



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**
FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 8793-09

**“IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE
GENOCIDIO EN MÉXICO”**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

RICARDO EVARISTO RIVERA LÓPEZ

Asesor:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Celaya, Gto.

Septiembre 2013



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:

Por el apoyo recibido a mis maestros, por quienes hoy en día me encuentro presente para este examen de titulación; en especial al Licenciado Rogelio Llamas Rojas, quien como mi Asesor de Tesis, pude concluir satisfactoriamente esta exposición para así titularme.

Para mi abuelo J. Dolores Evaristo López Sauz, quien me orientó y me apoyó incondicionalmente en los momentos más difíciles a lo largo de mis estudios.

Para mis padres; Ricardo Rivera Guevara y Juana Ornela López Gallegos; quienes me dieron todo de sí, en todo momento, para poder continuar con mis estudios y sobrellevar mi vida a lo largo de los mismos.

En especial; agradezco a mi tía, la Licenciada Noelia López Gallegos; por quien me encuentro aquí presentando este examen para titulación; de quien siempre he recibido apoyo tanto para mis estudios, mi vida y actualmente orientación profesional; de igual manera en un especial agradecimiento a mi ya finada abuela, María Guadalupe Gallegos Martínez; quien nunca dudó de mí; y siempre estuvo presente tanto en las buenas como en las malas brindando su apoyo para que yo saliera adelante.

DEDICATORIAS:

Este es final de un ciclo y el principio de mi trayecto; por los que me apoyaron en el camino y por los que voy a apoyar en tiempos venideros. Aquellos que estuvieron a mi lado me dieron su fortaleza y conocimiento, por lo cual he de aprovechar exitosamente; y éste es el principio de un futuro esperanzador, que sólo y únicamente reside en mis manos; es momento de poner en marcha lo aprendido y abrir las puertas necesarias para que todas las metas sean cumplidas.

La presente tesis está dedicada a mis Hijos Therius Ricardo Rivera Campero y Christopher Damián Rivera Campero, además de mi esposa, Lizet Yarira Campero Nieto; para quienes hoy en día me estoy Titulando, por el bienestar de las generaciones venideras y el bienestar y estabilidad en pareja adecuados para el desarrollo saludable y crecimiento de mi familia.

Por aquellos principios de justicia, seguridad, paz, amor, comprensión, tolerancia y valentía; por los que me educaron; J. Dolores Evaristo López Sauz, Noelia López Gallegos, María Guadalupe Gallegos Martínez, Ricardo Rivera Guevara y Juana Ornela López Gallegos.

“El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo inalcanzable. Para los temerosos, lo desconocido. Para los valientes es la oportunidad.”

-Victor Marie Hugo.-

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. DERECHO PENAL (GENERALIDADES)

1.1. DENOMINACIÓN	1
1.2. DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO	2
1.3. DOGMÁTICA Y CIENCIA DEL DERECHO PENAL	3
1.4. CIENCIAS PENALES	4
1.5. EL DELITO Y SUS GENERALIDADES	7
1.6. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS	9
1.6.1. EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD	9
1.6.2. SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE	9
1.6.3. POR EL RESULTADO	10
1.6.4. POR LA LESIÓN QUE CAUSAN	10
1.6.5. POR SU DURACIÓN	11
1.6.6. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD	12
1.6.7. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS	12
1.6.8. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES	13
1.6.9. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS	13
1.6.10. POR LA FORMA DE SU PERSECUCIÓN	13
1.6.11. POR MATERIA	14

CAPÍTULO II. TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS) CONDUCTA, TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A. CONDUCTA Y SU AUSENCIA	15
2.1. ACCIÓN	16
2.1.1. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN	17
2.2. OMISIÓN	18
2.2.1. ELEMENTOS DE LA OMISIÓN	21
2.3. AUSENCIA DE LA CONDUCTA	21
2.4. SUJETO ACTIVO DEL DELITO	22
B. TIPICIDAD Y SU AUSENCIA	23
2.5. EL CUERPO DEL DELITO	23
2.6. EL TIPO PENAL	25
2.7. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES	28
2.8. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	30

2.8.1. NORMATIVOS	30
2.8.2. SUBJETIVOS	30
2.8.3. OBJETIVOS	31
2.8.4. DESCRIPTIVOS	31
2.9. CAUSAS DE ATIPICIDAD	32
2.9.1. AUSENCIA DE ELEMENTOS	33
2.9.2. ERROR EN EL TIPO	33
C. ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA	35
2.10. GENERALIDADES	35
2.11. PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DE LA ANTIJURIDICIDAD	37
2.12. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL	38
2.13. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD	38
2.14. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	39
2.14.1. LEGÍTIMA DEFENSA	40
2.14.2. ESTADO DE NECESIDAD	44
2.14.3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	47
2.14.4. CONSENTIMIENTO DEL OFENIDIDO	49
2.14.5. EJERCICIO DE UN DERECHO	50

CAPÍTULO III. TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS) IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD

A. IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA	52
3.1. IMPUTABILIDAD	52
3.1.1. RESPONSABILIDAD	53
3.1.2. ACCIONES LIBERAE IN CAUSA	53
3.2. INIMPUTABILIDAD	54
3.2.1. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD	55
3.2.1.1. TRASTORNO MENTAL	55
3.2.1.2. MIEDO GRAVE	56
3.2.1.3. SORDOMUDEZ	57
3.2.1.4. MENORES DE EDAD	58
3.2.1.5. TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES	58
B. CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA	59
3.3. DOLO Y CULPA	59
3.4. EL DOLO	59
3.4.1. CLASES DE DOLO	60
3.4.1.1. DOLO DIRECTO DE PRIMER GRADO	60
3.4.1.2. DOLO DIRECTO DE SEGUND GRADO	60
3.4.1.3. DOLO EVENTUAL	60
3.4.2. ELEMENTOS DEL DOLO	61
3.4.2.1. EL CONOCIMIENTO	61

3.4.2.1. QUERER	61
3.5. CULPA	62
3.5.1. CLASES DE CULPA	63
3.5.2. ESTRUCTURA DE LA CULPA	63

CAPÍTULO IV. TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS) PUNIBILIDAD

A. PUNIBILIDAD	65
4.1. GENERALIDADES	65
4.2. PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO	66
4.3. CONDICIONALIDAD OBJETIVA	67
4.4. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD	67
4.5. EXCUSAS ABSOLUTORIAS	68

CAPÍTULO V. ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE GENOCIDIO

A. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD	70
5.1. CRIMEN DE AGRESIÓN	70
5.2. CRÍMENES DE GUERRA	72
5.3. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	74
5.4. CRIMEN DE GENOCIDIO	76
5.4.1. GENERALIDADES	76
5.4.2. INTENCIÓN ESPECÍFICA: INTENCIÓN DESTRUCTIVA	78
5.4.3. LA DISTINCIÓN ENTRE INTENCIÓN ESPECÍFICA Y MOTIVACIÓN	80
5.4.4. INFERENCIA DE LA INTENCIÓN	81
B. TRATAMIENTO DEL DELITO DE GENOCIDIO EN MÉXICO	82
5.5. DELITO DE GENOCIDIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO	82
C. DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE GENOCIDIO	85
5.6. CONVENCIÓN DE VIENA	85
5.7. CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948	87
5.8. CORTE PENAL INTERNACIONAL	90
5.9. CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD	91
D. IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE GENOCIDIO EN MÉXICO	93
5.10. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	93
5.10.1. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA	93
5.10.2. MUERTE DEL DELINCUENTE	94
5.10.3. AMNISTÍA	94
5.10.4. INDULTO	94
5.10.5. PERDÓN DEL OFENDIDO	95

5.10.6. REHABILITACIÓN	96
5.10.7. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE UNA NUEVA LEY MÁS FAVORABLE	96
5.10.8. EXISTENCIA DE SENTENCIA ANTERIOR A LOS MISMOS HECHOS	96
5.10.9. EXTINCIÓN DE MEDIDAS DE TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES	97
5.10.10. PRESCRIPCIÓN	97
5.10.11. IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE GENOCIDIO EN MÉXICO	99

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho Penal hoy en día demanda la profundización en temas que son relativamente nuevos para nuestro país; tal es el caso de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad como es el caso del delito de genocidio tipificado en nuestro Código Penal Federal en su artículo 149- Bis; la cual si bien fue por primera vez tomada en consideración en el año 1968; fundado en la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad firmada en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos; en nuestro país no entra en vigor sino hasta el año 2002 tras ratificación por parte del Senado de la República; sin embargo, la aprobación de dicha Convención ha traído consigo una serie de controversias sobre si es posible o no, que se pueda dar la Imprescriptibilidad de estos delitos en nuestro país y la inconstitucionalidad de la misma Convención.

La Controversia sobre el delito de genocidio comenzó tras culminar la Segunda Guerra Mundial; en la cual se cometieron los actos más crueles que el mundo haya visto; razón por la cual se comenzó a trabajar en proyectos de Leyes Internacionales que tuvieran por finalidad castigar a todos aquellos quienes resultaren responsables; el maestro Lemkin; fue quien facilitó la tarea para dar comienzo a la creación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, misma que al entrar en vigor en nuestro país, se regula correctamente en el Código Penal Federal la existencia del mismo para su correcta aplicación en territorio mexicano.

El Genocidio es el peor crimen que se puede cometer en materia internacional, mismo que fue el cometido en la Segunda Guerra Mundial por Adolf Hitler, en la matanza y exterminio de judíos en Europa; por lo mismo es que el delito de Genocidio se tipifica como la destrucción total o parcial de un grupo étnico, religioso, racial o nacional; a través de los mecanismos que en ésta misma Tesis se expresan.

En nuestro país el delito de genocidio también ha tenido lugar en múltiples ocasiones, tomando como referencia a la matanza de Tlatelolco en 1968, misma de la cual no sentenció a prisión a los acusados basándose una y otra vez en argumentaciones que lejos de esclarecer las controversias respecto de la prescripción del delito por el cual se les acusaba; dejaron controversias muy serias sobre la correcta o no aplicación de la Ley al respecto.

CAPÍTULO I. DERECHO PENAL (GENERALIDADES)

1.1. DENOMINACIÓN

Para iniciar con el estudio de ésta Tesis comenzaré con definir lo que es el Derecho, al cual se comprende como: El conjunto de normas jurídicas que regulan el comportamiento externo de las personas en sociedad; de igual manera, debemos hacer alusión al término “Penal”, el cual deriva del latín “Poena” que se refiere al castigo que se le adjudica a una persona por su mal actuar, en la religión, de la palabra “Pena” deriva el término “penitencia” que es el castigo que tiene que purgar la persona que haya obrado mal.

Ahora bien, la denominación de derecho penal comenzó a utilizarse a principios del siglo XIX, misma que se utilizó en sustitución de “Derecho Criminal”, el cual aludía a los crímenes, así bien, los juristas de nuestro país adoptaron desde los orígenes del estado Mexicano independiente el término de Derecho Penal. Esto es debido a que la expresión “Derecho Criminal” se puede prestar a confusiones ya que es aplicable solo en algunas legislaciones donde se hace distinción entre crímenes, delitos y faltas, en cambio en nuestro país únicamente se refiere a los delitos en forma genérica entre los cuales se encuentran los que se denominan crímenes en otros países.

El Derecho Penal forma parte del Derecho Público interno, el cual se entiende como el conjunto de normas jurídicas que rigen las relaciones entre los ciudadanos y el Estado y es interno ya que el Derecho Penal rige solamente dentro de los límites jurisdiccionales del Estado, claro está que con las excepciones a los convenios celebrados con otros Estados con la finalidad de resolver controversias de naturaleza Penal, tomándose a estos como actos de voluntad soberana de los países que los que suscriben.

El Derecho Penal es entonces la rama del Derecho Público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.

El Derecho Penal es necesario ya que tiene como objetivo el garantizar la supervivencia misma del orden social, mismo que el Estado se encuentra facultado y obligado a hacer valer, a través de los medios necesarios para lograrlo.

1.2. DERECHO PENAL OBJETIVO Y SUBJETIVO

Para el estudio del Derecho Penal en sentido objetivo citaremos a Von Liszt quien enuncia que el Derecho Penal es “El conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado que asocian el crimen, como hecho, a la pena como legítima consecuencia, en cambio, para Eugenio Cuello Calón; El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente; Raúl Carranca y Trujillo consideran que el Derecho Penal es el conjunto de leyes mediante los cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación correcta de las mismas a los casos de incriminación; Pavón Vasconcelos lo define como; El conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”¹, misma definición que se encuentra en relación con la conceptualización de Castellanos Tena, quien enuncia al Derecho Penal como “La rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, las penas y las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social”².

El derecho Penal desde su sentido subjetivo se identifica entonces con la iuspuniendi “derecho a castigar”; ya que se considera al Estado con la

¹CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. ed. 47ª. Ed. Porrúa. México, 2007. p. 21.

²IBIDEM p. 19.

facultad de determinar mediante legislaciones las penas que serán aplicadas a los delitos, y en su caso, la aplicación y ejecución de las mismas. Cuello Calón hace referencia al Derecho Subjetivo el cual lo considera como el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad; en cambio Julio Klein afirma que la sanción penal no es un derecho, sino un deber del Estado; Juan del Rosal lo define como aquella parte del ordenamiento jurídico positivo que regula el ejercicio del poder punitivo del Estado, a causa del hecho cometido, penas y otras medidas afines, antes y postdelictuales y según la personalidad del autor y Castellanos Tena hace referencia al Derecho Penal Subjetivo, como “el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad”³.

1.3. DOGMÁTICA Y CIENCIA DEL DERECHO PENAL

La teoría entiende a la Dogmática Penal en un sentido positivista, a lo cual se le atribuye un método calificado de conformista y reaccionario como el positivismo en general; además de que se identifica con la ciencia del Derecho Penal, sin embargo Castellanos Tena, indica que en nuestro sistema de Derecho Liberal la Ley establece Delitos y Penas, en consecuencia la ley es el verdadero dogma del penalista, ya que debe tenerse como verdad firme, por lo cual la Dogmática Penal “es la disciplina cuyo objeto consiste en descubrir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo⁴”; por lo que la Dogmática Penal se entiende como parte de la Ciencia del Derecho Penal; cuyo objeto es desde luego el estudio de las normas positivas, sin embargo, haciendo alusión al maestro Villalobos, el objeto de estudio es también fijar la naturaleza del delito, las bases y los alcances de la responsabilidad y de la peligrosidad, así como la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del

³IBIDEM p. 22

⁴IBIDEM p. 24

Estado; por lo cual se entiende que la Dogmática Penal es sólo una rama de la Ciencia del Derecho Penal, la cual se encarga del estudio integral del ordenamiento Penal Positivo.

1.4. CIENCIAS PENALES

El estudio del Derecho Penal se realiza en forma ordenada, sistemática y racional, cuyo objeto esencial es el estudio de las normas jurídicas; sin embargo al lado de la Ciencia del Derecho existen otras ciencias con sus objetivos y métodos propios, éstas ciencias son disciplinas causales explicativas, las cuales se conocen con el nombre de Ciencias Penales. Éstas ciencias penales a diferencia del Derecho Penal, no intentan guiar la conducta de las personas, sino que se encargan de estudiar el delito y el nexo que existe entre este y los factores que propician la realización del mismo.

Por lo general las Ciencias Penales se incluyen en una disciplina más amplia, la cual se denomina “Criminología”, misma que para el médico Benigno Di Tullio es “la ciencia generosa, mediante la cual se haga posible combatir más eficazmente la causa de los más graves y más frecuentes actos antisociales y criminales, y buscar los medios aptos para desarrollar en cada hombre una más profunda y más activa bondad, que constituye la premisa esencial de todo verdadero mejoramiento de la persona humana y; por ello, de la misma humanidad; para el criminólogo WaelHikal la criminología es la ciencia que busca las causas de las conductas antisociales presentes durante la evolución de los individuos que lo han llevado a desarrollar una personalidad antisocial, se extiende de las conductas tipificadas como delitos y abarca además de éstos, a los trastornos relacionados con la personalidad antisocial. Al conocer las causas de la conducta antisocial, tratará de prevenirlas, y si ya se lleva a cabo la conducta, dará tratamiento para su rehabilitación; así como el modo de operación de las instituciones carcelarias y la readaptación de los

antisociales tanto dentro como fuera de prisión”⁵. Así bien, la criminología representa entonces el término de muchas ciencias penales.

Para Gustavo Malo Camacho “la criminología se orienta hacia el estudio del delincuente, del fenómeno de la criminalidad de los procesos de criminalización y de la reacción social del Estado, entendidos, obviamente, de acuerdo con la orientación criminológica de que se trate, en base a consideraciones biológicas o sociológicas que la alientan”⁶.

Entre algunas de éstas ciencias penales existe la **Antropología Criminal**; la cual tiene por objeto el estudio del hombre delincuente; así como las causas biológicas del delito; su máximo exponente es el italiano César Lombroso, para quien el delincuente, es un criminal congénito o nato, es un ser atávico, con regresión al salvaje. En general la teoría de Lombroso se basa en tres aspectos fundamentales, los cuales son; el atavismo, la locura moral y la epilepsia.

Sin embargo la doctrina de Lombroso hoy en día ya no se utiliza debido a que acorde a los estudios realizados se ha demostrado que la conducta humana se ve afectada por los factores de su entorno y debido a éstos es como puede o no actuar en la comisión de algún delito, como en éste caso sería el estudio de la **Sociología Criminal**, la cual en términos generales es la ciencia que se encarga de el estudio de la delincuencia, sin embargo, esto se hace desde el punto de vista social con la finalidad de encontrar las causas fuera del factor personal que propicia la comisión de los delitos o conocida comúnmente como la ciencia que estudia a relación entre la delincuencia y los distintos segmentos de la población; su máximo expositor es Enrique Ferri, considerado como el padre de la Sociología Criminal quien aseguraba que las razones por las cuales el hombre es delincuente son ajenas a su voluntad.

⁵ HIKAL CARREON WAEEL SARWAT. CRIMINOLOGIA PSICOANALITICA, CONDUCTUAL Y DEL DESARROLLO. Ed. ISBN. México. 2005. p. 8

⁶ MALO CAMACHO GUSTAVO. DERECHO PENAL MEXICANO. ed. 5ª. Ed. Porrúa. México. 2003. p. 144

Existen ciencias que se consideran parte de la Antropología Criminal, entre ellas se encuentran la **Endocrinología Criminal**, la cual es la ciencia que se encarga de descubrir el origen de la delincuencia, basándose en el funcionamiento de las glándulas de secreción interna; con la finalidad de demostrar la influencia dichas hormonas en la etiología, así mismo como en la aparición del delito. De igual manera como rama de la Antropología Criminal se encuentra la **Psicología Criminal**, la cual es conocida como la ciencia que estudia las causas y motivos, normales y/o patológicos que conducen a una persona a convertirse en un delincuente. Como sus principales exponentes se encuentran Sigmund Freud y su discípulo Alfredo Adler. Sigmund Freud consideraba que el delito es el resultado del “ello”; es decir, del instinto, que triunfa sobre el “superyo”, o sea la conciencia moral; para lo cual según Freud todo tiene una fuente de producción sexual; el psicoanálisis de Freud consiste en escudriñar la subconsciencia por medio de las palabras y de los símbolos que emite el sujeto a estudio, Generalmente, el psicoanálisis se practica narcotizando previamente a la persona, para asegurar la espontaneidad de sus ideas, y entonces se denomina narco-análisis. En cambio, para Adler, el impulso motor de la vida es el sentimiento de la propia personalidad, donde se plasma que el delincuente se genera por un fuerte sentimiento de inferioridad y baja autoestima, lo cual lleva al individuo a la comisión del delito en busca de poder sobre las demás personas, tal como lo explica Bernaldo de Quirós “El delito es una resultante del complejo de inferioridad, adquirido en virtud de disminuciones de los valores personales, orgánicos y sociales, que trata de superar la tendencia del hombre al poder, en virtud de supra compensaciones adecuadas, no sin el cortejo de conflictos internos y externos consiguientes”.

Además de las disciplinas mencionadas con antelación, existen ciencias auxiliares del derecho penal, entre las cuales, las más importantes son “La medicina Legal y la Criminalística”. La **Medicina Legal** tiene por objeto poner al servicio de la administración de la justicia penal los conocimientos y

técnicas médico-quirúrgicas; esto es debido a que en gran cantidad de investigaciones sobre la mayoría de los delitos cometidos, se requiere el auxilio del médico forense, quien examina tanto a quien comete el delito, como a la víctima del mismo, con la finalidad de encontrar el nexo causal entre el autor y el resultado de la comisión del delito, Dentro de la Medicina Legal también existe otra especialidad, la cual se denomina Psicología Médico-Legal, la cual tiene por objeto el estudio de las funciones psíquicas de las personas con la finalidad de saber si padecen de enfermedades mentales, y de esta forma, saber si existe responsabilidad o no en la comisión de algún delito.

Otra ciencia auxiliar del Derecho Penal es la **Criminalística**, de la cual expone Cuello Calón que está constituida por un conjunto de conocimientos heterogéneos encaminados al hallazgo de los delincuentes, al conocimiento del modus operandi del delito y al descubrimiento de las pruebas y de los procedimientos para utilizarlas.

1.5. EL DELITO Y SUS GENERALIDADES

Para el Jurista Gustavo Malo Camacho “la teoría del delito es aquella parte de la ciencia del derecho penal que explica el concepto y contenido del delito, a partir de las características que lo integran”⁷.

La Teoría del Delito, en el estudio del Derecho Penal, se encuentra inmersa en la ciencia penal, debido a que ésta teoría es la que engloba al conjunto de teorías explicativas de los conceptos penales fundamentales; además de tomar en cuenta que la teoría del delito se ha considerado como un aspecto inmerso en la dogmática penal, que como especie, pertenece al derecho penal.

