

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

879309
49

**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO**

**“LAS DEFICIENCIAS DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PARA
ACREDITAR LA POSESIÓN EN EL DELITO DE
DESPOJO”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
JUAN FRANCISCO TENIENTE PÉREZ**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**ASESOR:
LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE**

CELAYA, GTO. 2002



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

En agradecimiento a mis padres:

Rafael Teniente Tovar
y
Maria Dolores Pérez Duarte,
quienes me otorgaron todo su apoyo,
con la única esperanza de ver terminada,
mi carrera profesional.

En agradecimiento a mi esposa:

Victoria Wills y a mi hijo Mateo Teniente,
quienes forman parte importante de
todo mi desarrollo profesional.

En agradecimiento a mis hermanos:

Dolores Teniente Pérez
Rafael Teniente Pérez
Antonio Teniente Pérez
Alma Delia Teniente Pérez
Omar Teniente Pérez

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

INTRODUCCIÓN.

La presente tesis tuvo por finalidad efectuar un estudio respecto de lo que es actualmente la teoría del delito en relación con el tipo penal de despojo, el cual llamó grandemente mi atención, pues a través de mi cortísima experiencia pude llegarme a percatar de las dificultades que el ministerio público y las autoridades jurisdiccionales, tienen que afrontar para poder acreditar este ilícito; se pensó en un principio que estas dificultades se podrán atribuir propiamente a los medios de prueba y con este propósito se encaminó la investigación llegando a concluir, de tal manera que tuve la necesidad de desechar mi hipótesis para llegar a confirmar que los medios probatorios que establece nuestra ley adjetiva son los idóneos y además suficientes para llegar acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del mencionado delito de despojo.

El presente trabajo consta de un capítulo primero, en donde se empieza por estudiar lo que es el Derecho Penal, considerando además sus diversos puntos de vista y consecuentemente efectuando un estudio tanto del aspecto objetivo de este fenómeno jurídico – social como lo es el delito, así como de sus aspectos negativos, es decir que se hizo un estudio de lo que en doctrina constituye el objeto de la teoría del delito. En el capítulo segundo se trata de un estudio de lo que es el procedimiento penal en sus diferentes etapas, tomando como base para ello el artículo segundo de nuestra ley penal adjetiva. En el capítulo tercero se estructura, estudiando los medios de prueba que establece nuestro Código de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato y concluyendo con el cuarto capitulo referido al tipo penal de despojo, estudio que se realiza tomando en consideración las diferentes fracciones que dicha disposición establece en el tipo penal respectivo, considerando tanto sus elementos objetivos como subjetivos ya que se trata de un tipo anormal.

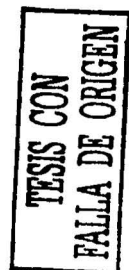
Este es un trabajo en el cual he puesto mi empeño para de esta manera ver culminado mis estudios profesionales con la mira siempre de obtener mi título profesional; trabajo con el cual, como ya lo dije anteriormente se llego a la conclusión de que los medios de prueba establecidos por nuestra ley son suficientemente efectivos para la comprobación del ilícito, por lo que se refiere tanto al cuerpo del delito como a la probable responsabilidad, así como constituyen el medio idóneo para poder acreditar la culpabilidad o inculpabilidad de un indiciado, inculpado o procesado.

Juan Carlos Teniente Pérez.

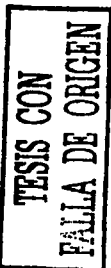
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pag.
CAPITULO PRIMERO: DERECHO PENAL Y TEORÍA DEL DELITO.	
1.1.- El Derecho Penal en general.	1
1.2.- Puntos de vista en que se puede apreciar el Derecho Penal.	4
1.3.- El delito.	4
1.4.- Aspectos positivos y negativos del delito.	9
1.5.- Teoría del delito y elementos objetivos.	11
1.5.1.- Conducta y su ausencia.	11
1.5.2.- Ausencia de conducta.	15
1.5.3.- Tipicidad y su ausencia.	17
1.5.4.- Elementos del tipo penal.	19
1.5.5.- Elementos subjetivos del tipo penal.	22
1.5.6.- Clasificación de los tipos penales.	23
1.5.7.- Aspectos negativos de la tipicidad.	27
1.6.- Antijuricidad y su ausencia.	28
1.6.1.- Causas de justificación.	29
1.7.- Elementos subjetivos del delito.	34
1.7.1.- Imputabilidad y su ausencia.	34
1.7.2.- Culpabilidad y su ausencia.	36
1.7.3.- Teoría psicologista de la culpabilidad.	36
1.7.4.- Teoría normativista de la culpabilidad.	37



1.7.5.- Clases de culpabilidad.	38
1.7.6.- Dolo.	38
1.7.7.- Clases de dolo.	39
1.7.8.- La culpa.	41
1.7.9.- Preterintención.	42
1.7.10.-Inculpabilidad.	42
1.7.11.-El error.	43
1.8.- Punibilidad y su ausencia.	48
CAPITULO SEGUNDO: EL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL.	
2.1.- Procedimiento penal.	50
2.2.- La averiguación previa.	51
2.2.1.- La denuncia.	53
2.2.2.- La querrela.	53
2.2.3.- Averiguación previa.	54
2.2.4.- Cuerpo del delito.	55
2.2.5.- Probable responsabilidad.	56
2.3.- Instrucción.	58
2.3.1.- Auto de formal prisión.	59
2.3.2.- Auto de sujeción al proceso.	60
2.3.3.- Auto de soltura.	60
2.4.- Juicio.	62
2.5.- Audiencia final.	65
2.6.- Sentencia.	65
CAPITULO TERCERO: LA PRUEBA EN MATERIA PENAL.	



3.1.- La prueba en el proceso penal.	68
3.2.- Confesión.	71
3.3.- Inspección.	72
3.4.- Pericial.	74
3.5.- Testimonial.	77
3.6.- Confrontación.	80
3.7.- Careos.	82
3.8.- Documental.	83
3.9.- El valor jurídico de la prueba.	84

CAPITULO CUARTO: EL TIPO PENAL DE DESPOJO.

4.1.- Tipo penal de despojo.	87
4.2.- Patrimonio.	89
4.3.- Posesión.	92
4.4.- Análisis del tipo penal de despojo.	94

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

CAPITULO PRIMERO

DERECHO PENAL Y TEORIA DEL DELITO

1.1. EL DERECHO PENAL EN GENERAL.

El Derecho Penal considerado como un conjunto de normas jurídicas, pertenecientes al Derecho Público, pertenece así mismo al conjunto de normas represivas que se deben aplicar como último recurso a todas aquellas conductas que afectan con mayor relevancia a los valores establecidos por la sociedad para poder vivir pacíficamente, y que en un momento posterior el legislador lo ha elevado a la categoría de bienes Jurídicos tutelados.

El maestro Fernando Castellanos ha definido al Derecho Penal como una rama del Derecho Público Interno, relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad y que tienen por finalidad la Creación y la preservación del orden social.¹

El Derecho Penal como una rama del Derecho Público representa un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado soberano y los particulares gobernados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del derecho Penal. 41ª. ed. Ed. Porrúa. México. 2000. p. 19.

Esto quiere decir que la relación jurídica material que se establece al momento de cometerse un delito, se encuentra determinada entre el presunto delincuente como particular gobernado y el Estado como titular del Jus Puniendi o sea el derecho - obligación, que tiene para castigar, es decir para conminar con la aplicación de las penas a todos aquellos sujetos que hubieren desarrollado alguna conducta delictuosa, previa declaración de culpabilidad, ya que es el Estado el titular del orden social. Por lo anterior podemos afirmar que el Derecho Penal es de Derecho Público con una aplicación y vigencia exclusivamente dentro del territorio del Estado, por eso es de Derecho Interno.

El Derecho Penal como conjunto de normas, constituye reglas de conducta de observancia obligatoria cuyas características son las de todas las normas jurídicas investidas entonces de exterioridad, bilateralidad, heteronomía y coercibilidad, es decir, que la norma jurídica penal tiene las mismas características que cualquier otra norma jurídica, así como sus elementos son: un supuesto, presupuesto o postulado de hecho, en donde se establece la conducta que todos los componentes humanos de la sociedad tienen que observar para poder vivir pacíficamente dentro del grupo social. Y por lo que respecta al segundo elemento, tenemos a la sanción que la norma jurídica penal se traduce precisamente en la pena.

Este conjunto de normas son relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad; Lo cual constituye el Derecho Penal Sustantivo, entendiéndose por delito según el Código Penal para el Distrito Federal, el acto u omisión que sancionan las leyes penales y a la manera de nuestro Código Penal

anterior para el Estado de Guanajuato. , como conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible; ese conjunto de normas está también en relación directa, como ya se dijo, con la pena, misma que constituye el castigo que el Estado impone cuando se ha cometido un delito y cuando al sujeto que desarrollo dicha conducta delictuosa, como ya se dijo previamente, ha sido declarado culpable.

También ese conjunto de normas Jurídicas del Derecho Penal se encuentra en relación con las medidas de seguridad, mismas que han sido consideradas como sustitutos de las penas y esto es así por que hay casos en que los sujetos que han desarrollado una conducta considerada como delito, no se les puede imponer una pena porque no es posible declararlos como culpables, por la razón de que son considerados como inimputables, como por ejemplo a los enfermos mentales que hablando en términos muy generales no se les puede fincar el juicio de reproche. Otro ejemplo respecto a esto son los menores de 16 años de edad, que por disposición expresa de la ley se les considera inimputables, de tal manera que a los enfermos mentales se les aplicará una medida de seguridad curativa y a los menores en la mayoría de los casos se les turnará al Consejo Tutelar para Menores Infractores.

Todo lo anterior encaminado a la creación y preservación del orden social, es decir, encaminado a que la sociedad pueda vivir y desarrollarse pacíficamente, a fin de que sus componentes humanos puedan alcanzar sus fines y sus metas lícitas.

1.2.PUNTOS DE VISTA EN QUE SE PUEDE APRECIAR EL DERECHO PENAL.

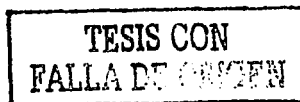
El Derecho Penal como rama del Derecho Público se puede apreciar de diferentes puntos de vista, de esta manera tendremos un Derecho Sustantivo Penal, un Derecho Penal Objetivo o Material, un Derecho Penal Subjetivo y un Derecho Penal Objetivo.

El Derecho Penal como Derecho Objetivo, Sustantivo o Material lo podemos considerar como un conjunto de normas relativas a los delitos, penas y medidas de seguridad.

Como Derecho Penal Adjetivo entendemos a un conjunto de normas jurídicas procesales que nos permiten aplicar con un orden o una sistemática al Derecho Penal Objetivo, Sustantivo o Material y esto no es otra cosa que el Código de Procedimientos Penales.

Desde el punto de vista subjetivo, identificaremos al Derecho Penal, con el Jus Puniendi o sea el derecho de castigar, que tiene el Estado para poder preservar el orden social cuya titularidad le corresponde al Estado mismo.²

1.3 EL DELITO



² Castellanos. Op. cit. p. p. 21-23.

El delito a sido considerado como un fenómeno jurídico - social que afecta con mayor relevancia el orden social, muchos han sido los conceptos que se vierten sobre este fenómeno. Desde el punto de vista etimológico, la palabra delito proviene del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Por lo que respecta al gran maestro italiano Francesco Carrara a quien se le atribuye la paternidad de la escuela clásica italiana, definió al delito como " la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".³

Es necesario hacer notar que el gran maestro italiano de la llamada escuela clásica afirma que el delito es una infracción a la ley penal y sin embargo el gran maestro alemán Carlos Binding con base a sus estudios descubrió que no es en realidad la ley penal lo que es violado o infraccionado por una conducta penalmente relevante, si no lo que realmente se viola al cometerse un delito es la norma jurídica penal que prohíbe realizar una conducta o bien la norma jurídica penal, que ordena o manda llevar a cabo una conducta, norma jurídica penal que se encuentra subyacente en la ley, específicamente en el tipo penal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³ Carrara citado por Castellanos. Op.cit.p.p.125-126.

Por lo que respecta al gran positivista Rafael Garófalo, cuya corriente solamente consideraba ciencia al conocimiento adquirido de los hechos de la naturaleza, definió al delito como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad".⁴

Haciendo mención de una noción jurídico - formal de lo que es el delito haremos mención de lo establecido por el artículo 7 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que establece que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Por otra parte diremos que algunos autores hacen referencia a una definición jurídica-sustancial de lo que es el delito, no obstante deberemos hacer mención que esta acepción jurídica - formal no es otra cosa que la definición dogmática del delito y que se identifica con las diversas definiciones que de este fenómeno jurídico - social le han dado los grandes maestros de la dogmática penal alemana, definición que sin duda alguna sigue la definición del Código Penal Sustantivo anterior para el Estado de Guanajuato en su artículo 11 que define al delito como conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴ Garófalo citado por Castellanos. Op.cit.p.126.

Esta definición no nace de manera espontánea sino que fue necesaria la dedicación de los grandes dogmáticos en el estudio del delito para llegar a definirlo como lo hace nuestro Código Penal Sustantivo anterior.

Como consecuencia de lo anterior diremos que el maestro Franz Von Liszt estudiando su Código Penal Alemán y tratando de encontrar los elementos conceptuales del delito, descubrió que lo que se encontraba establecido en la parte especial de su Código eran acciones; que esas acciones eran contrarias a derecho y les llamo antijurídicas y que esas acciones antijurídicas eran atribuibles a los sujetos a titulo de dolo o titulo de culpa y a esto le llamo culpabilidad refiriéndola como responsabilidad por eso que para Liszt el delito es acción antijurídica y culpable.

Posteriormente aparece el maestro Ernesto Von Beling que en 1906 publica su obra la teoría del tipo y con ello agrega un elemento más a la definición de Liszt; definiendo al delito como acción, típica, antijurídica y culpable.

Debemos hacer notar que Beling definía al delito como acción, típica y no típicamente, lo cual quiere decir que para Beling, la tipicidad que es el elemento que agrega a la definición de Liszt, es un elemento autónomo, es decir que no tenía ninguna relación con los juicios de valor de la antijuricidad ni de la culpabilidad, por lo tanto, el tipo penal de Beling era un tipo penal avaloradamente neutro y puramente objetivo; avaloradamente neutro porque no

tenía relación con los juicios de valor de la antijuricidad ni de la culpabilidad y puramente objetivo porque solamente contenía elementos objetivos.

Posteriormente el maestro Ernesto Von Mayer sigue la misma definición de Beling, pero su mérito consistió en que empezó a relacionar la tipicidad con los juicios de valor de la antijuricidad dándole a la tipicidad un carácter de indicio de la antijuricidad, y, con ello apareció la llamada Ratio Cognoscendi de la antijuricidad que consiste en decir que toda conducta o acción típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación.

Posteriormente el gran dogmático alemán Edmundo Mezger definió al delito como una acción, típicamente, antijurídica y culpable, de tal manera que relaciona totalmente a la tipicidad con la antijuricidad, apareciendo así la Ratio Essendi de la antijuricidad afirmando entonces que toda conducta o acción, típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación.⁵

Como podemos apreciar la definición de nuestro Código Penal anterior para el Estado de Guanajuato sigue la definición de Mezger al afirmar que el delito es conducta, típicamente, antijurídica y culpable.⁶

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En todas las definiciones de los grandes dogmáticos alemanes, en ellas no se menciona para nada a la imputabilidad y es que para la dogmática penal

⁵ Muñoz Conde Francisco. Introducción al Derecho Penal. Ed. Bosch. p.p. 169-172.

⁶ Cardona Arizmendi. Código Penal Comentado. 3a. ed. Ed. Orlando Cardenas. 1996. p.94.

alemana, la imputabilidad para el sistema clásico era un presupuesto de la culpabilidad y en el sistema neoclásico era un elemento de la culpabilidad; no obstante nuestro legislador lo ha considerado como un elemento del delito y no de la culpabilidad , precisamente por eso la incluye como elemento del delito.

1.4. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Debemos de mencionar que la definición del delito que nos da nuestro Código Penal anterior para el Estado de Guanajuato como conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible, sin duda representa en gran medida la definición dogmática del delito, nos muestra claramente que el elemento básico objetivo conducta debe de tener determinadas características para que sea punible, entonces tendremos una conducta caracterizada para ser punible, es decir para poder imponer una pena.

Esta definición constituye el objeto de estudio de la teoría del delito y en dicha definición encontramos elementos objetivos como son: la conducta, la tipicidad y la antijuricidad; y como elementos subjetivos la imputabilidad, la culpabilidad.

Por lo que respecta a la punibilidad todavía en la actualidad existe la controversia dogmática de que si es un elemento esencial del delito o tan solo es su consecuencia; independientemente del desacuerdo entre los autores respecto a la punibilidad nosotros deberemos de considerarla tal y como nuestra ley lo

hace, es decir como elemento del delito, y si tuviéramos, que clasificar dicho elemento deberemos considerarlo como un elemento objetivo del delito.

