para Eugenio Cuello Calón, la ciencia del derecho penal “es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad”, como la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y al delincuente como sujeto activo, y por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden (Alimena); como la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado (Berner, Brusa); o, como la generalización ideal del Delito y de las prescripciones particulares de la ley, elevándose hasta las concepciones particulares de la legislación y penetrando hasta sus últimos principios para formar un sistema cerrado (Liszt). Quiere decirse que en tanto que el Derecho Penal procede mediante el análisis de categorías jurídicas concretas, de pura técnica en relación con los conceptos del delito, delincuente y pena, según la legislación, la ciencia del derecho penal procede sistematizando dichos conceptos para lograr una noción universal y abstracta del delito y, mediante el método científico, o sea el jurídico, abarca el delito como fenómeno humano, social y

jurídico, al delincuente como un ser corpóreo y no un ente conceptual y a la pena como una consecuencia política y social del delito, aplicada según los fines que con ellas se persiguen.

Liszt descubre en esta ciencia dos atributos: que es práctica porque trabaja continuamente para satisfacer las necesidades de la administración de la justicia creando siempre nuevos frutos; y es sistemática porque sólo así garantiza el dominio seguro y diligente sobre todas las particularidades sin el que la aplicación del Derecho no pasaría de ser un eterno diletantismo.²³

La auténtica Ciencia del Derecho Penal es la Dogmática; es decir; la ciencia normativa y finalista que se ocupa de la ley penal, del delito, del delincuente y de la sanción.²⁴ Bajo este esquema, la norma debe ser captada como un dogma, el tratamiento dogmático requiere de la existencia de una ley, sobre la que no se va a establecer controversia en cuanto a su contenido, sino sólo va a fijar la mecánica para encontrar su verdadera voluntad, mediante la construcción de un sistema. Las operaciones necesarias para alcanzar el resultado concreto son: la descripción y el aislamiento de cada figura jurídica; la comparación, jerarquización y agrupamiento de ellas para inducir principios generales o criterios sistemáticos y distribuidos.

El término “dogmática” se deriva del vocablo griego *dogma*, que significa opinión, disposición o proposición doctrinal sobre la interpretación de los preceptos del derecho positivo.²⁵ Roxin considera que la dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal.²⁶

La dogmática jurídico-penal se encarga de analizar el delito, el delincuente y la pena desde el punto de vista normativo, en otras palabras: los estudia en función de la regulación jurídica aplicable.

²³ CARRANCA RAUL Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO (Parte General), ed. 12ª, Ed. Porrúa, México, D.F., 1997, p. 24.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASUA LUIS. Cit. por GONZALEZ QUINTANILLA JOSE ARTURO. Derecho Penal Mexicano. ed. 2ª. Ed. Porrúa, México, 1993. p.126.

²⁵ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. Supra. p.p. 33-34.

²⁶ IBIDEM, P. 34

En efecto, la ley traza un marco lingüístico descriptivo, y corresponde a la dogmática penal precisar si esa norma jurídico-penal se puede aplicar al caso concreto. Para realizar esta tarea, la dogmática ha desarrollado previamente una serie de criterios y teorías que ayudan a interpretar la ley, y con ello establecer los alcances que tiene el texto legal.²⁷

Por tanto, la dogmática jurídico-penal tiene como función la “interpretación del derecho penal positivo”. Luego entonces, desentraña el sentido de los preceptos jurídico-penales vigentes, crea principios y conceptos, los cuales ordena y relaciona sistemáticamente, permitiendo la comprensión de la norma penal en particular y del derecho penal en general, y sobre todo, marcando la dirección a seguir y el fin por alcanzar con su aplicación.²⁸ De ahí que la labor del dogmático consiste en exponer y difundir los conocimientos necesarios para el análisis, la interpretación y la aplicación del derecho penal para determinar cuándo estamos ante la comisión de un delito.

La dogmática no se limita al análisis gramatical del texto de la ley (normativo) y su sistematización (relación entre los diferentes artículos de la ley penal o interpretación sistemática), sino que atiende a sus fines (axiológico) y a su funcionamiento en la realidad social, con la cual la dogmática delimita los alcances de la ley penal y se convierte en un “medio de comprensión del derecho penal positivo”.²⁹ Es decir a través de la dogmática jurídico-penal no sólo se precisa el contenido de la ley penal para su aplicación, sino también se desentraña el fin de la ley y se adecua a la realidad social.

La dogmática en el ámbito penal, adquiere una significación muy especial, sirviendo de material conductor para encontrar las soluciones más satisfactorias ante la necesidad de tomar decisiones en los conflictos jurídicos. Para la dogmática, la ley es ley y se debe respetar; sin embargo, cuando el dispositivo legal está en contradicción con los valores existentes, sin renunciar al mandato, se deben buscar soluciones adecuadas axiológicamente, dándole una implementación al derecho legislado acorde a las cambiantes circunstancias fácticas y a las variaciones sociales, siempre a la sombra de las normas positivas.

El sentido de la dogmática no está en la fijación de lo que ya de por sí establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar un estrado de reflexiones, de fundamentos, de valoración de relaciones con el que el material

²⁷ IBIDEM. p. p. 34-35

²⁸ IBIDEM. p. 35

²⁹ IDEM.

jurídico es controlado y elaborado por la aplicación más allá de su valor como dato inmediato.³⁰

1.2 LA NORMA JURÍDICA PENAL.

La más antigua de las instituciones sociales es la familia; sus integrantes aprenden en su seno las primeras reglas de comportamiento, como son: la cortesía, moral y religión. Sin embargo, el particular gozará de libertad para obedecer dichas normas en sus relaciones sociales. El comportamiento del particular tendrá como resultado el establecimiento de una relación, que podrá desembocar en su aceptación o rechazo dentro de un grupo social determinado. A esto se le conoce como medio de control social informal frente al cual el Estado sólo está facultado para garantizar la libertad de elección del particular y velar por la coexistencia pacífica de dichos grupos sociales.

Pero existen ciertas conductas de los individuos que se rigen por las normas establecidas en la sociedad, pero cuya dirección y vigilancia no se puede dejar exclusivamente al autocontrol social, pues ello crearía tal inseguridad que impediría su desarrollo. Las conductas de los individuos regidas por la sociedad son de tal importancia, que reclaman la intervención del Estado para, haciendo uso del poder delegado por el pueblo, emitir un ordenamiento jurídico con el fin de dirigir esas dichas conductas y evitar conflictos o dirimirlos pacíficamente cuando se presentan. De ahí que el derecho sea considerado como un medio de control social formal que deberá ajustarse en cuatro principios fundamentales: libertad; justicia; seguridad, y bienestar. Por esta razón, las normas jurídicas están dirigidas a todos los miembros de la sociedad; en otras palabras dichas reglas de comportamiento o normas jurídicas deben ser observadas por todos y cada uno de los miembros de la sociedad sin importar si son indígenas, mestizos criollos; católicos o protestantes; conservadores o liberales, ricos o pobres.

La norma jurídica es una proposición expresada de forma lingüística en la que se describen las características generales de un conducta o situación a la cual se asocian consecuencias jurídicas.

Las conductas valiosas para la vida en la sociedad, están regidas por una serie de formalidades previstas en las normas, cuyo cumplimiento o adecuación originan determinados derechos y obligaciones para el titular y, además tiene repercusiones con respecto a terceros; por ello, dichas normas se pueden

³⁰ LUHMANN, NIKLAS Cit. por GONZALEZ QUINTANILLA JOSE ARTURO. IBIDEM. p. p. 130 y 134.

denominar como normas de conducta debida, ya que establecen cómo deberían comportarse los individuos al desarrollar determinadas relaciones sociales.

En los apuntes del Catedrático el Licenciado Francisco Gutiérrez Negrete nos dice que la Norma Jurídica “es la regla de conducta de observancia obligatoria”, es regla de conducta porque es un modelo de conducta a seguir en una colectividad de manera pacífica y es de conducta , pues porque es una manifestación de la voluntad y esto se traduce en movimientos positivos o negativos que realiza el individuo hacia el exterior. Luego entonces mientras no haya voluntad no hay conducta.

Tipos de Normas:

- a) **Morales:** Son aquella que se orientan en la vida del hombre a practicar el bien y evitar el mal.
- b) **Religiosas:** son las que regulan la conducta del hombre, señalándole sus deberes para con Dios, para consigo mismo y para con sus semejantes.
- c) **Sociales:** De trato social o convencionalismos, tienen por objeto hacer más llevadera la convivencia social, evitando situaciones impropias, y son referentes a la urbanidad, el decoro, cortesía, etc.

La norma jurídica tiene las siguientes características:

- 1) **Externa.-** porque regula la conducta externa del hombre, es decir la adecuación de la misma ante la comunidad social, a fin de observar los valores colectivos que existen.
- 2) **Bilateral.-** porque además de conceder derechos causa obligaciones de manera recíproca.
- 3) **Heterónoma.-** porque son creadas por un sujeto distinto al destinatario de la norma y que ésta además puede ser impuesta aún en contra de su propia voluntad por los órganos del estado.
- 4) **Coercible.-** porque la norma debe ser cumplida aún contra la voluntad del obligado, es decir que en caso de inobservancia es posible hacerla cumplir

mediante el uso de la fuerza, y el infractor puede hacerse acreedor a una sanción.

Los elementos de la norma son:

1.- **El postulado de hecho, supuesto, presupuesto hipotético:** consiste en la descripción de la conducta que tenemos que observar para poder vivir pacíficamente en la colectividad.

2.- **La consecuencia:** que es la sanción.

Ahora bien la norma jurídica penal no difiere de la norma jurídica en general, como lo veremos a continuación.

No obstante, existen ciertas conductas que alteran gravemente la vida en sociedad porque lesionan bienes fundamentales, y a estos se les califica como delitos. El estado a través del legislador, es el encargado de identificar cuáles son dichas conductas con el fin de evitarlas, y en su caso, sancionarlas.

El legislador describe lingüísticamente las conductas consideradas como delitos en la ley, y establece una sanción (pena o medidas de seguridad) como consecuencia jurídica; así la formulación de la norma penal es “A quien realice la conducta X le será impuesta una sanción B “. ³¹

A diferencia de las normas de conducta debida, las normas penales se formulan legalmente como normas de conducta prohibida y penada, es decir, en las normas penales se describe la conducta cuya realización tendrá como consecuencia la imposición de una pena.

La sanción (pena o medida de seguridad) es la más grave con que cuenta el Estado, y tradicionalmente consistía en una pena privativa de libertad, de ahí la denominación de norma penal; pero en los últimos tiempos se han incorporado las medidas de seguridad. De cualquier forma, sólo las normas penales tienen como consecuencia la imposición de una pena o medida de seguridad, y ello se convierte en su signo distintivo, pues las demás normas jurídicas, es decir, civiles, administrativas, fiscales o laborales, tienen otras consecuencias jurídicas.

³¹ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Supra. p. 22

La norma penal establece cuales son las conductas delictivas y su sanción, pues esta se integra con todos los presupuestos que deben concurrir en una conducta para ser considerada como delito e imponer una sanción. Lo anterior no siempre puede estar descrito en un solo artículo o precepto jurídico, y se necesita interrelacionar varios de ellos para establecer la norma penal; es decir, las normas jurídico-penales se integran interrelacionando los artículos de las leyes penales, pues las conductas prohibidas penalmente no sólo están previstas en el Código Penal, sino también en otras leyes.³²

Las normas jurídicas se dividen tradicionalmente en públicas y privadas. La naturaleza del derecho penal es de carácter público, pues sólo el Estado, como institución pública, está facultado para crear y aplicar las normas penales, en las cuales se describen conductas que se quieren evitar, por lesionar gravemente bienes jurídicos fundamentales, estableciendo la pena que se impondrá a quien las realice. Dichas sanciones son de carácter público, y se caracterizan por ser las más graves con que cuenta el Estado para reprimir, como son la privación de la libertad (prisión) o las llamadas medidas de seguridad. Por todo ello, la naturaleza de las normas penales es pública, porque el Estado es el único facultado para emitir las y aplicarlas.³³

Cuando el legislador penal plasma normas penales en la ley, pretende llamar la atención o poner sobre aviso a los ciudadanos para que eviten la comisión de esos delitos, es decir, los conmina a realizar conductas descritas y a la vez los amenaza con la sanción que impondrá a quien desobedezca; ello se traduce en un imperativo normativo a través del cual se busca determinar o influir en la toma de decisión del individuo al realizar su conducta.

La mayoría de los ciudadanos desarrollan su vida social observando comportamientos sustentados en reglas de conducta establecidos por la misma sociedad, los cuales tienen un trasfondo moral, ético o religioso. Estos principios son los que en primera instancia influyen en el comportamiento social. Si la mayoría de los ciudadanos no privan de la vida a otro es porque piensan en la sanción, sino porque hay un mecanismo valorativo interior que le impide llevar a cabo esa conducta. De ahí la expresión “va contra mis principios”.³⁴ Y también existen ciertas conductas tan dañinas para el desarrollo de la vida social que requieren de la intervención estatal. En estos casos el derecho penal tiene como función, reforzar esos principios a través de una llamada de atención al sujeto que no le fueron suficientes dichos principios sociales para hacerle saber que con esa actitud también se hará acreedor a una pena, pero como para toda regla existe

³² IBIDEM. p. 25

³³ IDEM.

³⁴ IBIDEM. p. 26

una excepción no todas las normas penales coinciden con valores o principios fundamentalmente arraigados por la sociedad ya que estos no fundamentan al derecho penal , sino la protección de los bienes fundamentales para la sociedad. Así la denominada función de llamada de atención se puede interpretar como un mensaje de confianza hacia el ciudadano, pues sabrá que sólo cuando realice las conductas delictivas podrá ser sancionado penalmente, y no en otros supuestos; y ese efecto de confianza en el ciudadano se debe traducir en la seguridad de que sus bienes jurídicos fundamentales están protegidos por normas que prevén sanciones penales para quienes los lesionen gravemente.

Por tanto la norma penal tiene como función, llamar la atención de quien va a delinquir para tratar de determinar su decisión hacia la no comisión del delito; por otra parte no sólo servirá de llamada de atención o aviso al particular para evitar su comisión, sino también se convierte en una prescripción dirigida al juez para que imponga la sanción a quien haya realizado la conducta prohibida.

Así también la norma penal como la jurídica consta de dos elementos o partes:

- a) El precepto, y
- b) La sanción.

Al precepto se le denomina; precepto primario y contiene la figura delictiva, y funciona:

- 1) En forma positiva, es decir, manda, ordena.
- 2) En forma negativa, conteniendo una prohibición.

En cuanto a la sanción por su parte esta abarca la punibilidad.

La norma penal se dirige a todos aquellos individuos sin distinción de ninguna especie, que tienen obligación de acatar, de obedecer las leyes penales.³⁵

³⁵ PORTE PETIT CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. ed. 19ª. Ed. Porrúa. México, 2001. p.p. 109-110.

1.3. GENERALIDADES DE LA DEFINICIÓN DE DELITO.

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

Existen tantas definiciones del delito, que ha sido en vano tratar de producir una definición universal para todos los tiempos y lugares. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas, y al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. Pero a pesar de tales dificultades, es posible caracterizar al delito jurídicamente, que es el que atiende sólo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

El delito, como noción jurídica, se contempla en dos aspectos:

- a) Jurídico Formal.- que se refiere a la entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

La verdadera noción formal del delito la suministra la ley positiva mediante la amenazas de una pena para la ejecución o la omisión mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, pues formalmente, expresan, el delito se caracteriza por su sanción penal; sin una ley que sancione a una determinada conducta, no es posible hablar del delito, más sin embargo en ésta definición formal no siempre puede hablarse de la pena como medio eficaz de caracterización del delito.

- b) Jurídico sustancial.- Consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el delito. Las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido.

La dogmática en el Delito es la que suministra la ley mediante la amenaza de la pena. Lo que realmente caracteriza al delito es su sanción penal; sin ley que lo sancione no hay delito por muy inmoral y socialmente dañosa que sea una acción, si su ejecución no ha sido prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituirá delito. De aquí que en su aspecto formal puede este definirse como la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, pero esta noción del delito, especialmente formal, es suficiente

para satisfacer necesidades de la practica, no enseña cuales sean sus caracteres o aspectos distintivos. Estos aspectos son:

1) El delito es un acto humano, es una acción u omisión, así que cualquier mal o daño por graves que sean sus consecuencias individuales o colectivas, no podrá ser representado como delito si no tiene su origen en una actividad humana; los hechos de los animales, los acontecimientos fortuitos ajenos al obrar humano no pueden constituir delito.

2) Dicho acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en oposición con una norma jurídica, debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido. Pero no basta la mera contraposición de la norma jurídica, no toda acción antijurídica constituye delito, es preciso que corresponda a un tipo legal; definido y conminado por la ley con una pena ha de ser un acto típico, así pues el acto debe ser no sólo antijurídico, sino de una antijuridicidad tipificada.

3) El acto ha de ser culpable, imputable a dolo o culpa y una acción es imputable cuando puede ponerse a cargo de una determinada persona.

4) La ejecución o la omisión del acto debe estar sancionada con una pena, sin la conminación de una penalidad para la acción o la omisión no existe delito.

Si concurren estos aspectos esenciales (acción, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad) hay delito, si falta alguno de ellos no existe un hecho punible.

Pero la consideración de estos aspectos o notas integrantes del delito no significa, como reiteradamente afirman muchos penalista, una negación de unidad. El delito es un todo que no puede desintegrarse en elementos distintivos, es un todo unitario que presenta diversos aspectos o facetas. El estudio específico de cada uno de estos no es más que una exigencia de método que permite un más hondo conocimiento de la entidad del delito.

El delito en su esencia es una lesión de bienes o intereses jurídicos o un peligro para ellos. Se entiende por bien jurídico todo aquello de naturaleza material o incorporal, que sirve para la satisfacción de necesidades humanas individuales o colectivas. El bien jurídico es el objeto de la protección penal y al mismo tiempo el objeto del ataque delictuoso ya tienda éste a destruir o menoscabarlo o simplemente a ponerlo en peligro. Este concepto del delito explica claramente su contenido material (lesión o peligro), señala la finalidad del ordenamiento punitivo

(protección de bienes jurídicos) y es base de la sistematización de los delitos en la parte especial del derecho penal.³⁶

1.4 ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

La teoría del delito contempla los elementos positivos del delito que resultan fundamentales para su conformación, así en tales términos encontramos a la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y la condicionalidad objetiva y a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que viene a ser la negación de aquél; es decir, que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto, al delito. Y los cuales se exponen en el orden señalado con el fin de cumplir la función metódica desde el principio hasta el final, es decir cada uno de los conceptos requiere analizarse según dicho ordenamiento para así lograr un sistema que permita un hecho calificado como delito.

ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS

1) Conducta	1) Ausencia de conducta
2) Tipicidad	2) Atipicidad
3) Antijurídica	3) Causas de justificación o licitud
4) Imputabilidad	4) Inimputabilidad
5) Culpabilidad	5) Inculpabilidad
6) Punibilidad	6) Excusas absolutorias

Así de acuerdo a nuestro derecho Positivo Mexicano, en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo séptimo define al delito como el “acto u omisión que sancionan las leyes penales”; así la conducta o hecho se obtienen de este artículo y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal.

La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal.

La antijuridicidad se presentará cuando el sujeto no esté protegido por una causa de licitud. (Artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato).

³⁶ CUELLO CALON EUGENIO. DERECHO PENAL TOMO I. (PARTE GENERAL), ed. 9ª, Ed. Edinal, México, 1961. p.p. 255-258.

La imputabilidad se presenta cuando ocurre la capacidad de obrar en el Derecho Penal, es decir, que no se presente la causa de inimputabilidad que se encuentra descrita en la fracción séptima del artículo 33 de la Ley Penal vigente en el estado de Guanajuato, luego entonces habrá culpabilidad de acuerdo a los artículos 12, 13 y 14 primer párrafo de nuestra ley penal para el estado de Guanajuato que a la letra dicen:

Artículo 12: “ Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa”.

Artículo 13: ” Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible”.

Artículo 14: “ Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales”.

