



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

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



ESTUDIO CONSTITUCIONAL DEL ARRAIGO

TESIS

Que para obtener el título de:

LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

YESICA SÁNCHEZ BEDOLLA

Asesor: Lic. Francisco Gutiérrez Negrete

Celaya, Gto.

Enero 2007



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A DIOS. Por permitirme llegar a este momento por ayudarme alcanzar esta meta y por mostrarme lo que es mejor.

A MI PAPA. Baltasar Sánchez Orozco, por todo el apoyo brindado, no sólo en los estudios si no en toda mi vida gracias papá, te amo.

A MI MAMA. Angélica Bedolla Martínez, por ese amor incondicional y ese apoyo que siempre me das, y por alentarme a ser mejor, te amo mamá.

A MIS HERMANOS. Alejandro, Martha y Michelle, por que siempre me han apoyado, los quiero mucho.

A MI ESPOSO. Tomas Alejandro Ruiz Torres, por el amor que siempre me demuestras y por el apoyo para terminar este trabajo, te amo amor.

A la Universidad Lasallista Benavente y todos sus catedráticos, por los conocimientos adquiridos en especial al Licenciado Francisco Gutiérrez Negrete por la ayuda para realizar el presente trabajo.

Y a todas las personas que de alguna manera intervinieron para que este trabajo fuera realizado muchas gracias.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I PROCESO PENAL

1.1	Concepto de jurisdicción	1
	a) Elementos de jurisdicción.....	2
	b) Clases de jurisdicción	3
1.2	Competencia.....	4
	a) Competencia objetiva.....	4
	b) Competencia subjetiva.....	5
1.3	Proceso	6
	a) Distinción entre proceso, procedimiento, litigio y juicio	7
	b) Naturaleza del proceso.....	9
1.4	Acción.....	11
1.5	Partes en el proceso	12
	a) Parte material	13
	b) Parte formal.....	13
1.6	Legitimación.....	14
	a) Legitimación ad-causam.....	15
	b) Legitimación ad-procesum	15
1.7	Representación.....	16
	a) Mandato judicial.....	17
	b) Gestión de negocios	17
1.8	Medios de comunicación procesal entre la autoridad judicial a los particulares: notificaciones, emplazamiento, requerimiento y citación	18
1.9	Medios de prueba y finalidad de probar.....	19
1.10	Sentencia	23

a) Requisitos formales de la sentencia	23
b) Requisitos sustanciales de la sentencia	24

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO PENAL

2.1 Denuncia	25
2.2 Querella.....	27
2.3 Requisitos de procedibilidad	27
2.4 Averiguación previa.....	28
a) Cuerpo del delito	29
b) Probable responsabilidad.....	30
2.5 Determinación.....	31
2.6 Consignación.....	31
2.7 Auto de radicación	31
2.8 Terminación constitucional	32
a) Declaración preparatoria.....	32
b) Auto de formal prisión	33
c) Auto de sujeción a proceso.....	34
d) Auto de libertad por falta de elementos	35
e) Auto de libertad absoluta.....	35
2.9 Instrucción	36
a) Etapas de la instrucción.....	37
b) Juicio.....	37
2.10 Conclusiones	38
a) Conclusiones del ministerio publico	38
b) Formas y formalidades de las conclusiones	38
c) Clasificación de las conclusiones.....	39
d) Efectos de las conclusiones del Ministerio Público.....	40
e) Conclusiones del inculpaado y su defensa	40

2.11 Audiencia final.....	41
2.12 Sentencia	41
a) Objeto y fin de la sentencia	42
b) Formas y formalidades de las sentencias.....	43
c) Efectos de la sentencia.....	44
2.13 Clasificación de la sentencia.....	44

CAPITULO III

TEORÍA DEL DELITO

3.1 Concepto de delito.....	46
3.2 Elementos del delito y su aspecto negativo	48
3.3 Conducta y su ausencia	48
3.4 Tipicidad y su ausencia.....	52
3.5 Antijuridicidad y causas de justificación	57
3.6 Imputabilidad y su ausencia.....	62
3.7 Culpabilidad y su ausencia	66
3.8 Punibilidad y su ausencia.....	75

CAPITULO IV

GARANTIAS DE LIBERTAD

4.1 Concepto, naturaleza, fuente y elementos de las garantías individuales	80
4.2 Concepto filosófico de libertad	84
4.3 Concepto jurídico de libertad	85
4.4 Libertad como garantía individual	86
4.5 Artículos constitucionales que establecen	

las garantías de libertad.....	88
4.6 Garantías de tránsito	89
4.7 Limitantes a la libertad de tránsito	91
4.8 Artículos constitucionales limitantes a la libertad de tránsito	93
a) Artículo 14 constitucional.....	93
b) Artículo 16 constitucional	98
c) Artículo 18 constitucional.....	108
d) Artículo 19 constitucional	112

CAPITULO V

5.1 Estudio constitucional del arraigo	115
--	-----

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Tanto la libertad la vida, son sin lugar a dudas, los más grandes valores del ser humano, de tal suerte que en los países de sistemas políticos democráticos, se elevan a rango de derechos fundamentales reconocidos por los estados en las constituciones políticas de los mismos, considerando de igual jerarquía el atributo de la libertad, como elemento indispensable para el desenvolvimiento de la actividad humana en la sociedad, que es en las propias constituciones en las que se establecen limitativamente los caos y las formas en que debe o puede ser restringida; tal como lo señala la ley suprema en el artículo 16 constitucional el cual fundamenta tres causas que permiten el que una persona sea privada de su libertad: una por haberse librado orden de aprehensión en su contra, por autoridad judicial, otra por haberse sorprendido en la comisión flagrante de un delito y en tercer lugar en casos urgentes; cuando se trate de delitos graves y no pueda ocurrir ante la autoridad judicial entonces el Ministerio Público podrá ordenar la detención del indiciado.

Ahora bien el Código de Procedimientos Penales del estado de Guanajuato, en su artículo 3, fracción III establece que el Ministerio Público podrá solicitar a la autoridad jurisdiccional, las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las ordenes de cateo que procedan; dando origen así al problema contenido en el presente trabajo, pues este artículo da origen a una detención no contemplada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que este trabajo contiene un estudio constitucional del arraigo.

CAPITULO I

PROCESO PENAL

El estudio de la jurisdicción es un tema muy importante para el conocimiento y entendimiento del procedimiento penal, esto debido a que es la base y el fundamento para la impartición de justicia a través del procedimiento penal.

1.1 JURISDICCION

Para entender la jurisdicción es necesario conocer su raíz etimológica, la cual deriva de la palabra "IUS" lo que significa DERECHO , y de "DICIRE" que significa aplicar por lo que jurisdicción significa "aplicar el derecho" o "aplicación del derecho"

Una definición de jurisdicción puede ser el poder que se ejerce ordinariamente a través del Poder Judicial y que se traduce en la aplicación de la norma general al caso concreto para dirimir controversias esto por medio de una resolución conocida como sentencia, tal como lo mencionaba el licenciado Francisco Gutiérrez Negrete.

Carlos Arellano García define la jurisdicción como: el poder estatal para juzgar. A su vez en la acepción normal de la palabra "juzgar", que procede de la expresión "judicare" la que entendemos como el decidir una cuestión de juez o arbitro.¹

Marco Antonio Díaz de León define jurisdicción como: la función con la que el estado por medio de los órganos especialmente instituidos realizan su poder y debe de dirigir el proceso y de hacer que se cumpla el fin de protección judicial del

¹ ARELLANO GARCIA CARLOS. TEORIA GENERAL DEL PROCESO. ed séptima Ed. Porrúa. México 1997, p. 341

mismo, aplicando las normas de derecho objetivo a los casos por el ejercicio de una acción.²

Para Rafael de Pina Vara la jurisdicción es definida como: la potestad para administrar la justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas a los casos concretos que deben decidirse.³

Por todo lo comentado anteriormente podemos deducir que la jurisdicción es una actividad que aplica el derecho, es una función soberana del estado que se desarrolla a través de los actos de autoridad encaminados a solucionar un litigio mediante la aplicación de la ley general al caso concreto controvertido, basando lo anteriormente dicho en el principio de legalidad el cual a la letra dice: La autoridad puede hacer todo lo que la ley le permita y el particular todo lo que la ley no le prohíba. Por lo que la jurisdicción es la función con la que el estado por medio de los órganos especialmente instituidos, como lo son los tribunales, aplican la norma general al caso concreto.

a) CLASES DE JURISDICCION

En la doctrina existen muchas clasificaciones de la jurisdicción como la mencionada por el maestro Pallares comenzando por la jurisdicción Contenciosa, Voluntaria, Concurrente, Eclesiástica, Judicial, Administrativa, Común u Ordinaria, Especial o Privilegiada, Forzosa o Prorrogada, Delegada, Retenida, Acumulativa o Privativa, Territorial, Mercantil, Penal y Militar.⁴

² DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL PENAL. ed. tercera Ed. Porrúa. México. 1997, p. 1768

³ DE PINA VARA RAFAEL. DICCIONARIO DE DERECHO. ed. décimo séptima Ed. Porrúa. México 1889 p. 175

⁴ PALLARES EDUARDO. DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL. ed. vigésima sexta Ed. Porrúa. México 2001 p. 513

Pero en este estudio nos enfocaremos a las clases de jurisdicción mas comunes:

Jurisdicción Contenciosa.- Es la ejercida por el juez sobre intereses opuestos y contestaciones contradictorias entre particulares determinándolas con conocimiento legitimo de causa o por medio de una prueba legal, se trata de arreglar o componer un litigio.

Jurisdicción Voluntaria.- Es la ejercida por el juez sin las solemnidades del juicio por medio de su intervención en un asunto que por su naturaleza o por el estado en que se haya no admite contradicción de parte, por ejemplo la adopción, la intervención de esta jurisdicción obedece únicamente a la petición de algún sujeto de derecho y que tiene por objeto el calificar, certificar, o dar fe de algunas situaciones, que por su naturaleza lo requieran.

Jurisdicción Concurrente.- Es la jurisdicción a favor de autoridades judiciales federales y locales, la cual esta sustentada en la constitución mexicana en su artículo 124, el cual a la letra dice: Las facultades que no estén expresamente concedidas en esta Constitución a los funcionarios federales se, entienden reservadas a los estados.

b) ELEMENTOS DE LA JURISDICCION

La jurisdicción tiene como elementos, poderes o facultades los siguientes:

NOTIO.- Es el poder, facultad o atribución que tiene el juez para conocer de controversias y conflictos de intereses suscitados en la sociedad.

VOCATIO.- Es el poder o facultad con que cuenta el juez para llamar a las partes a juicio con el fin de iluminar su punto de vista, a través de los medios de prueba a efecto de estar en posibilidad de dictar sentencias.

COERCIO O EJECUTIO.- Facultad, poder o atribución con que cuenta el juez para la imposición de manera forzosa, de su decisión a un en contra de las partes.

JUDICIO.- Facultad otorgada al estado para juzgar y poder resolver así la controversia por medio de una sentencia.

1.2 COMPETENCIA

Eduardo Pallares define la competencia como la porción de jurisdicción que se atribuye a los tribunales que pertenecen el mismo orden jurisdiccional.⁵

La medida del poder o facultad otorgada al órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto, así es como la define Rafael De Pina Vara.⁶

En sentido lato Cipriano Gómez Lara la define como el ámbito, la esfera o el campo dentro del cual un órgano de autoridad puede desempeñar validamente sus atribuciones y funciones y de un sentido estricto como la referida al órgano jurisdiccional.⁷

Para Chiovenda la competencia es el conjunto de las causas en que, con arreglo a ley, puede un juez ejercer su jurisdicción, y la facultad de ejercerla dentro de los límites en que este atribuida.

a) COMPETENCIA OBJETIVA

La principal división de la competencia es la Objetiva y la competencia Subjetiva, en la primera a su vez se divide en Competencia Local y Competencia Federal, la cual esta sustentada en el artículo 124 constitucional y menciona que Las facultades que no estén expresamente concedidas en esta Constitución a los

⁵ Ibidem p. 514

⁶ PINA VARA RAFAEL op. cit. p. 357

⁷ GOMEZ LARA CIPRIANO, TEORIA GENERAL DEL PROCESO. ed. octava Ed. Harla, México 2001, p. 127

funcionarios federales se, entienden reservadas a los estados. Mientras que el la Competencia Subjetiva encontramos la competencia por materia, territorio, cuantía, grado, turno, prevención, las cuales pueden ser locales y federales.

COMPETENCIA POR MATERIA.- Esta referida a las materias en que se esta dividido el derecho para su estudio y aplicación, por lo que existen jueces en materia civil, mercantil, laboral, penal y fiscal.

COMPETENCIA POR TERRITORIO.- En esta clase de competencia nos referimos al conocimiento que puede tener el juez de ciertas controversias siempre y cuando sucedan dentro de su área territorial determinada, correspondiente a su jurisdicción y se le conoce como partido judicial.

COMPETENCIA POR CUANTIA.- Se refiere al quantum del negocio, al monto del conflicto de intereses, la cantidad de dinero que se esta peleando, y dependiendo de la cantidad lo conocerá el juez de partido o uno de menor rango.

COMPETENCIA POR GRADO.- Esta competencia es la que tienen los tribunales para conocer por razón de la instancia en que el juicio se encuentre.

COMPETENCIA POR TURNO.- Debido a la existencia de varios jueces o salas del tribunal superior que son competentes para conocer de un mismo proceso, su competencia se determina por turno determinado por el propio tribunal.

b) COMPETENCIA SUBJETIVA es la referida a la persona física titular del órgano jurisdiccional, es decir el propio juez o magistrado, quien conoce de los asuntos que le competen y para los cuales debe ser totalmente imparcial, por lo que la ley señala algunos impedimentos para conocer de determinados asuntos como lo son los llamados impedimentos, la excusa y la recusación; en los impedimentos encontramos el que el juez sea enemigo, amigo, familiar, tutor o

curador de alguna de las partes, o el tener algún interés directo o indirecto en el negocio y todos los impedimentos mencionados en el código de procedimientos civiles para el estado de Guanajuato en su art. 41.

Por otro lado la excusa el código de procedimientos civiles para el estado de Guanajuato en su art. 45 expresa que los magistrados, jueces y secretarios tienen el deber de excusarse del conocimiento de los negocios en que ocurra alguno de los impedimentos señalados en el mismo

La recusación es el instrumento jurídico otorgado a las partes, cuando al estar impedido el juez, éste no lo manifiesta por medio de la excusa, la recusación puede ser interpuesta en cualquier estado del juicio, hasta antes de empezar la audiencia final, una vez interpuesta se suspende el procedimiento hasta que se designe quien debe seguir conociendo del negocio. Art. 47 del código federal de procedimientos civiles.

1.3 PROCESO

La raíz etimológica de proceso deriva de la palabra PRO que significa *para adelante* y de la palabra CEDERE, lo que quiere decir *caminar, o avanzar* por lo que proceso quiere decir *Avanzar hacia delante*.

Cipriano Gómez Lara define el proceso como un conjunto complejo de actos del estado, como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación, actos todos que tienden a la aplicación de la ley general al caso concreto para solucionarlo o dirimirlo.⁸

Rafael de Pina Vara nos dice que el proceso es un conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial

⁸ Ibidem p. 128

del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente.⁹

Eduardo Pallares define al proceso como una serie de actos que se suceden regularmente en el tiempo y se encuentran concatenados entre sí por el fin u objeto que se quiere realizar con ellos.¹⁰

El jurista Pedro Calamandrei, expresa el proceso como la serie de actos coordinados y regulados por el derecho procesal a través de los cuales se verifica el ejercicio de la jurisdicción.¹¹

Carnelutti.- Conjunto de todos los actos que se realizan para la solución del litigio.¹²

Para Chiovenda el proceso es el conjunto de actos coordinados para la finalidad de la actuación de la voluntad concreta de la ley por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.¹³

El proceso puede entenderse en base a las definiciones anteriores como el camino a seguir para resolver alguna controversia suscitada en perjuicio nuestro y para el avance del mismo es necesario cumplir con todos y cada uno de los requisitos y actos que la propia ley establece, para obtener una sentencia favorable.

a) DISTINCION ENTRE PROCESO, PROCEDIMIENTO LITIGIO Y JUICIO

El proceso desde un punto de vista general puede definirse según Eduardo Pallares como el conjunto de fenómenos actos o acontecimientos que suceden en el tiempo y mantienen entre sí determinadas relaciones de solidaridad o vínculos y

⁹ DE PINA VARA RAFAEL op. cit. supra (3) p. 237

¹⁰ PALLARES EDUARDO op. cit. supra (4) p. 640

¹¹ Ibidem p. 641

¹² Idem 640

¹³ Ibidem 641

desde el punto de vista jurídico se caracteriza por su finalidad jurisdiccional conformada por el litigio.¹⁴

Mientras que el procedimiento es una coordinación de actos en marcha relacionados o ligados uno con el otro por la unidad del efecto jurídico final.¹⁵

En tanto el litigio técnicamente es la controversia del proceso, y es calificado por la pretensión.

Es definido por Carnelutti como el conflicto de intereses por la pretensión de una de los interesados y por la resistencia del otro, y es dividido en dos aspectos, el formal y el material, el primer aspecto es la pugna de voluntades que da lugar a la pretensión y a la resistencia y el aspecto material da lugar a la pugna de intereses.¹⁶

El juicio Deriva del latín *judicium* que, a su vez, viene del verbo *judicare*, compuesto de *jus*, derecho y *dicere*, *dare* que significa dar, declarar o aplicar el derecho en concreto. ¹⁷

Con las definiciones anteriores queda claro que a falta de uno de los cuatro preceptos, no se da la existencia de ninguno ya que todos van vinculados entre sí y con un mismo fin, y se puede concluir que todo proceso necesita de un procedimiento para su desarrollo, mientras que el litigio es la materia, el conflicto del proceso a resolver y el juicio es el ambiente propicio para su desarrollo debido a la aplicación del derecho que se manifiesta en el.

¹⁴ PALLARES EDUARDO op. cit. Supra (4) p. 642

¹⁵ GOMEZ LARA CIPRIANO op. cit. supra (8) p. 216

¹⁶ PALLARES EDUARDO op. cit. supra (4) p. 544

¹⁷ Idem p. 544

b) NATURALEZA DEL PROCESO

Para comprender el proceso no solo basta con el conocer su concepto y definición que dan los juristas, es necesario conocer su naturaleza jurídica la cual se explica con las teorías publicista y privatista.

La teoría publicista afirma que el proceso es una institución y sostiene que pertenece al derecho público, mientras que la teoría privatista manifiesta que el proceso es una institución del derecho privado.

Las teorías privatistas de mayor importancia son la *Teoría del Contrato* y la *Teoría del Cuasicontrato*.

Teoría del Contrato.- En esta teoría se afirma que el proceso es precisamente un acuerdo de voluntades a la manera de un contrato, esta teoría se basa en el periodo formulario del procedimiento romano periodo que se caracteriza con lo que se conoce con el nombre de formula que se trata de un documento expedido por el magistrado a petición del actor en donde se hacia constar la acción que se estaba ejercitando y con esta llamada formula el actor acudía con el demandado y en un acuerdo de voluntades concurrían a juicio llamándosele ha esto *Litis contestacio*; esta teoría no es aceptada por la razón de que el actor no necesita de la voluntad del demandado para someterlo a juicio, si no que basta con que el juez ordene el emplazamiento que esté sea realizado conforme a derecho para someter el demandado a proceso aún en contra de su voluntad.

La Teoría del Cuasicontrato se basa fundamentalmente en las fuentes de las obligaciones que en el Derecho Romano son los Contratos, los Cuasicontratos, los Delitos y los Cuasidelitos, los seguidores de esta teoría en virtud de las criticas a la teoría del contrato por exclusión determinaron que si el proceso no era un

Contrato, tampoco era un delito ni un Cuasidelito por lo tanto era un Cuasicontrato, esta teoría es claramente inaceptable.¹⁸

La teoría publicista se divide en la *Teoría de la Relación Jurídica Procesal* creada por Oscar Von Bulow y la *Teoría de la Situación Jurídica* creada por James Goldschmidt.

En su *Teoría de la Relación Jurídica* Oscar Von Bulow afirma que el proceso es una relación jurídica de derecho público establecida entre las partes y el juez, es de tracto sucesivo por que se desarrolla a través del tiempo, autónoma por estar regida por su propia ley y por existir de manera independiente de la relación substantiva, materia del proceso. Es tridimensional por que figuran en ella, el órgano jurisdiccional y las dos partes, las cuales tienen derechos y obligaciones, cargas y facultades que nacen con el proceso y dichas obligaciones y derechos no son de la misma naturaleza por lo que hacen que la relación jurídica procesal sea heterogénea, así como colaborante al luchar las partes una contra la otra; por lo que sus actividades y las actividades del juez van incluidas al desarrollo normal del proceso, la relación jurídica procesal es establecida entre el juez y las partes y no entre estas y por último la relación es de tracto sucesivo por que forzosamente es formada por una serie de actos.

La Teoría Publicista creada por Goldschmidt es conocida como la *teoría de la situación jurídica* según en la cual en el proceso no existe una verdadera relación entre el órgano jurisdiccional y las partes sino por una situación que se distingue de la relación por ser esta última estática, mientras que la situación es dinámica en el sentido de que se va transformando a través del tiempo debido al impulso procesal, de la relación jurídica nacen auténticos derechos y obligaciones mientras que de la situación solo derivan facultades, expectativas cargas y posibilidades, en la relación jurídica no se es decisiva la prueba de los derechos y

¹⁸ CIPRIANO GÓMEZ LARA op. cit. Supra (7) p. 210

obligaciones que de ella surgen mientras que en la situación jurídica procesal los derechos de las partes están condicionadas a las pruebas que las partes aporten al proceso.¹⁹

1.4 ACCIÓN

La acción también puede ser conocida como el instrumento jurídico a través del cual podemos exigir el cumplimiento de las obligaciones.²⁰

En la antigua Roma el jurisconsulto Celso definía acción como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido.²¹

Guiseppe Chiovenda define la acción como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley.

Para Francisco Carnelutti, la acción es un derecho público subjetivo, que tiene el individuo, como ciudadano para obtener del estado la composición del litigio.