Como ya dijimos y a la manera del maestro Sauer afirmamos que el delito tiene aspectos positivos que están constituidos por los elementos que conforman la definición del delito y por aspectos negativos respecto de cada uno de dichos elementos y ante la presencia de algún aspecto negativo se nulifica el correspondiente aspecto positivo, y faltará un elemento de definición y consecuentemente, no habrá delito.

Aspectos Positivos

Conducta

Tipicidad

Antijuricidad

Imputabilidad

Culpabilidad

Punibilidad

Aspectos Negativos

Falta o ausencia de conducta.

Atipicidad.

Causas de Justificación.

Causas de Inimputabilidad.

Causas de Inculpabilidad.

Excusas Absolutorias.⁷

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁷ Sauer Guillermo. citado por Castellanos. Supra (1), p. 134.

Hemos de decir que lo anterior o sea, los aspectos positivos o negativos del delito constituyen el objeto de estudio de la teoría del delito.

Como consecuencia que en el transcurso de la elaboración de este trabajo de investigación entro en vigencia a partir del primero de enero del año del 2002 el nuevo código penal sustantivo para el estado de Guanajuato, hemos de hacer la aclaración que la definición del delito considerada en el código penal sustantivo anterior como jurídico sustancial, que no era otra cosa más que la definición que en gran medida la dogmática penal alemana había considerado, adhiriendo límites al concepto del delito que actualmente ha desaparecido del texto legal, podemos afirmar, no obstante que dicha definición sigue implícita en el nuevo código penal sustantivo en el artículo 33, en donde podemos encontrar claramente todos y cada uno de los aspectos negativos del delito, lo que no sería comprensible si no se tuviese en cuenta el aspecto positivo de este fenómeno jurídico social.

1.5. TEORIA DEL DELITO Y ELEMENTOS OBJETIVOS.

1.5.1. CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

A la conducta, que es un elemento objetivo del delito, se le ha denominado de muy diversas maneras. Unos le han llamado acción, otros lo refieren como acto, otros más como hecho, pero no obstante ello, todos los autores

refiriéndose a este elemento básico del delito, consideran que para ser punible necesita tener las características de típica, antijurídica, imputable y culpable.

El maestro Franz Von Liszt define la conducta o acción como el movimiento corporal voluntario positivo ó negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.⁸

Para el maestro Fernando Castellanos es partidario de llamarle a este elemento objetivo conducta y no acción y es que a través de este vocablo se comprende a un comportamiento humano que como tal y dentro de él perfectamente podemos ubicar tanto a la acción que es la conducta considerada desde el punto de vista positivo, y a la omisión que es la conducta considerada desde el punto de vista negativo; ambas formas como comportamientos humanos como a la omisión como una verdadera forma de conducta, que como abstención se traduce en una omisión desde el punto de vista negativo de la conducta. Conducta para el maestro Castellanos es comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.⁹

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como quiera que sea la acción o conducta se traduce en un movimiento corporal que significa una tracción de los músculos, o bien en un no hacer como es la abstención pero ambas formas de conducta siempre deberán estar regidas

⁸ Liszt, citado por Moreno Hernández Moises. Conferencia de teoría del delito. Facultad de derecho.
⁹ Castellanos. Op. cit. Supra (1). p. 149.

por la voluntad que se traduce en el querer y que es definida por el maestro Sergio Vela Treviño como la capacidad de auto determinación del hombre.¹⁰

Esto indudablemente nos determina a pensar que solo el movimiento corporal que proviene de la voluntad o que es regido por la voluntad, es a lo que se le puede llamar conducta o acción, por lo tanto si existiere un movimiento corporal que no provenga de la voluntad a ello no será considerarlo como conducta.

La manifestación de la voluntad debe expresarse o manifestarse hacia el exterior a través de acciones u omisiones pero siempre regidas por la voluntad.

Este movimiento corporal voluntad puede representar inicialmente dos forma: La primera de ellas desde el punto de vista positivo que se traduce en un hacer en un llevar a cabo efectivo y que al violar una norma prohibitiva se nos traduce en una comisión: y la segunda desde el punto de vista negativo significa una abstención un no hacer, por lo que al violarse con ello una norma dispositiva que ordena o manda se nos traduce en una omisión.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹⁰ Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e inculpabilidad. Ed. Trillas. México. 1990. p. 183.

Como consecuencia de lo anterior existen dos clases de conducta, la primera de ellas le llamaremos acción que se traduce en una comisión al hacer lo prohibido por la norma; la segunda de ellas es la conducta por abstención, que al violar una norma prohibitiva se nos convierte en una omisión. Debemos hacer notar que la doctrina y en nuestro sistema se señala una tercera forma de conducta y es la comisión por omisión figura que surge al violarse una Norma dispositiva, que ordena o manda, con ello se viola a su vez una norma prohibitiva, y el ejemplo característico que nos hablan los autores es la muerte de un infante al no ser alimentado por los padres.

De lo anterior se deduce entonces que existen dos clases de normas jurídico penales, como son las normas prohibitivas, que como su nombre lo indica prohíben realizar una conducta; y normas dispositivas, que ordenan o mandan realizar una conducta.

Siguiendo la definición de Liszt, este movimiento corporal positivo o negativo, deberá ser desencadenante del proceso causal, lo cual significa que entre la voluntad y el resultado deberá existir un vínculo de causa a efecto; así también un vínculo de causa - efecto entre la conducta y el resultado, donde la conducta será la causa del efecto, considerándose al efecto como el resultado y a éste como la modificación del mundo exterior que lesionan en forma efectiva al bien jurídico tutelado, o bien lo pone en peligro es decir, en la posibilidad de sufrir un daño.

Por lo que respecta a la acción sus requisitos serán una manifestación de la voluntad hacia el exterior, un nexo causal y un resultado; y por lo que se refiere a la segunda forma; a la omisión, también encontraremos una manifestación de voluntad hacia el exterior, un no hacer lo que la norma ordena o manda, un nexo de causalidad y la no modificación del mundo exterior ordenada por la norma dispositiva.

1.5.2. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Hemos dicho que para que exista conducta o acción es indispensable que el movimiento corporal voluntario debe ser producto, de la voluntad, ya que si en el supuesto caso de que exista movimiento corporal ya sea positivo o ya sea negativo y ese movimiento corporal no corresponda al querer del sujeto, a la voluntad del mismo, no podremos hablar de conducta; por lo tanto en la realidad pueden existir movimientos corporales que no son producto de la voluntad y ante tales supuestos no podemos hablar de la existencia de una conducta ya que para ello el movimiento corporal debe de ser voluntario. En tales supuestos aparecen en la doctrina los casos en que a pesar de haber movimiento corporal no habrá conducta en virtud de que falta precisamente la voluntad y esto se le llama falta o ausencia de conducta.

Confirma a lo antes mencionado nuestra Ley Penal Sustantiva anterior, en su artículo 16 donde no establece los casos en que existe falta o ausencia de conducta como son. La *Vis Maior*, o fuerza mayor, la *Vis Absoluta* que también

es llamada fuerza física irresistible, así como el impedimento físico agregando nuestra ley, que en cualquier otro caso que no exista voluntad no existirá conducta.

El maestro Cardona Arizmendi afirma que la Vis Maior , la Vis Absoluta y el impedimento físico, están referidas a las fuerzas físicas que actúan sobre el sujeto, tanto la Vis Absoluta como la Vis Maior, compeliendolo a actuar; y el impedimento físico como un obstáculo insuperable para obrar.

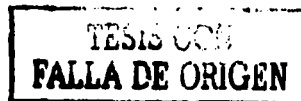
La diferencia que existe entre la Vis Maior y la Vis Absoluta , es que la primera proviene de la propia naturaleza, en tanto que Vis Absoluta o fuerza física irresistible proviene de otro ser humano.¹¹

Por lo que respecta al impedimento físico Cardona Arizmendi afirma que el impedimento físico para actuar puede derivar de un tercero, o de la naturaleza; pero que en ambos casos impide al sujeto actuar y por ende, debe ser necesariamente invencible.¹²

Al referirse nuestra ley a cualquier otro caso en que hay ausencia de voluntad podemos encontrar al sueño, sonambulismo, al hipnotismo, así como a los movimientos reflejos.

¹¹ Cardona. Op. cit. Supra. (6). p. 110.

¹² Idem.



Como podemos apreciar y a manera de síntesis nuestro código penal sustantivo anterior, establecía como causa o ausencia de conducta a la Vis Maior, a la Vis Absoluta y al impedimento físico, así como a cualquier otro caso en que se nulifique la voluntad. Al respecto nuestro código penal sustantivo actual vigente en el estado de Guanajuato establece en su artículo 33.- "El delito se excluye cuando: Fracción I.- "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente". En esta disposición quedan comprendidas todas las causas que originan la falta o ausencia de conducta que establecía el Código Penal Sustantivo anterior. Basta pues que el movimiento corporal positivo o negativo no corresponda a la voluntad porque de esta manera no exista la conducta; es decir que aunque haya movimiento corporal, pero este no tenga como causa la manifestación de voluntad no podemos hablar de que la conducta exista. Como se puede apreciar en esta disposición del Código actual, y así como se redacta en ella caben todas aquellas causas que nulifiquen la voluntad, sino que estén expresamente señaladas por la ley, creando así eximentes supra-legales.

1.5.3.TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

Como hemos dicho anteriormente para que una conducta pueda sancionarse con una pena es necesario que esta conducta sea típica.

La tipicidad es un elemento objetivo del delito, elemento que fue agregado por Beling a la definición de Liszt, y como ya lo hemos dicho anteriormente el

gran maestro del sistema clásico alemán definió al delito como acción, antijurídica y culpable. Beling afirma que el delito es acción, típica, antijurídica y culpable.

Los conceptos relativos a este elemento objetivo del delito y que debemos definir para una mayor comprensión son los siguientes: tipicidad, tipo, atipicidad, falta de tipo, y finalmente lo típico y típica.

Por tipicidad debemos entender la primera característica del delito para ser punible, como también el segundo elemento objetivo del delito y como tercera acepción por la tipicidad, debemos entender la adecuación de la conducta realizada por un sujeto a la descrita por tipo penal.

Tomando esto en consideración, existirá encuadramiento o adecuación de la conducta al tipo, cuando el movimiento corporal voluntario positivo o negativo reúna todos y cada una de los elementos objetivos y subjetivos que el tipo penal exige para que exista tipicidad.

Por tipo debemos entender, a la manera de Beling, como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito.

Por atipicidad se entiende que la conducta no encuadra en el tipo penal por faltar en ella alguno o algunos de los elementos objetivos o subjetivos que el tipo penal exija.

Por falta de tipo entenderemos como tal, que no existe en la ley el tipo penal, o sea que el legislador no ha definido como delito la conducta realizada, o sea, que no ha creado el tipo; y por típico o típica se entenderá el resultado del juicio de valor de la tipicidad, es decir que, habiéndose efectuado el estudio de la conducta para determinar, si reúne o no los elementos que el tipo penal exige y si el resultado de ello implica que por ende la conducta encuadra en el tipo diremos que la conducta es típica.

1.5.4. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

Los elementos que el tipo penal puede contener en su descripción en abstracto son dos clases: elementos objetivos y elementos subjetivos y dentro de estos los elementos normativos.

Hemos afirmado con anterioridad que en el tipo penal de Beling es un tipo avaloradamente neutro porque no se encontraba relacionado con juicios de valor de antijuricidad ni de la culpabilidad y objetivo por que solo contiene elementos objetivos.

Los elementos objetivos del tipo penal de Beling son los siguientes: conducta; resultado; nexo causal; especiales formas de ejecución; modalidades de lugar tiempo u ocasión; sujetos, que pueden ser de dos clases activo y pasivo y en ellos hay que ver calidad y número; objeto material objeto jurídico.

Dentro de los elementos objetivos encontramos a la conducta que ya la hemos definido como movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante de proceso causal que modifica el mundo exterior o bien como comportamiento corporal voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.

El resultado que es la modificación del mundo exterior que se traduce en la lesión o en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

El nexo causal es el vínculo de causa-efecto que debe existir entre la voluntad y la conducta y entre ésta y el resultado.

Por lo que respecta a las especiales formas de ejecución estas están referidas a los medios comisivos, es decir que para poder tipificar es necesario que la conducta se desarrolle a través del medio comisivo que el tipo penal exige, por ejemplo; la violencia física o moral para imponer cópula y de esta manera tipificar el delito de Violación.

En relación con las modalidades de lugar y tiempo u ocasión, debemos decir que algunos tipos penales exigen, que la conducta se lleve a cabo en un lugar determinado, de tal manera que si la conducta no se desarrolla en el lugar que el tipo penal exige, no podemos estar tipificando; un ejemplo lo tenemos en el tipo penal de asalto en donde la conducta debe desarrollarse en paraje solitario o despoblado. En relación con los modalidades de tiempo, algunos tipos penales,

exigen que la conducta se debe desarrollar en un tiempo determinado, si no se desarrollo en el tiempo que el tipo penal exige, no podemos estar tipificando y el ejemplo característico lo tenemos, en el tipo penal de infanticidio donde la muerte del infante se debe de provocar al momento de nacimiento o dentro de las 72 horas siguientes. Como modalidad de ocasión lo ejemplificaremos en el tipo penal de Homicidio Calificado en la alevosía cuando se sorprende dolosamente a alguien anulado su defensa.

En relación a los sujetos que son las personas que intervienen en un delito como sujeto activo o como sujeto pasivo, debemos decir que sujeto activo es la persona que desarrolla la conducta delictuosa; mientras que el sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico tutelado. Por lo regular siempre coinciden el sujeto pasivo con el ofendido, siendo este último la persona que reciente la conducta delictuosa y que solamente en el delito de Homicidio existe distinción entre estos dos conceptos, o sea que en el delito de Homicidio el sujeto pasivo es el muerto y los ofendidos son los parientes de éste.

Como hemos dicho por lo que respecta a los sujetos activos y pasivos, deberemos ver la calidad y el número; por lo que se refiere a la calidad algunos tipos penales exigen, para poder tipificar, que el sujeto activo tenga una calidad determinada, cosa que también sucede con el sujeto pasivo en algunos casos; de esta manera tenemos calidades como son la calidad de ser padre, la calidad de ser madre, cónyuge, hermano, concubina, trabajador del Estado, es decir que si el sujeto activo o el sujeto pasivo no reúne esta calidad que el tipo penal exige no

podemos tipificar. Por ejemplo en el delito de infanticidio; en el de homicidio en razón del parentesco o relación y en el delito de peculado; y por lo que se refiere al número, algunos tipos penales exigen una pluralidad en el sujeto activo como lo es en el tipo penal de asociación delictuosa que se requieren dos o más sujetos.

El objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa en tanto que el objeto jurídico es el bien jurídico tutelado que se traduce en el interés social jurídicamente protegido; en relación con esto podemos decir que cuando se comete un delito además de afectar al sujeto pasivo y al ofendido, se está afectando a la sociedad, ya que se ha dicho que a la sociedad le interesa vivir pacíficamente y le interesa todos sus miembros tengan vida, libertad y estén íntegros mental y físicamente además que tengan su patrimonio y todo ello para alcanzar sus fines y propósitos dentro del grupo social o colectividad.

1.5.5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO PENAL.

Los elementos subjetivos del tipo penal fueron descubiertos por Mayer en 1915, quien descubrió una especial subjetividad, en los tipos y les llamo especiales elementos subjetivos del tipo y como tales y entre otros, podemos mencionar los siguientes: ánimos, propósitos, fines, saberes y conocimientos; además dentro de estos elementos subjetivos del tipo, nos encontramos los elementos normativos a los que hace alusión Edmundo Mezger y que consisten en juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del juez; pero siempre

tomándose en cuenta lo que por ellos se entiende en la colectividad y entre otros, podemos mencionar los siguientes: honor, castidad, honestidad, la ajeneidad de la cosa, la posesión, la propiedad.¹³

1.5.6. CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES.

El maestro Fernando Castellanos hace una clasificación, de los tipos penales afirmando en su obra lineamientos elementales de Derecho Penal donde existen tipos normales, anormales; entendiendo como tipos normales, la descripción en abstracto de la conducta que solamente contiene elementos objetivos y el ejemplo característico lo tenemos en el delito de Homicidio; en tanto que los tipos penales anormales son aquellos que además de exigir en su descripción elementos objetivos, también exigen elementos subjetivos y como ejemplo característico tenemos al tipo penal de homicidio en razón del parentesco, así como el tipo penal de infanticidio; ya que el primero exige el conocimiento de la relación del parentesco y el segundo exige como elemento subjetivo el ocultamiento de la deshonra.

También existen tipos penales fundamentales, o básicos, los cuales no necesitan ningún otro tipo penal para su existencia, dando origen a grupos de tipos penales que protegen el mismo bien jurídico tutelado y así tenemos como

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹³ Moreno Hernández. Conferencia teoría del delito. Facultad de derecho. Universidad de Guanajuato. Agosto. 1991.

ejemplo característico el tipo penal de homicidio, del cual derivan todos los demás tipos que protegen la vida humana.