La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo, consiguientemente las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal; pueden o no presentarse.³⁷

³⁷ www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/almedia/Cap2.htm

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

SUMARIO: 2.1 Conducta.- 2.1.1 Concepto de Conducta.- 2.1.2 Formas de Conducta.- 2.1.3 La acción Stricto Sensu.- 2.1.4 Elementos de la Acción Stricto Sensu.- 2.2 La Omisión.- 2.2.1 Elementos de la Omisión.- 2.2.2 Formas de la Omisión: A) Omisión Simple, B) Comisión por Omisión.- 2.3 Ausencia de Conducta.- 2.3.1 Vis Absoluta.- 2.3.2 Vis Mayor.- 2.3.3 Causas que nulifiquen la voluntad (Artículo 33, fracción I, del Código Penal Sustantivo).- 2.4 Tipicidad y su Ausencia.- 2.4.1 Principios Generales de la Tipicidad.- 2.4.2 Definición de Tipo Penal.- 2.4.3 Funciones del tipo.- 2.4.4 Elementos del Tipo Penal.- 2.4.5 Clasificación de los Tipos.- 2.4.6 Falta de Tipo y Tipicidad.- 2.4.7 Ideas Generales de la tipicidad y del tipo.- 2.5 La Atipicidad.- 2.6 Antijuridicidad y su ausencia.- 2.6.1 Definición de antijuridicidad.- 2.6.2 Clases de Antijuridicidad.- 2.7 Ausencia de Antijuridicidad.- 2.7.1 Legítima defensa.- 2.7.2 Estado de Necesidad.- 2.7.3 Ejercicio de un Derecho.- 2.7.4. Cumplimiento de un deber.

2.1 CONDUCTA.

La conducta es el primer elemento que requiere el delito para poder existir, a esta se le conoce con varias denominaciones como son: acción, hecho, acto o actividad. También se puede decir que es un comportamiento voluntario que en ocasiones puede tener ante el Derecho Penal, responsabilidad, imprudencia o preterintención. Y para emplear este elemento del delito, los autores emplean diversos vocablos como lo son: acción, acto, acaecimiento, conducta o hecho. Y respecto del hecho Jiménez de Asúa, manifiesta: “El primer carácter del delito es ser un acto. Y se emplea la palabra acto y no hecho, porque hecho es todo acontecimiento de la vida y los mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta, es decir este acto no es otra cosa sino una conducta voluntaria que produce un resultado, pues el derecho no regula hechos en general, sino sólo la conducta humana, siendo ésta una especie de hecho.”³⁸

La conducta solo la puede adoptar el ser humano, porque él es el único capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo, por tanto se descartan todas las creencias respecto de a si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

³⁸ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. Teoría del Delito. ed.. 11ª. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 85.

2.1.1. CONCEPTO DE CONDUCTA.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, exterior, positivo o negativo, encaminado a un propósito; si es positivo consistirá en uno o varios movimientos corporales productores de un resultado como efecto, siendo ese resultado un camino o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico y este comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas; si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado; es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y es encaminado a un propósito porque tiene una finalidad al realizarse la acción o bien la omisión.³⁹

Y solo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal, ya que el acto u omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente el sujeto activo es acreedor de las infracciones penales; pues es el único ser capaz de voluntariedad.⁴⁰

La conducta como establece el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 7 “es un comportamiento humano voluntario activo o negativo que produce un resultado.

2.1.2. FORMAS DE CONDUCTA

Acto y omisión escribe el profesor Carrancá y Trujillo, son las dos únicas formas de manifestarse la conducta humana que pudiera constituir delito. Ambos conforman la acción lato sensu, son especies de ésta. El acto o acción estricto sensu, en su aspecto positivo y la omisión en su aspecto negativo. El acto consiste en una actividad positiva, en un hacer lo que no se debe hacer, en un comportamiento que viola una norma que lo prohíbe; la omisión es una actividad negativa, es un dejar de hacer lo que se debe hacer, es un omitir obediencia a la norma que impone un deber de hacer. Ambos son conducta humana, manifestación de voluntad que produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior.⁴¹

³⁹ www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/almedia/Cap2.htm

⁴⁰ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 149

⁴¹ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL. Derecho Penal Mexicano. ed. 21ª. Ed. Porrúa. México, 2001. p. 292

Así también nuestro Derecho Positivo Mexicano, en el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo séptimo, nos dice que el delito es “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, de donde se desprende el elemento conducta, pudiéndose presentar las dos formas de conducta que ya mencionadas: La acción y la Omisión.

La acción “consiste en la conducta exterior voluntaria (hacer activo u omisión) en caminata a la producción de un resultado, ya consiste éste en una modificación del mundo exterior o en el peligro de que ésta llegue a producirse.”⁴²

Franz Von Liszt definía que la omisión consiste en “no impedir voluntariamente el resultando, agregando que la manifestación de voluntad consistía en no haberse realizado (y que fuera realizable).”⁴³

Así también la Omisión radica en un abstenerse de obrar o simplemente en realizar la conducta típica con abstención de actuar no hacer o dejar de hacer. Esta es una forma negativa de la acción. Nuestro Código Penal para el Distrito Federal Vigente establece en su párrafo segundo del artículo 7: “En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.”⁴⁴

2.1.3 LA ACCION EN STRICTO SENSU.

Debemos entender a la acción en dos sentidos. En sentido amplio “consiste en la conducta exterior voluntaria (hacer activo u omisión) en caminata a la producción de un resultado, ya consista éste en una modificación del mundo exterior o en el peligro de que ésta llegue a producirse”.

En sentido estricto “consiste en un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado , consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca, pues la acción exige además de voluntad en el agente, una actividad corporal”.

⁴² LOPEZ BETANCOURT EDUARDO.Op. Cit. p. 85.

⁴³ ORELLANA WIARCO OCTAVIO A. Teoría del Delito (Sistemas causalista, finalista y funcionalista). ed. 13ª. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 139.

⁴⁴ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 153.

El acto o la acción, *strictu sensu*, es todo un hecho voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o poner en peligro dicha modificación.

Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible.⁴⁵

En la acción *stricto sensu* o acto, la conducta humano manifestado por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o ato; por ellos se la ha denominado voluntad de causación. No incluye, por tanto, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios, ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible que hoy se llama actividad o inactividad voluntaria, y por no constituir movimiento corporal, tampoco incluye los pensamientos, las ideas o intenciones.⁴⁶

2.1.4 ELEMENTOS DE LA ACCION STRICTO SENSU.

La conducta de acción tiene tres elementos: Movimiento, Resultado y Relación de causalidad.

El primer elemento de la acción es el movimiento o actividad corporal, sin olvidar como precedente a la voluntad del sujeto, la que constituye el aspecto subjetivo de la acción.

La voluntad es la facultad que tiene únicamente los seres racionales de gobernar libre y conscientemente sus actos externos e internos. Así pues también es el querer por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención del sujeto activo.

⁴⁵ IBIDEM, p. 152

⁴⁶ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL. Op. Cit. p. 277

Al movimiento corporal también se le puede denominar actividad y ésta consiste en el hacer o actuar, es el hecho positivo encaminado a producir el ilícito.

En cuanto al segundo elemento de la acción que es el resultado, este debe ser sancionado por la Ley Penal, es decir, deberá configurar un delito descrito y penado en la ley, es pues la consecuencia o fin de la conducta desarrollada por el agente.

Maggiore define al resultado como la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, es decir, el resultado es el efecto voluntario en el mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa. El resultado solo alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito.

Y como último elemento de la acción tenemos la relación de causalidad que se da entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta, y dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse a la causa.

Se insiste que el nexo causal debe ser material, ya que si es moral, espiritual o psicológico, será irrelevante para el derecho penal, pues quien desea matar o cometer cualquier otro ilícito debe actuar de manera que el medio o los medios elegidos para tal propósito sean objetivos, y por tanto idóneos; se requiere que el sujeto activo los materialice para lograr el resultado típico, y se concluye diciendo que el resultado debe ser material y depender de la voluntad del agente para que se pueda dar la relación de causalidad.⁴⁷

2.2 LA OMISIÓN

La omisión como lo mencionamos es un no hacer activo, corporal voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal; y en consecuencia no son omisiones penalmente relevantes las inactividades forzadas por un impedimento legítimo ni todas las que no estén tipificadas penalmente. La omisión puede ser material o espiritual según deje de ejecutarse el movimiento

⁴⁷ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. pp. 87-97.

corporal esperado o según que se ejecute, pero sin tomar las debidas precauciones jurídicamente exigidas.⁴⁸

En los delitos de omisión no existe resultado material, no se produce una alteración en el mundo físico, se dice que su resultado es jurídico y no material como en el caso de la acción, ya que la ley señala el deber jurídico de ejecutar determinada conducta que el sujeto no realiza.⁴⁹

La omisión, dice Cuello Calón, es la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar. Los tipos omisivos son los que describen la conducta que no coincide con la conducta debida. Maggiore dice que la omisión es toda conducta humana, dolosa o culposa, que sin necesidad de una acción material, produce algún cambio en el mundo exterior. Estos delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado.

Esta omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad; y para que esta omisión interese al Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo.⁵⁰

2.2.1 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN.

Los elementos de la omisión consisten en: una manifestación o acto de voluntad, una conducta pasiva o la inactividad corporal voluntaria, un deber jurídico de actuar u obrar y un resultado típico jurídico.

Como referencia del primer elemento tenemos la manifestación de la voluntad que se traduce en un no actuar o un no efectuar la acción ordenada por el Derecho.

Ahora bien la inactividad corporal voluntaria , está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

El deber jurídico de obrar, se encuentra en la norma penal, la omisión incumple mandatos de hacer establecidos en los tipos penales, sin un resultado

⁴⁸ CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL. Op. Cit. pp. 292-293

⁴⁹ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Curso de Derecho Penal (Parte General). ed. 2ª. Ed. Porrúa. México, 2001. p. 174

⁵⁰ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. pp. 99-100

material, sino jurídico, por tratarse de normas preceptivas. Dicha omisión integra el delito, porque la no realización de una acción exigida por la ley, agota a los delitos de omisión.

El resultado típico jurídico de la omisión debe traer como consecuencia la descripción de un tipo penal descrito en la ley y sancionado por la misma.

La no realización de la conducta, debe ser así, voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar.

Los delitos de omisión, al igual que los de acción, pueden lesionar bienes jurídicos tutelados por el derecho, o solamente ponerlos en peligro.⁵¹

2.2.2 FORMAS DE LA OMISIÓN.

La omisión se clasifica en dos formas: la omisión simple o propia y la omisión impropia o comisión por omisión.

A) OMISIÓN SIMPLE.- Porte Petit estima como elementos de la omisión propia: a) Voluntad, o no voluntad; b) Inactividad y c) Deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico. Afirma que la omisión simple consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico.⁵²

Los delitos de omisión simple, únicamente ponen en peligro bienes jurídicos, no los dañan o destruyen. Y en consecuencia solo se sanciona la omisión en sí.

B) COMISIÓN POR OMISIÓN.- En la comisión por omisión se encuentra la actividad involuntaria que al infringir un mandato de hacer acarrea la violación de una norma prohibitiva o mandato de abstenerse, produciendo un resultado típico o jurídico como material. Es decir, la inactividad del sujeto causa un cambio material en el exterior, se viola una norma preceptiva y una prohibitiva. Se trata de fincar la responsabilidad de un evento externo y positivo a un sujeto, quien se ha abstenido de realizar una conducta exigida por la ley.

⁵¹ IDEM.

⁵² CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 154.

No siempre en la comisión por omisión el deber de obrar proviene de la norma penal, puede ser impuesto por leyes de otro carácter, tanto públicas como privadas; cuando al infringir éstas, produce un resultado material típico, el Derecho Penal sanciona la conducta pasiva. Así en estos delitos se impone al sujeto el deber de evitar el resultado.

La manifestación de la voluntad en los delitos impropios, consiste precisamente en un no actuar y en no realizar la acción ordenada por la ley.

En los delitos de comisión por omisión existe un delito de resultado material por comisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no (culpa), violando una norma preceptiva penal o de otra rama del derecho y una norma prohibitiva. Aquí no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.⁵³

2.3 AUSENCIA DE CONDUCTA

La voluntad es la capacidad para autodeterminar libremente nuestros movimientos corporales, es decir, se refiere a la facultad física.

Dentro del radio de prohibición de la norma no pueden estar incluidos aquellos supuestos en los cuales el autor no ha tenido la facultad de autodeterminar su movimiento, y, en consecuencia, no ha tenido la voluntad de realizar su conducta. Y es así como en algunas circunstancias, surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe, y por tanto, da lugar a la inexistencia del delito.

Ahora bien el aspecto negativo de la conducta o ausencia de conducta, quiere decir que la conducta no existe y da lugar a la inexistencia del delito, puesto que si falta alguno de los elementos esenciales del delito, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Y esto resulta clarísimo en nuestro Derecho Positivo Mexicano al señalarnos en el artículo 33 fracción I del Código Penal para el estado de Guanajuato, que determina como causa de exclusión del delito “El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente”.⁵⁴

No obstante, que se presentan dudas en los casos en que existe un hecho externo, pero respecto del cual haya una ausencia de voluntad que lo haya

⁵³ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. p. 101-102.

⁵⁴ www.monografias.com/trabajos12/teordeli/teordeli.shtml 18 Oct 2005.

dirigido. Para resolverlos se ha establecido, como criterio general, que no hay acción cuando se puede afirmar que la persona involucrada sólo ha tomado parte físicamente en el hecho, pero sin la intervención de voluntad consciente en la conducción de dicho proceso causal.

También el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

La ausencia de conducta se presenta cuando alguno de los elementos de la conducta no sea voluntario, sino que el sujeto sea un mero instrumento de la voluntad de otro sujeto, como sería el caso de la fuerza física exterior irresistible, o bien que haya operado una fuerza de la naturaleza sobre el sujeto, dando lugar a la fuerza mayor.

2.3.1 VIS ABSOLUTA.

La conducta se elimina por la vis absoluta o fuerza física exterior irresistible proveniente del hombre, que hace que el sujeto realice o se abstenga de realizar movimientos corporales sin su voluntad. Esta causa debe ser irresistible al ser humano, en el momento en que el sujeto puede evitar aquella fuerza que lo hace obrar en determinado sentido.⁵⁵

En los supuestos de la vis absoluta un hombre emplea su fuerza física contra otro, anulando su facultad de auto determinación de movimiento corporal, para utilizarlo como medio o instrumento para lesionar un bien jurídico; por ejemplo, quien empuja a otro para romper el vidrio del aparador donde se exhiben relojes muy costosos, y apoderarse de ellos. Aunque el sujeto fue empujado fue quien materialmente rompió el cristal, no se pueden atribuir esos daños a su movimiento, dado que fue utilizado como un mero instrumento, y su voluntad quedó anulada por el sujeto que lo empujó por atrás.⁵⁶

2.3.2 VIS MAYOR

Cuando se habla de ausencia de conducta, por vis mayor entendemos que existe una fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza, tal puede ser el viento, un terremoto, una tormenta, un aluvión, la fuerte corriente de agua, etc. Y al igual que la vis absoluta en el momento en que el sujeto pueda evitar aquella fuerza que lo

⁵⁵ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Lineamientos Elementales de la Teoría del Delito. ed. 2ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 32.

⁵⁶ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. 204.

hace obrar en determinado sentido, deja de operar el aspecto negativo de la conducta.⁵⁷

Así por ejemplo, quien lleva cargando un cuadro muy valioso y a causa de un terremoto se tropieza y cae rompiendo el cuadro, no se puede considerar que el daño se pueda atribuir a su conducta, dado que es involuntaria, dada la concurrencia de la fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza.

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias, a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producidos por hechos externos y quien la sufre no pueda resistirla y se ve obligado a ceder ante ella.

Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar.⁵⁸

2.3.3 CAUSAS QUE NULIFIQUEN LA VOLUNTAD (ARTÍCULO 33, FRACCIÓN I, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO VIGENTE SUSTANTIVO).

La ausencia de la voluntad es reconocida en el artículo 33 fracción I del Código Penal para el Estado de Guanajuato, determina como causa excluyente del delito: “El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente”⁵⁹, y todo esto es la afirmación de que no puede constituir una conducta delictiva cuando no se presenta la voluntad del agente, como en los supuestos de fuerza física externa, como lo son las Vis Absoluta y Vis Mayor, o bien porque el hombre no puede dominar sus movimientos corporales, es decir, sus actos reflejos, crisis epilépticas, hipnotismo, sueño y sonambulismo.

⁵⁷ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. 33.

⁵⁸ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Cit. por MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. pp. 33-34.

⁵⁹ GUANAJUATO. Código Penal Sustantivo.

En los supuestos de movimientos reflejos, el sujeto responde ante un estímulo externo sin que pueda controlar su reacción. Todo ello sin intervención primaria de la conciencia, y por lo tanto se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. Y los movimientos reflejos son actos corporales involuntarios, pero no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

El hipnotismo es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales. Y en los casos de hipnosis el sujeto no está consciente de sus actos, dado que en tales estados nos restan en una zona de penumbra respecto de la participación o injerencia que en ellos tienen los centros altos. Por ende, la conducta de quien está bajo la hipnosis es involuntaria y queda excluida la imputación de cualquier resultado típico a la conducta.

En cuanto a las crisis epilépticas, Von Liszt manifestó que los daños causados en las cosas durante un ataque de epilepsia dan lugar a la ausencia de voluntad de la conducta, y por ellos las únicas consecuencias por el hecho pueden ser civiles, pero no penales. Aunque a nivel doctrinal está claramente establecido que durante el aura de los ataques epilépticos la persona pierde la conciencia, y por tanto, está anulada su voluntad, las tesis de jurisprudencia no establecen un criterio claro si las consideran como una causa de ausencia de la conducta por la falta de voluntad o si constituyen una causa de inimputabilidad.⁶⁰

En el sueño tampoco se dará la voluntad del sujeto; por estar dormido, pues no tiene dominio sobre si mismo. En este sentido se considera al durmiente cuando comete un hecho tipificado por la ley, estará en una hipótesis de ausencia de conducta. Pero también será responsable el sujeto cuando se encuentre en estado de sueño, cuando se le haya impuesto le estado de vigilia como obligación.⁶¹

El sonambulismo es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo. Y por tanto se considera como una ausencia de conducta.⁶²

⁶⁰ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. p. 207-212.

⁶¹ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. 109.

⁶² IBIDEM. p. 111.

2.4 TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

En el análisis dogmático del delito, una vez acreditado el elemento conducta, se pasa a estudiar el elemento tipicidad. Para que exista el delito, no sólo debe existir una conducta, sino que, además, esa conducta debe ser típica.

Uno de los principales logros del moderno Derecho Penal se refiere al principio consagrado en la ley, el *nullum crimen, sine lege*. Nuestra Carta Magna en su artículo 14, señala que: “en los jicios de 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”, con esto se exige la posibilidad de imponer una pena a una persona por un delito del que sea responsable, requiere de la existencia previa de una ley que señale con precisión, con exactitud, la conducta punible, aquella que se deba realizar para que la pena le sea aplicable.⁶³

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.⁶⁴

Para Celestino Porte Petit “ la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*”.⁶⁵

Y en cuanto al tipo este es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. Y basta que el legislador suprima de la Ley Penal un tipo, para que el delito quede excluido.⁶⁶

2.4.1 PRINCIPIOS GENERALES DE LA TIPICIDAD.

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad, y estos son:

- a) *Nullum Crimen sine lege*, que significa que No hay delito sin ley.

⁶³ ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Op. Cit. p.215

⁶⁴ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 56.

⁶⁵ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 168.

⁶⁶ IBIDEM. p. 167.

- 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.

La Carta Magna, Ley de leyes ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, pues en tanto, no exista una norma o tipo que establezca determinado comportamiento que se pudiera imputarle.

2.4.2 DEFINICION DEL TIPO PENAL.

La norma regula la conducta de los hombres en sociedad; cuando esa conducta transgrede o viola la norma de orden jurídico, aparece el delito y precisamente los delitos sirven para garantizar a la propia sociedad, cuando se encuentren debidamente descritos; esa descripción que hace de lo que es un delito, configura el tipo.

En alemán la descripción del delito se denomina tatbestand y el primero que lo utilizó como parte integral del delito fue Ernesto Beling, esta palabra era sinónimo de delito y así lo consideraron durante todo el siglo XIX autores alemanes como Stubel, Luden y Kalchen. De esta manera, la denominación propiamente entendida como la descripción del delito, de la palabra tipo, se debe a Beling.