Oskar Von Bulow.- La acción es el derecho a obtener una sentencia justa, en que consiste la acción, solo nace con la demanda.²²

Alcalá-Zamora.- La acción es la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y en su caso la ejecución de una pretensión litigiosa.²³

El autor Cipriano Gómez Lara considera la acción, como el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional.²⁴

¹⁹ Ibidem p. 211

²⁰ DIAZ DE LEON MARCO ANTONIO op. cit. supra (2) p. 426

²¹ PALLARES op cit. Supra (4) p. 28

²² Idem p. 28

²³ Ibidem p. 29

²⁴ GÓMEZ LARA op. cit. supra (7) p. 85

Leídas las definiciones anteriores podemos deducir que la acción es un derecho natural para buscar la justicia ante las autoridades a través de un procedimiento, el cual comienza al ejercer este derecho y es natural por que solo basta con ser un individuo para ejercerlo.

1.5 PARTES EN EL PROCESO

Por parte debemos entender al sujeto de la acción, en contraste con el sujeto que reclama una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate.²⁵

Esriche.- define a las partes procesales como cualquiera de los litigantes sea el demandado o demandante.²⁶

Guiseppe Chiovenda define parte el que demanda en nombre propio una actuación de la ley y aquel frente a la cual esta es demandada²⁷

Hugo Rocco sostiene que por parte debe entenderse cualquier sujeto autorizado por la ley para pedir en nombre propio la realización de una relación jurídica propia o ajena, mediante proveídos jurisdiccionales de diversas naturalezas.²⁸

Pallares concluye que las partes no se refiere a las personas que intervienen en un proceso si no a la posición que tienen en el.

Es decir la parte actora es la que inicia el proceso para exigir del demandado determinada prestación. La segunda parte tiene una posición, en cierto modo pasiva, por que recibe el impacto de la acción ejecutada en contra suya.²⁹

²⁵ Idem p. 85

²⁶ EDUARDO PALLARES, op. cit. supra (4) p. 592

²⁷ Idem p. 592

²⁸ Ibidem p. 593

²⁹ EDUARDO PALLARES op. cit. supra (4) p. 597

Por parte se puede entender que son las personas interesadas que controvierten sus derechos respectivos ante la autoridad judicial. Tales son el demandante o actor, llamado así el que propone la acción y provoca el juicio, reclamando de otro un derecho y el demandado o reo que es la persona provocada a juicio por el actor y contra quien este reclama la satisfacción de un derecho o cumplimiento de una obligación, conocida como Parte Material. Sin olvidar que también son parte en el juicio o proceso los representantes de las partes en conflicto, llamada Parte Formal.

a) PARTE FORMAL

Parte Formal.- Es la persona que interviene en el proceso esgrimiendo la acción o la excepción cuyo interés no está controvertido y las resoluciones del juez no afecta su patrimonio.

El Código de Procedimientos Civiles para el estado de Guanajuato, en su art. 3 señala que las personas involucradas en un proceso podrán intervenir por si o por medio de las personas que las representen de acuerdo con la ley civil.

b) PARTE MATERIAL

Parte Material.- Es la persona que interviene en el proceso cuyo interés se encuentra controvertido y la resolución judicial afecta directamente su patrimonio.

Palacios Ramón se refiere a la parte en sentido material como aquella para la cual la acción es su acción, el proceso su proceso y la sentencia su sentencia, de manera que directamente va a su favor o en contra de la parte el efecto declarativo,

constitutivo o de condena del fallo, mientras que la parte Procesal puede ser un simple representante.³⁰

Cipriano Gómez Lara nos muestra unas diferencias muy claras entre la Parte Material y la Formal:³¹

<i>Parte material</i>	<i>Parte formal</i>
Capacidad para ser parte	Capacidad procesal
Interés	Voluntad
Litis	Acción
Sentencia	Proceso

1.6 LEGITIMACION

Es el señalamiento que hace la ley para que una persona pueda comparecer al proceso como actor o demandado, tal como lo definía el lic. Francisco Gutiérrez Negrete.

Francisco Carnelutti define la legitimación como la idoneidad de la persona para actuar en el juicio, inferida no de sus cualidades personales sino de su posición respecto del litigio.³²

Jaime Guasp entiende a la legitimación como la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal; y en virtud de cuya consideración, exige para que la pretensión se examine en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en dicho proceso.³³

³⁰ GÓMEZ LARA op. cit. supra (7) p. 191

³¹ Idem p. 191.

³² EDUARDO PALLARES; op. cit. supra (4) p. 534.

³³ Ibidem p. 536

También puede ser entendida como una autorización conferida por la ley otorgándole facultades para actuar y desarrollar determinados actos y actividades, así como adoptar una determinada conducta existen dos clases de legitimación:

- a) Legitimación ad causam
- b) Legitimación ad processum

a) LETIMACION AD CAUSAM Es la legitimación en la causa, Guiseppe Chiovenda sostiene que están legitimadas en la causa las personas que jurídica y directamente van a ser afectadas en sus derechos por la sentencia.³⁴

Esta legitimación está vinculada con la parte material, ya que es la persona titular del derecho de fondo o sustantivo afectado, quien se legitima en la causa, y es quien ejerce el derecho, aun no teniendo capacidad de ejercicio como lo puede ser un enajenado mental o un niño, quien por medio de un representante ejerce su derecho y por tanto no tiene relación ad processum pero si en la causa.

b) LEGITIMACIÓN AD PROCESSUM Esta legitimación la poseen todos aquellos sujetos validamente facultados o autorizados para actuar por sí o en representación de terceros.³⁵

Esta legitimación es llevada a cabo cuando los representantes presentan ante el juez poder especial, carta poder, mandato judicial, poder general par pleitos y cobranzas, etc.; En los cuales se les otorga facultades para actuar en nombre y a favor de otra persona. Esta clase de legitimación está relacionada con la parte formal del proceso como lo son los representantes de las partes materiales.

³⁴ PALLARES op. cit. supra (4) p. 535

³⁵ CIPRIANO GOMEZ LARA, op. cit. supra (7) p. 196

1.7 REPRESENTACION

La representación es una institución jurídica la cual entraña la posibilidad de que una persona actúe realice actos jurídicos por otra, ocupando su lugar o actuando por ella.

La representación puede ser forzosa o legal y convencional, las dos primeras son establecidas por el propio derecho de un carácter imperativo, dentro de la representación legal de las personas físicas se encuentran dos géneros como el que determina la ley en la misma encarnación personal como lo es la patria potestad la cual solo corresponde al padre o a la madre, y a falta de éstos los abuelos, la representación que limita a regular como lo es la tutela de los huérfanos.

La representación legal o forzosa no solo se da por la ley en casos de incapacidad, sino también en el supuesto de las personas morales, personas colectivas o corporativas, las cuales siempre tienen que actuar mediante representantes como lo son sus gerentes, directores o administradores, cargos desempeñados por su puesto por personas físicas; esto debido a que la propia naturaleza de la persona colectiva lo exige, puesto que por si mismo no pueden actuar ya que necesitan de esas personas físicas para materializar los actos jurídicos en que participan. Por su parte la representación voluntaria es de origen personal, de libre aceptación por el representado únicamente par realizar actos relacionados con ciertos negocios jurídicos, los cuales son ordenados por el propio representado.³⁶

a) Mandato judicial.- es definido por el código civil del estado de Guanajuato en su art. 2546 como un contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que este le encarga. Y se perfecciona con la simple aceptación, también puede ser otorgado por testimonio de escritura, carta

³⁶ Ibidem p. p. 196 y 197

poder o en escrito privado entre mandante y mandatario; existen tres grados de poder general para otorgar el mandato 1.- poder para pleitos y cobranzas; el cual se otorga a un procurador o representante procesal para que actúe en un juicio. 2.- poder para actos de administración; es más amplio que el anterior ya que además de las facultades para pleitos y cobranzas, implica una administración. 3.- poder para acto de dominio.- es el más amplio de los tres debido a que el representante, puede actuar como dueño y realizar todo tipo de actos sin limitación.

b) Gestión de negocios.- desde el derecho romano, en las instituidas de Justiniano se admitía el que las obligaciones se podían engendrar sin contrato, ni delito, sino en las hipótesis de quasi ex contractu es decir como un cuasicontrato entre las que se incluían la gestión de negocios, la tutela y la curatela, la indivisión, la aceptación de una herencia y el pago de lo indebido.

En cuanto a la gestión de negocios, análoga al mandato judicial, pues existe cuando una persona administrativa voluntariamente los negocios ajenos sin habérselo encargado y esta incluida en el derecho vigente mexicano, en su parte del derecho sustantivo. Reglamentando esta figura en el código civil para el estado de Guanajuato en su art. 1385 al mencionar que todo aquel que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, y debe de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio y desempeñar su cargo con todas las diligencias que emplea en sus negocios propios e indemnizara los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se erogan al dueño de los bienes o negocios que gestione.

1.8 MEDIOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL ENTRE LA AUTORIDAD JUDICIAL A LOS PARTICULARES: NOTIFICACIONES, EMPLAZAMIENTO, REQUERIMIENTO Y CITACION.

Los medios de comunicación procesal entre las partes y la autoridad son parte esencial en todo proceso debido a la existencia de una relación jurídica entre ellos a través de los cuales se da seguimiento y progreso al proceso, ya que por medio de ellos se esta al tanto de todo lo actuado dentro de dicho proceso, los medios más utilizados son las notificaciones, emplazamiento, requerimiento y la citación.

a) Notificaciones.- En general son los procedimientos, formas o maneras, mediante las cuales, el tribunal hace llegar a los particulares, a las partes a los testigos, a los peritos la noticia o conocimiento de los actos procesales es decir los tiene informados de manera formal.

b) Emplazamiento.- Es el acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del juez, que al admitirla se establece un término dentro del cual el reo debe comparecer a contestar dicha demanda, constituye una forma especial de notificación ya que es la primera que se hace al demandado llamándolo a juicio.

El código de procedimientos civiles para el estado de Guanajuato en su artículo 337 señala los efectos de esta notificación: I.- Prevenir el juicio a favor del juez que lo hace; II.- Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el juez que lo emplazo; III.- Obligar al demandado a contestar ante el juez que lo emplazo, salvo el derecho de provocar la incompetencia; IV.- Producir las consecuencias de la interpretación judicial; V.- Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos.

El emplazamiento es de vital importancia para la validez de las sucesivas actuaciones procesales, debido a que la falta de esta notificación da lugar a promover la nulidad de actuaciones.

c) Requerimiento.- Es definido como un medio de comunicación procesal, una notificación especial que debe ser hecha personalmente, implica una orden del tribunal para que la persona o la entidad requerida, haga algo o dejen de hacerlo o entreguen alguna cosa, quien requiere es la autoridad judicial, puede ser una parte quien sea requerida o también lo puede ser un testigo, un perito o un tercero ajeno o alguna autoridad auxiliar del tribunal o los subordinados de éste.

d) Citación . - Es el último medio de comunicación procesal que puede dirigir las autoridades judiciales a los particulares la cual consiste en el llamado para que comparezca o acuda a la práctica de alguna diligencia judicial, fijándose día y fecha para su desarrollo.³⁷

1.9 MEDIOS DE PRUEBA Y FINALIDAD DE PROBAR.

Para comenzar este tema es necesario conocer la raíz etimológica de prueba la cual deriva del adverbio probe que significa honradamente, por considerarse que obra con honradez el que pretende probar.

Rafael de Pina en un sentido gramatical define la prueba como la acción y efecto de probar y también la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar o hacer patente la verdad o falsedad de una cosa.

Laurent por su parte lo definía como la demostración legal de la verdad de un hecho.³⁸

³⁷ GÓMEZ LARA op. cit. supra (7) p. p. 239 - 241

³⁸ EDUARDO PALLARES op. cit. supra (4) p. 662

Alcalá-Zamora sostiene que la prueba es la abstención del cercioramiento del juzgador a cerca de los hechos discutidos y discutibles cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso.³⁹

Mientras que los medios de prueba son definidos como cualquier cosa o actividad que puede servir para demostrar la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos.⁴⁰

Por su parte Jaime Guasp los define como todo aquel elemento que sirve de una u otra manera, para convencer al juez de la existencia de un dato procesal.⁴¹

Es conveniente distinguir entre medio y finalidad de probar, por un lado el medio es el instrumento, procedimiento o mecanismo que puede originar los motivos de prueba, en si es la vía, el camino que puede provocar los motivos, los razonamientos, argumentos o las intuiciones que permitirá al juez llegar a la seguridad o al conocimiento de algún hecho llevado al juez por las partes con la finalidad de lograr que el juez llegué a la convicción u obtenga una certeza sobre los hechos o las circunstancias relativos a las pretensiones y a las resistencias de los litigantes.

El código federal de procedimientos civiles clasifica como medios de prueba: la prueba confesional, los documentos públicos y privados, los dictámenes periciales, reconocimiento o inspección judicial; así como testigos, fotografías, escritos, y notas taquigráficas, y en general todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia; y por último las presunciones.

I.- Prueba Confesional.- es el someter una de las partes del proceso, a la otra a un interrogatorio especial, al efecto la parte que desahogará esta prueba se le conoce como absolvente, la cual debe ser citada a comparecer ante el tribunal a contestar dicho interrogatorio, el cual recibe el nombre de pliego de posiciones,

³⁹ JOSE OVALLE FAVELA, DERECHO PROCESAL CIVIL, ed. octava Ed. Oxford, México 2002 p. 126

⁴⁰ EDUARDO PALLARES op. cit. supra (4) p. 560

⁴¹ Ibidem p. 562

estas deben de articularse en términos claros y precisos, además debe de comprender un solo hecho relacionado con el litigio y deben de ser formuladas de una manera en la que el absolvente pueda contestar si o no.

II.- Documentos públicos.- Es el documento que contiene la representación material, mediante signos, símbolos, figuras o dibujos, de alguna idea o pensamiento, esta prueba es de carácter público, al ser elaborado por algún órgano de autoridad en el ejercicio legítimo de sus facultades conferidas, además son públicos por contener sellos, firmas u otros signos exteriores que, en su caso prevengan las leyes y debido a esto harán fe en un litigio sin tener que ser legalizados.

III.- Documentos privados.- son todos aquellos documentos que por exclusión no son públicos, es decir todos aquellos documentos que no fueron realizados por autoridad legítima, sino por particulares. El código federal de procedimientos civiles reconoce como tales los vales, pagares, libros de cuentas, cartas y demás escritos, que estén firmados y formados por las partes y que no estén ordenados por escribanos o funcionarios.

IV.- Dictámenes periciales.- Debido a que el juez no puede ser especialista en todas las ramas científicas y técnicas, debe o puede ser ilustrado o asesorado por peritos especialistas en la materia o rama de la que se trate, a través de un dictamen pericial el cual contiene una opinión más amplia y veraz sobre un determinado hecho relacionado con el litigio a resolver a fin de ayudar a la autoridad a tomar una mejor decisión sobre el asunto de que se trate.

V.- Reconocimiento o inspección judicial.- este medio de prueba se realiza cuando es el propio juzgador quien inspecciona algún objeto que es clave para la resolución del negocio, puede ser que el objeto sea llevado al tribunal, cuando sea movable o bien que sea el juzgador quien vaya al lugar de los hechos a inspeccionar para encontrar algún indicio para la resolución.

VI.- Testigos.- consiste en la declaración de terceras personas a las cuales les constan directamente los hechos relacionados con el litigio, y no son concedores por otras personas, además de que no deben tener ningún interés en el caso es decir, tienen que ser imparciales, son examinadas por medio de un interrogatorio el cual debe estar relacionado con los hechos en litigio, y es formulado de manera verbal y directamente por las partes o sus abogados, primero se interrogara al promovente de la prueba y luego a las demás partes que ofrece dicho testigo y al terminar la parte de interrogar a su testigo debe ser interrogado luego por la contraparte, esto es realizado de manera separada de los otros testigos.

VII.- Fotografías, copias fotostáticas, registros dactiloscópicos y en general todos los elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia.- esta prueba más que nada son instrumentos de información, para ilustrar al juez en su decisión y ayudan mas que nada a identificar objetos, personas o hechos, ya que cabe mencionar que las cintas de grabación pueden contener un hecho del litigio, así como los registros dactiloscópicos, pueden registrar huellas digitales en un objeto y así encontrar a un involucrado en el hecho, todas estas pruebas pueden ser de vital importancia para resolver de manera satisfactoria el caso.

VII.- Presunciones.- esta prueba no tiene materialidad, entraña un razonamiento del juzgador mediante el cual por una deducción llega al conocimiento de algo desconocido, partiendo de la existencia de un hecho conocido, es un mecanismo meramente de raciocinio de deducción o inducción lógica.

Para finalizar diremos que la finalidad de probar es el lograr la convicción del juzgador respecto del intercambio de afirmaciones de las partes y los hechos o situaciones que fundamenten sus pretensiones o defensas, convencer y persuadir al juzgador de los dichos de las partes para lograr una resolución favorable, esto con la ayuda de los medios de prueba.

1.10 SENTENCIA

La sentencia no es más que una resolución judicial, por medio de la cual el juez resuelve el fondo del negocio, la controversia, el litigio, la resolución jurídica procesal, aplicando la norma general al caso concreto la sentencia es el objeto del proceso, es así como lo define el licenciado Francisco Gutiérrez Negrete.

Por su parte Giuseppe Chiovenda la define como la resolución del juez que acogiendo o rechazando la demanda afirma la existencia o inexistencia, de una voluntad concreta de la ley que garantiza un bien o lo que es igual la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien determinado.

Pallares en tanto se refiere a la sentencia como el acto jurisdiccional por medio de la cual el juez resuelve las cuestiones principales, materia del juicio o las incidentales que hayan surgido durante el proceso.

Alfredo Rocco define la sentencia como el acto del juez encaminado a eliminar la incertidumbre sobre la norma aplicable al caso concreto asentando una relación jurídica incierta y concreta.⁴²

a) REQUISITOS FORMALES DE LA SENTENCIA

Los requisitos formales de toda sentencia es lo que le da la estructura tradicional, conteniendo el preámbulo que es toda la información de las partes, es decir sus generales, así como todo lo referente al pleito para una plena identificación; los resultandos contienen un resumen del asunto, desde los dichos de las partes hasta las pruebas que fueron presentadas al juez; considerándose es la conclusión o conclusiones a las que llegó el tribunal después de la confrontación entre las pretensiones y resistencias de las partes, y de lo arrojado por las pruebas en si es la parte medular de la sentencia ya que aquí se encuentra encerrada la decisión del juez; los puntos resolutiveos son la parte final de la sentencia en la que

⁴² EDUARDO PALLARES, op. cit supra (4) p. 724

se dice si fue favorable al reo o al actor, cual es la condena y su monto y el plazo para cumplir, en si se resuelve el litigio.

De acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles Federal, la sentencia debe de estar redactada en español, contener el lugar, fecha y juez o tribunal que la dicto, nombres de las partes y su carácter y el objeto del litigio, las fechas y cantidades deben ser escritas con letra y numero, no contener raspaduras sobre las frases equivocadas, sino una línea delgada que permita su lectura, estar autorizadas con la firma del juez; magistrados que la dictaron.

b) REQUISITOS SUSTANCIALES DE LA SENTENCIA

Son conocidos como requisitos internos esenciales o sustanciales, los aspectos de contenido de toda sentencia como lo son: Congruencia.- es la resolución que debe existir entre lo eludido por las partes y lo considerado y resuelto por el tribunal, ha esto hace referencia el código de procedimientos civiles para el D.F. al disponer que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes tanto con las demandas como las pretensiones hechas en el pleito; Motivación.- es la obligación del tribunal de expresar los motivos razones o fundamentos de su resolución dictada. Y por ultimo Exhaustividad al realizar de manera correcta de los requisitos anteriores se conlleva la exhaustividad ya que deben ser analizadas todas las cuestiones planteadas por las partes sin dejar ninguna en duda, debe agotar todos los puntos eludidos por las partes así como referirse a todas y cada una de las pruebas rendidas por las mismas.

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

A).- CONDUCTA Y SU AUSENCIA

2.1.- CONCEPTO DE CONDUCTA

La conducta es el primero de los elementos objetivos que requiere el delito para existir. Algunos autores le llaman acción, hecho, acto o actividad.

La conducta es un comportamiento humano voluntario, activo, o, negativo que produce un resultado.¹⁰

Fernando Castellanos Tena, define a este elemento como comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.¹¹

El jurista Von Liszt definió la conducta llamándole acción, como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

En cuanto a la definición de Liszt, se puede apreciar que este autor nos habla de movimientos corporales voluntarios, los cuales pueden ser apreciados desde un punto de vista positivo y desde un punto de vista negativo. Cuando se habla de un punto de vista positivo de la conducta, se está hablando de un hacer positivo, es decir, de una acción, misma que cuando viola una norma prohibitiva se nos convierte en comisión. Si hablamos de un punto de vista negativo de la

¹⁰ Amuchategui Requena Irma G. Derecho Penal. Ed. Harla. México. 1994. Pág. 49

¹¹ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). Pág. 149

conducta, tendremos una abstención, un no hacer y cuando con ello se viola una norma dispositiva que nos ordena o manda nos encontramos ante una omisión.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia.

Omisión simple: Consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva.

Comisión por omisión: Es un no hacer voluntario, cuya abstención produce un resultado material, por lo que al violarse una norma preceptiva, se viola una norma prohibitiva.

La conducta como movimiento corporal positivo o negativo ante todo debe ser voluntaria, esto se traduce en que la voluntad debe manifestarse hacia el exterior con movimientos positivos o negativos los cuales deben de ser la consecuencia de la manifestación de voluntad. Un movimiento corporal que no obedezca a la voluntad, no puede ser considerado de ninguna forma como una conducta; la voluntad a quien se le ha definido como la autodeterminación del ser humano, que implica la manifestación del querer. Esto se traduce en conocimiento, voluntad y movimientos corporales.

2.2.- LA ACCIÓN EN STRICTO SENSU Y LA OMISIÓN

Hemos expresado que la conducta (llamada también acto o acción, lato sensu), puede manifestarse mediante haceres positivos o negativos; es decir, por actos o por abstenciones.

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la

infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

El maestro Carlos Bindig, expuso que al cometerse el delito este no resulta contrario a la ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la Ley; lo que infringe dicho sujeto no es la ley, sino la norma subyacente en ella.

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.

Para Leonhard, la conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario integra la acción en sentido estricto; por ello se le ha denominado “voluntad de causación”.¹²

La omisión, en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.¹³

Para Eusebio Gómez, son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen, como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.¹⁴

¹² Carranca y Trujillo Raúl. Op. Cit. Supra (5). Pág.237.

¹³ Parte General del Derecho Penal, t. I. Pág. 416.

¹⁴ Tratado de Derecho Penal, t. I. Pág. 416.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia.