Estos tipos fundamentales pueden ser de dos clases, y así tenemos los tipos penales complementados que se integran con el básico o fundamental agregándoseles una peculiaridad o característica propia con la cual complementan o completan al básico fundamental, estos tipos penales siempre suponen la presencia del básico fundamental pero no la excluyen; los podemos identificar porque aparecen en el Código Penal muy cerca del básico o fundamental incluso aparecen en el mismo capítulo del tipo básico fundamental y como ejemplo de ello tenemos por lo que respecta al tipo penal de homicidio, al homicidio en riña, homicidio calificado, homicidio consentido.

Por lo que respecta a los tipos penales especiales éstos contienen más circunstancias, más peculiaridades o más características que no obstante de provenir del tipo básico fundamental, por su especialidad, excluyen la aplicación del básico, para que de esta manera sean aplicados por su especialidad en atención al principio que determina que la norma especial excluye en su aplicación a la norma general; estos tipos penales aparecen en el Código Penal mucho más distantes del básico fundamental, incluso se encuentran establecidos en un capítulo aparte del básico fundamental, teniendo además un nombre especial. Como ejemplo característico tenemos al tipo penal de homicidio en razón del parentesco, al aborto y al infanticidio.

Tanto los tipos penales especiales y complementados pueden ser agravados y privilegiados según tengan señalada una penalidad mayor o menor respecto del tipo básico o fundamental.

También existen tipos penales de Formulación casuística refiriéndose con esto a los medios comisivos que algunos tipos penales pueden contener, de esta manera pueden ser de formulación casuística acumulativa y alternativa.

Los de formulación casuística alternativa establecen dos o más medios comisivos a través de los cuales se puede tipificar, es decir que basta que la conducta se haya realizado a través de un medio comisivo de cualquiera de los establecidos por el tipo, para entonces poder tipificar, el ejemplo característico lo tenemos en el tipo penal de violación en donde la imposición de la cópula para poderse tipificar, debe ser a través de la violencia física; o a través de la violencia moral, bastando entonces cualquiera de los medios comisivos para que se tipifique el delito de violación.

Por lo que respecta a los de formulación casuística acumulativa, también el tipo penal establece dos o más medios comisivos pero a diferencia de los tipos penales alternativos, en los de formulación casuística acumulativa la conducta tendrá que desarrollarse a través de todos los medios comisivos que el tipo penal exige.

Los tipos penales de formulación amplia no establecen ningún medio comisivo de tal manera que la conducta se puede desarrollar por cualquier medio para poder tipificar y como ejemplo característico de esto tenemos al tipo penal de homicidio que no exige ningún medio comisivo por lo que la conducta de matar podrá llevarse acabo a través de cualquier medio, como por ejemplo con arma de fuego, con arma blanca, a golpes, etc.

También existen tipos penales de daño y peligro, los primeros exigen la lesión efectiva al bien jurídico tutelado; es decir que el resultado sea la modificación del mundo exterior; y que esta modificación lesione al bien jurídico tutelado y como ejemplo característico tenemos al tipo penal de homicidio; por lo que respecta a los tipos penales de peligro, en ellos basta que el bien jurídico tutelado se haya puesto en la posibilidad de sufrir una lesión y como ejemplo característico tenemos al tipo penal de ataque peligroso y al disparo de arma de fuego.¹⁴

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹⁴ Castellanos.Op.cit.Supra (1).p.p.135.

1.5.7. ASPECTOS NEGATIVOS DE LA TIPICIDAD.

El aspecto negativo de tipicidad tiene lugar, como ya se dijo con anterioridad, cuando la conducta no encuadra en el tipo penal como consecuencia de que le faltan o que no se confirman en ella los elementos tanto objetivos como subjetivos, que el tipo penal exige. Al respecto la fracción segunda del artículo 33 del nuevo código penal sustantivo vigente para el estado de Guanajuato, determina como eximente de responsabilidad y como causa de exclusión del delito: " la falta de algunos de los elementos del tipo penal de que se trate"; lo cual indica que no hay variación al aspecto negativo de la tipicidad. No obstante lo anterior debemos de mencionar que nuestro código actual habla de los elementos del tipo en tanto que nuestra constitución, la ley suprema, nos habla del cuerpo del delito, cuestión que ya hemos tratado con anterioridad pero que no esta por demás mencionar lo que establece el artículo 158 de nuestro código de procedimientos penales para el estado de Guanajuato en su párrafo segundo, en donde se determina que:"se entenderá por cuerpo del delito, el conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a su definición legal." Como se puede apreciar nuestra ley adjetiva habla del conjunto de elementos que su integración requiera de acuerdo a su definición legal, entendiéndose por definición legal precisamente al tipo penal como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera como delito; es decir que para poder tipificar se requiere que la conducta reúna todos y cada uno de los elementos que el tipo penal exige, ya sea objetivos, subjetivos o normativos, por lo cual a través

de la tipicidad se demuestra la existencia del cuerpo del delito, subsanándose así cualquier contradicción que pudiese existir entre nuestro código penal sustantivo y la constitución de los estados unidos mexicanos.

1.6. ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA.

La antijuricidad podemos afirmar que es el tercer elemento objetivo del delito y la segunda característica para que la conducta pueda ser punible; también lo podemos señalar como un juicio de valor con el que vamos a determinar si la conducta desde el punto de vista exterior es contraria o no al orden jurídico.

La antijuricidad podemos decir que es lo contrario a derecho, sin embargo técnicamente se ha definido, como la relación de contradicción, entre la conducta típica y el orden jurídico, relación de contradicción que necesariamente se tendrá que dar cuando la conducta típica no se encuentre amparada con una causa de justificación.

Como ya hemos dicho con anterioridad Ernesto Mayer empezó a darle a la tipicidad un carácter indiciario de la antijuricidad y con su "Ratio Cognocendi" afirmaba que toda conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación; en tanto que Edmundo Mezger relacionó totalmente la tipicidad con la antijuricidad afirmando con su ratio essendi que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación.

Como se puede apreciar en las dos posiciones se establece la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden normativo, sujetándose ambas posiciones al juicio de valor de la antijuricidad, ya que si la conducta típica se encuentra bajo el amparo de una causa de justificación, dicha conducta no obstante de ser típica no se puede considerar antijurídica, precisamente por haberse desarrollado con la justificante o con la permisión que la propia ley establece; por ello la conducta típica solamente podrá considerarse antijurídica cuando no obre sobre ella una causa de justificación.

Hemos de recordar aquí también y a la manera de Binding que la conducta cuando se adecua al tipo penal no esta violando la ley penal, si no lo que realmente se viola es la norma, que subyace en el tipo considerándose a la conducta desde el punto de vista externo, y como producto de la voluntad del sujeto activo al delito.¹⁵

Franz Von Liszt afirma que la antijuricidad puede apreciarse de dos puntos de vista el punto de vista formal que indica que la conducta será formalmente antijurídica cuando implique la transgresión a una norma establecida por la ley; en tanto que la conducta será materialmente, antijurídica cuando signifique contradicción, a los intereses colectivos de la sociedad.¹⁶

1.6.1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹⁵ Binding. Citado por Castellanos. Ibidem. p. 178-180

¹⁶ Liszt. Citado por Castellanos. Ibidem. p. 181.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad, por lo tanto, una conducta típica que se encuentre amparada con una causa de justificación dicha conducta, no será antijurídica sino que ante tales circunstancias la conducta antijurídica se justifica y consecuentemente será una conducta totalmente lícita, anulando de esta manera la antijuricidad.¹⁷

El artículo 33 de nuestro Código Penal Sustantivo anterior al vigente en nuestro estado, señalaba como causas de justificación, las siguientes:

a) CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.-

La fracción I del artículo 33 del Código Penal para nuestro Estado determina que el hecho se justifica cuando se comete con el consentimiento valido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares; esta causa de justificación se basa en el principio, de la ausencia de interés, en una manifestación de voluntad del sujeto pasivo para que el sujeto activo del delito afecte el bien jurídico tutelado que está en disposición del sujeto pasivo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹⁷ Cardona. Op.cit. Supra (6). p.p. 156-162.

Como se puede apreciar el consentimiento para que surta sus efectos como causa de justificación, y debe ser una manifestación de voluntad del sujeto pasivo que como tal debe reunir los siguientes requisitos: debe provenir del titular del bien jurídico tutelado; debe versar sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular; debe provenir de una persona, que esté mentalmente sana y por último que esa voluntad no este viciada. Nuestra ley no determina cuales son los bienes jurídicos tutelados que se encuentran a disposición de sujeto pasivo y en relación a los cuales puede operar esta causa de justificación, sin embargo, en la doctrina han sido señalados como tales la integridad corporal respecto a las lesiones recibidas en los deportes, también por lo que respecta a las lesiones recibidas como consecuencia de una operación quirúrgica incluso respecto de las lesiones recibidas en la cirugía plástica.

b)LEGÍTIMA DEFENSA.-

La fracción II del artículo 33 de nuestro Código Penal establece la causa de justificación de la legítima defensa del bien jurídico propio o ajeno contra agresión ilegítima actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla. Esta causa de justificación se basa en el principio del interés preponderante y consiste en un obrar que quiere decir actuar en contra de una agresión injusta e ilegítima actual o inminente que tiende a afectar bienes jurídicos propios o ajenos. Esta agresión ilegítima que quiere decir injusta, fuera de todo derecho debe ser actual o inminente, lo que se traduce en un ataque en un momento presente o bien inminente o sea que está por

sucedier prontamente; ataque ilegítimo que podrá ser repelido o impedido por ese obrar o actuar en defensa de los bienes jurídicos tutelados propios o ajenos con la salvedad que debe existir necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla. Dicha agresión injusta e ilegítima debe ser además en el momento mismo de que se efectúe la agresión o de que tenga lugar la inminencia y nunca en un momento posterior, supuesto que de ser así no estaríamos en una legítima defensa sino ante la presencia de una venganza.¹⁸

c) ESTADO DE NECESIDAD.-

El estado de necesidad como causa de justificación se encuentra en la fracción III del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, la cual establece: cuando en situaciones de peligro para un bien jurídico propio o ajeno se lesione otro bien para evitar una mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1).- Que el peligro sea actual o inminente;
- 2).- que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;
- 3).- que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

¹⁸ Castellanos.Op.cit.p.p.194-196.

De la lectura de esta disposición se infiere que el estado de necesidad obra como justificante cuando se lesiona un bien jurídico para salvar a otro que se encuentra en la posibilidad de sufrir una lesión, hemos de hacer mención que la lesión al bien jurídico que se afecta es precisamente para evitar un mal mayor es decir, que para que obre esta justificación, se va a lesionar un bien de menor valor para salvar otro bien de mayor valor, solo así podemos entender al estado de necesidad y naturalmente, para que opere esta justificante se tendrán que reafirmar en la conducta los requisitos que establece la mencionada disposición que estamos comentando.

d) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.-

La fracción IV del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato señala que para que obre esta justificante la conducta tendrá que desarrollarse en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un legítimo derecho es decir cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, que necesariamente tendrán que estar establecidos en la ley.

Respecto al aspecto negativo de la antijuricidad nuestro código penal sustantivo actual en el estado de Guanajuato, no hace cambio alguno pues establece las mismas causas de justificación que determinaba el código penal sustantivo anterior y así tenemos que en el artículo 33 de este nuevo código penal, en su Fracción III se establece el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho; en la Fracción IV se establece el consentimiento válido del sujeto

pasivo; y en la Fracción V se encuentra la legítima defensa y en la Fracción VI se establece el estado de necesidad.

1.7. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

1.7.1. IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

Corresponde ahora hacer el estudio de la parte subjetiva del delito, es decir, que después de haber efectuado un breve análisis de lo que es la conducta, la tipicidad y la antijuricidad, con los cuales se valora a la conducta desde el punto de vista exterior; con los elementos subjetivos del delito el estudio se encamina al intelecto del sujeto; porque una conducta, para que sea punible también debe ser imputable.

La imputabilidad ha sido definida como la capacidad de entender y de querer y de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión, es indudable que un sujeto será imputable cuando esté sano mentalmente y sea mayor de edad que en nuestro caso será mayor de 16 años.

Nuestro Código Penal anterior para el Estado de Guanajuato, trata a la imputabilidad desde su punto de vista negativo es decir que nuestro Código habla de inimputabilidad, y se es inimputable, por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia, por perturbación grave de conciencia sin base patológica y por desarrollo Psíquico incompleto o retardado. Como podemos ver

básicamente se trata de la perturbación de la conciencia, entendiéndose, por esta a la facultad mental que le permite al ser humano relacionarse con el exterior, que permite conocer, que le permite querer, que le permite comprender la ilicitud del hecho y le permite comportarse al sujeto de acuerdo con su comprensión.

Un sujeto imputable es un individuo totalmente apto para responder de sus actos ante el Derecho Penal, es un ser, como ya se dijo, sano mentalmente y como consecuencia de ello, sabe lo que hace perfectamente.

El aspecto negativo de la imputabilidad lo es precisamente la inimputabilidad y las causas que originan el aspecto negativo de este elemento subjetivo del delito se encuentra en el artículo 35 del Código Penal Sustantivo anterior del Estado de Guanajuato, mismas que mencionamos con anterioridad agregando en este momento, como inimputables a los menores de 16 años y también señalamos como inimputables aquellos sujetos que hayan ingerido alcohol o drogas siempre y cuando a ingestión o el uso haya sido involuntario o por error.¹⁹

¹⁹ Cardona.Op.cit.p.p.180-184.

En relación con este aspecto negativo de la imputabilidad debemos de decir que nuestro Código Penal Sustantivo actual no hace ningún cambio en las causas de inimputabilidad establecidas en el Código Penal Sustantivo anterior, por lo tanto el aspecto negativo de este elemento subjetivo del delito como lo es la inimputabilidad siguen siendo la perturbación grave de conciencia por causa de enfermedad mental; el desarrollo psíquico incompleto o retardado, así como la perturbación de la conciencia sin base patológica; también serán inimputables los menores de 16 años y los que hubiesen ingerido bebidas alcohólicas, estupefacientes, psicotropicos sin su libre voluntad o por error invencible.

1.7.2. CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

La culpabilidad es otro elemento subjetivo del delito y para poderla definir existen dos grandes teorías, la primera de ellas es la teoría Psicologista y la segunda de ellas es la teoría Normativista.

1.7.3. TEORIA PSICOLOGISTA DE LA CULPABILIDAD.

Esta teoría afirma que la culpabilidad es una relación Psicológica que se establece entre el sujeto y su resultado, teoría que pertenece al sistema clásico de la dogmática Penal del maestro Franz Von Liszt. Esta teoría psicologista determina entonces que para poder declarar culpable aun sujeto bastaba solamente que el sujeto imputable hubiese obrado con dolo o con culpa que son las dos formas de culpabilidad o relaciones psicológicas que unen al sujeto con su

resultado. Bastaba pues demostrar que el sujeto era imputable y que había obrado con dolo o con culpa para entonces afirmar su culpabilidad y consecuentemente aplicarle una pena.

Por lo anterior se afirma que la culpabilidad clásica a través de la teoría psicologista, se estructura con la inimputabilidad como presupuesto y las dos formas de culpabilidad o relaciones psicológicas como lo son el dolo y la culpa.

Entonces para esta teoría psicologista la culpabilidad es un juicio de valor es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable y que por lo mismo tiene la posibilidad de comportarse de acuerdo a lo que la norma le exige y no obstante ello se comporta de manera diferente a través del dolo y la culpa se relaciona con la norma y se le finca el juicio de reproche declarándolo culpable. De esta manera Franz Von Liszt resuelve el problema del sistema clásico respecto de la culpa conciente o sin previsión en la cual no encontraban el nexo psicológico entre el sujeto y su resultado, problema que resuelve relacionando al sujeto con la norma por no prever lo que era previsible.

1.7.4. TEORIA NORMATIVISTA DE LA CULPABILIDAD.

Esta teoría afirma a través del maestro Von Frank, que la culpabilidad es un juicio de valor, es un juicio de reproche que es una reprobación que se le hace al sujeto por haber obrado en contra de la norma. Hemos dicho que norma es una regla de conducta de observancia obligatoria, hemos dicho que existen normas

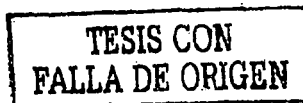
jurídicas penales que prohíben realizar una conducta o bien que ordenan o mandan realizar una conducta, de tal forma que al sujeto que es imputable, que es sano mentalmente se le exige que observe la prohibición o mandato que establece la norma y no obstante de tener esa posibilidad, obra de manera diferente a través del dolo o de la culpa y precisamente por eso el sujeto se relaciona con la norma y se le finca el juicio de reproche, de ahí entonces la denominación de teoría normativa de la culpabilidad, que pertenece al sistema neoclásico de la dogmática Penal alemana.

La culpabilidad neo – clásica, se estructura con la imputabilidad, Dolo, Culpa, y la exigibilidad que es el nuevo elemento que origina el sistema neo – clásico de la dogmática penal alemana.²⁰

1.7.5. CLASES DE CULPABILIDAD.

Hemos dicho nosotros que la culpabilidad según la teoría Psicológica consiste en una relación Psicológica entre el sujeto y su resultado que esas relaciones Psicológicas son el dolo, la culpa y en nuestro sistema la preterintención.