Algunos autores de origen Italiano le llaman “hecho especie”, “caso penal”, “encuadrabilidad”.⁶⁷

Suele hablarse indistintamente de tipo , delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica, y la ley o diversas leyes especiales contemplan abstractamente la descripción de los tipos, y éstos cobran “vida real” cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos, agotando todos los elementos previstos en la norma.⁶⁸

El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. El tipo es pues la descripción de una conducta desprovista de valoración; para Javier Alba Muñoz lo considera como “la descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él. El tipo jurídico penal es el fundamento real y de

⁶⁷ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. p. 132-133.

⁶⁸ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 57

validez de la antijuridicidad, aunque a reserva siempre, de que la acción no parezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad.⁶⁹

Así también se le considera al tipo como la descripción legal que se acuña en una ley, con relación a una conducta delictiva.

2.4.3 FUNCIONES DEL TIPO.

La primera de la función del tipo es el “dotar de relevancia penalística a la conducta”.

La segunda es que “garanticista” debido al principio constitucional que impide que se creen tipos por analogía o por mayoría de razón, que se establece en el artículo 14 catorce de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no éste decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate”.

Se dice que se crean tipos por analogía cuando, un juez, otorga relevancia a una conducta no típica por parecerse demasiado a una que sí lo es. La mayoría de razón implica dar relevancia a conductas no típicas por generar mayor disvalor que una conducta típica.

El tipo también tiene un carácter “prevencionista”, ya que desde siempre se ha sostenido que la pena, que acompaña al tipo, tiene un carácter intimidatorio, ya que muchas personas no delinquen porque sean virtuosas, sino por el temor a la sanción, esta función no sólo la ejercita el Poder Legislativo al plasmar el tipo penal, sino también la ejerce el órgano jurisdiccional al imponer la sanción y el Ejecutivo al cumplimentarla.

El tipo penal también tiene una función “Motivadora”, toda vez que fomenta la conducta virtuosa, es decir, existen personas que están de acuerdo en la tipificación de conductas que resulten lesivas, y que ello fortalece su convicción de que obrar dentro de los límites del derecho, resulta valiosa. Por el contrario se sostiene que la impunidad invita a la comisión de delito.⁷⁰

⁶⁹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. p. 168-169.

⁷⁰ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. p. 37-38.

2.4.4. ELEMENTOS DEL TIPO.

Los tipos suelen estar contruidos por elementos subjetivos, normativos y objetivos; sin embargo, muchas veces los tipos se revisten de referencias de índole temporal, espacial, de ocasión y personal. Además, el tipo contiene un sujeto activo, sujeto pasivo y objeto del delito, pero es importante señalar que, los tipos penales, no siempre contienen todos y cada uno de los elementos señalados: en algunos, no existen elementos subjetivos o referencias especiales.

Los elementos subjetivos o intelectuales del tipo, son aquellos que hacen alusión al estado intelectual con que el agente comete el delito, y estos se clasifican en :

- Intencionales, que son aquellos que se equiparan al dolo específico. En el tipo se pide conciencia e intención. V. Gr. “el ánimo”.
- Supraintencionales. Estos piden más que la intención, es decir, “la acechanza”, “premeditación”, etc. Por regla general estos elementos son indicativos de mayor temibilidad, propios de tipos agravados, por lo que su inclusión en el tipo resulta ineludible.
- Infraintencionales. Se exigen elementos intelectuales que no lleguen a conformar una intención, como sería “A sabiendas”.

Los elementos normativos implican un juicio de valor, pues existen conceptos en el tipo penal, que tienen que comprenderse mediante un proceso intelectual por parte de quien los está analizando, Ministerio Público o Juez, en su caso. Se clasifican en jurídico-normativos, porque son conceptos que se desprenden de la ley misma, y el ético-normativo, porque son conceptos que no contempla la ley y, quien los está analizando, debe acudir a otras herramientas, como la doctrina, diccionarios, precedentes.

Los elementos objetivos son aquellos elementos perceptibles mediante la simple actividad cognoscitiva, como en el caso del delito de robo, el apoderamiento. Este elementos es el indicador de hacer o de no hacer, siempre implica un verbo, es decir, “apoderarse”, “privar”, “obtener”, “producir”, “poseer”.⁷¹

Mir Puig, señala que los elementos generales del tipo son tres:

⁷¹ IBIDEM. p. 38-40.

- a) Acción.
- b) Sujetos.
- c) Objetos.

La acción se define como la conducta externa voluntaria por la cual el sujeto manifiesta su conducta ilícita. Los sujetos del tipo penal son tres: el sujeto activo, el sujeto pasivo y el objeto del tipo.⁷²

El sujeto activo, es aquel que realiza la conducta criminal, es decir, quien realiza la conducta descrita en el tipo. Generalmente el tipo penal hace referencia a este elemento, con los siguientes indicadores: “al que. . .”, “quien. . .”, “el que”, etc.

Para Carrara el sujeto pasivo se equipara al ofendido, paciente o inmediato, y signifique la persona que sufre directamente la acción, sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito, es decir, este es en quien recae la acción del sujeto activo y el Estado que se encarga de imponer sanciones. Respecto de éste se debe distinguir del sujeto afectado o perjudicado; pues el sujeto pasivo es el titular del derecho violado y el afectado o perjudicado es quien directamente recibe el daño, pero así también en algunos casos pueden coincidir el afectado o perjudicado y el sujeto pasivo.

En el objeto del delito la doctrina distingue entre el objeto material del delito, que es la persona o cosa sobre la recae directamente la acción y el objeto jurídico del delito es el bien jurídicamente protegido por la norma penal, es decir, es aquello que la ley trata de preservar.⁷³

2.4.5 CLASIFICACION DE LOS TIPOS.

Muchas son las clasificaciones de los tipos que han expuesto los doctrinarios penalistas, pero solo citare algunas de las más importantes:

- I. Desde el punto de vista de la conducta del sujeto, los tipos pueden ser:
 - a) De mera actividad.
 - b) De resultado.

⁷² LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p.133.

⁷³ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. p. 133-134.

Los tipos de mera actividad son aquellos en que no se requiere para su integración de un resultado material, basta la simple actividad del agente, o bien su inactividad para que se configure el delito.

En los tipos de resultado, forzosamente exige la materialización del daño. Por el resultado, los tipos de resultado material, a su vez se pueden subdividir en: tipos instantáneos, permanentes y de estado.

Serán instantáneos cuando se consuman en el mismo momento en que se produce el resultado; el tipo permanente es el que se prolonga a través del tiempo y el tipo de estado son aquellos en que se produce una situación antijurídica, la cual se realiza en un solo momento pero subsiste a través del tiempo.

También se encuentran los tipos continuados, los cuales consisten en una representación de acciones con un solo resultado.

II. Por los elementos que lo conforman los tipos pueden ser:

a) Normales.

b) Anormales.

Los tipos normales, son aquellos que contienen los elementos meramente objetivos, como el homicidio.

Los tipos anormales se revisten de elementos objetivos, subjetivos y/o normativos, como sería el caso del estupro.

III. Por su esencia u ordenación metodológica, los tipos pueden ser:

a) Básicos

b) Especiales

d) Complementados.

Son tipos básicos los que sirven de fundamento o de base de creación a otros tipos penales.

Los tipos especiales son aquellos en que se forman nuevas características al tipo fundamental.

Los tipos complementados son aquellos en que al tipo básico le suman otros elementos, los cuales resultan esenciales para que se dé ese tipo.⁷⁴

Y según Jiménez Huerta, citado por Castellanos Tena, dice que: “Se diferencian los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su existencia”.⁷⁵

A su vez, los tipos especiales y complementados pueden ser:

- a) Agravados
- b) Privilegiados

Se consideran agravados cuando su sanción es mayor que la del tipo básico. Serán privilegiados cuando la sanción es menor que la que le corresponde al tipo básico.

IV. Por su relación, los tipos pueden ser:

- a) Autónomos
- b) Subordinados

Son autónomos o independientes, cuando los tipos tienen vida por sí mismos, no requieren de ningún otro para su subsistencia.

Son subordinados los tipos penales, cuando forzosamente para existir necesitan de otro tipo.

⁷⁴ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. p. 134-136.

⁷⁵ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. 42

V. Por los medios para conformarse, los tipos pueden ser:

- a) Amplios o de formulación libre
- b) Casuísticos

Son amplios o de formulación libre, lo que no describen una forma concreta y exacta para manifestarse, esto es, se pueden cometer por diversidad de medios.

Será casuístico cuando necesariamente el tipo señala la forma en que puede cometerse.

VI. En relación con el bien jurídico protegido, los tipos pueden ser:

- a) De lesión.
- b) De peligro

Son tipos de lesión cuando el bien jurídicamente protegido sufre una disminución, en cambio será de tipo de peligro cuando se esté dando al cometerse, un peligro en abstracto, pero no necesariamente el daño; éste es el caso de los delitos de abandono de personas, en los cuales no se requiere que sufran un daño, pero si se pone en peligro su integridad física y hasta su vida.⁷⁶

2.4.6 FALTA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de delitos.

En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada, pero en el fondo, en todo atipicidad hay falta de tipo.

⁷⁶ LOPEZ BETANCOURT. Op. Cit. Supra. p. p. 136-138.

2.5 LA ATIPICIDAD.

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, lo cual da lugar a la no existencia del delito.

En nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato Vigente refiere de manera clara y precisa la existencia de la ausencia de tipicidad, que se encuentra en el artículo 33 fracción II que a la letra dice: Son Causas de exclusión de delito cuando “Falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate”.

La conducta del agente no se adecua al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo.⁷⁷

Las causas de atipicidad se presentan cuando falta alguno de los elementos objetivos del tipo y éstas pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos, pues en ocasiones el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo o ambos, por ejemplo, en el peculado, en el cual el sujeto activo tiene que ser el encargado de un servicio público. b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico, es decir, sin la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales. Entonces se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene. c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo, pues a veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o tiempo; si no operan, la conducta será atípica. “por ejemplo, cuando la ley exige la realización del hecho en despoblado, con violencia”. d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley, puesto que si la hipótesis legal precisa de modalidades específicas, éstas han de verificarse para la integración del ilícito, por ejemplo, en el delito de violación, que exige que sea por medio de la violencia física o moral. e) si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, es decir, que hay tipos donde se contienen elementos subjetivos del injusto, éstos constituyen referencias atípicas a la voluntad del agente o al fin que se persigue, pues, diversas descripciones delictivas aluden a los conceptos: “intencionalmente”, “a sabiendas”, con el propósito. (Homicidio en razón de parentesco) y, f) por no

⁷⁷ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 64.

darse, en su caso, la antijuridicidad especial, pues por excepción, algunos tipos captan una especial antijuridicidad, como sucede, en delito de Despojo, al señalar que el comportamiento se efectúe “sin consentimiento” o “contra la voluntad del sujeto pasivo”. Entonces el obrar justificadamente, con la permisión legal, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza causas de justificación, tórnense atipicidades en estos casos.

2.6 ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.

La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en delito. La culpabilidad, es decir, la responsabilidad personal por el hecho antijurídico, presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad, a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad están relacionados lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone al anterior.⁷⁸

Siempre se dijo que la antijuridicidad era lo contrario a la ley penal, así Carrara lo definía como la infracción de la ley del Estado. Pero Carlos Binding, puso de relieve que actuar antijurídicamente es obrar conforme a la ley penal, porque en los tipos penales lo relevante es lo injusto y no lo justo, es decir, que quien comete un delito obra de conformidad con el tipo correspondiente, pues quien priva de la vida a alguien adecua su conducta a la descripción legal del homicidio. Todo esto trajo como consecuencia, la necesidad de destacar que en todo tipo penal existe o yace una correlativa norma de prohibición. En consecuencia, obrar antijurídicamente, implica violar la correlativa norma de prohibición implícita en el tipo, pues la norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe.⁷⁹

2.6.1 DEFINICION DE ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad es lo contrario a derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido en la norma jurídica.

Carnelutti señala: “Antijurídico, es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo”, y agrega “Jurídico es lo que está conforme a derecho”. Es decir, Si

⁷⁸ ORELLANA WIARCO OCTAVIO. Op. Cit. p. 153.

⁷⁹ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. 43.

la ley penal tutela la vida humana mediante un tipo que consagra al delito de homicidio, quien comete éste realiza una conducta típica antijurídica.⁸⁰

La antijuridicidad se entiende como la contradicción entre la conducta desplegada por el agente y el ordenamiento jurídico, sin que tal conducta esté amparada en alguna causa de justificación.⁸¹

En la antijuridicidad se analiza si la conducta prohibida se justifica de cara a todo el orden jurídico por las circunstancias materiales que concurren en el momento de su realización o si, por el contrario, se constata el hecho como un injusto. En este sentido, la conducta de matar (objeto) esta descrita en un tipo penal, pero su antijuridicidad depende de su contrariedad con el derecho, es decir, la valoración del objeto.⁸²

Así también se dice que una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación. Luego entonces la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo, pues en los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar, y por lo tanto una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores protegidos por la ley penal.⁸³

2.6.2 CLASES DE ANTIJURIDICIDAD

Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad que son propiamente la formal y la material.

Franz Von Liszt elaboró una doctrina dualista de la antijuridicidad, diciendo que el acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el estado y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica, es decir, la antijuridicidad formal y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía, es decir, la antijuridicidad material.

⁸⁰ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 68.

⁸¹ ORELLANA WIARCO. Op. Cit. Supra. p. 153.

⁸² DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. 301.

⁸³ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 179.

Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material.⁸⁴

Pero formalmente, la conducta antijurídica es aquella que no sólo está prohibida por el derecho penal (conducta típica), sino que además contraviene a todo el sistema jurídico en su conjunto. De ahí que el hecho típico y antijurídico se le denomine “injusto”, pues el orden jurídico se conforma de diversas , como son las de carácter civil, laboral, fiscal, penal, etc. Cada una de estas leyes regula una materia en particular, pero entre ella debe existir una relación sistemática que evite formalmente la contradicción de principios, de aquí que la valoración de un hecho puede realizarse conforme a una rama del derecho y, posteriormente, conforme a todo el orden jurídico.

De esta manera, el derecho penal es el encargado de determinar cuáles son las conductas prohibidas en particular, pero existen hechos en los que una conducta prohibida se desarrolla en tales circunstancias que hacen concurrir a otras normas jurídicas que dan lugar a su justificación frente al orden jurídico en general. Así por ejemplo el apoderamiento de una cosa mueble ajena está previsto como robo en el Código Penal, pero si el apoderamiento se realizó por la persona que civilmente fue designada por el juez como depositario de la cosa, entonces su conducta estará justificada por una norma proveniente del derecho privado, y no del penal. De esta forma se mantiene la unidad del orden jurídico en general.⁸⁵

La antijuridicidad material implica que la conducta típica generó una lesión o puesta en peligro del bien fundamental para la vida en sociedad. Esta lesión al bien se considera antijurídica cuando se realizó en tales circunstancias que no sólo es valorada socialmente como nociva, sino también como injustificada.

Por el contrario, existen situaciones en las cuales se plantea un conflicto entre la preservación de bienes fundamentales para la sociedad y la realización de una conducta prohibida que lo lesionará, pero las circunstancias que rodean al hecho hacen percibir a la sociedad que esa conducta debe justificarse o dispensarse excepcionalmente. Esta situación de conflicto en la que necesariamente uno de los bienes va a sucumbir fue descrita por Franz Von Listz en los términos siguientes:

“ La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas, pero, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales, no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana, exige que un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede

⁸⁴ IBIDEM, p. p. 181-182.

⁸⁵ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. 304.

conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta: que la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida que responde a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana”.⁸⁶

En este aspecto, la antijuridicidad formal y material pueden o no coincidir, pues el privar de la vida a otro trastoca una norma jurídica que contempla el delito de homicidio, pero, concomitantemente, viola una norma de convivencia social, ya que la sociedad reprocha este tipo de conductas; sin embargo, puede una conducta ser antijurídica en un aspecto formal pero no material; por ejemplo, el pasar artículos extranjeros por a aduana sin declararlos. La sociedad en su mayoría no reprueba esta conducta, por el contrario, esta práctica es comúnmente aceptada en nuestro país, sin embargo, el realizar este tipo de conducta, aunque la sociedad lo acepte, no deja de constituir un delito (contrabando).⁸⁷

En la antijuridicidad se establece si la conducta prohibitiva es contraria al orden jurídico en general, y por ello al hecho típico y antijurídico se el denomina “injusto”. Por el contrario, si el hecho típico está amparado por alguna causa de justificación ya no hay delito, de aquí la conocida frase: “el tipo es un puro objeto de valoración, mientras que la valoración de ese objeto se produce en el marco de la categoría de la antijuridicidad”.

La conducta típica se encarga de delimitar si la conducta encuadra en el tipo y podía ser particularmente considerada como una conducta prohibida para el derecho penal y en este caso le correspondería a la antijuridicidad analizar si esta conducta se justifica o por el contrario, se comprueba la conducta típica y antijurídica.⁸⁸

2.7 AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD

El elemento negativo de la antijuridicidad son las causas de justificación, que son las razones que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, en consecuencia se anula el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho. Pues en

⁸⁶ IBIDEM. p. 305.

⁸⁷ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. 45.

⁸⁸ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. 301.

principio, la ley penal castiga a todo aquel que la contraría (antijuricidad); pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuricidad, por existir una causa de justificación o licitud.

También a éstas suele denominárseles eximentes, justificantes, causas eliminatorias de la antijuricidad, causas de incriminación o causas de licitud.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su artículo 33 incluye las circunstancias excluyentes del delito, que mezcla diversas circunstancias, entre ellas las causas de justificación. No necesariamente éstas se encuentran establecidas en este artículo, sino que se puede derivar de otra norma, pero dentro del propio cuerpo legal. Tal sería el caso del Aborto Terapéutico.⁸⁹

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

Y algunas de las características que deben reunir las causas de justificación son que:

- a) Deben ser históricas o reales, de manera tal que, si sólo existen en la mente del autor no hay causa de justificación.
- b) Deben estar expresa y limitativamente contempladas en la ley, de tal suerte que no pueden existir por encima de las legislaciones penales, ni siquiera en forma suprallegal, y
- c) Favorecen erga omnes a diferencia de otras causas excluyentes que sólo aprovechan al autor.⁹⁰

Es falso creer que existan justificantes derivadas de otra fuente distinta de la ley, cuando se sabe que en derecho penal la única fuente de derecho es precisamente la ley, pero también se encuentran las causas excluyentes supra-legales (eximentes de responsabilidad), que no se encuentran expresamente señaladas en la ley. Aludir a la suprallegalidad se cree que éstas eximentes están por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad derivan de la propia ley.

⁸⁹ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 69.

⁹⁰ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. 46.

Frente a una conducta justificada no procede la legítima defensa del agresor. Así, por ejemplo, si Arnulfo empieza a golpear injustificadamente a Domiro, quien responde para repeler la agresión y casi al llegar a someter a Arnulfo, éste encuentra un martillo y golpea en la cara a Domiro, las lesiones causadas por Arnulfo no podrán justificarse debido a que él fue el agresor, y la conducta de Domiro estaba justificada.

La conducta justificada excluye el injusto, por lo que las conductas de los partícipes también quedan justificadas, por ejemplo, quien le presta una pistola (partícipe) al dueño de la casa que dispara (autor principal) y lesiona a los ladrones que han penetrado en su casa no incurrirá en injusto alguno dado que la conducta del autor principal estaba justificada.

La concurrencia de una causa de justificación exime la responsabilidad civil, administrativa y otras. Pues las causas de justificación como descripciones conceptuales generales tienen un contenido dinámico, que puede variar con las reformas a otras leyes del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, el allanamiento de morad es una conducta prohibida que sólo se puede justificar cuando al policía que penetra en el domicilio sin consentimiento del propietario le fue otorgada una orden de cateo por el juez. Sin embargo, si la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada se reformara para facultar a la policía para catear domicilios sin autorización judicial, entonces se estaría ampliando la causa de justificación del cumplimiento de un deber.

Y la legislación penal mexicana contempla las siguientes:

- a) Legítima Defensa.
- b) Estado de Necesidad
- c) Ejercicio de un Derecho
- d) Cumplimiento de un Deber
- e) Consentimiento del titular del bien jurídico.