El objetivo de la Teoría del Delito es analizar y estudiar los presupuestos jurídicos con la finalidad de determinar la punibilidad de un comportamiento humano, el cual se manifiesta, ya sea por una acción u omisión en la

⁷IBIDEM p. 239

conducta del individuo, la cual provoque una lesión o que se ponga en riesgo la integridad de algún bien jurídico, de lo cual derive la aplicación de una pena o en su caso, una medida de seguridad.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la teoría del delito nos remite al análisis de la ley penal, ya que ahí es donde se encuentran los tipos penales como la descripción del comportamiento en la comisión de los delitos, para la cual puede sobrevenir una medida de seguridad o una pena.

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

En el estudio del delito existen presupuestos, los cuales se clasifican en generales y especiales; siendo los primeros los que deben ocurrir forzosamente para la comisión de un delito, como la norma penal, el sujeto activo, el sujeto pasivo y el bien jurídico tutelado; siendo entonces que los presupuestos especiales son los condicionantes para que se dé la existencia de un delito específico.

De acuerdo al estudio jurídico sustancial del delito, solo pueden existir dos formas de estudio del mismo, las cuales son el unitario o totalizador y el atomizador o analítico. Para la corriente unitaria, el delito no se puede dividir para su estudio, ya que integra un todo orgánico e indisoluble; en cambio, los analíticos estudian al delito por sus elementos, sin negar la unidad del mismo, sin embargo, para el correcto conocimiento del todo se requiere primeramente el estudio de sus partes.

Existen algunos autores que definen al delito desde una perspectiva analítica del mismo, entre los cuales, dos de los máximos exponentes aportan las siguientes definiciones sustanciales; Mezger expone que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable; mientras que por su parte Cuello Calón afirma que el delito es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

Entre las definiciones expuestas anteriormente se incluyen elementos del delito, sin embargo dichos elementos son esenciales en el estudio del delito y por ello se encuentran incluidos en la definición del mismo; el cual se podría definir entonces como la conducta, típica, antijurídica, culpable, imputable y punible”.

1.6. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

1.6.1. EN FUNCIÓN A SU GRAVEDAD

Considerando la gravedad de las infracciones penales, se han realizado diversas clasificaciones. De acuerdo a una división bipartita, existen delitos y faltas; la clasificación tripartita señala crímenes, delitos y faltas o contravenciones; siendo entonces que en ésta división, los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre se consideran como crímenes; las conductas contrarias a los derechos nacidos de un contrato social como el derecho a la propiedad son considerados como delitos y las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno se consideran como faltas o contravenciones.

Sin embargo en nuestro país, estas divisiones carecen de importancia debido a que en los códigos penales sólo se exponen delitos en general, manifestando solo a algunos delitos como graves en los códigos penales tanto federales como locales.

1.6.2. SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE

La conducta del agente es de acuerdo a la manifestación de su voluntad en la comisión del delito, y esta se puede considerar como acción u omisión. Castellanos Tena expone que “los delitos que se cometen por acción, se realizan mediante un comportamiento positivo y en ellos se viola una ley prohibitiva; en cambio en los delitos que se cometen por omisión el objeto

prohibido es una abstención del agente, que consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley”⁸.

Sobre los delitos que se cometen por omisión, se debe señalar que se dividen en delitos que se cometen por simple omisión y los que se cometen de comisión por omisión. Los delitos que se cometen por simple omisión, son los que consisten en la falta de una actividad ordenada jurídicamente, independientemente del resultado material que se produzca. En cambio los delitos que se cometen de comisión por omisión son los delitos donde el agente decide no actuar, razón por la cual se produce el resultado material.

1.6.3. POR EL RESULTADO

De acuerdo a los resultados que se producen en la comisión de un delito, éstos se clasifican en formales o de simple actividad o acción y materiales o de resultado o resultado material.

Castellano Tena expone que los delitos formales “son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, sin ser necesario que para su integración se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material; y los delitos materiales son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material”⁹.

1.6.4. POR LA LESIÓN QUE CAUSAN

En relación con el daño que la comisión del delito genera al bien jurídico de la víctima, los delitos se dividen en delitos de daño y delitos de peligro. Entendiéndose a los delitos de daño como los que una vez consumados causan un daño directo y efectivo en los intereses jurídicamente protegidos por la ley penal, sin embargo, los delitos de peligro son los que se refieren a

⁸CASTELLANOS op. cit. p. 136

⁹IBIDEM p. 137

la situación en la que se coloca al bien jurídico, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

En los delitos de peligro existe una acción, la cual puede devenir en un resultado delictuoso, existiendo como tal una violación a una infracción peligrosa; a su vez la peligrosidad se clasifica en peligrosidad abstracta y peligrosidad concreta, siendo que en la primera existe una peligrosidad general de la conducta, mientras que en la segunda se trata de la producción de los resultados de un delito real.

1.6.5. POR SU DURACIÓN

Los delitos de acuerdo a su duración se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.

En los delitos instantáneos la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento; puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos; sin embargo se atiende a la unidad de la acción, sin importar la cantidad de movimientos que se realicen para su consumación ya que ésta sólo se da en un instante.

En los delitos instantáneos con efectos permanentes la conducta realizada destruye o disminuye en forma instantánea el bien jurídico tutelado, sin embargo permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

En los delitos continuados se dan varias acciones y una sola lesión jurídica; dicha continuidad se da en la conciencia, sin embargo es discontinuo en la ejecución.

En el delito permanente se concibe la prolongación en el tiempo de la acción; ya que existe continuidad en la conciencia y en la ejecución; actualmente la ley penal indica que existe la permanencia en el delito cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Porte Petit menciona como elementos del delito permanente; una conducta o hecho y una consumación más o menos duradera, y a su vez el segundo elemento comprende tres momentos; a) un momento inicial identificado con la compresión del bien jurídico protegido por la ley, b) un momento intermedio, que va desde la compresión del bien jurídico hasta antes de la cesación del estado antijurídico y c) un momento final, coincidente con la cesación del estado compresivo del bien jurídico.

1.6.6. POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD

Tomando en cuenta la culpabilidad del autor, los delitos se pueden clasificar en culposos y dolosos y para algunos autores existen los delitos preterintencionados. Los delitos son dolosos cuando existe la voluntad por parte del autor en la comisión del mismo, en la culpa no existe la voluntad, sino que se da por obrar sin cautela y hacer caso omiso a las precauciones exigidas por las autoridades y el preterintencionado se da cuando el resultado material sobrepasa la intención del autor del delito.

1.6.7. DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS

Los delitos se clasifican en simples y complejos de acuerdo a su estructura o composición. Los delitos se consideran simples cuando la lesión jurídica es única, y en los delitos complejos la figura jurídica consta de la unificación de dos o más infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva. El delito complejo se diferencia del concurso de delitos; ya que en el delito complejo la misma ley nos da la mención de un tipo que se crea como delito único, el cual se compone de dos o más delitos que se encuentran tipificados como delitos por separado, en cambio en el concurso de delitos, no existe la conformación de un delito único, sino que los mismos se toman en consideración por separado, aunque sea un solo sujeto el autor de los mismos.

1.6.8. DELITOS UNISUBSISTENTES Y PLURISUBSISTENTES

Los delitos se clasifican según los actos integrantes de la acción típica, en delitos unisubsistentes y plurisubsistentes; los delitos unisubsistentes se conforman por un solo acto, mientras que los plurisubsistentes se conforman por dos o más actos. Soler expresa que los delitos plurisubsistentes se diferencian de los delitos complejos, debido a que cada uno de los actos que se requieren para la formulación de los delitos, no constituyen un delito en particular; por lo cual Castellano Tena, afirma que “el delito plurisubsistente se conforma de una fusión de actos y el delito complejo se conforma por la fusión de figuras delictivas”¹⁰.

1.6.9. DELITOS UNISUBJETIVOS Y PLURISUBJETIVOS

Los delitos se clasifican de acuerdo a la cantidad de actores o sujetos que participan en la comisión de un delito; por lo cual suelen clasificarse en unisubjetivos y plurisubjetivos. Los delitos unisubjetivos son los que para su comisión participa un solo sujeto, en cambio, los delitos plurisubjetivos son en los que participan dos o más sujetos para la comisión de un delito.

1.6.10. POR LA FORMA DE SU PERSECUCION

Los delitos suelen clasificarse por el tipo de persecución, ya sea por delitos de querrela necesaria, en los cuales, su persecución por parte de la autoridad sólo es posible si la parte ofendida presenta debidamente formulada la querrela. El jurista Manuel Rivera Silva, opina que no deben existir delitos perseguibles según el criterio de los ofendidos, ya que el Derecho Penal debe tomar en cuenta sólo los intereses sociales, y no intereses exclusivos de los particulares. Los delitos también pueden ser perseguibles por denuncia, mismos que son conocidos como perseguibles de oficio; la denuncia puede ser formulada por cualquier persona, obligando a la autoridad a actuar por mandato legal sin necesidad de que se dé el

¹⁰IBIDEM p. 142

consentimiento del ofendido; por lo cual, en los delitos perseguidos por denuncia no es aplicable el perdón del ofendido, como en el caso de los delitos perseguidos por querrela.

1.6.11. POR MATERIA

Los delitos se clasifican por materia en delitos comunes, delitos federales, delitos del orden militar y delitos políticos.

Los delitos comunes son los que se formulan en las normas jurídicas dictadas en las legislaturas locales; en cambio los delitos federales son los que se establecen en las normas jurídicas expedidas por el Congreso de la Unión. Los delitos oficiales son los que comete un empleado o funcionario público en el ejercicio de sus funciones; los delitos del orden militar afectan la disciplina del ejército, para lo cual se establecen tribunales militares, los cuales no pueden ejercer su jurisdicción sobre personas ajenas al Instituto Armado; y los delitos políticos, dentro de los cuales se incluyen todos los actos que lesionan la organización del Estado.

CAPÍTULO II. TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS) CONDUCTA, TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

A. CONDUCTA Y SU AUSENCIA

El comportamiento desplegado por una persona puede tener consecuencias jurídicas penales; muchos autores usan los términos conducta y acción indistintamente, mientras que otros lo llaman conducta, comportamiento humano, o bien, acción en un amplio sentido.

Podríamos partir de la opinión de que “el estudio de la conducta es propiamente el examen del punto en el cual el hombre entra en contacto con el ordenamiento”, esta conducta puede expresarse ya sea por medio de una acción o de una omisión, por lo cual a la conducta se le atribuye el carácter de elemento esencial del delito.

En la dogmática penal mexicana coinciden con el manejo de la conducta a nivel de elemento del delito. Los autores destacan a la voluntad libremente determinada como un elemento básico de la conducta, así como a la acción y la omisión como sus especies, a la vez de identificar a la primera como el elemento positivo y a la segunda como el negativo.

El concepto jurídico penal de conducta es igual al concepto ontológico de conducta, si éste se constituye por una voluntad y un hacer algo, o una voluntad y un dejar de hacer algo, aquél se configura con los mismos elementos. En atención a lo anterior, la voluntad y la actividad causal definen la acción, la voluntad y el desvalor de hacer algo en el tipo, a la omisión.

Por lo tanto, el delito se considera como una conducta humana considerando a la conducta como elemento base del comportamiento humano; la conducta entonces es atribuible al delito en relación al sujeto activo del mismo, toda vez que este es quien realiza la acción u omisión corporal con la que realiza la comisión del delito.

De acuerdo a Castellanos Tena “La conducta es entonces el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”¹¹. La acción como tal en sus orígenes englobaba a la omisión sin embargo sin determinar los límites de ésta, en la actualidad se elimina esta idea para dar cabida al surgimiento de la acción como la conducta positiva y voluntaria y la omisión como la ausencia de la acción en una conducta negativa, pero voluntaria lo cual de igual manera genera la comisión de un delito.

2.1. ACCIÓN

Desde el punto de vista legal, el concepto de acción debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso puedan poseer relevancia jurídico-penal, siendo clara la existencia de un concepto que incluye todas las formas de comportamiento humano, con excepción de aquellas irrelevantes para el derecho penal.

Desde el punto de vista axiológico, la acción se define como un hacer aquello que no se debe, lo cual resulta coincidente con la opinión de autores como Baumann, quien sostiene respecto de la acción una clara identificación con la conducta al señalar que es “conducta humana guiada por la voluntad, siendo indiferente que esta conducta corporal consista en una acción positiva o en una omisión”, mientras que otros autores como Giuseppe Maggiore, aun cuando identifican a la acción con la conducta, le atribuyen la necesaria transformación del mundo exterior y exponen: es una conducta voluntaria que consiste en hacer o no hacer algo, que produce alguna mutación en el mundo exterior.

El acto se realiza mediante una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe.

Sin embargo, la acción es algo más complejo que simplemente un elemento de la conducta, la acción desde el punto de vista penal es exclusiva del

¹¹ IBIDEM p. 149

hombre, ya que puede haber conductas animales, o bien, hechos naturales, pero ninguno de éstos va a tener una de las características principales de la acción como lo es emanar de la voluntad del hombre que viene implícita en la realización de ésta.

Para Baumann, el elemento de la conducta humana excluye del concepto de acción tanto las formas de conductas animales y los fenómenos de la naturaleza como las simples actitudes internas, entonces, la voluntad es la causa de donde emerge la acción del hombre, de ahí que la acción es el comportamiento inteligente, con lo cual el autor pretende referir la capacidad psíquica del sujeto activo referida a la voluntabilidad e imputabilidad como presupuestos necesarios de la acción.

En la actualidad no podemos generalizar a la acción, sino que ésta se le atribuye exclusivamente al hombre, esto es a la persona física, por lo cual se define al acto o la acción, strictu sensu, como todo hecho voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior y por esto determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible.

2.1.1. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Para Celestino Porte Petit escribe los elementos de la acción son la manifestación de la voluntad, un resultado y una relación de causalidad; la manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado. Por ejemplo Soler afirma que el estudio de ésta relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la culpabilidad.

Cuello Calón, por su parte argumenta que los elementos de la acción son; un acto de voluntad y una actividad corporal. Luis Jiménez de Asúa estima que son la manifestación de la voluntad, el resultado y relación de causalidad.

Para Edmundo Mezger en la acción se encuentra el querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer. “Si al elemento objetivo se le denomina acción, evidentemente en ella se incluye tanto el resultado como el nexo causal, dada la amplitud otorgada a dicho término; lo mismo cabe decir, respecto a otros, tales como acto conducta y hecho. Tal como hace mención Castellanos al referirse a *Porte Petit*, para quien la primera no incluye un resultado material, mientras el segundo abarca tanto la propia conducta como al resultado y al nexo de causalidad cuando el tipo particular requiere una mutación del mundo exterior”¹².

2.2. OMISIÓN

El concepto de omisión surge con la teoría de los delitos de omisión creada por Armin Kaufmann, donde concibe a ésta como “la tercera forma general de aparición del hecho punible junto al delito doloso e imprudente de comisión, dotada de una estructura independiente de sus elementos”¹³.

La omisión puede ser considerada la antítesis de la acción, o como la manifestación de la voluntad en forma negativa, pero en todos los casos trae consecuencias de derecho. La omisión no es como generalmente se entiende el comportamiento de no hacer nada, sino dejar de hacer algo previsto por la ley, por ende, la conducta omisiva no implica algo tan simple como la falta de movimiento corporal, pero sí la voluntad de no realizar el acto que, de haberse efectuado, no hubiera lesionado o puesto en peligro un bien jurídico. Generalmente, las personas que pueden o están obligadas a realizar una determinada actividad, al no llevarla a cabo y tener facultades de producirla caen en la omisión, por lo que no impedir un resultado estando obligado a impedirlo, equivale a ocasionarlo.

Para Gustavo Malo Camacho “el delito de omisión es una figura jurídica que existe como un concepto en referencia. No existe la omisión en sí, sino que

¹²IBIDEM p. 157

¹³ PLASCENCIA VILLANUEVA RAUL. TEORIA DEL DELITO. Ed. UNAM. México. 2000. p. 58

siempre requiere ser entendida en relación con una determinada acción. la omisión sólo es concebible como un concepto de relación social. Surge como consecuencia de la vida social: configura un sistema que permite exigir a ciertas personas, bajo determinadas circunstancias, la realización de una acción”¹⁴.

En la omisión existe un criterio uniforme en el sentido de que no equivale a una pura abstención, sino que estriba en dejar de hacer algo que debió realizarse; la omisión y la acción tienen un origen común, pero “la omisión, como se ha dicho, no es la cara inversa de la acción, sino otro modo ejecutivo.

Es factible afirmar que la omisión entraña una voluntad que se manifiesta al exterior a través de un estado de quietud corporal, o bien, a través de un movimiento corporal, es así que la comprobación de que se está en presencia de una omisión sólo la confiere el instrumento del deber jurídico a cargo del sujeto activo, es decir, omite un comportamiento, sólo aquel sujeto que tenía el deber jurídico de realizarlo.

La voluntad de la omisión se encuadra dentro de la actitud, ya que éticamente se encuentra el sujeto activo en un estado consciente y, por ende, voluntario.

Para Castellanos Tena, los elementos de la omisión propia son la voluntad, la inactividad y el deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico o jurídico, definiciones de la omisión de la cual se desprende la connotación a nivel de aspecto negativo de la conducta, o bien, como el no hacer traducido en inactividad.

En los delitos de omisión se ha demostrado la existencia de dos tipos; los propios y los impropios, en los delitos propios de omisión se infringe una

¹⁴ Malo op. cit. p. 451

norma preceptiva mediante omisión y en los delitos impropios de omisión, la norma se transgrede mediante omisión de una norma prohibitiva.

En relación con lo anterior se identifican tres tipos de delitos de omisión, los cuales se denominan, delitos de omisión propia, los delitos de omisión y resultado y los delitos de omisión por comisión o delitos impropios.

En los delitos de omisión propia y los de resultado se pueden clasificar aquellos tipos penales en donde el sujeto que omite la acción positiva, no estaba obligado a proteger el bien jurídico respectivo, sin embargo, el reproche en su contra radica en que tuvo oportunidad de salvaguardarlo; mientras que en los delitos de omisión por comisión se tenía la obligación y la posibilidad de tutelar ese bien jurídico, y debido a esta falta se produce el resultado material.

En relación a lo anteriormente expuesto se concluye que la omisión es una forma negativa de la acción. Según Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Para Sebastián Soler, el delincuente puede violar la Ley sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga, por medio de una omisión o abstención.

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

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

2.2.1. ELEMENTOS DE LA OMISIÓN

Porte Petit estima como elementos de la omisión propia a la voluntad o no voluntad, la inactividad y el deber jurídico de obrar, con una consecuencia consistente en un resultado típico. Afirma que la omisión simple consiste en un no hacer voluntario o culposo, violando una norma perceptiva y produciendo un resultado típico.

Como en la acción; en la omisión hay una manifestación de la voluntad que se traduce en un no actuar; conclúyase, en consecuencia, que los elementos de la omisión son la voluntad; donde se aprecia el valor volitivo y la inactividad. La voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho. La inactividad está íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que el sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

Los dos elementos mencionados con antelación aparecen tanto en la omisión simple como en la omisión por comisión, más en ésta emergen otros dos factores, a saber; un resultado material típico y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

Cualquiera que sea el resultado de la omisión, debe constituir una figura de delito prevista en la ley. Siempre hay un resultado jurídico; en la comisión por omisión hay, además, uno material.

En la comisión por omisión, la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la omisión simple, en un no obrar teniendo obligación de hacerlo, pero violándose no sólo la norma perceptiva sino, también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.

2.3. AUSENCIA DE LA CONDUCTA

Si falta alguno de los elementos esenciales del delito, éste no se integrará; en consecuencia, si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito

a pesar de las apariencias; lo anterior se fundamenta en el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33 fracción I. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de voluntad.

Por otra parte, muchos penalistas opinan que son verdaderos aspectos negativos de la conducta; el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias.

2.4. SUJETO ACTIVO DEL DELITO

En el derecho penal se considera al ser humano como sujeto del delito. El ser humano entonces es quien se obliga a acatar las normas contenidas en los diversos ordenamientos reguladores de la vida del hombre en sociedad.

De igual manera y gracias al desarrollo del Estado moderno y del surgimiento de entes jurídicos, como las personas jurídicas, empresas, corporaciones, sociedades o asociaciones, se han realizado innovaciones a la ley en las cuales se regula la actividad de las mismas en la sociedad, por lo cual las regulaciones penales también se hacen ver en la regulación de los mismos entes.

En virtud de lo anterior, Raúl Plascencia Villanueva comenta que para “la consideración de un tipo penal se requiere la confluencia de un comportamiento humano lesivo a los intereses de la sociedad, y si la persona humana es la única reconocida con capacidad para exteriorizar una voluntad

dañosa, entonces, ni las cosas inanimadas ni los animales pueden ser considerados sujetos activos del delito, sin embargo, la persona jurídica funciona a través de voluntades de personas físicas y, por ende, resulta plausible pensar en responsabilidad penal atribuible a éstas”¹⁵.

Sin embargo la persona física es aceptada hasta hoy en día casi como el único sujeto activo del delito; ya que sobre la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, no sucede lo mismo, tendencia que es adoptada en los sistemas jurídicos del mundo, lo cual se reproduce de igual manera en la legislación federal y estatal mexicana.

Para Raúl Plascencia Villanueva; “en nuestro país existen tres tendencias al respecto, la primera admite plenamente la posibilidad de aplicar consecuencias jurídico penales a las personas jurídicas, la segunda ignora la problemática al no señalar nada al respecto, y la tercera tímidamente refiere consecuencias jurídico penales en su contenido aun cuando rechaza la posibilidad de responsabilizarlas penalmente, circunstancia que provoca una clara contradicción al negar, por un lado, la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, y, por el otro, establecer consecuencias jurídico penales para el caso de que se cometan delitos bajo el amparo de ella”¹⁶.

B. TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

2.5. EL CUERPO DEL DELITO

Los Juristas al abordar el tema de la tipicidad han corrido por vertientes distintas por un lado, existen autores que le atribuyen un contenido material y, por el otro, los que consideran aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido. También existen posturas que nos permiten identificar a la expresión *corpus delicti* empleada en tres sentidos distintos. En primer lugar, es principalmente empleada la expresión *corpus delicti* como el hecho

¹⁵PLASCENCIA op.cit. p. 70

¹⁶IBIDEM p. 71

objetivo, tanto permanente como transitorio, inserto en cada delito; en segundo lugar, se emplea como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración; y también, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada.

“No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto”¹⁷.

“Alrededor de la comisión de un delito, antes o bien después de consumado, existen una serie de elementos físicos o modificaciones al mundo exterior, que entrañan una manifestación exterior material, que bien podrían confundirse con el cuerpo del delito y que ameritan una delimitación”¹⁸.

Es necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entendiendo por el primero la materialidad considerada en sus elementos externos, considerando al cuerpo del delito como al conjunto de elementos externos o materiales que constituyen al delito en sí mismo, en tanto que el segundo es la resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.

En consideración de lo anteriormente expuesto, es factible encuadrar al cuerpo del delito en tres grupos; La corpus criminis, que es la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delitos, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito; la corpus instrumentorum que son los instrumentos utilizados, las cosas con las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso como medios destinados a facilitar la acción del delincuente; y la corpus probationem que son las llamadas piezas de convicción comprendiéndose todas aquellas huellas,

¹⁷CASTELLANOS op. cit. p. 167

¹⁸PLASCENCIA op. cit. p. 87

rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

Para Manzini era prudente enunciar los elementos del cuerpo del delito los cuales eran “los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito; las cosas sobre las cuales se cometió; las huellas dejadas por el delito o por el delincuente; las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito; las cosas que representan el precio o el provecho del delito; las cosas que son el producto del delito, aun indirecto, y cualquier otra cosa en relación a la cual se haya ejercido la actividad delictuosa, o que haya sufrido las inmediatas consecuencias del delito”¹⁹.

“El cuerpo del delito se enfoca al aspecto externo material excluyendo los elementos normativos y subjetivos, que también son de relevancia para efectos de la función de garantía de la ley penal y para permitir sus efectos. En atención a estas circunstancias, así como a otras tantas críticas, el concepto de corpus delicti fue superado a principios de siglo por el de tipo penal, que permitió una concepción más amplia en la cual guardan cabida elementos de toda índole y no exclusivamente materiales”²⁰.

2.6. EL TIPO PENAL

Es necesaria la existencia de un precepto jurídico que contemple el sancionar a una conducta que sea nociva para la sociedad, así como que se cumpla con el presupuesto de que el sujeto tenga conocimiento de lo antisocial de su comportamiento.

“El tipo penal es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídica penal, dentro del ámbito situacional, en que aparece regulado en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad

¹⁹ IBIDEM p. 88

²⁰ IBIDEM p. 89

social, mismos que aparecen protegidos, en los términos del contenido preceptivo, o prohibitivo contenido en la misma ley”²¹.

“El origen del concepto de tipo penal con su actual contenido podemos situarlo a partir de Beling en la dogmática penal alemana, época en la que dicho autor describe lo que antiguamente era el delito específico en la totalidad de sus elementos, a través de la tipicidad en sentido formal”²².

Sobre la definición del tipo penal, existen infinidad de postulados, incluidos los que son ajenos al derecho penal, hasta los que negando su existencia plantean la posibilidad de suprimir su estudio. El concepto de tipo penal aparecerá, entonces, como un fenómeno complejo, que abarca elementos objetivos y subjetivos.

El tipo tiene diversos significados, uno de éstos es el conjunto de los caracteres del delito descritos en la ley, no como condiciones de penalidad sino como condiciones exteriores de punibilidad.

Para Welzel, el tipo es una figura conceptual que describe mediante conceptos, formas posibles de conducta humana, la norma prohíbe la realización de estas formas de conducta; toda vez que el autor expresa que “los tipos y los conceptos en ellos empleados, como matar, lesionar, dañar, etc., no deben ser entendidos en un sentido causal exterior. Su contenido de sentido resulta mucho más desfunción en la totalidad social, a cuyos órdenes se refieren y cuya lesión prevén.

Solamente las acciones que sobrepasan la adecuación social son acciones típicamente adecuadas de homicidio, lesiones, daño, perjuicio, coacción, etc. La función metódica de la adecuación social estriba en recortar de las palabras formales de los tipos, aquellos sucesos de la vida que materialmente no pertenecen a ellos, y en que con ello se logra que el tipo sea realmente una tipificación de lo injusto penal”²³. En caso de que se

²¹ MALO op. cit. 295

²² PLASCENCIA op. cit. p. 91

²³ WELZEL HANS. DERECHO PENAL. Ed. Roque de Palma. Buenos Aires. 1956. p.p. 65, 66

realice la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, entonces esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. Por lo cual se deriva la anti normatividad de la conducta. En tal sentido, el tipo también lo concibe, como una figura puramente conceptual, es decir descripción concreta de la conducta prohibida.

“El tipo, como conjunto de los elementos de injusto característico de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de prohibición de la norma, no alcanzando las causas de justificación en sentido negativo. La concepción del tipo de injusto como clase de injusto puede desarrollarse también sin dificultad en aquellos delitos que requieren para la punibilidad la ausencia de autorización oficial, como sucede en los juegos ilícitos”²⁴.

El Jurista José Hurtado Pozo considera al tipo como “el conjunto de todos los presupuestos, cuya existencia es necesaria para aplicar, de modo concreto, una sanción penal”²⁵.

Para Gustavo Malo Camacho el tipo penal “es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídica penal, dentro del ámbito situacional, en que aparece regulado en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros de la comunidad social, mismos que aparecen protegidos, en los términos del contenido preceptivo, o prohibitivo contenido en la misma ley”²⁶.

Atento a lo anterior, se le asignan las siguientes funciones; una función de selección de los comportamientos humanos penalmente relevantes, una función de garantía, traducida en el principio *nullum crimen sine tipo* y una función motivadora general, en virtud de que son exclusivamente los comportamientos previstos en el tipo penal que resulten coincidentes con el tipo penal, los que se sujetan a la consecuencia jurídica prevista en la ley son, por ende, los comportamientos típicos.

²⁴ PLASCENCIA op. cit. p. 94

²⁵ HURTADO POZO JOSE. MANUAL DE DERECHO PENAL. ed. 2ª. Ed. Eddili. Lima. 1987. p. 179

²⁶ MALO op. cit. p. 295

Existen autores que lo analizan como marco o cuadro derivado de la ley, como sinónimo de delito, con referencia a elementos objetivos vinculando al corpus delicti, como cosa figurada o figura principal, como determinación de lo antijurídico punible, o bien, como acción injusta.

“Siendo la acción un elemento del tipo, resulta obvio que la causa está limitada por la figura legal; dicho de otra forma; la causa es típica, constituyendo el contenido semántico de la acción la justificación de lo típico de la causa. El nexo causal es asimismo, típico y lo es porque sus dos polos; la acción y el resultado material, son elementos del tipo”²⁷.

2.7. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

Los tipos penales se pueden clasificar de acuerdo a su estructura formal; por lo cual, es factible agruparlos en: básicos, especiales, subordinados, elementales, compuestos, autónomos, en blanco, de daño, de peligro, abiertos o cerrados:

a) Básicos. También conocidos como fundamentales; son aquellos en los que se describe de manera independiente un modelo de comportamiento humano y, por esa razón, se aplican sin sujeción a ningún otro.

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

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

²⁷ MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. EL TIPO PENAL. Ed. UNAM. México. 1986. p. 217

e) Compuestos. Los que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales podría conformar un tipo distinto, aunque referido al mismo bien jurídico; se identifican sin mayor dificultad porque tienen varios verbos rectores.

f) Autónomos. Los que describen un modelo de comportamiento al cual puede adecuarse directa o inmediatamente la conducta del actor, sin que el intérprete deba aludir al mismo o a otro ordenamiento jurídico para completar su significado; de esta especie son, entre otros, el secuestro y el aborto.

g) En blanco. Aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica.

h) De daño o de puesta en peligro. Los primeros requieren para su concreción que el bien jurídico sea destruido o lesionado, y los de puesta en peligro sólo toman en consideración la posición de riesgo en la cual se coloca el bien jurídico.

i) Abiertos. Dentro de las leyes penales existen casos en los que los legisladores adoptan una concepción abierta en torno al tipo penal, es decir, la descripción sólo es comprensible a partir del complemento que realice otro texto legal, de esta manera se tratan de evitar lo más posible las lagunas jurídica que puedan existir; ya que de otra forma resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido; a lo anterior el jurista, Jescheck considera que reciben el nombre de tipos abiertos “aquellos preceptos penales en los que falta una guía objetiva para completar el tipo”²⁸, sin embargo el autor rechaza la idea en torno a los tipos abiertos prefiriendo una concepción cerrada del tipo que no deje margen a maniobras derivadas de otros tipos penales, ya que de lo contrario le faltaría

²⁸PLASCENCIA op. cit. p. 100

precisamente el carácter típico. Esto significa que el tipo ha de contener todos los elementos necesarios para su identificación sin excepción alguna.

j) Cerrados. Son aquellos que resultan suficientes en todos y cada uno de sus elementos por sí mismos.

2.8. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

2.8.1. NORMATIVOS

“Los elementos normativos son los que requieren valoración por parte del intérprete o del juez que ha de aplicar la ley al caso concreto. Esta valoración puede proceder de diversas esferas y tener por base tanto a lo radicado en el mundo físico como perteneciente al mundo psíquico, con la finalidad de lograr su correcta aplicación al asunto de que se trate”²⁹.

Por lo cual se sobre entiende que los elementos normativos se refieren a hechos o circunstancias que sólo pueden pensarse e imaginarse bajo el presupuesto lógico de una norma, por lo cual se deben tomar en consideración a los conceptos jurídicos propios, los conceptos referidos a valor y los conceptos referidos al sentido.

2.8.2. SUBJETIVOS

“La parte subjetiva del tipo se haya constituida siempre por la voluntad, dirigida al resultado, o bien, a una sola conducta, y a veces por especiales elementos subjetivos. Por lo que los elementos subjetivos pertenecerán al mundo psíquico del agente o de un tercero, en tal virtud, los identificaríamos a nivel de intangibles, inmateriales, pero perceptibles por medio de los sentidos”³⁰.

En el caso de algunos juristas, los elementos subjetivos deberían señalarse como los que necesitan del sujeto activo investido de especiales condiciones,

²⁹ IBIDEM p. 103

³⁰ IBIDEM p. 105

se aluda a determinadas singularidades relativas a la acción o al resultado, a las condiciones subjetivas requeridas en el sujeto activo, se refieran a alguna otra característica de esta índole presente de la acción o del resultado.

“Los elementos subjetivos son las especiales cualidades internas, intelectuales o intangibles que exige el tipo penal al sujeto activo, en algunos casos de necesaria presencia como es el caso de la voluntabilidad y la imputabilidad, y en otros con un carácter variable siendo tal el caso del dolo o la culpa, y el animus en el sujeto activo”³¹.

2.8.3. OBJETIVOS

En los delitos de resultado, además de que el mismo se produzca; debe de ser imputado objetivamente a la conducta. Por lo cual el resultado debe entenderse como un efecto separado de la conducta y posterior a ella.

“Los elementos objetivos podemos entenderlos como aquellos que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos, es decir, tienen la característica de ser tangibles, externos, materiales, por lo que también podríamos decir que son objetivos los que representan cosas, hechos o situaciones del mundo circundante”³².

2.8.4. DESCRIPTIVOS

Estos elementos se encuentran formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en él se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, por lo cual, los elementos descriptivos se dividen en; elementos objetivo descriptivos, que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos; y elementos subjetivos descriptivos, pertenecientes al mundo síquico de la gente o de un tercero.

³¹ IBIDEM p. 106

³² IDEM.

Los elementos descriptivos se consideran como conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real, y de igual manera, por lo general siempre son susceptibles de una constatación fáctica, sin embargo la precisión de su exacto contenido requiere de la referencia o fundamentación jurídica.

2.9. CAUSAS DE ATIPICIDAD

“Los elementos negativos del tipo constituyen una de las zonas polémicas de la literatura jurídico penal. Reina, no obstante, acuerdo sobre el hecho innegable de que el legislador se vale en ocasiones de expresiones negativas para circunscribir la conducta punible. La discusión versa sobre si ha de entenderse incorporada al tipo, como elemento negativo, la ausencia de aquellos hechos que sirvan de base a las causas de justificación”³³.

De conformidad con Castellanos Tena, las causas de atipicidad pueden reducirse a; “ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activos y pasivo; si faltan el objeto material o el objeto jurídico; cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley.; si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial”³⁴.

En lo que se refiere al tipo; debe constar no solo de las circunstancias típicas del delito, sino también todas aquellas que afecten a la antijuridicidad. Los presupuestos de las causas de justificación se entienden, así, como elementos negativos del tipo.

Los tipos penales describen en su materia de prohibición acciones “que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social, sólo puede hablarse de exclusión de la tipicidad de una acción, por razón de la

³³ IBIDEM p. 108

³⁴ CASTELLANOS op. cit. p. 176

adecuación social, si falta el contenido típico de injusto. Existen otros fenómenos parecidos a la adecuación que no han de confundirse con ella. Se trata de supuestos de colisiones de intereses cuya solución exige que el bien jurídico protegido ceda ante otro valor social, pues “toda la vida social se hace del uso y consumo de bienes jurídicos, como, en definitiva, toda vida es a la vez consumo de vida”³⁵.

2.9.1. AUSENCIA DE ELEMENTOS

Una de las causas más claras de atipicidad es la ausencia de alguno de los elementos exigidos por el tipo penal, en consecuencia, el error sobre el bien jurídico, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, el nexo causal, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión, y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

La ausencia de los elementos del tipo se encuentra regulada en el artículo 33 fracción VIII, inciso a) del Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el cual se expresa que se realice la acción o la omisión bajo un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal se produce la exclusión del tipo penal.

2.9.2. ERROR EN EL TIPO

“El error de tipo se divide en invencible o vencible. El primero aparece cuando no existe la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva, no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falta de apreciación. El segundo aparece cuando el sujeto, al no desplegar el cuidado debido y adecuado, no supera el desconocimiento de la concreción típica objetiva no valorativa”³⁶.

³⁵ PLASCENCIA op. cit. 108

³⁶ IBIDEM p. 109

Sin embargo en lo que respecta a las consecuencias obtenidas por los errores vencibles e invencibles son diferentes ya que ante la presencia del error vencible desaparece la posibilidad del dolo, pero queda subsistente la posibilidad de la culpa en lo que en el caso del error invencible no existe la posibilidad de que el dolo o la culpa puedan presentarse.

Tal como se menciona anteriormente, en lo que se refiere al error, debe presentarse sobre algunos de los elementos del tipo penal y descubrir la característica de ser invencible; de no ser así, entonces queda subsistente el dolo. En cambio en el error, cuando recae sobre otros elementos distintos del tipo penal, carece de importancia para efectos de la tipicidad, pues no afecta al dolo sino que recae en otros elementos; como la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad.

Respecto del error, la doctrina distingue los efectos que puede provocar a partir del elemento típico en el cual recaiga, los cuales se distinguen en; error in objecto; el cual se refiere a la equivocación en torno al objeto hacia el cual dirige el comportamiento el sujeto activo, es decir, la actividad del sujeto se dirige a un objeto determinado pero previamente éste puede ser confundido por otro; error sobre la relación de causalidad, sobre ciertas desviaciones que no afectan la producción del resultado querido por el autor; aberratioictus, el cual se integra cuando el sujeto dirige su actividad a un objeto determinado pero por desviación de su actividad recae en otro distinto, más que un error se trata en este caso de una desviación externa de la actividad del sujeto; y, el error sobre los elementos accidentales, que determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado.

“Los movimientos reflejos son reacciones corporales involuntarias a estímulos del exterior que excitan algún órgano receptor, en los cuales, a decir de Mezger, la excitación de los nervios motores no está bajo el influjo anímico, sino que es desatada en seguida de un estímulo fisiológico corporal, derivada de un estímulo subcortical y sin intervención de la conciencia, la

excitación pasa de un centro sensorial a un centro motor y produce movimiento. En tales casos falta la acción o conducta”³⁷.

C. ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

2.10. GENERALIDADES

“La teoría de las normas de Binding el autor se enfoca a demostrar que el delincuente no actúa en contra de las leyes penales, sino que concreta lo que la ley penal precisa. Empero, es usual la expresión en el sentido de “transgresión” o “violación” de la ley penal, las cuales tienen sus ventajas, pues nos permite deducir que el sujeto activo viola determinadas proposiciones con su comportamiento. A dichas proposiciones jurídicas, Binding las denomina “normas”, siendo éstas las que el delincuente transgrede, pues “ la ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente a la ley que dispone la forma de su condena”, lo cual resulta lógico por una cuestión de sistemática, dado que el presupuesto de una teoría del delito es precisamente la existencia de tipos penales, los cuales surgen a partir de leyes penales, y sólo ante la concreción de los tipos penales puede darse la posibilidad de una culpabilidad, originada como consecuencia de la antijuridicidad, misma que emana del ataque a una norma integrada a un tipo penal”³⁸.

“La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. En los tipos penales se señalan los valores que es necesario amparar; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores.”³⁹

Al referir la antijuridicidad y distinguirla de lo antijurídico, surge el concepto del injusto, que para algunos son equivalentes, sin embargo, para Welzel, estos conceptos no son coincidentes, pues el primero refiere la relación entre

³⁷ IBIDEM p. 111

³⁸ IBIDEM p. 131

³⁹ CASTELLANOS op. cit. p. 179

acción y derecho, en tanto el segundo se utiliza en ocasiones como sinónimo de ilícito; al señalar que “la antijuridicidad puede ser averiguada mediante un procedimiento negativo, a saber, estableciendo que no existen fundamentos de justificación, como defensa legítima, autoayuda, consentimiento”⁴⁰. Por costumbre se distingue entre ambos conceptos en atención a que la antijuridicidad es el predicado de la acción y el injusto es el sustantivo.

“La antijuridicidad se ubica en el ámbito de las soluciones sociales a los conflictos, se trata del sector del choque entre los intereses individuales opuestos o las exigencias de carácter social con las necesidades del individuo. Nos encontramos, pues, ante un problema de suyo antiguo, o sea, la contraposición de intereses: unos individuales y otros sociales”⁴¹.

Para el jurista José Hurtado, “la antijuridicidad de un acto consiste en el juicio objetivo y general que se formula en base a su carácter contrario al orden jurídico. No es posible admitir, por esto, una noción específica de antijuridicidad para cada dominio del derecho. Sin embargo, esto no significa que los efectos sean los mismos: en derecho civil, ella da lugar a la simple reparación del daño; en derecho penal, al contrario, es una condición indispensable para imponer una sanción”⁴².

“La antijuridicidad se puede analizar como la relación entre la acción humana y la norma, a su vez, el injusto es la acción declarada antijurídica. En tal virtud, la antijuridicidad representa un concepto unitario, válido para la totalidad del orden jurídico, mientras que lo injusto es una noción múltiple. Por esto, se puede afirmar que no existe una antijuridicidad específicamente penal, pero sí un injusto que lo es”⁴³.

La antijuridicidad se analiza en la actualidad como parte del injusto penal, tal cual como señaló anteriormente al referirnos a Welzel; esto quiere decir que

⁴⁰ WELZEL op. cit. p. 86

⁴¹ MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. TEORIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. Ed. UNAM. México. 2003. p. 38

⁴² HURTADO op. cit. p. 186

⁴³ PLASCENCIA op. cit. p.133

se refiere a éste como el conjunto de la conducta típica y antijurídica por lo que la antijuridicidad se transforma en un juicio negativo de valor, el cual recae sobre una conducta humana, en tanto el injusto es la conducta humana desvalorada.

Se le reconoce carácter dual a la antijuridicidad: la “formal” , en la que la conducta choca contra la norma del Estado, y la “material” , consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en su antisocialidad o en su asocialidad.

“Del sentido de las amenazas penales del Estado se deduce que aquéllas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquella que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado. Una conducta que no esté en contradicción con éste hállese fuera de lo punible.⁴⁴”

La antijuridicidad es un concepto que como elemento del delito sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal.

2.11. PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

“La antijuridicidad requiere para su existencia de dos presupuestos; primero que se dé como consecuencia de la tipicidad, esto es, que la tipicidad se traduzca simplemente en un indicio de antijuridicidad, y ésta sólo cobre vigencia en los casos en que no se presente una causa de justificación; y segundo, la existencia de un desvalor de acción y de resultado en el comportamiento desplegado por el sujeto activo, lo cual se traduce en que la acción y el resultado ocasionados con motivo de la primera deben analizarse de manera conjunta y bajo ninguna circunstancia de manera independiente”⁴⁵.

⁴⁴ BELLING ERNEST VON. ESQUEMA DE DERECHO PENAL Y LA DOCTRINA DEL DELITO TIPO. ed. 11ª. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1944 p.p. 21, 22

⁴⁵ PLASCENCIA op. cit. p. 134

Es factible señalar que el desvalor de acción y el desvalor de resultado constituyen los elementos característicos de la antijuridicidad, por lo cual nos es posible establecer que esta antijuridicidad se encuentra en un contexto eminentemente valorativo, siendo inadmisibles integrarla con aspectos objetivos de manera exclusiva.