Omisión simple: Consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva.

Comisión por omisión: Es un no hacer voluntario, cuya abstención produce un resultado material, por lo que al violarse una norma preceptiva, se viola una norma prohibitiva.

2.3.- ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Los elementos de la acción son la voluntad, la actividad, el resultado y la relación de causalidad, llamado este último también nexa causal.

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal. Luis Jiménez de Asúa estima que son tres: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad. Para Edmundo Mezger en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

Voluntad: Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención. La idea de acción supone, en primer término una manifestación de voluntad. Se entiende por manifestación de voluntad toda conducta voluntaria; es decir, la conducta que, libre de violencia física o psicológica, está determinada (motivada) por las representaciones. Es siempre un movimiento muscular. La manifestación de voluntad, puede consistir en la realización o en la omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo.¹⁵

¹⁵ González Quintanilla José Arturo. Derecho Penal Mexicano. 2º ed. Ed. Porrúa. México. 1993. Pág. 174.

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

Resultado: Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.

Nexo de causalidad: Es el nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin lo cual este último no puede atribuirse a la causa.

2.4.- ELEMENTOS DE LA OMISIÓN

Como la acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; concluyese, en consecuencia, que los elementos de la omisión son: a) Voluntad: Encaminándose a no efectuar la acción ordenada por el Derecho; y, b) Inactividad: el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado. Con razón para Franz Von Liszt, en la omisión la manifestación de voluntad consiste en no ejecutar, voluntariamente, el movimiento corporal que debiera haberse efectuado.¹⁶

Porte Petit, estima como elementos de la omisión propia: a) La voluntad o no voluntad como los delitos de olvido; b) la inactividad y por último; c) Deber jurídico de obrar, con una finalidad consistente en un resultado típico.¹⁷

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ellos se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva; “Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo como los delitos

¹⁶ Tratado de Derecho Penal. 3º ed. Madrid. Pág. 79.

¹⁷ Porte Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. 15º ed. Ed. Porrúa. México. 1993. Pág. 175.

de olvido en los cuales se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva.

Tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión aparecen los elementos de la voluntad e inactividad mas en la comisión por omisión aparecen otros dos factores como son; a) Un resultado material (típico) y, b) Una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura de delito prevista en la ley.¹⁸

2.5.- AUSENCIA DE CONDUCTA

La Conducta como elemento objetivo del delito también tiene su aspecto negativo, que en este caso se traduce en la falta o ausencia en la falta o ausencia de conducta, y en el está implícita la falta de voluntad, de tal manera que el movimiento corporal, no corresponde a la voluntad no habrá conducta y al no haber conducta no existirá el delito. Las causas que originan la falta de conducta son las siguientes:

a) VIS MAIOR o fuerza de la naturaleza, es una fuerza irresistible proveniente de la naturaleza.

Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza de la naturaleza, existe el aspecto negativo de la conducta, o sea, hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto “agente”, ni conducta, propiamente dicho; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

¹⁸ Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. Supra (7). Pág. 274.

b) VIS ABSOLUTA o fuerza física irresistible consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad del sujeto, quien en apariencia comete la conducta.

Esta fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta; el sujeto, a través de ésta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por faltar la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta.

Cuando un sujeto comete un delito por una fuerza física e irresistible proveniente de otro sujeto, no hay voluntad en la realización y no se puede presentar el elemento de conducta, en virtud de no ser un acto voluntario. Es importante determinar que la fuerza debe de ser física, es decir material, porque es la única que puede obligar al sujeto a actuar contra su voluntad, debe ser exterior e irresistible porque el sujeto que recibe la fuerza física, no la puede dominar o resistir y es vencido por ella.¹⁹

c) MOVIMIENTOS REFLEJOS, son actos corporales involuntarios, tales como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa, no constituyen acción, ya que el movimiento en estos casos no está controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores del organismo.²⁰

Los movimientos reflejos, no funcionarán como factores negativos de la conducta, si se pueden controlar o retardar.

d) CUALQUIER OTRA CAUSA QUE ANULE LA VOLUNTAD, que finalmente establece nuestro Código Penal Sustantivo para el Estado de

¹⁹ López Betancourt Eduardo. Teoría del Delito. 12º ed. Ed. Porrúa. México. 2004. Pág.108

²⁰ Muñoz Conde Francisco. Teoría General del Delito. 2ª ed. Ed. Temis. Colombia. 1999. Pág. 14

Guanajuato. En este último caso tendremos la presencia de una eximente supralegal para nuestra ley, al establecer que exista ausencia de conducta ante cualquier causa que nulifique la voluntad, sin señalar específicamente cual es, deja abierta la posibilidad para en cualquier caso y por cualquier circunstancia en que se elimine la voluntad, no exista conducta.

Al respecto el Artículo 33 en su fracción I de nuestro Código Penal señala con relación a la ausencia de conducta lo siguiente:

“El Delito se excluye: cuando se realice sin intervención de la voluntad del agente”.

B).- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

2.6.- IDEA GENERAL DEL TIPO Y DE LA TIPICIDAD

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

La tipicidad se encuentra apoyada en el principio “nullum crimen, sine lege”, no hay delito, sin ley.²¹

No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La

²¹ Orellana Wiarco Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal Parte General. Ed. Porrúa. México. 1999. Pág. 215

tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo penal resulta ser la, descripción legal de una conducta delictuosa; y la tipicidad como el exacto encuadramiento de esa conducta al tipo. De no existir en la realidad, si alguien cometiera una conducta que afectase a otra persona no se podría decir que cometió un delito, porque no lo es por lo consiguiente no se le podrá castigar y su conducta se calificará de asocial o antisocial, pero no de delito.

2.7.- CONCEPTO DE TIPICIDAD

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. De esta manera la tipicidad consistirá en hacer que cada situación encuadre de manera perfecta en el lugar que le corresponde eliminando la existencia de otra que pueda parecer igual.

Diversos autores han dado su definición de tipicidad; dentro de las más importantes tenemos la expresada por Francisco Blasco y Fernández de Moreda, la cual dice: “La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencia a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida”.

Para Laureano Landaburu “la tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal”.²²

²² Landaburu Laureano citado por López Betancourt Eduardo. Op. Cit. Supra (20). Pág.117

Para Jiménez de Asúa, “la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción”.

Jiménez Huerta consideró que la “adecuación típica significa, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias”.²³

La importancia de la tipicidad es fundamental, ya que si no hay una adecuación de la conducta al tipo penal, podemos afirmar que no hay delito.

2.8.- CONCEPTO DE TIPO

El término tipo etimológicamente significa modelo, que aplicado a la materia jurídico penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas.

El tipo penal es, para muchos juristas, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él.²⁴

El tipo penal es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal.

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

²³ Jiménez Huerta Mario. Derecho Penal Mexicano. 2ª ed. Ed. Porrúa. México. 1977. Pág. 107

²⁴ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1) Pág. 169

El Tipo es el contenido medular de la norma; es la descripción de la conducta prohibida u ordenada, prevista por el legislador; es la previsión legal que individualiza la conducta humana penalmente relevante, es decir, la fórmula legal que individualiza las conductas prohibidas por la Ley Penal para la protección de bienes jurídicos.

2.9.- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

Existe diferencia de criterios para clasificar a los tipos penales. Los estudiosos parten de varios puntos de vista y entre los más destacados autores que pretenden clasificar precisamente los tipos penales, se encuentran Edmundo Mezger, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta; tomando en cuenta sus ideas, se parte para cada una de las clasificaciones:²⁵

I.- Por su Composición.

Se refiere a la descripción legal de sus elementos, los cuales pueden ser objetivos, subjetivos o normativos. Así el delito es de varias formas:

a) Normales. Las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas.

b) Anormales. Son los que tienen elementos subjetivos o normativos, además de los objetivos.

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

²⁵ López Betancourt Eduardo. Op Cit. (supra (3)). Pág. 134

II.- Por su ordenación metódica.

Según determinadas circunstancias, el delito puede ser:

a) Básico o fundamental son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro. Por lo regular, estos tipos contienen el mínimo de elementos y encabezan cada uno de los capítulos del código y constituyen su espina dorsal. Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.²⁶

b) Especiales Los que además de los elementos propios del básico, contienen otros nuevos o modifican requisitos previstos en el tipo fundamental; por eso se aplican con independencia de éste.

c) Complementados los que refiriéndose a un básico o especial, señalan determinadas circunstancias o aspectos que cualifican la conducta, los sujetos o el objeto descrito en éstos; por esa razón no pueden aplicarse en forma independiente; su vida jurídica depende del tipo básico o especial al cual se refieren y los efectos de su aplicación sólo en el momento procesal de la imposición de la pena.²⁷

Según Jiménez Huerta, se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.²⁸

²⁶ Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. Supra (Pág. 325)

²⁷ Plascencia Villanueva Raúl. Teoría del Delito. 3º ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. 2004. Pág. 99

²⁸ Jiménez Huerta Mario. Op. Cit. Supra (24). Pág. 127

III.- Por su autonomía o dependencia.

Hay delitos que existen por sí solos, mientras que otros necesariamente dependen de otro:

a) Autónomo Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo.

b) Subordinados Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino que subordinan.²⁹

IV.- Por su formulación.

Por la forma en que se hace la descripción del tipo, el delito puede ser:

a) De formulación casuística Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito, el cual puede ser:

1) Alternativo se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ella.

2) Acumulativo Para la integración del delito se requiere que ocurran todas las hipótesis planteadas.

b) De formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución.

V.- Por el daño que causan.

²⁹ López Betancourt Eduardo. Op. Cit. Supra (20). Pág. 125

Se refiere a la afectación que el delito produce al bien tutelado, y puede ser:

a) De daño o lesión Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución.

b) De peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado, el peligro puede ser:

1) Efectivo Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación.

2) Presunto Cuando el riesgo de afectar el bien es menor.

2.10.- ELEMENTOS DEL TIPO

Los tipos en su descripción hacen alusión a condiciones o situaciones de orden material u objetivo, apreciables por los sentidos, pero también lo hacen a veces, a cuestiones subjetivas o normativas que no pueden ser captadas objetivamente. Los tipos en consecuencia, se integran por elementos objetivos, subjetivos y normativos.

A).- ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Los elementos objetivos son aquellos términos o conceptos que aparecen en el tipo y que son de naturaleza material, real, apreciables por los sentidos.

a).- La conducta como ya se explicó es un comportamiento humano voluntario, activo, o, negativo que produce un resultado.

b).- El resultado no es otra cosa que la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal voluntario.

c).- El nexos causal es el vínculo de la relación causa efecto que debe existir entre el movimiento corporal voluntario y el resultado.

d).- Las especiales formas de ejecución se refieren a los medios comisivos que algunos tipos penales requieren para poder tipificar, exigen que la conducta se desarrolle por un medio determinado, de tal manera que si no es así, no podremos tipificar.

e).- las modalidades de lugar, tiempo, modo u ocasión se refiere a que algunos tipos penales exigen que la conducta se desarrolle en un tiempo o lugar determinado.

f).- En cuanto al sujeto encontramos a un sujeto activo y un pasivo y en ellos hay que ver calidad y número; el sujeto activo del delito es el que desarrolla la conducta delictuosa, es la persona física que comete el delito o participa en su ejecución; se llama también delincuente, ofensor, agente o criminal.

En tanto que el sujeto pasivo es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta del delincuente. Por lo general, se le denomina víctima, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito.³⁰

También se puede establecer la diferencia entre el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito.

I) Sujeto pasivo de la conducta: es la persona que de manera directa resiente la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado.

³⁰ Carrancá y Trujillo Raúl. Op. Cit. Supra (5). Pág. 229

II) Sujeto pasivo del delito: Es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.

Respecto de la calidad y el número algunos tipos penales exigen en los sujetos una calidad, como lo es la de ser padre, madre, hijo, ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, servidor público, y en cuanto el número, también algunos tipos penales exigen pluralidad en los sujetos que desarrollan la conducta delictuosa, en el cual, los sujetos deben ser dos o más.

g).- El objeto material no es otra cosa que la persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro causado por la conducta delictuosa, y

h).- El objeto jurídico es el bien jurídico tutelado, que muchos autores han definido como “el interés social jurídicamente protegido o tutelado, y ellos son los valores que crea la sociedad para poder vivir pacíficamente dentro de la colectividad.

Según Franco Sodi el objeto jurídico es la norma que se viola,³¹ en tanto que para Villalobos, es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito.

B).- ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

Para Gómez Benítez José Manuel, los elementos subjetivos del tipo, son los referidos al ánimo conductual del activo y por ellos debemos entender el conjunto de condiciones relativas a la finalidad y al ánimo y tendencia del sujeto activo, que dotan de significación personal a la realización de los elementos objetivos del tipo por el autor.³²

³¹ Franco Sodi Carlos. Nociones de Derecho Penal Parte General. 14ª ed. Ed. Botas. México 1992. Pág. 66.

³² Gómez Benítez José Manuel. Teoría Jurídica del Delito. Ed. Civitas. Madrid. 1984. Pág. 203

Estos elementos subjetivos son los siguientes:

- a) ÁNIMOS
- b) PROPÓSITOS
- c) FINES
- d) CONOCIMIENTOS
- e) SABERES O SABIENDAS, entre otros.

ELEMENTOS NORMATIVOS

- a) EL HONOR
- b) LA HONRA
- c) LA CASTIDAD
- d) LA HONESTIDAD, entre otros.

2.11.- 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 consiste en la falta total o parcial de la adecuación o encuadramiento del hecho o conducta al tipo. Así, por no satisfacerse en forma total y exacta los requisitos que el tipo señala, el hecho o conducta resulta atípico.

La falta de tipo o ausencia de tipo se refiere a que el hecho o conducta no aparecen en la ley, no existe el tipo; jamás se podrá hablar que algún hecho o conducta pueden ser atípicos porque no hay posibilidad de encuadrarlos a un tipo inexistente. En la atipicidad el tipo existe pero el hecho o conducta no se adecua al mismo.³³

³³ Orellana Wiarco Octavio Alberto. Op. Cit. (Supra (22) Pág. 231

En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento del delito, lo encontramos cuando falte cualquier elemento objetivo, subjetivo o normativo del tipo; así encontramos los siguientes:

- a).- Falta del bien jurídico tutelado.
- b).- Falta de calidad, o del número en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo.
- c).- No exista manifestación de voluntad.
- d).- No se de el resultado previsto en el tipo.
- e).- No exista relación causal.
- f).- Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley.
- g).- Por falta de modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo.
- h).- Por falta de objeto material y objeto jurídico.

Nuestro Código Penal, en su artículo 33 fracción II, establece la causa de exclusión del delito, y por lo que se refiere a la Atipicidad señala lo siguiente “El delito se excluye cuando: falta alguno de los elementos del tipo penal de que se trate”.

Luego entonces existe atipicidad cuando la conducta dada en la realidad no reúne todos los elementos que el tipo penal exige, es decir, que si en la conducta falta uno o más elementos que el tipo penal exige, esta conducta será atípica.

C).- ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

2.12.- CONCEPTO DE ANTIJURIDICIDAD.

La antijuridicidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica.

Para el jurista Muñoz Conde Francisco, la antijuridicidad es un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.³⁴

Castellanos Tena al referirse a la Antijuridicidad nos menciona que es un concepto negativo, así, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico y lo contrario al derecho.³⁵

El penalista Mexicano Sergio Vela Treviño define a la Antijuridicidad como el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado.³⁶

De la anterior definición se derivan los siguientes elementos:

Una conducta típica, que precede en un plano lógico a la antijuridicidad.

³⁴ Muñoz Conde Francisco. Op. Cit. (Supra (21)). Pág. 31

³⁵ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. (Supra (1)). Pág.177

³⁶ Vela Treviño Sergio. Teoría del Delito. 3º ed. Ed. Trillas. México 1990. Pág. 130

Una norma jurídica, en la cual subyace la norma de cultura que se tomó en cuenta para crear la propia norma jurídica.

Un juicio valorativo, de carácter objetivo, que implicará en ocasiones el estudio del total sistema jurídico, ya que la antijuridicidad es unitaria, pues en ocasiones la norma de cultura no se encuentra en forma expresa en la norma jurídica penal, sin embargo, por lo que el tipo debe permitir nutrirse de ese estudio general, y los límites del tipo determinan la objetividad del Juicio Valorativo. Además de ese límite, la antijuridicidad deviene a ser un juicio valorativo objetivo porque corresponde realizarlo al juez y sólo a él le compete, en función de sus atribuciones y competencias.

2.13.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

La antijuridicidad formal es el hecho de que la conducta encuadre en el tipo y la antijuridicidad material que es la contradicción de la conducta con los valores sociales o culturales que protege la norma.

A la simple contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico se le llama antijuridicidad formal. La antijuridicidad no se agota, sin embargo, en esta relación de posición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger, se habla en este caso de antijuridicidad material.

La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.³⁷

Franz Von Liszt señala que un 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.

³⁷ Muñoz Conde Francisco. Op. Cit. (supra (21) Pág. 66

Cuello Calón señala que hay antijuridicidad en un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía, la primera sería la antijuridicidad formal, y la segunda antijuridicidad material.

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.

En resumen, LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL se da cuando se viola la norma jurídica, y la ANTIJURIDICIDAD MATERIAL cuando se violan los intereses colectivos de la sociedad.

2.14.- RELACIÓN DE TIPICIDAD CON ANTIJURIDICIDAD

Ernest Von Beling explica que la tipicidad es un elemento autónomo del delito, consecuentemente el tipo penal de Beling era un tipo penal avaloradamente neutro y objetivo, es avaloradamente neutro porque no estaba relacionado con los juicios de valor de la Antijuridicidad ni de la culpabilidad; y objetivo porque solamente contenía puros elementos objetivos.

En 1915, Ernesto Von Mayer, siguiendo la definición de Beling, afirma que el Delito es acción típica, antijurídica y culpable, sin embargo el merito de Mayer, es que comienza a relacionar la tipicidad, con el juicio de valor de la antijuridicidad, y le da a la tipicidad un carácter indiciario de la Antijuridicidad, es por ello que Mayer afirmaba que la tipicidad determina un indicio de la existencia de la Antijuridicidad de tal manera que para el toda conducta típica **“PUEDE SER”** antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación y con ello tenemos la **RATIO COGNOCENDI** de la Antijuridicidad.

Posteriormente EDMUNDO MEZGER, afirma que el delito es acción típicamente, antijurídica y culpable, es decir que en tanto para MAYER, la tipicidad

es un indicio de la Antijuridicidad, para MEZGER la tipicidad implica la Antijuridicidad por lo que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación y de esta manera tenemos la **Ratio Essendi** de la Antijuridicidad.

2.15.- CONCEPTO DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Es el aspecto negativo de La Antijuridicidad y tiene lugar cuando la conducta típica está amparada con una causa de justificación, ésta se apoya en el disvalor del resultado, se dirigen al aspecto objetivo a constatar si se presento en el caso concreto una real y objetiva situación de justificación. En otras palabras las causas de justificación son todas aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la Antijuridicidad de una conducta típica.

Para Luis Jiménez de Asúa las causas de justificación pueden definirse como aquellas causas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, eso es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.³⁸

Vela Treviño señala que existen dos principios que rigen la determinación de la ausencia de antijuridicidad, tales son los siguientes: **a).- Ausencia de interés jurídico; b).- Interés preponderante.**³⁹

a).- Ausencia de interés jurídico, normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no solo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección

³⁸ Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. (Supra (10)). Pág. 284

³⁹ Vela Treviño Sergio. Op. Cit. (Supra (37)). Pág. 166

de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular, ejercicio de una libertad individual; entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos, y, por ende, resulta idóneo para excluir la Antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trató de proteger.

Por excepción, se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuridicidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo.

b).- Interés preponderante.- Cuando existen dos intereses incompatibles, en derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsista, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del de menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifica la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.⁴⁰

A las causas de justificación también se les denomina justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, incluso para los finalistas a las causas de justificación las denominan causas de permisión, porque ante la presencia de alguna de ellas el sujeto no obró antijurídicamente, sino que la conducta se realizó conforme a derecho, es decir que su conducta nunca fue antijurídica, sino que fue totalmente lícita.

Raúl Carrancá y Trujillo, utiliza la denominación “Causas que excluyen la incriminación, se sustituye la palabra circunstancias por causas, pues como dice Jiménez de Asúa, circunstancia es aquella que está alrededor de un hecho y lo

⁴⁰ Carrancá y Trujillo Raúl. Op. Cit. Supra (5). Pág. 339-342.

modifica accidentalmente y las causas cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia.⁴¹

2.16.- CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Dentro de las causas de justificación podemos mencionar: a).- El Consentimiento del Sujeto Pasivo; b).- Legítima Defensa; c).- Estado de Necesidad; d).- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

2.16.1.- LA LEGÍTIMA DEFENSA

Se considera como legítima defensa la repulsa necesaria y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos.

Augusto Kehler, la define como: “La repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por tercera persona, contra el agresor cuando no se traspase la medida necesaria para la protección”.

El jurista Sebastián Soler, la define como: “Legítima Defensa a la reacción necesaria contra agresión, actual y no provocada”.

Celestino Porte Petit dice: “La Legítima Defensa es el contra ataque o repulsa necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocado insuficientemente”.

Para Jiménez de Asúa, la legítima defensa es la repulsa de una lesión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor,

⁴¹ IBIDEM. Pág. 341

sin traspasar la necesaria de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.⁴²

El Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33 fracción V nos señala que la legítima defensa cuando se obra 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.

Como elementos de la legítima defensa se señalan los siguientes:

a) Una agresión injusta y actual; b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados; c) Repulsa de dicha agresión.

Por agresión debe entenderse, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos.

La agresión deberá tener ciertas cualidades, ha de ser: Real, es decir no hipotética o imaginaria, que provenga de una conducta humana, que sea actual, es decir, lo que esta ocurriendo, que sea con violencia, y de la cual resulte un peligro inminente.

La agresión o ataque debe ser objetivo, pues de lo contrario no existiría la Legítima Defensa, ya que el simple querer, o la voluntad no actuada, ni exigida no puede considerarse delictuosa. Está agresión debe entenderse como la conducta humana realizada voluntariamente tendiente a lesionar, amenazar o poner en peligro intereses jurídicamente protegidos. Cuando la agresión no existe, no hay Legítima Defensa.