2.7.1 LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiones bienes jurídicos del agresor.

Según Franz Von Listz, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho mediante una agresión contra el atacante. Y

para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.⁹¹

La legítima defensa consiste en repeler una agresión real, actual, inminente y sin derecho, en defensa de los bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona que se defiende, esta concepción es contemplada por el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33, fracción V, el cual expresa: El delito se excluye cuando: “Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla”.

La legítima defensa ampara cualquier bien jurídico; sin embargo, la ley no precisa ni excluye ninguna. Así, al amparo del principios que dice “donde la ley no distingue no se debe distinguir”, se entiende que todos los bienes jurídicos son susceptibles de protección por legítima defensa. Aquí cabe destacar que se trata no sólo de bienes propios, sino también de ajenos, pues la propia ley así lo establece.⁹²

Los elementos de la legítima defensa son las partes integrantes de la propia definición legal, pues para la justificación de una conducta por la propia legítima defensa es necesario que concurren todas las circunstancias previstas por el legislador, ya que en caso contrario habrá un exceso en la legítima defensa, que ya no justifica la conducta, y confirma la antijuridicidad, aunque la pena a imponer se reduce, es por ello que es necesario e indispensable analizar todos y cada uno de los elementos que integran la legítima defensa.⁹³

REPELER.

“Repeler” significa rechazar, evitar, impedir, no querer la agresión, motivo por el cual la conducta del agredido sólo puede justificarse frente al agresor y no frente a un tercero ajeno al ataque injusto, es decir, la repulsa es realizada por el presunto o probable responsable de la conducta lesiva, quien queda protegido por la legítima defensa.

⁹¹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 191.

⁹² AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. Supra. p. 71.

⁹³ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. 309.

También la defensa o repulsa constituye el impedimento del daño al bien jurídicamente protegido, y esta debe apreciarse objetivamente, es decir, pues serían irrelevantes los profundos propósitos del sujeto, lo que importa es el fin de la defensa puesto por el agente en su acción y no una interna decisión que bien puede ser antijurídica.

A su vez, la defensa o repulsa en la legítima defensa consta de dos elementos: a) la racionalidad en los medios empleados de esa defensa, y b) la necesidad de la defensa.

a) RACIONALIDAD EN LOS MEDIOS EMPLEADOS. La proporción del medio utilizado de defensa, debe ser proporcional al daño que la agresión pueda causar con la agresión injusta.

b) LA NECESIDAD EN LA DEFENSA. La defensa debe ser necesaria, ya que en muchos de los casos, la repulsa es evitable, por ejemplo, Si **A** pretende privar de la vida a **B** en su domicilio, y **B** puede evitar esa circunstancia cerrando la puerta de su casa, pero no lo hace y prefiere enfrentar a **A** y le da muerte, entonces no hay legítima defensa por no haber existido necesidad en la defensa.⁹⁴ Luego entonces la legítima defensa sólo procede cuando no hay ninguna autoridad del Estado que pueda resguardar el bien, pues en caso contrario no estará justificada la conducta.

La repulsa a la agresión injusta deberá traducirse en una acción que sea necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño.

El exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, rebasando la medida necesaria para defenderse o para defender a otro. Al respecto VON LISTZ indica: “No debe traspasar los límites de la estricta necesidad.”⁹⁵

AGRESIÓN

Una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana, y esta sólo puede provenir de una persona humana, y, por ende, no procede la legítima defensa contra un animal no racional, a menos que éste sea el instrumento empleado por otro hombre para atacar. Asimismo, las personas jurídicas no pueden cometer delitos, entonces tampoco podrá existir la legítima

⁹⁴ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. p. 53-54.

⁹⁵ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. Supra. p. 72.

defensa contra ellas ni frente a otros entes jurídicos como el Estado. Empero, sí puede darse la legítima defensa contra los representantes de las personas jurídicas o contra los servidores públicos cuando actúan antijurídicamente.

En cuanto a la procedencia de la legítima defensa contra una conducta de omisión, ésta tiene que consistir en el impedimento del garante para que otro evite la lesión que en principio debía proteger. Así, la madre que abre la llave del gas para que tanto ella como sus hijos mueran, los vecinos pueden entrar por la fuerza e incluso golpear a la mujer que se opone al salvamento de los hijos. En este supuesto las lesiones causadas a la madre estarán amparadas por la causa de justificación de la legítima defensa, dado que los hijos no le pertenecen al grado de disponer de la vida de ellos. En cambio, si los vecinos no sólo logran salvar a los niños sino también pretenden salvar a la mujer que se resiste y deben golpearla para someterla y sacarla del lugar, esas posteriores lesiones a la suicida ya no están amparadas por la legítima defensa, dado que la vida le pertenece a la mujer, pero sí procedería el estado de necesidad.⁹⁶ Y la agresión ha de ser: Real y Actual.

REAL. Lo real es lo que existe en el mundo físico, y esto nos lleva a confirmar que la valoración ordenada por el legislador en la legítima defensa debe sustentarse en el hecho y no en el sujeto que se defiende, es decir, la agresión no debe ser imaginaria o hipotética, pues en este caso se estaría en una causa excluyente de incriminación y no en la de la legítima defensa. Por ello en la legítima defensa putativa no se debe resolver en la antijuridicidad, pues esta no radica en los hechos reales, es decir, dada la inexistencia de una agresión real, sino en la falsa percepción del sujeto sobre esas circunstancias, por lo cual se trata de un juicio sobre el autor, cuyo análisis es propio de la culpabilidad.

No obstante, se pueden presentar casos en los cuales se haya materializado una agresión, pero el sujeto se represente que puede llegar a ser mayor y repela con un medio desproporcionado la amenaza real.

Pues si el agresor después de golpear al acusado injustamente u sin derecho, hizo ademán de sacar una arma, siendo esto último lo que motivo al sujeto pasivo de la agresión a sacar a su vez una arma y lesionarlo, sí opera a favor de éste último el excluyente de responsabilidad de la legítima defensa, pues la agresión era actual y manifiesta, en este caso la materialización inicial de la agresión permite considerarla real.⁹⁷ Por supuesto que para proceder a la justificación de esta conducta primero es necesario comprobar que el agresor llevaba un arma, y aunque el ademán de que iba a sacarla sólo lo iba hacer para

⁹⁶ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. 311.

⁹⁷ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. p. 312.

espantar más al agredido, ello no excluye la realidad de la agresión, porque ya se había manifestado con los golpes previos. Por el contrario, si el atacante no llevaba ningún arma y sólo hizo el movimiento para espantar más al agredido, entonces se puede seguir sosteniendo la realidad de la agresión, atendiendo a los golpes dados previamente por el agresor, pero la conducta del agredido no se justifica, por ser desproporcionada, y se deja hasta el análisis de la culpabilidad el error sobre la justificación de la legítima defensa putativa.

La realidad de la agresión excluye agresiones no materiales, y por esta razón no procede la legítima defensa del honor.⁹⁸

ACTUAL O INMINENTE. Con los términos “actual o inminente” se establece la vigencia temporal para obrar en legítima defensa, la cual sólo procede cuando la agresión está a punto de suceder o está sucediendo. Por este motivo, cuando la agresión ha cesado ya no se justifica la conducta, como ocurre cuando el agresor se está retirando del lugar y el agredido se levanta y lo golpea por detrás.

El legislador faculta al particular para defenderse sin tener que esperar a que inicie la lesión del bien jurídico; pues a esto se refiere con el término “inminente”.

Y la actualidad supone que ya ha dado inicio la agresión; por ejemplo, ya empezó a golpear a la persona, por lo que con este vocablo el legislador pretende determinar que sólo procede la legítima defensa mientras dure la agresión, y termina cuando ésta ha cesado.

Para determinar la justificación de la conducta o la confirmación de su antijuridicidad, se necesitarán analizar con detenimiento las circunstancias que rodearon al hecho.

En el extremo, cuando la agresión deja de ser actual se considera que ha cesado, y ello tiene como consecuencias, que las conductas del defensor posteriores a la cesación de la agresión no están justificadas y por lo tanto estas conductas se deben considerar como actos de venganza constitutivos del delito.

⁹⁸ IBIDEM. p. 313.

SIN DERECHO.

La agresión debe carecer de derecho, porque la existencia de éste anularía la antijuridicidad y no se justificaría la defensa.⁹⁹

La legítima defensa sólo procede contra una agresión injusta, es decir, una conducta típica y antijurídica, por lo cual no se justifican las conductas para repeler conductas típicas amparadas por una causa de justificación. Si esto es así, entonces tampoco procede legítima defensa contra conductas lícitas ni aquellas que pudiendo parecer típicas resultan atípicas, por faltar alguno de los elementos objetivos, normativos o subjetivos de la conducta típica.¹⁰⁰

EN DEFENSA DE BIENES JURÍDICOS PROPIOS O AJENOS.

Debido a que uno de los principios de la legítima defensa es la protección individual, quien se defiende sólo podrá actuar para proteger bienes propios o de otro que así lo quiera. Por tanto no están aceptadas. Por tanto no están amparadas por esta causa de justificación ni la defensa de bienes colectivos ni de los bienes de otro que no acepta la defensa.

Sólo procede la legítima defensa de un bien colectivo cuando la lesión de ese bien también afecte los derechos del defensor.¹⁰¹

2.7.2 ESTADO DE NECESIDAD

Existe el estado de necesidad cuando se presenta una colisión o choque de bienes o valores de distinta jerarquía, en el cual se sacrifica el de menor valía.

El estado de necesidad aparece reconocido en la Edad Media, concretamente en el Derecho Canónico, en la Ley de Partidas en el año 472 d.c. se reconoce que cualquier estado de necesidad puede eximir o exentar de responsabilidad.

⁹⁹ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 71.

¹⁰⁰ DIAZ-ARANDA ENRIQUE. Op. Cit. Supra. p. 318.

¹⁰¹ IBIDEM. p. 319.

Por lo que se refiere a su fundamento, un sector dominante de la doctrina estima que el estado de necesidad tiene como base el interés preponderante. También se considera como su fundamento el hecho de que, quien se encuentre inmerso en un estado de necesidad, no puede obligársele a que resista las consecuencias de ese estado, heroicamente.¹⁰²

Cuello Calón hace referencia a que el estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

Sebastián Soler estima que “Es una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”.

Y Von Listz afirma que el estado de necesidad “es una situación de peligro actual para los intereses de los protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”.¹⁰³

El estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto de un peligro real, actual o inminente, no ocasionando dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Y el estado de necesidad en nuestro derecho es contemplado por el artículo 33, fracción VI del Código Penal para el Estado de Guanajuato Vigente que a la letra dice: “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.

¹⁰² MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. 58.

¹⁰³ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 203.

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”.¹⁰⁴

Y al analizar la definición legal del estado de necesidad, se observa que éste se integra de los elementos siguientes:

a) PELIGRO REAL, ACTUAL E INMINENTE.

En cuanto al peligro debe existir la amenaza de una situación que puede causar daño alguno de los bienes jurídicos de los cuales es titular una persona. Al igual que en la legítima defensa, el peligro debe ser real, actual o inminente, pero haciendo la aclaración de que mientras que en la legítima defensa se habla de una agresión consistente en una conducta humana, el peligro de que se habla en el estado de necesidad es un acontecimiento de cualquier índole. (Haciendo referencia de que este elemento o requisito se establece en la fracción VI, inciso a) del artículo 33, del código penal vigente para el Estado de Guanajuato, antes citado).

b) EL PELIGRO NO DEBE HABERLO OCASIONADO DOLOSAMENTE EL AGENTE.

La ley precisa que el peligro no hubiere sido ocasionado dolosamente por el agente; si esto ocurriera, no podría invocarse el estado de necesidad. (Artículo 33, fracción VI, inciso b).)

a) EL PELIGRO DE EXISTIR SOBRE BIENES JURÍDICOS PROPIOS O AJENOS.

Al igual que en la legítima defensa, los bienes , sean propios o ajenos, son amparados por el estado de necesidad, y tampoco en éste se precisa o distingue cuáles pueden ser, por lo que se entiende que cualquiera puede hacerlo.

Y los bienes jurídicos, abarcan todos los intereses que la ley protege al individuo: la vida, la integridad corporal, el honor, el patrimonio, etc.

¹⁰⁴ GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL ADJETIVO,. p.p. 13-14.

b) EL PELIGRO DE CAUSAR UN DAÑO EN BIENES JURÍDICOS .

El agente obrará ante el peligro de tal forma, que causará una afectación o daño a un bien jurídico para salvar otro. En este caso el daño carecerá de antijuridicidad.

c) LESIÓN DE UN BIEN DE MENOR JERARQUÍA.

El agente que se encuentre inmerso en el estado de necesidad, deberá lesionar; para acabar el peligro, un bien de menor valor que el que se le pretende dañar.

La doctrina ha sido uniforme en aceptar que, el estado de necesidad se funda en una preponderancia de intereses, es decir, que el estado acepta cuando dos bienes jurídicos están en pugna, debe prevalecer entre nosotros el de mayor valor, y sólo este argumento es que opera para que una conducta típica sea lícita.

d) QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL.

Al igual que en la legítima defensa, el medio que se utilice para lesionar el bien de menor jerarquía que el salvaguardado, debe ser inevitable. Y ante el peligro, el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, pero será justificada, en cuanto no haya habido otro medio practicable al empleado o que hubiera otro menos perjudicial a su alcance, pues lo contrario anularía la justificación.

e) EL AUTOR NO DEBE ESTAR LEGALMENTE OBLIGADO A SOPORTAR EL MAL.

Existen casos en que por el cargo o empleo de una persona, está obligado a afrontar ciertos eventos que podrían causarle un daño en sus bienes jurídicos. Es el caso de los policías, bomberos, capitanes de barcos, etc.

2.7.3 EJERCICIO DE UN DERECHO

El ejercicio de un derecho es la facultad que tiene por ley un individuo, de dedicarse o ejercer determinadas actividades que pueden implicar la lesión en los bienes jurídicos de las personas.

Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación.¹⁰⁵

El fundamento del ejercicio de un derecho es el reconocimiento estatal respecto de determinadas actividades, oficios o profesiones y en el desinterés estatal de castigar.

El ejercicio de un derecho aparece junto con el cumplimiento de un deber, el cual se establece en el artículo 33, fracción III del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

El Estado considera como legítimos, el ejercicio de ciertas profesiones como la medicina, en la que para ejercerla se requiere la ejecución de lesiones quirúrgicas; se exige que este tipo de actividades se realicen con una autorización estatal que sería equivalente a una cédula profesional, pero que, además, medie el consentimiento de la persona que va a ser sometida a la intervención; el consentimiento puede ser expreso o presunto: expreso, cuando el propio enfermo autoriza al médico para que lo intervenga quirúrgicamente y, es presunto, en aquellos supuestos en los que por inconsciencia o imposibilidad material se presume que el enfermo otorgaría el consentimiento, por ejemplo, el caso de un individuo accidentado e inconsciente que necesite atención médica urgente, el médico presumirá que el paciente consentiría en la intervención.

Igualmente, se da el ejercicio de un derecho en las actividades deportivas, generalmente en aquellos de contacto físico, como el fútbol, box, karate, etc. La justificación viene porque el estado consiente este tipo de eventos y porque existe, a su vez, consentimiento de las partes para practicarlos.¹⁰⁶

¹⁰⁵ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I., Op. Cit. p. 76.

¹⁰⁶ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. pp.64-65.

2.7.4 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

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. Aquí también se entraña el amparo de conductas que se realizan en función de una actividad también autorizada por la ley penal, pues los iguala al definirlos en el mismo precepto, y autorización sin la cual, la conducta ejecutada sería delictiva. Por ejemplo, los cateos realizados por el Ministerio Público y la policía, por orden del juez; las condenas decretadas en una sentencia; la ejecución de las órdenes de arresto, etc. Cuando el mandato o deber ejecutado sea ilegal, entonces la causa de justificación no se presenta.¹⁰⁷

Y La única diferencia radica en que en caso del ejercicio de un derecho éste consiste en ejercitar un derecho, mientras que el que se está tratando, al cumplir un deber, y muchas veces, ambas situaciones se encuentran unidas o una se desprende de la otra.¹⁰⁸

¹⁰⁷ IBIDEM. p. 65.

¹⁰⁸ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I., Op. Cit. p.78.

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

SUMARIO: 3.1 Imputabilidad y su ausencia.- 3.1.1 Elementos de la imputabilidad.- 3.2 La Inimputabilidad.- 3.2.1 Causas de Inimputabilidad.- 3.3 Culpabilidad.- 3.3.1. Doctrinas sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad.- 3.3.2. Formas de la Culpabilidad 3.4 El dolo.- 3.4.1 Especies del dolo.- 3.5 La culpa.- 3.6 Inculpabilidad.- 3.6.1. Inculpabilidad en el Código actual.

3.1 IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA

Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del derecho penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.¹⁰⁹

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

El individuo requiere de dos condiciones para que se presente la imputabilidad: éstas son: edad biológica y edad mental. Es básico que se consideren estas dos condiciones para que haya imputabilidad.

El diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”¹¹⁰

La imputabilidad es un concepto eminentemente jurídico que encuentra su fundamento en el sistema normativo, lo que significa que, abandonando criterios extrajurídicos, únicamente tendrá facultad aquél a quien la norma se la confiera. El sistema normativo ha empleado tres procedimientos fundamentales:

¹⁰⁹ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. 180.

¹¹⁰ IBIDEM. p.181.

- 1) Biológico.
- 2) Psicológico, y
- 3) Mixto

BIOLÓGICO.- que consiste en afirma que cuando biológicamente el individuo no ha alcanzado determinada edad, ello motiva la inexperiencia e ignorancia de conocimientos esenciales y, por tanto, no puede realizar un juicio acertado en lo que se refiere a la facultad de comprensión.

PSICOLÓGICO.- En éste se afirma que para plena comprensión de la ilicitud de la conducta y determinación del sentido, se requiere de un mínimo de salud mental que permita una acertada valoración en cuanto a la ilicitud.

MIXTO.- que consiste en una enumeración de las causas que provocan falta de capacidad y de autodeterminación en la conducta y que tornan no imputable o inimputable al sujeto.

La imputabilidad implica la capacidad del sujeto de motivarse por la norma, comprender su significación (capacidad de entender) y conducirse conforme a la misma (capacidad de querer).¹¹¹

Hoy en día es aceptada la idea de que en un sujeto pueden presentarse situaciones en las que se encuentre afectada su psique o facultades mentales y, consecuentemente, disminuida notablemente su capacidad de cognición y voluntad (comprensión del carácter ilícito del hecho y facultad de autodeterminarse de acuerdo a ese conocimiento, sin que tal afectación se dé a grado tal que excluya su imputabilidad

La imputabilidad es la capacidad de autodeterminación para actuar conforme al sentido y teniendo la facultad, que debe reconocerse normativamente, de comprender la antijuridicidad de la conducta. El sistema normativo mexicano, por especial valoración del legislador, ha considerado que únicamente quienes tengan 18 años edad o más, tienen la facultad de comprensión que requiere conceptualmente la imputabilidad.

Pero lo cierto es que ante la ineludible necesidad de precisar un límite de edad a los efectos de la imputabilidad en razón de la seguridad jurídica de que

¹¹¹ MONARQUE UREÑA RODOLFO. Op. Cit. p. 70.

deben gozar todos los sujetos sometidos a la ley, el legislador considero en el Estado de Guanajuato que la edad límite debía ser de 16 dieciséis años de edad.

Y esto se corrobora en el artículo 37 del Código Penal Sustantivo para el estado de Guanajuato, que refiere: “Las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto por este Código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna.

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

3.1.1. ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad conforme al código Penal, interpretado a contrario sensu, contiene un “elemento intelectual o de conocimiento”; la “capacidad de comprensión” de lo injusto”, que consiste en el carácter ilícito del hecho, y un “elemento voluntad”: conducirse de acuerdo con esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos dos elementos de “capacidad” y de “determinación de la voluntad”, originan la imputabilidad.¹¹²

Maggiore expresa que la capacidad es una categoría jurídica universal. Entendiéndola como posibilidad abstracta de recibir los efectos del ordenamiento jurídico (de ser sujetos del Derecho, titulares de derechos y obligaciones).¹¹³

El Diccionario Jurídico Mexicano dice que: Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona puede ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.¹¹⁴

Hans Kelsen considera al respecto, que debe entenderse por capacidad, la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho.¹¹⁵

¹¹² LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. 186.

¹¹³ IBIDEM. p. 187.

¹¹⁴ IDEM.