1.7.6. DOLO.



²⁰ Castellanos.Op.cit.p.p.234-237.

El dolo es la primera forma de la culpabilidad y el maestro Cuello Calón lo define: como el actuar, conciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico y que los elementos que constituye esta primera forma de culpabilidad, son un elemento ético que se traduce en la conciencia de que se quebranta al deber y otro volitivo o Psicológico que consiste en la voluntad de realizar el acto o sea el querer del hecho típico. Entonces por dolo debemos entender la voluntad o la intención a la realización de la conducta y al querer del resultado.

1.7.7. CLASES DE DOLO.

El maestro Fernando Castellanos Tena, afirma que en la doctrina existen cuatro clases de dolo, El dolo directo, Dolo indirecto, Dolo Indeterminado y Dolo eventual.

a)Dolo Directo:

En el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado, y lo quiere, por lo que hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado.

b) El Dolo Indirecto:

Al que también se le conoce como dolo de consecuencias necesarias en el cual el sujeto actúa queriendo un resultado principal, teniendo la certeza de que va haber otros resultados más.

c) El Dolo Indeterminado:

Al que el maestro Castellanos, lo define como la intención genérica de delinquir sin proponerse un resultado delictivo en especial, éste es el dolo del terrorista.

d) La otra clase de Dolo es el Eventual:

En este se quiere un resultado principal pero se prevé la posibilidad de que surjan otros resultados además del querido.

Como podemos ver la diferencia que existe entre el dolo indirecto y el dolo eventual es que en el dolo indirecto se tiene la certeza de que se van a producir otros resultados además del querido, y en el dolo eventual solo se prevé la posibilidad que se produzcan otros resultados además del querido.²¹

Nuestro Código Penal Sustantivo anterior para el Estado de Guanajuato en su artículo 41 establece que obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito, así como quien lo acepta previéndola por lo menos como posible.

Esta definición indudablemente que se esta refiriendo a dos clases de dolo el primero de ellos que es el directo que se encuentra comprendido en nuestra ley al establecer en la disposición mencionada: " que obra con dolo quien quiere la realización del hecho legalmente descrito " ; y el segundo es el dolo eventual al

²¹ Op.cit.p.p.239-241.

establecer nuestra ley: " así como quien lo acepta previéndolo por lo menos como posible " .²²

1.7.8. LA CULPA.

Esta es la segunda forma de culpabilidad y nuestra ley la define estableciendo: "que obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito por inobservancia del cuidado que se tiene que observar para vivir en la colectividad".

Existen dos clases de culpa la primera es la culpa consciente o con previsión y la segunda es la culpa inconsciente o sin previsión.

La culpa consciente o con previsión, cuando el sujeto provee la posibilidad de un resultado típico, resultado que no es querido y que incluso confía en su pericia y abriga la esperanza de que no ocurrirá y sin embargo no hace nada para moderar su conducta; hay representación de la conducta y representación de la posibilidad del resultado, pero éste no se quiere, más bien se tiene la esperanza de que no se producirá.²³

La culpa inconsciente o sin previsión, en esta clase de culpa no se prevé, lo que es previsible, el sujeto no prevé que puede existir un resultado ilícito penalmente relevante, el sujeto no prevé nada; existe voluntariedad de la

²² Ibidem.p.249.

²³ Cardona Arizmendi.Código penal comentado. 3ª. Ed.Orlando Cardenas 1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conducta causada pero no hay representación del resultado de la naturaleza previsible.

1.7.9. PRETERINTENCIÓN.

La preterintención para nuestro Código Penal anterior es una tercera forma de culpabilidad y existe cuando el resultado va más allá de lo que el sujeto quiere con su movimiento corporal esta especie de culpabilidad no existe en el sistema penal alemán y tiende a desaparecer en nuestro sistema penal mexicano como consecuencia de que es una forma que empieza con dolo y termina con culpa por lo tanto se le considera una forma culposa de cometer un hecho ilícito.

En ese sentido nuestro Código Penal Sustantivo actualmente vigente para el estado de Guanajuato, suprime acertadamente la existencia de esta tercera forma de culpabilidad como lo es la preterintención, sirviendo de aplicación los razonamientos expresados en este punto.

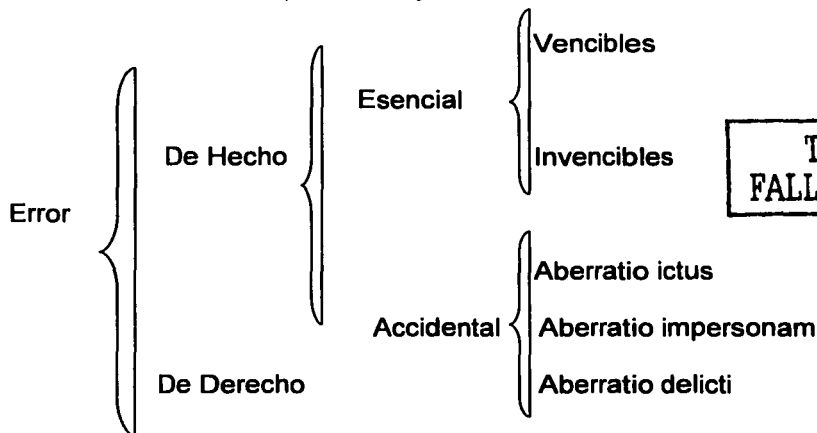
1.7.10. INCULPABILIDAD.

Hemos afirmado que todo el aspecto positivo del delito tiene un aspecto negativo, por lo que el elemento subjetivo del delito como lo es la culpabilidad, no es la excepción, es decir que la culpabilidad al igual que todos los otros elementos del delito también tiene su aspecto negativo que consiste precisamente en las causas de inculpabilidad.

Las causas de inculpabilidad son dos error y la coacción; el primero afecta el elemento intelectual que es el conocer y la coacción afecta al elemento Volitivo que es el querer.

1.7.11. EL ERROR.

El error es la falsa apreciación de la realidad, es lo contrario a la verdad, y si por verdad entendemos la adecuación de un conocimiento con un objeto, ante el error, por no conocer bien, no habrá el conocimiento. El error es el falso conocimiento de la verdad, es un conocimiento incorrecto; es la falsa apreciación de la realidad. existen dos clases de error; el primero es el error de hecho y el segundo es el error de derecho. El error puede ser de dos clases de hecho y de derecho. El error de hecho a su vez puede ser esencial y accidental; el esencial puede ser vencible e invencible y dentro del error de hecho accidental tenemos al aberratio ictus, aberratio impersonam y el aberratio delicti.



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Cuando definimos al error en realidad nos estamos refiriendo el error de Hecho esencial, como la falsa apreciación de la realidad, como lo hemos expresado afecta al elemento intelectual de la culpabilidad que es el conocer, este error puede ser de dos clases: el error de hecho esencial vencible y el error de hecho esencial invencible. El primero en él, existe la posibilidad de que el sujeto pueda liberarse de la falsa apreciación de la realidad, esta clase de error elimina al dolo pero deja subsistente la culpa; en cambio el segundo el error de hecho esencial invencible, en el no existe la posibilidad de que el sujeto se libere de la falsa apreciación de la realidad; esta clase de error elimina el dolo y también elimina la culpa y es precisamente el único y verdadero error o clase de error que constituye la eximente de responsabilidad.

El error accidental da lugar a tres figuras como son el *Aberratio Ictus*, el *Aberratio Impersonam* y el *Aberratio Delicti*.

En el primero representa el error en el golpe se da cuando el resultado no es precisamente el querido, hay error en el golpe cuando el sujeto activo queriendo matar a una persona, hierra en el golpe y mata a otro diferente, no confunde a las personas; en el *aberratio impersonam* al sujeto confunde a una persona con otra, de tal manera que queriendo matar a un sujeto, lo confunde con otro y mata al equivocado; y el *aberratio delicti*, el sujeto cree que esta cometiendo un delito

determinando y sin embargo esta cometiendo otro diferente. Estas tres clases de error no constituyen eximente alguna.²⁴

Por lo que se refiere al error de derecho este representa la ignorancia de la ley, es decir que el sujeto desconoce la prohibición establecida por la ley, y de esta manera delinque. Esta clase de error en nuestro Código Penal anterior de ninguna manera representa eximente de responsabilidad por disposición expresa en el artículo 10 del Código Penal Sustantivo que determina: " A nadie servirá de excusa la ignorancia de la ley penal ". Esta disposición desaparece en nuestro Código actual, pues como mencionamos más adelante, el error de derecho o error de prohibición, actualmente es una eximente de responsabilidad que genera inculpabilidad.

Como hemos afirmado con anterioridad el único error que verdaderamente produce el aspecto negativo de la culpabilidad lo es precisamente el error de hecho esencial invencible que elimina el dolo y también elimina la culpa.

Respecto al error como una causa de inculpabilidad, el artículo 44 del Código Penal Sustantivo anterior en nuestro estado de Guanajuato; define.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

²⁴ Castellanos.Op.cit.p.p.265-268.

No obra con dolo quien al realizar el hecho legalmente descrito, incurre en error respecto de algún elemento de tal descripción. Si el error se debe a la culpa, se sancionará a tal título, cuando el hecho admita esa forma de realización.

Las mismas reglas se aplicará a quien suponga erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

La otra forma de inculpabilidad lo es precisamente la coacción que como ya se dijo afecta al elemento volitivo de la culpabilidad, es decir afecta al querer, y no es otra cosa mas que el uso de la fuerza físico, o moral que se ejerce sobre un sujeto para que haga lo que no quiere hacer; ante el uso de la fuerza existe voluntad pero es una voluntad que se encuentra coaccionada, que se encuentra constreñida por el uso de la fuerza física o moral, la voluntad en tales circunstancias se encuentra constreñida y se hace lo que no se quiere hacer; ante tales circunstancias el que sufre la coacción su voluntad se encuentra forzada, existe voluntad pero como ya se dijo esta viciada y consecuentemente se genera la inculpabilidad pues ante la amenaza de sufrir algún daño en los bienes jurídicos tutelados propios o ajenos se realiza la conducta que no se quiere realizar.

" En el artículo 45 del Código Penal anterior del Estado de Guanajuato determina respecto de la coacción ".

"No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigirsele una conducta diversa ".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como podemos apreciar nuestro Código Penal Sustantivo anterior establecía como causas de inculpabilidad el error y la coacción. Respecto del error este se hacía consistir en el error de hecho que podía ser de dos formas el vencible y el invencible. El error de hecho esencial vencible dejaba subsistente la culpa y anulaba el dolo y por lo que respecta al error de hecho esencial invencible , éste eliminaba el dolo y la culpa, constituyendo así el único error que generaba la eximente de responsabilidad, por lo que respecta a la inculpabilidad. Así mismo se establecía la coacción que no era otra cosa que el uso de la fuerza física o moral que constriñe la voluntad.

En nuestro Código Penal Sustantivo actual las cosas han cambiado ya no se establece como causas de inculpabilidad el error de hecho esencial invencible ni la coacción, ahora se habla del error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integra el tipo penal y esto no es otra cosa más que el error de tipo, que consiste en la falsa apreciación de los elementos que integran el tipo penal.

Así mismo se establece el error invencible respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o porque crea que esta justificada su conducta lo cual trae como consecuencia la existencia, como eximente de responsabilidad, o como causa que excluye al delito y que genera inculpabilidad, al error de prohibición por desconocimiento de lo establecido por la ley penal en sus alcances y en sus causas de justificación. Todo esto se encuentra establecido en la fracción VIII inciso a, inciso b del Código

Penal Sustantivo actual, estableciéndose además los errores de tipo y los de la ignorancia de la ley vencibles estableciéndose en el artículo 15 y en relación con la fracción VIII inciso a del artículo 33, donde nos señala que si el error de tipo es vencible se impondrá la punibilidad del delito culposo siempre y cuando el hecho delictuoso admita la forma culposa de realización. En artículo 16 nos habla que por lo que respecta a la ignorancia de la ley si el error es vencible se aplicará una punibilidad hasta una tercera parte por el delito de que se trate.

1.8.PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

Como lo hemos expresado ya la definición del delito establecido por nuestra ley nos representa una conducta con varias características, siendo éstas las que nos indican cuando una conducta debe de ser punible.

A la punibilidad se le ha definido de muy diversas maneras así el maestro Castellanos nos dice que es el merecimiento de una pena, es la calidad de una conducta que se hace merecedora a una pena; también se ha dicho que es la conminación estatal de imposición de sanciones penales; o bien dicho la aplicación fáctica de las penas.²⁵

La punibilidad representa en la dogmática penal, una controversia que no se ha podido solucionar, pues hay autores que afirman que la punibilidad es un

²⁵ Castellanos.Op.cit.275.

elemento esencial del delito, en tanto que otros autores afirman que no es así, si no que la punibilidad es tan solo la consecuencia del delito.

Los autores que afirman que la punibilidad es la consecuencia del delito, lo hacen argumentando que a diferencia de las demás eximentes que nulifican el correspondiente aspecto positivo del delito y que por lo mismo al faltar un elemento de definición no habrá delito, la punibilidad a través de las excusas absolutorias lo único que nulifica es precisamente la pena, o sea que las excusas absolutorias lo que hacen es que al delito no se le imponga una pena, quedando firmes todos los demás elementos del delito, o sea que no obstante que existe delito lo que no se va a aplicar ante la excusa absolutoria es la pena. Ante la excusa absolutoria el delito existe lo que no se aplica es precisamente la pena.

También se ha afirmado que la punibilidad es el señalamiento de una pena que va de un mínimo a un máximo este señalamiento de las penas se encuentra en los tipos penales.

CAPITULO SEGUNDO

EL PROCEDIMIENTO PENAL EN GENERAL

2.1. PROCEDIMIENTO PENAL.

El procedimiento penal ha sido definido por el maestro Rivera Silva como un conjunto de actividades reglamentadas en donde intervienen dos clases de autoridades, y por lo mismo podemos decir que el procedimiento penal, de una manera muy general esta formado, de dos grandes fases, en la primera de ellas interviene como autoridad el Ministerio Público, que por cierto es una autoridad administrativa perteneciente al poder ejecutivo; y en la segunda fase interviene la autoridad jurisdiccional. Estas dos grandes fases se encuentran unidas de tal manera que no pueden separarse y por lo mismo como están a cargo de autoridades diferentes, a todo ese gran conjunto de actos jurídicos, procesales se le ha llamado procedimiento penal, que tiene por finalidad la imposición de las penas, en la aplicación del Derecho Penal Sustantivo, a todos aquellos sujetos que habiendo desarrollado una conducta delictuosa y que siendo imputables han sido declarados culpables y por consiguiente se hacen acreedores a la pena establecida en el tipo penal que corresponda;²⁶ también podemos decir que el procedimiento penal tiene por finalidad que el indiciado demuestre su inocencia proveyendo de esta manera su defensa y cumpliendo así con la garantía de audiencia.

²⁶ Rivera Silva Manuel. Procedimiento penal. ed. 10ª. Ed. Porrúa. México. 1970.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Según nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 2 establece que las fases que constituyen al Procedimiento Penal son cuatro: la primera de ellas denominada, Averiguación Previa, la segunda que es la fase de Instrucción; la tercera que es la etapa del juicio; y la cuarta a la que se le llama o se denomina etapa de ejecución.

2.2.LA AVERIGUACION PREVIA.

La Averiguación Previa, es la etapa del Procedimiento Penal que se encuentra a cargo del Ministerio Público, es una autoridad administrativa que pertenece al poder ejecutivo y por atribución expresa establecida por el artículo 21 Constitucional, a esta autoridad se le encomienda la investigación y persecución de los delitos, dicha autoridad estará auxiliada con una policía que estará bajo su mando inmediato. Así pues el Ministerio Público se le atribuye la investigación y persecución de los delitos y por ende se afirma que a través de esta autoridad administrativa se procura la justicia en materia Penal. Como consecuencia de la mencionada atribución, es el Ministerio Público la única autoridad que tiene para sí, el ejercicio de la acción penal, es decir, que el Ministerio Público es el único que puede dirigirse al juez en el ejercicio de la acción penal. Esta fase de Averiguación Previa única y exclusivamente se podrá iniciar a través de los llamados, requisitos de procedibilidad y éstos solamente son la Denuncia y la Querella.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La denuncia y la querrela al ser los requisitos de procedibilidad significan los elementos indispensables, que previamente deben existir para que el Ministerio Público pueda desarrollar su Averiguación Previa; de tal forma que, si no existe denuncia o no existe querrela, el Ministerio Público no podrá bajo ninguna circunstancia iniciar su actividad investigadora.

Como consecuencia de lo anterior todos los habitantes dentro del territorio del Estado tanto particulares como toda clase de autoridades tienen la obligación de darle al Ministerio Público la noticia delictuosa para que proceda a realizar, su Averiguación Previa y en consecuencia a ejercitar la acción penal en el caso que resulte procedente.