2.12. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

“Con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuridicidad material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación”⁴⁶.

“El acto será formalmente antijurídico cuando aplique transgresión a una norma establecida por el Estado y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos”⁴⁷.

Por su parte Plascencia reconoce a “la antijuridicidad formal como la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto. Para encontrar este concepto es dable señalar que por exclusión las acciones ilícitas son antijurídicas y pueden constituir la antijuridicidad, en tanto el aspecto material alude al grado de ataque, lesión o peligro al que se ha expuesto el bien jurídico”⁴⁸.

2.13. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

“Las leyes penales no solamente se integran por normas de carácter imperativo o prohibitivo, sino que también existen otras de índole permisivo, al estar en presencia de éstas aparecen las causas de justificación, con las que desaparece la posibilidad de estar ante la antijuridicidad y en lugar de

⁴⁶ IDEM.

⁴⁷ CASTELLANOS op. cit. p. 181

⁴⁸ PLASCENCIA op. cit. p. 135

obtener una conducta injusta encontramos un comportamiento plenamente justificable”⁴⁹.

“Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar causa de justificación”⁵⁰.

“Las diferentes variantes de las causas de justificación nos permiten recordar que a diferencia de lo que acontece con las causas de inculpabilidad, las de justificación no sólo impiden que se imponga una pena al autor de un comportamiento típico, sino que convierten ese hecho lícito en virtud de la norma permisiva en la cual guardan su fundamento”⁵¹.

2.14. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Una definición adecuada para las causas de justificación es la propuesta por Juan del Rosal al identificarlas como “todas aquellas situaciones en las cuales las acciones típicas realizadas son jurídicas”, o sea, se podrá realizar una acción típica, pero al existir una causa de justificación no podrá ser valorada como antijurídica.

Existen diversos principios donde se engloban las causas de justificación, uno de los más importantes es el principio de interés preponderante o también llamado de la necesidad de una protección preponderante, dentro del cual se encuentran: la legítima defensa y el estado de necesidad, entre otras, éstas derivan de un derecho de necesidad, el cual justifica el comportamiento ilícito desplegado.

Para estar en presencia de una causa de justificación es preciso que se reúnan elementos de carácter subjetivo, mismos que la identifican, es decir, resulta necesario el conocimiento de la situación por parte del sujeto activo,

⁴⁹ IDEM.

⁵⁰ CASTELLANOS op. cit. 182

⁵¹ PLASCENCIA op. cit. p. 136

así como el alcance de su reacción, con el fin de evaluar de la manera debida su comportamiento y determinar si es justificable.

En el caso del elemento objetivo, el sujeto activo quería actuar conforme a derecho, pero el acto que produce no está objetivamente autorizado por el derecho. En el elemento subjetivo, el sujeto activo no quiere actuar conforme a derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito.

Ahora bien, puede existir un error en las causas de justificación, lo cual no traduce al evento en jurídico, sino que lo conserva como antijurídico; empero, la afectación del error en estos casos no afectará a la antijuridicidad, pero sí tendrá una influencia en la culpabilidad.

La antijuridicidad tiene un valor universal, “el ordenamiento jurídico es el único que dota de significación antijurídica una acción u omisión y desde el mismo se efectúa la ponderación de aquélla”.

“Las bases de la causa de justificación derivan de dos tendencias. Por un lado ésta la tradicional, según la cual, la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por ende, se habla de una conducta típica justificada. Por el otro,. La teoría de los elementos negativos del tipo, la cual postula que las causas de justificación eliminan la tipicidad”⁵².

2.14.1. LEGÍTIMA DEFENSA

“El derecho a la legítima defensa surge con el derecho romano, donde se concebía como derecho individual originario, éste se limitaba a la defensa de la vida y de la integridad física de las personas. En el derecho germánico, se fundamenta dentro de una defensa colectiva del ordenamiento jurídico, esto es, al defenderse el individuo de ataques injustificados, se defiende al orden jurídico en general. Por lo anterior, Mir Puig sugiere que la legítima defensa

⁵² IBIDEM p. 140

encuentra su razón de ser en la defensa del derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales”⁵³.

“Carranca y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente”⁵⁴.

Para que se dé la legítima defensa, requiere de cumplir ciertos requisitos para su existencia, los cuales son; repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho; necesidad de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; existencia de una necesidad racional la defensa empleada y el ataque, y ausencia de provocación.

“Repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho. Se entiende por tal cualquier ataque a los bienes jurídicos de una persona, sea a través de la fuerza física o moral. En tal sentido, aludimos a la violencia como requisito esencial de la legítima defensa, por lo que dicha violencia traducida en una agresión debe ser injusta, es decir, en oposición al contenido de las normas penales y no ajustadas a ninguna norma de carácter permisivo”⁵⁵.

La agresión debe cubrir el requisito de ser actual o inminente, es decir real, por lo que no debe ser pasada ni futura. Ante la falta de lo primero, la legítima defensa degenera en venganza, y ante la presencia de lo segundo, resulta injustificada la legítima defensa.

Para hacer valer la legítima defensa, debe de constar de ciertos requisitos; entre los cuales se encuentran; la necesidad de la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, la defensa que se ejerza deber ser indispensable

⁵³ IDEM.

⁵⁴ CASTELLANOS op. cit. p. 192

⁵⁵ PLASCENCIA. Op. cit. p. 142

e ineludible, esto es, el ataque del cual es víctima el sujeto debe ser inevitable por otro medio menos lesivo. En cuanto a lo que se refiere de la inevitabilidad resulta preciso analizarlo a la luz de las condiciones objetivas presentes en el momento del ataque, así como en los elementos cognoscitivos del agredido, los medios de que disponía de el momento para evitar la agresión, del tiempo en que se sufrió y del lugar de la agresión, es decir, los elementos objetivos y subjetivos que se presenten al momento de que se ejerce la defensa; necesidad racional, la defensa empleada y el ataque, la cual consiste en la proporcionalidad de la agresión y los medios empleados para repelerla, lo que debe traducirse en el análisis del bien jurídico lesionado, o puesto en peligro, y el ataque dirigido al agresor, en el sentido de no resultar válido proteger un interés de menor valor en perjuicio de otro de mayor valor. En tal virtud, la reacción del agredido, debe ser objetivamente la indispensable para detener la violencia injusta de que es víctima, pues en caso contrario estaríamos ante el supuesto de un exceso en la legítima defensa; y, la ausencia de provocación la cual se refiere a la característica del sujeto activo, es decir, que el ataque sea inminente y sin derecho, pero que no deje otra opción de actuación al agredido, y que en consecuencia tampoco haya existido una provocación previa por parte de éste contra el agresor, pues de no ser así, caemos ante un supuesto diverso como es la inversión del carácter del agredido en agresor y viceversa.

De dichos requisitos, el más importante es la agresión injusta; ya que se desprende que surja la necesidad de defensa, es decir, lo que la doctrina identifica como el derecho a la defensa.

En cuanto a la respuesta de agresión, la defensa no debe rebasar el límite de lo racional y proporcional, ya que de traspasar estos límites, se cae en un exceso de legítima defensa, el cual implica dolo y, por ende, anula la legitimidad de la defensa.

Por último, el requisito de ausencia de provocación por parte del agredido se convierte en el antecedente del primero, si hubo provocación no se puede

alegar defensa alguna, al haber sido promotor de la agresión, el caso concreto podría ser un duelo o una riña, donde se está induciendo a la otra parte a la violencia.

También existen diferentes clases de legítima defensa entre las cuales se distinguen; la legítima defensa propia, en la cual para este caso aludimos a la que se ejerce en estricta defensa de bienes jurídicos propios. Por ejemplo: el transeúnte que es víctima de un robo y está siendo amagado con un arma de fuego y al tratar de defenderse inicia una lucha con su agresor logrando derribarlo al suelo, lo cual ocasiona que el asaltante accione el arma de fuego y se provoque la muerte; la legítima defensa impropia. En este caso aludimos al hecho de causar un daño a quien por cualquier medio, sin derecho, trate de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, el cual no es propiedad de quien ejerce la legítima defensa, pero que tiene la obligación de defender; la legítima defensa presuntiva. La ley establece en algunos casos los supuestos bajo los cuales resulta factible suponer *iuris tantum*, que puede ejercerse la legítima defensa en atención a las circunstancias presentes. Por ejemplo: cuando se causa un daño a quien encuentra en su hogar a una persona en circunstancias tales que revelan la probabilidad de una agresión; y, la legítima defensa derivada de la calidad de garante. La propia ley establece la calidad de garante a ciertos sujetos, en el sentido de una obligación de resguardar determinados bienes jurídicos, en tal sentido la respuesta a la agresión más que atender a una respuesta derivada de los buenos sentimientos de solidaridad por parte del agente para defender determinados bienes jurídicos, deriva del carácter y la relación que guarda con respecto del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Por su parte la defensa por parte de un extraño debe cumplir por igual los requisitos previstos para la propia, y además que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, esta defensa surge con motivo de los sentimientos de solidaridad, que nos impulsan a

brindar ayuda a otra persona en peligro, o bien derivado de la calidad de garante.

En la actualidad la legítima defensa se encuentra regulada en nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato en su artículo 33 fracción V en la cual se expresa; que, “el que obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirle será excluido de las responsabilidades que conllevan el delito cometido”⁵⁶.

2.14.2. ESTADO DE NECESIDAD

En el caso del estado de necesidad, al igual que la legítima defensa, se basa en el instinto de supervivencia, ya sea para evitar un mal propio o ajeno se lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, es decir, consiste en una situación de peligro que amenaza determinados bienes jurídicos a raíz de un peligro no causado por el agente, y en atención a un comportamiento lesivo a bienes jurídicos perteneciente a un tercero que pudo haber creado con esa situación de peligro.

Entre la legítima defensa y el estado de necesidad, radica la diferencia de que en la primera, el ordenamiento jurídico otorga la potestad de defenderse de un peligro eminente frente a su agresor, lo cual motiva a diversos autores a otorgarle el carácter de un estado de necesidad privilegiado; en cambio, en el estado de necesidad, se permite lesionar o transgredir los intereses de otra persona que no ha realizado ninguna agresión, siempre y cuando el interés protegido tenga mayor relevancia que el daño que se pretende ocasionar al otro individuo.

⁵⁶Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 33 fracción V.

“El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona”⁵⁷.

En torno a l Estado de Necesidad se encuentran varias teorías entre las cuales se encuentra; la teoría de la vis compulsiva, en la cual se explica que la conducta realizada en el estado de necesidad no es jurídica, sin embargo, no se castiga por razones de equidad, ya que el sujeto actúa mediante una coacción psicológica, la cual lo coloca en un estado de inculpabilidad al no poder determinar su voluntad de manera libre; la teoría de la colisión de derechos, la cual parte de la idea del valor que tiene para el derecho el bien jurídico salvado en comparación del afectado, en caso de colisión de bienes jurídicos debe preferirse el de mayor importancia para el derecho; la teoría de la diferenciación, en la cual se entiende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación y el principio del interés predominante destacado por la teoría de la colisión, deben ser utilizados para explicar a los dos grupos de estados de necesidad; la teoría de la ausencia de peligrosidad, en este caso se justifica la actividad desplegada por el sujeto, pues su comportamiento deriva del estado de necesidad en que se encuentra y no de su peligrosidad social.

El estado de necesidad también puede distinguirse en dos grupos, el primero se refiere a aquellos estados de necesidad en los cuales el bien protegido es de mayor relevancia que el afectado; a este supuesto se le califica de estado de necesidad justificante, mientras el segundo grupo son aquellos casos en los cuales el interés lesionado es igual e incluso superior en algunas ocasiones, dentro de este grupo la conducta empleada puede ser exculpada en caso de que al sujeto no se le pueda exigir no lesionar el interés afectado.

El estado de necesidad debe entenderse sobre los instintos básicos del hombre como lo sería el de la auto conservación, técnica y filosóficamente

⁵⁷ CASTELLANOS op. cit. p. 203

debe admitirse que quien actúa determinado por ese factor, procede conforme a derecho, pues de un lado defiende su persona y, de otro, admite que es imposible eliminar aquella fuerza existente en las cosas.

Para que se perfeccione el estado de necesidad se requiere de la existencia de varios elementos, como son; que se obre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno. Este elemento es común a la legítima defensa, es decir, se trata de una actuación a fin de salvar un determinado bien jurídico, que puede ser propio o ajeno del sujeto; que se trate de un peligro real, actual o inminente. El peligro consiste en la probabilidad de un daño o la probabilidad de que se presente un resultado temido. De igual manera, este elemento se identifica plenamente con la legítima defensa pero referido a un peligro generado por un acto, hecho o situación que no depende de la voluntad del agente, a diferencia de la legítima defensa en la cual el peligro surge a consecuencia del ataque dirigido contra un bien jurídico. Lo real se plantea en oposición a lo irreal, figurado o fantasioso, en tanto lo actual supone un peligro presente, no pasado ni futuro, pues si existe tiempo para meditar y evitar el peligro, entonces el sacrificio de otro bien jurídico no se justifica. Lo inminente implica que el peligro se presenta en el momento en que la persona actúa para salvar otro bien jurídico; que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente. Este elemento demanda que el sujeto no haya sido el causante del peligro, sino que se ha creado una situación de hecho al margen de su voluntad. En el caso de que el sujeto no haya deseado generar el peligro pero éste se produce con motivo de su negligencia, impericia, falta de cuidado, falta de reflexión o imprudencia, entonces el peligro se entiende creado por él y la justificante no resulta válida; que se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardo. El estado de necesidad justificante demanda la presencia de dos bienes jurídicos que se encuentren enfrentando un peligro y que el sujeto opte por salvar uno de menor o igual valía, a efecto de que su comportamiento sea justificable; en caso de preferirse salvaguardar un bien jurídico de mayor valía, entonces la causal no

resulta válida. Esto lo podríamos entender en el sentido de una proporcionalidad descendente con respecto del bien jurídico salvado y el sacrificado, lo cual implica que el sujeto actúe con la máxima moderación y prudencia, significando una actuación en el sentido de ser la mínima necesaria para resguardar el bien jurídico, sin excederse, pues en caso de ser así entonces puede serle imputada responsabilidad penal a título de culpa; que el peligro no sea evitable por otros medios. En este sentido el peligro debe ser de tal magnitud, que sea inevitable por medios distintos de aquellos a los reunidos en caso de demostrarse la evitabilidad por un medio menos lesivo o menos peligroso del utilizado, entonces desaparece la posibilidad de invocar la justificante; y, que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. En virtud de contratos, acuerdo, comportamientos precedentes o la disposición de la propia ley, existen ciertos sujetos que ostentan una calidad de garante, en tal sentido, deben enfrentar determinados peligros; luego, no resulta aplicable esta justificante cuando rehúsan afrontar un determinado peligro si tienen el deber de hacerlo.

El estado de necesidad se encuentra regulado en el artículo 33 fracción VI del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se señala que “en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, se requiere que el peligro sea actual o inminente; que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial”⁵⁸.

2.14.3. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

“En el caso de los bienes jurídicos que resultan lesionados o puestos en peligro cuando se cumple un deber, resulta indiscutible que éstos no pueden dar lugar a la antijuridicidad pues el agente adecua su comportamiento en el sentido ordenado por la norma, sin embargo, el problema aflora cuando el

⁵⁸ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 33, fracción VI.

agente realiza algo contrario al dictado de la norma jurídica en apego al cumplimiento de un deber que debe y puede observar”⁵⁹.

En cuestión al contenido de una disposición administrativa no puede justificar abusos de poder, arbitrariedades u otros actos similares, sin embargo, actos de tales características se presentan con cierta frecuencia, pues la ley administrativa en ocasiones deja grandes lagunas o amplios espacios de discrecionalidad para la autoridad, los cuales abren la puerta a la arbitrariedad.

El cumplimiento de un deber contiene como elementos a la existencia de necesidad racional del medio empleado y que el cumplimiento del deber no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

Tratándose de la racionalidad del medio empleado se hace referencia a dos situaciones, la primera derivada de la condición especial en la que se encuentra el sujeto activo, y la segunda se desdobla de los medios que emplea para cumplir el deber, los cuales deben compararse cualitativa y cuantitativamente a fin de establecer si existe proporcionalidad del deber jurídico que se trataba de cumplir y, en su caso, del bien jurídico que se dañó o puso en peligro. Al respecto la nota distintiva en este sentido alude al deber de obediencia que tiene el agente y, por otra parte, al deber de sumisión u obediencia que pretende obligar a respetar a otra persona.

En el caso de que la lesión o puesta en peligro no se realice con el simple objetivo de perjudicar a otro, alude precisamente a los límites de actuación de los servidores públicos, es decir que la actividad realizada derive de las facultades encomendadas, es decir se trata de evitar el comportamiento arbitrario de los servidores públicos, en especial de los policías, lo cual nos remite al problema de la racionalidad de los medios empleados.

⁵⁹ PLASCENCIA op. cit. 151

El cumplimiento de un deber se encuentra regulado en la fracción III del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se expresa que “es excluyente de delito el obrar en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”⁶⁰.

2.14.4. CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO

En lo que respecta del consentimiento del ofendido; esta es la posibilidad de sacrificar un bien jurídico sin que exista la posibilidad de fincar un reproche en contra del autor, pero derivada de tres aspectos, los cuales son; que el bien jurídico sea disponible; que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el permiso.

En lo que se refiere al primer elemento se destaca el aspecto relativo a los bienes jurídicos disponibles, sin embargo se debe tomar en consideración que no son renunciables los derechos típicamente públicos o de naturaleza colectiva o social; ni los derechos personalísimos del sujeto como el derecho a la vida o a la integridad personal; en segundo lugar se establece como requisito que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, lo cual puede analizarse desde dos perspectivas, la primera que alude al bien jurídico respecto del cual se otorga el consentimiento que supone la ausencia de una limitación de dominio; y, el otro requisito del cual se hace mención para el Consentimiento del Ofendido se refiere a las maneras como puede manifestarse el consentimiento de las personas, el cual debe ser en principio de manera indubitable y en ausencia de vicios, con la excepción en el sentido de que si el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse

⁶⁰ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 33, fracción III.

consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo, entonces se entiende como otorgado el consentimiento.

En el artículo 33 fracción IV del Código Penal para el Estado de Guanajuato se regula el Consentimiento del Ofendido, en el cual se indica que el mismo consta en que “el que actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares se encontrara bajo causa de exclusión de delito”⁶¹.

2.14.5. EJERCICIO DE UN DERECHO

En esta causal se requiere de la expresa autorización que existe para un sujeto de que realice una determinada conducta, no obstante que con ésta se lesione o ponga en peligro un determinado bien jurídico, en tal circunstancia el sujeto al ejercer un derecho reconocido en la propia ley, se justifica en el caso de que al obrar realice una conducta típica.

Para que se dé el ejercicio de un derecho es necesario que se acrediten dos requisitos, los cuales son; la existencia de un derecho de parte de quien actúa y el reconocimiento de dicho derecho por parte de una norma jurídica positiva.

Entre los casos más frecuentes del ejercicio de un derecho son; el derecho a corregir, el cual se refiere al derecho de los ascendientes para corregir a sus descendientes, pero sujeto a los lineamientos que establece la propia ley; Offendicula, la cual consta del derecho que tienen las personas de colocar ciertas protecciones a modo de defensas que sirven a los propietarios de inmuebles para proteger su patrimonio y propiedad, como es el caso de las cercas electrificadas, los vidrios en los muros y otros aditamentos; las lesiones ocasionadas en tratamientos médico quirúrgicos, las cuales se realicen en cumplimiento de un deber puede invocarse también en el caso de las

⁶¹ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 33, fracción IV.

lesiones ocasionadas en el ejercicio de tratamientos médico quirúrgicos, lo cual guarda justificación en virtud del propio reconocimiento que hace el Estado en torno a las diferentes profesiones médicas y a las intervenciones curativas y estéticas, o en virtud de que muchos tratamientos se aplican con el objetivo de evitarle al paciente un mal mayor; las lesiones ocasionadas en la práctica del deporte, en este caso se encuentra cierta similitud con lo que sucede en el caso de los tratamientos médico quirúrgicos, en los que el Estado reconoce la existencia de ciertas profesiones, tratándose de la práctica del deporte no sólo reconoce su existencia, sino que promueve la celebración de actividades deportivas y acude en calidad de testigo o juez a las competencias, percibe los impuestos correspondientes. Es decir, en forma expresa o tácita expide la autorización correspondiente para la realización de los encuentros, por lo que la práctica es jurídica, salvo que se presenten excesos dolosos en la práctica; y, la actividad periodística, sobre la cual se ha debatido arduamente en los últimos años, sobre todo porque la función que desempeñan implica informar sobre acontecimientos, los cuales, en ocasiones, afectan a las personas.

El ejercicio de un derecho se regula en el artículo 33, fracción III del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se señala como exclusión del delito; al que “obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”⁶².

⁶² Artículo 33, fracción III. “Código Penal para el Estado de Guanajuato”. Op. cit.

CAPÍTULO III. TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS) IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD

A. IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA

3.1 IMPUTABILIDAD

Para que un sujeto sea culpable, se requiere antes que sea imputable; en la culpabilidad; interviene el conocimiento y la voluntad; y además se requiere de la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; posteriormente se requiere de la aptitud, tanto intelectual como volitiva, lo cual, constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

“La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras podemos definir a la imputabilidad como la capacidad de entender en el campo del Derecho Penal”⁶³.