¹¹⁵ IDEM.

Como bien señalamos con anterioridad los elementos de la imputabilidad son:

- Capacidad de Entender.
- Capacidad de Querer.

CAPACIDAD DE ENTENDER. Según Maggiore es la faculta de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, medir y prever las consecuencias de la conducta propia.¹¹⁶

La capacidad de entender o capacidad de comprensión, abarca aspectos como un cierto grado de desarrollo intelectual, así como un grado de madurez.

Esta capacidad de entender, se desarrolla en el proceso de conciencia. La conciencia para Maggiore es un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos, el sujeto y el objeto.¹¹⁷

Pavón Vasconcelos hace un análisis de la importancia de que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, para que de esta manera tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce: La noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además de su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significado y mover su voluntad con el fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad.

CAPACIDAD DE QUERER. Maggiore nos dice: Paralelo al proceso de conciencia es el proceso de la voluntad, que no nace inmediatamente como tal, sino que va pasando por grados intermedios. Primero es una tendencia indistinta o apetito; después una tendencia distinta en su objeto o deseo; luego un querer sin ley o arbitrio; y por último, un querer subordinado a la razón y a la ley, o sea libre. La pura voluntad no es otra cosa que voluntad libre. Por lo tanto, la capacidad de querer es la facultad de autodeterminarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan a la conducta.¹¹⁸

La capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho.

¹¹⁶ IDEM.

¹¹⁷ IBIDEM. p. 188.

¹¹⁸ IBIDEM. p. 189.

3.2 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.¹¹⁹

La inimputabilidad también es la incapacidad de querer y entender en el mundo del derecho.

En el derecho penal mexicano la inimputabilidad se valora desde tres perspectivas; la primera, desde un punto meramente objetivo que tiene que ver con la edad del sujeto; la segunda tiene que ver con la sanidad mental (trastorno mental), y la última, se refiere a la maduración psicofisiológica (desarrollo mental retardado).

Con relación a la sanidad mental, son inimputables todas aquellas personas que padezcan un trastorno mental transitorio, como por ejemplo, el empleo de sustancias embriagantes, tóxicas o enervantes de manera accidental o involuntarias o permanentes como las enfermedades mentales; desde esa perspectiva, son inimputables, los esquizofrénicos, los paranoicos y los delirantes epilépticos.

Desde el punto de vista de la maduración psicofisiológica del individuo, los oligofrénicos son inimputables.

La razón del especial trato que dan las leyes penales a estas determinadas personas, se ubica en la ausencia de imputabilidad que genéricamente han dispuesto las normas del derecho positivo. El Código Penal para el Estado de Guanajuato enuncia en su artículo 33, Fracción VII, párrafo I, que dice: El delito se excluye cuando 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 una conducta de acuerdo con esa comprensión. Así como también el artículo 37, párrafo I del ya citado Código en el que se dice: Que las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal para el Estado de Guanajuato y en ningún caso se les podrá imponer pena alguna.

¹¹⁹ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 81.

También dentro de las causas de inimputabilidad se encuentran las acciones liberae in causa que son aquellas libres en su causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal, por tanto, la ley lo considera responsable del delito.

Sebastián Soler señala que las acciones libre en su causa de la siguiente manera: las condiciones de imputabilidad tienen que haberse reunido en el momento de la acción. Si la situación de inimputabilidad es posterior al hecho, sus consecuencias son meramente procesales. Aquel principio sufre, sin embargo, una excepción en los casos de las actio libera in causa, que son aquellos e los cuales el sujeto se ha colocado en una situación de inimputabilidad. En esas hipótesis, la imputación del hecho realizado durante el tiempo de inimputabilidad se retrotrae al estado anterior, y, conforme sea el contenido subjetivo de ese acto, se imputará a título de dolo o culpa. Por ejemplo, si un sujeto se embriaga hasta la inconsciencia para no temer y atreverse contra determinada persona, a quien quiere matar, es plenamente imputable el homicidio, aún cuando éste haya sido cometido en estado actual de inconsciencia. En cambio, en el conocido caso de la madre que asfixia al hijo a causa de su sueño inquieto, la imputación sólo podría hacerse, como actio libera in cusa, a título de culpa, siempre que la madre conozca en general, la calidad de su sueño y que no sea una actitud preordenada.

Maurach expone: Actio libera in causa es una acción cuya causa decisiva, es interpuesta por el sujeto en estado de imputabilidad, produciéndose el resultado típico en un momento de inimputabilidad.

Estamos frente a una conducta libre en su causa, cuando el sujeto con capacidad de culpabilidad, se pone por sus propia decisión en forma dolosa o culposa en un estado de inimputabilidad, produciendo un resultado típico.

En esta tipo de conductas, el sujeto hace uso de su persona como miedo, como instrumento, ya que en el momento de tener una capacidad de querer y entender, se pone el mismo en un estado de inconciencia (inimputable), para realizar al delito (provoca la inimputabilidad).

Para que pueda presentarse la acción libre en su cusa es necesario que concurren los siguientes requisitos:

- 1.- Un sujeto con previa capacidad de culpabilidad.

- 2.- una conducta que produce o no evita el estado de inimputabilidad;
- 3.- Una conducta dolosa o culposa, previa al estado de inimputabilidad;
- 4.- Un estado de inimputabilidad por parte del sujeto, y
- 5.- Producción o no de un resultado típico.

Estás acciones libre en su causa se encuentran establecidas en el artículo 36 párrafo primero del Código Penal, que refiere: “La grave perturbación de la conciencia por haber ingerido bebidas alcohólicas o por el uso de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, sin libre voluntad o por error invencible, se rige por lo previsto en el artículo 33 fracción VII y 35 de este Código.

3.2.1 CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad.

Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.¹²⁰ Es decir que la inimputabilidad consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Y dentro de esta sus causas ya se encuentran señaladas en los párrafos anteriores.

3.3. CULPABILIDAD.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.¹²¹

¹²⁰ CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. ed. 46^a. Ed. Porrúa. México, 2005. p. 223.

¹²¹ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 85.

La culpabilidad es un es un elemento básico del delito y es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con el acto delictivo. El nexo es el fenómeno que se da entre dos entes; en la culpabilidad es la relación entre el sujeto y el delito, esto es, el nexo intelectual entre el sujeto y el delito.¹²²

Maggiore señala que: “Culpable es el que, hallándose en las condiciones requeridas para obedecer a una ley, la quebranta conciente y voluntariamente.”¹²³

Jiménez de Asúa y Castellanos Tena, la definen como “el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica y el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el acto”.¹²⁴

3.3.1 DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

Las doctrinas que se ocupan de la naturaleza jurídica de la culpabilidad son:

a) TEORIA PSICOLOGISTA O PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD. Para esta teoría la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

La culpabilidad consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o emocional; y otro intelectual; el primero (volitivo) indica la suma de dos querereres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.¹²⁵

La culpabilidad es considerada como la realización subjetiva que media entre el autor y el hecho punible, con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en la relación al resultado objetivamente delictuoso.

¹²² LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. 214.

¹²³ IDEM.

¹²⁴ ARROYO HERRERA JUAN FRANCISCO. CÓMO LLEVAR UNA DEFENSA PENAL. ed. 2ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 109.

¹²⁵ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Supra. p. 234.

b) TEORIA NORMATIVA O NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD. La culpabilidad la constituye un juicio de reproche; una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. **La exigibilidad** sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho, es decir, al deber ser jurídico.

Para esta concepción la culpabilidad es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico.

La culpabilidad considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamente en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.¹²⁶

Frank, fundador de la teoría normativa, expresa que culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico.

3.3.2 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad reviste dos o formas que son: el dolo y la culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Estas formas de culpabilidad lo precisa de manera clara el artículo 12 del Código Penal para el estado de Guanajuato vigente que refiere que : “las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa.

La culpabilidad la constituye un juicio de reproche, es decir, una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada, pues la esencia de la culpabilidad consiste en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la

¹²⁶ FERNÁNDEZ DOBLADO. Cit. por CASTELLANOS. p. 236.

exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio nace de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho, es decir, al deber ser jurídico.¹²⁷

3.4 EL DOLO.

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho.¹²⁸

Según Eugenio Cuello Calón, el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. Es el actuar consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.¹²⁹

Jiménez de Asúa piensa, “dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.”¹³⁰

El artículo 13 del ya multicitado código refiere que “obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible”.¹³¹

El dolo esta compuesto por dos elementos que son: el ético y el volitivo.

El ético consiste en saber que se infringe la norma, es decir, que esta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber. En cambio el Volitivo que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

¹²⁷ IBIDEM. p. 235-236.

¹²⁸ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA I. Op. Cit. p. 86.

¹²⁹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. Supra. p. 239.

¹³⁰ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p. 218.

¹³¹ CÓDIGO PENA. p.10

3.4.1 ESPECIES DE DOLO

Existen diversas especies de dolo a saber son las siguientes:

EN CUANTO A LA MODALIDAD DE LA DIRECCIÓN EL DOLO SE DIVIDE EN:

Dolo Directo. Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer el resultado.¹³²

De acuerdo con Roxin el dolo directo se puede asimilar con la intención, y bajo esta concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue, es decir, el autor persigue la realización del delito.¹³³

Los elementos que debe reunir este tipo de dolo es que el sujeto prevea el resultado y que lo quiera.¹³⁴

Dolo Indirecto. Que se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho¹³⁵, es decir, el sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes; por ejemplo alguien que quiere lesionar a un comensal determinado para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal en la mesa, sabiendo que podrán resultar lesionados otros sujetos.¹³⁶

Dolo eventual. En este dolo hay una representación del resultado delictuoso, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca.¹³⁷ Aquí el sujeto tiene presente que puede ocurrir un resultado, puede ser posible, y sin embargo, actúa para que se verifique, sin siquiera tratar de impedir que se realice. De este podemos deducir dos elementos del dolo eventual a saber son:

- a) Representación del probable resultado, y
- b) Aceptación del mismo.

¹³² CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 239.

¹³³ DÍAZ ARANDA ENRIQUE. DOLO. ed. 4ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 145.

¹³⁴ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. Op. Cit. p.225.

¹³⁵ CASTELLANOS. Op. Cit. Supra. p. 239.

¹³⁶ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p.p. 86.

¹³⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Op. Cit. Supra. p.p. 225-226.

EN CUANTO A SU EXTENSIÓN EL DOLO PUEDE SER:

Dolo Determinado.- Este tipo de dolo forma la intención directa. Maggiore expone: “Se tiene dolo determinado cuando la intención exclusiva e inequívocadamente se dirige hacia el delito cometido”.¹³⁸

Dolo Indeterminado. Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado.¹³⁹ Este delito se ubica en la intención indirecta positiva, o intención alternativa, a diferencia del determinado que se forma en la intención directa. Por ejemplo colocar una bomba para protestar por alguna situación de índole política; el sujeto sabe que causará uno o más daños, pero no tiene la intención de infligir alguno en particular.¹⁴⁰

POR SU INTENSIDAD EL DOLO PUEDE SER:

Genérico. El dolo es genérico al encauzar la voluntad a producir un resultado jurídicamente prohibido.¹⁴¹

Específico. Para Carrancá y Trujillo, dolo específico es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consignarlo en cada caso, y no se presume sino que debe comprobarse correspondiendo su prueba al Ministerio Público.¹⁴²

EL DOLO EN CUANTO A SU CONTENIDO SE DIVIDE EN:

De daño. Tenemos dolo de daño cuando el resultado que el agente tiende a producir, es un daño efectivo, es decir, la destrucción o disminución real de un bien jurídico.

Dolo de Peligro. Éste se produce cuando el agente inicia una acción encaminada a realizar un daño efectivo, y el producto es nada más un peligro.¹⁴³

¹³⁸ IBIDEM. p.p. 226-227.

¹³⁹ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 86.

¹⁴⁰ IDEM.

¹⁴¹ LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. p. 228.

¹⁴² IDEM.

¹⁴³ IBIDEM. p. 230.

3.5 LA CULPA

La culpa es la segunda forma de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, cuando pudo ser previsible y evitable.

Cuello Calón expresa: “Existe culpa cuando obrando sin intención y sin diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley”.¹⁴⁴

Para Mezger, “Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”.¹⁴⁵

Carrara, por su parte, expuso que la culpa es una voluntaria omisión de diligencia, donde se calculan las consecuencias posibles y previsibles del mismo hecho.¹⁴⁶

El maestro Pavón Vasconcelos define la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres”.¹⁴⁷

También en el código penal para el estado de Guanajuato en su artículo 14 primer párrafo, refiere que “Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales.

La culpa se compone de elementos que son las partes esenciales de que se integra ésta:

1. Conducta (acción u omisión).
2. Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes.
3. Resultado previsible y evitable.
4. Tipificación del resultado.

¹⁴⁴ IBIDEM. p. 232.

¹⁴⁵ IDEM.

¹⁴⁶ IDEM.

¹⁴⁷ IDEM.

5. Nexos o relación de causalidad.

Y existen diversas clases de culpa que son dos principalmente y estas son:

Consciente, también llamada Representación o Previsión; e inconsciente, denominada sin representación o sin previsión. Esto por lo que hace al “grado de conocimiento”. Y en cuanto al “grado de indiferencia”, se distinguen en la culpa leve y la culpa grave.¹⁴⁸

La culpa consciente, con previsión o con representación, existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. Un ejemplo de ello es en el caso de que el conductor de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos no le funcionan defectuosamente; no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la máquina, con la esperanza que ningún transeúnte se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.¹⁴⁹

Jiménez de Asúa refiriéndose a la culpa **inconsciente** dice que es “Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (saber y poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido).¹⁵⁰

La culpa inconsciente, sin previsión o sin representación, existe cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler la culpa se da cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia. Es, pues, una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

Ejemplo: el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta

¹⁴⁸ IBIDEM. p. 234.

¹⁴⁹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 249.

¹⁵⁰ LÓPEZ BETANCOUR. Op. Cit. Supra. p. 234.

muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.¹⁵¹

Hay ciertos delitos en los que no puede funcionar la culpa, y estos son:

a) En los que exijan la forma dolosa de culpabilidad. En este supuesto el delito de homicidio en razón del parentesco, no puede cometerse culposamente, pues este delito exige un doble dolo: o sea un dolo genérico y otro específico.

b) De tendencia, ejemplo los delitos de estupro, violación e incesto.

c) Que requieran un elemento subjetivo del injusto, o sea que la culpa no puede funcionar en los delitos que contienen elementos subjetivos del injusto, como en el robo, abuso de confianza, fraude y abuso sexual.¹⁵²

3.6 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. Ésta se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta, si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.¹⁵³

La inculpabilidad es la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento de hecho.¹⁵⁴

¹⁵¹ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 249.

¹⁵² LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. p.p. 235-236.

¹⁵³ IBIDEM. p. 236.

¹⁵⁴ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 89.

La inculpabilidad, sostiene Osorio y Nieto se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta, como en el caso del error esencial de hecho y en términos generales la coacción sobre la voluntad.¹⁵⁵

Las causas de inculpabilidad, también denominadas causas de exculpación son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se considera importante diferenciar a éstas, con las causas de inimputabilidad, señalando que en estas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta, porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.¹⁵⁶

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían el error esencial de hecho (que ataca el elemento intelectual) y la coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno de sus elementos constitutivos. Si la culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, sólo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los otros factores, o de ambos.¹⁵⁷

ERROR ESENCIAL DE HECHO INVENCIBLE.

El error es la falsa concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado e incorrecto.¹⁵⁸

También es una idea falsa o equivocada respecto de un objeto, cosa o situación, constituyendo un estado positivo.¹⁵⁹

El error se divide en error de hecho y error de derecho. El de hecho a su vez se clasifica en esencial y accidental. Y el error esencial a su vez se clasifica en error esencial vencible y error esencial invencible, y abarcando por último el error accidental se subdivide en error en el golpe, error en la persona y error en el delito.

¹⁵⁵ ARROYO HERRERA. Op. Cit. p. 109.

¹⁵⁶ LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. p. 237.

¹⁵⁷ CASTELLANOS. Op. Cit. p. 258.

¹⁵⁸ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 90.

¹⁵⁹ LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. p. 238.

ERROR DE DERECHO.- Este ocurre cuando el sujeto tiene una falsa concepción del derecho objetivo. No puede decirse que inculpable quien comete un ilícito por error de derecho, ni puede serlo por ignorar el derecho, pues su desconocimiento no excusa de su cumplimiento. Esto siguiendo el principio de que “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia”. En el error de derecho no existe causa de inculpabilidad.¹⁶⁰

ERROR DE HECHO.- El primero es un error respecto a los elementos del tipo, versa sobre la conducta, cuando el sujeto cree atípica su actuación, considerándola conforme a derecho, siendo en realidad contraria al mismo; en segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar, se refiere al caso de obediencia jerárquica, cuando el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilicitud del mandato.¹⁶¹

ERROR ESENCIAL.- Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se dé el dolo.

- a) Error esencial vencible. Cuando subsiste la culpa a pesar del error.
- b) Error esencial invencible. Cuando no hay culpabilidad. Este constituye una causa de inculpabilidad.

Para que el error esencial de hecho tenga efectos de inculpabilidad, debe ser invencible, ya que de lo contrario dejará subsistente la culpa.

ERROR ACCIDENTAL. El error accidental no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino en accesorias y secundarias.

- a) Error en el golpe. Es cuando hay una desviación del mismo en el hecho ilícito, provocando un daño equivalente, mayor o menor al propuesto por el sujeto, es decir, el sujeto enfoca todos sus actos relacionados al ilícito, hacia un objetivo, que es la realización del mismo; no sobre ese objetivo por un error, y sin embargo, sí provoca daño a otra persona, por lo que el sujeto, responderá de un ilícito doloso, siendo indiferente para la ley, que el mismo haya recaído en un bien jurídico protegido, distinto.

¹⁶⁰ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 89.

¹⁶¹ IDEM.

- b) Error en la persona. Se da debido a una errónea representación, ya que el sujeto destina su conducta ilícita hacia una persona, creyendo equivocadamente que es otra.

- c) Error en el delito. Ocurre cuando un sujeto piensa inexactamente que realiza un acto ilícito determinada, cuando en realidad se encuentra en el supuesto de otro.¹⁶²

3.6.1 INCULPABILIDAD EN EL CODIGO ACTUAL.

El Código Penal para el estado de Guanajuato considera en la fracción VIII del artículo 33 como causa de exclusión del delito, realizar 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. Y Francisco Pavón Vasconcelos , expresa que sobre esta fracción se incluyen tanto el error de tipo como el error de prohibición (incluyendo el de permisión).

La esencia del error de derecho radica en que el sujeto, no obstante conocer el hecho que realiza, está ignorante de la obligación que tiene de respetar o acatar una conducta penal determinada, ya por desconocimiento de la propia norma que le impone hacer algo o abstenerse de hacerlo, o porque su conocimiento de ella es imperfecto, se precisa que dicho error sea invencible o insuperables, esto es, que el sujeto esté imposibilitado para conocer la ilicitud de su acción u omisión, lo cual significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea inculpable. En el propio inciso B) se acoge el llamado error invencible, por creer que su conducta se encuentra justificada.

La otra causa de Inculpabilidad se refiere a la No exigibilidad de otra conducta que se considera como un grado de inclinación al hecho prohibido, que no se pierde la conciencia ni la capacidad de determinación, por tanto sólo atañe a la equidad o a la conveniencia política y puede motivar un perdón o una excusa, pero no una desintegración del delito por eliminación de alguno de sus elementos.¹⁶³

¹⁶² LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. p. 239.

¹⁶³ CASTELLANOS. Op. Cit. p. 271.

Las causas de inculpabilidad estaban constituidas por el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad, pero a raíz de las reformas al Código Penal, se reglamente en forma destacada la inexigibilidad que genera la inculpabilidad en el artículo 33, fracción Ix que hace referencia a que: “El delito se excluye cuando: 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 “.¹⁶⁴

¹⁶⁴ CÓDIGO PENAL. p. 14.

CAPITULO CUARTO.

LA PUNIBILIDAD.

SUMARIO: 4.1 Noción de la Punibilidad.- 4.1.1 Excusas Absolutorias.- 4.1.2. Especies de Excusas Absolutorias.- 4.2 Definición de la pena.- 4.2.1 Fines y características de la pena.- 4.2.2 Clasificación de la pena.- 4.2.3 Catalogo de las penas.- 4.2.4 Medidas de Seguridad 4.2.5.- Catalogo de la medidas de seguridad.