De lo anterior se deduce que todos tenemos la obligación de acudir al Ministerio Público cuando tengamos conocimiento de la existencia, de un posible hecho delictuoso, y las dos formas para hacerlo es a través de la Denuncia o a través de la Querrela y respecto a ésta debemos decir que cuando presentamos Denuncia o presentamos Querrela, ante el Ministerio Público, indudablemente que no estaremos ejercitando el derecho de acción, ya que este derecho en materia Penal es exclusivo del Ministerio Público. El derecho que ejercitamos en la Denuncia o en la Querrela no es otra cosa que el Derecho de Petición, establecido en el artículo 8 de nuestra Carta Magna.

2.2.1. LA DENUNCIA.

La Denuncia es un requisito de procedibilidad, se trata de una narración de hechos posiblemente delictuosos que puede ser efectuado por cualquier persona, y debemos de decir, que la Denuncia se utiliza en todos aquellos delitos que se persiguen de oficio. La denuncia puede ser presentada en forma oral y en forma escrita, con la salvedad que en este último caso resulte necesaria su ratificación, ante el propio Ministerio Público.²⁷

2.2.2. LA QUERELLA.

La Querella, como ya quedo asentado, con anterioridad, también es un requisito de procedibilidad, se trata también de una narración de hechos posiblemente delictuosos y a diferencia de la Denuncia, que puede ser presentada por cualquier persona, la Querella solamente podrá presentarse por el ofendido, o sujeto pasivo del delito; por lo tanto podemos decir que la Querella representa una manifestación de voluntad del sujeto pasivo del delito, para que este fenómeno jurídico-social pueda ser perseguido por el Ministerio Público.²⁸

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

²⁷ Colin Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 11ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1989. p.p. 213-216.

²⁸ Colin. Op. cit. p.p. 218-222.

Se hace necesario decir cuándo se utiliza una Denuncia y cuándo se utiliza una Querrela, esta segunda forma de procedibilidad se lleva a cabo por disposición de la ley, o sea que es la misma ley la que determina cuando el delito se persigue por Querrela, afirmación que aparece por lo regular en el tipo o muy cerca del tipo; pero cuando la ley no hace referencia a esta forma de persecución del delito, entonces se utilizará la Denuncia, y ésta se encuentra en relación directa con los delitos que se persiguen de oficio.

Presentada la Denuncia o Querrela el Ministerio Público queda en aptitud para iniciar su Averiguación Previa.

2.2.3. AVERIGUACION PREVIA.

La Averiguación Previa es una actividad investigadora, es una actividad investigadora a través de la cual el Ministerio Público haciendo uso de los múltiples atribuciones que le concede la ley tiende a recabar todos los medios de prueba, a través de los cuales demostrará o tratará de demostrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de inculcado. Esta etapa de Averiguación Previa, cuando el Ministerio Público tiene detenido, solamente podrá tener una duración de 48 hrs., es decir que en este supuesto el Ministerio Público gozará de ese término para poder agotar su Averiguación Previa y así ejercitar acción penal, es decir que el ministerio publico es el único que puede dirigirse al juez en el ejercicio de acción penal. Esta fase de averiguación previa única y exclusivamente

se podrá iniciar a través de los llamados, requisitos de procedibilidad y estos solamente son la denuncia en la querrela.²⁹

Este término de 48hrs. De que goza el Ministerio Público, cuando trabaja con detenido en la Averiguación Previa, solamente puede duplicarse exclusivamente en los casos de que se trate de delincuencia organizada. Cuando el Ministerio Público en la fase de la Averiguación Previa trabaja sin detenido, gozará de todo el tiempo que le resulte necesario para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, con la salvedad que deberá estar atento solamente a la prescripción de la acción penal.

Como hemos dicho con anterioridad el Ministerio Público en la Averiguación Previa, para poder ejercitar la acción Penal deberá de acreditar, con los medios de prueba que establece la ley, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

2.2.4. CUERPO DEL DELITO.

El Cuerpo del Delito es una figura a la que se le han dado varias connotaciones; se ha dicho que es el instrumento con el que se cometió el delito; también se afirma que el cuerpo del delito, son los elementos objetivos del delito,

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

²⁹ Colin.Op.cit.p.211

así como también se ha entendido por cuerpo del delito los elementos objetivos del tipo.

No obstante lo anterior en el segundo párrafo del artículo 158 de nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato se establece que "... se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal...". De lo anterior podemos deducir que el tipo penal es la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito, por lo que debemos entonces, de entender, que en el tipo penal se contiene la definición legal de la conducta delictuosa, es decir, del hecho punible; y si el tipo penal contiene o exige elementos objetivos y subjetivos, para acreditar el cuerpo del delito es necesario que en la conducta, se reafirmen tanto los elementos objetivos como los elementos subjetivos que el tipo penal exija o sea elementos objetivos y elementos subjetivos que la definición del hecho exija. Por lo tanto, para nuestra ley constituye el cuerpo del delito la reafirmación, en la conducta de los elementos que el tipo exija cualquiera que sea su clase y entonces decir que la conducta es típica y si no existe ninguna causa de justificación es antijurídica y consecuentemente de esta manera se acreditará el cuerpo del delito.³⁰

2.2.5. PROBABLE RESPONSABILIDAD.



³⁰ Colin.Op.cit.p.p. 253-264.

La Probable Responsabilidad que el Ministerio Público deberá acreditar para poder ejercitar la acción penal, se traduce en la acreditación de la intervención del indiciado en el hecho delictuoso tanto en su comisión, o bien en alguna forma de participación, en la comisión del delito, esto naturalmente que se acreditará presuncionalmente a través de los medios de prueba, en la Averiguación Previa así lo establece la última parte del párrafo segundo, así como el párrafo tercero del artículo 158 que hemos estado comentando.

Hemos dicho con anterioridad que el Ministerio Público cuenta con cuarenta y ocho horas 48 hrs. Para agotar su Averiguación Previa cuando tiene detenido, es decir, que cuenta con el mencionado término, para efectuar la consignación; y en el supuesto caso de que no tenga detenido cuenta con todo el tiempo que considere prudente para ejercitar acción penal. En cualquiera de los dos supuestos el Ministerio Público como un acto previo a la consignación deberá dictar una resolución administrativa llamada determinación, en esta resolución administrativa el Ministerio Público expresa sus razonamientos jurídicos a través de los cuales considera que con los medios de prueba recabados en la Averiguación Previa se han acreditado tanto el cuerpo del delito como la probable responsabilidad y en donde declara en consecuencia que resulta procedente el ejercicio de la acción penal, en contra de los indiciados, y por el o por los delitos que aparezcan comprobados en la Averiguación Previa; y hecho que sea, procederá al ejercicio de la acción penal, acto mismo que recibe el nombre de consignación.

Es menester aclarar que durante la Averiguación Previa ya sea que por el momento no se puedan recabar más pruebas o que no se pueda demostrar el cuerpo del delito, o la probable responsabilidad se pueden presentar dos figuras como son la reserva de la Averiguación Previa en espera de que aparezcan más datos para poder consignar, o bien proceder al archivo definitivo, cuando el posible hecho delictuoso, no se pueda comprobar o simplemente no haya delito.

2.3. INSTRUCCIÓN.

Lo primero que hace el Juez al recibir la consignación con detenido es verificar si la detención ha sido efectuada conforme a derecho, si esto es así dictará su Auto de Radicación y se seguirá con el Procedimiento Penal y en caso contrario el Juez dictará la libertad del indiciado con las reservas de Ley.

Efectuada la consignación con detenido, en ese momento el Ministerio Público pone al indiciado a disposición del Juez y en consecuencia se inicia el periodo de Instrucción del Procedimiento Penal, en su primera fase como lo es el llamado término Constitucional.³¹

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³¹ Gonzáles Bustamante Juan Jose. Principios de Derecho Procesal Mexicano. 9ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1988.p.p. 197-213.

Al que también se le llama etapa de Preparación del Proceso, de tal manera que dentro de este término, y dentro de las primeras cuarenta y ocho horas, 48hrs, en que el indiciado está a disposición de la autoridad judicial se tomará la declaración preparatoria, en donde se le hará saber al indiciado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo rindiendo en este acto su declaración preparatoria, Fracción tercera del artículo 20 Constitucional, y dentro del término de las setenta y dos horas 72hrs, siguientes a que el indiciado está a disposición del Juez, la autoridad jurisdiccional deberá resolver la situación jurídica del indiciado, la que se puede resolver a través de tres resoluciones judiciales como son: el Auto de Formal Prisión; el Auto de Sujeción al Proceso; o bien a través del Auto de Libertad o Soltura por falta de elementos para procesar, dictándose la resolución que en su caso proceda.³²

2.3.1. AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

El auto de formal prisión es una resolución judicial que se dicta cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- a) Que esté comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.
- b) Que el Delito merezca pena privativa de libertad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

³² Colin.Op.cit.p. 248.

- c) Que se haya tomado la declaración preparatoria al indiciado o bien que se haya asentado en autos la negativa del indiciado a declarar.
- d) Que no exista ninguna eximente de responsabilidad.

2.3.2. AUTO DE SUJECIÓN AL PROCESO.

El auto de sujeción al proceso también es una resolución judicial con la cual se puede resolver la situación jurídica del indiciado en el término Constitucional y este auto se dicta con los mismos requisitos que se necesitan para dictar un auto de formal prisión con la única diferencia que para dictar un auto de sujeción al proceso el delito no debe merecer pena privativa de libertad, o bien que el delito tenga señalada pena alternativa.

2.3.3. AUTO DE SOLTURA.

El auto de soltura se dicta cuando el Juez considera que no está comprobado el cuerpo del delito ni la probable responsabilidad. En este caso se dicta la libertad con las reservas de la Ley.

Hemos dicho que según la fracción segunda del artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, la instrucción comprende desde el momento en que el indiciado queda a disposición del Juez hasta que se declara cerrada la instrucción; por lo tanto podemos decir que la instrucción de acuerdo a nuestra Ley comprende dos fases, la primera de ellas consiste en el

término Constitucional de las setenta y dos 72 horas, mismo que solamente podrá duplicarse cuando así lo solicite el indiciado o su defensa exclusivamente, por lo que dicha petición de ningún modo corresponde al Ministerio Público. También hemos dicho que este término Constitucional se le llama a su vez etapa de preparación del proceso ya que dictándose el auto de formal prisión, se justifica la prisión preventiva y en dicha resolución se señalan los delitos por los que se va a procesar constituyendo así la base para llevar a cabo el Proceso Penal, es decir, que con el auto de formal prisión, se inicia propiamente el Proceso Penal.

La otra fase de la instrucción es precisamente lo que podemos denominar de instrucción en sentido estricto y este periodo constituye una equiparación al término probatorio del procedimiento ordinario civil ya que aquí se ofrecen y se desahogan pruebas con la intención por parte de la defensa de lograr una sentencia lo mas favorable a su defensa, a diferencia del término Constitucional, en donde se pueden ofrecer y desahogar pruebas pero siempre con la intención de poder liberar al indiciado de un auto de formal prisión.

Este periodo de instrucción deberá terminarse en el menor tiempo posible. Cuando exista auto de Formal Prisión que exceda de dos años se terminará dentro de 10 meses, y si la pena máxima es de dos años de prisión o menor, o se hubiese dictado auto de sujeción al proceso, la instrucción deberá terminarse durante tres meses.

Cuando el tribunal considere agotada la instrucción le dará vista al Ministerio Público por tres días y por otros tres días a la del acusado y su defensa, para que promuevan o manifiesten si tienen o no pruebas que ofrecer; en caso afirmativo, el Juez otorgará un término adicional de quince días para practicar las diligencias de desahogo correspondientes, y así transcurridos o renunciados los plazos, o si no se hubiere promovido prueba el tribunal de oficio declarará cerrada la instrucción.³³

2.4. JUICIO.

Esta etapa del Procedimiento Penal se encuentra establecida en la Fracción tercera del artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, para lo cual el Juez dictará un auto en donde declara cerrada la instrucción y le da vista al Ministerio Público para que proceda a rendir sus conclusiones.

Las conclusiones son razonamientos jurídicos y estos podrán ser, expresados tanto por el Ministerio como por la defensa. Las conclusiones en términos generales pueden ser de dos clases las primeras llamadas conclusiones acusatorias y son exclusivas del Ministerio Público.

³³ Colin.Op.cit.p.p. 266-273.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Las segundas son conclusiones absolutorias o de inculpabilidad y pueden ser expresadas tanto por el Ministerio Público como por la defensa.

Cerrada la instrucción se pone el expediente a la vista del Ministerio Público por diez días para que formule sus conclusiones por escrito, este término de diez días puede ser ampliado en relación al número de fojas que componen el expediente, de tal manera que a ese término de diez días se le aumentará un día más por cada cincuenta fojas de exceso si es que el expediente excede de las doscientas fojas.

La importancia de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público radica en que a través de ellas el Ministerio Público concreta el ejercicio de la acción penal, concretiza su acusación y solicitará la imposición de la pena privativa de libertad. Consecuentemente las conclusiones acusatorias del Ministerio Público constituyen razonamientos técnicos jurídicos a través de los cuales el Ministerio Público manifiesta el porque, considera que con las pruebas recabadas se encuentra a su parecer comprobados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y por ende le solicitará al Juez la imposición de la pena privativa de libertad.

Si el Ministerio Público no rindiere conclusiones en el término que se ha señalado, la autoridad jurisdiccional se lo notificará en forma personal al Procurador General de Justicia, con la finalidad que dicha autoridad proceda a formular las conclusiones que sean pertinentes otorgándole un plazo de quince

días hábiles. Transcurridos los mencionados plazos sin que se hayan formulado las conclusiones procederá el llamado sobreseimiento, el cual es una resolución judicial que no resuelve el fondo del negocio pero que sin embargo da por terminado el Procedimiento Penal, teniendo como efecto la libertad inmediata del procesado.

Si las acusaciones del Ministerio Público fuesen o no acusatorias o si en las formuladas no se comprende algún delito que resulte probado en la instrucción, si fuesen contrarias a las constancias procesales o si faltasen algún requisito, de los establecidos por el artículo 281 del Código de Procedimientos Penales, para el Estado de Guanajuato, el Juez enviará el expediente al procurador, señalándole cual es la omisión o la contradicción que fuese el motivo del envío a fin de que decida si dichas conclusiones se confirman, se revocan o se modifican, de confirmarse se da lugar al sobreseimiento; en caso de Revocación o modificación, entonces se tendrá al procurador formulando conclusiones acusatorias y el Procedimiento Penal seguirá su cause legal.

Rendidas las conclusiones acusatorias del Ministerio Público o del Procurador, con ellas se le dará vista al acusado y a su defensa para que en igual término formulen a su vez sus conclusiones.

En caso de que no se rindieran las conclusiones por parte de la defensa y del acusado se tendrán por rendidas las conclusiones de inculpabilidad o absolutorias.³⁴

2.5. AUDIENCIA FINAL.

Una vez que se han presentado las conclusiones por parte del ministerio publico y las conclusiones absolutorias por parte del acusado y su defensor se citara una audiencia final que tendrá los efectos de citación para sentencia en donde se podrá interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio y según el artículo 294 del código del procedimiento penales para el estado de Guanajuato en dicha audiencia se podrán repetir las diligencias de prueba que se hubieren practicado durante la instrucción siempre que fuere necesario y posible a juicio del tribunal así como haber sido solicitado por las partes al día siguiente que se notifico, a las partes para la audiencia final. Se dará lectura a las conclusiones que las partes señalaron y después de oír los alegatos se declarara visto el proceso y con ello terminara la diligencia.³⁵

2.6. SENTENCIA.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La sentencia es una resolución judicial que resuelve el fondo del negocio, o

³⁴ Gonzáles Bustamante. Op.cit.p.215.

³⁵ Colin. op.cit. p.p.397-405.

sea que resuelve el objeto del proceso, entendiéndose por objeto del proceso el litigio, la litis y la relación jurídica procesal.

Podemos decir que existe desde el punto de vista doctrinal un sin número de clasificaciones respecto de la sentencia; no obstante nosotros solamente nos vamos a referir a la sentencia definitiva; a la sentencia interlocutoria y a la sentencia que cause ejecutoria, llamada también sentencia ejecutoriada.

La sentencia definitiva es la que nos hemos referido cuando definimos a esta resolución judicial, es la sentencia que dicta el juez que conoce del asunto en una primera instancia, que además termina con el proceso, que resuelve el fondo del negocio y de esta manera se le ha llamado sentencia definitiva; mas no obstante dicha resolución judicial, todavía se encuentra sujeta a la posibilidad de ser impugnada a través de los llamados recursos ordinarios.

La sentencia interlocutoria es la resolución judicial que resuelve un incidente entendiéndose por tal a las cuestiones relativas y accesorias al juicio principal, es decir que los incidentes son juicios pequeños accesorios al juicio principal que pueden ser promovidos por ambas partes para resolver alguna cuestión accesoria al juicio principal.

La sentencia definitiva o sentencia que causa ejecutoria es la resolución judicial que queda firme, que ya no admite ningún recurso, la sentencia que está lista para ejecutarse, la sentencia a la que se le considera la verdad legal a la que

también se le llama sentencia que causa estado y por consiguiente es la cosa juzgada.

Debemos de hacer mención que no es lo mismo la sentencia ejecutoria o que causa ejecutoria y la ejecución de la sentencia ya que son dos cosas diferentes. Una sentencia se considera que causa ejecutoria en los siguientes casos:

- a) Cuando la ley no nos concede ningún recurso.
- b) Cuando concediéndonos el recurso no se interpone el tiempo.
- c) Cuando se concierte la sentencia.