“La imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido, teniendo la facultad reconocida normativamente, de reconocer la antijuridicidad de la conducta. También se sostiene que imputabilidad es capacidad volitiva e intelectual legalmente reconocida que condiciona la culpabilidad del agente. En fin, se dice que la imputabilidad es la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad, y que equivale a la afirmación positiva de

⁶³ CASTELLANOS op. cit. p. 218

la posibilidad de motivarse en la norma, y por ende, de actuar conforme a ella, o sea, la reprochabilidad o la culpabilidad”⁶⁴.

La imputabilidad se encuentra determinada por dos elementos los cuales son; un mínimo físico y otro psíquico, los cuales son la edad y la salud mental respectivamente.

3.1.1. RESOPONSABILIDAD

“La Responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen ninguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender, y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la Ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él”⁶⁵.

En lo que se refiere a la Responsabilidad, en este caso se empleara como sinónimo de imputabilidad, lo anterior debido a que a partir de que un sujeto resulta imputable para un determinado delito, se dice entonces que es responsable y por lo tanto contrae la obligación de responder concretamente del hecho ante los tribunales.

3.1.2. ACCIONES LIBERAE IN CAUSA

“La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama “liberae in causa”; es decir, libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto. En el momento del impulso para el

⁶⁴ GARCIA RAMIREZ SERGIO. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO. ed. 2ª. Ed. UNAM. México. 1981. p.15

⁶⁵ CASTELLANOS op. cit. p. 218

desarrollo de la cadena de la causalidad dice Cuello Calón, el sujeto era imputable”⁶⁶.

“Las acciones Liberae in Causa se presentan cuando se produce un resultado contrario al derecho, por un acto o una omisión, en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto, doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad. Se trata, de delitos, en cuyo iter hay un designio y una preparación reprochables, plenamente atribuibles al autor, pero cuya ejecución se desarrolla, por la maniobra y decisión de aquel, en estado de inimputabilidad”⁶⁷.

En el caso de que un sujeto carente de la capacidad de entender y de querer, realiza un acto tipificado de manera dolosa o culpable, se encontrará en el supuesto de imputable en la acción o acto precedente, siendo acreedor a una pena.

De conformidad con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, independientemente de que la persona argumente haber estado en estado de inconsciencia en el momento de realizar los actos delictuosos; sin embargo se confirma que el sujeto haya realizado dichos actos con toda voluntad; no se eliminará la responsabilidad sobre el mismo.

3.2. INIMPUTABILIDAD

De conformidad con lo anteriormente expuesto la imputabilidad es calidad del sujeto referida al desarrollo y la salud mental; por lo cual es que la inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

⁶⁶ IBIDEM p. 221

⁶⁷ GARCIA op. cit. p. 19

En efecto, de la definición positiva cabría desprender que toda causa de exclusión de la capacidad de entender el deber y de conducirse automáticamente conforme a esa inteligencia. De conformidad con el artículo 33 fracción VII del Código Penal del Estado de Guanajuato “al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión”⁶⁸ se tendrá como causa de exclusión del delito.

3.2.1. LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

El inculpado al cometer la infracción, por padecer de trastorno mental o desarrollo intelectual retardado le impide comprender el carácter ilícito del hecho, conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente. Por lo cual se da lugar a dos grandes hipótesis; el trastorno mental, y el desarrollo intelectual retardado.

Los puntos esenciales de este concepto proceden de la legislación italiana, pero es mexicana la formulación completa.

3.2.1.1. TRASTORNO MENTAL

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La inimputabilidad puede operar entonces ya sea en un trastorno mental efímero como en un trastorno duradero. Pero indudablemente no basta con la demostración del trastorno para declarar valedera la eximente; ya que debe tratarse de un trastorno mental de tal magnitud que le sea imposible al sujeto activo comprender la ilicitud en el acto que haya realizado.

⁶⁸ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 33, fracción VII.

Las hipótesis de inimputabilidad fundadas en alteraciones a la salud psíquica se analizan en dos supuestos; el trastorno mental transitorio, y; la enajenación, alienación, o trastorno mental permanente.

En ambos supuestos, se está ante la falta de salud psíquica, que impide al sujeto definir el carácter antijurídico de su conducta o inhibir sus impulsos delictivos.

En éstos casos las pruebas periciales, son indispensables; ya que se requieren de médicos especializados que determinen la existencia o no del trastorno mental. En el caso del trastorno mental transitorio, éste no se encuentra excluido, por fuerza, de medida asegurativa al igual que en el caso del trastorno mental permanente.

3.2.1.2. MIEDO GRAVE

En el miedo grave se presenta la inimputabilidad, porque en función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado en sus facultades de juicio y decisión.

“El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras que el temor encuentra su origen en procesos materiales. El miedo se encuentra en la imaginación. Octavio Véjar Vázquez expresa: “Ya se sabe que el miedo difiere del temor en cuanto se engendra por causa interna y el temor obedece a causa externa. El miedo va de dentro para afuera y el temor de afuera para adentro. Es posible la existencia del temor sin el miedo, es dable temer de un adversario sin sentir miedo del mismo. En el temor, el proceso de reacción es inconsciente, con el miedo puede producirse la inconsciencia o un verdadero automatismo y por ello constituye una causa de inimputabilidad; afecta la capacidad o aptitud psicológica. También en estos

casos los dictámenes médicos o psiquiátricos son de enorme valía para el juzgador”⁶⁹.

3.2.1.3. SORDOMUDEZ

Siempre se ha cuestionado sobre el fundar una exención de imputabilidad por sordomudez; debido al deficiente desarrollo mental del sordomudo, lo cual se traduce, con frecuencia, en falta de cabal comprensión del deber; dicho de otra manera, en falta de capacidad de entender el carácter ilícito de determinadas conductas. El vehículo indispensable para la comunicación de las ideas abstractas es la palabra, pues los demás sentidos pueden hacernos adquirir la noción del derecho penal como hecho material, pero no la noción de su justicia.

Hoy en día, con ayuda de inteligencia más científica sobre la sordomudez, el relativo penal tiende a centrarse en torno a la extensión de la eximente. Frente a una exclusión por demás amplia que declara inimputable al sordomudo en general. Se prefiere discriminar al sordomudo por nacimiento de aquel que sufrió la pérdida de los sentidos a partir de cierta edad, y al sordomudo instruido del que carece en absoluto de instrucción. De aquí se llega fácilmente a la imputabilidad condicionada. Independientemente de las medidas de seguridad que se adopten si fuere necesario, la mejor solución a este problema parece radicar en el estudio casuístico del infractor sordomudo, de tal suerte que se permita precisar su capacidad de conocer el carácter antijurídico de la conducta; esto es, la imputabilidad al tiempo de la infracción. O en todo caso, sería conveniente una exención que solo favorezca, por vía de presunción, al sordomudo de nacimiento que carece de instrucción, pero no siempre al que perdió los sentidos cuando ya había podido adquirir una noción normal de lo jurídico, ni mucho menos al sordomudo instruido.

⁶⁹ CASTELLANOS op. cit. p. 230

3.2.1.4. MENORES DE EDAD

La edad, ya sea la infancia, adolescencia, juventud y vejez reviste importancia indudable para la imputabilidad penal. Éste principio, afianzado por la historia, se informa en la razonada convicción de que la falta de desarrollo psíquico, característica de la infancia, impide discernir el carácter antijurídico de la conducta e inhibir el impulso delictivo. Por otra parte, el imperfecto desarrollo psíquico del adolescente y la involución que se presenta en la vejez, han dado origen a ciertas concreciones de imputabilidad disminuida o condicionada, y a medidas de seguridad.

Al menor se le excluye de la responsabilidad penal porque es inimputable, sin entrar a régimen alguno sobre las medidas que convienen en su tratamiento.

En cuanto a la formulación de ésta eximente, solo es aceptable el criterio biológico puro a menos que se completen situaciones de imputabilidad disminuida o condicional; las consideraciones psicológicas deben preceder a la formulación normativa, y fundarla científicamente.

3.2.1.5. TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES

“En puridad técnica, al consignar la ley entre las excluyentes del delito las causas de inimputabilidad, es de concluirse que los protegidos por estas eximentes deben quedar al margen de toda consecuencia represiva o asegurativa, por haber realizado el hecho penalmente tipificado sin capacidad de juicio o decisión. Las causas de inimputabilidad impiden el surgimiento del delito; sin embargo para fines de defensa social; la Ley Penal rompe aquí sus propios postulados básicos y admite la aparición de consecuencias formalmente penales aun cuando haya en la hipótesis un aspecto negativo del delito, un no delito, por inimputabilidad y sea el agente un sujeto incapaz de Derecho Penal. Se admite entonces que el Estado adopte determinadas medidas, que no son propiamente penas, para la

atención de tales sujetos y, sobre todo, para la debida protección de la comunidad⁷⁰.

B. CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA

3.3. DOLO Y CULPA

El dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos del tipo penal, cuestión por la que debemos desterrar todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma, especie o elemento de la culpabilidad.

La inclusión del dolo y de la culpa a nivel de tipo penal, se encuentra vinculada con lo dispuesto por el artículo 12 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, el cual establece que los delitos sólo pueden ser realizados de manera dolosa o culposa.

3.4. EL DOLO

El dolo ha constituido durante el transcurso de la historia uno de los elementos subjetivos de mayor relevancia, sus antecedentes podemos ubicarlos en el derecho romano, siendo una de las grandes aportaciones del periodo tardío de la antigua Roma, el incluirlo como uno de los presupuestos de los llamados delitos graves.

En los inicios de la teoría del dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se sustituyó por la representación, bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual.

Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación, al señalar que la

⁷⁰ IBIDEM p. 228

producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando el autor conoce el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación del resultado no impide el desarrollo de su actividad voluntaria.

Lo anterior, dio lugar al desarrollo de la teoría de la voluntad y de la representación en torno al dolo para definir y precisar sus elementos.

3.4.1. CLASES DE DOLO

3.4.1.1. DOLO DIRECTO DE PRIMER GRADO

“En este primer caso, el dolo de primer grado o intención se refiere al autor que persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad”⁷¹.

3.4.1.2. DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO

“El dolo directo constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico, en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere”⁷².

3.4.1.3. DOLO EVENTUAL

En este tipo de dolo el sujeto activo manifiesta su comportamiento hacia un fin de total indiferencia para el derecho penal, pero del cual se puede derivar un resultado típico el cual prevé como posible.

“Según la teoría de la probabilidad, si el sujeto consideraba probable la producción del resultado estaremos ante el dolo eventual. Pero si consideraba que la producción del resultado era meramente posible, se daría

⁷¹ PLASCENCIA op. cit. 116

⁷² IDEM.

la culpa consciente o con representación. La teoría de la probabilidad prescinde a la hora de deslindar el dolo eventual y la culpa consciente de un elemento esencial del dolo: el elemento volitivo. El dolo es conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. En el dolo eventual la relación de la voluntad con la realización de los elementos objetivos del tipo es menos intensa, pero es preciso que concurra un elemento emocional, que refleje la actitud del sujeto ante la posible lesión del bien jurídico”⁷³.

3.4.2. ELEMENTOS DEL DOLO

3.4.2.1. EL CONOCIMIENTO

El conocimiento; como tal es lo que se pretende hacer, o sea la actividad de la cual se tiene la intención de realizar por el dolo, el cual, en principio, debe ser actual, es decir en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando.

“En relación con el conocimiento, éste puede anularse con motivo del error, sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo, con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa, a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falsa apreciación, en tanto el vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico”⁷⁴.

3.4.2.2. QUERER

En lo que a la voluntad se refiere, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano,

⁷³ IBIDEM p. 117

⁷⁴ IBIDEM p. 118

su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de otra persona y lo logra.

“La voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada. Pero en cuáles casos puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su comportamiento; podríamos señalar que será cuando acepta el resultado anticipadamente, sea por representación o bien porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, o bien en la omisión del deber que está obligado a acatar”⁷⁵.

Las razones por las cuales el querer puede ser anulado, se presentan a través de fuerzas externas irresistibles, las cuales son; la vis absoluta, a cual es una fuerza atribuible al ser humano que impide la intención o el querer; la vis maior, al igual que la vis absoluta una fuerza irresistible, con la única diferencia de que ésta no proviene del ser humano, sino de la naturaleza; y, los actos reflejos, los cuales se entienden como reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos.

3.5. CULPA

“El concepto de culpa se origina en la antigua Roma enfocado propiamente al derecho civil. Para algunos autores como Manziniy Alimena, su origen se remonta a Adriano desapareciendo con Justiniano; sin embargo, gran parte de la dogmática penal considera que no existió una concepción de culpa válida para el derecho penal, sino sólo con validez para las controversias de índole civil. Es a partir de las ideas de English que se incorpora a la culpa el deber de cuidado como elemento integrante, al lado de la conexión causal de la acción con el resultado y la culpabilidad, destacándose la importancia del deber de cuidado y su observancia como punto de referencia para la culpa. La culpa cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado

⁷⁵ IBIDEM p. 119

vicio de la voluntad a partir del cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible”⁷⁶.

3.5.1. CLASES DE CULPA

“Actualmente pocos son los que discuten en torno a la existencia de una culpa consciente y una culpa inconsciente, la primera se presenta cuando, si bien no se quiere causar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo, si el sujeto deja de confiar en esto, concurre el dolo eventual; la segunda supone que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad”⁷⁷.

3.5.2. ESTRUCTURA DE LA CULPA

En lo que respecta a la estructura de la culpa, independientemente de que esta sea consciente o inconsciente, se encuentra compuesta de dos partes, las cuales son; una parte objetiva, la cual se traduce en la infracción de un deber de cuidado y el resultado de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso; y, una parte subjetiva, que requiere del elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña, ya sea consciente o inconscientemente y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.

De conformidad con el artículo 33 fracción VIII, inciso b) del Código Penal para el Estado de Guanajuato “la acción y la omisión si se realiza bajo un error invencible respecto de la licitud de la conducta, se encuentra bajo una causa de exclusión del delito, ya sea porque el sujeto desconozca la

⁷⁶ IBIDEM p.122

⁷⁷ IBIDEM p. 124

existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta”⁷⁸.

⁷⁸ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 33, fracción VII, inciso b).

CAPÍTULO IV. TEORÍA DEL DELITO

PUNIBILIDAD

A. PUNIBILIDAD

4.1. GENERALIDADES

“El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos y que es, además, elemento integrante de la norma penal. La norma penal cumple, por tanto, la función motivadora, amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables”⁷⁹.

“La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción. También se utiliza la palabra punibilidad, con menos propiedad para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas; igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir la acción específica de imponer a los delincuentes las penas conducentes”⁸⁰.

“La punibilidad penal, así, es la característica fundamental de la norma jurídica penal y, precisamente, supone la posibilidad de imponer sanciones. Supone, precisamente, la facultad punitiva del Estado o *iuspuniendi*, que constituye una de las manifestaciones más claras y evidentes de la soberanía del Estado”⁸¹.

⁷⁹ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL. Ed. Bosch. Barcelona. 1975. p.

33

⁸⁰ CASTELLANOS op. cit. p. 275

⁸¹ MALO op. cit. p. 575

La punibilidad como tal es el merecimiento de penas, la conminación estatal de imposición de sanciones; esto en caso de que el sujeto activo del delito se encuentre dentro de los presupuestos legales y la aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley.

4.2. PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

“Como opiniones en contrario, puede citarse entre otras las de Raúl Carranca y Trujillo e Ignacio Villalobos. El primero, al hablar de las excusas absolutorias afirma, certeramente a nuestro juicio, que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena. De esto se infiere que para él la pena no es el elemento esencial del delito; si falta el delito permanece inalterable. Para el segundo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dado los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir; el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito pero no es delito por ser punible. En cambio; si es rigurosamente cierto decir que el acto es punible por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente. Si a pesar de ser así cayéramos en el empeño de ser lógicos y consecuentes con esa manera de apreciar esta característica, necesidad de consignar otras en idénticas condiciones y decir que el delito es el acto humano típicamente antijurídico, culpable, punible, reprochable, dañoso, temible, etc. Por otra parte al hacer el estudio de nuestra definición legal de delito, dijimos que hay infinidad de actos sancionados con una pena sin poseer carácter delictivo, como ocurre con infracciones disciplinarias administrativas o meras faltas. Adviértase, además que la definición del delito es innecesaria en los códigos. El profesor Celestino Porte Petit, después de nuevas y fecundas investigaciones,

decididamente se fecunda por negar a la punibilidad el rango que antaño le concediera: “Cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condición objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito”⁸².

4.3. CONDICIONALIDAD OBJETIVA

“Las condiciones objetivas de penalidad tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se trata de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en el, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada”⁸³.

4.4. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

“En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena; constituyen el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, implican la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente conducta criminal. En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo excluye la posibilidad de punición.”⁸⁴

⁸² CASTELLANOS op. cit. p. 276

⁸³ IBIDEM p. 278

⁸⁴ IBIDEM p. 279

4.5. EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En lo que se refiere a las excusas absolutorias, las más comunes en el ámbito jurídico son; la excusa en razón de mínima temibilidad, la cual se regula en el artículo 196 del Código Penal para el Estado de Guanajuato establece que “cuando la cuantía de lo robado no exceda de veinte días de salario mínimo general vigente en el Estado en la fecha de los hechos y el activo repare voluntaria e íntegramente el daño, no se aplicará pena alguna”⁸⁵. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente; la excusa en razón de la maternidad consciente, de conformidad por el artículo 163 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se establece que “no es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea el resultado de una violación”⁸⁶; en el caso de las excusas por inexigibilidad, se encuentra el ocultamiento de quien haya cometido un delito, lo cual se encuentra regulado en el artículo 277 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el cual se aclaran como inexigibles en “los supuestos que se circunscriben al ocultamiento del infractor y a la omisión de auxilio para investigar los delitos o perseguir a los delincuentes, de entre los cuales se desprende que quien haga dicho ocultamiento sean; parientes en línea recta ascendente o descendente, consanguínea, afín o por adopción; el cónyuge, concubinario o concubina y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y, quienes estén ligados con el agente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad; a excepción de quien obre por motivos reprobables o emplee medios delictuosos”⁸⁷; otro de los casos de inexigibilidad de donde surge una excusa absoluta, se encuentra en el artículo 253 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se

⁸⁵ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 196.

⁸⁶ IBIDEM Artículo 163.

⁸⁷ IBIDEM Artículo 277.

establece que “a cualquier persona que en la promoción, declaración, informe, peritaje, traducción o interpretación que haga ante la autoridad competente se conduzca falsamente, oculte o niegue intencionadamente la verdad, se le impondrá de dos a ocho años de prisión y de veinte a ochenta días multa”⁸⁸; sin embargo en el segundo párrafo se enuncia que “lo previsto en este artículo no es aplicable a quien tenga el carácter de inculpado”⁸⁹, en el mismo sentido Castellanos Tena hace referencia al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la cual de igual manera se establecen las facilidades que tiene el inculpado y la defensa para preparar la declaración; y por último existen las excusas por graves consecuencias sufridas, de conformidad con el artículo 102 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, cuando, “por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona derivadas del delito o por senilidad o precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez o el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá sustituirla por una medida de seguridad o no aplicarla”⁹⁰. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez o el tribunal se apoyará en dictámenes de peritos.

⁸⁸ IBIDEM Artículo 253.

⁸⁹ IDEM.

⁹⁰ IBIDEM Artículo 102.

CAPITULO V. ANÁLISIS JURÍDICO DEL DELITO DE GENOSIDIO

A. DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD

Los delitos internacionales en los que el Derecho Internacional es el derecho aplicable, de conformidad con el artículo 5 del Estatuto de la Corte Penal Internacional son:

- a) El crimen de genocidio
- b) Los crímenes de lesa humanidad
- c) Los crímenes de guerra
- d) El crimen de agresión

5.1. CRÍMENES DE AGRESIÓN

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, y para enjuiciar a los responsables de lo que, de modo genérico, se llamaron crímenes de guerra, se concertó en Londres el 8 de Agosto de 1945, entre los gobiernos de los Estados Unidos de América, Francia, Inglaterra y la URSS, un estatuto que incorporaba una Carta del Tribunal Militar Internacional llamado “Tribunal de Nüremberg, encargado de juzgar delitos internacionales específicos, los cuales se agrupaban en tres categorías: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

En la misma Carta Militar Internacional de Nüremberg; el delito de agresión estaba contemplado en el artículo 6 dentro de los crímenes contra la paz el cual indicaba que los crímenes contra la paz son “el planeamiento, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o de una Violación de los Tratados Internacionales, Acuerdos y Seguridades, o la participación en un plan común o en una conspiración para ejecutar cualquiera de los actos precedentes”⁹¹.

⁹¹ ORTIZ AHLF LORETTA. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ed. 3ª. Ed. Oxford. México. 2004. p. 600

En lo que se refiere al término de acuerdos o seguridades se abarcaba, de conformidad con la Comisión del Derecho Internacional, toda promesa o garantía de paz planteada por un Estado, aunque fuera de modo unilateral. De igual manera, la expresión de “hacer una guerra de agresión” debía entenderse como referida al personal militar de alta graduación y a los altos funcionarios del Estado.

En lo que se refiere al crimen de agresión no se ha podido establecer una definición jurídica en Derecho Internacional. Sin embargo en el mismo artículo 5 del Estatuto de la Corte Internacional, se establece que la misma Corte tendrá competencia sobre la misma en cuanto se formule su definición de conformidad con los artículos 121 y 123 del mismo Estatuto; misma que será compatible con la Carta de las Naciones Unidas.

“La Resolución 3314 de la Asamblea General del 14 de Diciembre de 1974, relativa a la definición de la agresión, se aprobó sin someterse a votación. En la actualidad, muchos gobiernos dudan que esa definición pueda servir de base para una definición jurídica de la agresión, o de fundamento para una decisión judicial, ya que muchos Estados la consideraron demasiado política y que su objetivo era servir de guía al Consejo de Seguridad en el desempeño de sus funciones y no como norma penal aplicable por un tribunal para determinar la responsabilidad penal individual”⁹².

En lo que se refiere a la ausencia de una definición sobre los crímenes de agresión consensuada se ha intentado formularla partiendo de tres corrientes; las cuales son; el tratar la agresión sin definirla; imitarse a una definición general o en su defecto complementar esa definición general con una enumeración no limitativa.

⁹² IDEM.

5.2. CRÍMENES DE GUERRA

De acuerdo con el Tribunal de Nüremberg, los crímenes de guerra son violaciones de las leyes y de la costumbre de la guerra. Éstas violaciones incluyen pero no están limitadas; asesinatos, maltratamientos y deportaciones para trabajos forzados o cualquier otro propósito, de poblaciones civiles, de territorios ocupados, o que se encuentren en ellos, asesinatos o maltratamientos de prisioneros de guerra o de personas en los mares; ejecución de rehenes, despojo de la propiedad pública o privada, injustificable destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, devastación no justificada por necesidades militares.

“Dentro del término “crímenes de guerra” se engloba tanto a la violación de usos y costumbres de la guerra como a la violación de las reglas del derecho humanitario aplicables a los conflictos armados, tanto de carácter internacional como aquellos de carácter no internacional”⁹³.

En cuanto a lo que se refiere a la tipicidad de los crímenes de guerra; se encuentra regulado en el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional; en el cual además de regularse todos los casos en los cuales aplica el crimen regulados en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, se regulan también el ataque contra bienes de excepcional valor religioso, histórico o cultural. De igual manera para que la comisión de estos actos constituya crímenes graves para la comunidad internacional y puedan ser considerados como crímenes de Guerra en su conjunto, deben ejecutarse de manera sistemática y a gran escala.

“De acuerdo con el Protocolo Adicional I, las infracciones señaladas deben tener tres elementos suplementarios para que constituyan crímenes de guerra; los cuales son; el uso de los métodos o medios de hacer la guerra prohibidos no se justifique por la necesidad militar, ó, los actos deben cometerse con el propósito concreto de “causar daños extensos, duraderos y

⁹³ IBIDEM p. 597

graves al medio ambiente natural, poniendo así en peligro la salud o la supervivencia de la población”, es decir, no basta que se causen daños al medio ambiente, sino que estos daños deben ser de gravedad considerable, ó, que los daños ocurran como resultado de la conducta prohibida”⁹⁴.

En lo que se refiere al Estatuto de la Corte Penal Internacional, se encargó de ampliar la protección hacia el personal de las Naciones Unidas, al incorporar los crímenes contra el personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, a diferencia del Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional, que solo limita la protección del personal de las Naciones Unidas en los conflictos armados de carácter no Internacional.

Finalmente, se decidió a realizar una lista de armas prohibidas, entre las que se encuentran; el empleo de veneno o armas envenenadas; emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogo y emplear balas que abran o aplasten con facilidad en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra en su totalidad la parte interior o que tenga incisiones.

“Debido a las controversias sobre la inclusión de armas nucleares, también se excluyeron las armas biológicas y químicas, las armas láser que producen ceguera y las minas antipersonales. En lugar de eso, se acordó una cláusula genérica que prohíbe emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional humanitario, con la condición de esas armas sean objeto de una prohibición completa y se incluyan en un anexo de dicho Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que sobre el particular figuran en los artículos 121 y 123 del propio Estatuto”⁹⁵.

⁹⁴ IBIDEM p. 598

⁹⁵ IBIDEM p. 599

En la actualidad existen grupos que no necesariamente se localizan en una sola parte de un territorio nacional, sino que se encuentran en variados y distintos lugares; por el día de hoy se trata de adicionar la totalidad de las situaciones en las que se ventila el crimen de guerra al Estatuto de la Corte Penal Internacional con la intención clara de abarcar el mayor número de situaciones que son, en términos precisos, de aquellas donde se perpetran los mayores crímenes de guerra y de lesa humanidad.

5.3. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

“De acuerdo con el artículo 6 del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, los crímenes contra la humanidad son asesinatos, exterminación, sometimiento a la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o después de la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales, o religiosos, en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la jurisdicción del Tribunal, sean o no una violación de la Legislación interna del país donde hubieran sido perpetrados”⁹⁶.

Los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antes dichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes.

De igual manera; la Corte Penal Internacional de conformidad con su artículo 7 define los crímenes de Lesa Humanidad como asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violaciones, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, u otros motivos universalmente reconocidos como

⁹⁶ IBIDEM p. 588

inaceptables con arreglo al derecho internacional, en relación con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid u otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física; siempre y cuando, éstos sean cometidos por un ataque generalizado o sistemático contra la población civil y con conocimiento del mismo.

De acuerdo con la Corte Penal Internacional se entenderá por “exterminio” la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños, por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional, por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones ilícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas, por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que ésta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo, por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en la razón de la identidad del grupo o de la colectividad, por el crimen de “apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar

a los mencionados al párrafo I cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen, por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la Ley por un periodo prolongado.

“El Estatuto de la Corte Penal Internacional difiere de la definición establecida por la Convención; en dicho Estatuto se precisa que la intención de dejar fuera del amparo de la ley es por un periodo prolongado, en tanto que la definición de la Convención la omite por completo. El Proyecto del Código de la Comisión de Derecho Internacional ampliaba los crímenes contra la humanidad a “otros actos inhumanos”, siempre que estos actos sean de gravedad similar a los enumerados en los demás apartados y que lesionen al ser humano en su integridad física o mental, su salud o dignidad. El Estatuto de la Corte Penal Internacional repite la definición proporcionada por el Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional y excluye en forma expresa “la discriminación institucionalizada por motivos raciales, étnicos o religiosos”⁹⁷.

5.4. CRIMEN DE GENOCIDIO

5.4.1. GENERALIDADES

Con fecha 9 de Diciembre de 1948, y motivado por la finalidad de castigar a los responsables de los actos cometidos en la Segunda Guerra Mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Genocidio, para sancionar un tipo de hechos delictivos que constituyen la más grave expresión de los crímenes contra la

⁹⁷ IBIDEM p. 593

humanidad. El artículo 2 de dicha Convención define al genocidio como la matanza de miembros de un grupo de personas, la producción de graves daños corporales o mentales a los miembros del grupo, sumisión deliberada del grupo a condiciones de vida calculadas para producir su destrucción física total o parcial, la imposición de medidas encaminadas a evitar los nacimientos dentro del grupo o la transferencia forzada de niños de un grupo a otro; cometidos con el propósito de destruir total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

En cambio, el artículo 17 del Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional se contempla el delito de genocidio; como la matanza de miembros del grupo; lesiones graves de la integridad corporal o la salud física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo, o, en su caso; el traslado por la fuerza de un grupo a otro grupo; los cuales deberán ser perpetrados con intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

En lo que respecta del delito de genocidio, a diferencia de otros delitos también de índole internacional, como es el caso de los mencionados anteriormente, puede cometerse en tiempos de guerra o en tiempos de paz, lo anterior, toda vez que el mismo no incluye la existencia de un nexo con crímenes contra la paz o con crímenes de guerra.

“El genocidio consta de dos elementos: el requisito de la intención o mens rea y el acto prohibido o actus reus. Por lo que se refiere a la intención, ésta es la característica distintiva de tal crimen. La intención, para que sea constitutiva de éste delito, debe ser; ya con la finalidad de destruir un grupo y no simplemente una o más personas que, casualmente, sean miembros de un grupo determinado; con la finalidad de destruir al grupo como tal, es decir, como entidad separada y distinta y no simplemente destruir a algunas personas que pertenecen a tal grupo. En otras palabras el genocidio es la

“negación del derecho de existencia a grupos humanos enteros”; con la finalidad de destruir al grupo “parcial o totalmente”; por tanto, no es necesario intentar la aniquilación completa del grupo en el mundo; ó; con la finalidad de destruir algunos de los grupos determinados por el Proyecto; ya sea nacional, étnico, racial o religioso; no así a los grupos políticos”⁹⁸.

“El genocidio se refiere a toda empresa criminal que persigue la destrucción, total o parcial, de un grupo humano en particular como tal, a través de determinados medios. Estos son dos elementos constituyentes del requisito de intención específica del crimen de genocidio; primero que el acto o los actos tengan como objetivo a un grupo nacional, étnico, racial o religioso; y, que el acto o los actos persigan la destrucción total o parcial de ese grupo”⁹⁹.

En la definición del delito de genocidio se desprende entonces que para que se perfeccione el mismo no es necesario que se culmine o se lleve a cabo la finalidad del mismo, ya que para que solo y únicamente es necesario tener la intención de llegar a la finalidad del mismo, que en este caso es la matanza o destrucción del grupo, por lo cual la misma definición aclara que aunque no se logre dicha destrucción, pero se acredite que se tuvo la intención, es más que suficiente para que se perfeccione el delito.

5.4.2. INTENCIÓN ESPECÍFICA: INTENCIÓN DESTRUCTIVA

Para tipificar la intención específica se requiere que el perpetrador persiga la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, mediante la realización de uno o más de los actos prohibidos que se señalan con antelación.

Además de la intención sobre el acto; entonces debe existir la intención de la persona sobre la participación de la misma en el acto tipificado como genocidio; por lo cual es suficiente que el perpetrador supiera simplemente

⁹⁸ IBIDEM p. 587

⁹⁹ HUMAN RIGHTS WATCH. GENOCIDIO, CRIMENES DE GUERRA Y CRIMENES DE LESA HUMANIDAD. Ed. ISBN978-607-417-100-6. México. 2010. p. 138

que el crimen original, inevitable o probable, resultaría en la destrucción del grupo. El objetivo del crimen original o de los delitos originales debe ser la destrucción total o parcial del grupo.

“El objetivo en la comisión del delito de genocidio debe ser la destrucción del grupo como una entidad separada y distinta y la víctima final del genocidio es el grupo, aunque su destrucción necesariamente requiere de la comisión de delitos contra sus miembros, es decir, contra las personas pertenecientes a ese grupo; sin embargo, existe la posibilidad de que, aunque la intención del resultado de una operación no fuera la destrucción de un grupo, ésta puede convertirse en el objetivo en algún momento posterior, durante la implementación de la operación”¹⁰⁰.

En vista de que para tipificar genocidio se requiere que exista una intención específica de cometerlo, no es necesario probar la destrucción de facto, total o parcial del grupo. Sin embargo, la destrucción de facto puede constituir prueba sobre la intención específica y también servir para distinguir el crimen de genocidio, así como la tentativa para la comisión del mismo; por lo cual la intención del delito de genocidio debe constar en la búsqueda de la destrucción física o biológica de un grupo determinado; mas no en la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural o la identidad del mismo.

Sin embargo; la Corte Penal Internacional determinó que la finalidad del delito de genocidio es la destrucción del grupo étnico, nacional, religioso o racial del que se trate; por lo cual no se encuentran de acuerdo a que dicha conducta de destruir al grupo en cuestión deba ser única y exclusivamente física o biológica.

La destrucción no se limita solo a civiles, sino que también se puede incluir en el personal militar. Toda vez que la intención requerida para cometer el

¹⁰⁰ IBIDEM p. 140

delito de genocidio no se limita a instancias en las que el perpetrador busca destruir sólo a los civiles.

5.4.3. LA DISTINCIÓN ENTRE INTENCIÓN ESPECÍFICA Y MOTIVACIÓN

“La Mens rea es el estado mental o el grado de culpabilidad en que el acusado se encontraba en el momento relevante. La motivación es generalmente considerada como aquello que causa que una persona actúe. En lo concerniente a la responsabilidad penal en el derecho penal internacional, la motivación es generalmente irrelevante, pero se torna relevante en la etapa de la sentencia para mitigarla o agravarla”¹⁰¹.

La motivación que provoca que un individuo cometa el acto delictivo va precedida de por los factores sociales, mismos que se encuentran inmersos en el entorno de aquel que haya cometido el delito, el cual es la familia, o, el círculo social en el que se desenvuelve; por lo cual es factible que el Derecho penal actúe como medio de control social, ya que dichos factores pueden influir en la toma de decisiones de algunos encaminados a cometer ilícitos; además de la motivación que se encuadra en el tipo.

“La función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Un Derecho penal sin la base social previa sería ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un Derecho Penal puramente represivo, que sólo tendría eficacia como instrumento de terror. Pero también la función motivadora emanada de esas instancias de control social sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal”¹⁰².

En lo que se refiere a la motivación, debe ser considerada en dos circunstancias adicionales; cuando existe un elemento requerido en delitos

¹⁰¹ IBIDEM p. 146

¹⁰² MUÑOZ op. cit. p. 37

tales como los delitos de intención específica, por su naturaleza, requieren un motivo particular; y, cuando pueda constituir una forma de defensa.

En cuanto a la intención específica de la motivación en el delito de genocidio, se puede dar como motivación personal del perpetrador del crimen de genocidio, la obtención de beneficios económicos personales, o ventajas políticas o alguna forma de poder; dejando claro que la existencia de una motivación personal no excluye que el perpetrador tenga también una intención específica de cometer genocidio.

5.4.4. INFERENCIA DE LA INTENCIÓN

En el delito de genocidio no es necesario que exista prueba directa de la intención de cometer genocidio para que la intención pueda ser inferida ya que puede inferirse a partir de las circunstancias de hecho del mismo crimen.

“Los factores para inferir la intención específica; así como para probar la intención específica, en ausencia de prueba directa explícita, se podrá inferir, a partir de varios hechos y circunstancias, tales como el contexto general, la perpetración de otros actos prohibidos sistemáticamente dirigidos contra el mismo grupo, la escala de las atrocidades cometidas, el ataque sistemático a víctimas por causa de su membresía en un grupo particular, o la repetición de actos discriminatorios y destructivos”¹⁰³.

Para la Corte Penal Internacional debe existir; la extensión de la destrucción actual; la existencia de un plan o política genocida; la perpetración y/o repetición de otros actos destructivos o discriminatorios cometidos como parte del mismo patrón de conducta y las declaraciones del acusado; esto con la finalidad de que pueda darse el perfeccionamiento del delito de genocidio.

Como pruebas para inferir la intención específica se puede hacer uso de una prueba de estado mental, ya que a partir de ésta se pueden establecer

¹⁰³ IBIDEM p. 148

inferencias adicionales para acreditar que el acusado poseía la intención específica de destruir; sin embargo no es necesario probar declaraciones que demuestren la intención genocida; ya que la inferencia de la intención genocida puede deducirse aun cuando las personas con esa intención no estén precisamente identificadas.

B. TRATAMIENTO DEL DELITO DE GENOCIDIO EN MÉXICO

5.5. DELITO DE GENOCIDIO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.

En el sexenio del ex presidente de la República Miguel de la Madrid hubo la necesidad de negociar nuevos préstamos para el pago de los intereses de la deuda externa del país; para lo cual la Banca Internacional, a través del Fondo Monetario Internacional impuso varias condiciones a nuestro país, entre las cuales figuraba la reducción de la natalidad; razón por la que el Gobierno Federal dio inicio a una campaña de planificación familiar, comenzando con apoyar la reforma del artículo 67 de la Ley General de Salud; el cual rezaba de la siguiente manera: “La planificación familiar, principalmente la que se dirija a menores y adolescentes, tiene carácter prioritario”¹⁰⁴. El segundo párrafo señalaba: “Quienes practiquen esterilización sin la voluntad de la paciente o ejerzan presión para que ésta la admita, serán sancionados conforme”; por lo cual el profesor Caamaño considera a esta medida como violatoria de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

El delito de Genocidio contiene el dolo específico de destruir a un grupo Nacional, étnico, racial o religioso como tal; y puede ser cometido en tiempo de paz o de guerra. En nuestro país el delito de genocidio se encuentra tipificado en el TITULO TERCERO, Capítulo II, artículo 149-Bis del Código penal Federal; el cual indica que en “el delito de genocidio se encuentra el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o

¹⁰⁴ Ley General de Salud. Artículo 67.

de carácter étnico, racial o religioso, perpetrándose por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos o en caso de que se impusiese la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del mismo”¹⁰⁵. Por otro lado, el citado artículo señala que se impondrá una multa de quince a veinte mil pesos y una pena de veinte a cuarenta años de prisión a quien cometa el delito de genocidio; mismo que es una adecuación del artículo II de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, en el cual se expresa que “el genocidio es la matanza, sometimiento intencional o medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno de un grupo, así como el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro; perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”¹⁰⁶.

En lo que se refiere a dicha Convención y a la legislación mexicana se estima que el genocidio puede ser llevado a cabo física o biológicamente; siendo que el genocidio físico se refiere a la matanza de los miembros de un grupo, la lesión grave a la integridad física o mental o el sometimiento intencional al mismo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; en cambio el genocidio biológico se refiere simplemente a el impedimento de nacimientos en el seno del grupo.

El móvil por el cual se deriva la comisión de dicho delito no toma importancia para la tipificación del mismo; así que puede ser de carácter político, económico, xenófobo o la simple venganza; no se encuentra tipificado para la comisión de dicho delito, ya que se trata de evitar la defensa por cuestiones del móvil.

Para que se dé la consumación del delito de genocidio no es necesaria la efectiva destrucción del grupo protegido; ya que solo basta la intención de provocar la comisión del delito para que este se perfeccione.

¹⁰⁵ Código Penal Federal. Artículo 149-Bis.

¹⁰⁶ Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio”. Artículo II.

Para identificar mejor el delito de Genocidio debemos entender también la denominación de “Minorías Nacionales”; ya que en la tipificación de dicho delito no se habla de grupos políticos como beneficiados para la protección en la Convención de 1948, ni en las legislaciones mexicanas; sin embargo; a la matanza de personas pertenecientes a una misma nacionalidad tipifica el crimen de lesa humanidad, mas no genocidio; ya que el asesinato de disidentes u opositores a un régimen no entraría dentro del tipo penal de genocidio, debido a la ausencia del elemento subjetivo de la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso; por lo cual el grupo nacional no se define por sus caracteres ideológicos; ya que dicho delito encuadra en los Delitos contra la Humanidad.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, los grupos protegidos por la Convención de Genocidio y las leyes mexicanas; son los grupos nacionales, raciales, étnicos y religiosos; sin embargo, dichos grupos deben verse como una totalidad, para determinar si se encuentra frente a un delito de genocidio o en su caso, los grupos a que se hace mención son solo minorías nacionales; en el caso del genocidio se requiere entonces que se tenga la intención de destruir parcial o totalmente un pueblo con la misma identidad nacional; en el caso de grupos raciales se definen mediante factores físicos hereditarios, con frecuencia identificados con una región geográfica; en el caso del término de grupo étnico, éste fue introducido por la sexta Comisión a propuesta de Suiza, para que el uso del término “grupo nacional” no se confunda con el de “grupo político”, en cambio los soviéticos lo consideraron como un subgrupo nacional; y para otros más siempre a existido la confusión entre grupos étnicos y raciales; sin embargo hay quienes lo designan en conjunción a los tres grupos pertenecientes a la definición del delito de genocidio, los cuales son los grupos raciales, étnicos y religiosos; éstos últimos adheridos a la definición debido a las constantes matanzas que se han vivido en la historia de la humanidad contra grupos de personas que comparten un mismo culto religioso, tal es el caso de los judíos en la Segunda Guerra Mundial, los practicantes del Islam e incluso los Budistas.

Así bien, el delito de genocidio en nuestro país está regulado por el Código Penal Federal, en su artículo 149-Bis, mismo que está inspirado en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el cual entra en vigor para nuestro país el 22 de Octubre de 1952; y sirve para la protección de los grupos tanto nacionales, raciales, étnicos y religiosos; tal como se menciona anteriormente.

C. DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE GENOCIDIO

5.6. CONVENCION DE VIENA

Primeramente para el estudio de todas las Convenciones, Tratados y Leyes Internacionales, se debe hacer mención de la Convención de Viena o como bien es conocida como la Constitución de los Tratados Internacionales, ya que de conformidad con éste ordenamiento, es que se formulan las demás Convenciones y Tratados Internacionales, como bien se establece en el artículo 1 del mismo ordenamiento internacional.

“Durante 15 años, a partir de 1950, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas estuvo trabajando en el tema del derecho de tratados, cuando terminó un proyecto de articulado, lo presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas con la recomendación de celebrar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar dicho proyecto con miras a la adopción de una convención. El 22 de mayo de 1969 se adoptó el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que recoge y formula de una manera más precisa y sistemática las normas del derecho internacional consuetudinario referentes a los tratados y adopta otras que no existían o sobre cuyo texto había duda. Incluye dos principios de derecho aplicables especialmente a tratados: Pacta sunt servanda (todo tratado en vigor obliga a las partes) y el de buena fe; así como dos artículos que, por su trascendencia, han merecido muchos comentarios: el artículo 18, que habla de la obligación de los Estados que han firmado o manifestado su consentimiento en obligarse por un tratado, de ‘no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor’, y el artículo 53; que introduce el

concepto de 'iuscogens' (normas imperativas). Aunque esta Convención representa sin duda un gran avance, no regula todas las cuestiones referentes al derecho de los tratados; por ello dispone, en el último párrafo de su preámbulo, que "las normas de derecho internacional consuetudinario continuaran rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención. En todo caso, el mérito de la Convención de 1969 reside en que representa la opinión jurídica generalmente aceptada acerca del derecho de los tratados y por ello constituye una guía de gran valor para la comunidad internacional, gracias a la cual, los tratados se rigen tanto por el derecho internacional codificado como por el consuetudinario. Sobra decir que si una norma incluida en las convenciones que codifican el derecho internacional sobre los tratados es parte del derecho consuetudinario, esa norma es aplicable a todos los Estados, aun a aquellos que no son partes de la Convención. Asimismo, los Estados partes en alguna de las convenciones aludidas pueden, por consentimiento mutuo, apartarse de las normas de las convenciones si convienen algo distinto, pues las únicas normas de las que no pueden apartarse ningún Estado, sea o no sea parte de las convenciones, son las normas imperativas del derecho internacional general iuscogens. Por este mismo procedimiento, los Estados pueden apartarse, si así lo convienen, de cualquier norma de derecho consuetudinario que no sea de iuscogens. En diciembre de 2000, la Convención de 1969 había sido aceptada por 90 países. México la firmó el 23 de mayo de 1969, es decir, el mismo día en que se abrió a firma. El Senado de la República la aprobó el 29 de diciembre de 1972, según decreto publicado en el Diario Oficial del 28 de marzo de 1973. El instrumento de ratificación fue depositado el 25 de septiembre de 1974, y el decreto de promulgación fue publicado en el Diario Oficial del 14 de febrero de 1975. Entró en vigor el 27 de enero de 1980, es decir, 30 días después de que 35 países la habían ratificado o se habían adherido a ella"¹⁰⁷.

¹⁰⁷ TREJO GARCIA ELMA DEL CARMEN. TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES EN MEXICO: RELACION DELEGISLATURAS Y/O PERIODOS LEGISLATIVOS EN QUE FUERON APROBADOS. Ed. Centro

5.7. CONVENCION PARA LA PREVENCION Y LA SANCION DEL DELITO DE GENOCIDIO DE 1948.

El delito de Genocidio se encuentra regulado en el Derecho Penal Internacional, el cual surge con la intención de castigar los crímenes de guerra ocurridos durante la Segunda Guerra Mundial y prevenir que no vuelvan a cometerse nuevamente delitos tan graves como los que ocurrieron en dicha conflagración.

Una vez concluida la Primera Guerra Mundial, en el año de 1919 se firma el Tratado de Versalles, en el cual se contemplan las sanciones de; ofensas a la moralidad internacional, ofensas a la sacrosanta inviolabilidad de los tratados y acciones contrarias a los derechos y costumbres de la guerra.

En lo que se refiere a los antecedentes del delito de Genocidio, cabe mencionar el marco jurídico del Tratado de Versalles en el cual se crea la Comisión sobre la Responsabilidad de los Autores de la Guerra y la Aplicación de Sanciones. En esta Comisión se hace referencia a actos de autoridades alemanas, búlgaras y austriacas, quienes prohibieron el uso del idioma serbio, e incluso llegaron a destruir archivos, iglesias y clausurar escuelas. Motivado por la violencia cometida, se sugirió la exclusión de la amnistía a los responsables por crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra y de las leyes de humanidad y en la Conferencia de Paz, el ministro de Relaciones Exteriores de Grecia propuso una nueva categoría de crímenes de guerra, el cual se denominó "crímenes contra las leyes de humanidad.

"El Tratado de Sévres contempló el delito de lesa humanidad, sin embargo nunca fue ratificado, y fue remplazado por el Tratado de Lausana de 1923 el cual otorgó la amnistía por todas las ofensas cometidas entre el 1o. de

agosto de 1914 y el 2o. de noviembre de 1922.”¹⁰⁸ Posteriormente, ya después de la Primera Guerra Mundial, la comunidad internacional crea un sistema de protección de grupos vulnerables; entre las características principales de dichos grupos aparecía la etnicidad o religión, lo cual sirvió de base para la posterior creación del delito de genocidio y la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito Genocidio de 1948.

Para el desarrollo de la Convención sobre la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio; fue creado el término por el abogado Raphael Lemkin, quien nació en Polonia, el 24 de Junio del año 1900; sin embargo debido a su condición de judío tuvo que huir de su país motivado por los ataques de los alemanes en la Segunda Guerra Mundial, por lo cual escapo hacía los Estados Unidos de América, donde trabajo como catedrático en la Duke University y posteriormente en la Yale University; posteriormente fue consejero del secretario general de las Naciones Unidas en apoyo a la creación del proyecto de la Convención de Genocidio; y fue ahí cuando Lemkin crea el término genocidio, el cual deriva de la palabra “genos”, que en griego significa raza, nación o tribu, y la palabra cide, del latín que significa matar.

“El término de "genocidio" aparece en la obra de Lemkin en 1944 en su celebrada obra *Axis Rule in Occupied Europe*. Dice que el delito de genocidio es una vieja práctica en su desarrollo moderno. Describe el genocidio como aquellas acciones encaminadas a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida del grupo con el propósito de aniquilar al grupo como tal. El objetivo es la destrucción de las instituciones políticas y sociales, la cultura, el lenguaje y los sentimientos nacionales. Descarta el término "asesinato de masas" o "exterminio" porque no aluden al móvil específico de destruir un grupo. El genocidio implica un plan coordinado para destruir las manifestaciones esenciales de la vida de grupos nacionales con el fin de

¹⁰⁸CÓRDOVA ARELLANO LUIS L. El tratamiento jurídico del genocidio en México. (En Línea) http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100018

destruirlos. Las acciones del genocidio se dirigen contra la entidad grupal, no contra los individuos, es decir, las acciones cometidas contra los individuos se entienden, pero como individuos pertenecientes al grupo nacional”¹⁰⁹.

Para Lemkin, el delito de genocidio debía ser castigado sin importar que haya sido cometido en tiempo de paz o de guerra por lo cual, fue él quien recomendó que el delito de genocidio fuese prohibido en éstas circunstancias; de igual manera propuso la introducción en el derecho doméstico de normas de protección de grupos minoritarios nacionales, religiosos o raciales. La obediencia debida no sería excluyente de responsabilidad y su persecución debía ser conforme a un principio de represión universal; ya que el delito de genocidio es un delito de tal gravedad que conmociona la conciencia de la humanidad y por lo tanto debe existir la obligación de la cooperación internacional para su represión.

Fue entonces que la teoría sobre el genocidio de Raphael Lemkin sirvió para lo que devino en la Convención para la Prevención y la Sanción de Genocidio de 1948, en la cual se establece que los actos castigados por dicha convención sería el genocidio, en el cual se tipificaría como la matanza, lesión grave en la integridad física o mental o sometimiento intencional de un grupo ya sea nacional, político, étnico o religioso, así como también las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro; también serían castigados por ésta Convención, la asociación para cometer genocidio, la instigación directa y pública a cometer genocidio, la tentativa de genocidio y la complicidad de genocidio. Se llegó al acuerdo de que las naciones contratantes de dicha Convención se comprometían a adoptar, con arreglo a sus respectivas Constituciones, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de dicha Convención e incluso de imponer sanciones a las personas que resulten responsables de cualquiera

¹⁰⁹ IDEM.

de los actos mencionados en la Convención, sin importar que dichos actos sean cometidos entiendo de paz o de guerra.

Esta Convención es “ratificada por México el día 29 de diciembre del año 1951, para su posterior entrada en vigor el día 23 de Agosto del año 1953”¹¹⁰; esto es dos años después de su ratificación por parte del senado de la república; en base a esta Convención es por lo que se establece el artículo 149-Bis, en el cual se tipifica el Delito de Genocidio.

5.8. CORTE PENAL INTERNACIONAL

Durante el periodo de las dos guerras mundiales, surgen ideas respecto de la creación de una Corte Penal Internacional, pero fue hasta la Segunda Guerra Mundial donde una vez más se plantea el tema de la responsabilidad internacional por crímenes de guerra; así que una vez terminada la Segunda Guerra Mundial se crea la Comisión de las Naciones Unidas sobre Crímenes de Guerra, con la finalidad de sancionar los crímenes cometidos en el recién concluido conflicto por lo cual se opta primeramente por sancionar a los responsables en base a la Comisión de Responsabilidades de la Conferencia de Paz de París de 1919; ya que en dicha comisión se incluía el delito de “desnacionalización”, así como el asesinato y maltrato a civiles. Sin embargo se requería de una Corte que defina y sancione los delitos internacionales considerados de tal gravedad que lesionen la conciencia de la humanidad, así que surge la Corte Penal Internacional como producto, principalmente de la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. El 21 de Noviembre de 1947, mediante la resolución 177 (III), la Asamblea General de la ONU solicita a la Comisión de Derecho Internacional formular los principios de derecho internacional de la Carta del Tribunal de Nüremberg y del juicio del mismo tribunal y el preparar un proyecto de Crímenes Contra la Paz y Seguridad de la Humanidad; pero no fue hasta el año 1951 cuando se formula el primer proyecto nombrado “Código de

¹¹⁰ TREJO op. cit. p. 230

Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad”, el cual después de sufrir algunas reformas, es puesto en consideración de la Asamblea General de la ONU en el año de 1954, sin embargo dicho código recibió varias reformas a lo largo de la historia, siendo la última de ellas en 1996; en dicho código se regulan los crímenes de agresión, genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra; pero fue hasta el año 1998 cuando la Asamblea General de la ONU decide adoptar el establecimiento de una Corte Penal Internacional, lo cual deviene en la creación del Estatuto de Roma, en el cual se establece la creación de una Corte Penal Internacional; dicho Estatuto entró en vigor el día 1 de Julio del año 2002, habiendo reunido las ratificaciones mínimas necesarias. En dicho Estatuto queda claro la competencia de la Corte Penal Internacional sobre los delitos más graves a nivel internacional, como es el caso del genocidio y los crímenes de lesa humanidad.

5.9. CONVENCIÓN SOBRE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.

El día 26 de Noviembre del año 1968, se celebró por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas la “Convención Sobre los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”; la cual lleva por finalidad, confirmar los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto de Nüremberg, el cual castiga expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona y la política del apartheid.

En dicha Convención, se expresa claramente que los delitos sobre crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, así como los crímenes de lesa humanidad cometidos en tiempo de paz o de guerra, la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio son imprescriptibles, sin importar la fecha en la que estos hayan sido cometidos; de igual manera se condiciona a las autoridades de los Estados que se adhieran o ratifiquen

dicha Convención, a que incluyan en sus respectivas legislaciones los ordenamientos jurídicos necesarios para el cumplimiento de las disposiciones que en ella aparecen.

En caso de que llegasen a cometerse los crímenes antes mencionados, las disposiciones de ésta Convención serán aplicadas a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen ya sea como autores o cómplices o en su caso que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

La “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue ratificada por México el día 15 de Marzo del año 2002, y entra en vigor en nuestro país el día 13 de Junio del mismo año. Una vez ratificada dicha Convención, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos formuló la siguiente interpretativa:

Con fundamento en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, al ratificar la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de Noviembre de 1968, entenderá que únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagran la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México”¹¹¹.

Por lo cual se sobre entiende que los delitos cometidos con anterioridad al año 2002; sobre la materia o materias establecidas en dicha Convención son completamente prescriptibles conforme a las leyes de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹¹ IBIDEM p. 316

D. IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE GENOCIDIO EN MÉXICO

5.10. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Primeramente debemos entender a la acción penal como la actividad del Estado cuya finalidad consiste en lograr que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley punitiva a casos concretos; así bien el ejercicio de la acción penal de conformidad con el artículo 21 de nuestra Constitución Política corresponde al Ministerio Público, quien la ejercerá en representación de los ciudadanos ante los Tribunales competentes y en el caso de la imposición de las penas, modificación y duración de las mismas serán facultades exclusivas de la autoridad judicial.

Para Sergio García Ramírez; “no es la acción lo que se extingue, sino la pretensión punitiva; aquella precluye; en cambio, la pretensión punitiva se extingue”¹¹². Sin embargo la acción penal se puede extinguir de muchas formas establecidas igualmente en el Código Penal para el Estado de Guanajuato.

5.10.1. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA

Si el delincuente cumplió la pena señalada, evidentemente el Estado carece ya de interés alguno sobre el particular; luego el cumplimiento constituye, sin duda, una causa extintiva de la sanción.

Mismo que se ve reflejada en la redacción del artículo 111 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se expresa que “el cumplimiento de las sanciones impuestas en sentencia firme las extingue con todos sus efectos”¹¹³.

¹¹² GARCIA RAMIREZ SERGIO. DERECHO PENAL. Ed. ISBN. México. 1990. p. 107

¹¹³ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 111.

5.10.2 MUERTE DEL DELINCUENTE

La responsabilidad penal y la pena son estrictamente personales; esto quiere decir que dicha responsabilidad no se transmite a otras personas, ni sobrevive al infractor. Motivo por el cual sus familiares, dependientes y sucesores queden a salvo de reproche penal; por ello, igualmente, secó la práctica de condenar al fallecido o aplicarle sanciones post mortem, de escarnio sobre el cadáver y negación de sepultura en camposanto.

“La muerte extingue la acción y las sanciones impuestas, sin embargo dicha extinción no aplica en la reparación del daño y el decomiso de los instrumentos y de las cosas que sean efecto u objeto del delito”¹¹⁴ de conformidad con el artículo 112 del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

5.10.3. AMNISTÍA

La palabra amnistía proviene del griego y su significado es “olvido”, por lo cual la amnistía se refiere al olvido del delito perpetrado o hacer a un lado sus consecuencias; la amnistía como tal, se regula en el artículo 113 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el cual se establece que la amnistía “extingue la acción penal y las sanciones impuestas con todos sus efectos, con relación a los responsables del delito, exceptuando la reparación del daño y el decomiso”¹¹⁵. Mediante la amnistía se dan los hechos por no realizados; por lo mismo no se conserva en el registro de los antecedentes de quien se beneficia con dicha institución.

5.10.4. INDULTO

El indulto produce la extinción de la sanción. Es ejercicio de la tradicional facultad de gracia que se atribuye al Poder Ejecutivo. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se regula en su artículo 89

¹¹⁴ IBIDEM. Artículo 112.

¹¹⁵ IBIDEM. Artículo 113.

fracción XIV que el Presidente de la República está facultado para conceder indultos a los sentenciados por delitos de la competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común del Distrito Federal; en el caso del Estado de Guanajuato, el indulto se regula en el artículo 77, fracción XVI de la Constitución Política del Estado de Guanajuato; en el cual “se concede al Gobernador del Estado la facultad para conceder, conforme a las leyes, indulto a los reos sentenciados por delitos del orden común”¹¹⁶.

5.10.5. PERDÓN DEL OFENDIDO

El perdón del ofendido por el delito produce, sólo en determinados casos, la extinción del ejercicio de la acción penal y, por excepción, la de la ejecución. Sólo opera ésta causal de extinción, tratándose de delitos perseguidos por querrela, para lo cual se necesita legitimación; para lo cual la ley atribuye el derecho a iniciar el procedimiento y a obtener su conclusión; dicha legitimación suele corresponder al ofendido.

El perdón del ofendido se encuentra regulado en los artículos 114, 115 y 116 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en los cuales se expresa que el perdón del sujeto pasivo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público si éste no ha ejercido la acción penal, o ante el órgano jurisdiccional antes de que cause ejecutoria la sentencia. El perdón otorgado por el sujeto pasivo es irrevocable.

Si el sujeto pasivo del delito es incapaz, podrá otorgarse el perdón por su legítimo representante; en caso de no contar con uno, el tribunal que tenga conocimiento del asunto le designará un tutor especial; y en caso que existieran varias personas acusadas del mismo hecho punible, el perdón otorgado a una de ellas favorecerá a todas las demás.

¹¹⁶ Constitución Política del Estado de Guanajuato. Artículo 77, fracción XVI.

5.10.6. REHABILITACIÓN

La rehabilitación tiene por objeto el reintegrar al condenado en los derechos civiles, políticos o de familia que había perdido en virtud de sentencia dictada en un proceso o en cuyo ejercicio estuviere suspenso.

La rehabilitación se encuentra fundamentada en los artículos 134 a 137 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, siendo en este ordenamiento donde se regula la cancelación de los antecedentes penales, por medio de la cual las personas sentenciadas que hayan cumplido con su condena podrán solicitar la cancelación de sus antecedentes penales ante el Juez de Ejecución que hubiere conocido del asunto con la finalidad de conseguir su reintegración social.

5.10.7. VIGENCIA Y APLICACIÓN DE UNA NUEVA LEY MÁS FAVORABLE

La aplicación de una nueva Ley más favorable suprime la acción penal; así como la pena que se esté cumpliendo en su momento por el delito cometido; de conformidad con el artículo 5 del Código Penal para el Estado de Guanajuato; “cuando una nueva ley deje de considerar un determinado hecho como delictuoso, se ordenará la libertad inmediata e incondicional de las personas procesadas o sentenciadas, cesando a partir de ese momento todos los efectos que los procesos o las sentencias produzcan o debieran producir”¹¹⁷.

5.10.8. EXISTENCIA DE SENTENCIA ANTERIOR A LOS MISMOS HECHOS

Cuando se hubiese dictado sentencia en un proceso y aparezca que existe otro en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en aquél, concluirá el segundo proceso mediante resolución que dictará de oficio la autoridad que esté conociendo. Lo anterior se encuentra fundado en

¹¹⁷ Código Penal para el Estado de Guanajuato. Artículo 5.

el artículo 118 del Código Penal para el Estado de Guanajuato en el cual se expresa que “cuando la persona inculpada fuere condenada por el mismo hecho en dos juicios distintos, se anulará la sentencia pronunciada en el segundo de ellos, extinguiéndose las sanciones impuestas en éste y todos sus efectos”¹¹⁸.

5.10.9. EXTINCIÓN DE MEDIDAS DE TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES

Ésta causal de extinción de la acción penal es regulada en el artículo 117 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, en el cual se refiere al supuesto del inimputable “a quien se le hubiere decretado como medida de seguridad determinado tratamiento, si se encontrare prófugo y fuere nuevamente detenido, se extinguirá la ejecución de ese tratamiento cuando aparezca por prueba indubitable que el sentenciado es inocente del delito por el que se le juzgó”¹¹⁹.

5.10.10. PRESCRIPCIÓN

La prescripción es un medio extintivo, tanto de la pena como de la acción penal. Opera por el solo correr del tiempo. Es la pérdida, por el transcurso de cierto tiempo de la atribución del Estado para ejercitar la acción penal contra el indiciado, o para ejecutar la pena impuesta al condenado.

La prescripción de la sanción se fundamenta en que su tardía ejecución carecería de objeto; no colmaría los fines de la represión y ya tampoco resultaría útil para lograr la readaptación del delincuente. En vista del interés social que representa, es una institución de orden público; por ello los jueces y tribunales deberán hacerla valer de oficio.

“El transcurso del tiempo tiene fundamentales consecuencias en el ordenamiento jurídico; mediante él pueden adquirirse o perderse derechos. En el ámbito penal, su influencia radica en la conveniencia política de

¹¹⁸ IBIDEM. Artículo 118.

¹¹⁹ IBIDEM. Artículo 117.

mantener una persecución contra el autor de un delito a través de un lapso cuya duración determinan las leyes minuciosamente.

Con la prescripción el Estado circunscribe su poder de castigar a límites temporales, excedidos los cuales, considera inoperante mantener la situación creada por la violación legal incurrida por el agente.

La prescripción se puede operar con respecto a la acción, es decir, relativa a la persecución del judiciable; y con respecto a la pena, en cuanto se busca su correcta efectiva ejecución.

Conviene tener presente que la prescripción hace desaparecer el derecho del estado para perseguir o para ejecutar la pena, pero no elimina al delito, que queda subsistente, con todos sus elementos, pero sin la consecuencia final de la aplicación de la pena misma. El delito no se extingue; se esfuma en cambio la posibilidad de castigarlo.”

De conformidad con el Capítulo VI del Código Penal Federal la prescripción propicia la extinción de la acción penal y las sanciones, lo cual solo se producirá de manera personal, de acuerdo al plazo que resulte del término medio aritmético de la pena privativa de la libertad señalada en la misma ley, sin embargo dicho plazo en ninguno de los casos será menor a tres años; sin embargo la acción penal puede prescribir en un plazo de dos años, en el caso de que el delito sólo merezca destitución, suspensión privación de derecho o inhabilitación; con las excepciones previstas en la ley.

Dichos plazos comenzarán a correr un día después de aquel en que el condenado se haya sustraído de la justicia en el caso de las sanciones, y, ya sea en el momento en que se consumó el delito, el día en que se realizó el último acto de ejecución, el día en que realizó la última conducta, tratándose de delito continuado o la cesación de la consumación de delito permanente, correrá la prescripción de la acción penal.

A lo anterior deben considerarse también las excepciones a la materia que existen en los delitos perseguidos por querrela, los cuales tienen un plazo de prescripción de un año, salvo que la misma ley prevea lo contrario; los demás delitos perseguidos de oficio se registrarán por lo expuesto con antelación.

La prescripción se regula en los artículos de 119 a 133 del Código Penal para el Estado de Guanajuato siendo en dicho ordenamiento en donde se considera a la Prescripción como la extinción de la acción penal y las sanciones impuestas, por el simple transcurso del tiempo señalado en la ley; la cual se hará valer de oficio en cualquier estado del procedimiento.

5.10.11. IMPRESCRIPTIBILIDAD DEL DELITO DE GENOCIDIO EN MÉXICO

El delito de Genocidio se encuentra regulado en el Código Penal Federal, en su Título Tercero, Capítulo II, artículo 149-Bis en el cual se señala claramente que comete el delito de Genocidio el que con el propósito de destruir total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impulse la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo; y en el segundo párrafo del mismo artículo señala que se impondrá de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos; sin embargo en los párrafos posteriores señalan que si con el mismo propósito se llevan a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral; o en su caso se someta intencionalmente a un grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, se aplicaran sanciones que llegan desde los cinco a los veinte años de prisión; y en caso de que los culpables de dichos delitos fueran gobernantes, funcionarios o empleados públicos y las cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, sin embargo no se encuentra referencia sobre la imprescriptibilidad del mismo por lo cual se

sobreentiende al mismo como prescriptible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal Federal en el cual se expone que la acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate; por lo cual se da por entendido que dicho artículo también afecta al delito de Genocidio regulado en el artículo 149-Bis del mismo ordenamiento.

Se debe tomar en consideración de igual manera la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la cual se celebra en la ciudad de Nueva York, el día 26 de Noviembre del año 1968 y es ratificada por nuestro país el día 10 del mes de Diciembre del año 2001 para su entrada en vigor el día el día 13 de Junio del año 2002, sin embargo como bien expuse anteriormente, en la ratificación que el senado hizo por Ley a dicha Convención, se formula una declaración interpretativa en la cual se indica que de conformidad al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno de México, entenderá que únicamente se considerarán imprescriptibles los crímenes que consagran la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor para México. Por lo cual se sobre entiende que el delito de Genocidio que en su caso es el que importa para esta exposición solo será imprescriptible para los delitos de dicha índole que hayan sido cometidos con posterioridad al día 13 de Junio del año 2002; dejando entendido entonces que los delitos cometidos anteriormente se encuentran bajo el criterio del Código Penal Federal de conformidad con su artículo 105 el cual con relación al 149-Bis del mismo ordenamiento nos da a entender que el delito de genocidio prescribe entonces en 10 o 20 años de conformidad a la media aritmética de la sanción tal como se señala en el artículo 105 antes mencionado. Por lo cual el delito de genocidio en realidad si es prescriptible aún ya que no surte efecto alguno antes los ya cometidos.

-CONCLUSIONES.

El delito de genocidio se regula por medio de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aprobada el día 9 de Diciembre de 1948 en Nueva York, Estados Unidos, con la finalidad de castigar los crímenes cometidos a consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y ratificada por nuestro país el día 22 de Julio del año 1952 para su entrada en vigor el día 22 de Octubre de 1952; en la cual se da una interpretación certera de lo que es el delito de genocidio y se establece que el mismo puede ser cometido en tiempo de paz o de guerra, de igual manera la convención establece que se protegerá de dicho delito a los grupos nacionales, étnicos, religiosos o raciales.

Una vez que ésta Convención fue ratificada por nuestro país, de conformidad con el artículo IV de la misma Convención se incorpora a nuestra legislación en el artículo 149-Bis, de manera casi íntegra del artículo III de la Convención de Genocidio; en la cual se presenta al Genocidio como actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso y dichos actos deben ser, ya sea la matanza de un grupo, lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial, medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo y el traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.

Al momento de entrar en vigor la nueva Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y su posterior ratificación por nuestro país se establecen las sanciones que se imponen al delito de genocidio, las cuales hoy en día de acuerdo a nuestro Código Penal son de entre 20 y 40 años de prisión ; sin embargo para la fecha 26 de Noviembre del año 1968, en la ciudad de Nueva York se firma la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, esto con la

finalidad de no dar término de prescripción para los crímenes graves como lo son los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio, entre otros. Claramente en ésta Convención en su artículo I se señala que los crímenes reconocidos en dicho ordenamiento serán imprescriptibles sin importar la fecha en la que hayan sido cometidos, entre los cuales en su inciso b) del mismo precepto se señala al Delito de Genocidio reconocido en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; en el artículo IV de ésta Convención se señala que los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en los artículos I y II de esta Convención y, en su caso de que exista, sea abolida.

Entonces una vez que México ratifica la Convención para la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en fecha 10 de Diciembre de 2001 y con entrada en vigor el día 13 de Junio del año 2002; se sobre entiende que se aceptarían en todos los términos dichas disposiciones, en las cuales se expresa claramente que los crímenes reconocidos por dicha Convención pueden ser cometidos en cualquier fecha, sin embargo el Senado al momento de ratificar esta Convención establece una declaración interpretativa, dicha declaración es fundamentada por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se expresa que a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; de lo cual deriva un grave problema sobre la aplicación de dicha Convención, ya que por un lado la Convención es muy clara al señalar que el delito de Genocidio no prescribe sin importar la fecha en la que este haya sido cometido, sin embargo la interpretación del Senado es contraria debido al artículo 14 Constitucional; lo cual afecto considerablemente, siendo el primer ejemplo, el juicio celebrado en el mes de Junio del año 2002 sobre el caso "Halcones"; del cual se

derivan actos genocidas cometidos el día 10 de Junio del año 1971, cuando una manifestación de estudiantes fue llamado a salir de las instalaciones del Instituto Politécnico Nacional; y ya cuando la manifestación estaba llegando al barrio estudiantil de San Cosme, fue atacado por un grupo paramilitar llamado “Halcones” en una acción aparentemente coordinada por varios policías mexicanos y las fuerzas militares; quienes haciendo uso de infraestructura de Gobierno, como transporte y armas de fuego de uso exclusivo del ejército, reprimieron duramente a los manifestantes; quedando impune este acto de represión tras alegar por parte de las autoridades que se trataba de un choque o enfrentamiento entre grupos de estudiantes.

El Comité 68 Pro Libertades Democráticas AC, presentó en el mes de Junio del año 2002, una denuncia ante la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, (FEMOSPP) y una vez agotada la investigación preliminar por parte del Ministerio Público Federal, se presentó una acusación contra Luis Echeverría (Ex Presidente de la República Mexicana) y Mario Augusto José Moya y Palencia (Ministro de Interior); así como contra importantes Jefes de Policía y varios miembros del grupo represivo denominado “Los Halcones”, acusado de ser responsable penalmente por el delito de Genocidio, previsto en el artículo 149-Bis del Código Penal Federal, mismo que se ventiló ante el Juzgado Segundo de Distrito Federal de Acciones Penales en el Distrito Federal; sin embargo no fue necesario esperar mucho tiempo, ya que el día 24 de Junio del año 2004, el Juez Federal que conoció de la Denuncia decidió desestimar la acción penal, toda vez que la prescripción del delito de genocidio ya había transcurrido.

Posteriormente el Ministerio Público Federal apeló sobre la decisión tomada por el Juez de Distrito ante el Tribunal Unitario de Circuito Primero en Materia Penal del Primer Circuito; sin embargo empleando su facultad de atracción la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó el caso de “Los Halcones”, asignándolo a la Sala Primera. El día 23 de Febrero del año 2005, la

Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó una resolución parcial en la cual se acordó que el delito de Genocidio si era prescriptible toda vez que el artículo 14 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos impedía dar efecto retroactivo a las leyes en perjuicio de persona alguna. Sería entonces hasta el día 15 de Junio del año 2005 cuando se resolvería que la prescripción de la acción penal por el delito de genocidio no había transcurrido para los acusados Luis Echeverría Álvarez y Mario Augusto José Moya y Palencia, sin embargo era caso contrario para los co-acusados pertenecientes al grupo armado de los “Halcones” de quienes el término de prescripción ya había transcurrido, pero aún así la Suprema Corte de Justicia de la Nación no consideró a la matanza de 1971 como delito de genocidio, sino como homicidio por el cual quedan exonerados de responsabilidad el Licenciado Luis Echeverría y Mario Augusto José Moya y Palencia.

Para el día 30 de Junio del año 2006 se ordena por medio de un juez federal el arresto del Licenciado Luis Echeverría Álvarez por la matanza de Tlatelolco del año 1968, mismo año en el cual estuvo como Presidente de la República Mexicana Díaz Ordaz, sin embargo Luis Echeverría fue absuelto nuevamente el día 8 de Julio del mismo año debido a que el delito de genocidio del cual se le imputaba había prescrito en el mes de Noviembre del año 2005.

De acuerdo a lo anterior se observa claramente que la imprescriptibilidad del delito de genocidio trajo una gran problemática en nuestro país inmediatamente en el año en el que entra en vigor la Convención para la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa Humanidad, ratificado por el Senado el día 10 de Diciembre del año 2001; el cual comienza a hacerse notar con el juicio por Genocidio en contra del Licenciado Luis Echeverría Álvarez, el señor Mario Augusto José Moya y Palencia y el grupo armado de “Los Halcones”; por la matanza de estudiantes del año 1971; sin embargo como ya se explicó la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que el delito de Genocidio es prescriptible toda vez que la

Convención para la Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad; se contrapone al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el cual indica que no se aplicara efecto retroactivo a una ley en perjuicio de persona alguna; sin embargo este criterio no se encuentra apegado a Derecho por lo cual cabe atender a la siguiente explicación sobre el tema.

Primeramente el delito de Genocidio se tipifica formalmente por vez primera en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, con la finalidad de castigar a los responsables de la Segunda Guerra Mundial, y a su vez de evitar que vuelvan a ocurrir actos similares a los de éste acontecimiento bélico; dicha Convención es ratificada por nuestro país el día 22 de Julio del año 1952, para entrar en vigor en nuestro país en el día 22 de Octubre del mismo año; razón por la cual los actos genocidas cometidos en los años 1968 y 1971; la matanza de Tlatelolco, y la matanza de estudiantes por el grupo armado de los Halcones respectivamente, se encuentran ya regulados por estas disposiciones las cuales se regulan jurídicamente en nuestro país en el artículo 149-Bis del Código Penal Federal; en el cual se establece que el delito de genocidio es el cometido por una persona que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo; por lo cual los actos antes mencionados se encuentran encuadrados perfectamente en esta definición ya que se trata de un grupo de estudiantes que fueron atentados con la única finalidad de ser destruidos en su totalidad antes de ser reprimidos por las manifestaciones perpetradas por los mismos. En el día 26 de Noviembre del año 1968, esto es sólo cerca de dos meses después de la matanza de Tlatelolco el día 2 de Octubre del mismo año en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos, se celebró la Convención de Imprescriptibilidad de los crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en la cual se señala en su artículo I inciso b) se expresa que el

Delito de Genocidio regulado en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948, es imprescriptible cualquiera que sea la fecha en la que éste delito sea cometido; sin embargo en nuestro país no se ratificaría esta Convención sino hasta el año de 2002; por lo cual dicha Convención hasta ese momento no podía tener efecto alguno en nuestro país siendo entonces que el Delito de Genocidio era prescriptible de conformidad a lo dispuesto por el artículo 105 del código Penal Federal en el cual se señala que la acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate, sin ser menor dicho término a tres años; por lo cual el Delito de Genocidio al cual se le adjudicaba una pena privativa de la libertad de 20 a 40 años era prescriptible.

Independientemente de estas disposiciones, nunca fueron enjuiciados los responsables de los actos genocidas de los años 1968 y 1971; así que nunca se inició controversia judicial alguna en contra de los responsables. Por si fuera poco, la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968 no fue ratificada por México de la misma manera en lo que fue la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del año 1948; esto no fue sino hasta el día 10 de Diciembre del año 2001, cuando el senado ratifica la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad; no sin antes establecer una declaración Interpretativa, la cual consistía en que de conformidad con el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo serían Imprescriptibles los Crímenes consagrados en la Convención cometidos con fecha posterior a su entrada en vigor en nuestro país; esto es ya que el artículo 14 Constitucional hace referencia a que a ninguna Ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; por lo cual se sobre entiende que solo y únicamente los crímenes cometidos después del día 13 de Junio del año 2002, que es la fecha de entrada en vigor de dicha Convención en México; serán sujetos a estas disposiciones. De conformidad a ésta Convención, el día 2 de Julio del

año 2002; se denuncian los actos genocidas de 1971, en el cual se llama a Juicio como ya habíamos mencionado, al Licenciado Luis Echeverría Álvarez, Mario Augusto José Moya y Palencia además de los integrantes del grupo paramilitar “Los Halcones”; como bien mencionamos anteriormente y posteriormente, para el año 2004 se enjuician también a los responsables de la matanza de Tlatelolco, entre los cuales aparece nuevamente el nombre del Licenciado Luis Echeverría Álvarez, siendo entonces que en ambos se admite la Declaración Interpretativa que el Senado de la República hiciera el 10 de Diciembre del año 2001 sobre la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; por lo que se aprueba la prescripción de los delitos por los cuales se inculpaba a los responsables; siendo estos aplicados en los integrantes del grupo paramilitar “Los Halcones”, responsables de la matanza de estudiantes de 1971 y en la Prescripción del Delito de Genocidio de Luis Echeverría como responsable de la matanza de 1968; siendo la responsabilidad de éste último aceptada por determinar como término de prescripción hasta el año 2007, por lo cual es enjuiciado como responsable de genocidio por las matanzas de 1968 y 1971, pero dejado en libertad en 2009 por ser exonerado de los delitos de genocidio por los cuales se le acusaba; siendo entonces que la Prescripción siempre estuvo presente en ésta controversia y fue de la cual los integrantes del grupo paramilitar “Los Halcones”; se vieron liberados de su responsabilidad penal.

La Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en su artículo I inciso b) se expresa claramente que el crimen de genocidio cometido en cualquier fecha es imprescriptible; pero una vez que el Senado de la República Mexicana ratifica dicha Convención establece una declaratoria interpretativa, en la cual se estipula que de conformidad al artículo 14 Constitucional, solo serán imprescriptibles los crímenes perpetrados en fecha posterior a la entrada en vigor de la Convención mencionada esto es después del día 15 de Junio del año 2002, por lo cual se sobre entiende que el Delito de Genocidio como tal

regulado en el artículo 149-Bis del Código Penal Federal que sea cometido con fecha anterior al 15 de Junio del año 2002, tiene término de prescripcional como se indica en el artículo 105 del mismo Código Penal Federal; en el cual se considera como término de prescripción el término medio aritmético de la pena privativa de la libertad que señala la ley para el delito de que se trate.

La reserva que se hace por parte del Gobierno Mexicano se encuentra fundada en el artículo 2 de la Convención de Viena, misma que fue ratificada por el Gobierno Mexicano el día 10 de Marzo del año 1988 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de Abril del mismo año; en el cual se indica que se entiende como reserva a una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado o a esa organización; y el artículo 19 de la misma Convención en la cual se explica el momento y los casos en que las reservas pueden ser formuladas, lo cual explicaré más adelante.

Sin embargo, lo anteriormente expuesto se contrapone con los fines de la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, los cuales son la imprescriptibilidad de los Crímenes que en ella se regulan; ya que independientemente de que la misma Convención no prohíba la formulación de reservas por parte de los Estados que se adhieran a ella, la naturaleza de la misma Convención no podría considerar una Reserva en este Sentido; lo cual está apoyado en el Artículo 19 de la Convención de Viena en el cual se señala que un Estado u organización internacional puede formular reservas en el momento de firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse a él, con excepción de que esa reserva esté prohibida por el Tratado, que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas,

entre las cuales no figure la reserva de que se trate o que, la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado. Razón por la que la reserva hecha por el Senado de la República Mexicana se tomaría como no puesta.

En cuanto al tema de la irretroactividad; razón por la cual se formuló la reserva propuesta por el Senado, es completamente inaplicable ya que la misma Convención de Viena en su artículo 28 señala que las disposiciones de un tratado no obligan a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

La Convención de Viena en su artículo 27 numeral 1 señala que un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado; siendo entonces que de conformidad a la Convención de Viena podemos desprender que primeramente el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos carece de aplicabilidad para la reserva propuesta por el Senado en la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; ya que a la imprescriptibilidad de estos delitos si se le puede dar efecto retroactivo aunque sea en perjuicio, toda vez que la intención de la Convención es que los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, así como el Delito de Genocidio no queden impunes; por si fuera poco la reserva se ve afectada de nulidad absoluta, ya que la misma no se debe tomar como puesta ya que se contrapone al objetivo y finalidad de la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; tal como se menciona en el artículo 19 inciso c) de la Convención de Viena, al señalar que no se pueden formular reservas que sean incompatibles con el objeto y el fin del tratado.

De acuerdo a los motivos anteriormente señalados, se deduce entonces que primeramente la Reserva hecha por el Gobierno Mexicano no tiene validez

alguna, por lo cual desde el día 2 de Julio del año 2002, se debieron haber juzgado a los responsables de los actos genocidas cometidos en la matanza de estudiantes de 1971 y de igual manera se tuvo que haber respetado la imprescriptibilidad del delito de genocidio en contra de los miembros del grupo paramilitar "Los Halcones"; de igual manera la responsabilidad del ex presidente de la república, el Licenciado Luis Echeverría Álvarez quien fue enjuiciado posteriormente debido a que el delito de Genocidio no había prescrito aún, sin embargo este último quedó libre toda vez se le exonera del delito de genocidio en el año 2009.

Es preocupante esta determinación que ha tomado la suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que si bien el delito de genocidio es imprescriptible a partir del día 15 de Junio del año 2002; que es la entrada en vigor de la Convención para la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad; los delitos de la misma índole cometidos anteriormente sigue corriendo el término de prescripción sobre los mismos; tales como la matanza de indígenas en Chiapas en el año de 1997 en la Administración de Ernesto Zedillo, así como también la gran cantidad de reportes que ha habido de médicos que someten a la esterilización forzada a sus pacientes una vez que han dado a luz con la finalidad de planificación familiar; esto toda vez que las mismas no han dado su consentimiento por escrito a los Centros de Salud correspondientes para practicarse los métodos correspondientes; también sobre los mismos sigue corriendo este término.

Por último, de conformidad con la Convención de Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, en su artículo IV expresa que los Estados Partes de la Convención se comprometen a adoptar, con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes mencionados en dicha Convención, y que sea abolida en caso de existir.

Por lo cual deben aplicarse reformas al artículo 149-Bis del Código Penal Federal para que quede de la siguiente manera:

ARTÍCULO 149-BIS.- “Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquellos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaran a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de diez y seis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En caso de que los responsables de dichos delitos fueran gobernantes, funcionarios o empleados públicos y las cometieren en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

La comisión de cualquiera de los delitos mencionados en el presente artículo serán en todo momento imprescriptibles independientemente de la fecha en que hayan sido perpetrados; por lo cual es inaplicable lo dispuesto por el Capítulo IV de éste Código”.

El delito de Genocidio es uno de los actos más inhumanos que han existido en el mundo por lo cual se debe poner más atención al mismo ya que nuestro país no se encuentra exento de la perpetración del mismo, por lo que se debe de proveer al Sistema Jurídico Mexicano de las herramientas

necesarias para que este delito no quede impune y se pueda hacer valer la justicia en beneficio de la ciudadanía quienes son los más afectados ante la comisión de estos crímenes.

BIBLIOGRAFÍA

- BELLING ERNEST VON. ESQUEMA DE DERECHO PENAL Y LA DOCTRINA DEL DELITO TIPO. ed. 11ª. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1944. p.p. 276
- CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. ed. 47ma. Ed. Porrúa. México. 2007. p.p. 363.
- GARCIA RAMIREZ SERGIO. DERECHO PENAL. Ed. UNAM. México. 1990. p.p. 160.
- GARCIA RAMIREZ SERGIO. LA IMPUTABILIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO. ed. 2da. Ed. UNAM. México. 1981. p.p. 161.
- HIKAL CARREÓN WAEL SARWAT. CRIMINOLOGIA PSICOANALITICA, CONDUCTUAL Y DEL DESARROLLO. Ed. IBSN. México. 2003. p.p. 154.
- HURTADO POZO JOSE. MANUAL DE DERECHO PENAL. ed. 2ª. Ed. EDDILI. LIMA. 1987. p.p. 329
- MALO CAMACHO GUSTAVO. DERECHO PENAL MEXICANO. ed. 5ª. Ed. Porrúa. México. 2003. p.p. 714
- MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. EL TIPO PENAL. Ed. UNAM. México. 1986. p.p. 407
- MARQUEZ PIÑERO RAFAEL. TEORIA DE LA ANTIJURIDICIDAD. Ed. UNAM. México. 2003. p.p. 177
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL. Ed. Bosch. Barcelona. 1975. p.p. 132
- ORTIZ AHLF LORETTA. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. ed. 3ra. Ed. Oxford. México. 2004. p.p. 684.
- PLASCENCIA VILLANUEVA RAUL. TEORÍA DEL DELITO. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2000. p.p. 287.
- TREJO GARCIA ELMA DEL CARMEN. TRATADOS INTERNACIONALES VIGENTES EN MÉXICO: RELACIÓN DE LEGISLATURAS Y/O PERIODOS LEGISLATIVOS EN QUE FUERON APROBADOS. Ed. Centro de Documentación Información y Análisis. México. 2007. p.p. 329.
- WELZEL HANS. DERECHO PENAL. Ed. Roque de Palma. Buenos Aires. 1956. p.p. 271.

LEGISLACIONES

- CÓDIGO PENAL FEDERAL.
- CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE GUANAJUATO.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- CONVENCIÓN PARA LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS CRÍMENES DE GUERRA Y DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD.
- CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO.
- CONVENCIÓN DE VIENA.
- ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

OTRAS FUENTES

- 10 DE JUNIO DE 1971. (En Línea)
<http://mexicodesgraciado.blogspot.mx/2007/04/10-de-junio-de-1971.html>
- CARMONA DORALICIA. Los “halcones” disuelven con saña una manifestación. (En Línea)
<http://www.memoriapoliticademexico.org/Efemerides/6/10061971.htm>
- CASTILLO GARCÍA GUSTAVO. Los halcones no fueron la única fuerza de choque que actuó en la matanza de 1971. (En Línea)
<http://www.jornada.unam.mx/2010/06/10/politica/021n1pol>
- CÓRDOVA ARELLANO LUIS L. El tratamiento jurídico del genocidio en México. (En Línea)
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100018
- HUMAN RIGHTS WATCH. GENOCIDIO, CRIMENES DE GUERRA Y CRIMENES DE LESA HUMANIDAD 978-607-417-100-6. Ed. ISBN. México. 2010. p.p. 764.
- SILVA GARCÍA FERNANDO. El caso Echeverría: ¿prohibición de genocidio versus irretroactividad de la ley? (En Línea)
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/cj/cj10.htm>