4.1 NOCIÓN DE LA PUNIBILIDAD.

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

En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del jus puniendi).

En materia penal el Estado reacciona mucho más enérgicamente que tratándose de infracciones civiles o de otro tipo; obra drásticamente al conminar la ejecución de determinados comportamientos con la aplicación de las penas.¹⁶⁵

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es la amenaza de pena, que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Bettioli define a la punibilidad como el tratamiento de una consecuencia jurídica del delito.

Guillermo Sucre dice que la punibilidad es el conjunto de presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la Idea del derecho.¹⁶⁶

¹⁶⁵ CASTELLANOS. Op. Cit. p. 276.

¹⁶⁶ LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. p. 263.

La punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.¹⁶⁷

4.1.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; pues constituyen el factor negativo de la punibilidad.

Y éstas constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

También se les considera que son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.¹⁶⁸

Jiménez de Asúa dice que son excusas absolutorias las excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

Para Kohler son circunstancias en las que, a pesar de subsistir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor.¹⁶⁹

4.1.2 ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

- A) EXCUSA EN RAZÓN DE MINIMA TEMIBILIDAD. El artículo 196 del código Penal para el Estado de Guanajuato, establece que cuando la cuantía de lo robado no exceda de veinte días de salario mínimo general vigente en el estado en la fecha de los hechos y el activo repara voluntaria e íntegramente el daño, el tribunal no aplicará pena alguna. No se aplicará esta disposición cuando: I) El activo haya sido ya exculpado en caso

¹⁶⁷ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 94.

¹⁶⁸ CASTELLANOS. Op. Cit. p. 279.

¹⁶⁹ LÓPEZ BETANCOURT. Op. Cit. p. 268.

semejante; II) Haya sido condenado por delito doloso, y III) Se trate de robo calificado. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

B) EXCUSA EN RAZÓN DE LA MATERNIDAD CONSCIENTE. El artículo 163 del ya citado código, refiere que: No es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación. El aborto no será punible cuando el embarazo sea producto de una violación, ya que a pesar de que existe una conducta típica antijurídica, la madre no es culpable porque la motivación de su conducta es superior al deber de no delinquir, siempre y cuando conste que la maternidad fue forzada e involuntaria.

C) EXCUSAS POR INEXIGIBILIDAD. El artículo 270 del Código penal menciona que : Están exentos de pena los ascendientes del evadido, sus descendientes, cónyuge, concubinario o concubina y hermanos, excepto en el caso de que hayan proporcionado o favorecido la fuga por medio de la violencia o que fueran los encargados de conducir o custodias al evadido. Aquí el legislador atiende a motivos de conservación de los lazos parentales y sentimentales que unen al autor con el evadido, excepto que hagan uso de la violencia o que fueran sus custodios. En el artículo 272 cita: Al detenido, inculpado o condenado que se evada, no se le aplicarán las sanciones de este capítulo. Pues el legislador acepta y reconoce el deseo de todo hombre de ser libre. Esta excusa absolutoria opera aun cuando el evadido hiciere uso de la violencia u obrare conjuntamente con otros detenidos. El artículo 277 del Código Penal ya citado, refiere que: No se sancionarán las conductas descritas en este capítulo, si se trata de: I) Parientes en línea recta o descendente, consanguínea, afín o por adopción; II) El cónyuge, concubinario o concubina y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y III) Quienes estén ligados con el agente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. La excusa no favorecerá a quien obre por motivos reprochables o emplee medios delictuosos, en esté artículo procede la excusa absolutoria, procede por los motivos, que se deducen en el artículo 272 y tratándose de este tipo penal se amplía el beneficio de la excusa, para las personas que obren movidas por los sentimientos de amor, respeto, gratitud y estrecha amistad que los unan al responsable. La excusa procede si los móviles son delictuosos y obran por motivos reprobables.

D) EXCUSA POR GRAVES CONSECUENCIAS SUFRIDAS. El artículo 102 del Código Penal establece: Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona derivadas del delito o por senilidad o precario estado salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la pena privativa o restrictiva de liberta, el tribunal, de oficio o a petición de parte,

podrá sustituirla por una medida de seguridad o no aplicarla. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el tribunal se apoyará en dictámenes de peritos. Evidentemente el precepto capta los casos en los cuales el sujeto activo sufre graves daños en su persona, de tal manera que sea hasta inhumana la imposición de la pena, o innecesaria, tratándose de personas de edad avanzada o precaria salud. Así también el artículo 155 del Código penal para el estado de Guanajuato: El homicidio y las lesiones culposos no serán punibles cuando el sujeto pasivo sea cónyuge, concubinario o concubina, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano o pariente por afinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado del activo. Cuando el pasivo sea pariente colateral hasta el cuarto grado o esté unido con estrecha amistad con el activo, sólo se perseguirá por querrela. El homicidio y las lesiones culposos serán punibles cuando el activo hubiese obrado bajo el influjo de bebidas embriagantes, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o abandone injustificadamente a las víctimas. Este artículo plantea una causa de exclusión de la pena fundada en la aflicción que el delito causa a su autor, se excluye a los hermanos y sin embargo con suficiente apoyo criminológico, la exclusión de la pena favorece a todos los casos culposos de homicidio o de lesiones causadas por el sujeto activo ligado con tales vínculos parentales.¹⁷⁰

4.2 DEFINICION DE LA PENA.

La pena es el castigo que el estado impone, con fundamento en la ley, al sujeto responsable de un delito.¹⁷¹

Bernaldo de Quirós dice que la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito.¹⁷²

Cuello Calón es el sufrimiento impuesto por el estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.¹⁷³

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

¹⁷⁰ CÓDIGO PENAL. p. 50.

¹⁷¹ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 113.

¹⁷² CASTELLANOS. Op. Cit. p. 317.

¹⁷³ IBIDEM. p. 318.

La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.¹⁷⁴

La pena nace como venganza y con el tiempo se transforma y adquiere diversos caracteres y propósitos, más acordes con las necesidades sociales y con la evolución del pensamiento de la época.

En la antigüedad importaba castigar con el fin de reprimir, eliminar al delincuente y provocar una reacción de escarmiento dirigido a los demás.

La pena fundamental era la capital (de muerte), porque eliminaba al delincuente y, era algo seguro: ese sujeto no volvería a delinquir.

Luego surgieron otras penas, como los trabajos forzados, los corporales (latigazos, mutilaciones) que causaban dolor físico y afectación psicológica, y las infamantes, que causaban descrédito social, desprecio y deshonor frente a los demás, creyéndose que con la vergüenza escarmentaría el sujeto. También existió la pena pecuniaria, pero generalmente como accesoria.

Cuando las ideas humanísticas empiezan a influir en quien imparte justicia, la pena tiende a corregir más que a castigar severamente.

Hoy en día, la pena se encuentra en un período científico. Se intenta castigar no sólo para causar afectación al sujeto, sino también con el fin de readaptarlo y proteger a la sociedad; así en la pena se ve un tratamiento.¹⁷⁵

4.2.1 FINES Y CARACTERÍSTICAS DE LA PENA.

La pena debe cumplir con determinados fines y estos son:

De Corrección. La pena, antes que todo, debe lograr corregir al sujeto; actualmente se habla de readaptación social.

De Protección. Debe proteger a la sociedad, manteniendo el orden social jurídico.

¹⁷⁴ IDEM.

¹⁷⁵ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 114.

De intimidación. Debe atemorizar y funcionar de modo que inhiba a las personas para no delinquir.

Ejemplo. Debe ser una advertencia y amenaza dirigida a la colectividad.¹⁷⁶

Para Cuello Calón la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social. Además debe perseguirse la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar las leyes.¹⁷⁷

La pena tiene las siguientes características:

Intimidatoria . Significa que debe preocupar o causar temor al sujeto para que no delinca, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación.

Ejemplar. Al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal, pues debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.

Correctiva. Al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia.

Justa. La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en la medida del caso de que se trata. Pues la injusticia traería males mayores, no sólo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar sociales.

Aflictiva. Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos, y

¹⁷⁶ IBIDEM. p. 116.

¹⁷⁷ CASTELLANOS. Op. Cit. p. 319.

Legal. Siempre debe provenir de una norma legal; previamente debe existir una ley que le da existencia. Es lo que se traduce en el principio de legalidad referido, null poena sine lege.

4.2.2 CLASIFICACIÓN DE LA PENA.

Existen diversos criterios según los cuales se clasifica a la pena: por sus consecuencias, por su aplicación, por la finalidad que persigue y por el bien jurídico que afecta.

POR SUS CONSECUENCIA

Reversible. La afectación dura el tiempo que dura la pena, pero después el sujeto recobra su situación anterior, y las cosas vuelven al estado en que se encontraban; por ejemplo, la pena pecuniaria.

Irreversible. La afectación derivada de la pena impide que las cosas vuelvan al estado anterior; por ejemplo, pena corporal (en su verdadero sentido: mutilación) o de muerte.

POR SU APLICACIÓN

Principal. Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia; es la pena fundamental.

Accesoria. Es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal.

Complementaria. Es adicional a la principal y deriva también de la propia ley.

POR LA FINALIDAD QUE PERSIGUE

Correctiva. Es aquella que procura un tratamiento readaptador para el sujeto; tiende a corregir su comportamiento.

Intimidatoria o preventiva. Es aquella con la cual se trata de intimidar o inhibir al sujeto para que no vuelva a delinquir; funciona como prevención.

Eliminatoria. Es la que tiene como finalidad eliminar al sujeto ya sea de manera temporal (prisión) o definitiva (capital).

POR EL BIEN JURÍDICO QUE AFECTA

Pena Capital. Conocida también como pena de muerte, y considerada como la más grave de cuantas penas existen, consiste en afectar el bien jurídico de la vida del delincuente. Actualmente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 22, cuarto párrafo, prohíbe la pena de muerte.

Pena Corporal. Es la pena que causa una afectación directa del cuerpo del delincuente, además de ser rudimentaria y dolorosa.

Pena Pecuniaria. Implica el menoscabo patrimonial del delincuente; por ejemplo la multa.

Pena Privativa de Libertad. Que afecta directamente al bien jurídico de la libertad. Ejemplo por excelencia es la prisión.

Pena Infamante. Causa descrédito, deshonor y afectación a la dignidad de la persona. Y consistía en el exhibición pública con ropas ridículas, pintura o rape, letreros denigratorios. La cual se encuentra prohibida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 22, párrafo primero.

Condena condicional. Cuando el sujeto no sea reincidente por delito dolo y la pena no excede de cuatro años, el juez podrá dejarlo en libertad, si se presume que no volverá a delinquir el sentenciado y previo otorgamiento de una garantía.

Libertad Provisional mediante caución. También conocida como libertad bajo fianza, consiste en que, mediante un fiador del procesado o probable procesado, éste goce de libertad en la condición de que si cumple con las obligaciones impuestas por el Estado, perderá el monto con que aseguró cumplimiento de aquéllas, esta previa satisfacción de los requisitos legales señalados en el código penal adjetivo.¹⁷⁸

¹⁷⁸ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p.p. 116-120.

4.2.3 CATALOGO DE LAS PENAS.

En el artículo 38 del Código Penal para el Estado de Guanajuato se establecen las penas y éste refiere que: “Por la comisión de los delitos descritos en el presente Código sólo podrán imponerse las penas siguientes: I) Prisión; II) Semilibertad; III) Trabajo a favor de la comunidad; IV) Sanción pecuniaria; V) Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas; VI) Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño; VII) Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella y VIII) Las demás que prevengan las leyes.

PRISIÓN.

En cuanto a la prisión esta consiste en la privación de la libertad personal, en la institución penitenciaria que el Ejecutivo del Estado designe. Su duración podrá ser de diez días a cuarenta años. (artículo 39 del Código Penal para el estado de Guanajuato).

SEMILIBERTAD.

La semilibertad condicionada consiste en alternar períodos de libertad con períodos de prisión.

Y se aplicará según las circunstancias del caso, del siguiente modo:

- I. Externación durante la semana de trabajo o educativa con reclusión de fin de semana.
- II. Salida de fin de semana con reclusión de fin de semana.
- III. Salida diurna con reclusión nocturna.

El tribunal podrá conceder al sentenciado la semilibertad condicionada si la pena de prisión que se le fije no excede de cinco años y cumpla con los siguientes requisitos:

- I. Que hay pagado la reparación del daño y la multa;
- II. Que otorgue la caución que le sea fijada por el tribunal;
- III. Que haya observado buena conducta desde tres años antes de la comisión del delito hasta la culminación del proceso; y
- IV. Que tenga un modo honesto de vivir. (Artículo 48 del Código Penal para el Estado de Guanajuato).

TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas o en instituciones asistenciales privadas (Artículo 41 del Código Penal).

Y el trabajo a favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutiva de la prisión o de la multa.

Cuando la pena sea autónoma el tribunal la aplicará dentro de los márgenes de la punibilidad asignada al tipo penal y tomará en cuenta:

- a) El grado de afectación al bien jurídico o del peligro a que fue expuesto.
- b) La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- c) Las circunstancias de tiempo, lugar, modo, ocasión y los motivos del hecho realizado;

- d) La posibilidad del agente de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma;
- e) La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, y
- f) Las demás condiciones específicas o personales del agente, siempre y cuando sean relevantes para determinar el grado de su culpabilidad y que serán tomadas en cuenta siempre que la ley no las como constitutivas del delito o modificadoras de la responsabilidad.

Y en esta caso la jornada de trabajo tendrá una duración de tres horas.

El trabajo a favor de la comunidad como sustitutivo de la pena de prisión podrá concederlo el tribunal al sentenciado, si la que se fije no excede de cuatro años y cumple con los siguientes requisitos:

- a) Que haya pagado la reparación del daño y la multa;
- b) Que haya observado buena conducta desde tres años antes de la comisión del delito hasta la culminación del proceso; y
- c) Que tenga un modo honesto de vivir.

Cada día de prisión será sustitutivo por una jornada de trabajo a favor de la comunidad.

Tratándose de la multa sólo podrá ser sustituida por trabajo a favor de la comunidad cuando sea la única pena impuesta por el juzgador y cada día multa será sustituido por una jornada de trabajo, (artículo 46 del Código Penal).

SANCIÓN PECUNIARIA.

La sanción pecuniaria como ya referimos implica el menoscabo patrimonial del delincuente. Y son sanciones pecuniarias: a) La multa y b) La reparación del daño.

La multa consiste en el pago al Estado de una suma de dinero que se fije en la sentencia por días multa. El día multa equivale al salario mínimo general vigente en el Estado al momento de consumarse el delito.

Para fijarse la cuantía de la multa, el tribunal deberá de tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado.

La reparación del daño comprende:

- a) La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, así como el pago, en su caso, de deterioros y menoscabos sufridos. Si la restitución no fuere posible, el pago del valor comercial de la cosa en el momento de la comisión del delito.
- b) El pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencia del delito.
- c) El pago del daño moral; y
- d) La indemnización de los perjuicios ocasionados.

Y son terceros obligados a la reparación del daño: a) Los que ejerzan la patria potestad; b) Los tutores y los custodios por los delitos de quienes se hallaren bajo su autoridad y guarda; c) Las personas físicas o las personas jurídicas colectivas por los delitos que cometan culposamente sus obreros, aprendices, jornaleros, empleados o artesanos, con motivo o en el desempeño de sus servicios; d) Las personas jurídicas colectivas o las que se ostentan como tales, por los delitos cometidos por quienes legítimamente actúan en su nombre o representación; e) Los dueños de mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos o sustancias peligrosas, por los delitos de que en ocasión de su tenencia, custodia o uso cometan culposamente las personas que los manejen o tengan a su cargo, siempre que la tenencia, custodia o uso la confieran voluntariamente; y f) El estado o los municipios, por los delitos de sus funcionarios o empleados cometan en el desempeño de sus funciones públicas, (artículo 57 del Código Penal).

DECOMISO Y DESTRUCCIÓN DE COSAS PELIGROSAS Y NOCIVAS.

El decomiso consiste en la pérdida de la propiedad o de la posesión de los instrumentos u objetos del delito en favor del Estado, (Artículo 78 del Código Penal).

Los instrumentos u objetos del delito se decomisarán si son de uso prohibido, y los de uso lícito se decomisarán a la persona acusada solamente cuando fuere sentenciada por delito doloso. Pero las armas serán decomisadas aún tratándose de delito culposo, (En relación con el artículo 79 del Código Penal).

Si los instrumentos u objetos de uso ilícito sólo sirven para delinquir o son sustancias nocivas o peligrosas, se destruirán al quedar firme la sentencia, (Artículo 80 del Código Penal).

SUSPENSIÓN, PRIVACIÓN E INHABILITACIÓN DE DERECHOS, DESTITUCIÓN O SUSPENSIÓN DE FUNCIONES O EMPLEOS E INHABILITACIÓN PARA SU EJERCICIO O DESEMPEÑO.

La suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que estén ejerciendo, (artículo 84 del Código Penal). Y esta es de dos clases:

- a) La que es consecuencia de la pena de prisión.
- b) La que se aplica como pena prevista para un delito particular, (Artículo 86 del Código Penal).

La privación de derechos estriba en su pérdida definitiva.

La destitución consiste en la separación definitiva de las funciones, cargos, empleos o comisiones públicos que se estén ejerciendo, (Artículo 85 del Código Penal).

La inhabilitación implica una incapacidad temporal o definitiva para obtenerlos y ejercerlos, y se aplicará cuando el tipo penal así lo prevea.

PROHIBICIÓN DE IRA A UNA DETERMINADA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL O DE RESIDIR EN ELLA.

El tribunal, tomando en cuenta las circunstancias del delito y las propias del delincuente, podrá disponer que éste no vaya a determinada circunscripción territorial o que no resida en ella. Su duración será de seis meses a seis años; en su caso, la ejecución comenzará a partir de que sea compurgada la pena de prisión impuesta, (Artículo 88 del Código Penal).

4.2.4 MEDIDAS DE SEGURIDAD

A la comisión de un delito corresponde la aplicación de una pena, pero en algunos casos, además o en lugar de ella, se aplica una medida de seguridad.

La medida de seguridad es el medio con el cual el Estado trata de evitar la comisión de delitos, por lo que impone al sujeto medidas adecuadas al caso concreto con base en su peligrosidad; incluso se puede aplicar antes de que se cometa el delito, a diferencia de la pena, que sólo podrá imponerse después de cometido y comprobado el delito.

La medida de seguridad puede ser educativa, médica, psicológica, pecuniaria, mixta, etc., y se impone tanto a imputables como a inimputables.

El criterio para imponerlas debe ir de acuerdo con la peligrosidad del sujeto y su duración puede ser indeterminada.¹⁷⁹

La distinción entre las medidas de seguridad radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, la retribución, las medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad ya han sido prohibidas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etc.,¹⁸⁰ penas que se encuentran prohibidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 22, párrafo primero.

Villalobos, señala que no deben ser confundidas las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado referentes a toda la población y en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aun cuando redunden en la disminución de los delitos, como la educación pública, el alumbramiento nocturno de las ciudades o la organización de la justicia y de la asistencia sociales; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica.¹⁸¹

¹⁷⁹ IBIDEM. p. 122.

¹⁸⁰ CASTELLANOS FERNANDO. Op. Cit. p. 325.

¹⁸¹ IBIDEM. p.p. 324-325.

4.2.5 CATALOGO DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

El artículo 89 de Código Penal Vigente para el Estado de Guanajuato refiere que las medidas de seguridad que podrán imponerse son: a) Tratamiento de inimputable, b) Deshabitación, c) Tratamiento psicoterapéutico integral, y d) Las demás que señalen las leyes.

TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES.

El tratamiento de inimputables consistirá en la internación en el establecimiento especial público o privado que se juzgue adecuado para la rehabilitación del inimputable; o en la rehabilitación bajo la custodia familiar. La duración de esta tratamiento no excederá del máximo de la punibilidad señalada al tipo penal correspondiente, pero cesará por resolución judicial al demostrarse incidentalmente la ausencia de peligrosidad del sujeto, (Artículo 90 del Código Penal).

DESHABITUACIÓN.

La deshabitación consiste en hacer perder a una persona el hábito o costumbre que tiene respecto al consumo de bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos semejantes.