En estos tres casos se considera que la sentencia a causado ejecutoria y por consiguiente esta lista para resolverse.

En materia penal, cuando la sentencia causa ejecutoria el sentenciado o reo deja de estar a disposición de la autoridad jurisdiccional para quedar a disposición del poder ejecutivo para cumplir su pena en los centros que para ellos existen y que se encuentran bajo la competencia del poder ejecutivo.

CAPITULO TERCERO

LA PRUEBA EN MATERIA PENAL

3.1. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL.

Debemos de recordar que en el procedimiento penal una vez que el ministerio público ha efectuado la consignación o sea que ha ejercitado la acción penal provoca la intervención de la autoridad jurisdiccional a efecto de que esta proceda a desempeñar su función; si el ministerio público ha consignado sin detenido y el delito merece pena privativa de libertad, como ya lo hemos dicho con anterioridad, el juez a petición del ministerio público girará la orden de aprehensión en caso de que proceda y empezará el periodo de instrucción en su primera fase como lo es el término constitucional a partir del momento en que una vez complementada, la orden de aprehensión, el indiciado sea puesto a su disposición.

Si el ministerio público consigna con detenido, como lo hemos dicho con anterioridad lo primero que hará el juez será verificar si la detención ha sido hecha conforme a derecho de tal manera que en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley. Si la detención fue hecha conforme a derecho se procederá al término constitucional de las 72 horas o sea a la primera fase de la instrucción y la autoridad jurisdiccional ordenará que dentro del término de las 48 horas contadas a partir del momento en que el indiciado queda a su disposición, se le

tome la declaración preparatoria a efecto que dentro de dicho término se le haga conocer el hecho que se le imputa y el nombre del acusador para que en ese acto rinda su declaración preparatoria. Haciendo una equiparación con el procedimiento ordinario civil, podemos afirmar que la relación jurídica material o sea el conflicto de intereses se establece al momento de cometerse el delito, entre el presunto delincuente y el estado titular del jus puniendi. Esta relación jurídica material que es de derecho público es llevada al conocimiento de la autoridad jurisdiccional por el ministerio público a través del ejercicio de la acción penal, originándose la relación jurídica procesal al momento de la declaración preparatoria, pues es en esa audiencia en donde se le comunica al indiciado el hecho que se le imputa y el nombre de su acusador con la finalidad de que conozca bien el hecho que se le imputa y en ese acto conteste a lo que su derecho corresponda estableciéndose así la relación jurídica procesal y trabándose en ese acto la Litis.

Una vez que la Litis ha sido trabada y habiéndose dictado auto de formal prisión o de sujeción al proceso lo más importante ahora es probar. Por lo que respecta al ministerio público probar su pretensión y por lo que respecta al indiciado probar su resistencia o sea su inocencia.

En virtud de lo anterior una vez establecida la materia litigiosa, como ya se dijo lo importante es probar; probar la pretensión, probar la resistencia. Consecuentemente la probación de los hechos ya sea en la pretensión punitiva o en la resistencia se hará a través de los llamados medios de prueba.

La palabra prueba puede admitir diferentes significados refiriéndonos aquí a tres aspectos importantes de la prueba como son:

- a) Los medios de prueba que son los instrumentos, los objetos, los utensilios que sirven para llevar al juez los motivos de la prueba.
- b) Los motivos de la prueba que son las razones que sirven al juzgador para formar o integrar su convicción.
- c) El valor de la prueba que consiste en la eficacia que se atribuye a un medio de prueba para obtener el estado de certeza o convicción para el juzgador.

Es necesario aclarar que no es lo mismo el medio de prueba, que la razón de prueba, ya que el medio de prueba es el instrumento, objeto y persona, en tanto que la razón de prueba son los raciocinios, razones que se extraen de esos instrumentos.³⁶

Por otra parte por prueba podemos entender al nombre sustantivo, con el que nombramos un algo y que este algo podría ser un hecho jurídico o un objeto jurídico; probar es un verbo es la acción de probar, por lo tanto hay que distinguir entre el término probar y la palabra prueba el primero, es un verbo y el segundo es un sustantivo. Cuando hablamos de prueba por lo general no incluimos en ella la acción de probar y en cambio si incluimos los instrumentos con que se prueba así como las razones que se obtienen de esos instrumentos. También hay que distinguir entre la acción de probar y aquello que va a ser probado esto último es

³⁶ Téllez Guzmán Carlos Mario. Conferencia. 8 de febrero. 1991. Facultad de derecho. Universidad de Guanajuato.

la materia de la prueba, llamado también objeto de la prueba considerándose como objeto de la prueba los hechos controvertidos.

MEDIOS DE PRUEBA SEGÚN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Para nuestro Código Penal cuando habla de medios de prueba, establece que pueden utilizarse como tal todo aquello que sirva para probar algo siempre y cuando no vaya en contra del derecho, ni de la moral y dentro de los medios de prueba que establece la ley nos encontramos: confesión, inspección, pericial, testimonial, confrontación, careos, y la documental.

3.2. CONFESIÓN.

Es la manifestación de voluntad del presunto sujeto del delito reconociendo a ver llevado a cabo la conducta delictuosa que se califica como penalmente relevante, dicha manifestación se podrá realizar en plena averiguación previa ante el ministerio público; o bien efectuando en cualquier momento del proceso y hasta antes de que se dicte sentencia que cause ejecutoria. Es decir, hasta antes de que se dicte sentencia irrevocable.

La confesión en tales términos es indispensable que para que tenga validez reúna los siguientes requisitos primeramente que se haga en relación ha hechos propios materia de la imputación y como una manifestación de voluntad que se

haga con pleno conocimiento y sin violencia física o moral. También es necesario que esta voluntad sea realizada en la averiguación previa, ante el ministerio público; o ante la autoridad jurisdiccional después de que se haya efectuado la consignación; todo ello también con la presencia de su defensor o con una persona de su confianza así como también el inculpado tenga conocimiento pleno de la causa que se le imputa, a demás que no existan datos que hagan inverosímil dicha manifestación o confesión del inculpado.

Nuestra ley procesal es determinante al señalar que no podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. Así mismo toda confesión efectuada ante la policía judicial carecerá de todo valor probatorio.³⁷

3.3. INSPECCIÓN.

Es un medio de prueba directo porque el juez que a través de sus sentidos de manera directa o inmediata procede a observar lugares, instrumentos, cosas, objetos, los cuerpos del ofendido y del inculpado y todas aquellas cosas que tengan importancia para la averiguación.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

³⁷ Guanajuato. Código de procedimientos penales. Artículos 195 y 275.

En la inspección se describirán los lugares, objetos y todas las demás cosas ya mencionadas anteriormente y para ello se podrán emplear dibujos y planos topográficos, fotografías o cualquier otro medio para reproducir cosas y se hará la descripción por escrito de todo lo que estuviere presente fijándose con claridad los caracteres señales o vestigios que el delito dejaré, se describirán los instrumentos o medios que probablemente se hayan empleado en la comisión del delito, pudiéndose examinar a las personas que pudiesen aportar datos para la averiguación y en esta inspección ocular la autoridad jurisdiccional podrá apoyarse por los delitos que estime permanentes.

La inspección ocular atento a lo que establece nuestro Código adjetivo, podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos, su objeto consistirá en operar las declaraciones que se hayan rendido en el expediente , así como los dictámenes periciales que se hayan formulado. Esta clase de prueba se llevará a cabo a juicio del funcionario competente que este conociendo del caso siempre y cuando así lo exijan la naturaleza del juicio y las pruebas que se hayan rendido y podrá llevarse a cabo durante la vista del proceso no obstante que se haya practicado con anterioridad.

La reconstrucción de hechos deberá practicarse a la hora y lugar donde se cometió el delito sobre todo si ambas circunstancias constituyen base para la determinación de los hechos que se reconstruyan, y en caso contrario podrá efectuarse en cualquier hora y lugar.

Para llevar a cabo la reconstrucción previamente se deberá examinar a las personas que hayan intervenido en los hechos o que los hayan presenciado, los que deberán de intervenir en ella; todo lo anterior será necesario que previamente se haya llevado a cabo la simple inspección ocular del lugar.

En la solicitud de la reconstrucción se deberá de precisar cuales son los hechos y las circunstancias que se deberán esclarecer pudiéndose repetir la diligencia las veces que sea necesario a petición de las partes así como por orden del tribunal o del juez de la causa.

Todos los que intervinieron en los hechos deberán estar presentes en la reconstrucción y en caso de que alguna persona faltare, otra persona podrá ocupar su lugar siempre y cuando la presencia del ausente sea indispensable para la práctica de la diligencia, pudiéndose solicitar el auxilio de los peritos.

Se podrán practicar tantas diligencias reconstructivas de hechos como personas que hayan intervenido según sean sus versiones.³⁸

3.4. PERICIAL.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

³⁸ Ibidem. Artículo 196-207.

Respecto de este medio de prueba es indispensable tener en cuenta la existencia de dos elementos, el primero de ellos; es el perito, que es precisamente la persona física con conocimientos respecto de alguna rama de la ciencia, son expertos con conocimiento, especializados en alguna materia, o por lo regular se prefiere como peritos a los titulados respecto de los que no lo son pero si en el lugar no existiere peritos titulados se podrá hacer uso de los que carecen de título profesional, pero que tengan conocimiento de determinada materia. El segundo elemento es; el dictamen pericial, que es la opinión técnica del perito respecto del objeto sujeto a estudio sobre el que recae el peritaje.

Nuestra ley adjetiva determina el uso de los peritos, para examinar personas hechos u objetos que requieran conocimientos especiales. Pero además los peritos constituyen meros auxiliares de las autoridades para iluminar su punto de vista y estén en posibilidad de resolver una controversia, ya que en algunas ocasiones se requieren de conocimientos técnicos especializados que la autoridad jurisdiccional carece de ellos.

Se trata de una prueba colegial por regla general, de tal manera que ambas partes tienen derecho a nombrar hasta dos peritos proporcionando su nombre y su domicilio y sus tribunales les harán saber su nombramiento, proporcionándoles todos los datos necesarios para que emitan su opinión.

Ambas partes que ofrezcan este medio de prueba deberán de presentar los cuestionarios en relación a los cuales los peritos emitirán su opinión; cuestionarios

que podrán ser complementados o adicionados en forma reciproca por ambas partes.

Como ya dijimos anteriormente los peritos deberán tener titulo profesional respecto de la ciencia o el arte sobre el que deberá de recaer el dictamen, en caso que en lugar, no haya titulados se podrán nombrar peritos no titulados o prácticos.

Los peritos designados tanto por la autoridad jurisdiccional o por el ministerio público su designación deberá de recaer en personas empleados del estado que desempeñen dicho cargo por nombramiento oficial o sueldo fijo y si nos los hubiere el nombramiento recaerá entre las personas que desempeñen la labor docente en las escuelas oficiales o bien en funcionarios o empleados de carácter técnico, dependientes de instituciones de gobierno del estado. De tal manera que en caso de que nos los hubiere la autoridad jurisdiccional o el ministerio público recaerá sobre otros y podrán nombrar a otros con los conocimientos necesarios para fungir como peritos.

Ofrecida la prueba pericial los peritos que designen las partes a excepción de los titulares designados deberán protestar su cargo así como su leal y fiel desempeño.

Protestado el cargo se le fijará un término para rendir su dictamen pericial, si no lo hicieran, se hará uso de los medios de apremio, y si a un así no cumplen

con su obligación se dará vista al ministerio público para que proceda con la averiguación previa, por el delito de resistencia y desobediencia de particulares.

Los peritos al emitir su dictamen en forma escrita lo ratificarán ante la autoridad competente en una audiencia en la cual se citara a las partes para que formulen preguntas.

En el caso de que las opiniones periciales sean contrarias entre si la autoridad jurisdiccional citará a una junta en la que los peritos discutirán sobre los puntos de desacuerdo asentándose las alegaciones en el acta respectiva de diligencia de la autoridad jurisdiccional y en caso de que persista la discordancia se nombrará un tercer perito designado por la autoridad, perito al que se le denominará tercero en discordia.³⁹

3.5. TESTIMONIAL.

Por lo que respecta a este medio de prueba también hay que considerar la existencia de dos elementos; el primero es el testigo que es la persona física diferente a las partes y que se ha dado cuenta en forma directa y no de oídas de los acontecimientos que constituyen los hechos que se tratan de investigar;

³⁹ Ibidem. Artículos 208-227.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

y el segundo elemento lo constituye el testimonio que es el dicho o la declaración del testigo, toda persona tiene obligación de declarar cuando la autoridad lo cite a declarar en su carácter de testigo, no obstante ello nuestro Código adjetivo establece limitaciones ya que libera de esta obligación a los tutores, a los curadores, al pupilo y al cónyuge del inculpado, así como a los parientes consanguíneos o por afinidad en lineal recta ascendente o descendente sin limitación de grados, y en la línea colateral se exime de la obligación de declarar a los parientes hasta el cuarto grado; también se libera de esta obligación a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto o estrecha amistad , con la salvedad de que una vez que se le haga de su conocimiento la posibilidad de no declarar, pero no obstante quisieran hacerlo se recibirá su declaración.

Por lo que respecta a los testigos que estuvieren impedidos para comparecer ante la autoridad y estuviese en el mismo lugar de residencia de la autoridad competente ésta podrá trasladarse al sitio donde se encuentre el testigo para tomarse su declaración, lo mismo sucederá cuando se haya de examinar a los funcionarios de la federación y del estado pudiéndose en estos casos solicitarles su declaración por medio de oficios.

El examen de los testigos será individual es decir serán examinados separadamente, diligencia a la que sólo las partes podrán asistir y los testigos solamente podrán asistir y los testigos solamente podrán ser auxiliados por otra persona o interprete, cuando sean ciegos, sordos o mudos y cuando ignore el testigo el idioma castellano. En caso de que el testigo sea ciego la persona

designada por el tribunal para acompañar al testigo firmará la declaración después de que el testigo lo haya ratificado; si es sordo o mudo o no habla el idioma castellano se procederá a lo que en materia de interprete establece nuestro Código adjetivo.

En el examen del testigo antes de que vierta su declaración, se le tomarán sus generales y se advertirá de las penas en que incurren las personas que se comportan con falsedad o las que se niegan a declarar; pero solo por lo que respecta a los menores de edad se les exhortará para que se conduzcan con verdad. Antes de proceder al examen del testigo se le preguntará su nombre, apellido, edad, lugar de origen, habitación, estado civil, profesión u ocupación si se haya ligado o no con el inculpado o con el ofendido por vínculos de parentesco amistad o enemistad o si tiene motivo o no de odio en contra de uno de ellos, todo esto inmediatamente después de que se haya tomado al testigo la protesta para conducirse con verdad.

La declaración de los testigos será de viva voz no se les permitirá leer las respuestas al momento de que sea su examen, pero sin embargo, podrán consultar algunas notas o documentos que se lleven consigo según sea la naturaleza del caso concreto o si así lo permite quien lleve la diligencia, ambas partes el ministerio público así como el inculpado y su defensor podrán interrogar al testigo ya sea en forma verbal o en forma escrita pudiendo el tribuna desechar las preguntas capciosas o inconducentes, pudiendo la autoridad jurisdiccional interrogar al testigo cuando así lo juzgue conveniente.

Las declaraciones se redactarán con toda claridad utilizando las mismas palabras que vierta el testigo pudiendo este escribir o dictar su declaración; una vez concluida la diligencia se le leerá al testigo su declaración o se le permitirá leerla por si mismo si lo desea a fin de ratificar o enmendar y hecho que sea lo firmará lo cual podrá ser el testigo mismo o su acompañante en caso que lo hubiere.

Como quedó mencionado el examen de los testigos será individual de uno por uno y la autoridad que practique la diligencia dictará las medidas convenientes para evitar que se comuniquen, ya sea por ellos mismos o por medio de otras personas, antes de que rinda su declaración.⁴⁰

3.6. CONFRONTACIÓN.

Este es un medio de prueba a través del cual se tratará de identificar a una persona, en nuestro caso a la persona del indiciado o presunto sujeto activo del delito, ya que toda persona que tuviere que referirse a otra, lo deberá de hacer de una manera clara y precisa, mencionando, si le fuere posible el nombre, apellido, habitación y demás circunstancias que puedan servir para identificarla.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴⁰ Ibidem. Artículos 228-245. Téllez Guzmán. Supra.(26).

La confrontación se utilizará cuando el declarante no pueda dar noticia exacta de la persona que se ésta refiriendo, pero que exprese que si se le presentare lo podría reconocer, lo mismo se hará según lo determina nuestra ley cuando el declarante asegure conocer a una persona y haya motivos para sospechar que no la conoce, el artículo 248 de nuestro Código Penal para el estado de Guanajuato, nos establece los requisitos que se deben llenar para realizar la confrontación y de esta manera determina que la persona que sea objeto de ello no se disfrace no se desfigure ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que identificarlo, que la persona a quien se tenga que identificar se presente acompañada de otros individuos con ropa semejante, e incluso con las mismas señas que las del confrontador; además que los individuos que acompañen a la persona sujeta a identificar sean de clase análoga, comprendiéndose con esto circunstancias especiales.