La agresión debe ser objetiva no supuesta, y además provenir de una conducta humana. Pues cualquier mal o daño causados por graves que sean sus consecuencias individuales o sociales, no podrá ser estimado un delito sino tiene

⁴² Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. Supra (10). Pág. 363

su origen en una conducta humana, o sea, los hechos producidos por la naturaleza misma, sin intervención del hombre, no pueden considerarse delictuosa.

La agresión a que nos referimos anteriormente debe ser actual, contemporánea al acto defensivo, es decir la agresión se debe estar realizando cuando se produce el contra ataque, o sea, el acto mediante el cual el agredido repele la agresión. Por lo que el repelimiento y la agresión deben ser casi al mismo tiempo.

Está situación debe juzgarse con cautela para evitar que la reacción defensiva se convierta en venganza, como el caso de una persona que espera días, meses o hasta años para repeler la agresión sufrida, en este caso se tratará de otra agresión del parte del agredido anteriormente en contra de su ex-agresor, pues antes de que el peligro aparezca no es necesario la defensa y cuando el peligro ha cesado es superflua, aún cuando naturalmente, el amenazado no necesite esperar a que sus intereses jurídicos sean efectivamente lesionados.

“Para poder comprobar la Legítima Defensa es necesario no sólo una agresión no provocada, proveniente de una conducta humana, y actual, sino además, que sea violenta, es decir, efectuado de manera intempestiva, de modo tal, que el agredido no pueda preverla, ni evitarla, criterio aceptado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación”.

La previsión de la agresión y la posibilidad de evitarla por otros medios legales son causa inexistente de la Legítima Defensa y, por ello, una condición negativa de la misma. Pasando de ser un excluyente de responsabilidad a una atenuante como lo será la Riña, ya que si se previó la agresión y fácilmente podía evitarse hubo una voluntad de contener de ambas partes.

2.16.2.- ESTADO DE NECESIDAD

La mayor parte de los tratadistas suelen adoptar la definición de Von Liszt el cual señala que el Estado de Necesidad, es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

Según Cuello Calón, el Estado de Necesidad es el peligro actual e inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo, puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.⁴³

Para Sebastián Soler, es una situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

Para Carrancá y Trujillo, el Estado de Necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque en tanto la defensa es reacción contraria al ataque. Por eso le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la legítima defensa o en contra ataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la legítima defensa recae sobre bienes de un injusto agresor. Además a).- En la legítima defensa hay agresión, mientras en el Estado de necesidad hay ausencia de ella; y,

b).- La legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo y otro lícito; en el estado de necesidad no existe tal lucha, sino un conflicto entre intereses legítimos.

Los elementos del estado de necesidad son: a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente; c) que la amenaza

⁴³ Cuello Calón Eugenio. Op. Cit. Supra (7). Pág. 362

recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado propio o ajeno; d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado de necesidad; y e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Pavón Vasconcelos, al hablar de los elementos del estado de necesidad, considera como tales: a) Un peligro, real, grave e inminente. Éste elemento es común con la legítima defensa, pero mientras en ésta el peligro se origina por un acto injusto del hombre, en el estado de necesidad se trata, por lo general, de un hecho o una situación no dependiente de su voluntad. La actualidad o la inminencia del peligro es un requisito fundamental, ya que si hay tiempo de evitarlo sin violencia, no podrá excusarse el acto realizado; b) Ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos; c) Que el peligro no haya sido provocado dolosamente; d) Que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; y, e) No existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.⁴⁴

2.16.3.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

Al lado de las causas de justificación analizadas, figuran otras que también privan a la conducta del elemento Antijuridicidad y por lo mismo, imposibilita la integración del delito, se trata del cumplimiento de un deber y del ejercicio de un derecho.

Dentro de estas hipótesis (derecho o deber), pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometido en los deportes o como consecuencia del tratamiento medico-quirúrgico y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir (quienes ejercen la patria potestad o la tutela, siempre y cuando sean las comprendidas en las que tardan en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida).

⁴⁴ Pavón Vasconcelos citado por Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). Pág. 206-207

TRATAMIENTO MEDICO QUIRÚRGICO

Se debe entender por tratamiento medico quirúrgico, toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de la persona o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados.⁴⁵

El fundamento de la impunidad de aquellos actos cuya apariencia exterior, es una lesión corporal, o al menos una intervención en el organismo ajeno, ejecutado por médicos o personas que no pertenecen a la carrera médica, con propósitos curativos o con fines diagnósticos o de embellecimiento. Las teorías formuladas pueden reducirse a los siguientes grupos:

a) Por el consentimiento del paciente o de su familia. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia. El argumento es inatendible, por ser el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos de querrela.

b) Se dice que esas lesiones se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia, propias de una profesión a la cual son completamente ajenas.

c) Derecho consuetudinario. Schmidt, considera como justificante del tratamiento medico-quirúrgico, no el derecho profesional de los médicos, sino un derecho consuetudinario consistente en curar, en aliviar los dolores.

d) Otros buscan la solución en la ausencia de dolo; también resulta ineficaz este razonamiento; para tener un delito como intencional, es suficiente que el

⁴⁵ Jiménez de Asúa Luis. Op. Cit. Supra (10). Pág. 315

sujeto activo se proponga producir la lesión, con independencia de la finalidad última.

e) Fin reconocido por el Estado. Franz Von Liszt, que sustenta esta doctrina, dice que resulta de las instituciones del Estado, que éste reconoce como fin justificado y lo fomenta, para la conservación y el restablecimiento de la salud. El tratamiento médico-quirúrgico, como acto que persigue un objetivo salutífero, se justifica por ser un médico apropiado para la conservación de un fin públicamente reconocido.

Para González de la Vega la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la ilicitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.⁴⁶

La justificación formal deriva de la autorización oficial (expresa o tácita); la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía.

HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES

Francisco González de la Vega escribe: “Existen ciertas clases de deportes como la natación, la equitación, que se realizan singularmente, es decir, sin necesidad de entablar una lucha o contienda violenta entre varios participantes para la obtención del triunfo, es claro que cuando el deportista resulta lesionado, no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones causales o deberse exclusivamente a la propia imprudencia del perjudicado.

Otro grupo de deportes como la esgrima, el polo, el foot ball, se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y

⁴⁶ González de la Vega Francisco citado por Castellanos Tena Eduardo. Op. Cit. Supra (1). Pág.214

conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario; en estos deportes los contendientes tratan de obtener el galardón, no de lesionar, pero como el riesgo de lesiones es muy grande porque supone dentro del juego el ejercicio de la violencia, la solución para las lesiones inferidas en estas actividades deportivas, debemos encontrarlas en la ausencia del elemento moral; en efecto cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores del delito por no haber obrado intencionalmente o imprudentemente.⁴⁷

Por último, algunos otros deportes, como el boxeo, se realizan en la misma forma violenta, pero dentro de la finalidad del juego está la de que uno de los contendientes lesione consiente y voluntariamente a su adversario; a un boxeador le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivo o por ponerlo fuera de combate en un estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, sólo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuridicidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales.

Se trata, pues, de una verdadera causa de justificación; los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado. Sobre el particular podemos agregar que, cuando se llevan a cabo eventos deportivos en los cuales se cobra a los espectadores, el Estado no solamente envía representantes y delegados suyos, sino percibe los impuestos correspondientes. En forma expresa o tácita el poder público otorga el permiso para la realización de los encuentros y, por lo mismo, la conducta es jurídica, al menos formalmente.

Pero si los hechos típicos del Derecho Penal que resulten en algunos casos, con motivo de los deportes señalados en la última categoría, formalmente

⁴⁷ IBIDEM. Pág. 212

carecen de antijuridicidad en presencia de la autorización estatal, subsiste el problema de hallar la razón de ser de tal exclusión, que parece no obedecer el principio general de la preponderancia de interés, el cual, al decir de Villalobos, no admite claudicaciones ni condescendencias, sino cede sólo ante el mayor beneficio social; si éste no ha sido la verdadera meta, el acto de quien da el permiso, o de fondo. Se trata de un error o de un abuso de facultades.

2.16.4.- EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

Respecto del consentimiento del sujeto pasivo, nuestro Código Penal en su artículo 33, fracción IV nos establece como causa de justificación “Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo siempre que el bien jurídico sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

Se entiende por consentimiento, la manifestación de voluntad del sujeto pasivo para que el bien jurídico sea afectado por la conducta ilícita del sujeto activo.

Los bienes indisponibles señala el jurista González Quintanilla José Arturo, serían aquellos en cuya conservación está interesado el ordenamiento jurídico, con independencia de la voluntad del titular, por ejemplo: la vida. Los bienes disponibles son aquellos que están protegidos jurídicamente en tanto el titular no renuncie a la protección, por ejemplo: la propiedad.⁴⁸

Para que el consentimiento pueda actuar como causa de justificación es necesario que se den determinados requisitos:

1) Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios.

⁴⁸ González Quintanilla José Arturo. Op. Cit. Supra (16). Pág. 289

2) Capacidad para disponer, la cual exige facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.

3) Cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño) invalida el consentimiento.

4) El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión del hecho y ha de ser conocido por quien actúa a su amparo.⁴⁹

La manera en que puede ser manifestado el consentimiento es tácita y expresa; dicha manifestación de voluntad debe expresarse en relación a los bienes jurídicos tutelados que se encuentran a disposición de los particulares.

⁴⁹ Muñoz Conde Francisco. Op. Cit. Supra (21). Pág. 95

CAPITULO III

TEORÍA DEL DELITO

La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito. Pues existen características comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros; por ejemplo un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; pues cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tienen asignadas, en principio penas de distinta gravedad. Sin embargo tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general del delito, es pues el estudio de estas características comunes lo que le corresponde a la teoría general del delito, es decir a la parte general del derecho penal; el estudio de las concretas figuras delictivas, de sus particularidades específicas.⁵⁴

3.1 CONCEPTO DE DELITO

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

Francisco Carrara lo define como la infracción de la ley del estado, promulgada, para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso.⁵⁵

⁵⁴ MUNOZ CONDE FRANCISCO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. ed. segunda Ed. TEMIS. Bogota Colombia 1999 p. 1

⁵⁵ FRANCISCO CARRARA. Citado por TENA CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. ed. cuadragésimo quinta Ed. Porrúa México 2005 p. p. 125, 126

Rafael Garofalo por su parte define al delito natural como la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo en la colectividad.⁵⁶

Desde un punto de vista jurídico existen dos aspectos el jurídico formal y el jurídico sustancial:

a) Jurídico formal.- este aspecto se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que el licito penal merece una pena, en este sentido el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

b) Jurídico sustancial.- este segundo aspecto se refiere a los elementos de que consta el delito, los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de los elementos que deben conformar el delito, por lo que existen dos corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o analítica.

Unitaria o catalizadora.- los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.

Atomizadora o analítica.- esta tendencia por su parte considera que el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al delito.⁵⁷

Por otra parte Jiménez de Asúa dice que el delito es el acto típicamente, antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre sometido y sometido a una sanción penal.⁵⁸

⁵⁶ Idem p. 126

⁵⁷ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA. DERECHO PENAL. ed. segunda Ed. Oxford México 2000. p. 43.

⁵⁸ JIMENEZ DE ASUA citado por FERNANDO CASTELLANOS. op. cit. (55) p. 130

3.2 ELEMENTOS DEL DELITO Y SU ASPECTO NEGATIVO

Los elementos del delito son las partes que lo integran, pues el delito existe al existir todos sus elementos como lo son la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad, siendo estos los aspectos positivos, de los cuales le corresponde un aspecto negativo, que viene a ser la negación del positivo, significando que anula o deja sin existencia al positivo, y por tanto al delito; los aspectos negativos son: la ausencia de conducta, ausencia del tipo, causas de justificación, causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad y excusas absolutorias.⁵⁹

3.3 CONDUCTA Y SU AUSENCIA

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.⁶⁰

La conducta puede presentarse de diversas formas, como acción, omisión y comisión por omisión.

Mientras la acción se integra mediante una actividad, voluntaria, la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse. Por lo que es conveniente explicar lo que es la acción en sentido stricto sensu es todo hecho humano voluntario, movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Para Cuello Calon la acción en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado

⁵⁹ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA op. cit. (57) p. 44

⁶⁰ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. (55) p. 149

consistente en la modificación del mundo exterior y por o en el peligro de que se produzca. Mientras que 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.⁶¹

En cuanto a los elementos de la acción existen grandes diferencias pues algunos autores consideran a la manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad, refiriendo la manifestación de voluntad a la conducta y no al resultado, Cuello Calon por su parte solo considera como tales a un acto de voluntad y una actividad corporal y Edmundo Mezger solo considera al querer del agente, un hacer del agente, y una relación de querer hacer entre el querer y el hacer.

La omisión en cambio, radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción. Por su parte el autor Cuello Calon menciona que la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.

Así en los delitos de acción se hace lo prohibido, en lo prohibido se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una ley dispositiva.

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia, de la omisión propia Porte Petit estima como sus elementos la voluntad o no voluntad, a la inactividad y el deber jurídico de obrar, mientras que la omisión simple consiste en un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico.

⁶¹ FERNANDO CASTELLANOS. op. cit. supra (55) p. p. 148, 149 y 152

Mientras en la comisión por omisión hay una doble violación de deberes de obrar y de abstenerse y por ello se infringen dos normas una preceptiva y otra prohibitiva, existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo, violando una norma preceptiva y una norma prohibitiva.

Con lo anterior podemos concluir que los delitos de simple omisión el tipo se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. En tanto que en los delitos de comisión por omisión, es necesario un resultado material, una mutación en el mundo exterior, mediante el no hacer lo que el derecho ordena, por lo que se dice que la omisión propia o simple es solo conducta, en tanto en los delitos de comisión por omisión se trata de un hecho.⁶²

Ahora bien los elementos de la omisión encontramos una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, así como la voluntad, y la inactividad, el primer elemento va encaminada a un no efectuar la acción que ordena el derecho, mientras que la inactividad el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización esta obligado.⁶³

La relación de causalidad en la acción; entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva, pero solo es conveniente estudiar la relación de causalidad en los delitos en los cuales el tipo exige un cambio en el mundo exterior para lo cual existen diversas teorías:

Teoría de la equivalencia de las condiciones, o también llamada teoría de la *conditio sine qua non* todas las condiciones productoras del resultado con equivalentes y por ende, todas son su causa, pues antes de que una de las

⁶² Idem p. p. 152 - 253

⁶³ CASTELLANO TENA FERNANDO op. cit. (55) p. 157

condiciones, se asocie a las demás, todas son ineficaces para la producción del resultado, pues este surge por la suma de ellas, luego cada una de ellas es causa de toda la consecuencia y por ende tienen el mismo valor.

Esta teoría es aceptada desde el punto de vista lógico y físico y también en el ámbito jurídico; pues solo hay que tener presente que la existencia de un resultado típico no es delito; para eso se necesitan los demás elementos esenciales del ilícito penal.⁶⁴

AUSENCIA DE CONDUCTA

Es la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos o impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito, como de todo problema jurídico.

En el código de Guanajuato encontramos la ausencia de conducta en el art. 33 fracción I al mencionar que el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

Otra causa de ausencia de conducta es la llamada vis absoluta o fuerza física exterior pues al ser los reflejos movimientos corporales involuntarios, el sujeto no puede controlarlos y al suceder esto no se está en presencia de una acción humana voluntaria en el sentido valorativo del derecho, esto por no existir la manifestación de voluntad.⁶⁵

La vis mayor se refiere a la fuerza mayor que proviene de la naturaleza. Un sujeto al cometer un delito a causa de fuerza mayor da origen a la ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte del supuesto agente, ni conducta propiamente dicha, de ahí que la ley no lo considera responsable.⁶⁶

⁶⁴ Ibidem p. 158

⁶⁵ Idem p. p. 158 y 159

⁶⁶ AMUCHATEGUI GRISELDA op. cit. supra (57) p. 54

También son consideradas como ausencias de conducta el sonambulismo, sueño y el hipnotismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.⁶⁷

3.4 TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

Hemos dicho que para la existencia de un delito es necesario una conducta, pero no todas las conductas o hechos son delictuosos; precisa además que sean típicos, antijurídicos y culpables.

El tipo no debe ser confundido con la tipicidad el tipo es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos penales y la tipicidad por su parte es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto. Basta que el legislador suprima de la ley penal un tipo, para que el delito quede excluido.

La tipicidad es pues el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.⁶⁸

Por otro lado se define a la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo, es decir el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal, presentándose la tipicidad, cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley, la tipicidad consiste pues en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponde.⁶⁹

La tipicidad es el elemento del delito mas relevante al igual que en el sistema tradicional, la tipicidad es la cualidad que se atribuye a una acción cuando

⁶⁷ FERNANDO CASTELLANOS op. cit. supra (55) p. p. 165 y 166.

⁶⁸ Ibidem p. p. 166 y 168

⁶⁹ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA. op. cit. supra (57) p. 56

es subsumible al supuesto de hecho de una norma penal o lo que es lo mismo, adecuación de la acción u omisión al tipo.⁷⁰

Como ya mencionamos no puede ser punible un hecho si no lo ha previsto la ley por lo que Beling mencione al respecto que no hay delito sin tipicidad. Emilio Pardo Aspe expresa que el injusto se conoce y determina por referencia al tipo total como creación autónoma del derecho. Si la tipicidad es la adecuación del comportamiento voluntario al tipo, el encuadramiento de la conducta con la hipótesis prevista por el legislador, solo será delictuosa la acción típica, coincidente con la formulada en abstracto por la ley, mientras que la norma penal en blanco cuya característica esencial es que no expresa completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, si no que remite a otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de los elementos.

El legislador al tipificar las acciones delictivas, lo hace pensando, no en un proceso causal, sino en un proceso causal regido por la voluntad dirigida a un fin surgiendo como consecuencia que tanto el dolo como la culpa que en el sistema tradicional son formas de culpabilidad, pasen a formar parte del tipo de injusto como elementos subjetivos del mismo.⁷¹

AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD

Al no integrarse todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad que se traduce en la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, nunca podrá ser delictuosa.

⁷⁰ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. 170

⁷¹ Ibidem p. 171 - 173

Es importante mencionar que existe diferencia entre ausencia de tipo y tipicidad; pues la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que debería ser incluida en el catálogo de delitos y la ausencia de tipicidad se da con la existencia del tipo, pero no se amolda a el la conducta dada.

En tanto también existe diferencia entre el cuerpo del delito y el tipo, pues el tipo constituye un elemento subjetivo del delito, es decir la concepción del mismo, en base a hechos externos, mientras que el cuerpo del delito es la comprobación de los elementos materiales de la infracción que corresponde al conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

En tanto las condiciones que se deben presentar para que el delito se adecúe al tipo: en primer lugar se debe presentar, la ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos. El legislador al describir el comportamiento se refiere ha cierta calidad en el sujeto activo, al pasivo o a ambos por ejemplo en el delito de abogados, patronos y litigantes que se encuentra en el art. 265 del código penal de Guanajuato y establece que se impondrá prisión de un mes a dos años, de diez a cincuenta días multa y suspensión hasta de dos años del derecho de ejercer la actividad profesional a quien: abandone una defensa o negocio sin motivo justificado; Asista a dos o más partes con intereses opuestos en un mismo negocio o negocios conexos o acepte el patrocinio de una y admita después el de la otra; Procure consecuencias nocivas para su cliente o representado; Alegue a sabiendas hechos falsos; Procure dilaciones procesales notoriamente ilegales. Aquí es claramente el tipo señala que para que se adecue la conducta al tipo, el sujeto activo debe ser abogado, profesionista, mientras que el sujeto pasivo debe ser el ofendido o parte en el negocio o de lo contrario da lugar a la atipicidad.

Otro elemento del tipo es si faltan el objeto material y el objeto jurídico, a falta de la existencia del patrimonio o posición de este no existirá el objeto material, por tanto no se dará el delito, pues existe atipicidad; en tanto el objeto jurídico puede presentarse en caso de pretender ocasionar daño a bien jurídico que protege la ley pero éste bien ya ha sido dañado, por ejemplo cuando se quiere quitar la vida a un sujeto, pero este ya está muerto.

El tercer elemento del tipo es cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo; a veces el tipo describe el comportamiento bajo condiciones de lugar o de tiempo; si no opera la conducta será atípica; por ejemplo en el delito de extorsión previsto en el art. 213 del código penal de Guanajuato que menciona a quien obtenga un provecho indebido, obligando a otra persona por medio de la violencia a dar, hacer o dejar de hacer algo en su perjuicio o en el de tercero, se le aplicara de uno a diez años de prisión y de veinticinco a ciento cincuenta días multa; para que se de el tipo debe existir un provecho indebido, violencia para obligar a otra personas a hacer, dar o dejar de hacer, si no se presentan estas características da lugar a la existencia de la atipicidad.

El siguiente elemento del tipo es; por faltar alguno de los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos, se ocasiona la atipicidad; los elementos subjetivos del injusto constituyen referencias típicas a la voluntad del agente o el fin que persigue; por ejemplo en el homicidio en razón de parentesco o relación de familiar previsto en el art. 156 que a la letra dice a quien prive de la vida a su ascendente o descendente, consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubinario o concubina, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le sancionara con prisión de veinticinco a treinta y cinco años y de doscientos a trescientos días multa, aquí encontramos un elemento subjetivo del injusto que es

el conocimiento que debe tener el agente de la relación existente del parentesco, entre él y el sujeto pasivo, de lo contrario el ilícito no encuadra en este tipo.

El último elemento del tipo es por no darse en su caso la antijuridicidad especial por excepción, algunos tipos captan una especial antijuridicidad; como en el tipo de responsabilidad médica en el art. 227 del código penal de Guanajuato al establecer que al médico que habiendo aceptado hacerse cargo de la atención de una persona lesionada o enferma, la abandone o le niegue el servicio requerido sin motivo justificado, se le impondrá prisión de un mes a dos años y de diez a cincuenta días multa; al mencionar el tipo en la descripción que el comportamiento se efectuó sin motivo justificado.⁷²

Principios de tipicidad.- La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico por principios supremos que constituyen una garantía de legalidad:

- | | |
|-----------------------------|-----------------------------------|
| a) Nullum crimen sine lege. | No hay delito sin ley. |
| b) Nullum crimen sine tipo. | No hay delito sin el 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 ⁷³ |

El código penal de Guanajuato en su artículo 33 fracción II sostiene la atipicidad al mencionar que será causa de exclusión del delito si falta alguno de los elementos del tipo penal de que se trate.

La constitución por su parte fundamenta a la tipicidad en el artículo 14 que a la letra dice: en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por

⁷² CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. p. 175 - 177

⁷³ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA. op. cit. supra (57) p. p. 56, 57

simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

3.5 ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

Para Cuello Calon la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal, siendo el juicio de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada.

La antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; pues ello corresponde a la culpabilidad, además de que la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solamente el acto, a la conducta externa y para afirmar que dicha conducta es antijurídica se requiere un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del estado. Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no esta protegida por una causa de justificación, así pues la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.⁷⁴

Antijuridicidad.- es lo contrario a derecho, se le es también considerada como el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.⁷⁵

La antijuridicidad puede ser vista de dos puntas de vista el formal y el material: el autor Franz Von Liszt menciona 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.

⁷⁴ CASTELLANOS TENA FERNANDO. op. cit. supra (55) p. p. 178, 179

⁷⁵ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA op. cit. supra (57) p. 68

Por su parte Cuello Calon sostiene que hay antijuridicidad en un doble aspecto la rebeldía contra la norma jurídica, que equivale a la antijuridicidad formal y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía, este caso habla de antijuridicidad material, para Ignacio Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material.⁷⁶

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica; representan un aspecto negativo del delito; pues en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito; falta la antijuridicidad.⁷⁷

Las causas de justificación pueden ser definida también como las razones o circunstancias que el legislador considero para anular la antijuridicidad de la conducta típica, realizada al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

Estas causas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico, teniendo como consecuencia la anulación del delito por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho. Pues la ley penal castiga a todo aquel que la contraría pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en los que justifica la conducta típica, con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación o licitud.⁷⁸

Como ya mencionamos las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, pues se refieren al hecho y no al sujeto, atañen a la realización externa, en tanto otras eximentes son de naturaleza objetiva, miran el aspecto personal del autor.

⁷⁶ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. 180, 182

⁷⁷ Ibidem p. 183

⁷⁸ AMUCHATEGUI REQUENA GRISELDA. op. cit. supra (57) p. p. 68, 69

Las excluyentes supra-legales son las eximentes de responsabilidad no expresamente destacadas en la ley, estas excluyentes solo pueden operar si se desprenden del ordenamiento positivo; mas la doctrina designa así a las causas impeditivas de la operación de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma especifica.

En las causas de justificación encontramos, la legitima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, consentimiento del titular del bien jurídico tutelado.

a) Legitima defensa.- es legitima defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor, es como lo considera Cuello Calon.

Por su parte Franz Von Liszt, menciona que se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria a derecho mediante una agresión contra el atacante.

Para Jiménez de Asúa la legitima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.⁷⁹

Las presunciones de legitima defensa son *juris tantum*, pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho.⁸⁰

El código del Guanajuato la define como causa de justificación en su art. 33 fracción V al mencionar que se excluye el delito cuando se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente,

⁷⁹ FERNANDO CASTELLANOS op cit. supra (62) p. p. 183 a 191

⁸⁰ Ibidem p. 197

siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.

Por otra parte el exceso de la legítima defensa se presenta cuando el agredido va más allá de lo necesario para repelerla agresión. Por su parte Sebastián Soler sostiene que el exceso en la legítima defensa se presenta cuando hay intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada.⁸¹

El código de Guanajuato manifiesta en el art. 34 que quien actúe justificadamente, en los términos del cumplimiento de un deber, actuando con el consentimiento válido del sujeto pasivo, actuando en defensa de bienes jurídicos, propio o ajenos y en peligro de un bien jurídico propio o ajeno, pero excede los límites impuestos por la ley o por la necesidad se le aplicara de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la punibilidad señalada al tipo penal de que se trate.

b) estado de necesidad.- es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes, también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona; es así como lo define Cuello Calón.

Para Sebastián Soler el estado de necesidad es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

Von Liszt afirma que estado de necesidad es una situación de peligro actual para los intereses protegido por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegido.⁸²

Para precisar la naturaleza jurídica del estado de necesidad es necesario distinguir si los bienes en conflicto son de igual o diferente valor, si el sacrificado

⁸¹ Idem p. 198

⁸² CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. 203

es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde el nacimiento. Si los bienes son equivalentes el delito es inexistente, no por eliminarse la antijuridicidad, si no en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria.

Elementos del estado de necesidad; a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado ya sea propio o ajeno; d) un ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.⁸³

El código penal de Guanajuato en el art. 33 fundamenta el estado de necesidad en la fracción VI al mencionar que en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesione otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren en peligro actual e inminente, que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro, y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, no operando esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

c) Cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, impedimento legitimo y consentimiento del interesado, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho privan a la conducta del elemento antijuridicidad y por lo mismo, imposibilitan la integración del delito, estas causas de justificación exigen la racionalidad del medio empleado, dentro de estas causas puede comprenderse,

⁸³ Ibidem p. p. 203 a 207

las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos medico – jurídico.⁸⁴

El código penal de Guanajuato fundamenta esta causa en el art. 33 fracción 3ª al mencionar que el delito se excluye cuando se obre en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho.

El consentimiento del interesado como exclusión del delito se encuentra fundamentado en el código penal de Guanajuato en el art. 33 fracción IV que a la letra dice; se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares; siendo estos bienes jurídicos, la vida, libertad, seguridad, patrimonio, salud personal, integridad física, derecho de posesión honor y prestigio.

3.6 IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor para obrar según el justo conocimiento del deber existente según el maestro Max Ernesto Mayer.

Por su parte Franz Von Liszt.- la define como la capacidad de obrar en derecho penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

Con estas definiciones se puede concluir que la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.

Para que un sujeto sea culpable debe ser imputable, siendo imputable todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una

⁸⁴ CASTELLANOS TENA FERNANDO, op. cit. supra (62) p. p. 211, 212

conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana; así lo manifiestan los autores Carranca y Trujillo.

Fernando Castellanos por su parte define a la imputabilidad como la capacidad de entender y de querer en el campo del derecho penal.⁸⁵

Siendo así la imputabilidad un soporte básico y esencial de la culpabilidad, pues sin la imputabilidad no existe la culpabilidad y a falta de esta no puede configurarse el delito y la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva.

Teniendo el sujeto imputable la obligación de responder concretamente del hecho ante los tribunales, dando origen a la responsabilidad que tiene un sujeto en la comisión de un delito, entendiendo por responsabilidad la relación entre el sujeto y el estado, según la cual esta declara que el sujeto obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley en su conducta; siendo así la responsabilidad la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado.⁸⁶

Actione liberae in causa; la imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar voluntaria o culposamente se coloca en situaciones inimputables, dando origen a las acciones *liberae in causa*, llamadas también libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto.

Encontrando que el sujeto al momento de actuar carecía de capacidad para entender y querer, pero tal estado se procuro de manera dolosa o culposa, se encuentra el fundamento de la imputabilidad en la acción o caso precedente, es decir aquel acto en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su

⁸⁵ Ibidem p. 218

⁸⁶ CASTELLANOS TENA FERNANDO. op. cit. supra (55) p. 219

voluntad o actúo culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad.

La Suprema Corte de Justicia sostiene que aún cuando se pruebe que el sujeto se hallaba, al realizar la conducta, en un estado de inconciencia de sus actos voluntariamente procurado no se elimina la responsabilidad.⁸⁷

LA INIMPUTABILIDAD es la ausencia de imputabilidad que se traduce en la calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mental; la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad, siendo las causas 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.⁸⁸

Las causas de inimputabilidad.- son admisibles tanto las excluyentes legales como las supraleales; las primeras las encontramos en el código penal de Guanajuato en su art. 33 fracción séptima al mencionar que 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 aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión. Cuando el agente se haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se le aplicara una punibilidad de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la punibilidad señalada al tipo penal del que se trate.

Otra excluyente puede ser el trastorno mental que consiste en la perturbación de las facultades psíquicas; la ley no distingue entre trastorno mentales transitorios o permanentes, pudiendo operar la inimputabilidad en los

⁸⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. p. 221, 222

⁸⁸ Ibidem p. 223

dos casos, quedan incluidos en estas excluyentes los sordomudos, o ciegos con desarrollo intelectual retardado, que les impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión.⁸⁹

En cuanto a este tema el código penal de Guanajuato establece en su art. 90 el tratamiento de inimputables que a la letra dice: la internación en el establecimiento especial público o privado que se juzgue para la rehabilitación del inimputable; o rehabilitación bajo custodia familiar. Su duración no excederá del máximo de la punibilidad señala al tipo penal correspondiente, pero cesara por resolución judicial al demostrarse incidentalmente la ausencia de peligrosidad del sujeto.

Comúnmente se afirma que en nuestro medio los menores de dieciocho años son inimputables y, por lo mismo cuando realizan comportamientos típicos del derecho penal no se configuran los delitos respectivos; pero desde el punto de lógico y doctrinario nada se opone a que una persona de diecisiete años posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades, en tal caso al existir la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz, por lo que estos sujetos son regulados por la ley de justicia para menores vigente en el estado de Guanajuato; con la cual se busca la integración social y familiar de menores infractores, prepararlo para asumir una vida libre y responsable buscando que el cumplimiento de la sanción tenga la finalidad de fomentar en ellos actitudes que les permitan alcanzar su desarrollo personal y su reinserción social y familiar. A payándose en el sistema integral de justicia para menores integrado por instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para menores y en la ejecución de las medidas dictadas; garantizar sus derechos, regular el

⁸⁹ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. 227

procedimiento para determinar su responsabilidad así como determinar y regular las medidas que le resulten aplicables.

Esta ley establece que sus disposiciones serán aplicables a las personas de doce años cumplidos, hasta los dieciocho cuya conducta se encuentre tipificada en el código penal vigente en Guanajuato.

A su vez el código penal de Guanajuato establece, que las personas que al cometer una conducta tipificada como delito por las leyes penales tengan entre doce años cumplidos y dieciocho, serán sujetos a las medidas que la ley de justicia para menores del estado determine. Quienes al realizar una conducta prevista como delito en las leyes penales sean menores de doce años solo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social conforme a las leyes que regulan su protección.

3.7 CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA

Se considera culpable una conducta cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada, así es como la define Cuello Calón.

Jiménez de Asúa por su parte la define como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Para Ignacio Villalobos la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente por indolencia o desatención nacidas del interés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa.⁹⁰

⁹⁰ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. p. 233, 234

Existen dos teorías que tratan de explicar la naturaleza de la culpabilidad: a) teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad.- para esta teoría la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

La culpabilidad con aspecto psicológico, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; por lo que consta de dos elementos el volitivo o emocional y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres: el de la conducta y del resultado; y el segundo aspecto el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

El autor Luís Fernández Doblado en base a esta teoría comenta que la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible.

a) teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad; para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consistente en el proceso Intelectual-volitivo desarrollado en el autor. El estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo de agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuosos.

b) la teoría normativa o normativista de la culpabilidad.- para esta teoría el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; pues 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. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, es decir el reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los juicios capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad solo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan

comportarse conforme a lo mandado. Siendo así que la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Surgiendo este juicio por dos términos por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado y por un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir el deber ser jurídico. Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho ni se debe ver solamente en la psicología del autor, pues se enfoca a la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico, la culpabilidad considera pues como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz de un deber.⁹¹

Reinhart Maurach por su parte considera que la culpabilidad es reprochabilidad; con el juicio desvalorativo de la culpabilidad se reprochara al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que se ha decidido a favor del injusto, aun cuando podía comportarse conforme a derecho, aun cuando podía decidirse a favor del derecho. Pues el juicio normativo esta justificado, en la misma medida, tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia. El primero alcanza al autor el reproche de haberse alzado conscientemente frente a los mandatos del derecho; y en el segundo caso se le hace patente que, por descuido, ha infringido las exigencias impuestas por la vida social.

La culpabilidad puede presentarse como dolo o como culpa dependiendo esto de cómo el agente dirija su voluntad consiente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada

⁹¹ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. p. 235, 236, 237

intención delictuosa (dolo) o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el estado para la vida ordinaria (culpa).

En el dolo, el agente conociendo el significado de su conducta, procede a realizarla.

Eugenio Cuello Calon define al dolo como la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso.

Por su parte Luís Jiménez de Asúa lo define como la producción de un resultado antijurídico, con consecuencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso y del curso real 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.⁹²

En la legislación encontramos el dolo en el código penal de Guanajuato en el art. 13 que a la letra dice: obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible.

El dolo está conformado por el elemento ético; constituido por la conciencia de que se quebranta el deber y el elemento volitivo o psicológico consistente en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Existen diferentes tipos de dolo; a) dolo directo.- es aquel en el que el sujeto representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

b) dolo indirecto.- llamado dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa frente a la certeza de que causara otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

⁹² Ibidem p. p. 237, 238

c) dolo eventual.- existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho aceptando sus consecuencias. Hay voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, esté no se quiere directamente pero tampoco se deja de querer, se menosprecia, que en última instancia equivale a aceptarlo.⁹³

La culpa se presenta de manera distinta al dolo, pues en esta de manera consciente o con previsión se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; en la inconsciente o sin previsión, no se prevé un resultado previsible.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley, es el punto de vista de Cuello Calon.

En tanto que Edmundo Mezger menciona que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.

Para explicar la naturaleza de la culpa existen tres teorías: a) teoría de la previsibilidad.- sostienen que la esencia de la culpa, consiste en la previsibilidad del resultado no querido, afirma que la culpa consiste en la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho, por lo que se puede considerar que se funda en un vicio de la inteligencia, el cual no es si no un vicio de la voluntad.

b) la teoría de la previsibilidad y evitabilidad.- en esta teoría se acepta la previsibilidad del evento, pero añade el carácter de evitable o prevenible para darle un lugar a la culpa de tal manera que no da lugar al juicio de reproche cuando el resultado, siendo previsible, resulta inevitable.

⁹³ FERNANDO TENA CASTELLANOS op. cit. supra (55) p. p. 239, 240, 241

c) teoría del efecto de la atención.- destaca la esencia de la culpa en la violación, por parte del sujeto, de un deber de atención impuesto por la ley.

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

Entre los elementos de la culpa, encontramos la conducta humana, es decir el actuar humano ya sea positivo o negativo; el que ese actuar se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el estado; el resultado del acto o actos sean previsibles y evitables y tipificarse penalmente y por último que se precise una relación entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

Clases de culpa.- a) consiente, con previsión o con representación.- existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero además de no quererlo, abriga la esperanza que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; este no se quiere y se tiene la esperanza de su no producción.

b) la culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación cuando no se prevé un resultado previsible; existe voluntariedad de la conducta causal pero no hay representación resultado de naturaleza previsible. Para la autora Soler se da esta clase de culpa cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia.⁹⁴

La culpa la encontramos en el art. 14 del código penal de Guanajuato el cual a la letra dice: obra culposamente quien produce un resultado que no previó siendo previsible o que previó confiado 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. Cuando no se especifique la punibilidad del delito cometido en forma culposa, se castigara con prisión de diez

⁹⁴ Ibidem 248 a 256

a cinco años y de diez a setenta días multa y suspensión en su caso, hasta de dos años de la profesión, oficio o actividad que motivo el hecho. La pena privativa de libertad no podrá exceder de las dos terceras partes del máximo de la punibilidad que correspondiera si el delito fuere doloso; si este tuviere señalada sanción alternativa, aprovechara esa situación a la persona inculpada.

LA INCULPABILIDAD es la ausencia de culpabilidad, que opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, como lo son el conocimiento y voluntad. Al hablar de este tema se hace referencia a la eliminación de la culpabilidad, supuesta a una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

Las causas de inculpabilidad.- para que un sujeto sea culpable, es preciso que en su conducta exista la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo que la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos; el intelectual y el volitivo. Toda causa eliminadora de alguno de los dos o de ambos debe ser considerada como causa de inculpabilidad.⁹⁵

Para otros autores, como los seguidores del normativismo, tienen como causa de inculpabilidad al error y a la no exigibilidad de otra conducta; el código para el estado de Guanajuato sigue esta pendiente, pues en el art. 33 fracción IX al mencionar que atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizo, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho. Para algunos autores aún no se ha logrado determinar la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no señalarse cual de los dos elementos de la culpabilidad queda anulado en presencia de ella. Pero en estricto

⁹⁵ CASTELLANOS TENA FERNANDO. op. cit. supra (62) p. p. 257, 258

rigor las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho y la coacción sobre la voluntad.

El Error y la Ignorancia.- el error es el vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido tal como es en la realidad, el error es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero equivocadamente.

Tanto el error como la ignorancia pueden ser causas de inculpabilidad por producir en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la antijuridicidad de su conducta; el obrar en tales condiciones revela falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y por lo mismo con los fines que el mismo propone realizar, mientras que en la ignorancia hay ausencia de conocimiento; pues es una laguna de nuestro entendimiento porque nada se conoce ni errónea ni certeramente.

El error se divide en error de hecho y en error de derecho; el error de hecho se clasifica en esencial o accidental; el hecho accidental abarca aberratio ictus; aberratio in persona y aberratio delicti.

El error de derecho no produce efectos de eximente; por que el equivocado concepto sobre la significación de una ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de la ley a nadie aprovecha.

El error de derecho también es designado como error de prohibición, en la doctrina contemporánea este error se divide en error de tipo y error de prohibición, según recaiga sobre un elemento o requisito constitutivo del tipo penal o el sujeto sabiendo que actúa típicamente cree hacerlo protegido por una justificante. Para algunos penalistas el error de tipo versa también sobre la antijuridicidad. Pues en virtud de un error esencial e invencible crea típica su actuación, indudablemente la considera lícita, acorde con el derecho, siendo en realidad contraria al mismo.

El error esencial de hecho para que sea eximente debe ser invencible, de lo contrario deja subsistir a la culpa, según el autor Porte Petit, el autor Vannini lo define como el error que recayendo sobre un extremo esencial del delito impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal; en este error el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, es decir hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta por ello constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

El error de hecho accidental se presenta si dicho error no recae sobre circunstancias esenciales del hecho; sino secundarias, el error en el golpe (*aberratio ictus*) se da cuando el resultado no es precisamente, el querido, pero a él equivalente. *Aberratio in persona* es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito y el *aberratio delicti* se presenta cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado.⁹⁶

Esta clase de errores puede encontrarse en el código penal de Guanajuato en el art. 33 fracción VIII; al mencionar que se realice la acción o la omisión bajo un error invencible; a) sobre alguno de los elementos esenciales que integra el tipo penal; aquí está el error de tipo; 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 esta justificada su conducta. Si los errores a los que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del mismo precepto legal; que hablan de la punibilidad del delito, si el error del que se trata es vencible.

⁹⁶ Ibidem p. p. 259-264

3.8 PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

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.

Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; la punibilidad es pues: el merecimiento de penas, la conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales, y la aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.⁹⁷

Pavón Basconcelos 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 la punibilidad como el tratamiento de una consecuencia jurídica del delito, Jiménez de Asúa precisa que la punibilidad es del carácter específico del crimen, pues solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena. Guillermo Soler dice que la punibilidad es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la idea del derecho.⁹⁸

La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito así lo define Bernardo de Quirós.

El sufrimiento por el estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal, según el autor Eugenio Cuello Calón. Franz Von Liszt por su parte la define como el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor, y Fernando

⁹⁷ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. p. 275

⁹⁸ LOPEZ BETANCUORT EDUARDO TEORIA DEL DELITO ed. décimo primera Ed. Porrúa. México 2003, Pág. 263

Castellanos dice que la pena es el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.

Teorías que justifican la pena a) Teorías absolutas: Para esta teoría la pena carece de una finalidad practica se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal, por lo que considera la pena como la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a titulo de reparación o de retribución por el hecho ejecutado; b) Teorías relativas: La pena es un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, esta teoría le asignada a la pena una finalidad; c) Teorías mixtas: Estas teorías intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad, dentro de estas teorías encontramos la del autor Rossi quien toma como base el orden moral eterno o inmutable preexistente a todas las cosas; junto a el, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estas dos ordenes una justicia absoluta y relativa. Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena considerada en si misma, no es únicamente la remuneración del mal hecha con peso y medida por un juez legitimo, pues es licito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad.⁹⁹

Hoy en día existe discrepancia entre los autores en considerar a la punibilidad como un elemento esencial del delito o como una consecuencia de éste, son muy fuertes los comentarios dogmáticos en cuanto a este tema, es por eso que se presenta la confrontación entre los estudiosos del derecho, si la punibilidad se clasificara como un elemento del delito se encontraría entre los elementos objetivos del delito.

⁹⁹ CASTELLANOS TENA FERNANDO op. cit. supra (55) p. p. 317, 318, 319

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.- en función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; pues constituyen el factor negativo de la punibilidad.

Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En presencia de una excusa absoluta , los elementos esenciales del delito permanecen inalterables; solo se excluye la posibilidad de punición.¹⁰⁰

Entre las excusas absolutorias encontramos; la excusa en razón de mínima temibilidad; la encontramos en el código de Guanajuato en el art. 196 que a la letra dice: cuando la cuantía no exceda de veinte días de salario mínimo general vigente en el estado en la fecha de los hechos y el activo lo repara voluntaria e íntegramente el daño, el tribunal no aplicara pena alguna. No se aplicará esta disposición cuando el activo haya sido exculpado en caso semejante; haya sido condenado por delito doloso y cuando se trate de robo calificado. Esta excusa también esta plasmada en el art. 214 del mismo precepto, al mencionar que tratándose de delitos patrimoniales que se persigan por querrela no se aplicara sanción alguna, siempre que se haya cubierto íntegramente el daño y la persona inculpada acredite un modo honesto de vivir.

Excusa en razón de la maternidad consciente; esta excusa la encontramos fundada en el art. 163 al mencionar 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 el resultado de una violación.

Al respecto de esta de esta excusa el autor González de la Vega, opina que la impunidad para el aborto causado sólo por la imprudencia de la mujer, se funda en la consideración de que es ella la primera victima de su imprudencia; por ende resulta absurdo reprimirla. En tanto el aborto, cuando el embarazo es

¹⁰⁰ Ibidem p. p. 278, 279

resultado de una violación, la excusa obedece a causas sentimentales. Nada puede justificar; es como lo menciona Eugenio Cuello Calón; pues el imponer a una mujer una maternidad odiosa, dando vida a un ser que le recuerda eternamente el horrible episodio de la violación sufrida.

Para que esta excusa opere es necesario demostrar el previo atentado sexual, aun cuando respecto a este no se haya seguido un en contra del violador.

Tratándose de aborto imprudente se exime la pena en función de nula o mínima temibilidad; mientras que en el segundo caso se exime en razón de la no exigibilidad de otra conducta, pues el estado no esta condiciones de exigir a la mujer un obrar diverso, mas se mantiene incólume la calificación delictiva del acto.¹⁰¹

Otras excusas por inexigibilidad.- este tipo de excusas la encontramos en primer término en el art. 33 fracción IX del código penal de Guanajuato que dice: atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizo, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

Así como en el art. 277 que a la letra dice: no se sancionara el encubrimiento cuando se trate de parientes en línea recta ascendente o descendente, consanguínea afín o por adopción; cuando el cónyuge, concubinario o concubina y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; quienes estén ligados con el agente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. La excusa no favorecerá a quien obre por motivos responsables o emplee medios delictuosos.

Encontramos otra excusa de inexigibilidad en el art. 270 que establece que quien ponga en libertad o favoreciere la evasión de un detenido, inculpado o condenado, quedaran exentos de pena los ascendientes del evadido, sus

¹⁰¹ Ibidem p. p. 279, 280

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 custodiar al evadido. En el art. 272 también encontramos otra excusa de inexigibilidad al mencionar que no se sancionara a las personas que ponga en libertad o favorezcan la evasión de un detenido, inculgado o condenado, si se trata de parientes en línea recta ascendente o descendente, consanguínea afín o por adopción; el cónyuge, concubinario o concubina y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo y quienes estén ligados con el agente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. La excusa no favorecerá a quien obre por motivos reprobables o emplee medios delictuosos.

Por último encontramos las excusas por graves consecuencias sufridas fundadas en el art. 155 del código penal del estado de Guanajuato, que menciona que 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, solo 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 la víctima.

CAPITULO IV

GARANTIAS DE LIBERTAD

4.1 CONCEPTO, NATURALEZA, FUENTE Y ELEMENTOS DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES

La palabra garantía proviene del termino anglosajón warranty o warantie que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, garantía equivale en su sentido lato a “aseguramiento” o “afianzamiento” pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguardia o apoyo. Jurídicamente el vocablo y el concepto de garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en el las acepciones ya antes mencionadas, en el derecho público la palabra garantía, ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en la que la actividad de gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tiene como base de sustentación el orden constitucional.

Kelsen alude a las garantías de la constitución y las identifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir para garantizar el que una norma inferior se ajuste a la norma superior que determina su creación o su contenido. Por su parte Fix Zamudio sostiene que sólo pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales. Y Alfonso Noriega identifica a las garantías individuales con los llamados derechos del hombre, sosteniendo que estas garantías son derechos naturales, inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas,

que el estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permita el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación, individual y social.¹⁰²

Ahora bien los preceptos constitucionales que demarca y encauzan el ejercicio del poder público frente a los gobernados han recibido el nombre de garantías individuales; no deben entenderse consignadas solo al individuo, sino para todo sujeto que se encuentre en la situación de gobernado, pues dichas garantías no son sino exigencias ineludibles que debe conservar todo acto de autoridad para ser constitucionalmente valido frente al sujeto llamado gobernado; las garantías individuales se traducen jurídicamente en una relación de derecho existente entre el gobernado y el estado como entidad jurídica y política como responsabilidad propia, siendo estas relaciones de coordinación, supraordinación, y de supra a subordinación.

Las relaciones de coordinación; son los vínculos que se entablan merced de una gama variada de causas entre dos o más sujetos físicos o morales dentro de su condición de gobernados, pudiendo ser estas relaciones de índole privada o de carácter socio-económico.

Las relaciones de supraordinación se establecen entre los diferentes órganos de poder o gobierno de un estado o sociedad, normando la actuación de cada uno de ellos; y si esta normación se consagra por el derecho positivo, la rama de éste que la instituya configura tanto el derecho constitucional como el administrativo en sus aspectos orgánicos y las relaciones de supra a subordinación descansan sobre una dualidad cualitativa subjetiva, o sea que surgen entre dos entidades colocadas en distinto plano o posición, es decir entre el estado como persona jurídico-política y sus órganos de autoridad, por un lado, y el gobernado,

¹⁰² BURGOA ORIHUELA IGNACIO. GARANTIAS INDIVIDUALES ed. trigésima cuarta Ed. porrua México 2002 p. p. 155 y 156

por el otro; en estas relaciones la persona moral estatal y sus autoridades desempeñan frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, o sea, actos autoritarios propiamente dichos que tienen como atributos esenciales la unilateralidad, la imperatividad y la coercitividad.

Y con el surgimiento de estas relaciones, las garantías individuales le otorgan al sujeto activo un derecho, es decir una potestad jurídica que hace valer obligatoriamente frente al estado en forma mediata y de manera inmediata frente a sus autoridades, surgiendo para el sujeto pasivo, es decir autoridad o estado una obligación correlativa. Siendo las prerrogativas fundamentales del hombre inherentes a su personalidad lo que constituye el objeto tutelado por las garantías individuales; principalmente el derecho que se establece por la relación jurídica en que estas se establecen, en una exigencia imperativa que el gobernado reclama de la autoridad y del estado en el sentido de que se les respete su actividad y seguridad indispensable para el desarrollo de la personalidad humana.

Concluyendo que las garantías individuales son derechos subjetivos públicos, por que se hacen valer frente a un sujeto pasivo, como lo son las autoridades o el estado mismo, además de que este derecho no sólo es atribuible a los individuos o personas físicas, si no a todo ente nado que se halle en la situación de gobernado por consiguiente de tal derecho también son participación estatal, los organismos descentralizados y excepcionalmente las entidades denominativas personas morales oficiales; ya que todos estos tipos son activos de la relación jurídica de supra a subordinación en que se traducen las garantías individuales; pero por el contenido o la materia de ese derecho referente a estos entes, su potestad jurídica se manifestara en su correspondiente esfera jurídica, demarcada por el régimen normativo a que su estructura y funcionamiento estén sometidos.

En efecto la potestad es un derecho, es decir tiene la calificativa de jurídica porque se impone al estado y sus autoridades, por ser sujetos pasivos de la

relación que implica la garantía individual, estando obligados a respetar su contenido el cual se constituye por las prerrogativas fundamentales del ser humano y la potestad de referencia, siendo un derecho subjetivo por que implica una facultad que la ley otorga al sujeto activo para reclamar al sujeto pasivo, determinadas exigencias y obligaciones, empleando el término derecho subjetivo en oposición a la expresión derecho objetivo que se identifica con el término norma jurídica abstracta e impersonal. Además de que los derechos subjetivos son absolutos en cuanto a su exigibilidad y validez frente al sujeto de la obligación correlativa; existiendo así derechos subjetivos relativos y derechos subjetivos absolutos; los primeros son aquellos que tienen un obligado particular, concreto y determinado, pudiéndose solamente ejercitar contra él por el contrario un derecho subjetivo es absoluto cuando puede hacerse valer frente a un número indeterminado de obligados.¹⁰³

Podemos concluir que para la existencia de las garantías individuales es necesario que exista una relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado y el gobernante; el derecho público subjetivo que emana de dicha relación y a favor del gobernado; la obligación correlativa a cargo del estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo; y la previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental.¹⁰⁴

La constitución es la fuente de las garantías individuales es decir el ordenamiento en el cual estas se consagran, formando, parte de la ley fundamental, estando así investidos de los principios esenciales que caracterizan el cuerpo normativo supremo respecto de la legislación secundaria, participando así del principio de supremacía constitucional, en cuanto a que tienen prevaecía sobre

¹⁰³ Ibidem p. p. 166, 167, 178, 279, 180, 181

¹⁰⁴ BURGOA HORIHUELA IGNACIO op. cit. supra (102) p. 187

cualquier norma o ley secundaria que se le contraponga. También están investidas por el principio de rigidez constitucional, en el sentido de que no pueden ser modificadas o reformadas por el poder legislativo ordinario sino por un poder extraordinario integrado en los términos del art. 135 de la constitución que manifiesta que la constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el congreso de la unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presente, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados. El congreso de la unión o la comisión permanente, en su caso, harán el computo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adopciones o reformas.

Nuestra constitución clasifica a las garantías individuales en cuatro; en garantías de igualdad, garantías de libertad, garantías de propiedad y garantías de seguridad publica; pero para nuestro estudios nos enfocaremos exclusivamente en las garantías de libertad.

4.2 CONCEPTO FILOSÓFICO DE LIBERTAD

La palabra libertad proviene de la raíz latina *libertas-atis* que gramaticalmente significa facultad natural que tiene el hombre de obrar por lo que es responsable de sus actos, también puede entenderse la libertad como el estado o condición de quien no es esclavo. El hecho de que el hombre pueda actuar de un modo determinado o de otro, así como de no actuar, responde a la razón, pues sólo en los seres racionales puede concebirse la idea de la libertad.

Aristóteles consideraba a la libertad como la elección que el hombre hace de los medios que le permitirán llegar a su fin último: la felicidad.¹⁰⁵

La libertad ha sido estudiada como libertad positiva y negativa, la positiva implica que un sujeto oriente su voluntad hacia un objetivo sin que tal acto sea determinado por la voluntad de otros y la negativa supone que un individuo este facultado para obrar o no. La libertad positiva es también entendida como autonomía o autodeterminación y alude a una colectividad, mientras que la libertad negativa es exclusiva del individuo y se traduce en que esté haga lo que las leyes permiten y no hagan lo que prohíben; ahora bien cuando las dos clases de libertad se unen, es posible concluir que una sociedad es libre dado que la libertad negativa presupone a la positiva, con tal de que la facultad liberatoria de los hombres no se desproporcione y en consecuencia se produzca un caos para la sociedad.

La suprema corte de justicia desde un punto de vista filosófico la define como la facultad racional del hombre que le permite encausar su voluntad hacia los objetivos que desee sin que tal acción trascienda el ámbito que comparte el común de los hombres y sin que nadie la pueda restringir de modo alguno.¹⁰⁶

4.3 CONCEPTO JURÍDICO DE LIBERTAD

Al vivir en sociedad el hombre no debe hacer con su voluntad lo que haría si se encontrara aislado, pues la correcta marcha de todo conglomerado humano ha de regirse por un principio de orden, trayendo consigo la armonía y por consecuencia una sana convivencia entre los componentes humanos de toda sociedad, por lo que la libertad que tiene relevancia en el derecho es la libertad

¹⁰⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. COLECCIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES, ed. tercera Ed. gama sucesores, S.A. de C.V. México 2004 p. p. 9, 10

¹⁰⁶Ibidem p. p. 11, 12, 13

social, que no pierde de vista la trascendencia que pueden tener los actos humanos generados como resultado del ejercicio de la libertad subjetiva por su parte el autor Ignacio Burgoa la define como libertad social u objetiva del hombre que se revela como la potestad consistente en realizar trascendentalmente los fines que él mismo se forja por conducto de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual sólo debe tener las restricciones que establezca la ley en aras de un interés social o estatal o de un interés legítimo privado ajeno.¹⁰⁷

Permitir la manifestación de una libertad subjetiva total conllevaría la posibilidad del caos y en consecuencia el rompimiento del orden social, por lo que los estados deben asegurar que sus habitantes no hagan uso desmedido de la libertad que gozan; por lo cual se crean leyes cuyo fin consistente no es solo el configurar las instituciones que regirán a la sociedad, si no en establecer las restricciones necesarias al ejercicio de la libertad, con miras a que esta no llegue a lesionar los intereses del propio estado.

La Suprema Corte de Justicia define la libertad como la facultad que a la luz de los intereses de la sociedad, tiene el individuo para realizar los fines que se ha propuesto, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico y en aras de la persistencia de las relaciones armónicas entre los individuos que la integran.¹⁰⁸

4.4 LIBERTAD COMO GARANTÍA INDIVIDUAL

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana se convirtió, pues en un derecho público subjetivo cuando el estado se obligo a respetarla. Ya que la libertad no tenía una mera existencia deontológica, si

¹⁰⁷ BURGOA ORIHUELA IGNACIO. op. cit. supra (102) p. 307

¹⁰⁸ Ibidem 15, 16, 17

no que se tradujo en el contenido mismo de la relación jurídica entre la entidad política y sus autoridades, por un lado y los gobernados, por el otro. Surgiendo así una relación de derecho y como consecuencia de un imperativo filosófico, se creo para los sujetos de esta relación un derecho y una obligación correlativa; un derecho para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder liberatorio individual, concebido como derecho subjetivo; una obligación para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar, pasiva o directamente, ese respeto. Es entonces cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo publico, cuyo titular es el gobernado, con la obligación estatal correlativa impuesta al estado y sus autoridades; es decir cuando la libertad deontológica, basada en supuestos y principios filosóficos propios de la índole de la persona, se convierte en una garantía individual, engendrando un derecho subjetivo público para su titular, consistente en su respeto u observancia, así como una obligación estatal y autoritaria concomitante. Pero tal derecho implica una obligación correlativa, como ya lo mencionamos, referidos a los órganos del estado en cuanto que estos deben respetar las libertades específicas que aquellos comprenden, a virtud de los mismos, todo gobernado esta en posibilidad de desempeñarlos sin que dichos órganos deban impedir su ejercicio.

Por otro lado las garantías de libertad son un conjunto de previsiones constitucionales por las cuales se otorga a los individuos una serie de derechos subjetivos públicos para ejercer, respetar y que no pueden tener mas restricciones que las expresamente señaladas en la Constitución.¹⁰⁹

Su calidad de derechos públicos subjetivos, permite que las garantías de libertad sean reclamables ante el estado obligándose este último a no inferir en la esfera de garantías libertarias con que cuentan los individuos y adicionalmente ha

¹⁰⁹ BURGOA HORIHUELA IGNACIO. op. cit. supra (102) p. p. 301, 307

de asegurar las condiciones para que ellas gocen de vigencia, así como imponerles limitaciones en atención a la presentación de la paz, el orden y la armonía social.

Una tesis jurisprudencial del tercer tribunal colegiado del vigésimo tercer circuito sostiene que de conformidad con los postulados y principios fundamentales que acoge nuestra Constitución, las autoridades, los poderes y los órganos del Estado están sujetos a la ley en su organización, funcionamiento, facultades y atribuciones, y solo pueden actuar en aquello que les ha sido concebido, pues en lo que guarda silencio lo tienen prohibido; en tanto que tratándose de particulares, ese silencio les garantiza que lo que no les está prohibido es lícito y permitido. La libertad personal prevista como garantía individual tanto en el artículo 1º como en los principios fundamentales del derecho que en forma abstracta están contemplados en la parte dogmática de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, debe entenderse como un atributo consustancial de la naturaleza humana y como la facultad de elección para hacer o dejar de hacer algo, siempre que no se perjudiquen derechos de terceros.¹¹⁰

4.5 ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES QUE ESTABLECEN LAS GARANTÍAS DE LIBERTAD.

Artículo 1º segundo párrafo; prohíbe la esclavitud.

Artículo 2º apartado A; autodetermina los pueblos indígenas.

Artículo 3º; establece la libertad de educación.

Artículo 4º segundo párrafo; establece la libertad de protección.

Artículo 5º; establece la libertad de trabajo.

Artículo 6º; establece la libertad de expresión.

¹¹⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, op. cit. (105) p. p. 28, 29

Artículo 7º; establece la libertad de impresión.

Artículo 9º; establece la libertad de asociación y de reunión.

Artículo 10º; establece la libertad de posesión y aportación.

Artículo 11º; establece la libertad de tránsito.

Artículo 15º; establece la libertad de extradición de reos políticos.

Artículo 24º; establece la libertad religiosa.

Artículo 28º; establece la libertad de concurrencia en el mercado.

Para nuestro estudio haremos únicamente referencia a la libertad de tránsito fundamentada en el artículo 11 de nuestra constitución.

4.6 GARANTÍA DE TRANSITO

Esta garantía como ya mencionamos esta consagrada en el artículo 11º constitucional el cual a la letra dice: todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

A partir de la declaración francesa de 1789, se puede afirmar que implícitamente se considero la libertad de tránsito como derecho público subjetivo individual, desde el momento en que se conceptuó como tal a la libertad genérica, la cual, según dicho documento político, consiste en la facultad de hacer todo aquello que no dañe a otro. Mientras que en México, tanto la Constitución central

de 1836, en su artículo 2, fracción VI, así como las bases orgánicas de 1843, en su artículo 9 fracción XVI, consignaron expresamente la libertad de tránsito, pues sostenían. A ningún mexicano se le podrá impedir la traslación de su persona y bienes a otro país, con tal de que no deje descubierta en la República responsabilidad de ningún género, y satisfaga por la extracción de sus intereses los derechos que establecen las leyes.¹¹¹

Esté artículo garantiza la libertad de tránsito, reconocida a partir del surgimiento de los estados liberales; supone la posibilidad de que los individuos se trasladen por el territorio de la República sin recurrir a documentación alguna. Al igual que ocurre con todas las libertades reconocidas en los estados democráticos actuales, la libertad de tránsito no es ilimitada, pues su ejercicio puede ser restringido por motivos de tipo judicial o administrativo.

Esta garantía trata de proteger solo a los individuos, sin tomar en cuenta los medios que éstos utilicen para desplazarse; así lo sostiene el pleno de la corte quien manifiesta: los ordenamientos legales invocados no vulneran la garantía de libre tránsito contenida en el artículo 11 constitucional, pues aun cuando establecen restricciones ala circulación de vehículos automotores en el distrito federal y su zona conurbana, ello no implica que este coartando al gobernado la posibilidad de transitar libremente por el territorio nacional, incluyendo el área especificada, habida cuenta que la garantía individual que consagra el art. 11 constitucional, no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil, si no en el derecho que tiene todo hombre, es decir, toda persona, como ente individual, para entrar, salir, viajar ó mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de

¹¹¹ BURGOA ORIHUELA IGNACIO op. cit. supra (102) p. p. 402

transporte, por tanto, ha de considerarse que la garantía de libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo.¹¹²

De acuerdo con el contenido, del derecho subjetivo público que emana del precepto 11 constitucional, queda claro que está constituido por la libertad de tránsito, la obligación que para las autoridades del estado y para este mismo deriva de la relación jurídica, consistente en no impedir, en no entorpecer la entrada y salida de una persona al y del territorio nacional, el viaje dentro de éste o el cambio de su residencia y domicilio, y en no exigir, además ninguna condición o requisito.¹¹³

La libertad a la que alude el artículo 11 constitucional, involucra también la garantía de cuatro derechos; la libertad para entrar en la República, libertad para salir de ella, libertad para viajar en su interior, y libertad para cambiar de domicilio.

Leído todo lo anterior podemos concluir que la libertad de tránsito es el derecho que goza todo individuo para desplazarse por todo el territorio nacional, sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte o salvo conducto, carta de seguridad o cualquier otro requisito semejante, así como la libertad para entrar y salir del país, sin autorización o permiso previo.¹¹⁴

4.7 LIMITANTES A LA LIBERTAD DE TRANSITO

En el propio artículo 11 se detallan los límites que tiene esta garantía. La libertad de tránsito puede restringirse a causa de una pena privativa de libertad o por situaciones previstas en la ley general de población que alude a cuestiones migratorias que limitan la libertad de tránsito, pues señalan que la secretaria de

¹¹² SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION op. cit. supra (105) p. p. 157, 158

¹¹³ BURGOA ORIHUELA IGNACIO op. cit. supra (102) pág. 399

¹¹⁴ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION op. cit. supra (102) p. 162

gubernación podrá promover las medidas necesarias para sujetar la inmigración de extranjeros a las modalidades que estime pertinentes, así como restringir la emigración de nacionales por razones de interés nacional; esta ley en otro precepto establece también que los nacionales y extranjeros para entrar o salir del país, deberán llenar los requisitos exigidos por esta ley y sus reglamentos así como otras disposiciones sanitarias.¹¹⁵

En tanto las limitantes que se imponen en este precepto corresponde aplicarlas en primer lugar a las autoridades judiciales; pues nuestra Constitución las autoriza para prohibir a una persona para que salga de determinado lugar o para condenar a una persona a purgar una pena privativa de libertad dentro de cierto sitio como puede ser prisión. En segundo término corresponde a las autoridades administrativas que pueden constitucionalmente impedir a una persona que penetre al territorio nacional y se radique en él, cuando no llene los requisitos que la ley general de población, exige así como expulsar a extranjeros perniciosos de acuerdo con el artículo 33 constitucional, o por razones de salubridad, prohibir que se entre o salga o permanezca en un sitio en el cual se localice un peligro para la higiene pública. Estas facultades limitativa constitucionales con que esta investida las autoridades administrativas son ejercidas por el presidente de la República a través de la secretaria de gobernación en cuestión de todas las situaciones migratorias en general, y de la secretaria de salubridad y asistencia y del consejo de salubridad general, las cuales tienen la atribución expresa, concedida por la constitución, en el artículo 73 fracción XVI; consistente en dictar las medidas preventivas indispensables en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, así

¹¹⁵ Ibidem p. 163, 164

como en expedir disposiciones generales relativas a cuestiones de salubridad pública.¹¹⁶

4.8 ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES LIMITANTES A LA LIBERTAD DE TRANSITO

a) ARTUCULO 14 CONSTITUCIONAL

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, 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. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Este artículo implica cuatro fundamentales garantías: irretroactividad legal, la de audiencia, la de legalidad en materia judicial civil (lato sensu) y judicial administrativa y la de legalidad en materia judicial penal.

La garantía de irretroactividad de una ley concebida en el primer párrafo se traduce en determinar cuando y en que casos una ley adolece del vicio de retroactividad, es decir cuando y en que casos se afecta la supervivencia temporal de una norma anterior o se afecta esté estado jurídico. Toda disposición legal tiene una vigencia determinada en cuanto al tiempo. Desde que se crea momento en que se determina de acuerdo con las prescripciones constitucionales relativas, hasta que deroga o abroga expresa o tácitamente por una norma nueva, destinada a

¹¹⁶ BURGOA ORIHUELA IGNACIO op. cit. supra (102) p. 400

regular todos los hechos, actos, situaciones, estados, fenómenos, que tienen lugar durante ese lapso limitado por esos dos instantes; por tanto toda ley a partir de su promulgación es decir en el momento en que entra en vigor, rige para el futuro, esto es, esta dotada de validez de regulación respecto de todos aquellos hechos, actos, situaciones y fenómenos que se suceden con anterioridad al momento de su vigencia; por ende una disposición legal no debe normar acontecimientos o estados producidos con anterioridad al instante en que adquiere fuerza de regulación, ya que estos quedan sujetos al imperio de la ley antigua. Consistiendo pues la retroactividad en dar efectos reguladores a una forma a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor, ya sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de esta, mientras que el principio de irretroactividad estriba en que una ley no debe normar a los actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiriera fuerza de regulación, pues toda ley rige para el futuro y no para el pasado.