La deshabitación son programas de tratamiento en el que el mayor objetivo de éstos es la abstinencia total del alcohol o de cualquier tipo de drogas.

Los programas de deshabitación son sobre todo de dos tipos: El primero se refiere a la filosofía de las comunidades terapéuticas que es implicar al toxicómano en la resolución de su problema. Pues se le considera una persona inmadura emocionalmente a la que debe ofrecerse una segunda oportunidad para desarrollarse. El apoyo mutuo, el mejorar de categoría dentro de la comunidad y ciertas recompensas son los estímulos al buen comportamiento.

La otra forma de deshabitación consiste en la administración de sustitutos de las drogas o enervantes, en la que se trata de que la persona debe ir abandonando el consumo de drogas y de alcohol mientras se elimina la necesidad de tener que conseguir la droga.

Y el artículo 91 del Código Penal del Estado de Guanajuato refiere que: “cuando el sujeto haya sido sentenciado por un delito y éste se haya producido la adicción a bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, independientemente de la pena que corresponda, se le someterá a un tratamiento de deshabitación por parte de la autoridad de salud”.

TRATAMIENTO PSICOTERAPÉUTICO INTEGRAL.

El artículo 92 de Código penal para el Estado de Guanajuato, refiere que se aplicará el tratamiento psicoterapéutico integral: al responsable del delito de violencia intrafamiliar o de un delito cometido contra una persona con quien tenga relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga (artículo 92 del Código Penal), éste con la finalidad de que el sujeto tenga una readaptación.

CAPITULO QUINTO.

TIPO PENAL (PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD)

SUMARIO: 5.1. Definición del delito de Secuestro.- 5.1.1 Elementos del Secuestro.- 5.1.2 Características del Secuestro.- 5.2 Delito de Privación de la Libertad.- 5.2.1. Elementos del delito de Privación de la libertad.- 5.2.2 Características del delito de privación de la libertad.

5.1 DEFINICIÓN DEL DELITO DE SECUESTRO.

Dentro de la esfera del derecho penal, el secuestro es la figura delictiva consistente en la privación arbitraria de la libertad personal de un sujeto o de varios, llevada a cabo por un particular, o por varios, con el objeto de obtener un rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o secuestrados, o a otra persona con ellos.¹⁸²

El DR. MOISÉS MORENO HERNÁNDEZ, considera al secuestro como uno de los delitos más graves que afectan la libertad de las personas y, de acuerdo con lo que establecen las leyes, es simplemente la privación de la libertad de una persona, en donde se persigue un propósito, que puede ser fundamentalmente el de obtener un rescate.¹⁸³

El secuestro es uno de los delitos que mayor afectación social tiene. La conducta repercute en un fuerte impacto psíquico y moral, donde sus manifestaciones desbordan en crueldad hacia las víctimas, entre amenazas, golpes, sometimientos y violencia extrema.

El secuestrar personas conlleva a la obtención de grandes recursos económicos, por lo que la proliferación de organizaciones delictivas dedicadas a esta actividad ilícita ha ido en aumento, convirtiéndose en una verdadera industria delictiva. Por ello que debe enfrentarse en todas las formas posibles, medios y recursos a este tipo de delincuentes, que en su actuación no tienen ninguna conmiseración para sus víctimas.

¹⁸² DE PINA RAFAEL, DE PINA VARA RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. ed. 28ª. Ed. Porrúa. México, 2000. p. 450.

¹⁸³ http://www.canaldelcongreso.gob.mx/article.php3?id_article=666

El secuestro tiene por objeto la obtención de recursos económicos a cambio de la libertad de la persona secuestrada; muchas veces esta libertad es "vendida" a cambio de otras situaciones. Efectivamente, el secuestro da pauta a la comisión de otros delitos, como el tráfico de menores.

El delito de privación ilegal de la libertad es un ilícito del fuero común, por lo que cada Estado de la República, incluyendo el Distrito Federal, de acuerdo con las disposiciones establecidas en su Código Penal, y por conducto de las Procuradurías Generales de Justicia, será competente para investigar y perseguir a sus responsables, ejercitando el ejercicio de la acción penal contra ellos y consignándolos ante los tribunales de justicia encargados de aplicar las sanciones penales correspondientes a que hubiere lugar, siguiendo las formalidades del procedimiento y de conformidad con el cumplimiento de la ley, con la absoluta observancia del respeto a las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Y existen varios tipos de Secuestros a saber son:

SECUESTRO EXTORSIVO: Es el tipo de secuestro que se caracteriza por sustraer, retener u ocultar a una persona, con el fin de exigir por su libertad algún provecho. También se puede ejercer con propósitos publicitarios o de carácter político:

Económico: Responsivo de los resentimientos sociales o producto del secuestro y la extorsión. Este tipo de plagio es el más usual.

Político: Se caracteriza por el chantaje al gobierno para presionar causas perdidas, especialmente en grupos subversivos y narcotraficantes.

Este tipo de secuestro presenta a su vez dos modalidades:

Secuestro Express: Es la retención de una o más personas por un período corto de tiempo (horas o días), durante el cual, los delincuentes exigen dinero a los familiares de las víctimas para su liberación.

Secuestro Virtual: Es un tipo de secuestro que no existe, y donde los plagiarios aprovechan la ausencia de la víctima para extorsionar a su familia y obtener montos de entre 3 mil y 8 mil pesos o cantidades fáciles de conseguir en poco tiempo.

SECUESTRO SIMPLE: Es aquél en el que se arrebatada, sustrae, retiene u oculta a una persona con fines o propósitos diferentes a la exigencia de un rescate. Esta modalidad arroja a su vez el raptó.

Otros tipos de secuestro existentes:

El profesional: Es aquél que se lleva a cabo por grupos entrenados y bien organizados. Se trabajo bajo un plan diseñado.

El Improvisado: Se realiza por delincuentes sin experiencia y sin mucha educación

Secuestro de aviones: Es una modalidad de plagio característico del terrorismo

Secuestro de autos y otros bienes: el vehículo es arrebatado a su propietario y se le exige una cantidad por su devolución

Autosecuestro: Es aquél en el que un individuo pide cierta cantidad de dinero por su propio rescate.¹⁸⁴

EL SECUESTRO EN LA LEY.

La privación ilegal de la libertad es un delito contemplado dentro del título Segundo, Capítulo Segundo del Código Penal para el estado de Guanajuato intitulado: "Privación ilegal de la libertad".

El secuestro es un delito especial calificado, que se prevé en el artículo 173 del ordenamiento antes citado, que a la letra dice:

“La privación de la libertad constituye secuestro y se sancionará de diez a veinte años de prisión y de cien a doscientos días multa, cuando:

I.- Se trate de obtener rescate o de cualquier índole.

¹⁸⁴ <http://www.elsecuestro.freesevers.com/>

II.- Se causen daños graves a la persona secuestrada o se le aplique tormento.

III.- Se ejecute por quien sea o haya sido integrante de una institución de seguridad pública o privada.

IV.- Se pretenda que la autoridad haga o deje de hacer un acto de cualquier índole.

V.- La persona secuestrada sea privada de la libertad por un extraño a su familia y sea menor de doce o mayor de setenta años de edad o incapaz o que por cualquier circunstancia no esté en posibilidad de resistir.

También el Código Penal para el estado de Guanajuato establece otro tipo de Secuestro y es el Agravado que se establece en el artículo 174 del citado Código que refiere que:

“Se aplicará de veinte a treinta y cinco años de prisión y de cien a trescientos días multa cuando la persona secuestrada:

- I.- Sea Mutilada.
- 2.- Sea privada de la vida,
- 3.- Sea violada.

En este delito de secuestro, el legislador impone la sanción corporal en su máximo igual al del homicidio calificado, por considerar que los secuestradores cuando mutilan a la víctima, la violación o privan de su vida, rebelan una alta peligrosidad pretendiéndose con esta penalidad tranquilizar a la sociedad y a los familiares del secuestrado y desde luego disminuir este tipo de secuestros aberrantes y criminales.

Y por último el Secuestro Atenuado, que se da “si la persona que secuestra pone espontáneamente en libertad al plagiado dentro de tres días, sin haberle causado daño grave, se le impondrá de seis meses a cuatro años de prisión y de diez a cincuenta días multa. No admite libertad provisional en relación al artículo 11 del Código Penal citado”, (artículo 175 Código Penal de Guanajuato).

Se dice que el secuestro es calificado porque así lo prevé el artículo 11, Fracción VI del ya citado código, que establece que:

“Se consideran como delitos graves, para todos los efectos legales los siguientes:

VI. Secuestro previsto por los artículos 173 y 174, excepto el caso atenuado previsto por el artículo 175, así como en grado de tentativa con relación al artículo 18.

5.1.1 ELEMENTOS DEL DELITO DE SECUESTRO.

SUJETOS.

Son dos: el activo y el pasivo. El primero es la persona física que efectúe la conducta típica; se llama también delincuente o agente. El sujeto activo es siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, nacionalidad y otras características. Y cada tipo señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo; un ejemplo sería, que una mujer embarazada solo podrá ser sujeto activo de aborto procurado; así únicamente del descendiente o ascendiente consanguíneo en línea recta, los cónyuges, la concubina, concubinario, hermanos, adoptante o adoptado, pueden serlo en el homicidio en razón del parentesco.

Y el segundo sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el sujeto activo. Por lo general se le denomina víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, como en los delitos patrimoniales y contra la nación, entre otros. Estrictamente, el ofendido es quien de manera indirecta resiente el delito, por ejemplo, los familiares del occiso.

Sujeto Activo: Indeterminado, es decir, que dado que la ley no señala, en detalle o exige calidades especiales en el activo, puede ser cualquier persona, ya sea hombre o mujer, pero que se trate siempre de personas físicas, esto en relación a las fracciones I, II y IV del artículo 173 del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

Pero en cuanto a la fracción III del artículo 173 del Código Penal de Guanajuato, el sujeto activo, tiene que ser calificado, es decir, el agente debe tener la calidad de ser integrante de una institución de seguridad pública o privada o haber sido parte de ella. Así también la fracción V del citado artículo establece que el sujeto activo debe ser una persona que no tenga alguna vinculación parental.

Sujeto Pasivo: Puede ser cualquier persona, en cuanto a las fracciones I,II,III y IV del citado artículo, y en cuanto al sujeto pasivo de la fracción V, esta exige que el sujeto pasivo sea un menor de 12 años o mayor de sesenta años o sea un incapaz o sin posibilidad de resistir.

Conducta: Que es un comportamiento humano voluntario activo o negativo que produce un resultado.¹⁸⁵ Así que la conducta de este tipo penal sería:

En la fracción I: Privar de la libertad a una persona tratando de obtener rescate o de cualquier índole.

En la fracción II: Privar de la libertad a una persona causándole daño grave o aplicándole tormento.

En la fracción III: Privar de la libertad a una persona por quien es o a sido integrante de una institución de seguridad pública o privada, y

En la fracción IV: Privar de la libertad pretendiendo que la autoridad haga u omita un acto de cualquier índole.¹⁸⁶

5.1.2 CARACTERISTICAS DEL DELITO DE SECUESTRO

SANCIÓN.

Como primer característica del delito de secuestro encontramos la sanción y en este tipo penal se establecen dos tipos de sanciones:

1. **La sanción corporal:** que consiste en que afecta directamente al cuerpo del sujeto activo y que no admite libertad provisional, en relación a lo establecido por el artículo 11, fracción VI del Código Penal, por considerarlo como un delito grave.
2. **La sanción Pecuniaria:** que consiste en un menoscabo patrimonial y esta comprende de “Cien a doscientos días multa”.

¹⁸⁵ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. p. 49.

¹⁸⁶ CÓDIGO PENAL. p.p. 64-65.

ADMITE TENTATIVA.

La tentativa de un delito es la circunstancia que sucede, por parte del agente activo del delito, para no culminar la realización de la conducta constitutiva de delito; sin embargo, los hechos preparatorios para la comisión del delito, pueden en sí mismo constituir una conducta delictiva, cuya preparación debe ser sancionada para brindar la seguridad necesaria a los individuos, la sociedad y a las instituciones del Estado.¹⁸⁷

Esto en relación al artículo 18 del Código Penal que a la letra refiere: “Hay tentativa punible cuando la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.

La punibilidad aplicable será de un medio del mínimo a un medio del máximo de la sanción que correspondería al delito si éste se hubiera consumado.

Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción del resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos delito.”

BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El bien jurídico es la elevación a la categoría de "bien tutelado o protegido por el derecho", mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido, de esta reflexión se puede deducir que el bien jurídico, obtiene este carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, mas si esta norma no existiera o caducara, este no deja de existir pero si de tener el carácter de "jurídico".

Esta característica proteccionista que brinda la normatividad para con los bienes jurídicos, se hace notar con mayor incidencia en el derecho penal, ya que es en esta rama del derecho en la que la norma se orienta directamente a la supresión de cualquier acto contrario a mantener la protección del bien jurídico.

Es importante tener en cuenta que la protección del bien jurídico, si bien se puede observar con mayor fuerza en el derecho penal, lo cierto es que esta protección va de parte de todo el ordenamiento legal, ya que sería totalmente

¹⁸⁷ <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/A/Arias%20Guerra%20Armando-El%20delito.htm>

contradictorio que mientras la norma penal sancione el secuestro, una norma civil o de cualquier otra índole, lo permitan o consientan.

El bien jurídico nace de una necesidad de protección a ciertos y cambiantes bienes inmanentes a las personas como tales, esta protección es catalizada por el legislador al recogerlas en el texto constitucional, de la cual existirían bienes cuya protección será cumplida por otras ramas del derecho, es decir que no todos los bienes jurídicos contenidos en la constitución tienen una protección penal, existen bienes jurídicos de tutela civil, laboral, administrativa, etc.

Aquellos bienes jurídicos cuya tutela solo y únicamente puede ser la tutela penal, son los denominados bienes jurídicos penales; al determinar cuales son los bienes jurídicos que merecen tutela penal, siempre se tendrá en cuenta el principio de tener al derecho penal como ultima opción para la protección de un bien jurídico ya que este afecta otros bienes jurídicos a fin de proteger otros de mayor valor social. De otro lado es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir con la función limitadora de la acción punitiva.¹⁸⁸

El bien jurídico tutelado que se protege en este tipo penal son: “la seguridad, la libertad personal y el patrimonio”.

FORMA DE PERSECUCIÓN.

Existen dos formas de persecución del delito y estas son la denuncia y la querrela o, por mejor decir, de oficio o de querrela.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato en Materia de Fuero Común, contiene una gama muy amplia de conductas previstas como delitos, que tratan de abarcar la mejor protección a la sociedad y al Estado mismo; para atender a cada uno de los delitos de que trata este Código para determinar su forma de persecución, denuncia o querrela, o, de oficio o querrela.

Así tenemos que un delito se perseguirá de oficio, sin que medie denuncia o querrela alguna, cuando afecte un bien jurídico protegido que interese a la sociedad, la seguridad interna o externa del Estado y a las Instituciones del mismo.

¹⁸⁸ <http://www.monografias.com/trabajos23/bien-juridico/bien-juridico.shtml#bienconstituc>

En el delito de secuestro, previsto en el artículo 173 del Código Penal para el Estado de Guanajuato; en el que el bien jurídico protegido es la libertad personal, la seguridad y el patrimonio del individuo. Y en virtud de que en el citado código penal no cita o refiere que este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida se deduce que la forma de persecución es de oficio.¹⁸⁹

FORMA DE CULPABILIDAD.

La forma de culpabilidad en la descripción de este tipo penal es dolosa.

Y los artículos 12 y 13 del código penal para el estado de Guanajuato lo especifican de una manera clara al enunciar que:

“ Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse en forma dolosa o culposa”.

Y que “Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible”

Y el dolo como ya señalamos consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho, es decir, es la intención de querer cometer el delito con conocimiento.

5.2 DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

La privación de la libertad es un delito contemplado dentro del título segundo Capítulo primero del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el artículo 169, que establece:

“Al particular que prive ilegalmente a otro de su libertad, se le aplicará de tres meses a cinco años de prisión y de diez a cincuenta días multa”.

También existe el Delito de Privación de la libertad Agravado el que se describe en el artículo 172 del Código Penal para el estado de Guanajuato, que a la letra dice:

“La privación de la libertad se castigará con prisión de tres a doce años y de veinte a cien días multa, cuando:

¹⁸⁹ <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/A/Arias%20Guerra%20Armando-El%20delito.htm>

- I. Se haga uso de violencia o engaño.
- II. Se realice en camino público, en lugar despoblado o paraje solitario.
- III. El activo se ostente como autoridad, sin serlo.
- IV. Se lleve acabo por dos o más personas”.

En algunas codificaciones de otros Estados, algunas de las previsiones de este artículo forman parte del secuestro, sin embargo esta privación de libertad prevista en este tipo delictivo y en sus fracciones, permite aplicar una sanción independiente de la del secuestro y posibilita la libertad provisional de los sujetos activos, circunstancia con la cual no se esta de acuerdo en virtud de que el empleo de violencia y la presencia de grupos que revelan una mayor peligrosidad, que la de simplemente sancionarlos con una penalidad mayor.¹⁹⁰

El delito de privación de la libertad es un ilícito del fuero común, por lo que cada Estado de la República, incluyendo el Distrito Federal, de acuerdo con las disposiciones establecidas en su Código Penal, y por conducto de las Procuradurías Generales de Justicia, será competente para investigar y perseguir a sus responsables, ejercitando la acción penal contra ellos y consignándolos ante los tribunales de justicia encargados de aplicar las sanciones penales correspondientes a que hubiere lugar, siguiendo las formalidades del procedimiento y de conformidad con el cumplimiento de la ley, con la absoluta observancia del respeto a las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

5.2.1. ELEMENTOS DEL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

SUJETO ACTIVO.

El sujeto activo como ya referimos anteriormente es la persona física que realiza una conducta típica.

¹⁹⁰ CÓDIGO PENAL. p.p. 63-64.

La ley penal en algunos delitos como el homicidio calificado, las lesiones, secuestro, violación, etc., no precisa ni exige determinadas características, cualquier persona puede serlo, siempre que se trate de personas físicas.

Pero en el tipo penal de privación de la libertad el sujeto activo necesariamente tendrá que ser un particular, pues así nos lo señala de manera muy clara la descripción del tipo penal. Luego entonces no se podrá configurar la conducta típica si el sujeto activo es un servidor público, pues este delito si exige como requisito indispensable o como característica especial que él que realice la conducta típica del delito de privación de la libertad deberá ser un particular.

Y lo anterior se corrobora con las siguientes tesis jurisprudenciales que refieren que:

“En el delito de privación ilegal de la libertad, es requisito indispensable que el sujeto activo sea un particular, por lo que no se configura si quien realiza la conducta típica es un servidor público como lo es un militar, en actos relacionados con la única función que desempeña en el ejército”.¹⁹¹ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. OCTAVA EPOCA. PAG. 510.

“El delito de privación ilegal de la libertad, requiere para su configuración que el sujeto activo de la infracción tenga el carácter particular y por tanto, si un agente de policía legalmente designado, con notoria arbitrariedad, detiene a una persona y la mantiene reclusa, sin ajustarse a los mandatos contenidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República, que deben normar sus actos incurre en diverso ilícito penal, pero no del delito de privación ilegal de la libertad”.¹⁹² Revisión 212/74.- Ezequiel Castillejos Ovando.- 31 de septiembre de 1974.- Ponente Renato Sales Gasque. Informe 1974. TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO. PAG. 338.

¹⁹¹ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. OCTAVA ÉPOCA. p. 510

¹⁹² TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO. p. 338.

SUJETO PASIVO.

El sujeto pasivo en el delito de privación de la libertad será cualquier persona física, no importando cuales sean sus características, peculiaridades o circunstancias de la persona, como su sexo, edad, estado civil, salud, etc.

CONDUCTA.

La conducta del tipo penal citado consiste en: “Privar ilegítimamente a otro de su libertad personal”. Y esta conducta se encuentra tipificada el artículo 169 del Código Penal para el estado de Guanajuato.

5.2.2 CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

SANCIÓN.

En este delito se aplican dos tipos de sanciones como lo son:

La sanción corporal que será de “tres meses a cinco años de prisión”. Más sin embargo, este tipo penal admite la libertad provisional, en los términos del artículo 387 del Código de Procedimientos Penales que establece que:

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

- I. Que garantice el monto de lo estimado de la reparación del daño.
- II. Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del procesado; y
- III. Que no se trate de algunos de los delitos señalados como graves.