En el desarrollo de la diligencia el que deba ser confrontado podrá elegir el sitio en que quiera colocarse en relación a las otras e incluso podrá solicitar que se excluya del grupo a cualquier persona que le parezca sospechoso, pudiendo el tribunal negar este derecho, cuando lo estime improcedente.

Por lo anterior el sujeto a identificar se colocará en el lugar que el quiera en la fila de las personas que compondrán las personas que le acompañen y hecho que sea se le interrogará al declarante respecto de que si persiste o no en su declaración anterior; si conocía con anterioridad a la persona a quien atribuye el

hecho o si lo conoció en el momento de ejecutarlo; si después de la ejecución del hecho lo ha visto, con que objeto y motivo lo ha visto.

Hecho que sea lo anterior se le llevará ante las personas que formen el grupo, se le permitirá mirarlas detenidamente para que señale y pueda tocar con la mano a la persona de que se trate, manifestando las diferencias o semejanzas que tuviere entre el estado actual y el que tenia en la época en que se refirió a su declaración.

Cuando la pluralidad de las personas amerite varias confrontaciones, todas ellas se verificarán en actos separados.⁴¹

3.7. CAREOS.

La palabra careo o careos significa poner a dos personas cara a cara para que entre ellos aleguen cuando sus declaraciones hayan sido contradictorias.

Podemos decir que existen dos clases de careos, los llamados careos constitucionales que se realizan dentro del término constitucional de las 72 horas;

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴¹ Ibidem. Artículos 246-252.

y los careos procesales que se llevan a cabo en el periodo de instrucción en sentido estricto, por lo que respecta a los careos constitucionales se celebrarán si el procesado o su defensa lo solicitan y por lo que respecta a los careos procesales podrán practicarse cuando exista contradicción sustancial, en las declaraciones de dos personas, pudiéndose repetir cuando el tribunal así lo juzgue conveniente o cuando surjan nuevos puntos de contradicción los careos deberán practicarse solamente entre dos personas y a la diligencia en que se desahoga el careo asistirán los que deban ser careados, las partes y los interpretes si fuere necesario.

La diligencia se iniciará dando lectura a las declaraciones que se consideren contradictorias a fin de que discutan entre si y pueda aclararse la verdad.⁴²

3.8. DOCUMENTAL.

La prueba documental consiste en elementos escritos en donde se contenga y se constate la existencia de un hecho, existen de dos clases los primeros que son los documentos públicos que se caracterizan por contener las notas específicas de la autoridad pública como son el sello y la firma del funcionario que los expide; pueden ser emitidos por cualquier clase de autoridad y

⁴² Ibidem. Artículos 253-255.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

también por aquellas personas a las que el estado les haya concedido la fe pública y dentro de estos últimos podemos considerar a los notarios públicos.

El tribunal recibirá toda la documental pública y privada que le presenten las partes en la instrucción y el juez con su poder de instrumentación ordenará que se agreguen al expediente para que surta sus efectos legales.

3.9. EL VALOR JURÍDICO DE LA PRUEBA.

Debemos de afirmar por lo que respecta a los medios de prueba que estos pueden llevar o no la certeza al juzgador sobre los hechos que se investigan, es por eso que resulta necesario que el medio probatorio tenga un valor determinado ya sea que al iluminar el punto de vista del juzgador le proporcionen o no la certeza respecto de los hechos que se investigan, precisamente por eso es que los medios de prueba deberán contener un valor según sea que formen convicción o no en el punto de vista del juzgador.

Respecto de este tema del valor jurídico de la prueba podemos afirmar que existen tres sistemas como lo son el sistema tasado, el sistema libre y el sistema mixto.

En el sistema tasado es la propia ley quien te asigna a los medios de prueba, el valor que le corresponde para obtener que comprobar un hecho, es decir, que en este sistema tasado no se deja al arbitrio del juez el valor jurídico del medio de prueba, si no que es la propia ley que lo señala.

En el sistema libre se deja al arbitrio del juez concederle a los medios de prueba el valor que puedan contener para demostrar la existencia de un hecho, es el juez el que determina que valor probatorio o tal o cual medio de prueba.

En el sistema mixto consiste en una fusión tanto del sistema tasado como del sistema libre, es decir que en este sistema el valor jurídico de la prueba en algunos casos la ley lo señala y en otros dentro de este mismo sistema el valor jurídico de la prueba se deja al arbitrio del juez.

Nuestro Código de Procedimientos Penales, podemos afirmar que se trata de un ejemplo del sistema mixto pues, respecto de algunos medios de prueba les otorga un valor probatorio pleno y respecto de otros determina que constituirán meros indicios. De esta manera nuestro Código Penal Adjetivo le otorga valor probatorio pleno a la inspección, así como al resultado de los cateos siempre y cuando se hayan practicado con los requisitos que para ello establece el propio ordenamiento a que hacemos referencia.

También le otorga valor probatorio pleno a los documentos públicos y en este caso establece la posibilidad, también para que las partes puedan redargüirlos de falsedad y para pedir los cotejos que se requieran con los protocolos o con los

originales existentes en los archivos. Todos los demás medios de prueba incluyéndose la confesión constituirán meros indicios.⁴³

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴³ Téllez Guzmán Carlos Mario. Conferencia. 8 de febrero de 1991. Facultad de derecho. Universidad de Guanajuato. Código de procedimientos penales artículos 267-278.

CAPITULO CUARTO

EL TIPO PENAL DE DESPOJO

4.1. TIPO PENAL DE DESPOJO.

Cuando estuvimos tratando la tipicidad hicimos referencia a la clasificación de los tipos penales que hace el maestro Fernando Castellanos dicho tratadista afirma que existen tipos penales normales y tipos penales anormales; que los tipos penales normales solamente contienen elementos puramente objetivos, y que los tipos penales anormales además de contener elementos objetivos también contienen elementos subjetivos. Otra de las clasificaciones que hace el maestro Castellanos es que existen tipos penales básicos o fundamentales que constituyen la base o el fundamento de un conjunto de tipos penales que tutelan el mismo bien jurídico, así mismo que estos básicos o fundamentales pueden ser complementados y especiales; los complementados dijimos aparecen en el mismo capítulo del básico fundamental, con una característica que complementa al básico fundamental el cual no es excluido sino que su presencia siempre se

presume, en tanto que los especiales además de contener varias características que precisamente lo hacen especial y aparecen en capítulo aparte y con un nombre determinado excluyendo al básico o fundamental.⁴⁴

El tipo penal de despojo aparece dentro de la familia de tipos penales que protegen el patrimonio además es considerado como delito grave según nuestro Código Penal vigente en el estado. Con la salvedad de que esta protección se encuentra encaminada más específicamente a la posesión.

En virtud de lo anterior y en relación con el delito de despojo tenemos que pertenece al básico o fundamental de robo; se trata de un tipo penal anormal porque además de contener elementos objetivos también contiene elementos subjetivos con la salvedad de que dentro de estos elementos subjetivos contiene elementos normativos como son: la posesión, inmueble ajeno, derecho real, propiedad, disposición o uso causa legítima, por eso se trata de un tipo penal anormal, además se trata de un tipo penal especial pues aparece con muchas características que le son propias y que excluyen al básico fundamental de robo, además de que aparece en capítulo aparte y con su nombre especial.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴⁴ Castellanos.Op.cit.41*. ed.Ed.Porrúa.p.p.171-175.

Hemos dicho que el tipo penal de despojo aparece dentro de los tipos penales especiales tendientes a proteger el patrimonio y específicamente la posesión como es el caso de este tipo penal de despojo. Como consecuencia de esto estudiaremos brevemente lo que es el patrimonio y posteriormente lo que es la posesión para finalmente hacer el estudio de este tipo penal de despojo objeto de estudio y desarrollo de esta tesis.

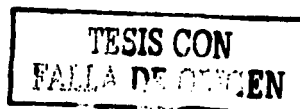
4.2. PATRIMONIO.

Hemos dicho que el tipo penal de despojo se encuentra comprendido en el capítulo V de nuestro Código Penal actualmente vigente y que trata de los delitos cometidos contra el patrimonio o sea que este capítulo V de nuestra ley con todos los tipos penales que contiene se está protegiendo como bien jurídico tutelado, al patrimonio. No obstante lo anterior debemos de hacer hincapié que el delito de despojo, como se puede apreciar de su redacción se encuentra dirigido a proteger a la posesión como bien jurídico tutelado.

Como es bien sabido el patrimonio es un conjunto de bienes derechos y obligaciones pertenecientes a una persona, de tal manera que todas las personas jurídicas tanto físicas como las morales o colectivas siempre tendrán un patrimonio, es decir, que siempre serán titulares de un conjunto de bienes, derechos y obligaciones. Naturalmente que esos bienes esos derechos y esas obligaciones por lo que respecta a los particulares solamente podrán estar dentro

de su patrimonio aquellos que son *intra commercium* o *intra patrimonium* , es decir, de aquellas cosas que pueden ser susceptibles de apropiación.

En el derecho romano a las cosas se les denominaba "RES" y se definían diciendo que las cosas o RES constituyen todo aquello que puede ser objeto de un derecho.⁴⁵ En virtud de lo anterior la primera clasificación de las cosas que se hacía en el derecho romano eran las RES *extra patrimonium* o *extra commercium*, que eran todas aquellas cosas que no podían ser objeto de apropiación, no podían estar dentro del patrimonio de los particulares y no se podían comerciar con ellas. En cambio la *res intra patrimonium* o *intra commercium* si podían estar dentro del patrimonio de los particulares, si se podía comerciar con ellas y si podían ser objeto de apropiación, estas últimas consecuentemente formaban el patrimonio de los particulares, entendiéndose este como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, constituyéndose así una unidad o una universalidad que se encuentra compuesta de dos columnas; la columna del "debe" dentro de la cual se encuentran todas las obligaciones y la columna del "haber" en donde se encuentran todos los bienes y todos los derechos, es decir, el capital de una persona.



⁴⁵ Lemus García Raúl. Derecho Romano. Ed. Linsa. México. 1964. p.p. 147-156.

Lo anterior normalmente y como derecho que es, encontramos el derecho real por excelencia como lo es la propiedad, la cual se puede definir como el derecho real para usar, disfrutar y disponer de un bien sin más limitaciones que las que establezca la ley; o bien a la manera de nuestro Código Civil Sustantivo vigente para el estado de Guanajuato en virtud del cual podemos afirmar que la propiedad es el derecho de gozar, de disfrutar con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.

De lo anterior y a la manera del derecho romano de la propiedad se derivan tres derechos: El derecho de usar, el derecho de disfrutar y el derecho de disponer. El primero de ellos se traduce en la facultad del propietario de utilizar el bien; el segundo se traduce como la facultad de disfrutar, es decir de aprovecharse de los frutos del objeto de la propiedad y el tercero se traduce en la disposición del bien, es decir, que el propietario puede hacer con la cosa objeto de propiedad lo que él quiera sin afectar los derechos de terceras personas.

Así mismo el derecho de propiedad constituye una facultad del propietario para disponer del bien siendo un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. Es absoluto porque permite a su titular obtener todas las ventajas y beneficios de la cosa. Es exclusivo porque el derecho de propiedad faculta al propietario con exclusión de todos los demás seres humanos a obtener de la cosa objeto de

propiedad toda la utilidad, excluyendo todo derecho de otro sobre la misma cosa y es perpetuo porque no se extingue con el transcurso del tiempo.⁴⁶

4.3. POSESIÓN.

La posesión para el objeto de nuestra tesis constituye el bien jurídico tutelado que se protege con el tipo penal de despojo. Indudablemente que no constituye un derecho sino que la posesión es un hecho y es el hecho de tener materialmente una cosa y se puede definir como el hecho o poder físico y directo que tiene una persona sobre una cosa, con la intención y la voluntad de conducirse como si fuese el propietario, sin serlo.

De lo anterior podemos afirmar que la posesión como un hecho que implica la existencia de dos elementos el primero de ello se le denomina el corpus que es el elemento material y que constituye la cosa objeto de la posesión y que significa tener una cosa, materialmente considerada, sin ser el propietario; y el segundo de ellos denominado el animus o elemento intencional que implica la voluntad o la intención del poseedor de conducirse respecto de la cosa en posesión como si se fuese el dueño.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁴⁶ Lemus.Op.cit.p.p.173-183.

Por lo que respecta a este elemento intencional o volitivo como lo es el animus, este puede ser de dos clases: el animus domini que se define como la intención o la voluntad de conducirse como propietario; y el animus possidendi que constituye la intencionalidad de poseer el objeto por si mismo sin ser el propietario.

Por lo que respecta al hecho mismo de tener una cosa materialmente señala que debemos afirmar que existen dos clases de posesión: la llamada posesión originaria o a título de dueño que también se le llama la posesión civil y la posesión derivada a la que también se le llama posesión precaria.

La posesión civil o a título de dueño da al que la tiene la presunción de ser propietario para todos los efectos legales, esta es una clase de posesión que también se le puede llamar con justo título y que otorga la posibilidad al que la tiene de comportarse como si fuese el dueño, esta clase de posesión tiene que ser civil, pacífica, continua y de buena fe. Es civil cuando se obtiene con título legítimo, es decir con justo título o sea a título de dueño; debe ser pacífica entendiéndose por esto que la posesión se adquirió sin el uso de la violencia; continua, significa que se posee sin interrupción y se traduce como afirma nuestro Código Civil: "que se reputa como continua la posesión que nunca ha sido perturbada o despojado el que judicialmente fue mantenido o restituido en la posesión". De buena fe significa que se adquirió sin aprovecharse de los vicios y es poseedor de buena fe el que tiene o fundamente cree tener título bastante para poseer.

La posesión derivada también llamada precaria y se le denomina también como simple detentación y es aquella que se obtiene a través de un acto jurídico previo, como el arrendamiento, como en el usufructo, en donde el poseedor ante tal título, única y exclusivamente goza del elemento material o corpus es decir el poseedor derivado que posee precariamente, solo posee la cosa materialmente considerada pero no tiene para sí el animus, o sea que no se puede comportar respecto de la cosa como si fuese el dueño, por lo tanto el que posee en tales circunstancias solo tiene para sí la simple detentación o sea solo tiene el corpus pero no el animus.

El bien jurídico tutelado en el delito de despojo es precisamente la posesión, es decir el hecho de tener una cosa materialmente considerada y se tutelan las dos clases de posesión tanto la originaria como la derivada no importando que clase de posesión sea y no protegiendo el derecho de propiedad.⁴⁷

4.3. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE DESPOJO.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

El tipo penal de despojo se encuentra establecido en el artículo 206 del Código Penal vigente para el estado de Guanajuato y como se puede apreciar consta de un encabezado y de tres fracciones; como hemos afirmado con anterioridad el tipo penal de despojo protege el bien jurídico tutelado de la

⁴⁷ Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas. Familia. Patrimonio. ed. 29ª. Ed. Porrúa. México. p.p. 477-481. Lemus. Op. cit. p.p. 163-167.

posesión; y en su encabezado se establece su punibilidad, o la pena que se aplicará al sujeto cuya conducta se adapte al tipo penal de despojo, naturalmente con previa declaración de la culpabilidad del sujeto activo del delito de despojo. El encabezado de este tipo penal contiene dos elementos subjetivos al decir "a quien sin consentimiento o en contra de la voluntad del sujeto pasivo". Como se puede apreciar no existe calidad en el sujeto activo de la conducta delictuosa del delito de despojo, ni tampoco dicho tipo requiere calidad en el sujeto pasivo, pero sí requiere que la conducta se realice sin el consentimiento o contra la voluntad del sujeto pasivo. Esto nos lleva irremediabilmente a pensar que cuando la conducta prohibida por el tipo penal de despojo se desarrolle con el consentimiento o con la voluntad del sujeto pasivo dicha conducta prohibida no será antijurídica sino que el consentimiento y la voluntad generan la licitud de la conducta por estar amparada con una causa de justificación que se encuentra establecida en la fracción IV del artículo 33 del Código Penal Sustantivo vigente para el estado de Guanajuato que establece que "... el delito se excluye cuando se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de los que pueden disponer lícitamente los particulares..." Es un bien jurídico que se encuentra a disposición de los particulares.

Como consecuencia de ello debemos de afirmar que el delito de despojo forma parte del grupo de tipos penales que protegen el bien jurídico denominado "patrimonio", por lo que debemos entonces de afirmar que el patrimonio, y en algunos casos de acuerdo a la redacción del delito de despojo, es un bien jurídico que se encuentra a disposición de los particulares y consecuentemente cuando el

sujeto pasivo del delito de despojo manifieste su consentimiento o voluntad para que el sujeto activo afecte el mencionado bien jurídico tutelado que en el tipo penal que comentamos se traduce en la posesión, la conducta llevada a cabo por el sujeto activo se justificará y por consiguiente al estar amparada con una causa de justificación la conducta no será antijurídica sino que será totalmente lícita.