La garantía de audiencia cobijada por este artículo implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del poder público que tiendan a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses; esta garantía a su vez está integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica; la de que en contra de la persona, a quien se pretenda privar de alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional, se siga un juicio; que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos; que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento y que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio; siendo evidente que esta garantía de audiencia es susceptible de contravenirse al violarse una sola de las garantías de la que esta conformada, por la íntima articulación que existe entre ellas, obteniendo

así el gobernado una verdadera y sólida protección a sus bienes jurídicos integrantes de su esfera subjetiva de derecho.

Este párrafo tutela además la vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado; a través del concepto vida la garantía de audiencia tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridad que pretendan hacer de ella objeto de privación, protegiendo así al ser humano en su substantividad psico-física y moral como persona; la libertad se preserva por la garantía de audiencia como facultad genérica natural del individuo consistente en la formación y realización de fines vitales y en la selección de medios tendientes a conseguirlos; por lo que todas las libertades publicas individuales, que como derecho subjetivos se consagran en nuestra Constitución protegidos, a través de la garantía de audiencia frente y contra cualquier acto de autoridad que importe su privación y específicamente la libertad personal, física o ambulatoria; la propiedad esta protegida por la garantía de audiencia en cuanto a los tres derechos subjetivos fundamentales que de ella se derivan que son el uso, el disfrute y el disposición de la cosa materia de la misma. La garantía de audiencia impone a las autoridades del estado la obligación positiva consistente en observar, frente al gobernado, una conducta activa y que estriba en realizar todos y cada uno de los actos que tiendan a la observancia de las exigencias específicas en que el derecho de audiencia se revela. Por tal motivo las autoridades del estado tienen prohibido por este artículo, privar a una persona de los bienes materia de su propiedad; en cuanto a la posesión; se entiende que es el poder que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad. La posesión de un derecho consiste en gozar de el. Según lo establecido por el código civil de Guanajuato en el art. 1037, ahora bien en cuanto a los derechos del gobernado tutelados por la garantía de audiencia; adquiere gran alcance tutelar en beneficio del gobernado, pues

dentro de la connotación se comprende cualquier derecho subjetivo, sea real o personal.

El concepto de juicio empleado en este artículo en su párrafo segundo es denotativo de función jurisdiccional, desarrollada mediante una serie de actos articulados entre si, convergentes todos ellos, según la decisión del conflicto o controversia jurídicos. Conforme a la expresada garantía específica, para que la privación de cualquier bien tutelado por este artículo sea jurídicamente válido es necesario que dicho acto este precedido de la función jurisdiccional, ejercida a través de un procedimiento, en el que el afectado tenga plena injerencia a efecto de producir su defensa. La garantía de audiencia de que habla el art. 14 encierra una segunda garantía que es la que todo juicio debe seguirse ante tribunales previamente establecidos, lo cual corrobora a la garantía implicada en el art. 13 constitucional en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, entendiéndose por estos los que no tienen una competencia genérica, si no casuística, o sea que su actuación se contraiga a conocer de un determinado negocio para el que se hubieren creado expresamente. Otorgando estas garantías para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento, bien sea administrativo, civil o penal, por lo que es errónea la apreciación de que solo son otorgadas por los sujetos a un procedimiento penal. En cualquier procedimiento en que consista el juicio previo al acto de privación deben observarse y cumplirse las formalidades procesales esenciales, siendo esta la tercera garantía de la audiencia, en primer término la autoridad tiene como obligación otorgar la oportunidad de defensa para que la persona expone sus pretensiones opositoras al mismo, que se traduce en diversos actos procesales, siendo el principal la notificación al presunto afectado de las exigencias del particular o de la autoridad; además como toda resolución debe decir el derecho en un conflicto jurídico apegándose a la realidad y no sólo a la controversia, mediante

la formulación de la oposición del presunto afectado, es menester de que a éste se le conceda una segunda oportunidad dentro del procedimiento en que tal función se desenvuelve, es decir la oportunidad de probar los hechos en que se finque sus pretensiones opositoras; por lo que toda ley procesal debe instituir dicha oportunidad en beneficio de las partes del conflicto jurídico y sobre todo a favor de la persona que va a resentir en su esfera de derecho un acto de privación. Así pues todo ordenamiento objetivo debe consignar tanto la oportunidad de defensa como la oportunidad probatoria que se traducen en formalidades procesales, las cuales asumen el carácter de esenciales por que sin ellas la función jurisdiccional no se desempeñaría debida y exhaustivamente. Y la última garantía que conlleva la garantía de audiencia estriba en el fallo o resolución culminatoria del juicio o procedimiento, en que se desarrolle la función jurisdiccional, deba pronunciarse conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho es decir al que constituya la causa eficiente de la privación.

La suprema corte de justicia establece la tesis de que la garantía de audiencia es operante no solo frente a la autoridades judiciales y administrativas, si no también frente a las legislativas, en el sentido de que éstas en el sentido de que expidan sobre cualquier materia y que prevean actos de privación en detrimento de la esfera jurídica de los gobernados deben instituir un procedimiento por medio del cual los órganos del estado encargados de aplicarlas oigan en defensa a los presuntos afectados y les reciban las pruebas atinentes a la preservación de sus derechos.

En el último párrafo del art. 14 constitucional se consagra la garantía de legalidad, cuyo acto de autoridad condicionado estriba en cualquier resolución jurisdiccional dictada en un procedimiento judicial civil, administrativo o de trabajo, estableciendo como exigencia para la autoridad que dicha resolución sea

pronunciada y consistente, y que tal decisión se ciña a la letra de la ley aplicable al caso de que se trate o se base en la interpretación jurídica de la misma.¹¹⁷

b) ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

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 de procedimiento. 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 existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado. 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 sancionada por la ley penal. En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y está, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. 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.

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

¹¹⁷ Ibidem p. p. 504 - 580

reservas de ley. Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 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. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirse un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia. Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio. La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas

y a las formalidades prescritas para los cateos. La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro y su violación será penada por la ley. En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Esté artículo consagra la garantía de legalidad que por su extensión y efectividad jurídicas, pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación a su esfera de derecho que no sólo sea arbitrio, es decir que no este basado en norma legal alguna, sino contrario a cualquier concepto, independientemente de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que este pertenezca. La disposición constitucional en que se contienen las garantías involucradas en este artículo el titular de las mismas es todo gobernado es decir todo aquel sujeto cuya esfera jurídica sea susceptible de ser objeto de algún acto de autoridad; el cual debe supeditarse a tales garantías, consistente en una simple molestia, en una mera perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos mencionados en esté artículo; ahora bien, en virtud de que todo acto de privación estricto y todo acto jurisdiccional penal o civil entrañan un acto de molestia, ya que la implicación lógica de esté último concepto es más extensa, por lo que los actos de autoridad que necesariamente deben supeditarse a las exigencias que establecen las garantías consagradas en la primera parte del artículo 16 constitucional, son todos los posibles imaginables, pudiendo traducirse en actos materialmente administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes jurídicos, sin perturbar un menoscabo, merma o disminución de su esfera subjetiva de derecho ni una impedición para el ejercicio de un derecho; en actos

materialmente jurisdiccionales penales o civiles, comprendiendo dentro de este último genero a los mercantiles, administrativos y del trabajo; y en actos estrictos de privación, independientemente de su índole formal o material, es decir en aquellos que produzcan una merma o menoscabo de la esfera jurídica subjetiva de la persona o la aludida impedición; en el primer tipo de caso debe sujetarse a las garantías implícitas en la primera parte del artículo 16 constitucional, y las otras dos especies además de estar regidos por las garantías, dispuestas en los párrafos segundo, tercero y cuarto del art. 14 de la ley suprema, en los casos relativos.

El acto de molestia puede afectar domicilio, papeles o propiedades; a través del elemento persona, el acto de molestia puede afectar no solamente la individualidad psico-física del sujeto con todas las potestades naturales inherentes, sino su personalidad jurídica; es decir la persona consistente en adquirir derechos y contraer obligaciones; en consecuencia, no todo individuo es una persona desde el punto de vista del derecho puesto que, para adquirir esta calidad, se requiere que jurídicamente se le repute dotado capacidad psico-física. en tanto esté acto de autoridad condicionado por las garantías de este precepto afecta a la persona jurídica en caso de que le restrinja la capacidad ya antes mencionada, impidiéndole adquirir los derechos que se le atribuyan a la personalidad genérica por modo abstracto o que sean inherentes a una determinada categoría general de sujetos, dentro de la que el particular se encuentre comprendido.

En tanto en sentido lato también puede ser afectado el sujeto, por este acto de autoridad; cuando se le restringe o perturba su actividad o individualidad psico-física propiamente dichas e inclusive su libertad personal; cuando tal restricción o perturbación concierne a su capacidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones; y tratándose de personas morales, al reducirse o disminuirse las

facultades inherentes a su entidad jurídica, impidiendo o limitando el ejercicio de su actividad social.

La afectación por un acto de molestia en perjuicio del gobernado a través de su familia, no implica que la perturbación consiguiente se realice precisamente en alguno o algunos de los miembros pertenecientes a dicho grupo, sino que opera en los derechos familiares del individuo; entendiéndose por este su estado civil.

El domicilio del gobernado es uno de los bienes que en las diversas instituciones jurídicas de distintos pueblos históricamente han dado mayor protección; definiendo el domicilio como el lugar en el que reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle; en tanto el domicilio de las personas morales se determina de acuerdo con la ley que las haya creado o reconocido; a falta de disposiciones relativas en dicha ley, de acuerdo con lo dispuesto en su escritura constitutiva, en sus estatutos o reglas que regulen su funcionamiento, y a falta de todos ellos, se determina su domicilio por el lugar donde operen. Así lo define el código civil de Guanajuato en sus artículos 28 y 33 respectivamente.

Bajo la denominación de papeles, se comprenden todos los documentos de una persona, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico; la razón de tutela que imparten las garantías de seguridad jurídica, estriba en poner a salvo de cualquier acto de molestia, especialmente de los cateos arbitrarios, la documentación del gobernado, que pueda servir de base a propósitos bastardos e inconfesables para comprometerlo en cualquier sentido.

Así debe entenderse que el acto de molestia que afecte a la documentación del gobernado, únicamente debe consistir en la requisición o apoderamiento de las diversas y variadas constancias escritas que la integren, más nunca extenderse a los actos o derechos que en las mismas se consignent.

Todos los bienes inmuebles que se encuentren bajo el poder posesorio de una persona se protegen frente a actos de molestia a través del elemento de posesiones, cuando el acto de molestia afecta las posesiones del gobernado sólo debe suscitar la cuestión de determinar si dicho acto de autoridad se ajusto o no a las exigencias que tales garantías se traducen sin poderse discutir ni dirimir controversias que versen sobre la legitimidad o ilegitimidad, perfección o imperfección, realidad o apariencia de una determinada posesión.

La primera de las garantías de seguridad jurídica que condicionan el acto de molestia consiste en que éste debe emanar de autoridad competente; concerniente al conjunto de facultades con que la propia ley suprema inviste a determinado órgano del estado, de tal suerte que si el acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se excede de la orbita integrada por tales facultades, viola esta garantía, esta garantía de competencia constitucional excluye, la legitimidad o competencia de origen de las autoridades.

La garantía de legalidad consagrada en este artículo reside en el hecho de que por su mediación se protege todo el sistema de derecho objetivo de México desde la misma Constitución hasta el reglamento más minucioso. Esta garantía condiciona el acto de autoridad al establecer que todo acto de molestia debe estar fundamentado y motivado con la cusa legal del procedimiento, por tanto todo acto o serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, deben tener una causa o elemento determinante, sino que este sea legal, es decir fundado y motivado en una ley en su aspecto material, esto es, en una disposición normativa general e impersonal, creadora y reguladora de situaciones abstractas; la fundamentación legal consiste en que los actos que originen la molestia de que habla este artículo deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que esta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de

autoridad, que exista una ley que lo autorice, siendo éste acto de molestia una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley le permite; esta exigencia de fundamentación en el acto de molestia impone a las autoridades obligaciones; como que el órgano del estado de que tal acto prevenga, este investido con facultades expresamente consignadas en la norma jurídica para emitirlo; en que el propio acto se prevea en dicha norma; en que su sentido y alcance se ajusten a las disposiciones normativas que lo rijan; en que el citado acto se contenga o derive de un mandamiento escrito, en cuyo texto se expresen los preceptos específicos que lo apoyen.

En cuanto la motivación de la cusa legal sustentada en el artículo 16 constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la ley; implicando la motivación la adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que este va a operar o surtir sus efectos. Por otra parte la motivación legal no siempre exige que la referida adecuación sea exacta, pues las leyes otorgan a las autoridades administrativas y judiciales que se llama facultad discrecional para determinar si el caso concreto que vayan a decidir si encuadra dentro del supuesto abstracto previsto normativamente; en tanto la discrecionalidad entraña una potestad decisoria que se mueve dentro de supuestos generales consagrados en la norma jurídica, por lo que se ostenta como el poder de apreciación que tiene la autoridad respecto de un caso concreto para encuadrarlo dentro de la hipótesis normativa preexistente cuyos elementos integrantes deben necesariamente observar. Así ambas condiciones de validez constitucional del acto de molestia deben necesariamente concurrir en el caso concreto para que aquel no implique una violación a la garantía de legalidad consagrada por el artículo 16 constitucional, es decir, no basta que haya una ley que autorice la orden o ejecución del o de los actos

autoritarios de perturbación, sino que es preciso inaplazablemente que el caso concreto hacia el éstos vayan a surtir sus efectos esté comprendido dentro de las disposiciones relativas a la norma, invocadas por la autoridad.

La garantía de mandamiento escrito equivale a la forma del acto autoritario de molestia, el cual debe derivarse siempre de un mandamiento u orden escritos, consiguientemente cualquier mandamiento u orden verbales que originen el acto perturbador o que en si mismos contengan la molestia en los bienes jurídicos a que se refiere dicho precepto de la Constitución, son violatorios del mismo; todo funcionario sub-alterno o todo agente de autoridad debe obrar siempre con base en una orden escrita expedida por el superior jerárquico; por otra parte el mandamiento por escrito debe contener la firma autentica del funcionario público que lo expida.

El acto de autoridad condicionado tiene como efecto directo la privación de libertad del sujeto no derivada de una sentencia judicial, o sea, la privación libertaria como un hecho previsorio.

La primera garantía que encontramos en el segundo párrafo de este artículo es la concerniente a la orden de aprehensión o detención librada en contra de un individuo la cual debe emanar de la autoridad judicial, en un sentido formal del concepto; no obstante existen dos excepciones o salvedades constitucionales a esta garantía, que son: caso de delito flagrante; consistente en que cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, al Ministerio Público, entendiendo por delito flagrante; todo hecho delictivo cuya ejecución es sorprendida en el preciso momento de estarse realizando o en el supuesto de que su autor sea perseguido inmediatamente después de cometerlo. La segunda excepción es en caso urgente, el cual es invocado por el mismo precepto al manifestar que sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la propia 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, fundado y expresado los indicios que motiven su proceder.

Otra garantía que emana de este precepto es la que la autoridad judicial nunca debe proceder de oficio al dictar una orden de aprehensión, sino que debe existir previamente una denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, esta garantía exige que dicha acusación contenga un hecho intrínsecamente delictivo, además de que debe ser reputado por la ley como delito, además de estar condicionado con pena corporal en los términos que establezcan las leyes penales.

Y una tercera garantía es que el acto de aprehensión o detención contra una persona consiste en que la acusación, querrela o denuncia de un hecho delictivo sancionado legalmente con pena corporal, debe estar apoyada en una declaración rendida por una persona digna de fe y bajo protesta de decir verdad o en otros datos que hagan probable la responsabilidad del acusado, pero no deben ser los elementos que comprueban el cuerpo del delito, pues no es necesario la comprobación de este para que no sea inconstitucional una orden de aprehensión o detención, sino que son suficientes los indicios de la existencia de un hecho delictivo y las circunstancias que presumen la probable responsabilidad de un sujeto, contando el Ministerio Público con cuarenta y ocho horas para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, pudiéndose duplicar este plazo, en caso de delincuencia organizada o en casos de que la ley así lo prevea.

Otro acto de autoridad encontrado en este precepto es el del cateo el cual consiste en el registro o inspección de sitios o lugares con el fin de descubrir ciertos objetos para evidenciar determinadas circunstancias, para aprehender a un sujeto;

la primera garantía que el cateo encierra es que la orden respectiva debe emanar de autoridad judicial en el sentido formal del concepto, es decir debe ser un órgano autoritario constitutivo del poder judicial bien sea local o federal; esta orden debe estar por escrito y nunca debe ser general, debe versar sobre cosas concretamente señaladas en ella y practicarse en un cierto lugar y por último impone una obligación a las autoridades que han de practicarlo, una vez que se termine de realizar dicho cateo se debe levantar un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad la persona que verifique dicho cateo.

La legalización de la intervención de cualquier comunicación privada conlleva también un acto de autoridad y es utilizado para fines de investigación penal en la comisión de un delito, además de que conlleva también todos los requisitos del ya mencionado acto de molestia, y si por el contrario no cumple con estos requisitos, estas intervenciones no tendrán valor probatorio.

Este artículo faculta a las autoridades administrativas para realizar visitas domiciliarias sin previa orden judicial, siendo esta el acto condicionado por este precepto, siendo la primera que para realizar dicha visita sólo se realizara bajo la circunstancia de que dichos actos tengan por objeto la constatación del cumplimiento o incumplimiento de los reglamentos de policía y buen gobierno por parte de los particulares o del acatamiento o desobediencia de las disposiciones fiscales, por lo que nuestra ley fundamental faculta al departamento del Distrito Federal en su circunscripción, así como las autoridades de la administración local de las entidades federativas, para penetrar a establecimientos industriales o mercantiles y aun a domicilios particulares, sin orden judicial, con el fin exclusivo de cerciorarse de la aplicación u observancia efectivas de los diferentes reglamentos que regulan las diversas actividades económicas a que pueden dedicarse los gobernados; pudiendo exigir la exhibición de libros y papeles con el

fin también exclusivo de comprobar el cumplimiento o incumplimiento de las disposiciones legales en materia tributaria, el principio de legalidad en estos casos se observa en el momento en el que estas visitas deben realizarse de conformidad con las disposiciones legales respectivas; así mismo estas visitas deberán de constar en un acta la cual debe satisfacer todos los requisitos de este precepto, por tanto si esta acta no cumple con dichos requisitos, el acuerdo que con base en ella imponga cualquier sanción, será violatoria del artículo 16 por estar afectado por un vicio inconstitucional de origen. En el penúltimo párrafo de este precepto se establece la libre circulación de la correspondencia y en ella se le prohíbe a toda autoridad registrar o inspeccionar la correspondencia de cualquier individuo, así como de no censurarla o prohibir su circulación.

Y en el último párrafo de este artículo se establece la disposición constitucional en caso de que México se vea envuelto en una guerra: en el primer caso se consigna la inviolabilidad del domicilio privado contra las autoridades militares que pretendan ocuparlo o habitarlo, en el sentido de prohibir a estas a alojarse en él, confiriéndole el derecho al gobernado de oponerse, si es posible por la fuerza física, a cualquier intento de ocupación que hagan los militares con respecto de su casa particular; por otra parte también faculta a los militares para exigir de los gobernados ciertas donaciones o prestaciones en general en forma gratuita y aun en contra de la voluntad de los mismos.¹¹⁸

¹¹⁸ BURGOA ORIHUELA IGNACIO op. cit. (102) p. p. 589-634

c) ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal. La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso. Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

La disposición que establece este artículo; está en íntima relación con la segunda parte del art. 16 de la Constitución, que hace factible la orden judicial de aprehensión o detención solo cuando se trate de un delito que se castigue legalmente con pena corporal.

La aprehensión de una persona es el acto que origina la privación de su libertad, que si manifiesta en un estado o situación que se prolonga, bien durante el proceso penal propiamente dicho o bien hasta la compurgación de la pena corporal impuesta por sentencia ejecutoria, en el primer caso hablamos de prisión preventiva, la cual obedece no a un fallo en el que se haya estimado a una persona como penalmente responsable de la perpetración de un delito, sino a la orden judicial de aprehensión o al hecho de que el detenido o aprehendido quede a disposición de la autoridad judicial o bien por el auto de formal prisión que como condición sine qua non de todo juicio penal prevé el art. 19 constitucional. quedando iniciada la prisión preventiva desde el momento en que la persona detenida queda a disposición del juez, ya sea por orden de aprehensión o de consignación al Ministerio Público; abarcando hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de elementos; siendo este el primer período que comprende esta prisión preventiva; y el segundo período comienza cuando se dicta auto de formal prisión hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictivo.

Esté artículo, establece también que sólo se aprehenderá a quien cometa un delito que merezca pena corporal, pues de lo contrario se violara el art. 16 constitucional, por lo que además de cumplir con lo requisitos que establece el art. 16 se debe cumplir con lo dispuesto por éste artículo; Por ende cuando la ley asigne a un hecho delictivo una pena alternativa, esto sin que la corporal se prevea conjuntamente con otra sanción de diversa índole, no tiene lugar la prisión preventiva y en consecuencia no procede constitucionalmente la orden de

aprehensión en los términos del art. 16 constitucional, por faltar el requisito del art. 18 del mismo precepto.

Este art. 18 establece además que el sitio en que tenga lugar la prisión preventiva será distinto del que se destinare para la extinción de las penas, pues la prisión preventiva a diferencia de la prisión como pena, no es sino una medida de seguridad prevista en la Constitución que subsiste en tanto que el individuo no sea condenado o absuelto por un fallo ejecutorio que constate o no su responsabilidad penal. Así pues atendiendo a la diversa naturaleza de ambas privaciones de libertad, estas deben ejecutarse en diferentes sitios, en los que imperen distintas condiciones de reclusión.

En cuanto al sentido de la imposición de las penas, en el sentido de que estas deben tender, en cuanto a la forma de extinguirlas por diversos conductos, a la regeneración del delincuente, o sea a su readaptación social siguiendo en este punto la doctrina moderna del derecho penal y los principios de criminología.

En tanto el tercer párrafo establece no una disposición sino una mera potestad para los gobernadores de los estados de celebrar los convenios a los que alude sujetando su ejercicio a la legislación de cada entidad federativa, cuya soberanía o autonomía por este motivo no sea lesionada. Limitando estos convenios en razón de que no pueden celebrarse con aquellos sujetos que aún no hayan sido condenados por sentencia ejecutoria, es decir jurídicamente inimpugnables ni respecto de delitos que no sean del orden común como los oficiales o los políticos.

El cuarto párrafo por su parte previene imperativamente que tanto la federación como los gobernados de los estados establezcan instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores, a quien psicológica y socialmente no se les considera como delincuentes ni, por tanto, sujetos al mismo régimen de readaptación de éstos.

Este artículo concluye involucrando garantías individuales o del gobernado y garantías sociales en materia penal, las primeras protegen al individuo en cuanto a su libertad personal mediante la prohibición de la prisión preventiva por delitos que no merezcan pena corporal, y en cuanto a su dignidad y respeto, cuando se trate de reos del sexo femenino, al disponer que los lugares donde compurgue las penas deben estar separados de los destinados, al mismo efectos, para los reos varones, las segundas se consignan como potestades y obligaciones de la federación y de los estados para procurar, a través de su ejercicio y cumplimiento, la realización de las finalidades de beneficio colectivo que representan las tendencias de readaptar al delincuente a la sociedad, de regenerarlo y educarlo dentro de un adecuado régimen penitenciario inspirarlo en la idea, no de segregarlo de la vida social a título de castigo, sino de reincorporarlo a ella como hombre útil; prescribiéndose, además, a cargo de las autoridades administrativas federales y locales de deber social de implantar instituciones educativas para los menores infractores, con el objeto de evitar su incidencia en el campo de la delincuencia.¹¹⁹

d) ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, 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

¹¹⁹ Ibidem p. p. 639 - 644

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, pondrá al indiciado en libertad. Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a procesos. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

El auto de formal prisión o de prisión preventiva que sólo pueden dictarse por delitos que se sancionen con pena corporal según el art. 18 constitucional, este auto de formal prisión estriba en que el proceso penal debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en él como lo dispone el artículo 19 constitucional en su segundo párrafo, implica que la sentencia que en dicho proceso se pronuncie no debe fundarse en hechos diferentes de los que hubiesen integrado el corpus de los delitos por los que se haya dictado el auto de formal prisión; de acuerdo con este artículo; para dictar auto de formal prisión se deben cumplir con requisitos de fondo y requisitos de forma; siendo los primeros la expresión del delito que se impute al acusado, y de sus elementos constitutivos, las circunstancias de ejecución, tiempo y lugar de los hechos delictivos y de los delitos que arroje la

averiguación previa y en cuanto a los elementos de fondo estos deben traducirse en la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del acusado.

Además establece que ninguna detención podrá exceder de setenta y dos horas, estableciendo así que nadie puede permanecer privado de su libertad, por más tiempo del citado plazo, si no se ha dictado la resolución judicial, cuya falta origina la liberación del detenido en todo caso.¹²⁰

¹²⁰ BURGOA ORIHUELA IGNACIO op. cit. supra (102) p. p. 645, 646

CAPITULO V

ESTUDIO CONSTITUCIONAL DEL ARRAIGO

La Constitución faculta al Ministerio Público para librar orden de aprehensión, recibir todas las denuncias y querellas de un hecho delictivo que lleguen a su conocimiento, realizar la averiguación previa, para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, consignar a la autoridad judicial sin dilación alguna, recibir a toda persona que sea puesta a su disposición por delito flagrante, en casos urgentes ordenar la detención fundada de una persona, retener al indiciado solo por cuarenta y ocho horas para dictar su libertad o consignarlo al juez, desarrollar orden de cateo, expedida por autoridad judicial, intervenir comunicación privada; recibir la declaración o confesión del inculpado; solicitar la reparación del daño a favor del inculpado.

Por su parte el código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato faculta al Ministerio Público en su artículo 3 que a la letra dice: compete al Ministerio Público llevar acabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales, en la averiguación previa corresponde al Ministerio Público; recibir las denuncias y querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito; practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la investigación de los hechos denunciados o querellados y, en su caso, comprobar el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, así como, lo conducente para recuperar la reparación del daño; solicitar a la autoridad jurisdiccional a las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento y embargo que resulten

indispensables para la averiguación previa, así como las ordenes de cateo que procedan; acordar la retención o detención de los indiciados cuando así proceda; dictar todas las medidas y providencias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas, determinar al archivo, la reserva o el ejercicio de la acción penal; conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del inculpado; en caso procedente promover, la conciliación entre el inculpado y el ofendido y las demás que señale la ley.

El artículo 16 constitucional establece las hipótesis en las que es legal la afectación a la libertad personal: (1) por orden de aprehensión; (2) tratándose de delito flagrante, y (3) caso urgente; cuando se trate de delitos graves y no pueda ocurrirse ante la autoridad judicial, entonces el Ministerio Público podrá ordenar la detención del indiciado.

Aún en estos supuestos, la afectación que realice el Estado a un bien tan preciado de los gobernados como lo es la libertad, debe darse en estricto respeto a las garantías individuales.

Por ello, en el primer caso, el libramiento de una orden de aprehensión presupone la integración de una averiguación previa, originada por alguna querrela o denuncia, a partir de la cual se inició la función investigadora del órgano del Estado, hasta resolver el ejercicio de la acción penal, por existir suficientes elementos de convicción para acreditar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del inculpado en su comisión del delito, mientras que existe flagrancia cuando; el acusado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito; inmediatamente después de ejecutado y es perseguido materialmente; o bien, cuando es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial

de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien, aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito siempre y cuando se trate de un delito calificado como grave, no haya transcurrido un plazo de 48 horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito. En estos casos, la Constitución autoriza la privación de libertad, por conducto de cualquier persona, quien deberá poner sin demora al detenido a disposición de la autoridad inmediata y éstas, a su vez, con la misma prontitud,

a la del Ministerio Público, para efecto de la integración de la averiguación previa y consecuente consignación ante el juez competente. En casos urgentes, cuando se trate de delitos graves y exista riesgo fundado de que el indiciado se puede sustraer a la acción de la justicia, en cuyo caso la norma suprema faculta al Ministerio Público para que, bajo su responsabilidad, ordene la detención, siempre que por razón de la hora, lugar y circunstancias, no se pueda acudir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Quedando claro con lo anterior que la Suprema ley, no faculta al Ministerio Público, para solicitar arraigo domiciliario, al juez, por lo que es imperioso cuestionarse sobre la justificación constitucional del arraigo penal, pues si bien se reglamenta en la ley secundaria procesal, del estado de Guanajuato, como medida precautoria para asegurar la disponibilidad del inculcado en la averiguación previa o el proceso penal, en la práctica es un caso más de privación de la libertad, cuya práctica abusiva trastoca el orden constitucional.

Arraigo significa o se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.¹²¹

Se entenderá por arraigo penal la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa, cuando exista temor fundado de que pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Cabe mencionar que por regla general, el arraigo es un acto esencialmente prejudicial, puesto que sirve como herramienta a la autoridad investigadora para que previamente a un proceso logre acreditar el cuerpo del delito. Sin embargo, excepcionalmente esta figura puede ser asimismo un acto procesal una vez que se solicite cuando está desarrollando el procedimiento.

En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que se impone durante la averiguación previa con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que éste cumpla con los requerimientos del Ministerio Público, en razón de la investigación de un hecho delictivo. Es decir, las medidas en los procedimientos penales pueden ser también de carácter personal para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena.

El arraigo tiene sus orígenes en el derecho romano, donde se obligaba al deudor a garantizar, mediante fianza, a fin de asegurar al actor las resultas del

¹²¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM, ed. décima Ed. porrua, ed. México 1997 p. p. 220

juicio; posteriormente, en el derecho justiniano, esa fianza fue sustituida por la obligación de prestar caución juratoria de que el demandado cumpliera con la sentencia condenatoria, si ese fuera el caso. El Fuero Juzgo, las Leyes de Partida y las de Toro, conservaron el sistema de la fianza, autorizando la pena privativa de la libertad para el deudor insolvente.

En el derecho moderno, el arraigo fue también una excepción que el demandado podía oponer cuando el actor era extranjero o transeúnte; consistía en obligar a este último a garantizar las resultas del juicio. El Código de 1884 lo contemplaba, pero se suprimió en el actual por ser contrario a los principios de derecho internacional emanados de las convenciones de la Haya de 1896 y 1905.

El arraigo fue introducido en las reformas a los Códigos Federal de Procedimientos Penales y de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, promulgadas en diciembre de 1983, y con posterioridad fue introducido también en legislaciones de procedimientos penales de algunas entidades de la república; entre ellas Guanajuato, como una innovación respecto de la regulación de las medidas precautorias; de manera congruente con la liberalización de las medidas de aseguramiento del inculcado, tratándose de delitos culposos, o bien en aquéllos sancionados con pena alternativa o no privativa de la libertad, se creó el arraigo durante la averiguación previa o el proceso, como una medida precautoria que permite la disponibilidad del inculcado ante el Ministerio Público o el juzgador, limitando los casos de detención y prisión preventiva.¹²¹

El arraigo, previsto en el Código de Procedimientos Penales del estado

¹²¹ DR. AGUILAR LOPEZ MIGUEL ANGEL, magistrado del 7o Tribunal Colegiado en material penal del 1er Circuito, www.tenplatanto.com.mx

de Guanajuato, queda claro que sólo se fundamenta en leyes secundarias las cuales exceden las formas de privación de libertad establecidas limitativamente por la Constitución Federal.

Más aún, para su procedencia no se exige legalmente que la averiguación previa respectiva esté integrada; ello implica que el titular de la acción penal no ha determinado si existen o no elementos bastantes para proceder en contra del inculpado y, pese a la presunción de inocencia que existe en su favor, puede solicitar y conseguir la detención del individuo por medio del arraigo domiciliario.

En antaño la discusión se centró en la naturaleza jurídica del arraigo penal; al respecto, existió opinión de que se trataba de un mero acto de molestia que afectaba la garantía de libre tránsito de las personas; opinión en contrario sostuvo que es un verdadero acto de privación de la libertad que conculca esta garantía constitucional. La controversia ya fue dilucidada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis y determinar que constituye un acto privativo de la libertad. En efecto, existe tesis de jurisprudencia en los términos siguientes:

Novena Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: X, Noviembre de 1999

Tesis: 1a./J. 78/99

Página: 55

“ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL
La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble; por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma ley”.

Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales. Tesis de jurisprudencia 78/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

En esté tenor, si resulta incontrovertible jurídicamente que se trata de un acto privativo de libertad; entonces, no es un caso de excepción a la garantía de libre tránsito; sin embargo, tampoco se prevé en las hipótesis de afectación a la libertad personal, en el artículo 16 constitucional. Luego, como ya lo ha afirmado el magistrado José Luís Villa Jiménez, es una medida de detención prevista en leyes secundarias, que rebasa las formas y plazos que la Carta Magna señala; por ello, concluye que resulta inconstitucional.

Sin que constituya óbice para lo anterior, que su reglamentación intente justificarse en la necesidad de combatir la delincuencia en la actualidad, en el argumento de que mediante su aplicación se equilibran los derechos de las personas con las facultades de las autoridades y que ante la amenaza de ser rebasadas por el crimen, las autoridades necesitan de dichos medios. Sin embargo, lo anterior se sustenta en premisas sofistas: la incapacidad de la autoridad y la posibilidad de ser rebasada por la delincuencia, no justifica la limitación de los derechos de los gobernados; además, no proporciona respuesta eficaz al problema. Lo que es necesario es que el órgano investigador responda a la exigencia de su propia naturaleza, como una institución altamente especializada, de buena fe e integrada por destacados abogados y técnicos conocedores de la materia penal. Contrario a ello, únicamente ha servido para justificar el ejercicio abusivo de las funciones, al extremo de que personas detenidas en la comisión flagrante del delito, no son consignadas dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a su captura, como lo ordena la Constitución, porque han sido sometidas a una medida de arraigo y son consignadas con mucha posterioridad a su detención.

Por otro lado, llama la atención que una persona cuyo arraigo decreta un juez a solicitud del Ministerio Público, durante la integración de la averiguación previa correspondiente, y constituyendo el arraigo un acto privativo de libertad, al ser consignada dicha averiguación con solicitud de orden de aprehensión, emitida está, pueda ser privada nuevamente de la libertad al ejecutarse la orden, cuando en realidad ya se encuentra privada de la libertad con motivo del arraigo. Esto constituye una especie de simulación legal al equipararse a una consignación con detenido al cual se hubiese capturado en flagrante delito.

La mesa de discusión es que si la figura del arraigo afecta o no la libertad personal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto ha sostenido las dos posturas, pues, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ha sustentado cinco tesis derivadas de sentencias ejecutorias que integraron la jurisprudencia, que a la letra dice:

Arraigo, orden de. No afecta la libertad personal.- La orden jurisdiccional de arraigo que contempla el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no afecta la libertad personal propiamente dicha, a que se refiere el artículo 130 de la Ley de Amparo, sino tan sólo la libertad de tránsito del destinatario de la misma, regulada por el artículo 11 de la Constitución General de la República.¹²²

Esté criterio asevera que el arraigo no afecta la libertad personal propiamente dicha, sino que sólo afecta la libertad de tránsito.

El segundo criterio establece que el arraigo sí afecta la libertad personal de acuerdo a la siguiente tesis, que a la letra dice:

¹²² SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION Y SU GACETA, tomo IX, p. 610 enero de 1999, novena época

Arraigo, orden de. Afecta la libertad personal y de tránsito.- La orden de arraigo no sólo afecta la libertad de tránsito sino también la personal, por lo que en términos de los artículos 133 y 136 de la Ley de Amparo, procede la concesión de la suspensión provisional respecto de actos de naturaleza, pues al concederse esa medida, se obliga a la parte quejosa a permanecer durante el tiempo que se le fije, en un determinado inmueble, sin que pueda salir de éste."

La citada tesis está sustentada por tres ejecutorias, una pronunciada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y las otras dos por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito.

Como se desprende de lo anterior, existe una contradicción de tesis misma que fue denunciada por el Tribunal Cuarto Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Una vez que se consolidó la contradicción de tesis, el Presidente del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, denunció la mencionada contradicción, tocando conocer de tal demanda a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien acordó su entrada, declarándose competente para conocer de la contradicción entre las tesis que afirman que el arraigo domiciliario sí afecta la libertad personal, y por otro lado la tesis jurisprudencial que sostiene que el arraigo domiciliario no afecta la libertad personal.¹²³

La Primera Sala estableció que el criterio que debe prevalecer es el que a continuación se cita:

¹²³ Ibidem p. 828

Arraigo domiciliario, orden de. Afecta la libertad personal. La orden de arraigo domiciliario prevista por el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales, antes y después de su reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de febrero de 1999, al obligar a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia, a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora, trae como consecuencia la inmovilidad de su persona en un inmueble, por tanto, es un acto que afecta y restringe la libertad personal que puede ser susceptible de suspensión en términos de lo dispuesto por los artículos 130, 136 y demás relativos de la Ley de Amparo, si para ello se cumplen los requisitos exigidos por la misma Ley."¹²⁴

En conclusión, es de precisarse, de acuerdo a lo anterior, que el arraigo domiciliario es un acto que sí afecta la libertad personal, tal y como lo pronunció en la contradicción de tesis la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La parte dogmática de nuestra Ley Suprema garantiza que todo individuo gozará de libertad personal y de todas las demás consagradas en el texto constitucional, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Ahora bien el arraigo domiciliario no está fundamentado en la Ley Suprema y su implementación es inconstitucional, porque todos los actos

¹²⁴ PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, 20 de octubre de 1999.
www.scjn.com.mx

restrictivos de la libertad personal deben cumplir con las exigencias de los artículos 14, 16, 18,19, 20, 21, 22 y 23 de la Carta Política.

Aunado a lo anterior en fechas recientes el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó que el arraigo es inconstitucional en razón de que viola la libertad de la persona; además, trascendió en el seno del máximo tribunal que esta resolución producirá a corto y mediano plazos un efecto "dominó", tanto por las modificaciones que provocará a las legislaciones estatales y federal en materia penal, como por los amparos que interpondrán quienes actualmente estén privados de su libertad.

Con la decisión mayoritaria de ocho votos contra uno, el pleno estableció que el arraigo no está contemplado "en ninguna parte" de la Constitución, por lo que su aplicación es ilícita.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró inconstitucional la figura del arraigo domiciliario en el estado de Chihuahua, por considerar que viola la Constitución y atenta contra la garantía individual de la libertad personal.

Aunque la sentencia tuvo como origen una acción de inconstitucionalidad presentada en contra del Código Penal de Chihuahua, cualquier indiciado de cualquier entidad de la república podrá a partir de ahora solicitar un amparo en contra del arraigo y el juez que resuelva la petición deberá tomar como base los criterios definidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Durante la sesión pública de la SCJN resolvió una acción de inconstitucionalidad presentada por la minoría del Congreso de Chihuahua en contra de las reformas al artículo 122 bis del Código Penal de ese estado, que contempla la figura del arraigo para detener provisionalmente a un indiciado hasta

por 30 días en un lugar distinto a las prisiones. el ministro Juan Díaz Romero, explicó que la declaratoria de inconstitucional para la figura del arraigo se aplica en estos momentos sólo para el Código Penal del estado de Chihuahua, aunque abre la posibilidad de que cualquier persona pueda solicitar un amparo en esta u otra entidad.

En conferencia de prensa el ministro expresó que se declaró inconstitucional el artículo 122 bis del Código Penal de Chihuahua porque ningún precepto de la Constitución establece la figura del arraigo, que se entiende, fundamentalmente, como una figura de limitación o de afectación de la libertad personal.

Explicó: "esta libertad personal, de acuerdo con los artículos 16, 17, 19 y 21 de la Constitución, solamente puede establecerse durante los tiempos y términos que va estableciendo cada uno de estos artículos, según las circunstancias de aquel al que se le puede atribuir la comisión de algún delito". El artículo 11 de la Constitución, agregó Díaz Romero, afecta a la figura del arraigo porque se refiere a la garantía de libre tránsito de las personas o a la garantía de libertad personal.

El ministro ponente recordó que ya en meses pasados la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó jurisprudencia en el sentido de que el arraigo sí afecta la libertad personal, no solamente la libertad de tránsito. Ese criterio fue el utilizado para declarar inconstitucional la figura del arraigo domiciliario.¹²⁵

¹²⁵ DR. AGUILAR LOPEZ MIGUEL ANGEL op. cit.

CONCLUSIONES

1.- Como ya lo mencionamos el arraigo previsto en el artículo 3 fracción de la ley adjetiva penal del estado de Guanajuato no está previsto en la ley suprema.

2.- Se puede observar que el arraigo puede ser solicitado, sin aun no estar concretada la averiguación previa, es decir sin tener aun los elementos que comprueben el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, violando así la libertad de tránsito del inculpado, pues aun sin saber si es responsable o no, se detiene a la persona, olvidando la presunción de inocencia de este así como el sistema de primero investigar para después detener y no lo contrario primero detener para investigar.

3.- Ahora bien puede considerarse al arraigo como un acto antes de juicio, siendo así violatorio de otras garantías individuales, como que nadie puede ser privado de la libertad, sino mediante juicio ante tribunales, esto de acuerdo con la constitución en el artículo 14 primer párrafo que dice nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, si no mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a la leyes expedidas con anterioridad el hecho.

4.- Creo que el arraigo es un instrumento desafortunado que a dado lugar a múltiples abusos, por lo que resulta necesario reglamentarlo y establecer previamente en la ley los casos y formas de llevarlo acabo limitativamente sin caer en violaciones a todas y cada una de las garantías individuales que consagra la ley suprema; por lo que seria conveniente incorporarlo a la Constitución como una forma de detención y así eliminar su deficiencia mayor es decir su inconstitucionalidad.

5.- Ahora bien puede considerarse contradictorio con lo ya mencionado anteriormente, pues por un lado puede ser incorporado a la Constitución con limitantes y requisitos para llevarlo acabo, pero por otro lado puede verse también como un privilegio para quienes les sea aplicado, pues mientras algunos inculpados se encuentran en el Centro

de Readaptación Social, mientras se concreta la averiguación previa otros estarán en la comodidad de su hogar u otro lugar.

6.- He llegado a la conclusión que este precepto de arraigo es mejor ser eliminado de la ley adjetiva.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Arellano García Carlos, Teoría General del Proceso, ed. cuarta, Ed. porrua México 1997. p. p. 470.
- 2.- Amuchategui Requena Griselda, Derecho Penal, ed. segunda, Ed. Oxford México 2001. p. p. 530
- 3.- Burgoa Orihuela Ignacio, Las Garantías Individuales, ed. décimo tercera, Ed. porrua México 2002. p. p. 814
- 4.- Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales ed. décimo séptima, Ed. Porrua México 1998. p. p. 888
- 5.- Castellanos Tena Fernando, Liniamientos Elementales del Derecho Penal, ed. cuadragésima sexta, Ed. porrua, México 2005. p. p. 363
- 6.- García Ramírez Sergio, Prontuario del Procedimiento Penal Mexicano, ed. segunda, Ed. porrua México 1996. p. p. 360
- 7.- Gómez Lara Cipriano, Teoría General del Proceso, ed. novena, Ed. Oxford, México 2001. p. p. 337
- 8.- López Betancourt Eduardo, Teoría del Delito, ed. décimo primera, Ed. porrua, México 2003. p. p. 354
- 9.- Muñoz Conde Francisco, Teoría General del Delito, ed. segunda, Ed. Temis Bogota Colombia 1999. p. p. 187
- 10.- Ovalle Favela José, Derecho Procesal Civil, ed. octava, Ed. Oxford México 2002. p. p. 446

11.- Ovalle Favela José, Teoría General del Proceso, ed. cuarta, Ed. harla México 1998.
p. p. 352

12.- Rivera Silva Manuel, Procedimiento Penal, ed. décimo tercera Ed. porrua México
2003. p. p. 393

LEGISLACION

- 1.- Código penal para el estado de Guanajuato
- 2.- Código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato
- 3.- Código civil para el estado de Guanajuato
- 4.- Código de procedimientos civiles para el estado de Guanajuato
- 5.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

OTRAS FUENTES

www.scjn.com.mx

www.tenplantano.com.mx

De Pina Vara Rafael, Diccionario de Derecho, ed. décimo séptima Ed. porrua México
1889. p. p. 268

Díaz de León Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, ed. tercera Ed.
porrua México 1997. p. p. 1769

Pallares Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, ed. décimo sexta Ed. porrua
México 2001. p. p. 847