La garantía y la caución podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda o hipoteca formalmente constituida”.

Y en cuanto a la sanción corporal del delito de privación de la libertad agravado esta consistirá en : “Prisión de tres a doce años”.

La segunda, es la sanción pecuniaria en la que se imponen “De diez a cincuenta días multa. Y la sanción pecuniaria del delito de privación de la libertad agravado consiste en “20 a cien días multa”

BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Los bienes jurídicos tutelados por el delito de privación de la libertad son: la libertad y los derechos públicos subjetivos tutelados en los artículos 14 y 16 Constitucionales.

La libertad se define como la capacidad de autodeterminación de la voluntad, que permite a los seres humanos actuar como deseen. En este sentido, suele ser denominada libertad individual. Pero como es lógico, el reconocimiento de una libertad ilimitada haría imposible la convivencia humana, por lo que son necesarias e inevitables las restricciones a la libertad individual. La libertad se define como el derecho de la persona a actuar sin restricciones siempre que sus actos no interfieran con los derechos equivalentes de otras personas.¹⁹³

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió, pues, en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla. Como un derecho para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto y la observancia del poder libertario. Una obligación para la entidad política y sus órganos autoritarios, consiste en acatar, pasiva o activamente, ese respeto. Es entonces cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo público cuyo titular es el gobernado, con la obligación correlativa impuesta al estado y a sus autoridades. Pero tal derecho implica obligaciones correlativas a cargo de los órganos del Estado en cuanto que éstos deben respetar las libertades específicas que aquellos comprenden.¹⁹⁴ Como no lo dice el principio de legalidad: “El Estado solo podrá hacer lo que la ley le permita, en tanto, el particular gobernado solo podrá hacer lo que la ley no le prohíba”.

¹⁹³ © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

¹⁹⁴ BURGOA O. IGNACIO. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. ed.34ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 309-310.

La libertad personal es un derecho fundamental que sólo puede ser restringido en determinados supuestos de hecho, en virtud de una orden expedida por autoridad competente (excepto en el caso de flagrante delito) y durante los plazos previstos en las normas constitucionales o las leyes.

La libertad personal, debe ser entendida como “toda norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por la constitución para la conformación de leyes”.

En consecuencia, la privación de la libertad personal sólo puede efectuarse en los casos, con las formas y por el tiempo previstos en la Constitución o la ley. En caso contrario, estaremos ante una medida de carácter ilegal que se encuentra prohibida tanto a nivel local, nacional como internacional.

Al precisar los alcances sobre lo que debe entenderse como una privación arbitraria de la libertad, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (Artículo 16, párrafo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Así también el artículo 14 constitucional en su párrafo segundo cita: “Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”¹⁹⁵

Y por nada puede ser sometidos detención o encarcelamiento por causas y métodos que aun calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad ”.

La libertad personal es un derecho fundamental que sólo puede ser restringido en determinados supuestos de hecho, en virtud de una orden expedida por autoridad competente (excepto en el caso de flagrante delito) y durante los plazos previstos en las normas constitucionales o las leyes.

¹⁹⁵ ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. COSTITUCIÓN POLÍTICA. p. 9

La privación de libertad de una persona sólo procede en los supuestos de hecho enunciados taxativamente en el ordenamiento jurídico de cada país, previstos por lo general como conductas que permiten establecer una sanción penal, ordenar la detención preventiva para la investigación de un delito o decretar una medida de coerción para garantizar la correcta administración de justicia. Y esto se sustenta en el artículo 16, párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: “Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. Y esto se corrobora con lo que establece el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, en su artículo 183, que enuncia de manera clara los requisitos indispensables para la detención en casos urgentes.

En cualquier circunstancia, antes de privar a una persona de libertad es necesario evaluar si sus actos se enmarcan dentro de los supuestos de hecho que habilitan la aplicación de esta medida y, de ser el caso, si la misma es necesaria. En relación a esto el artículo 16 Constitucional, párrafo, sexto, refiere que: “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. Esto en concordancia con el artículo 125, párrafo IV del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

La privación de libertad es una de las sanciones que pueden imponerse por la comisión de determinadas conductas punibles. La decisión al respecto corresponde a las autoridades judiciales, se adopta en el marco de un proceso penal y puede ser revisada a través de los recursos de impugnación previstos en la legislación. Esto último permite que una decisión adoptada en primera instancia pueda ser analizada por uno o varios órganos superiores, a efectos de revocarla o confirmarla.

El término “detención preventiva” se emplea con frecuencia para hacer referencia a las medidas privativas de la libertad que pueden ser adoptadas por las autoridades judiciales durante un proceso penal.

Se trata de una medida de carácter provisional, puesto que debe durar lo estrictamente necesario para lograr los objetivos que justifican su expedición y cesar tan pronto como hayan desaparecido estas causas. Además, debe ser una medida motivada, pues sólo puede ser aplicada si existe necesidad de mantener detenida a una persona presuntamente implicada en la comisión de un delito, a fin de facilitar la investigación respectiva. Y esto también en cuanto exista en un delito

considerado por la ley penal como grave el riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia.

La detención preventiva es una medida excepcional que sólo debe aplicarse en casos donde existe una sospecha razonable, no meras presunciones, de que el acusado podrá evadir la justicia o destruir evidencia. En consecuencia, la detención preventiva debe ser una medida provisional, motivada y excepcional.

Para expedirla deben considerarse varios elementos, entre los cuales se requiere evaluar el comportamiento de la persona en relación al delito que se le imputa y el peligro que para el desarrollo del proceso penal puede significar que permanezca en libertad.

La detención preventiva, en consecuencia, sólo puede ser expedida por las autoridades judiciales en los casos autorizados por la legislación, siempre que respecto a la persona sobre la cual va a recaer la medida existan fundadas sospechas sobre su responsabilidad en la comisión del delito así como sobre su intención de obstaculizar las investigaciones.

La privación de la libertad de una persona procede, en principio, cuando existe una orden judicial que la autoriza. La excepción al respecto se presenta en los casos del delito flagrante. Y respecto a esto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, párrafo cuarto que establece que “En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”. Esto encuentra su sustento legal en el artículo 182, párrafo primero del Código de Procedimientos Penales. Y aunque los textos constitucionales no suelen señalar en qué consiste el flagrante delito, pero ésta tarea es asumida por las normas que regulan los procesos penales, en las cuales se establece que para la aplicación de esta medida se debe tomar en consideración si la conducta de la persona se enmarca en alguno de los supuestos de hecho previstos por la ley penal como delitos, y si existen elementos suficientes que permitan constatar la actualidad de dicha conducta.

Es por ello que en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato en su artículo 182, párrafo segundo “considera que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o si, inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso: aquél que es perseguido materialmente; o quien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito”.

En esos casos el Ministerio Público iniciará la averiguación y bajo su responsabilidad, según procediere, decretará motivada y fundadamente la retención del indiciado si el delito es perseguible de oficio o perseguible previa querrela, que ya se encuentre satisfecha, o bien ordenará la libertad del detenido.

La violación a esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público que decreta indebidamente la retención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.¹⁹⁶

En los casos de delito flagrante y en los urgentes ningún indiciado podrá ser detenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada (Art. 183-Bis, párrafo primero). En estos casos, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. (Art. 16 Constitucional, párrafo sexto)

La detención en flagrante delito origina una serie de obligaciones para quienes llevan a cabo esta medida, que a su vez constituyen derechos fundamentales de la persona detenida. En este sentido, toda persona privada de su libertad en flagrante delito tiene derecho a ser informada de los motivos de su detención y a ser llevada ante la autoridad competente, a fin de que ésta adopte las medidas que sean necesarias en atención al tipo de infracción cometida.

Por lo general, esta tarea implica verificar si la conducta por la cual se le privó de su libertad justifica el inicio de un proceso penal en su contra y si corresponde expedir una orden de detención preventiva. Sin embargo, también se debería analizar si la detención se efectuó en situación de flagrancia, pues de lo contrario, se dejaría fuera de control uno de los aspectos esenciales que justifican la posibilidad de privar a una persona de su libertad sin que exista una orden judicial.

De otro lado, toda persona detenida en flagrante delito tiene también derecho a que su traslado ante la autoridad competente para evaluar su situación se realice en estricto cumplimiento de los plazos previstos para tal efecto por las normas constitucionales o las leyes.

¹⁹⁶ GUANAJUATO. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. p.p. 277-278.

Para que una persona sea privada de libertad, no basta con que su conducta se enmarque dentro de los supuestos de hecho que permiten adoptar esta medida; se requiere también una orden que la autorice, excepto en los casos de flagrante delito. Esta orden debe ser expedida por una autoridad competente, llevada a cabo por quienes se encuentran facultados para ello y en lugares apropiados. Todos estos aspectos constituyen derechos esenciales de quien sufre una restricción a su libertad.

Toda orden de detención debe encontrarse debidamente fundamentada y debe ser mostrada a la persona sobre la cual recae esta medida, a efectos de garantizar su derecho de defensa.

Por lo general, esta facultad es asignada de forma exclusiva a las autoridades judiciales. Pero éstas sólo pueden expedirla en el marco de un proceso que sea de su competencia. En caso contrario, cabe la posibilidad de impugnar la orden de detención, pero no por sus fundamentos sino por la falta de competencia de la autoridad judicial respecto al proceso en el cual ordenó esta medida. Y en relación a esto el artículo 16 Constitucional establece en su párrafo segundo que: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Aunque parezca obvio, en un caso de flagrante delito no se requiere una orden de detención expedida por una autoridad competente, puesto que en los hechos no se podría realizar una acción inmediata en un acto que así lo requiere. En consecuencia, son las autoridades o personas autorizadas para detener en flagrante delito las que evalúan la situación y deciden actuar. Sin embargo, les corresponde una serie de obligaciones, entre ellas, informar al detenido de los motivos por los cuales se le priva su libertad y conducirlo sin demora ante una autoridad competente para que evalúe su situación. Y esto se complementa con lo que refiere el Artículo 16 Constitucional en su párrafo tercera que enuncia que : “La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal “.

Luego entonces la privación de libertad de una persona sólo puede ser llevada a cabo por quienes se encuentren autorizados para tal efecto, ya sea en cumplimiento de una orden judicial o por presentarse una situación de flagrante delito.

Si la privación de libertad se produce como consecuencia de una orden judicial, esta medida deberá ser ejecutada por las autoridades a las que las normas correspondientes otorguen esta función.

Las formas previstas para privar a una persona de libertad no sólo se refieren a la existencia de una orden que disponga esta medida, expedida y ejecutada por una autoridad competente. También implica el cumplimiento de otras condiciones, entre las que destaca, de modo especial, el hecho de que toda restricción autorizada a la libertad se lleve a cabo en los establecimientos oficiales previamente señalados para tal efecto y de acuerdo a las particulares características de la persona sobre la cual recae esta medida.

Cuando una persona es privada de libertad bajo los supuestos y las formas previstas en el ordenamiento jurídico, tiene derecho a que esta situación no se prolongue injustificadamente. Esto significa que una privación de libertad puede devenir en arbitraria si excede el tiempo previsto para su duración en la Constitución o la ley.

Los plazos para tal efecto se encuentran previstos en las normas constitucionales o las leyes de cada país. Así por ejemplo el artículo 16 Constitucional, párrafo Séptimo y en el artículo 183-Bis del Código de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato, que refieren que: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Hemos señalado que la detención preventiva es una medida que tiene como fundamento la necesidad de mantener privada de libertad a una persona presuntamente implicada en la comisión de un delito, a fin de facilitar la investigación respectiva. Si bien a través de esta medida se busca garantizar la seguridad ciudadana, por medio de una adecuada y rápida investigación de los delitos, su aplicación no puede desconocer los derechos fundamentales de la persona.

En razón de su objetivo, la duración de la detención preventiva está relacionada con el tiempo requerido para la investigación del delito en el marco de un proceso penal. Por esta razón, la excesiva demora para determinar la absolución o condena de la persona presuntamente responsable de la comisión de un delito, también trae consigo la excesiva prolongación de la detención preventiva, lo cual afecta el derecho fundamental a la libertad personal.

En atención a su carácter excepcional, la detención preventiva no debe durar más allá de los plazos razonables para cumplir con los objetivos que justifican su expedición. Por esta razón, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 19, párrafos I y II, señalan de manera clara que: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que 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 antes 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 tres horas siguientes, pondrán al indiciado en libertad”. Pues la prolongación excesiva de la detención preventiva, además de lesionar el derecho a la libertad personal, transgrede también el derecho a la presunción de inocencia, del cual goza toda persona que se encuentre involucrada en un proceso de investigación penal.

En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. (Artículo, 20, inciso A, párrafos I, II y III).

La privación de libertad de una persona como consecuencia de una sanción penal tiene una duración determinada, fijada en la sentencia que estableció su responsabilidad por la comisión de un delito. Una vez cumplida la sanción, la persona debe ser inmediatamente puesta en libertad.

En algunas oportunidades, el cumplimiento de esta sanción puede terminar antes de lo previsto, como consecuencia del reconocimiento de la inocencia del

sentenciado, la concesión de un indulto, etc. En tales circunstancias, la persona también tiene derecho a ser puesta en libertad.

Para evitar estas prolongaciones indebidas, las providencias judiciales a través de las cuales se impone una privación de libertad suelen establecer que luego de transcurrido el término de la misma, la persona debe ser puesta inmediatamente en libertad.

FORMA DE PERSECUCIÓN

Como ya se señaló anteriormente existen dos formas de persecución del delito, que son de oficio y por querrela. Luego entonces la forma que le corresponde al tipo penal de privación de la libertad es por querrela, esto con fundamento en el artículo 171 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, que a la letra dice: “Los tipos penales previstos en los dos artículos anteriores sólo se perseguirán por querrela.

FORMA DE CULPABILIDAD

El delito de privación de la libertad es de comisión dolosa, pues no puede considerarse como culposa su conducta, en el sentido de que el sujeto activo que realiza la conducta descrita en la ley penal no la desplegó por falta de cuidado o porque lo haya previsto confiando en que no se produciría, sino todo lo contrario, aun teniendo el conocimiento de la privación de la libertad realizó su conducta.

CONCLUSIÓN.

El estudio realizado con motivo al problema del establecimiento del delito de privación de la libertad cometido por un servidor público y no por la persona señalada en el Código Penal para el estado de Guanajuato, trajo consigo que una vez analizados todos y cada uno de los temas que comprende nuestro proyecto de investigación de tesis, concluyamos que:

La libertad es un derecho que tenemos todas las personas para poder actuar libremente en el medio o territorio en el que nos desenvolvemos, pero esto siempre y cuando nuestras conductas o acciones no perjudiquen a terceras personas; pero como en todo siempre tiene que haber limitantes, pues de no ser así todo se convertiría en un verdadero caos y desorden, en el que nadie respetaría nuestro derecho a la libertad, es por ello que el Estado (autoridad) se obliga mediante la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y otras leyes a respetar nuestra libertad personal y así también obliga a los gobernados (particulares), y esto de manera más clara nos lo dice el principio de legalidad que consiste en que la autoridad (Estado) solo podrá hacer lo que la ley le permita, en tanto el particular gobernado solo podrá hacer lo que la ley no le prohíba.

En cuanto a la configuración del delito, no sólo se requiera de la existencia de una conducta realizada por el particular o servidor público, sino que además esta debe ser típica, es decir, que esta conducta o acción debe encuadrar perfectamente en el tipo penal, pues de no reunirse todos los elementos descritos en el tipo, aún cuando en la realidad la persona despliegue una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquélla cometió un delito, porque no lo es, pues si la conducta no se encuentra descrita en el Código Penal, es decir, que si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa, ni punible, más bien, se estará en presencia de conductas atípicas, pero no de delitos. Luego entonces ante la situación planteada con respecto a que la conducta de privar ilegalmente a otro de su libertad la realice un servidor público, carecería totalmente de tipicidad, pues el sujeto activo de la conducta no encuadra en el tipo penal de privación de la libertad, pues específicamente nos señala el tipo penal que refiere que “Al particular que prive ilegalmente a otro de su libertad”. Es por ello que ante la pregunta ¿Debe establecerse como delito de privación de la libertad cuándo la conducta la desarrolle un servidor público, la respuesta sería que sí, porque al no encontrarse tipificada esta conducta en nuestra ley penal, los servidores públicos que privan ilegalmente a otra persona de su libertad, es decir, que afectan su bien jurídico tutelado que es la libertad y sus derechos subjetivos públicos que se encuentran en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, quedan fuera de ser castigados por nuestras leyes.

BIBLIOGRAFÍA.

- 1.- AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. Derecho Penal. ed. 2ª. Ed. Oxford. México, 2000. p. 13
- 2.- ARROYO HERRERA JUAN FRANCISCO. CÓMO LLEVAR UNA DEFENSA PENAL. ed. 2ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 109.
- 3.- BURGOA O. IGNACIO. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES. ed.34ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p.p. 309-310.
- 4.- CARRANCA RAUL Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO (Parte General), ed. 12ª, Ed. Porrúa, México, D.F., 1997, p. 24.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL. Derecho Penal Mexicano. ed. 21ª. Ed. Porrúa. México, 2001. p. 292
- 6.- CASTELLANOS FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. ed. 41ª. Ed. Porrúa. México, 2000. p. 17.
- 7.- CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. ed. 46ª. Ed. Porrúa. México, 2005. p. 223.
- 8.- CUELLO CALON EUGENIO. DERECHO PENAL TOMO I. (PARTE GENERAL), ed. 9ª, Ed. Edinal, México, 1961. p.p. 255-258.
- 9.- DE PINA RAFAEL, DE PINA VARA RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. ed. 28ª. Ed. Porrúa. México, 2000. p. 450
- 10.- DIAZ-ARANDA ENRIQUE. DERECHO PENAL Parte General. (Conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la Teoría funcionalista del Delito Funcionalista Social), Ed. Porrúa, México 2003, p.p. 33-34
- 11.- DÍAZ ARANDA ENRIQUE. DOLO. ed. 4ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 145.
- 12.- GARCÍA MÁYNEZ EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. ed. 55ª. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 36
- 13.- GONZALEZ QUINTANILLA JOSE ARTURO. Derecho Penal Mexicano. ed. 2ª. Ed. Porrúa, México, 1993. p.126.
- 14.- LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. Teoría del Delito. ed.. 11ª. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 85.

- 15.- MEZGER EDMUND. Derecho Penal. Parte General. ed. 2ª. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1990. p.p. 27 a 28.
- 16.- MONARQUE UREÑA RODOLFO. Lineamientos Elementales de la Teoría del Delito. ed. 2ª. Ed. Porrúa. México, 2002. p. 32.
- 17.- MOTO SALAZAR EFRAÍN. Elementos de Derecho. ed. 26ª. Ed. Porrúa, México, 1980. p.p. 9
- 18.- ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ed. Porrúa. México, 1999. p.p.3-8
- 19.- ORELLANA WIARCO OCTAVIO A. Teoría del Delito (Sistemas causalista, finalista y funcionalista). ed. 13ª. Ed. Porrúa. México, 2003. p. 139
- 20.- ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Curso de Derecho Penal (Parte General). ed. 2ª. Ed. Porrúa. México, 2001. p. 174
- 21.- PORTE PETIT CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. ed. 19ª. Ed. Porrúa. México, 2001. p.p. 109-110.

LEGISLACIÓN.

- 1.- GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL.
- 2.- GUANAJUATO. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES.
- 3.- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

OTRAS FUENTES.

- 1.- PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. OCTAVA ÉPOCA. p. 510.
- 2.- TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CIRCUITO. p. 338.
- 3.- © 1993-2003 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
- 4.- http://www.canaldelcongreso.gob.mx/article.php3?id_article=666
- 5.- <http://www.elsecuestro.freesevers.com/>
6. <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/A/Arias%20Guerra%20Armando-EI%20delito.htm>

7.- <http://www.monografias.com/trabajos23/bien-juridico/bien-juridico.shtml#bienconstituc>

8.-<http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/A/Arias%20Guerra%20Armando-EI%20delito.htm>

9.- <http://www.tribunalmmm.gob.mx/biblioteca/almedia/Cap2.htm>

10.- <http://www.monografias.com/trabajos12/teordeli/teordeli.shtml> 18 Oct 2005.