Por consiguiente el consentimiento del sujeto pasivo constituye, como ya se dijo una causa de justificación y dicho consentimiento según lo afirma el maestro Cardona Arizmendi se traduce en una manifestación de voluntad que enclava perfectamente en el principio de "ausencia de interés" que es la base de la existencia de la mencionada causa de justificación.⁴⁸

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁴⁸ Cardona.Op.cit.p.p.759-760.

Naturalmente que el consentimiento del sujeto pasivo para que opere esta justificante es indispensable que sea valido, es decir que tenga relevancia, que tenga eficacia y en tales circunstancias para que el consentimiento sea valido y por consiguiente sea relevante y sea eficaz y de esta manera constituya una causa de justificación debe de tener los siguientes requisitos:

1. Que provenga del titular del bien jurídico tutelado.
2. Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular.
3. Que provenga de una persona capaz.
4. Que la voluntad o consentimiento no se encuentre viciada.

Además de las anteriores características también se hace necesario que el consentimiento debe otorgarse antes o coetáneamente a la realización de la conducta ya que el consentimiento o voluntad manifestado con posterioridad al desarrollo de la conducta no tiene efectos que eliminen la antijuricidad.

Es de hacerse notar que en la redacción que se establece el consentimiento como causa de justificación, la ley no distingue la forma en que la voluntad debe manifestarse, operando así el principio de derecho que determina: "que en donde la ley no distingue no podemos distinguir" y por consiguiente esta voluntad o consentimiento del sujeto pasivo puede manifestarse de manera expresa o de manera tácita, pero siempre antes o al momento de realizarse la conducta, pero nunca después.

El maestro Enrique Cardona Arizmendi afirma en su obra que podemos considerar al delito de despojo como el equivalente al robo pero tratándose de inmuebles, ya que son los bienes inmuebles los que constituyen el objeto material de este delito de despojo, por lo que respecta al termino posesionarse nos remitimos a líneas anteriores de este capítulo en donde vimos la posesión, sus elementos y sus clases, en relación a inmueble ajeno diremos que los bienes inmuebles son aquellos bienes que no se pueden mover y que no tienen por ende la posibilidad de desplazarse y consecuentemente no son susceptibles de apoderamiento y entonces para que haya un quebrantamiento de la posesión respecto de un inmueble, resulta necesaria la invasión de la cosa o impedir el acceso por cualquier medio, la geneidad de la cosa constituye un elemento normativo y esto referido a que el bien inmueble no le pertenezca al presunto sujeto activo del delito, por lo que respecta al término posesionarse materialmente de un bien inmueble ajeno, sin duda y como lo afirma el maestro Cardona Arizmendi que es claro que cuando se posee de un inmueble, tiene el ánimo de posesionarse lo cual trae consigo el quebrantamiento de la posesión que le corresponde al sujeto pasivo que materialmente tiene la cosa como un hecho mismo de posesión.

Por lo respecta a la expresión, hacer uso de un inmueble ajeno también significa y entraña tomar la posesión de un inmueble que se traduce en la

ocupación temporal del inmueble, sin el ánimo de apropiación y como lo afirma el maestro Cardona con un simple animus utendi.⁴⁹

En relación al tercer supuesto de la fracción I que se refiere, hacer uso de un derecho real que no le pertenezca implica que se trata de una acción diferente a las dos anteriores y se traduce en la conducta desarrollada por el sujeto activo, realizando actos del titular de un derecho real que no le pertenece al sujeto activo del delito de despojo. Este derecho se ha definido como la relación inmediata entre una persona y una cosa, el maestro Cardona Arizmendi afirma que dentro de este supuesto se esta refiriendo al derecho real de servidumbre que es el único caso en donde se puede hacer uso del derecho real sobre cosa ajena.

El artículo 206 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en su fracción II establece "se poseione materialmente de un inmueble de su propiedad, en los casos en que no pueda disponer o usar de él, por hallarse en poder de otra persona por alguna causa legítima".

Respecto de esta fracción podemos afirmar que la conducta es precisamente la misma a la fracción I porque se trata que el sujeto activo se poseione de un inmueble pero con la salvedad de que ese bien inmueble en vez de ser ajeno constituye su derecho de propiedad del sujeto activo del delito

⁴⁹ Cardona.Op.cit.p.760.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

además con lo característica propia de que no pudiendo disponer o usar dicho bien de su propiedad se poseione, pero para que se de este supuesto el bien inmueble deberá encontrarse en poder de otra persona por medio de una causa legítima.

Como se puede apreciar esta figura esta referida al propietario de un bien inmueble, propietario que por alguna causa legal o causa legítima no se encuentra materialmente en posesión de dicho bien y por esa razón su derecho de propiedad se encuentra limitado pues en tales circunstancias y conforme a la figura que se analiza la limitación de su propiedad radica en que no puede hacer uso del ius abutendi y del ius utendi es decir que no puede disponer o usar de dicho bien.

Lo anterior y lo específico y lo importante de esta disposición se encuentra referida a que el propietario de un bien inmueble no se le permite ocuparlo, usarlo, disfrutarlo o disponer de el por hallarse legítimamente en poder de otra persona, no obstante que el propietario tiene el ius utendi y ius abutendi y que se presume su posesión ya que el bien se encuentra en posesión de otra persona por medio de un acto jurídico que haya dado origen a la simple detentación del sujeto pasivo que al ser poseedor de dicho bien inmueble y aunque su posesión es precaria o derivada por que únicamente tiene el corpus y no el animus dicha disposición se protege. De esta manera nos estamos refiriendo en la posesión precaria de un arrendador o bien a la que se otorga a través de un comodato o a la posesión que se deriva del usufructo, uso y habitación.

El propietario que se posea materialmente un bien inmueble de su propiedad en caso que dicho bien se encuentre en poder de otra persona como los ejemplos que ya hemos mencionado señalamos que infringen la posesión del sujeto pasivo violando así una posesión que aunque es precaria o derivada es una posesión legítima que se ha establecido a través de una relación jurídica que le da origen. Por otra parte si la posesión del sujeto pasivo del delito de despojo sea dudosa o este sometida aun litigio aun de esa manera el tipo penal de despojo protege dicha posesión.

Para el maestro Cardona Arizmendi señala que cuando el sujeto pasivo del delito de despojo posee precariamente y no como producto de una relación jurídica legítima si no como producto de una conducta ilícita o de un hecho delictuoso, el propietario de dicho bien inmueble no podrá por sus propios medios ni haciéndose justicia por su propia mano afectar dicha posesión, en caso de que esto sucediera afirma el maestro Cardona Arizmendi que dicha conducta estaría en relación directa con el tipo penal de ejercicio arbitrario del propio derecho que se encuentra establecido en el artículo 278 del Código Penal para el estado de Guanajuato en donde se establece que: A quien para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar por la vía legal, se haga justicia por si mismo, siempre que el hecho no constituya otro delito, se estará tipificando.

La fracción III del artículo 206 que establece el tipo penal de despojo establece como conducta típica la distracción o desviación en perjuicio de otra persona el curso de aguas que no le pertenezcan.

Cómo se puede apreciar la conducta típica consiste en distraer o desviar entendiéndose por esto para los efectos de esta disposición legal, que distraer o desviar es precisamente apartar de su lugar o camino una cosa, en este caso se trata de apartar de desviar el recurso natural de aguas de su curso o de su cause esta conducta se deberá de desarrollar en perjuicio de otra persona es decir este elemento normativo implica la lesión patrimonial del bien jurídico tutelado del sujeto pasivo del delito, esta distracción o este desvió de cursos de agua deberán ser en relación directa a las aguas que no le pertenezcan al sujeto activo del delito ya que interpretado a contrario sensu cuando las aguas le pertenezcan la conducta no será típica.

El artículo 208 de nuestro Código Penal para el estado de Guanajuato se refiere al delito de despojo exigiendo una pluralidad en sujeto activo del delito ya que determina la pluralidad del sujeto activo cuando el despojo se realiza por tres o mas personas estableciéndose entonces en este artículo la figura de la instigación, que por cierto se trata de una forma especial del delito de despojo por lo que respecta a la participación criminal en sentido estricto. Existe instigación cuando una persona determina dolosamente a otra cometer un delito doloso, en este caso el instigado sabe perfectamente lo que quiere el instigador y de esta manera tendremos dos sujetos el primero de ellos que es el autor material o instigado y el segundo de ellos que es el instigador de tal manera que existe la figura del delito en tanto que el instigador será siempre un partícipe existiendo una pena agravante en relación a lo establecido por el encabezado del artículo 208

que trata del delito de despojo, de tal manera que a los instigadores o aquellos quienes dirijan la comisión de la conducta delictuosa de despojo se les impondrá una pena mayor.⁵⁰

La forma de persecución del delito de despojo es decir por manifestación de voluntad expresa del sujeto pasivo para que dicha manifestación se persiga, se tendrá que expresarse ante el uso del derecho de petición que nos otorga nuestra Constitución y dicho derecho lo ejercitamos ante el Ministerio Público para que una vez dado este requisito de procedibilidad el Ministerio Público pueda entrar a la etapa de la Averiguación Previa o a la persecución de este delito haciendo uso de las atribuciones que la Constitución y nuestra ley secundaria le conceden a fin de que en cumplimiento de ellas proceda a la persecución de los delitos a la procuración de la justicia y previa comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y ejercite acción penal ante el juez competente quien es el encargado para la aplicación de las penas para que una vez llevado el proceso y previa declaración de culpabilidad del presunto sujeto activo del delito se le imponga una pena. Es de hacer notar que el delito de despojo se persigue por querrela siempre y cuando no exista una pluralidad en el sujeto activo del delito pues en caso de ser así no será la querrela el requisito de procedibilidad que se exige si no que se hará uso de la denuncia pues en tales circunstancias el delito se persigue de oficio.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

⁵⁰ Cardona. Op.cit. p.p. 764-765.

En los delitos que se persiguen por querrela existe la figura del perdón del querellante a favor del presunto sujeto activo del delito, esta posibilidad de otorgar el perdón la ley se la otorga al querellante, que aunque no es parte en Procedimiento Penal a través del perdón puede disponer del proceso no obstante que no es parte legitima, dicho perdón puede ser otorgado ante en Ministerio Publico en la etapa de la averiguación previa o ya sea ante el juez antes de que se dicte sentencia y con esto se dará por terminado el proceso penal sin embargo nuestra ley sustantiva en el articulo 209 establece que el otorgamiento del perdón no genera derechos restitutorios a favor de la persona inculpada.

Es indudable que ante una conducta de tal naturaleza desarrollada en el delito de despojo dicha conducta para ser punible en ella deberá de reafirmarse la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad y la culpabilidad para que dicha conducta sea punible es decir sea merecedora de una pena.

En la Averiguación Previa que como ya se dijo es una actividad investigadora para demostrar esos extremos de lo que es el delito como es la conducta típica, antijurídica y culpable el Ministerio Publico tendrá que hacer uso de los medios de prueba establecidos y permitidos por la ley adjetiva para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y de esta manera con la comprobación del cuerpo del delito nos estaremos refiriendo a la conducta típica y culpable y con la probable responsabilidad al elemento subjetivo del delito como lo es la culpabilidad y esto se logra con el uso de los medios de prueba que deberá utilizar el Ministerio Público en cumplimiento de sus atribuciones y que las

partes en el procedimiento penal irremediamente tendrán que usar, el punto de vista del juzgador en el periodo de instrucción y de esta manera la autoridad se encuentre lista para dictar sentencia previa declaración de culpabilidad.

Son los medios de prueba los que producen la certeza en el juzgador y si estos no fuesen los suficientemente idóneos para provocar la certeza estaremos ante la duda y el juzgador ante la duda se inclinara por el principio IN DUBIO PRO REO que significa que deberá estar lo mas favorable al inculpado pero son los medios de prueba los mas idóneos que nos otorga la ley para un hecho un derecho y utilizándolos con conocimientos, con ética, con responsabilidad, estos medios de prueba que establece nuestra ley adjetiva son los idóneos y suficientes para determinar si un hecho es delito o si un sujeto es o no culpable.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Debemos de decir que apartir del primero de enero del año 2002 entró en vigor el nuevo Código Penal para el Estado de Guanajuato, mismo que como consecuencia lógica abroga al anterior. Nuestro nuevo Código Penal no obstante que en él desaparece la definición dogmática del delito, hace presumir, sin embargo, su existencia, al establecer en una sola disposición como lo es el artículo 33 del Código Penal vigente en todas las causas que excluyen la existencia del delito, de esta manera en la mencionada disposición legal se establecen las eximentes de responsabilidad como lo son el aspecto negativo del delito y así tenemos la falta o ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de justificación, las causas de inimputabilidad, las causas de inculpabilidad, no así las excusas absolutorias, las cuales se encuentran dispersas en toda la parte especial de nuestro nuevo Código Penal para el Estado de Guanajuato.

SEGUNDA.- Respecto a este aspecto negativo en nuestro nuevo Código Penal para el Estado de Guanajuato, no hay cambio, a excepción de las causas de inculpabilidad en las que se incluye el error de tipo y la ignorancia de la ley.

TERCERA.- El tipo penal de despojo consta de tres fracciones, la primera trata de la posesión material de un inmueble ajeno o el hacer uso de él, así como un derecho real que no le pertenezca al sujeto activo del delito de despojo.

La segunda fracción habla de posesionarse de un bien inmueble que perteneciendo al sujeto activo, no puede disponer de él o de usarlo por hallarse en poder de otra persona por alguna causa legítima.

La fracción tercera habla de una desviación o distracción del curso de aguas que no le pertenezca al sujeto activo.

Tratándose de un tipo penal anormal por contener tanto elementos objetivos como elementos subjetivos; dicha conducta delictuosa se tendrá que desarrollar sin el consentimiento o contra la voluntad del sujeto pasivo, además se trata de un tipo penal especial en relación al básico fundamental de robo y cuyo bien jurídico tutelado se trata de la posesión cuya sanción será aplicable aunque la posesión sea dudosa o esté sujeta a litigio siendo además considerado como un delito grave.

CUARTA.- Los medios probatorios establecidos por nuestra ley adjetiva como son la confesión, los testigos, los peritos, inspección, confrontación, careos, documentos y cualquier otro instrumento o medio de prueba que no esten prohibidos por la ley, son los idóneos para poder acreditar el delito de despojo. El uso de estos medios de prueba deberán de realizarse a través del conocimiento técnico-profesional, tanto de la parte acusadora, como de la acusada y su defensa así como en relación a la autoridad jurisdiccional, que en el cumplimiento de las obligaciones y derechos que se establecen dentro del procedimiento penal, a través de la relación jurídica procesal deben de ser utilizados con la probidad

requerida, idónea y además necesaria, por los tres sujetos más importantes del proceso penal, como lo son el juez, la parte acusadora, la parte acusada y su defensa.

BIBLIOGRAFÍA.

TEXTOS:

1. Cardona Arizmendi Enrique. Código Penal Comentado. 3ª.ed. Ed. Orlando Cardenas.1996. p.p.874.
2. Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. 41ª.ed. Ed. Porrúa. México.2000.p.p.354.
3. Colin Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 11ª. ed. Ed.Porrúa. México.1989.p.p.435.
4. González Bustamante Juan José. Principios de Derecho Procesal Mexicano. 9ª.ed. Ed.Porrúa.México.1998.p.p.302.
5. Lemus García Raúl. Derecho Romano. Ed. Linsa. México. 1964.p.p.328.
6. Marquez Piñero Rafael. El Tipo Penal. Ed. UNAM. México.1986.p.p.407.
7. Mezzer Edmundo. Derecho Penal. 2ª.ed. Ed.Cardenas editor y distribuidor. México.1990.p.p.459.
8. Muñoz Conde Francisco. Introducción al Derecho Penal. Ed. Bosch. Buenos Aires, Argentina.1989.p.p.432.
9. Orellana Wiarco Octavio Alberto. Teoría del delito. 2ª.ed. Ed. Porrúa. México. 1995.p.p.179.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

10. Placencia Villanueva Raúl. Teoría del Delito. Ed. UNAM. México. 1998.p.p297.
11. Reynoso Dávila. Teoría General del Delito. Ed. Porrúa. México. 1995.p.p.362.
12. Rivera Silva Manuel. Procedimiento Penal. 10ª.ed. Ed. Porrúa. México.1970.
p.p.230.
13. Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil. Introducción. Personas.
Familia.Patrimonio. 29ª.ed. Ed.Porrúa.México.
p.p.402.
14. Romero Tequextle Gregorio. Cuerpo del Delito o Elementos del Tipo. 2ª.ed. Ed.
O.G.S. Editores. Puebla, Puebla. 1999. p.p.315.
15. Vela Treviño Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. 2ª.ed. Ed. Trillas. México.
1990.p.p.415.

OTRAS FUENTES:

16. Moreno Hernández Moises. Conferencia de Teoría del Delito. Facultad de
Derecho.Universidad de Guanajuato. Agosto.1991.
17. Téllez Guzmán Carlos Mario. Conferencia. 8 de febrero.1991. Facultad de
Derecho.Universidad de Guanajuato.

LEYES Y CÓDIGOS:

18. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Constitución Política.

19. GUANAJUATO. Código Penal Sustantivo.

20. GUANAJUATO. Código Penal adjetivo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN