



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**“EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR
DEL BIEN JURIDICO AFECTADO”**

T E S I S

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

PRESENTA

MANUEL SOSA DOMINGUEZ

**ASESOR DE TESIS:
DR. JUAN CARLOS RAYO MARES**



MEXICO, D. F.

2002



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**"EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURIDICO
AFECTADO"**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MANUEL SOSA DOMINGUEZ

ASESOR DE TESIS: DR. JUAN CARLOS RAYO MARES

MEXICO, D.F..

2002

V. B. S.
[Signature]



SECRETARÍA NACIONAL
DE EDUCACIÓN PÚBLICA

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**OFICIO INTERNO FDER/042/SP/06/02
ASUNTO: APROBACION DE TESIS**

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

El alumno **SOSA DOMINGUEZ MANUEL**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. **JUAN CARLOS RAYO MARES**, la tesis profesional intitulada **"EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURIDICO AFECTADO"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. **JUAN CARLOS RAYO MARES**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis **"EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURIDICO AFECTADO"** puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno **SOSA DOMINGUEZ MANUEL**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPAÑOL"
Cd. Universitaria, D. F., 14 de junio de 2002

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipp.

DEDICATORIA:

**A mis padres Amelia Domínguez
Hernández y Manuel Sosa Médina.**

INDICE

INTRODUCCION ...

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSENTIMIENTO

I.- Antecedentes históricos del consentimiento en la legislación de otros países.	1
II.- Antecedentes históricos del consentimiento en la legislación penal mexicana.	3
1.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.	3
2.- Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1958.	4
3.- Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.	7
4.- Código Penal para el Estado de Guanajuato de 1978.	10
5.- Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave de 1979.	13
6.- Código Penal para el Estado Libre y Soberano	

de Veracruz-Llave de 1980.	19
7.- Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1983.	20
8.- Reforma del 10 de enero de 1994 al Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en el orden Federal de 1931.	20
9.- Reforma del 18 de mayo de 1999 al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.	21
10.- Reforma del 17 de septiembre de 1999 al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.	22

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURIDICO AFECTADO

1.- El Consentimiento. Concepto	25
2.- El titular del bien jurídico afectado.	28
3.- Bienes jurídicos disponibles.	30
4.- Capacidad para disponer del bien jurídico.	36
5.- El Consentimiento expreso.	37
6.- El Consentimiento tácito.	38
7.- Los vicios del consentimiento.	38
8.- El Consentimiento presunto.	40

CAPÍTULO TERCERO

¿EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD?

I.- El tipo.	46
II.- Elementos del tipo.	51
III.- La tipicidad.	81
IV. La atipicidad.	85
V.- El consentimiento (Atipicidad).	91

CAPÍTULO CUARTO

¿EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE LICITUD?

I.- La antijuridicidad.	113
II.- Las causas de licitud como aspecto negativo de la antijuridicidad.	116
III.- Terminología.	117
IV- Concepto.	117
V.- Fundamento.	117
VI.- Las causas de licitud en la legislación penal mexicana.	119
VII.- Causas comunes de licitud.	121
VIII.- Causas singulares o personales de licitud.	121
IX.- La causa de licitud y los restantes aspectos negativos del delito.	122
X.- El consentimiento (causa de licitud).	123
CONCLUSIONES	130
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

El presente trabajo se refiere al estudio dogmático de la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal y de la misma fracción y artículo del Código Penal para el Distrito Federal, las cuales se refieren al consentimiento del titular del bien jurídico afectado como causa de exclusión del delito.

El interés por estudio del tema mencionado nació en virtud de que en fecha 10 de enero de 1994 se incluyó en la legislación penal en el orden Federal y para el Distrito Federal (vigente en esa época) dicha causal de exclusión del delito, sin hacerse mención de cuál era la función que debe desempeñar el consentimiento del titular del bien jurídico afectado en los ordenamientos penales citados, y debido a que en la doctrina varían las opiniones de los estudiosos del Derecho Penal, señalando una parte de la doctrina que el consentimiento del titular del bien jurídico afectado funciona como causa de atipicidad; otra parte señala que funciona como causa de licitud; y algunos otros sostienen que el consentimiento del titular del bien jurídico afectado tiene una doble función, es decir como causa de atipicidad y como causa de licitud.

El análisis del consentimiento se iniciará con la cita de sus antecedentes que se encuentran en las legislaciones de otros países como son Italia, Austria, Brasil, Alemania, Uruguay y Bolivia; así también a nivel nacional en los anteproyectos de Código Penal (para los Estados, Distrito Federal, y en Materia Federal), en los proyectos de Código Penal (para los Estados, Distrito Federal, y en Materia Federal), y en los Códigos Penales que han estado vigentes (en los Estados, Distrito Federal, y en materia Federal), ya que los mismos anteproyectos, proyectos y Códigos Penales han incluido el consentimiento del titular del bien jurídico afectado como causa de exclusión del delito desde hace ya varios lustros; y por lo que se refiere a la legislación penal para el Distrito Federal y en el Orden Federal, como ya se mencionó, en el año de 1994 se incluyó el consentimiento del titular del bien jurídico afectado como causa de exclusión del delito en el Código que en ese tiempo regía para el Distrito Federal en el Orden Común y para toda la República en el Orden Federal.

En el capítulo segundo se hará mención de los elementos y requisitos del consentimiento como son: el consentimiento, el titular del bien jurídico afectado, los bienes jurídicos disponibles, la capacidad jurídica para disponer, el consentimiento expreso, el consentimiento tácito, los vicios del consentimiento y el consentimiento presunto.

En el capítulo tercero se citaran las definiciones de lo que se entiende por tipo penal, elementos del tipo, tipicidad, atipicidad y la función del consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad.

En el capítulo cuarto se hará referencia a la antijuridicidad y a las causas de licitud, señalándose al final la función del consentimiento como causa de licitud.

En el último capítulo se mencionará desde el punto de vista del autor de la presente tesis cuál es la función que debe desempeñar el consentimiento del titular del bien jurídico afectado en la legislación penal vigente para el Distrito Federal y en el Orden Federal.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSENTIMIENTO

I.- Antecedentes históricos en la legislación de otros países.

El valor del consentimiento en el ámbito del derecho penal ha sido controvertido profusamente. Tratando de dilucidar si la autorización que presta el titular del bien jurídico afectado por la conducta que se enjuicia excluye la antijuridicidad.

"Según el parecer de Mommsem, el consentimiento de la víctima excluía en el Derecho Romano el delito de injuria (volenti non fit injuria), aunque el homicidio cometido mediante el consentimiento del sujeto pasivo no se estimaba como injuria, sino como delito contra el Estado. El criterio del Derecho Romano se va modificando en la evolución juridicopenal posterior, estatuyéndose expresamente en Austria, tanto en la Constitutio Criminalis Theresiana de 1768 (art. 3, parágrafo 16) como en el Código Penal de 1852 (parágrafo 40), que también se comete delito 'contra aquellas personas que han solicitado, por sí mismas su daño o lo

han consentido'. Del mismo modo, el Código de Baviera de 1813 (art. 123) disponía que las acciones que la Ley prohíbe con sanción penal no están exentas de pena ni serán castigadas menos severamente por razón del consentimiento de la parte ofendida, excepto que se tratase de la destrucción de la propiedad de otro sin peligro alguno para la cosa pública. Según nos acercamos a los modernos tiempos, el consentimiento, empero, va adquiriendo nuevamente validez. Ya el proyecto del Código Penal de Brasil de 4 de mayo de 1827, presentado por Pereyra de Vasconcellos, niega el delito cuando existe consentimiento de la persona que ha de sufrir el mal resultante de aquél, salvo que dicho consentimiento fuere vicioso ... El proyecto sueco de 1916 debido al Profesor Tyren concede al consentimiento eficacia para excluir la responsabilidad, por considerar -con errónea técnica- el acto como no intencional. Los proyectos alemanes de 1913, 1925, 1927 y 1930, contienen el siguiente precepto sobre el consentimiento en las lesiones: 'El que causare una lesión corporal con el consentimiento del ofendido, sólo será castigado, si a pesar de ello, el hecho atenta contra las buenas costumbres'. Posteriormente, la Ley de 26 de mayo de 1933 (Boletín legislativo del Reich, I, 295) ha previsto especialmente la lesión corporal del sujeto que consiente, introduciendo en el Código Penal el párrafo 226 a, que a la letra dice 'Una lesión corporal con consentimiento del ofendido sólo es antijurídica si el hecho a pesar de del consentimiento es contrario a las buenas costumbres'. El Código Penal Italiano de 1930 consagra al consentimiento un precepto de alcance general, aunque limitado en el artículo 597 por lo que respecta al homicidio: 'No es punible -dispone el artículo 50- el que lesiona o pone

en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer del mismo'. El Código Penal Uruguayo, aparte de facultar a los jueces para otorgar el perdón judicial en los casos de homicidio (art. 37), se pronuncia en la misma dirección (art. 44) que, respecto a las lesiones siguen la ley y proyectos alemanes ya citados, mientras que los proyectos de Códigos Penales Brasileños de 1938 (art. 14) y Boliviano de 1943 (art. 18, N° 4) adoptan los lineamientos generales del Código Penal Italiano".¹

II.- Antecedentes históricos del consentimiento en la legislación penal mexicana

1. Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

El primer antecedente que se encuentra en la legislación penal mexicana y el cual prevé el consentimiento del titular del bien jurídico afectado (sólo que como causa de extinción de la acción penal -no del delito-) es el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1871.

¹ Jiménez Huerta Manano, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19, p. 67.

El mismo en las actas de la comisión redactora menciona en la sesión 21 de diciembre de 1968 que "Propuso Martínez de Castro después del artículo relativo al perdón se apruebe el siguiente, tomado del art. 123 del Código de Babiera: 'El consentimiento previo del ofendido para que se cometa el delito, no libera de la pena al delincuente; sino cuando se trate de la propiedad ó bienes de aquél, y no se cause mal ó alarma á persona diversa ni a la sociedad' ".²

En el texto del Código en el LIBRO PRIMERO, TITULO SEXTO, que tiene por título "Extinción de la acción penal", en el CAPITULO III, que lleva el rubro de "Perdón y consentimiento del ofendido", en su artículo 262, señala "... El previo consentimiento del ofendido para que se cometa un delito en su persona, contra su honor ó contra sus intereses, extinguirá la acción penal sólo en los casos siguientes: I.- Cuando no se pueda proceder sino por querrela de parte; II.- Cuando el delito sea sólo contra los intereses del ofendido, si éste tuviere la libre disposición de ellos, y no resultare daño, peligro ó alarma á la sociedad, ni perjuicio á un tercero".³

2. Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1958.

² LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, p. 305.

³ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979, p. 400.

El segundo antecedente que se encuentra en la legislación penal mexicana y el cual incluye al consentimiento del titular del bien jurídico afectado ya como causa de exclusión del delito es el contenido en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1958; elaborado por la Comisión de Estudios Penales de la Procuraduría General de la República en ese mismo año, el mismo en la Exposición de Motivos referentes al LIBRO PRIMERO, TITULO PRIMERO, que tiene por título "El delito", menciona "... Con el fin de evitar los problemas inherentes a la denominación de los aspectos negativos del delito, se han rechazado los términos usados tanto en los códigos mexicanos como en los extranjeros de 'causas que excluyen la responsabilidad', 'excluyentes', etc., por ser inexactas dichas connotaciones. En la actualidad la doctrina ha separado con más o menos claridad los diversos aspectos negativos del delito; así se habla de ausencia de conducta o de hecho, de atipicidad, de causas de justificación, de causas de inculpabilidad, y de excusas absolutorias. Algunos códigos han sistematizado los aspectos negativos del delito, como el cubano, y los proyectos de Bolivia y Argentina de 1951, aunque no exhaustivamente, pues el último por ejemplo, clasifica el aspecto negativo del delito con relación a la antijuricidad, a la culpabilidad y a la punibilidad, sin hacer referencia a los aspectos negativos de la conducta y de la imputabilidad (si se considera ésta última como elemento del delito). Así también el cubano se refiere a las causas de inimputabilidad y

de justificación, y el proyecto de Código Penal para Bolivia, clasifica los aspectos negativos en la siguiente forma: ausencia de conducta, ausencia de antijuridicidad, y ausencia de culpabilidad, incluyendo la inimputabilidad. El artículo 13 del proyecto prefiere usar la siguiente expresión: 'No habrá delito cuando: I ...', sin diferenciar los aspectos negativos del delito, pues como se ha observado, hasta la fecha no hay un criterio unánime respecto a la clasificación correcta de los mismos. La fracción I suprime lo innecesario de las fórmulas legales de la legítima defensa, respecto a los requisitos positivos, y mejora los negativos, para no invalidar verdaderas legítimas defensas. La redacción del precepto admite la defensa de todos los bienes, al usar la expresión 'obrar en defensa de un bien jurídico', y por lo que respecta a las personas, comprende la legítima defensa propia y la de terceros. Siendo requisitos del estado de necesidad la existencia de un peligro de naturaleza real, grave, actual o inminente, y la necesidad de salvar un bien jurídico de igual o mayor jerarquía, la fracción II del proyecto, sitúa este aspecto negativo del delito dentro de la teoría 'de la diferenciación', es decir, como causa de justificación o de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. La condición para que opere el estado de necesidad es la de que el peligro no fuere provocado. La parte final del precepto que declara la existencia del delito con relación a aquel que tiene el deber jurídico de sufrir el peligro, era necesaria para abarcar todos aquellos casos en que por mandato legal o por razón del empleo, las personas tienen la obligación de sufrir el peligro. La fracción III limita correctamente el consentimiento del titular a los casos en que el derecho sea disponible,

pues bien puede suceder que exista consentimiento, pero no disposición en cuyo caso la conducta o hecho constitutivo del delito serán unibles".⁴

En el texto del anteproyecto del LIBRO PRIMERO, TITULO PRIMERO, que tiene por título "El delito", en el CAPITULO PRIMERO, que se refiere a las "Reglas generales", en su artículo 12 señala "... No habrá delito cuando se obre: ... III. Con el consentimiento del titular del derecho, en los casos en que éste sea disponible".⁵

3. Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963.

El siguiente antecedente del consentimiento del titular del bien jurídico afectado lo encontramos en el Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, el cual en la Exposición de Motivos de la Parte General, en lo que se refiere a las Causas excluyeres de incriminación, que contiene las "Consideraciones generales", señala: "El capítulo III se denominó 'Causas excluyeres de incriminación', con la finalidad de que en forma exhaustiva recogiera los aspectos negativos del delito —con excepción de las excusas absolutorias que no son comunes a todos los delitos- pues la comisión estimó, que otras expresiones

⁴ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980, pp. 199 y 200.

⁵ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980, pp. 214 y 215.

utilizadas tanto en la doctrina como en los ordenamientos jurídico-penales, no satisfacían tal propósito. También se tuvo en cuenta la conveniencia de no clasificar los casos de inexistencia del delito atendiendo a la ausencia de determinado elemento, porque se pensó que tal clasificación en la ley, conduciría a serios peligros, a causa de la dificultad de delimitar con exactitud la naturaleza de los aspectos negativos del delito, debiendo dejarse, por ende, al juzgador la determinación del aspecto negativo precedente en cada caso particular, con base en la doctrina. Sobre esta cuestión y comentando el Código de Defensa Social Veracruzano, Cuello Calón expresó: 'Bajo el epígrafe de —causas que excluyen la incriminación—, los legisladores de Veracruz-Llave, presentan un texto macizo, de una pieza, los ocho estados clásicos, sin pararse a dogmatizar sobre la naturaleza jurídica de cada una, no separando las causas de justificación de las de inimputabilidad, como hace el Código Cubano, ni mucho menos estableciendo distinciones más delicadas, como las del Proyecto de Código Penal de Bolivia'. Un Nuevo Código de Defensa Social. Revista Jurídica Veracruzana, IV, pp. 804 y 805".⁶

Señala además en la Exposición de Motivos de la Parte General, en lo que se refiere a la Prelación lógica adoptada que: "...al señalarse en el artículo 23 los casos en que no existe delito, se procuro enumerarlos, tomando en consideración la prelación lógica que guardan los elementos del mismo, de tal manera que, en primer término, se hace referencia al aspecto negativo de la conducta (fracción I); inmediatamente después a

⁶ LEYES PENALES MEXICANAS. TOMO 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980, pp. 346 y 347.

las causas de licitud, comenzando por el consentimiento que funciona a veces como atipicidad (fracción II), y enseguida, el ejercicio legítimo de un derecho (fracción III), legítima defensa y las presunciones de la misma (fracción IV). Después el estado de necesidad por inexigibilidad (fracción V); el cumplimiento de un deber legal (fracción VI); la obediencia legítima y jerárquica, que puede originar en casos particulares otro aspecto negativo del delito (fracción VII), y el impedimento legítimo. Finalmente se incluyeron los casos de inexistencia del delito, correspondientes al aspecto negativo de la culpabilidad, el cual abarca las hipótesis que la originan como son: el error de hecho esencial o invencible (fracción IX) y la vis moral, que en ocasiones, puede dar lugar a una causa de imputabilidad (fracción X) (sic)".⁷

De igual forma señala en la Exposición de Motivos de la Parte General, en lo que se refiere al Consentimiento del Titular del Derecho que: "Con el consentimiento del interesado se entra al campo de las causas de licitud, y la Comisión redactora tuvo en cuenta oportunamente que el consentimiento opera, para otros, en ciertos casos, como una hipótesis de no conformidad o adecuación al tipo, cuando ésta requiera o exija para su integración 'contra la voluntad' del sujeto pasivo del delito. Es natural que la antijuridicidad no puede existir si por parte del interesado hay una 'ausencia de interés', o, en otros términos, un consentimiento expreso o tácito, pero también es evidente que tal

⁷ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980, p. 347.

consentimiento debe recaer sobre bienes de los cuales el sujeto pueda disponer válidamente".⁸

En el Texto del Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963, en lo que se refiere al TITULO SEGUNDO, El Delito, CAPITULO III, que corresponde a las Causas Excluyentes de incriminación, el Artículo 23, señala: "... Son causas excluyentes de incriminación: ... II. Actuar con el consentimiento del titular del derecho en los casos en que éste sea válidamente disponible, de acuerdo con la ley; ...".⁹

4. Código Penal para el Estado de Guanajuato de 1978.

Otro antecedente lo encontramos en el Código Penal para el Estado de Guanajuato de 1978, el cual en la Exposición de Motivos, en la parte que se refiere al LIBRO PRIMERO, Parte General, Título Segundo, El delito, señala "... Capítulo Primero. El delito y sus formas. En este capítulo, se decidió dar una definición del delito, destacando sus elementos esenciales o características conceptuales, con el deliberado propósito de establecer con esta base una ordenación sistemática de los preceptos del Código. En el artículo 12 (11), se establece que el delito es

⁸ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980, p. 347.

⁹ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980, p. 376.

la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible; en ese orden el proyecto va tratando cada uno de esos elementos, tanto en su aspecto positivo como negativo; así, respecto al primer elemento, o sea la conducta, se establecen las formas que la misma puede revestir, esto es, la comisión y la omisión (incluyendo esta última, la comisión por omisión), para después en el artículo 14 (13), tratar el debatido tema del nexo causal. ... Por último se establecen los aspectos negativos de la conducta, en los casos de vis maior, vis absoluta, impedimento físico y en general, cuando no haya manifestación de la voluntad del agente, habiéndose preferido en este amplio remate de la fórmula a una enumeración limitativa, habida cuenta de los vaivenes y repentinos avances de la psicología y la psiquiatría que en estos momentos no permiten la adopción de un criterio firme y unánime sobre el contenido volitivo de la conducta típica en los casos de sueño, sonambulismo e hipnotismo; por lo que se prefirió que el juzgador en cada caso lo determinara. ... Capítulo Quinto. Causas de Justificación. En el presente capítulo se establecen cinco causas de justificación o aspectos negativos de la antijuridicidad, que son: consentimiento del pasivo, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. ... Capítulo Quinto. Causas de justificación. En el presente capítulo, se establecen cinco causas de justificación. En el presente capítulo se establecen cinco causas de justificación o aspectos negativos de la antijuridicidad, que son: consentimiento del pasivo, legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho. Se ha suprimido el impedimento legítimo por considerar que no es sino una especie de cumplimiento de un deber. Otro tanto debe

decirse de la obediencia jerárquica, que encuadra dentro del cumplimiento de un deber cuando el inferior no tiene poder de inspección sobre la orden del superior, en caso contrario, la obediencia se trata en el ámbito de la culpabilidad como se verá más adelante. Por último cabe aclarar que se pretendió definir las justificantes, atendiendo a sus notas esenciales, desembarazándolas de todo elemento innecesario o que perturbe su recta aplicación. Respecto a la primer justificante, consentimiento del pasivo, la Comisión se apartó del criterio del legislador actual (Fracción XI, artículo 11), por estimarla errónea, según las siguientes consideraciones: Las normas penales corresponden a una rama del Derecho Público, en las que existe un verdadero interés social o público para reprimir ciertas conductas o hechos, pero en ocasiones ese interés social es coincidente con una manifestación de libertad del individuo, con un derecho subjetivo privado, en otras palabras ese interés público significa el interés que una persona obre dentro de los márgenes de libertad que el orden jurídico le reconoce, de tal manera que cuando existe esa coincidencia, aunque su conducta sea típica, no existe interés tutelado por la norma penal. Ese interés no existe precisamente en los casos de la justificante por consentimiento del pasivo, el que debe ser válido en el sentido de relevante y eficaz, por provenir del sujeto capaz y sin que concorra ningún vicio de la voluntad (coacción o error); esto es, que debe existir libre manifestación de la voluntad. Más la fórmula no estaría completa si además el consentimiento no se conecta con un bien jurídico que conforme al derecho se considere disponible por su titular, ya que al existir restricciones a la libre disposición de los bienes jurídicos, el consentimiento que las rebase, ya que no puede prestarle licitud a la

conducta típica que afecte al bien. Es claro que para delimitar o determinar los bienes jurídicos de que puede disponer su titular hay que recurrir no solo al Código Penal, sino al total orden jurídico vigente. Así quien mata a otro con su consentimiento no está obrando conforme a derecho porque una norma prohíbe tal hecho, pero para determinar la licitud de un trasplante de órgano consentido por el 'donatario', debe recurrirse a las normas de derecho extrapenal (administrativas en el caso). Sin embargo no siempre el derecho nos dará expresamente la delimitación, sino que el recto criterio axiológico del juzgador delimitará la disponibilidad o el grado de la misma".¹⁰

En el texto del Código referente al LIBRO PRIMERO, Parte General, TITULO PRIMERO, CAPITULO QUINTO, Causas de justificación, en el artículo 33, señala: "... El hecho se justifica: I. Cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares".¹¹

5.- Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave de 1979.

¹⁰ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 5, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, pp. 10 y 11, 16 y 17.

¹¹ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 5, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, p. 38.

Otro antecedente del consentimiento del titular del bien jurídico afectado lo encontramos en el Proyecto de Código Penal para el Estado de Veracruz-Llave de 1979, el cual en la Exposición de Motivos, en la parte que se refiere a El delito, señala: "El tratamiento del delito, se lleva a cabo en el Título II, que abarca IX Capítulos, denominados respectivamente: 'Conducta o hecho' (I); 'Dolo, culpa y preterintencionalidad' (II); 'Error' (III); 'Inexistencia del delito' (IV); 'Actos preparatorios y tentativa' (V); 'Concurso de delitos' (VI); 'Reincidencia' (VII); 'Autoría y Participación' (VIII); 'Comunicabilidad de las circunstancias' (IX). El Código vigente del Estado de Veracruz define al delito, en el artículo 5º, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales; precepto que estimó la Comisión que debía suprimirse por innecesario".¹²

En la parte que se refiere la Exposición de motivos a la Inexistencia del delito, menciona: "El Capítulo V de este proyecto, se denomina 'Inexistencia del delito', en vez de causas que excluyen la incriminación', por considerarlo más adecuado. Independientemente de lo antes manifestado, es de sumo interés dejar establecida la posición de la Comisión respecto al título adoptado en el Capítulo IV. Se examinaron diversos criterios para ubicar los diversos aspectos negativos del delito: uno, utilizando una expresión general, es decir, que no hay delito, porque falta alguno de sus elementos: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad o la punibilidad, debiendo el juzgador ubicar el aspecto negativo de cada hipótesis contenida en la ley, sin que

¹² LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 5, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, pp. 66 y 67.

en ésta se fije previamente cuando existe la ausencia de conducta y los restantes aspectos negativos del delito; otro criterio, consiste en señalar los casos en que procede cada aspecto negativo del delito, como acontece en los Proyectos de Código Penal para Bolivia de 1943, Argentino de 1951, Latinoamericano y en México, el Código de Guanajuato. El Proyecto de Bolivia, en el Capítulo II, 'De las causas que excluyen la responsabilidad penal', incluye a la 'Ausencia de conducta' (Sección I), a la 'Ausencia de antijuridicidad' (Sección II), a la 'Ausencia de culpabilidad' (Sección III). El proyecto Argentino de 1951, nos habla 'De las causas que excluyen la antijuridicidad de la conducta' (Capítulo III, del Título II: Del delito), 'De las causas que excluyen la culpabilidad' (capítulo IV), 'De las excusas absolutorias' (Capítulo V). El proyecto latinoamericano, se refiere a las causas de justificación (Capítulo II, del Título II: El delito), a la inimputabilidad (Capítulo III), a la inculpabilidad (Capítulo IV). Por último el Código Penal de Guanajuato, hace alusión en el Título II: 'El delito', a las causas de justificación (Capítulo Quinto), a la inimputabilidad (Capítulo Sexto), a la inculpabilidad (Capítulo Séptimo). Juzgando los criterios a los que hemos hecho referencia, no puede dudarse de la bondad del referido en primer término, que propicia dada la denominación genérica de 'inexistencia del delito', una libre actuación del juzgador para señalar según su criterio personal el aspecto negativo del delito que en cada caso concreto concorra, con base en la doctrina, que con el tiempo puede irse perfeccionando, evitándose que el juzgador en forma mecánica tenga que hacer la ubicación del aspecto negativo del delito en la forma señalada por la ley, lo que indudablemente sucedería, si se optara por el segundo criterio. En el artículo 19 del Proyecto, se

contienen los aspectos negativos del delito que consideró la Comisión debían ser incluidos, como son los casos en que falta la voluntad (fracción I), cuando no hay adecuación o conformidad al tipo (II), la legítima defensa y la presunción de la misma (III), el estado de necesidad (IV), la obediencia jerárquica (V), el cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho (VI), el consentimiento del legitimado (VIII), el impedimento legítimo o insuperable (IX), la inimputabilidad, la conducta libre en su causa y la inimputabilidad disminuida (X), el error de tipo y de licitud y la no exigibilidad de otra conducta (XII) y el caso fortuito (XIII). ... Ausencia de Conducta. ... El Código Penal vigente de Veracruz no se refiere a la ausencia de conducta, y el Proyecto en cambio en la fracción I, del artículo 19, considera que no hay delito, si existe una actividad o inactividad no voluntaria del agente. ... Atipicidad. La fracción II, del mencionado artículo 19, dispone, que no hay delito, 'cuando no se integra alguno de los elementos de la descripción legal'. En la función judicial los juzgadores se ven obligados a manejar los conceptos de tipo y tipicidad, así como de sus aspectos negativos: la ausencia de tipo y la atipicidad. A su vez el tipo está compuesto de elementos, los que al integrarse, originan la tipicidad, o sea la adecuación o conformidad a lo prescrito en el tipo. De tal manera, que la ausencia de cualquier elemento típico acarrearía la atipicidad, dándose así, por ejemplo, éste aspecto negativo por falta del presupuesto del delito, de la calidad en el sujeto activo o pasivo, por ausencia de las modalidades de la conducta, consistentes en referencias temporales, espaciales, a otro hecho punible, de otra índole exigida por el tipo o de los medios empleados, por falta del elemento normativo o subjetivo del injusto. Es natural que siendo el área

de este aspecto negativo de la tipicidad de tan extraordinaria importancia en la realidad, se creyó necesario aludir a él en el catálogo de hipótesis de inexistencia del delito, señalando al juzgador en forma clara y precisa, que no hay delito cuando no hay adecuación o conformidad al tipo descrito por la ley, es decir, de todos aquellos casos que la vida registra constantemente ante los Tribunales Judiciales. ... Legítima defensa. El artículo 13, fracción II, del Código Penal vigente de Veracruz, nos dice que es causa excluyente de incriminación, obrar el agente en defensa de su persona, de su honor, o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, sin derecho y de la cual resultare un peligro inminente, a no ser que el agredido diere lugar a ella, o que se hubiere excedido de los límites en que racionalmente debería haber realizado la repulsa. ... Estado de necesidad. El Código vigente de Veracruz en la fracción IV del artículo 13, determina que es causa excluyente de incriminación, 'la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave o inminente, cuando no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Comprende la incriminación el caso de exceso en los límites de la propia salvación o de la ayuda, cuando se deba a un estado excusable de excitación, terror o abatimiento. No se considerará que obra en estado de necesidad aquél que, por su empleo o cargo, tenga el deber legal de sufrir el peligro' ... Ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber. El artículo 13, fracción V del Código vigente, hace alusión al ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber, como causas excluyentes de incriminación, consignadas en la ley. ... Consentimiento del legitimado. ... Otra cuestión que se planteó en el aspecto negativo del

delito, fue la referente al consentimiento del legitimado. Hay una corriente que sostiene que el consentimiento junto con el principio del interés preponderante origina la falta de la antijuridicidad, dando lugar a las causas de exclusión del injusto o causas de licitud. Diferente punto de vista considera, que la función del consentimiento es otra, dando lugar a la atipicidad. Como algunos penalistas, Jiménez de Asúa piensa, que 'si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delitos, y actúan en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellos, ya que hasta los partidarios de darle tan descollante papel confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse. Por lo demás el consentimiento lo que hace es destruir el tipo'. (La Ley y el delito. P. 287. Buenos Aires, 1978). En cuanto a la legislación mexicana, el Proyecto de Código Penal de 1958, expresa en el artículo 12, fracción III, y bajo el título de que 'no habrá delito', cuando se obre con el consentimiento del titular del derecho, en los casos en los que éste sea disponible, diciéndose en la Exposición de motivos, que la 'fracción III limita correctamente el consentimiento del titular a los casos en que el derecho sea disponible, pues bien puede suceder que exista consentimiento, pero no disposición en cuyo caso la conducta o hecho constitutivo del delito serán punibles'. El Proyecto de Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963, en el artículo 23, fracción II y bajo el título de causas excluyentes de incriminación, establece: actuar con el consentimiento del titular del derecho en los casos en que éste es válidamente disponible, de acuerdo con la ley. En forma precisa el Código vigente de Guanajuato en el artículo 33, fracción I considera al

consentimiento como causa de justificación, al determinar que el hecho se justifica, cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares. La Comisión redactora estima que no hay lugar a duda, de que el consentimiento funciona como aspecto negativo de la tipicidad, pues al consentir el sujeto deja sin efecto el 'contra la voluntad', contenido en el tipo. Sin embargo, dada la redacción de que 'no hay delito', deja al juzgador en posibilidad de adecuar el consentimiento en el aspecto negativo del mismo, que considere procedente".¹³

En el texto del Proyecto, referente al LIBRO PRIMERO, TITULO II, El delito, CAPITULO IV, Inexistencia del delito, en el artículo 19, señala: "No hay delito: ... VII. Cuando medie consentimiento del legitimado para otorgarlo, tratándose de bienes disponibles".¹⁴

6.- Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave de 1980.

Otro antecedente lo encontramos el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz-Llave de 1980, el cual en el texto referente

¹³ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 5, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, pp. 72-77.

¹⁴ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 5, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, p. 116.

al LIBRO PRIMERO, TITULO II, El delito, CAPITULO IV, Causas que excluyen la incriminación, en el artículo 20, señala: "Son causas excluyentes de incriminación: ... VII. El que medie consentimiento del legitimado para otorgarlo, tratándose de bienes disponibles; ...".¹⁵

7.- Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1983.

Otro antecedente lo encontramos en el Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1983, el cual en el LIBRO PRIMERO, TITULO II, EL DELITO, CAPITULO I, HECHO PUNIBLE, en el ARTICULO 12, menciona: "Se excluye de incriminación cuando: ... Se actúe con el consentimiento del titular del derecho cuando sea disponible de acuerdo a la ley".

8.- Reforma del 10 de enero de 1994 al Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en el Orden Federal de 1931

¹⁵ LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 5, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981, pp. 148 y 149.

La aparición del consentimiento del titular del bien jurídico protegido lo encontramos en la Reforma del 10 de enero de 1994 al Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en el orden Federal de 1931. La cual dice:

"Art. 15.- El delito se excluye cuando: ...

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) 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, este hubiese otorgado el mismo".

9.- Reforma del 18 de mayo de 1999 al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

En la reforma al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal del

18 de mayo de 1999, se modifica la denominación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, para quedar como "Código Penal Federal", quedando el artículo 15, fracción III del Código Penal Federal así:

"El delito se excluye cuando: ...

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) 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, esté hubiese otorgado el mismo".¹⁶

10.- Reforma del 17 de septiembre de 1999 al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

En la reforma al Reforma del 17 de septiembre de 1999 al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la

¹⁶ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001, p. 125

República en Materia de Fuero Federal, se modifica la denominación del Código para quedar como "Código Penal para el Distrito Federal", quedando el artículo 15, fracción III así:

"El delito se excluye cuando: ...

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular o quien esté legitimado para consentir tenga capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie ningún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento".¹⁷

¹⁷ Ibidem, p. 4.

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO AFECTADO

Para establecer los elementos y requisitos del consentimiento nos habremos de referir a:

- 1.- El consentimiento (concepto)
- 2.- El titular del bien jurídico afectado
- 3.- Los bienes jurídicos disponibles
- 4.- La capacidad para disponer del bien jurídico
- 5.- El consentimiento expreso
- 6.- El consentimiento tácito
- 7.- Los vicios del consentimiento y
- 8.- El consentimiento presunto.

1.- El Consentimiento. Concepto

La fracción III del artículo 15 del Código Penal establece: "Se actúe con el consentimiento...".

El Código Penal no nos da un concepto de lo que se debe de entender por consentimiento por lo que para conocer su significado habremos de realizar un juicio de valor (por lo tanto consideramos que es un elemento normativo de valoración jurídica), y estar a lo que señala el Código Civil.¹⁸

El Código Civil en su artículo 1803 menciona que "El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente: I. Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y II. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".¹⁹

De la definición del consentimiento que nos da el Código Civil se comprende que para que se tenga como expresado el consentimiento

¹⁸ Ennque Bacigalupo nos señala también que "Los -elementos- normativos ... requieren una valoración" (La técnica de resolución de casos penales, 2ª edición, corregida y aumentada, Editorial Colex, 1995, pp. 47).

¹⁹ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Delma, Edición 2000, p. 701.

debe haber exteriorización de la voluntad por parte de quien consiente, ya sea ésta expresa o tácita.

Asimismo lo entienden los autores quienes como Francisco Pavón Vasconcelos nos dice que: "La palabra consentimiento deriva del verbo 'consentir', que encuentra su origen en el verbo latino consentire y significa prestar asentamiento, estar de acuerdo, permitir que se haga algo, condescender o admitir, constituyendo una forma de la voluntad y por ello en derecho civil, se le reconoce como un elemento del acto jurídico".²⁰

Por su parte Ranieri considera que el "consentimiento del que tiene derecho es la manifestación unilateral de voluntad".²¹

Para Maggiore "el consentimiento del derechohabiente constituye una institución autónoma de carácter penal ... una declaración de voluntad por parte del titular del derecho violado".²²

Por lo anterior consideró que el consentimiento es la autorización, aprobación o conformidad (unilateral) por parte del titular del bien jurídico, ya sea ésta expresa o tácita.

Para que sea eficaz el consentimiento, debe de ser otorgado previo o concomitante a la realización de la conducta del sujeto activo, habida

²⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1999, p. 229.

²¹ Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1975, p. 198.

²² Derecho Penal, Vol. I, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia 2000, p. 435.

cuenta que el consentimiento posterior no produciría eficacia para excluir el delito.

El consentimiento debe de ser actual, es decir, otorgado antes de la comisión del hecho y perdurar durante toda la ejecución del mismo, de forma que pueda ser revocado, en cualquier momento. La revocación debe ser, también manifestada exteriormente para que sea eficaz.

Mariano Jiménez Huerta menciona que "El consentimiento debe existir en el momento de la acción. Tiene, por tanto, que ser otorgado antes de su inicio y subsistir sin haber sido revocado en el momento del hecho. Es revocable libremente y no crea ningún derecho adquirido. Así, por ejemplo, la mujer que consiente en carta dirigida a un hombre en yacer con él al siguiente día, llegado éste, no queda obligada por su promesa del día anterior y puede negarse -revocando su consentimiento- a cumplir su promesa; del mismo modo, la mujer que voluntariamente ha venido consintiendo en yacer periódicamente con un hombre por espacio de algún tiempo, puede revocar en cualquier instante su consentimiento par el futuro y, en consecuencia, su antiguo amante realiza una conducta plenamente antijurídica si por estimar que la anterior situación amorosa le ha otorgado un derecho, la obliga por la fuerza a yacer con él nuevamente".²³

²³ Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, Julio-septiembre 1955, número 19, p. 94.

"El consentimiento es eficaz tanto si se otorga antes o simultáneamente a la realización de la conducta del sujeto activo".²⁴

Existe el caso de que cuando son varios titulares el consentimiento debe de ser otorgado por todos éstos.

Mariano Jiménez Huerta refiere que "El consentimiento tiene que ser otorgado por la persona que en forma exclusiva, es titular del bien jurídico que resulta afectado, bien fuere persona natural o jurídica. Si varios son los titulares del derecho, es necesario el consentimiento de todos".²⁵

"El consentimiento debe de ser conocido por el agente del delito".²⁶

"La oposición o el consentimiento debe quedar claramente manifestado".²⁷

2.- El titular del bien jurídico afectado.

²⁴ Celestino. Robo Simple. Tipo fundamental, simple o básico. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p. 93.

²⁵ Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19, p. 91.

²⁶ Porte Petit Candauap, Celestino. Robo Simple. Tipo fundamental, simple o básico. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p. 93 Menciona además que "dentro de la eficacia del consentimiento debe incluirse la temática de un consentimiento desconocido por el sujeto" (idem).

²⁷ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión de la 2a. Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1999, p. 94.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal menciona que: "Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado".

"El titular del bien jurídico es el sujeto pasivo".²⁸

Es el sujeto pasivo ya que es quien resiente la realización del delito.

"El sujeto pasivo es el destinatario de la protección del bien jurídico".²⁹

El sujeto pasivo es el destinatario de la protección del bien jurídico ya que la prohibición de las conductas están dirigidas al sujeto activo y la protección de los bienes jurídicos está dirigida a quienes podrían resultar afectados con las conductas de los activos, es decir a quienes son los titulares de los bienes jurídicos.

Titular de los bienes jurídicos pueden ser las personas individualmente consideradas (las personas físicas o las morales) o la colectividad (el Estado, la sociedad, la familia).³⁰

Se les identifica a los titulares de los bienes jurídicos con el sujeto pasivo del delito ya que éste en un determinado momento puede ser quien resulte afectado con la realización del delito.

²⁸ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión de la 2ª Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1999, p. 40.

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ JUAN, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Anel, S.A., Barcelona, 1989, p. 173.

³⁰ Ibidem, p. 54, menciona que "se pueden hacer girar los bienes jurídicos en torno al Estado o al individuo" Idem.

Así por ejemplo, sujeto pasivo en el delito de robo es el propietario de la cosa.³¹

Sujeto pasivo en el delito de homicidio es el occiso y sujeto pasivo en el delito de portación de arma prohibida es la sociedad.

3. Bienes jurídicos disponibles.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal refiere "Que el bien jurídico sea disponible".

Es una cuestión de hecho que en el derecho en general y en particular el derecho penal protege mediante sus normas bienes jurídicos.

"Debemos entender por bien jurídico el valor o bien tutelado por la ley penal".³²

"La norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos".³³

El bien jurídico tutelado consiste en la protección de valores fundamentales desde el punto de vista del derecho penal, es decir, valores que son importantes para mantener la paz social.

³¹ Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Simple. Tipo fundamental, simple o básico. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, p. 85. Nos menciona también que "debe considerarse sujeto pasivo, a aquel que es el titular del bien jurídico que protege la ley", Idem.

³² Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Editorial Porrúa, México, 1998, p.351.

³³ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión de la 2a. Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1999, p. 39

Los bienes jurídicos que protege el derecho penal son los bienes fundamentales y esto lo hace para hacer posible la vida en sociedad. Es decir el Estado utiliza al derecho penal como un instrumento de "control social".³⁴

Al especificar el legislador en la ley penal las conductas que considera prohibidas, protege mediante este procedimiento bienes jurídicos (valores) que pueden afectar a una persona individualmente o a todo el grupo social.

Partimos de la idea de que la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos fundamentales ("la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos"³⁵).

El Derecho Penal protege "un bien vital del grupo o del individuo", dictando el Estado al efecto, las normas que considera convenientes".³⁶

"Los bienes jurídicos se deben distinguir en bienes 'individuales' y bienes 'de la colectividad', en bienes disponibles y en bienes no disponibles".³⁷

³⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 27. Señalan además que "El control social jurídico penal es, además, un control normalivo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto".

³⁵ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión de la 2ª Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1999, p. 39.

³⁶ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Pomú, México, 1998, p. 16.

³⁷ Ibidem, p. 350.

Partiendo de la anterior distinción considero que se puede hacer la siguiente clasificación:

A).- Bienes jurídicos individuales:

- a) Bienes jurídicos individuales y disponibles;
- b) Bienes jurídicos individuales e indisponibles.

B) Los bienes jurídicos de la colectividad.³⁸

A).- Los bienes jurídicos individuales se refieren a los que tiene el sujeto por el hecho de ser persona y también a las personas morales. Estos bienes pueden ser disponibles y no disponibles.

a) Los bienes jurídicos individuales y disponibles son aquellos en los que el derecho penal protege la facultad de disponer del bien jurídico (como es el caso del patrimonio, de la libertad sexual, de la libertad de tránsito).

Señala también Juan Bustos Ramirez que "Bienes jurídicos disponibles, esto es, respecto de aquéllos en los que hay una relación

³⁸ Mariano Jiménez Huerta, nos dice que "Delitos sociales llamaba el gran Carrara a todos aquellos que trascienden de la persona e irrumpen en el ámbito de la colectividad, en cuanto forma de ser o de estar de la misma, o de los gropsuculos que de una manera u otra la integran, ora carezcan de personalidad jurídica, como acontece con la familia, la colectividad social y el genero humano, ora tengan una destacada estructura orgánica, como acaece con el Estado-cuerpo político de la nación-, dado que los hechos que forman dichos delitos, lesionan los bienes jurídicos de dichas entidades sociales o políticas y ofenden los ideales valorativos de la comunidad" (Derecho Penal Mexicano, Tomo V, La tutela de la familia, nación, administración pública, derecho internacional y humanidad, Editorial Porrúa, México 2000, p. 9); el mismo autor cita a Rarrien quien es de la opinión de que "no es válido el consentimiento en todos los delitos que ofenden inmediatamente un interés del estado (Delitos contra la personalidad del Estado, contra la Administración Pública, etc.), o un interés colectivo (delitos contra el orden público, contra la familia, etc.)" (Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19, p. 79).

clara de posesión por parte de los sujetos en particular y por tanto, se puede ejercer su capacidad de decisión y de obrar".³⁹

b) Los bienes jurídicos individuales e indisponibles son aquellos en los que aún y cuando son de la persona individualmente considerada no se protege la facultad de disponer del bien jurídico y si se protege en cambio la conservación de ese bien ya que se considera un bien colectivo (como por ejemplo la vida, la salud).⁴⁰

³⁹ Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Anel, S A, Barcelona, 1989, p. 194.

⁴⁰ Mariano Jiménez Huerta, nos dice que "No son la vida y la integridad corporal valores humanos cuya conservación interesa sólo a la persona física en quienes encarnan, sino valores jurídicos que interesan a toda la colectividad. La vida y la integridad corporal -dice Maggiore- son condiciones esenciales de existencia de la personalidad y, por consiguiente, fundamento de todo derecho: son bienes inviolables e indisponibles" (Derecho Penal Mexicano, Tomo II, La tutela penal de la vida e integridad humana, Editorial Porrúa, México 2000, p. 11); el mismo autor cita a Ranieri quien es de la opinión de que "no es válido el consentimiento en todos los delitos que ofenden inmediatamente un interés del individuo que el Estado protege para que pueda desplegar su actividad social (delitos contra la vida, contra la integridad corporal, etc.)" (Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19, p. 79). Menciona además Manano Jiménez Huerta que la vida no es un bien jurídico disponible ya que el consentimiento no tiene ninguna eficacia en cuanto a este bien jurídico se refiere, que "La demostración de que el consentimiento es ineficaz en el homicidio, brota del articulado del Código Penal, ya que en su artículo 312 (El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años) ... Igual demostración se deduce del artículo 308 (Si el homicidio se cometiere en riña, se aplicará a su autor de cuatro a doce años de prisión. Si el homicidio se comete en duelo se aplicará a su autor de dos a ocho años de prisión), donde se tipifica expresamente el homicidio cometido en duelo o en riña, no obstante que aceptar tomar parte en un duelo o riña, implica el consentimiento tácito de los duelistas o rñosos a ser privados de la vida ... Cnteno semejante que el seguido para tutelar la vida humana en el homicidio, trasparece del articulado del Código Penal en orden al aborto efectuado con el consentimiento de la mujer embarazada" (ibidem, p. 80-81). Refiere el citado autor que en los delitos contra la salud personal el consentimiento tampoco tiene ninguna eficacia al ser la salud un bien indisponible, que "El Código no contiene en orden a las lesiones un precepto expreso semejante al que establece el artículo 312 (El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión, si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años) para el homicidio-suicidio; pero del artículo 297 (Si las lesiones fueren inferidas en riña o duelo, las sanciones señaladas en los artículos que anteceden podrán disminuirse hasta la mitad o hasta los cinco sextos, según que se trate del provocador o del provocado, y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto en los artículos 51 y 52) se deduce que el consentimiento no impide el nacimiento de la antijuricidad, ya que en dicho precepto se sancionan -aunque con pena menor de la que correspondería sino mediasen estas circunstancias- las lesiones inferidas en riña o en duelo, no obstante que como ya antes se dijo, aceptar tomar

Juan Bustos Ramírez menciona que en estos bienes jurídicos indisponibles, se trata de bienes jurídicos en los que no hay una relación clara de posesión por parte de los sujetos en particular y por tanto no se puede ejercer alguna capacidad de decisión y de obrar, como aquellos que están en dependencia directa con toda la sociedad o con el Estado. En este Sentido la vida sería un caso típico desde un doble aspecto, pues por una parte la capacidad de disposición y obrar no puede llegar a su propio anulación (la muerte; equivalente sería someterse a la esclavitud) y además porque es base directa de toda la sociedad.⁴¹

B) Los bienes jurídicos de la colectividad.⁴²

Estos bienes son los que no le pertenecen a una sola persona y si en cambio a la generalidad por lo que no se pueden considerar disponibles (al no tener valor el consentimiento que se llegue a otorgar por una sola persona) o mejor dicho siempre son indisponibles). Bienes

parte en un duelo o rña implica el consentimiento tácito de los contendientes a sufrir una probable lesión" (Ibidem, p. 82 y 83).

⁴¹ Manual ..., p. 194

⁴² Manano Jiménez Huerta, nos dice que "Delitos sociales llamaba el gran Carrara a todos aquellos que trascienden de la persona e irrumpen en el ámbito de la colectividad, en cuanto forma de ser o de estar de la misma, o de los grupusculos que de una manera u otra la integran, ora carezcan de personalidad jurídica, como acontece con la familia, la colectividad social y el genero humano, ora tengan una destacada estructura orgánica, como acaece con el Estado-cuerpo político de la nación-, dado que los hechos que forman dichos delitos, lesionan los bienes jurídicos de dichas entidades sociales o políticas y ofenden los ideales valorativos de la comunidad" (Derecho Penal Mexicano, Tomo V, La tutela de la familia, nación, administración pública, derecho internacional y humanidad, Editorial Porrúa, México 2000, p. 9). El mismo autor cita a Ranien, quien es de la opinión de que "no es válido el consentimiento en todos los delitos que ofenden inmediatamente un interés del estado (Delitos contra la personalidad del Estado, contra la Administración Pública, etc.), o un interés colectivo (delitos contra el orden público, contra la familia, etc)" (Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19, p. 79).

jurídicos indisponibles son según Montovani, los bienes pertenecientes al Estado (delitos contra la personalidad del Estado, la administración pública, la administración de justicia, etc.), a la colectividad no personificada (delitos contra el orden público, las buenas costumbres, la fe pública, el patrimonio artístico, el medio ambiente, etc.) y la familia (delitos contra la familia). Es necesario mencionar que estos bienes jurídicos son indisponibles porque el Estado no otorga a los particulares la facultad de hacer uso de los mismos, ya que pertenecen a un grupo de personas o a todo el grupo social y al permitirse la disponibilidad de estos bienes colectivos, haría insoportable la vida en sociedad y el derecho penal ya no sería un medio de control social si las personas individualmente consideradas hicieran uso de estos bienes jurídicos. Así si el Estado dejara impune el auxilio al suicidio o que las personas portaran cualquier tipo de armas o que permitiera a los funcionarios todas las libertades como sería incluso realizar sus funciones de la manera que ellos quisieran y no apegada a la ley, o que las personas se condujeran libremente para talar todos los árboles que pudieran, o que se permitiera el exterminio de grupos de personas, provocaría el caos y el disgusto social.

Al hacer la distinción entre bienes jurídicos individuales y disponibles, individuales e indisponibles, y en bienes colectivos que son siempre indisponibles, podemos observar que el consentimiento no tiene ningún valor frente a los bienes jurídicos individuales y no disponibles (como sucede en el auxilio al suicidio) y tampoco tiene el consentimiento

ningún valor frente a bienes jurídicos colectivos (como por ejemplo en los delitos de bigamia, portación de armas de fuego, en los delitos contra la salud pública y contra la administración de justicia -por pertenecer a la colectividad y no a una sola persona-), por lo que sólo el consentimiento puede desplegar su efectividad, ya sea como causa de atipicidad o de justificación y es en los bienes jurídicos individuales y disponibles, al conceder la ley facultad al titular del bien jurídico para disponer de ciertos bienes.

4.- Capacidad para disponer del bien jurídico.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal señala: "Que el titular o quien esté legitimado para consentir tenga capacidad jurídica para disponer libremente del bien".

Como se dijo existen bienes jurídicos que el derecho penal protege y que se encuentran a disposición del titular (los bienes jurídicos individuales y disponibles), por lo que éste debe de tener capacidad para disponer de dichos bienes.

"La capacidad para disponer no tiene que coincidir con la capacidad civil, pero igual que ésta, exige facultades intelectuales para

comprender el alcance y significado del acto por parte de quien consiente".⁴³

El titular del bien jurídico debe encontrarse en un estado que entienda las implicaciones de la disposición que hace, como de la conducta típica.

5.- El Consentimiento expreso.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal menciona: "Que el consentimiento sea expreso".

Al ser el consentimiento la manifestación de la voluntad por parte de una persona, esta puede ser expresa, entendiéndose la misma como se menciona en el Código Civil, que es "cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos".⁴⁴

Giuseppe Magiore menciona que "El consentimiento no está ligado a ninguna forma ... Y la manifestación puede ser expresa".⁴⁵

⁴³ Muñoz Conde, Francisco, Teoría ... p. 95. Nos dice, Mariano Jiménez Huerta, que "es necesaria la capacidad de juicio" (La Antijudicialidad, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 183). Enrique Casas Barquero, que "inicialmente se requiere la capacidad 'natural' de juicio y de entendimiento que le permita comprender el significado y consecuencias esenciales de su decisión en relación al bien jurídico afectado" (El consentimiento en el Derecho Penal. Editado por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense Córdoba, 1987, p79).

⁴⁴ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Delma, Edición 2000, p. 701.

⁴⁵ Derecho Penal. Volumen I. El Derecho Penal- El delito. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1989, p. 437.

6.- El Consentimiento tácito.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal establece "Que el consentimiento sea ... tácito".

El Código Civil, en su artículo 1803, señala que el consentimiento tácito "resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo".⁴⁶

7.- Los vicios del consentimiento.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal menciona: "y no medie ningún vicio del consentimiento".

El consentimiento debe ser libremente otorgado, es decir que no debe de estar viciado.

⁴⁶ Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Delma, Edición 2000, p. 701.

Las formas por las que puede considerarse viciado el consentimiento son tanto en el derecho penal como en general en todo el derecho, la violencia (el amago o la amenaza de un causar mal grave presente o inmediato, capaz de intimidar al titular del bien jurídico) y el error en el que se encuentra la persona que otorga su consentimiento (ya sea que se realicen maniobras para hacer caer en error a la persona que otorga el consentimiento -engaño- o disimulando el error en que quien va a otorgar su consentimiento se encuentra -aprovechamiento del error-).

Sobre los vicios del consentimiento el Código Civil, en su artículo 1812 menciona también al error, a la violencia y al dolo; estableciendo en el artículo 1813 que se entiende por error el falso supuesto que dio motivo al consentimiento. En el artículo 1815 refiriéndose al dolo, dice que se debe entender por éste cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; haciendo la distinción entre el dolo y la mala fe, definiéndose ésta como la disimulación del error de uno de los contratantes. Sobre la violencia nos dice el Código Civil en su artículo 1819 que es cuando se emplea fuerza física o amenaza que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o un aparte considerable de los bienes del contratante, o de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

El Código Penal nos menciona la violencia en el robo, así nos señala en el artículo 372, que si el robo se ejecutare con violencia, a la

pena que corresponda por el robo simple se agregarán de seis meses a cinco años de prisión. Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de la acumulación; y en el artículo 373, menciona que la violencia a las personas se distingue en física y moral. Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Y hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarlo.

8.- El Consentimiento presunto.

La fracción III del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal refiere que: "Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento".

Cabe hacer mención de que el consentimiento presunto sólo se prevé en el código Penal Federal, ya que en el Código Penal para el Distrito Federal se confunde el consentimiento tácito con el consentimiento presunto.

El Código Penal Federal en su artículo 15, fracción III, menciona que "c) 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, esté hubiese otorgado el mismo".⁴⁷

El consentimiento presunto se presentará en aquéllos casos en los que el titular del derecho no pueda otorgar su consentimiento por alguna causa y por lo mismo se tiene por otorgado, siendo esta una ficción a la que la ley recurre con la intención de que el consentimiento presunto tenga el mismo valor que el consentimiento expreso y tácito el delito.

⁴⁷ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001, p. 125.

CAPÍTULO TERCERO

¿EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD?

Dogmáticamente consideramos que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. A tal conclusión se llega al interpretar en sentido contrario lo que señala el artículo 15 del Código penal.

EL artículo 15 señala:

I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente (conducta);

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate (tipicidad);

IV, legítima defensa; V, estado de necesidad justificante; y VI, cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho (antijuridicidad);

VII, imputabilidad; VII, inciso b), conciencia de la antijuridicidad; y IX, exigibilidad, (culpabilidad).

El Profesor Celestino Porte Petit decía "debemos formular la misma pregunta obligada y de gran trascendencia ¿Cuáles son los elementos del delito que se obtienen dogmáticamente?. A primera vista y sin más indagaciones, se diría que el concepto de delito corresponde a una concepción bitómica o dicotómica de acuerdo con el contenido del artículo 7º del Código Penal: 'Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales' o sea que el delito es una conducta punible".⁴⁸

Ahora bien, y de acuerdo a lo que nos enseñaba el Profesor Celestino Porte Porte Petit en sus libro de Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, relacionando este precepto (artículo 7º) con el propio ordenamiento descubrimos una conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, a veces alguna condición objetiva de punibilidad y la punibilidad.

La conducta se obtiene del artículo 7º del Código Penal y del núcleo correspondiente de cada tipo penal.

La tipicidad, es la adecuación del tipo respectivo, es decir, a todos los elementos del tipo penal, o sea que tan pronto se realiza una conducta que se encuadra a todos los elementos típicos exigidos, hay tipicidad.

⁴⁸ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Editorial Porrúa, México, 1998, p. 203.

Antijuridicidad, en cuanto que habiendo tipicidad no esté el sujeto amparado o protegido, por una causa de licitud, de las que recoge el artículo 15, en sus varias fracciones.

Habrá culpabilidad (reprochabilidad), al existir imputabilidad, consciencia de la antijuridicidad y exigibilidad, es decir, al no concurrir los aspectos negativos citados en las fracciones VII, VIII, inciso b) y IX, del citado artículo 15.

Las condiciones objetivas de punibilidad cuando las requiera la ley.

La punibilidad la desprendemos del artículo 7º del Código Penal y del precepto correspondiente de la Parte Especial, que señale aquélla.

Una vez obtenido el concepto dogmático del delito en su aspecto positivo, de acuerdo a lo que nos enseñaba el Profesor Celestino Porte Petit, una concepción dogmática de su aspecto negativo es la siguiente:

La ausencia de conducta. Si el artículo 7º del código Penal hace referencia al "acto u omisión", como necesarios para que el delito exista, es indudable que interpretándolo "a contrario sensu", no habrá delito cuando falte la conducta por ausencia de voluntad, de conformidad con la fracción I del artículo 15.

La atipicidad. Es necesario para la existencia del delito que haya tipicidad. Consiguientemente estaremos frente al aspecto negativo cuando falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate de acuerdo a la fracción II del Código Penal para el Distrito Federal.

Las causas de licitud. En consideración a las causas de justificación podemos deducir las siguientes del artículo 15, en sus fracciones IV (legítima defensa), V (estado de necesidad justificante), y VI (ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento legítimo de un deber).

La inculpabilidad. Se obtiene de las fracciones VII (inimputabilidad, VIII, inciso b), (error de prohibición invencible), y IX (no exigibilidad de otra conducta).

La ausencia de condiciones objetivas de punibilidad. Este aspecto negativo se obtendrá en sentido contrario de aquellos casos en que la ley exija alguna condición objetiva de punibilidad.

Las excusas absolutorias. Cuando se corrobore alguna de las hipótesis del artículo 55 del Código Penal.

Por otra parte al ser la tipicidad un elemento esencial del delito, ha existido parte de la doctrina que considera al consentimiento del titular del bien jurídico tutelado como causa que excluye la tipicidad y por lo tanto el delito.

Para justificar nuestra posición en torno a esta postura (que consideramos la correcta) creo necesario hacer referencia a lo que se entiende primero por tipo, los elementos que lo conforman y los casos en que existe tipicidad y atipicidad.

Realizamos por separado el estudio de la tipicidad ya que el estudio de los elementos del delito se debe de realizar de una forma analítica, es decir, aún y cuando el concepto de delito es una unidad, la descomposición en elementos, es sólo un medio para aprehender más claramente las partes de este concepto.

I.- El tipo.

Los autores mencionan que por tipo se entiende:

a) "La descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal".⁴⁹

b) "La abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito".⁵⁰

⁴⁹ Muñoz Conde, Francisco, Teoría ... p. 32.

⁵⁰ Jiménez de Asúa, Principios de Derecho Penal, La ley y el delito, Reimpresión, Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 235.

c) "Una conducta o hecho descritos por la norma".⁵¹

d) "La descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal".⁵²

e) "La descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal)".⁵³

f) "Una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana".⁵⁴

g) "La descripción de la conducta prohibida por una norma".⁵⁵

Es sabido que el legislador al crear los tipos penales y al prohibir determinadas conductas describe en los mismos la materia de la prohibición.

El legislador al describir la conducta prohibida hace referencia siempre en el tipo al sujeto o sujetos que realizan la conducta prohibida como es en los casos en los que se dice "el que" (artículo 140 del Código

⁵¹ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos ..., p. 335.

⁵² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal ..., p. 268.

⁵³ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal. Parte General, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975, p. 268.

⁵⁴ Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán. Parte General, 11a Edición, 4a edición Castellana, Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Impreso en Chile, 1993, p. 59.

⁵⁵ Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General, Segunda reimpresión, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1994, p. 80

Penal Federal), "a quienes" (Artículo 141 del Código Penal Federal), "a los que" (artículo 132 del Código Penal Federal).

Puede también hacer referencia a la conducta, dando una descripción de la misma, como por ejemplo se señala en el artículo 367, del Código Penal Federal, que dice "Comete el delito de robo: el que se apodera", en el artículo 148, fracción I, del Código Penal Federal, que dice "Se aplicara prisión ... por I. La violación de cualquier inmunidad diplomática"; en el artículo 265, del Código Penal Federal, que dice "al que ... realice copula"; en el artículo 259-Bis, del Código Penal Federal, que dice "al que asedie"; en el artículo 302 del Código Penal Federal, que dice "el que priva de la vida a otro".

Refiere otras veces un resultado material tangible como señala en el artículo 290, del Código Penal Federal, que dice "Se impondrá ... prisión y multa ... al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara"; en el artículo 399, Del Código Penal Federal, que dice "Cuando ... se causen daños".

A veces también hace ciertas referencias a las modalidades de la conducta (espaciales, temporales o de ocasión), como es el caso del delito de adulterio en el que en el artículo 273 del Código Penal Federal, señala "Se aplicara prisión ... y privación de derechos civiles ... a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal"; en el artículo 123, Fracción VI, que dice que "en tiempos de paz o de guerra"; y en el artículo 38, del Código Penal Federal dice "Además de la pena ... se

aplicaran ... hasta cinco años de prisión, en los casos siguientes: ... VIII. Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público".

También pude mencionar los medios para realizar las conductas prohibidas, como por ejemplo en el delito de robo específico, en el que el artículo 371, párrafo tercero del Código Penal Federal dice "Cuando el robo sea cometido ... a través de la violencia"; en el delito de fraude en el artículo 386 del Código Penal Federal establece "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que este se halla se hace de una cosa o alcanza un lucro indebido"; en el delito de despojo en la fracción I, del artículo 395, del Código Penal Federal menciona "Se aplicara la pena ... de prisión y multa ... I. Al que de propia autoridad y haciendo violencia o furtivamente, o empleando amenaza o engaño".

Hace referencia a una calidad del sujeto pasivo, como en el delito de robo que menciona que "Artículo 367.- ... el que se apodera de una cosa mueble ... sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley".

Establece en ocasiones el objeto sobre el cual recae la conducta, como en el artículo 367, del Código Penal Federal que dice "el que se apodera de una cosa ajena mueble".

Otras veces hace referencias a términos que requieren una valoración jurídica, como es el caso del artículo 367 del Código Penal Federal que dice "cosa ajena" y "sin consentimiento"; en el artículo 395, fracción II del Código penal federal, dice "inmueble de su propiedad"; términos en los cuales, para comprenderlos se tiene que realizar verdaderas valoraciones normativas.

También puede hacer expresa referencia a términos que requieren una valoración acorde a la consciencia de la comunidad, como es el caso del artículo 201 del Código Penal Federal que dice "exhibicionismo corporal".

Hace referencia a que la conducta se realice con dolo, como por ejemplo en el artículo 123, fracción IV, del Código Penal Federal, en que se menciona "Destruya o quite dolosamente las señales", en el artículo 336 Bis, del Código Penal Federal y del Distrito Federal dice "Al que dolosamente se coloque en estado de insolvencia", en el artículo 350 del Código Penal Federal y del Distrito Federal dice "La difamación consiste: en comunicar dolosamente a una o más personas".

Incluso puede hacer hincapié a estados anímicos de las personas, como en el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal, que dice "A quien con el propósito de inculpar o exculpar a alguien".

II.- Elementos del tipo.

De la descripción de las conductas prohibidas que hace el legislador en la ley (tipo penal) y que se encuentran en la parte especial del Código Penal, la doctrina menciona que de esas descripciones dadas se pueden obtener los elementos que conforman a los tipos penales.⁵⁶

De los elementos de que se componen a los tipos penales, algunos de éstos son predominantemente objetivos descriptivos, otros objetivos normativos y también subjetivos, y algunas veces no concurren todos en los diferentes tipos.

Nosotros consideramos que la teoría finalista del delito proporciona una sistemática para el estudio de los elementos que componen el tipo penal, ya que realiza una clasificación de dichos elementos en objetivos y subjetivos, así también que dicha teoría resulta prácticamente más útil, pues permite resolver inmediatamente, ya en el primer nivel de análisis, problemas (dolo, error de tipo, culpa) que el sistema causalista plantea sólo en el tercer nivel de análisis (la culpabilidad).⁵⁷

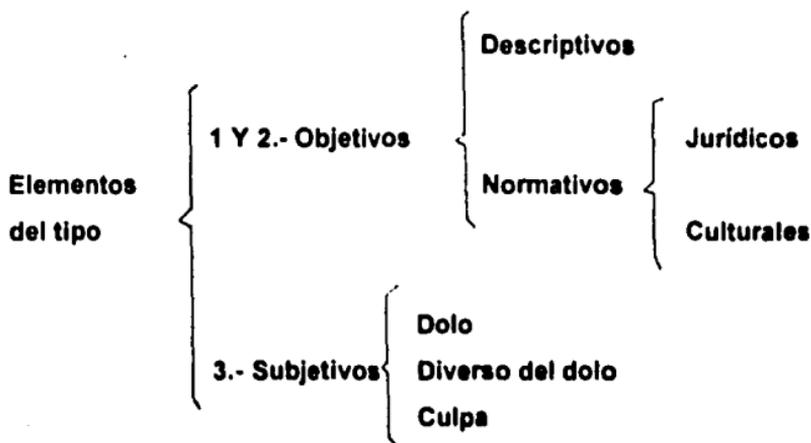
⁵⁶ Ennque Bacigalupo, señala que "no hay una aplicación <<directa>> de la ley al caso, sino a través de una elaboración de los conceptos que se extraen de esos textos. Esta elaboración da lugar a las teorías jurídicas sin las que resulta imposible trasladar la decisión abstracta contenida en la ley a la decisión particular del caso concreto. Dicho en otras palabras: para una aplicación técnica de la ley es preciso transformar el <<tipo de texto>> en <<tipo de interpretación>> y además de una elaboración de cada uno de los elementos de éste que permita mediante el análisis, la aplicación del caso a la ley. A partir de estos conceptos es posible realizar el siguiente esquema: ley penal - teorías - caso" (La técnica de resolución de casos penales, 2ª edición, corregida y aumentada, Editorial Colex, 1995, pp. 42 y 43).

⁵⁷ Consideramos como Ennque Bacigalupo, que "la elección práctica del sistema, es libre y sólo está condicionada por una exigencia de fidelidad al sistema elegido en la operación concreta de resolución del caso, además que los saltos de un sistema a otro no son recomendables y la experiencia enseña que pueden ser fatales" (La técnica ..., p. 31).

"De esta manera, el sistema de lo ilícito personal logra un mayor ahorro de trabajo, pues no obliga a pasar por el segundo nivel (la antijuridicidad) cuando ya es posible en el primero descartar la existencia de un hecho punible".⁵⁶

Consideramos que los elementos que componen el tipo penal son:

Cuadro sinóptico de los elementos del tipo:



⁵⁶ Enrique Bacigalupo (La técnica ..., pp 331 y 332). Además el mismo autor, señala que "En la actualidad las teorías tienden al modelo finalista ... la diferencia radica en el lugar donde se da relevancia al dolo, a la conciencia de la antijuridicidad o a la infracción del deber objetivo de diligencia. El conocido argumento contra la teoría finalista de la acción y su teoría del delito, que se refiere precisamente a estas modificaciones, suele expresarse en la afirmación de que esta teoría <<deja vacía la culpabilidad>> y se puede responder con la afirmación contraria de la teoría <<causal>> deja por su parte, vacía la tipicidad. Así como nada impide que una teoría del delito opere con una tipicidad vacía (sin dolo), tampoco hay obstáculo en que lo haga con una culpabilidad sin dolo, si el dolo sigue siendo de todos modos elemento del delito" (Ibidem, pág. 33 y 34).

1.- Los elementos objetivos descriptivos.⁵⁹

"Los elementos objetivos descriptivos ha señalado la doctrina que son aquéllos que expresan una realidad naturalística aprensible por los sentidos".⁶⁰

"Genéricamente, se designa como descriptivo, todo elemento que proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias".⁶¹

Son elementos objetivos descriptivos: A) la conducta; B) el resultado; C) el nexa causal; D) el objeto material; E) el bien jurídico; F) el sujeto activo; G) el sujeto pasivo y H) las modalidades de la conducta (las referencias temporales, espaciales, de ocasión y los medios).

A.- La conducta

La conducta es el comportamiento humano voluntario. La conducta puede ser de acción o de omisión.⁶²

⁵⁹ Ennque Bacigalupo, señala que "los elementos descriptivos son verificables por una percepción sensible (por ejemplo <<cosa mueble>>" (Ibidem , p. 46).

⁶⁰ De la Cuesta Aguado, Paz M., Tipicidad e imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p. 78.

⁶¹ De la Cuesta Aguado, Paz M., Tipicidad e imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p. 78.

⁶² El profesor Celestino Porte Petit, nos dice que "Forma parte del tipo el elemento material, que está constituido por la conducta, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material" (Apuntamientos p. 342).

En algunos delitos la conducta es de acción como por ejemplo en el delito de robo es el apoderamiento, en el fraude obtener un lucro, en el homicidio el privar de la vida.

En otros delitos la conducta es de omisión como por ejemplo en los delitos de omisión de auxilio (artículo 340 del Código Penal Federal).

Y en algunos delitos la conducta es de omisión que produce un resultado relacionado los delitos de resultado con las obligaciones que se derivan de la ley de los contratos o del actuar precedente, como por ejemplo en el delito de homicidio.

La conducta humana es el punto de partida de toda reacción jurídico penal.

B.- El resultado.

En algunos delitos de resultado se exige como elemento del tipo penal un resultado de carácter material.

Se da un resultado cuando hay una mutación en el mundo exterior, esa es la clase de resultado que se requiere en los delitos de resultado material.

Los resultados que pueden darse son los siguientes: físico (se rompe una puerta), fisiológico (lesiones en el cuerpo), económico (en el

robo, en el fraude, abuso de confianza) y psíquico (en las lesiones en que se causa trastorno mental a una persona).

C.- El nexo causal. En los delitos de resultado material realizados mediante una acción también es un requisito del tipo que exista una relación de causalidad entre una conducta y el resultado material producido.

Para verificar la existencia de este nexo causal se utiliza la teoría de la equivalencia de las condiciones (teoría totalizadora) que dice que el conjunto de todas las condiciones son equivalentes para producir el resultado.

Todas las condiciones tienen el mismo valor es decir si falta una condición no es posible que el resultado se presente.

Esta teoría se vale de una fórmula que se llama fórmula de la conditio sine qua non (de la condición sin la cual el resultado no se produciría), así si suprimimos la conducta y el resultado desaparece entonces hay relación causal y si se suprime la conducta y el resultado se sigue dando entonces el resultado es independiente de la conducta.

En la comisión por omisión se procede de diferente manera ya que hay una atribución de un resultado a un sujeto, es una atribución normativa.

D.- El objeto material

"El objeto material es la cosa o sujeto sobre la que se realiza el delito".⁶³

El objeto material es el ente corpóreo donde recae la conducta del sujeto activo. Como es un ente corpóreo se identifica con el cuerpo del sujeto pasivo o bien con una cosa; por ejemplo en el delito de robo el objeto material es la cosa; en el delito de violación el objeto material es el cuerpo de la persona; en el fraude la conducta recae sobre una cosa.

E.- El bien jurídico.⁶⁴

Partimos de la idea de que la misión del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos fundamentales ("la norma penal tiene una función protectora de bienes jurídicos"⁶⁵).

El Derecho Penal protege "un bien vital del grupo o del individuo", dictando el Estado al efecto, las normas que considera convenientes".⁶⁶

⁶³ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos ..., p. 351.

⁶⁴ Manano Jiménez Huerta (La tipicidad, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1955, p. 93) nos dice que "El bien jurídico que cada tipo tutela, es parte componente de la estructura del concreto tipo penal y está latente en su integración"

⁶⁵ Muñoz Conde, Francisco, Teoría ..., p. 39.

⁶⁶ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos ..., p. 16.

"Debemos entender por bien jurídico el valor o bien tutelado por la ley penal".⁶⁷

El bien jurídico tutelado consiste en la protección de valores fundamentales desde el punto de vista del derecho penal, es decir, valores que son importantes para mantener la paz social.

El legislador se vale del bien jurídico para reglamentar en un determinado orden los delitos, define los tipos penales en la parte especial; los agrupa a través de los bienes jurídicos, como por ejemplo en los delitos contra el patrimonio de las personas ente los que se encuentran el robo, el fraude, el abuso de confianza, etc. (todos estos delitos responden a un solo bien jurídico). Cuando el Código Penal nos habla de los delitos contra la vida y la salud personal, esta agrupando los delitos que protegen ese bien jurídico: la vida en el homicidio y la salud en las lesiones. En los delitos en contra de la libertad y el normal desarrollo psicosexual se protege de la libertad sexual en el delito de violación y el normal desarrollo psicosexual en el estupro. El bien jurídico tiene una importancia metodológica, como un medio para agrupar los delitos.

Es meta de la parte especial, determinar el bien jurídico que protege cada tipo en particular, sin desconocer que algunos tipos

⁶⁷ *Ibidem*, p.351.

protegen no uno sino varios bienes, los cuales pueden tener igual valor o desigual, o sea, que alguno de ellos, tiene un valor superior, ocupando por consiguiente, el primer lugar o preferente, y sirviendo de base para la respectiva clasificación de delitos, así como para la interpretación de la ley penal.

"Los bienes jurídicos se deben distinguir en bienes 'individuales' y bienes 'de la colectividad', en bienes disponibles y en bienes no disponibles".⁶⁸

Los bienes jurídicos individuales se refieren a los que tiene el sujeto por el hecho de ser persona y también a las personas morales.

Estos bienes pueden ser disponibles y no disponibles.

Los bienes jurídicos disponibles son aquellos en los que el derecho penal protege la facultad de disponer del bien jurídico (como es el caso del patrimonio, de la libertad sexual).

Los bienes jurídicos indisponibles son aquellos en los que aún y cuando son de la persona individualmente considerada no se protege la facultad de disponer del bien jurídico en el tipo penal y si se protege en cambio un bien colectivo (como por ejemplo la vida -artículo 302-).

Los bienes jurídicos de la colectividad:

⁶⁸ Ibidem, p. 350.

Estos bienes son los que no le pertenecen a una sola persona y si en cambio a la generalidad por lo que no se pueden considerar disponibles (al no tener valor el consentimiento que se llegue a otorgar por un asola persona) o mejor dicho siempre son indisponibles. Bienes jurídicos indisponibles son según Montovani, los bienes pertenecientes al Estado (delitos contra la personalidad del Estado, la administración pública, la administración de justicia, etc.), a la colectividad no personificada (delitos contra el orden público, las buenas costumbres, la fe pública, el patrimonio artístico, el medio ambiente, etc.) y la familia (delitos contra la familia).

F.- El sujeto activo.

"El sujeto activo requerido por el tipo es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquél, debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito".⁶⁹

El sujeto activo se ha clasificado en orden a la calidad, en orden al número y en orden al grado de intervención.

a) Clasificación del sujeto activo en orden a la calidad.

⁶⁹ Ibidem, p. 346.

En orden a la calidad los sujetos activos exigidos por el tipo pueden ser comunes o indiferentes o propios especiales o exclusivos.

"Sujeto activo común o indiferente es cuando el sujeto activo del delito puede ser cualquiera".⁷⁰

Por ejemplo en el delito de homicidio cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito, es decir, cualquier persona puede cometer este delito y no es necesaria calidad alguna, como sucede por ejemplo en el delito de homicidio en relación o parentesco, en el que se necesita ser ascendiente, etcétera.

Sujeto activo propio, especial o exclusivo. En ocasiones el tipo penal exige determinado sujeto activo, es decir, una calidad en dicho sujeto.⁷¹

No puede ser cualquier persona la que cometa este tipo de delitos, sino sólo la que tiene la calidad exigida por el tipo, como por ejemplo sucede en el delito de homicidio en relación del parentesco, en el que el sujeto activo del delito debe de ser un ascendiente o descendiente, adoptante o adoptado, etcétera.

b) Clasificación del sujeto activo en orden al número.

⁷⁰ Idem, p. 346.

⁷¹ Idem, p. 346.

En orden al número, el tipo penal puede requerir que sea una sola persona la que realice el delito o requiere necesariamente la intervención de dos o más personas.

"Así la doctrina, ha dividido la clasificación del sujeto activo en orden al número en individuales, monosubjetivos o de sujeto único y delitos plurisubjetivos, colectivos, de concurso necesario o pluripersonal".⁷²

"Los delitos en los que se requiere la presencia de una sola persona se denominan monosubjetivos".⁷³

Por ejemplo, en el delito de robo el delito lo puede llevar a cabo una sola persona.

"Los delitos en los que se requiere la intervención de dos o más personas se les llama plurisubjetivos".⁷⁴

Como ejemplo de este tipo de delitos con pluralidad de sujetos tenemos al delito de asociación delictuosa que requiere la intervención de tres o más personas con el propósito de delinquir.

c) Clasificación del sujeto activo en cuanto a la forma de intervención.

⁷² Ibidem, p. 348.

⁷³ Idem, p. 348.

⁷⁴ Idem, p. 348.

Como se mencionó el sujeto activo debe entenderse como el que interviene en la realización del delito pudiendo ser de acuerdo a lo que establece el artículo 13 del Código Penal Federal: como autor o como partícipe:⁷⁵

Como autor, puede ser: autor material, coautor o autor mediato.

Como partícipe: puede ser como instigador o como cómplice.

También se puede intervenir acordando o preparando la realización del delito, auxiliando después de que se ejecute el delito, indeterminadamente y siendo responsable en la comisión de un delito emergente.

El artículo 13 del Código Penal del Distrito Federal señala que son:

"Personas responsables de los delitos ...

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que los realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

⁷⁵ Así también se encuentra establecido en el Código Penal para el Distrito Federal (Agenda Penal Federal y del Distrito Federal, Código Penal para el Distrito Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001).

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo".

Además el artículo 14 del Código Penal del Distrito Federal menciona que:

"Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes: I.- Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal; II.- Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados; III.- Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y IV.- Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo".

G.- El sujeto pasivo.

"El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido por la ley".⁷⁶

⁷⁶ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos ..., p. 349.

Es sujeto pasivo dicho titular, ya que en un determinado caso sería el afectado por el delito.

Pueden ser sujetos pasivos de los delitos el individuo -incluidas las personas morales- y la colectividad.

Al hacer mención que los bienes jurídicos se distinguen en individuales y disponibles, individuales e indisponibles y colectivos (que son siempre indisponibles).

Podemos considerar que en los bienes jurídicos individuales y disponibles el sujeto pasivo es quien pudiera resultar afectado con el delito (ya que se protege la facultad de disposición de un bien jurídico).

En los bienes jurídicos individuales e indisponibles sujeto pasivo es el portador del bien jurídico (como por ejemplo en el homicidio).

En los bienes jurídicos colectivos (los cuales son indisponibles por que el consentimiento de una sola persona no tiene ninguna eficacia) el sujeto pasivo es la colectividad (la familia, la sociedad, el Estado).

Al hacer la diferenciación de quien puede ser sujeto pasivo tratándose de bienes jurídicos individuales y disponibles; sujeto pasivo tratándose de bienes jurídicos individuales e indisponibles y sujeto pasivo tratándose de bienes de la colectividad, se puede concluir que ni en

tratándose de bienes jurídicos individuales e indisponibles ni en bienes jurídicos colectivos tiene eficacia el consentimiento al no concedérsele ningún valor y por lo tanto sólo el consentimiento es aplicable en los bienes jurídicos individuales y disponibles, ya que el sujeto pasivo del delito sería la persona que tiene facultad para disponer de ese bien (al ser disponible).

Otra clasificación del sujeto pasivo, es la que se hace en la doctrina mencionando que existe un sujeto pasivo del delito y un sujeto pasivo de la conducta.

El sujeto pasivo de la conducta es en quien recae la conducta sin ser el titular del bien jurídico. Por ejemplo: si alguien pide prestado un libro a la biblioteca, estos libros pertenecen a la universidad, y si ese libro se lo roban a la persona que lo pidió prestado el sujeto pasivo de la conducta del robo es quien pidió el libro y sujeto pasivo del delito es la universidad.

Otro ejemplo se puede dar en el delito de fraude en el que recae la conducta en alguna persona que represente los intereses de una persona moral. así si alguien presenta una orden falsa a un vigilante para sacar mercancía propiedad de alguna persona moral y el vigilante es engañado, este sujeto va a ser el sujeto pasivo de la conducta y el sujeto pasivo del delito va a ser la persona moral afectada en su patrimonio.

Sujeto monopasivo, cuando basta con la existencia de un solo sujeto pasivo, para que exista el delito, y casi esto es en el mayor de los casos; por ejemplo en el homicidio.

Sujeto pluripasivo, cuando el tipo penal requiere necesariamente la existencia de dos o más sujetos pasivos, por ejemplo en el aborto sufrido, donde el sujeto pasivo es la mujer y además el producto de la concepción.

H.- Las modalidades de la conducta.

En ocasiones el tipo requiere no solo la conducta elemento material en los delitos, sino que contiene referencias de tiempo, lugar o medios.⁷⁷

Cuando el tipo penal contiene referencias de tiempo, lugar o medios, es necesario para que se integre el mismo, que dichas referencias se cumplan; por lo que "debemos hacer mención de cada una de ellas".⁷⁸

a) "Referencias temporales. En ocasiones el tipo reclama alguna referencia en orden al tiempo y de no concurrir no se dará la tipicidad".⁷⁹

⁷⁷ Así lo señala el profesor Celestino Porte Petit, al decir que "forma parte del tipo las modalidades de la conducta" (Apuntamientos ..., p. 342).

⁷⁸ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos ..., p. 342.

⁷⁹ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 342.

Las referencias temporales se refieren a requisitos cronológicos para que se desarrolle la conducta o que tiene que ver con los sujetos, generalmente con los sujetos pasivos.

El Código Penal Federal hace alusión a referencias temporales en los artículos 123, fracción IV que dice "Destruya o quite dolosamente las señales que marcan los límites del territorio nacional, o haga que se confunda, siempre que ello origine conflicto en la República, o ésta se halle en estado de guerra".⁸⁰

La fracción VI, del artículo 123, señala "tenga en tiempos de paz o de guerra, relación o inteligencia con persona, grupo de gobierno extranjeros o le dé instrucciones, información o consejos, con objeto de guiar a una posible invasión del territorio nacional o de alterar la paz interior".⁸¹

El artículo 289 menciona que "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días".⁸²

Igual disposición a la anterior establece el Código Penal para el Distrito Federal.⁸³

⁸⁰ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal, Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

El artículo 364 establece que "Al particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena ..." ⁸⁴

El artículos 262 refiere que "Al que tenga cópula con persona mayor de 12 años y menor de 18 ..." ⁸⁵.

b) "Referencias espaciales. Del mismo modo, el tipo puede demanda una referencia espacial, o sea de lugar". ⁸⁶

"Por tanto es necesario para que exista la tipicidad, que concurren esas notas locales exigidas por el tipo". ⁸⁷

El Código Penal Federal Contiene referencias espaciales en el artículo 273 que menciona "Se aplicara prisión de ... a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo", el artículo 234 señala que "...Comete el delito de falsificación de moneda el que produzca, almacene, distribuya o introduzca al territorio nacional cualquier documento o pieza que contenga imágenes u otros elementos utilizados en las monedas circulantes, y que por ello resulten idóneos

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos ..., p. 344.

⁸⁷ Idem.

para engañar al público por ser confundibles con monedas emitidas legalmente. ...".⁸⁸

El artículo 285 establece que "... al que sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada".⁸⁹

Igual disposición a la anterior establece el Código Penal para el Distrito Federal.⁹⁰

El artículo 381 Bis menciona que "... al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén habitados o destinados para habitación ...".⁹¹

c) Referencias de ocasión:

Artículo 381 del Código Penal para el Distrito Federal señala que "Además de la pena que le corresponda conforme a los artículos 370 y 371, se aplicaran al delincuente hasta cinco años de prisión, en los casos

⁸⁸ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal. Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

siguientes: ... VIII. Cuando se cometa aprovechando las condiciones de confusión que se produzcan por catástrofe o desorden público".

d) Exigencia en cuanto a los medios. Los tipos en numerosos casos exigen determinados medios, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" o "limitados", y ello quiere decir que para que pueda darse la tipicidad tienen que concurrir los medios que exija el tipo correspondiente.

El Código Penal Federal hace alusión a los medios en el artículo 262 que menciona que "Al que tenga cópula con persona mayor de doce años y menor de dieciocho, obteniendo su consentimiento por medio de engaño, ...".⁹²

Igual disposición a la anterior establece el Código Penal para el Distrito Federal.⁹³

El artículo 371 refiere que "Cuando el robo sea cometido por dos o más sujetos, sin importar el monto de lo robado, a través de la violencia, la asechanza o cualquier otra circunstancia que disminuya las posibilidades de defensa de la víctima o la ponga en condiciones de desventaja, ...".⁹⁴

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

Igual disposición a la anterior se establece el Código Penal para el Distrito Federal.⁹⁵

2.- Los elementos objetivos normativos⁹⁶

"Los elementos normativos son aquellos que conllevan una valoración que ha de realizarse en el caso concreto; es por eso que genéricamente, se designan como normativos, aquellos elementos que requieren una valoración".⁹⁷

Los elementos objetivos normativos se han clasificado también en elementos normativos de valoración jurídica y elementos normativos de valoración cultural.

A) Elementos normativos de valoración jurídica.

La valoración que se hace a estos elementos puede ser jurídica, derivada de una norma jurídica (cosa ajena mueble, sin consentimiento, con consentimiento, etc.).

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Enrique Bacigalupo, señala que "Los elementos normativos requieren una valoración" (La técnica ..., p. 47).

⁹⁷ De la Cuesta Aguado, Paz M., Tipicidad e imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p. 78.

Como elementos normativos de valoración jurídica podemos considerar a ciertos términos que utiliza el legislados al describir los tipos penales y también como se ha dicho los que requieren una valoración del interprete.

A los elementos normativos de valoración jurídica, sólo se les puede entender su significado cuando el interprete realiza una valoración de tipo jurídico, una valoración conforme al contexto jurídico.

Cuando el legislador redacta los tipos penales hace mención a determinadas palabras que no entendemos su significado si es que no llevamos a una valoración de carácter jurídicos. Ejemplos de ello son los términos cónyuge, ajeno, adoptante, adoptado, concubina y concubino (en el que se tiene que acudir a la legislación civil para saber su significado), estos términos no podemos entenderlas si es que no llevamos a cabo una valoración de carácter jurídico.

Otros ejemplos los encontramos en el Código Penal Federal en el que se hace referencia en los artículos 243 que señala que "El delito de falsificación se castigará, tratándose de documentos públicos con ... En caso de documentos privados, con ...".⁹⁸

Igual disposición a la anterior contiene el Código Penal para el Distrito Federal.⁹⁹

⁹⁸ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal, Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001.

⁹⁹ Ibidem.

El artículo 367 establece que "... sin consentimiento de la persona que puede disponer ... con arreglo a la ley".¹⁰⁰

Igual disposición a la anterior contiene el Código Penal para el Distrito Federal.^{101 102}

AA) La imputación objetiva

Los elementos normativos tradicionalmente ha sido los términos que utiliza el legislador y que requieren una valoración jurídica o cultural.

"Se ha introducido a la imputación objetiva del resultado dentro de los elementos normativos".¹⁰³

"Tal introducción de la imputación objetiva dentro de los elementos normativos es porque la misma es un elemento que no esta expresado

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Luis Jiménez de Asúa, nos dice también que "al redactar los tipos penales por impaciencia del legislador introduce elementos que requieren un juicio valorativo de la antijuridicidad, incluyendo en la descripción típica elementos normativos o excesivas alusiones a elementos normativos de lo injusto. Los elementos propiamente normativos y que sólo por impaciencia del legislador se formulan en los tipos, suelen ser frecuentes en muchos códigos, se expresan con los calificativos de 'ilegitimo' o 'ilegitimamente', 'indebidamente', sin autorización del gobierno, sin estar autorizado por la ley, ilícitamente, sin autoridad o derecho para ello, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, sin justo motivo, sin motivo justificado, sin razón legal, sin consentimiento o licencia de su dueño, matar un animal ajeno sin necesidad, etc." (Principios de Derecho Penal, La ley y el delito, Reimpresión, Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 257).

¹⁰³ El Doctor Juan Carlos Rayo Mares, en su cátedra en la Universidad Nacional Autónoma de México y en otras Universidades a nivel licenciatura y posgrado así lo considera y enseña.

en el tipo penal, pero debe tomarse en consideración para que se pueda atribuir, en los delitos de resultado material, ese resultado que se ha causado. Vamos a atribuirle ese resultado desde el punto de vista valorativo. El lugar más indicado para colocarlo es como un elemento normativo del tipo penal".¹⁰⁴

En los delitos de resultado material debe existir un nexo causal (una relación de causalidad) entre la conducta y el resultado. Es decir la conducta debe ser la causante del resultado.

"Hoy en día se habla de la teoría de la imputación objetiva del resultado".¹⁰⁵

La teoría de la imputación objetiva establece varios criterios de imputación: es una teoría valorativa.

a) La creación de un riesgo objetivamente previsible del resultado.

Crear un riesgo. Existen riesgos permitidos (todo el avance o que se pueda utilizar como cultura implican riesgos -son riesgos permitidos-).

¹⁰⁴ Con las mismas palabras del Doctor Juan Carlos Rayo Mares expresamos su punto de vista y al cual nos adherimos así como a la forma de sistematizar los elementos del delito en su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y en otras universidades a nivel licenciatura y posgrado lo considera y así lo enseña

¹⁰⁵ Enrique Bacigalupo es de la opinión de que los problemas de la imputación objetiva "sólo se presentan en los delitos de resultado o de peligro" (La técnica ..., p. 67).

Se pone como ejemplo de este tipo de riesgos creados el sobrino que quiere heredar al tío y lo manda de viaje en avión y éste cae y muere el tío.

En este ejemplo hay relación de causalidad pero no podemos imputarle objetivamente el resultado al sobrino; valorativamente no podemos hacerlo. Ya que la creación del riesgo debe ser objetivamente previsible del resultado.

b) No se puede imputar un resultado cuando se disminuye el peligro más grave.

Que una persona cause un resultado pero no tan grave como el que se iba a producir (una disminución en el peligro).

Se pone de ejemplo en este criterio al sujeto que empuja a otro porque le iba a caer un ladrillo en la cabeza y le golpea el hombro.

c) El incremento del riesgo.-

Los automóviles constituyen un riesgo permitido.

Si alguien incrementa el riesgo, es decir si alguien conduce a exceso de velocidad, incrementa el riesgo, y le es atribuible el resultado que produzca por haber incrementado ese riesgo permitido.

Incremento del riesgo: esto está muy ligado en los delitos culposos al deber de cuidado en los delitos culposos.

Se dice que todos los que vivimos en sociedad debemos de comportarnos de manera diligente.

Desde el momento que vivimos en un núcleo social debemos de cuidar de no causar lesión a los bienes jurídicos.

Manejar, hay peligro latente pero estos riesgos están permitidos. Solo si se incrementa el riesgo, por ejemplo: la producción industrial esta permitida pero dentro de cierto parámetros.

La ley establece los riesgos permitidos.

d) Que el bien jurídico que resulte lesionado debe de estar dentro de la esfera de protección de la norma o alcance del tipo.

Cuando el bien jurídico se encuentra dentro del campo de protección de la norma o alcance del tipo penal.

El resultado que se produce debe estar abarcado por la norma.

El ejemplo que se pone aquí es el de que cuando una persona mata a otro y causa un resultado y le llevan la noticia a la madre del occiso y ésta muere como consecuencia de esa noticia. Aquí hay un nexo

causal pero no se puede considerar que con la conducta que llevó a cabo el sujeto era productora del resultado.

Otro ejemplo que se pone es el del que entrega la droga a otro (lesiona la salud pública); y la persona que recibe la droga muere por una sobredosis (no esa responsable del delito de homicidio); una persona que sabe que otra esta infectada de sida y acepta tener relaciones con ella (es un riesgo aceptado por el propio sujeto que se infecta).

Como es un riesgo aceptado por la otra persona no es imputable al que estaba infectado porque él solo es responsable por el contagio y no por la muerte.

La imputación objetiva del resultado: que esa conducta haya creado un riesgo para el bien jurídico del patrimonio, o bien el incremento del riesgo para lesionar el bien jurídico, o que el bien jurídico se encuentre dentro del ámbito de protección de la norma.

La imputación objetiva: es atribuirle valorativamente ese resultado que causalmente produjo el sujeto (previa la constatación del nexo causal), es atribuir el resultado valorativamente a su autor.

B).- Elementos normativos de valoración cultural.

La valoración que se hace a estos elementos puede ser social (acto sexual, "exhibiciones obscenas",¹⁰⁶).

Los elementos normativos de valoración cultural sólo podemos entender su significado llevando a cabo una valoración de acuerdo al contexto social (Ejemplo: la honestidad).

Por honesta se entienden aquellas personas que tienen un debido comportamiento sexual.

Ej. Los homosexuales son personas deshonestas.

Es una valoración de lo que considera el contexto social.

Ejemplo: buenas costumbres.

En el Código Penal Federal hace referencia a los elementos de valoración cultural en el artículo 260 que menciona "Al que sin el consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual ...".¹⁰⁷

Igual disposición a la anterior contiene el Código Penal para el Distrito Federal.¹⁰⁸

¹⁰⁶ El artículo 200, fracción II, del Código Penal del Distrito Federal señala "Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas".

¹⁰⁷ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal, Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001.

¹⁰⁸ Ibidem.

3.- Los elementos subjetivos:

Los elementos subjetivos son: el dolo, el elemento subjetivo diverso del dolo y la culpa.

Se ha afirmado que los actos humanos tienen siempre una finalidad.¹⁰⁹

Por tal razón se han incluido en el tipo penal los elementos subjetivos, siendo estos el dolo y a la culpa; además de los elementos subjetivos diversos del dolo (ánimos fines, propósitos), que ya se estudiaban en el tipo penal, antes de que se adoptara el concepto de acción propuesto por la teoría finalista del delito.

A) El dolo lo define el Código Penal en el artículo 9 y señala que: obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

¹⁰⁹ Welzel, Hans, nos refiere que "La acción humana es ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento finalista y no solamente causal" (La teoría de la acción finalista. Editorial de Palma, Buenos aires, 1951, P. 19).

B) El elemento subjetivo diverso del dolo son los ánimos, los fines, los propósitos y las intenciones diferentes del dolo.

C) La culpa se define en el Código Penal en el artículo 9, que señala: obra culposamente el que produce un resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

III.- La tipicidad.

La tipicidad se ha definido por la doctrina como:

a) "La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho (tipo) se hace en la ley penal";¹¹⁰

b) "La adecuación de la conducta a alguno de los tipos que describe la ley";¹¹¹

c) "La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal";¹¹²

¹¹⁰ Muñoz Conde, Francisco, Teoría ..., p. 32.

¹¹¹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Programa de Derecho Penal. Parte General, Editorial Trillas, México, 1990, p. 443.

¹¹² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal ..., p. 267.

d) "La coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho";¹¹³

e) "La adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal";¹¹⁴

f) "El hecho individual, para ser penalmente antijurídico, ha de corresponderse con los elementos de un tipo legal";¹¹⁵

g) "Adecuación de un hecho determinado con la descripción que de él hace un tipo legal".¹¹⁶

Al ser descrita la conducta prohibida en los tipos penales y al contener éste elementos, afirmaremos la tipicidad, como elemento del delito, cuando haya existido una conducta que se adecue exactamente todos los elementos del tipo.¹¹⁷

¹¹³ Bacigalupo, Ennque, Manual ..., p. 79.

¹¹⁴ Muñoz Conde, Francisco, Teoría ..., p. 31.

¹¹⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 2a. edición, Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 248.

¹¹⁶ Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Anel, S.A., Barcelona, 1989, p. 131.

¹¹⁷ Ennque Bacigalupo, señala que "Una vez configurada la premisa mayor mediante la interpretación de la ley, es decir, una vez que se cuenta con el tipo de interpretación y con un adecuado conjunto de principios analíticos, es preciso comprobar si los elementos que componen cada concepto del tipo de la interpretación se dan en el caso concreto. Se trata de establecer una relación de correspondencia entre el hecho y el tipo. Si esta correspondencia se puede afirmar el hecho será típico" (La técnica p. 43), continúa diciendo "En la operación de subsunción de un hecho bajo un tipo penal el jurista se encuentra ante dos campos más o menos desordenados: el del hecho, cuyas características se manifiestan sin seguir una lógica perfecta y el de la ley, cuyo texto no siempre sigue el orden jurídicamente adecuado. Ejemplo de esto último es el artículo 514 del Código Penal «Español» (Son reos de hurto los que con ánimo de lucro y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas toman las cosas muebles ajenas sin la

"La tipicidad es consecuencia del principio de legalidad denominado *nullum crimen sine lege*".¹¹⁸

"Sólo los hechos tipificados en la ley penal como delitos (conductas prohibidas) pueden ser considerados como tales y sancionados con una pena".¹¹⁹

En nuestra legislación, este principio o garantía de legalidad la encontramos prevista en nuestra Constitución Política, en el artículo 14, la cual señala en su párrafo segundo que "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".¹²⁰

Es por eso que los comportamientos considerados como prohibidos deben de estar descritos previamente a su realización en la ley penal mediante los tipos para que puedan ser primero conocidos por los ciudadanos y después en un caso concreto, ser sancionados.

voluntad de su dueño), que comienza con el elemento << ánimo de lucro >>, es decir, un elemento subjetivo, luego continúa con los elementos objetivos (<<tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño>>). Quien siga el orden del texto (orden exegético) en la subsunción, trabajara con un alto riesgo de incertidumbre (¿cómo sabré si el autor tenía o no el ánimo de lucro cuando todavía no se sabe si lo que hizo es constitutivo o no de hurto en el sentido del tipo objetivo?). Por lo general el orden científicamente comprobado lo brinda la teoría del tipo penal que presupone el uso de técnicas de interpretación y utilización del tipo en cada delito" (Ibidem).

¹¹⁸ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal ..., p. 267. Asimismo De la Cuesta Aguado, Paz M., Tipicidad e imputación objetiva ..., p. 69.

¹¹⁹ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal ..., p. 267-268.

¹²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sexta, México 2001.

Como se dijo para que llegue a darse la tipicidad debe primero necesariamente existir un comportamiento humano voluntario (implicando la voluntad una "finalidad"¹²¹).

La conducta del hombre es el punto de partida de toda relación jurídico penal, debido a que en nuestro derecho es un derecho penal de acto y no de autor.

La conducta puede ser de acción o de omisión (omisión simple y comisión por omisión), por lo que se deduce que "de la concepción de derecho penal como derecho penal de acto, que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzca esta resolución en actos externos. Tampoco pueden constituir delitos los actos de los animales, ni los sucesos puramente causales, como los fenómenos de la naturaleza, por más que puedan producir resultados lesivos (la muerte de una persona por un rayo o la destrucción de una cosecha por una tormenta)".¹²²

Pero no es la conducta la única que debe adecuarse a la descripción establecida en el tipo sino que se deben cubrir todos los elementos que conforman el tipo para poder afirmar la tipicidad, es decir se deben de colmar todos los elementos del tipo penal (objetivos y subjetivos), ya que "el ordenamiento lo único que hace es fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de la cuales a su vez la norma

¹²¹ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión de la 2a. Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1999, p. 9.

¹²² Ibidem. p. 8.

prohibitiva o de mandato selecciona un determinado ámbito de ellas. Es por eso que la tipicidad está compuesta de elementos (o características) de diferente naturaleza, algunos predominantemente descriptivos, otros normativos y también subjetivos, y en la actualidad se tiende (por influencia del planteamiento finalista) a distinguir entre aspecto objetivo y subjetivo en la tipicidad".¹²³

IV.- La atipicidad

Al ser la tipicidad la adecuación de la conducta a todos los elementos del tipo penal, existirá atipicidad conforme al artículo 15, fracción II, del Código Penal cuando falte alguno de los elementos del tipo.

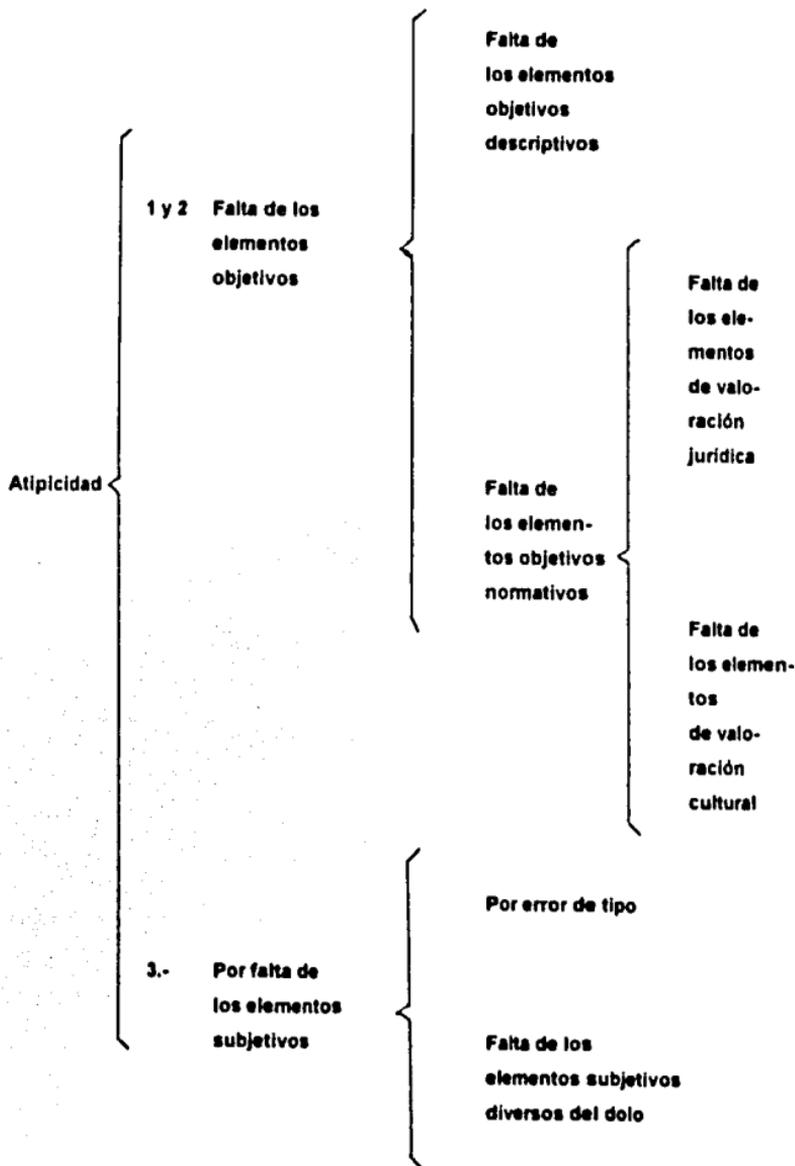
Al fijarse en los tipos penales las formas prohibidas de comunicación social, estas tienen que ser consideradas en su totalidad; luego en sus aspectos sociales, psíquicos y físicos. Así "es posible que las acciones u omisiones no sean típicas, ya sea porque faltan en ellas características físicas u objetivas, psíquicas o subjetivas".¹²⁴

¹²³ Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, pp. 155, 158 y 159.

¹²⁴ Ibidem. p. 158.

Consideramos que son causas de atipicidad:

Cuadro sinóptico de las causas de atipicidad:



Existe atipicidad:

1) Por falta de los elementos objetivos descriptivos:

A) Falta de conducta, cuando el hecho se realiza sin intervención de la voluntad del agente. Como sucede cuando el sujeto actúa sin voluntad, como sucede en los casos de una fuerza irresistible.

B) Falta del resultado.

C) Falta del nexo causal, cuando no existe relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

D) Falta de objeto material, cuando no existe objeto sobre el cual debería recaer la conducta (tentativa imposible).

E) Falta de bien jurídico.
o (tentativa imposible).

F) Falta de la calidad exigida por el tipo penal en el sujeto activo (calidad de la persona) o porque no sea el número de sujetos que requiere el tipo (como por ejemplo en el delito de asociación delictuosa) o que no haya intervenido en el hecho (ni como autor, coautor, autor mediato, instigador o cómplice).

G) Falta del sujeto pasivo, ya sea porque le falte la calidad (requerida por el tipo) o el número (cuando se requiere más de un sujeto pasivo).

H) Falta de las modalidades de la conducta.

- aa) Por faltar las referencias temporales.
- bb) Por faltar las referencias espaciales.
- cc) Por faltar las referencias de ocasión.
- dd) Porque los medios no sean idóneos para la realización del delito (tentativa imposible).

Se estudian la falta de objeto material, de bien jurídico cuando los medios no son idóneos en la tentativa imposible).

2) Por falta de los elementos objetivos normativos:

A) Falta de los elementos objetivos normativos de valoración jurídica:

aa) Porque falten los términos de valoración jurídica, que utiliza el legislador al describir los tipos penales, como sería en el artículo 243 (que el documento no sea público o que el documento no sea privados).¹²⁵

En el delito de robo previsto en el artículo 367 del Código Penal, es causa de atipicidad el que exista consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley; también en el delito de fraude contemplado en el artículo 386 del Código Penal, es causa de atipicidad cuando se cuente con el consentimiento libre por parte del titular del bien jurídico y no esté viciado por el engaño o error;

¹²⁵ Agenda Penal Federal y del Distrito Federal, Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001.

asimismo en el delito de violación, el cual se contiene en el artículo 265 del Código Penal, es causa de atpicidad cuando existe consentimiento y no hay violencia física o moral), y de igual manera en el delito de abuso sexual contenido en el artículo 260 del Código Penal, es causa de atpicidad el que exista consentimiento.

bb) Porque falten los elementos que requieren una valoración jurídica. Por que no le sea objetivamente atribuible al sujeto el resultado (falta de imputación objetiva).

En los casos de que se produzca un resultado si no se creo el riesgo ni se incremento el riesgo se considera que no existe dolo ni culpa la conducta sino que fue por caso fortuito y que se elimina la imputación objetiva del resultado.

B) Ausencia de los elementos normativos de valoración cultural.

Como seria en los articulos 260 (que no se ejecute un "acto sexual"¹²⁶).

3) Por falta de los elementos subjetivos:

¹²⁶ Ibidem.

A) Por faltar el dolo o la culpa (error de tipo).

aa) Por que no exista el dolo; se puede dar esta situación cuando el sujeto activo desconozca o ignore por error invencible alguno de los elementos objetivos del tipo penal.

El error invencible, es decir, aquél que el autor no hubiera podido superar ni aún empleando una gran diligencia, "excluye tanto la responsabilidad tanto a título de dolo como de imprudencia (culpa)".¹²⁷

bb) Por inexistencia del elemento subjetivo diverso del dolo, cuando no existen los fines, los propósitos, los ánimos o las intenciones diferentes del dolo.

Al afirmar que la tipicidad es la adecuación de la conducta a todos los elementos del tipo penal, habrá atipicidad cuando falte alguno de esos elementos del tipo como sucede cuando faltan los elementos objetivos descriptivos, los elementos objetivos normativos o los elementos subjetivos del tipo penal, encontrándonos en consecuencia ante el aspecto negativo de la tipicidad que es la atipicidad y que es ésta una causa que excluye el delito y conforme a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (artículo 14) y al Código Penal (artículo 15, fracción II), éstos comportamiento quedan fuera de la protección de las normas penales.¹²⁸

¹²⁷ Muñoz Conde, Francisco, Teoría ..., p. 49.

¹²⁸ El profesor Celestino Porte Petit, nos dice que "El principio *nullum crimen sine lege* protege determinados campos, pues como acertadamente subraya Soler: la zona entre una y otra incriminación, es zona de libertad y las acciones que en ella caigan son acciones penalmente

V.- El consentimiento (atipicidad).

En tratándose de bienes jurídicos disponibles parte de los autores mencionan que el consentimiento funciona como una causa de atipicidad.

Enrique Bacigalupo, dice que "la distinción entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluiría la antijuridicidad es, sin embargo, cuestionado por un sector de la teoría. Este punto de vista y el anterior se diferencian en realidad en la concepción del bien jurídico. Quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material, pueden admitir que hay ya lesión del bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de este: por ejemplo cuando se ha dañado una cosa ajena se habría realizado la acción típica, por lo que cabría preguntar a continuación por el consentimiento del titular de la cosa. Diversa es la postura de quienes entienden que, en realidad los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la responsabilidad, la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito de dominio autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad, respecto de la conservación de bien jurídico. Desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico

irrelevantes' " (Importancia de la dogmática jurídico penal, Primera Edición, 1954, Gráfica panamericana, S. de R. L., México, D.F. p. 38); es decir que las conductas que no caigan dentro de la tipicidad son irrelevantes para el Derecho Penal.

es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento, si tiene relevancia (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo penal. Es preferible el segundo criterio, es decir, aquel que en todos los casos excluye la tipicidad".¹²⁹

Luis Jiménez de Asúa, dice que "si las causa de justificación tiene como importantísimo carácter, ser generales a todos los delitos, y actúan en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, ya que hasta los partidarios de darle tan descollante papel confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse. Por lo demás el consentimiento lo que hace es destruir el tipo. Si entramos en una casa con permiso del dueño, sería ridículo decir que hay una violación del domicilio consentida, puesto que lo que existe, es una visita. Del mismo modo, si permitimos que otro tome nuestro reloj, no hay un hurto consentido, sino otra figura que el derecho civil denomina donación".¹³⁰

Bustos Ramírez, al hacer el estudio de las causas específicas de atipicidad menciona que "el consentimiento opera siempre como causa de atipicidad. El consentimiento está comprendido dentro de un marco de significación social de los comportamientos en las relaciones sociales, actúa dentro de la interrelación de éstos como vinculaciones que ellos son. No se trata de un permiso especial que se conceda a una conducta

¹²⁹ Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda Reimpresión, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 132.

¹³⁰ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La ley y el delito, Reimpresión. Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997, p. 287.

típica, sino de un comportamiento que como tal queda fuera del tipo en consideración al bien jurídico protegido. Sería curioso llegar a la conclusión que el ordenamiento jurídico concede permiso para consentir, o lo que es lo mismo para sufrir una lesión. Frente a ello sólo caben dos posibilidades: o se trata de un permiso especial para lesionar, luego una causa de justificación independiente, o ese comportamiento consentido es una vinculación social significativa, y entonces de partida ya no hay injusto por atipicidad. Por ello mismo, el consentimiento está ligado al transcurso histórico de la relación social y, por tanto, del comportamiento humano. Es ese transcurso histórico el que nos permite reconocer la capacidad de determinación del consentimiento dentro de la intervencionalidad de los individuos. Dentro de este contexto cabe el planteamiento que, en general, tal efecto determinante sólo aparece reconocido respecto de bienes disponibles, esto es, respecto de aquellos en los que hay una relación clara de posesión por parte de los sujetos en particular y por tanto, se puede ejercer su capacidad de decisión y obrar. Lo cual no sucede cuando se trata de bienes que escapan a tal consideración, como aquellos que están en dependencia directa con toda la sociedad o con el Estado. En este sentido la vida sería un caso típico desde un doble aspecto, pues, por una parte la capacidad de disposición y obrar no puede llegar a su propio anulamiento (la muerte; equivalente sería someterse a la esclavitud), y además, porque es base de sustentación directa de toda la sociedad; luego, solo se podría considerar el consentimiento sobre la base de un permiso especial (es decir, circunstanciado, por tanto, más allá de propio consentimiento, con una fundamentación y requisitos propios). El consentimiento está, pues,

referido a la problemática del desvalor situacional (en relación al ámbito situacional que fija el tipo), o bien, al desvalor del acto, pero no al desvalor del resultado y otras circunstancias especiales (que es lo propio de la antijuridicidad). En definitiva, el consentimiento es una causa de atipicidad y así es recogido en numerosos tipos legales en forma expresa (el hurto sólo se da si es contra la voluntad del dueño; la detención ilegal sólo si es contra la voluntad del detenido; la violación sólo si el yacimiento no es consentido, etc.). En todas las demás situaciones el consentimiento sólo podrá obrar como una atenuante y tal sucede en el auxilio o inducción al suicidio, pues sin el consentimiento serían conductas de cooperación necesaria o inducción al homicidio, e igual en relación al art. 409, párr. 2, pues no se hace distinción si hay relación de parentesco (parricidio) o concurre una agravante calificante (asesinato); lo mismo sucede con las lesiones o mutilaciones para eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento (art. 425), ya que de no mediar el consentimiento la pena sería superior conforme al tipo de lesión inferida; también en el aborto (art. 411), ya que si media consentimiento de la mujer, la pena es inferior. El límite del consentimiento está en su propio fundamento: la libertad (la autonomía de la personas); es decir no se puede llegar a su negación total (p. ej. consentir en la propia esclavitud)".¹³¹

Nuestro Máximo Tribunal ha establecido en una de sus tesis lo siguiente:

¹³¹ Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Anel, S.A., Barcelona, 1989, p. 194 y 195.

INVASION DE TIERRAS, DELITO DE (ARTICULO 353 FRACCION III DEL CODIGO AGRARIO).

Si del sumario aparece que los ejidatarios inculpados ocuparon sin derecho alguno las tierras de otro ejido, que se encontraban en disputa y que con ese motivo se enderezó la denuncia en su contra, si posteriormente ambos comisariados hicieron un convenio en el que los denunciados daban esa tierras a los quejosos, este convenio no puede tener efectos legales y por lo consiguiente no quita el carácter delictivo a la ocupación, ya que el consentimiento del titular del bien afectado por un delito es eficaz únicamente cuando recae sobre bienes jurídicamente disponibles y es además coetáneo a la acción, pero aún suponiendo que fuera coetáneo a la ocupación, su eficacia para quitarle el carácter delictivo, resulta muy dudoso, habida cuenta que se trata de terrenos ejidales cuya disponibilidad por parte de los ejidatarios es muy relativa.

Amparo directo 4467/51. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 8 de septiembre de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo CXXIX. Tesis: Página: 703. Tesis Aislada.

Coincido con las anteriores opiniones ya que estimó que cuando de bienes jurídicos disponibles se trata la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito del ámbito de dominio

autónomo del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad, respecto de la conservación de bien jurídico.

Consideró que el consentimiento funciona siempre como causa de atipicidad, ya que al describirse en los tipos penales la conducta prohibida por parte del legislador, en ocasiones las descripciones que se nos dan no son completas y que en tratándose de bienes jurídicos disponibles en algunas ocasiones el legislador menciona específicamente que la conducta se realice "sin consentimiento" del titular del bien jurídico tutelado (que es un elemento normativo de valoración jurídica ya que para su comprensión se requiere hacer un juicio de valor conforme a lo que establece la legislación civil).¹³²

En otras ocasiones el Código Penal establece los medios por los cuales se puede llevar a cabo la conducta, por lo que se puede considerar que el elemento "sin consentimiento" se encuentra implícito en la definición; y en otras veces el legislador sólo hace mención a la conducta y al resultado, sin que se haga referencia alguna a que la conducta se realice "sin consentimiento" del titular del bien jurídico.

¹³² Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hornazábal Malarée, al referirse a la hipótesis de la conducta de apoderamiento de documentos, prevista en el artículo 197 del Código Penal Español, dicen que "tendrá el carácter de típica en el sentido del artículo 197 CP, en tanto que sea conceptualizada como tal teniendo como referente para dicha valoración el bien jurídico protegido, que en este caso es la <<intimidad>>. Pero no basta con eso. Es necesario que concurren los demás elementos, como que el apoderamiento se haga sin el <<consentimiento>> (elemento normativo) y que en el sujeto ... concurre el <<ánimo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro>> (elemento subjetivo)" (Lecciones de derecho penal, volumen II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Editorial Trotta, Madrid 1999, p. 47).

Así en los tipos penales que protegen bienes jurídicos disponibles como por ejemplo en el delito de robo (artículo 367.- Comete el delito de robo: el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley), allanamiento de morada (Artículo 285.- Se impondrán de un mes a dos años de prisión y multa de diez a cien pesos, al que, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita, se introduzca, furtivamente o con engaño o violencia, o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencias de una casa habitada) y abuso sexual (Artículo 260.- Al que sin consentimiento de una persona y sin el propósito de llegar a la cópula, ejecute en ella un acto sexual, la obligue a observarlo o la haga ejecutar dicho acto, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión) menciona que expresamente la conducta se realice "sin consentimiento" del titular del bien jurídico tutelado y al existir el "consentimiento del titular del bien jurídico tutelado" la conducta se vuelve atípica, por faltar un elemento normativo de valoración jurídica del tipo penal que es el "sin consentimiento".

En otras ocasiones y de igual forma en relación a bienes jurídicos disponibles, no hace referencia el legislador a que la conducta se realice "sin consentimiento", pero al establecer medios específicos por los cuales se lleve a cabo la conducta prohibida, se sobreentiende que ésta debe de ser "sin consentimiento" del titular del bien jurídico tutelado, como por ejemplo sucede en el delito de violación (Artículo 265.- Al que por medio

de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años).¹³³

Igual que en el ejemplo anterior sucede en el delito de fraude (Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido).

Además de estos casos y de igual forma en tratándose de bienes jurídicos individuales y disponibles, el legislador en el tipo penal no hace ninguna referencia a que la conducta se realice "sin consentimiento" del titular, es decir a veces no establece tampoco los medios específicos como sucede en el delito de privación ilegal de la libertad (Artículo 364.- Se impondrá de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa al particular que prive a otro de su libertad hasta por cinco días. Si la privación de la libertad excede de cinco días, la pena de prisión

¹³³ Celestino Porte Petit nos señala que "Se puede presentar el caso en que falten los medios exigidos por el tipo: vis absoluta o compulsiva, es decir porque concorra el consentimiento del interesado, originándose una 'atipicidad'. Para saber cuando nos encontramos ante esta hipótesis, debemos investigar si el tipo exige un 'contra' la voluntad del sujeto pasivo" (Ensayo dogmático sobre el delito de violación, Tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980, p. 45). Por su parte la Suprema Corte de Justicia ha en una de sus tesis menciona:

VIOLACION, DELITO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

Si el acusado al verter su declaración confesional acepta la circunstancia de haber copulado con la ofendida, no es óbice ni desvirtúa su culpabilidad, la circunstancia de que afirme que, al percibirse de que otras personas la ultrajaban, la protegió y en todo caso concurrió el consentimiento de la ofendida para la realización del acto sexual, pues de ser así, tal consentimiento destruiría el tipo de violación; pero si tal aserto lo desvirtúan las pruebas de cargo, la conducta de quien así obra, constituye una agresión a la libertad sexual que debe ser objeto de represión, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 254 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, y por tanto el fallo que así lo establece, no puede ser violatorio de garantías constitucionales.

Amparo directo 5195/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 6 de junio de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Quinta Época. Tomo CXXXVIII. Tesis: Página: 411. Tesis Aislada.

será de un mes más por cada día). De manera similar sucede en el delito de daño en propiedad ajena (Artículo 399.- Cuando por cualquier medio se causen daño, destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero, se aplicarán las sanciones del robo simple).

Así las cosas, en los tipos penales en los que se protege un bien jurídico disponible como son:

- a) Violación -artículo 265-,
- b) Fraude —artículo 386-,
- c) Despojo -artículo 395-¹³⁴

¹³⁴ Nuestro Máximo Tribunal ha mencionado en una de sus tesis lo siguiente:

DESPOJO. DELITO DE.

Si el artículo 205 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí, establece en su fracción I, que comete el delito de despojo, el que haciendo violencia a las personas o furtivamente o empleando amenazas o engaño, ocupe un inmueble ajeno, o haga uso de él, o de un derecho real que no le pertenece; debe entenderse que, cuando la ocupación tiene su origen por virtud del consentimiento dado por quien legítimamente puede disponer de dicho bien, no se configura el delito de despojo, siempre y cuando ese asentimiento no se haya obtenido mediante amenazas o engaño.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo en revisión 101/92. Carlos González Zárate. 13 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Andrés Zárate Sánchez. Secretario: José Refugio Estrada Araujo. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo X-Septiembre. Tesis: Página: 266 Tesis Aislada.

También ha establecido La Suprema Corte de Justicia de la Nación el siguiente criterio: **DESPOJO, DELITO DE. TUTELA LA POSESION, INCLUSIVE LA ORIGINARIA DE LOS DUEÑOS DE BIENES RAICES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ).**

Los dueños de bienes raíces tienen la posesión originaria de los mismos, que es, entre otras, la que se tutela con la figura delictiva a la que se contrae la fracción I del artículo 191 del Código Penal para el Estado, en la que claramente se tipifica como delito el hecho de ocupar un inmueble ajeno sin consentimiento de quien tenga derecho a otorgarlo.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

520

Octava Epoca:

Amparo directo 53/93. Lucía Martínez Hernández. 23 de marzo de 1993. Unanimidad de votos.
 Amparo directo 114/93. Julio Bravo Vázquez y otro. 14 de abril de 1993. Unanimidad de votos.
 Amparo en revisión 91/93. Raúl Vázquez Sánchez y coags. 11 de mayo de 1993. Unanimidad de votos.
 Amparo directo 560/93. Raúl Vázquez Sánchez y coags. 15 de diciembre de 1993. Unanimidad de votos.

Amparo directo 152/94. Leandro Maya Ramírez. 17 de mayo de 1994. Unanimidad de votos.

NOTA:

Tesis VII.P.J/43, Gaceta número 79, pág. 60; véase ejecutoria en el Semanario Judicial de la Federación, tomo XIV-Julio, Primera Parte, pág. 290.

- d) Privación ilegal de la libertad -artículo 364-, y
- e) Daño en propiedad ajena -artículo 399-).

En todos los ejemplos (a, b, c, d, y e) se encuentra implícita en la descripción que la conducta se realice sin consentimiento del titular del bien jurídico protegido, ya que así se desprende al realizarse su interpretación.¹³⁵

En los ejemplos citados (a, b, c, d, y e) el elemento "sin consentimiento" es evidente.¹³⁶

Por lo anterior creó que el elemento normativo de valoración jurídica "sin consentimiento" forma parte del tipo penal, aún y cuando no se mencione en el tipo específicamente y al existir el "consentimiento" del titular del bien jurídico afectado la conducta se vuelve atípica por faltar el elemento normativo de valoración jurídica "sin consentimiento" que consideramos forma parte del tipo penal.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995. Época: Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Tesis: 520 Página: 313. Tesis de Jurisprudencia.

¹³⁵ Edemundo Mezger menciona que "Todo derecho, también el derecho penal, requiere una 'interpretación', interpretar la ley significa averiguar su sentido determinante afín de aplicarlo a los casos particulares de la vida. Esa interpretación de la ley debe comenzar por el texto de la ley, el cual tiene que ser entendido de acuerdo con el uso del lenguaje común, especial y sobre todo jurídico-penal ... hálbase en este caso, de interpretación gramatical. A la interpretación histórica corresponde el estudio de la formación de la ley; a la interpretación sistemática, el de las correlaciones totales; una y otra son tan sólo recursos de la interpretación y no conceptos generales obligatorios"(Derecho Penal, Libro de Estudio, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990, p. 61).

¹³⁶ Maximiliano Rusconi, nos menciona que hay autores "que sostienen que el consentimiento es siempre un elemento negativo del tipo. Con diferencias más o menos importantes, casi todos ellos se apoyan -o por lo menos deberían hacerlo en este caso- en un criterio de interpretación del tipo penal ... Huelga decir que la labor del interprete en la búsqueda del sentido del tipo penal, no es todavía una intromisión a la costumbre, se trata de determinar el ámbito de desenvolvimiento de la norma y de realizar la 'descomposición analítica' que permita la 'utilización práctica' del texto legal" (Revista Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, "El problema del lugar sistemático del consentimiento del ofendido", p. 51).

Considero que el elemento del tipo penal "sin consentimiento" se puede integrar a los tipos penales en los que no se hace expresa mención y funcionar de manera analógica como funciona en los tipos penales en los que sí se menciona expresamente que la conducta se realice "sin el consentimiento" del titular del bien jurídico, y al formar parte dicho elemento "sin consentimiento" del tipo penal al existir "consentimiento" del titular del bien jurídico protegido la conducta se vuelve atípica.

Dicha integración obedece a que al describir la conducta prohibida en el tipo penal el legislador, en ocasiones, nos da una definición (materia de la prohibición) incompleta, por lo tanto, nosotros consideramos que en tratándose de bienes jurídicos disponibles el elemento normativo de valoración jurídica "sin consentimiento" lo podemos integrar y formar parte del tipo y al existir "consentimiento" del titular, la conducta se vuelve atípica, ya que para que existiera tipicidad se debería de adecuar la conducta a todos los elementos del tipo penal.

La afirmación de que las definiciones legales que se nos dan son incompletas se advierte también en los casos de los delitos de resultado material, ya que no se hace ninguna mención a que debe de existir un nexo causal entre la conducta y el resultado material, y sólo se menciona el nexo causal para el delito de homicidio, pero también aún y cuando no se menciona que el nexo causal forma parte del tipo, dicho nexo causal lo integramos a los tipos en los que no se hace mención y por lo tanto al no

existir nexo causal alguno entre la conducta y el resultado material es causa de atipicidad por faltar un elemento objetivo del tipo.¹³⁷

A mayor abundamiento cabe decir que igual sucede en el tipo penal del delito de robo en el que no se hace mención expresa que el apoderamiento se realice con ánimo de dominio, pues al hacer la interpretación de la descripción que se nos da del delito de robo, este elemento forma parte del tipo y como tal el elemento subjetivo diverso del dolo (ánimo de dominio) lo debemos integrar a los elementos del tipo.¹³⁸

Por lo tanto al faltar dicho elemento (ánimo de dominio) es causa de atipicidad por falta del elemento subjetivo diverso del dolo.

¹³⁷ Manano Jiménez Huerta, por su parte nos señala que "El sistema que el Código entroniza en los artículos 303, 304 y 305, refiérese tan sólo al delito de homicidio; falta, por tanto, una regulación expresa del problema causal en orden a los demás delitos -incendio, lesiones, daños, etc.- que requieren para su integración la existencia de un resultado material; no obstante, empero, esta laguna de la ley, creemos que las líneas generales que inspiran el sistema entronizado para el homicidio deben inspirar y regir la solución en los demás delitos en los que el problema causal se plantea. Las líneas que inspiran el sistema son, a nuestro juicio, las que perfilan los contornos de los que hemos llamado la adecuación racional al caso concreto. Para establecer esta adecuación racional del caso concreto se ha de proceder, en primer término, a comprobar que la conducta humana es conditio sine qua non del resultado material, ya que si la conducta no es conditio sine qua non de dicho resultado, podemos afirmar la inexistencia de un nexo causal entre ambos, y en consecuencia que el resultado concreto no es atribuible al sujeto que efectuó la conducta. Una vez comprobado que la conducta ha sido conditio sine qua non del resultado, preciso es dilucidar que el nexo causal que liga a ambos términos de la relación, es, en el caso concreto, racionalmente adecuado para producir dicho resultado, según la figura típica en la que el resultado haya su relevancia penal" (Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, Sexta edición, Editorial Porrúa, México 2000, p. 194).

¹³⁸ Manano Jiménez Huerta, nos menciona que "Y como ejemplo de los tipos delictivos en los que sí bien no se menciona expresamente la existencia de un elemento subjetivo, su interpretación descubre que un elemento de esta especie hállase en ellos ínsito, puede citarse el artículo 260, ya que la existencia del requisito ejecución de un acto erótico sexual depende de la intención que el agente conecte a sus actos de tocamientos; así como también, el tipo de robo, descrito en el artículo 387, pues para que exista apoderamiento es necesario que en el agente concorra el ánimo de apropiación (Ibidem, p. 89).

Las deficiencias que existen en los tipos penales (o lagunas) se han suplido por la doctrina, que es la "que se preocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de los preceptos legales para emitir opiniones científicas en el ámbito del Derecho Penal".¹³⁹

Las mismas deficiencias que existen en los tipos penales (o lagunas) se han suplido también por los tribunales federales que son los que emiten la jurisprudencia.¹⁴⁰

En estos casos el Código Penal no nos menciona expresamente algunos elementos del tipo penal, pero se dan por establecidos dada la jurisprudencia y la doctrina, y hay que comprobarlos en la práctica. No los dice el Código Penal pero hay que agregarlos.¹⁴¹

¹³⁹ De la Cuesta Aguado, Paz M., *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p. 19.

¹⁴⁰ Al interpretar la ley.

¹⁴¹ Así Mariano Jiménez Huerta, nos señala en relación al delito de lesiones que "El delito de lesiones requiere para su integración un resultado natural. La mutación del mundo externo que implica el resultado material en el delito de lesiones consiste, desde el punto de vista genérico que contempla el artículo 288, en un daño que deje huella material en el cuerpo humano o en una alteración en la salud; y en el aspecto específico considerado en los artículos 289, 290, 291, 292 y 293, en las transformaciones anatómicas o en los trastornos funcionales que mencionan los mismos. Empero como las penas que se establecen en estos artículos se aplicaran 'al que infiera una lesión ...' que produzca el efecto o efectos que ellos especifican, obvio es que para la integración del delito tiene que existir un nexo causal entre la conducta del agente y el resultado acontecido. El código no contiene precepto alguno de alcance general en orden al problema, pues el sistema que acoge en los artículos 303, 304 y 305 refiérese al delito de homicidio, ni tampoco ninguna disposición especial relativa a la causalidad en el delito de lesiones. No obstante esta laguna de la ley, las líneas generales que norman el sistema admitido para el homicidio, son aplicables al delito de lesiones. Estas normas generales integran el sistema que, ya en otro lugar hemos denominado de adecuación del caso concreto" (*Derecho Penal Mexicano*, Tomo II, La tutela penal de la vida e integridad humana, Editorial Porrúa, México 2000, p. 274).

Lo anterior es una integración de la norma. A veces se dice que las normas penales, por lo que se refiere al delito y a las penas, no pueden ser integradas.¹⁴²

La integración de dichas normas es porque en estos casos dicha integración si si debe hacer, porque no es en perjuicio del sujeto, es en beneficio del sujeto.¹⁴³

¹⁴² El profesor Celestino Porte Petit menciona que "De acuerdo a nuestro Derecho Constitucional no puede integrarse la ley penal en lo referente al delito y a la pena, pues el artículo 14 del ordenamiento mencionado establece el 'principio de reserva' o 'de legalidad', el 'dogma penal', o sea que no hay delito ni pena, sin ley penal. En consecuencia, en la ley penal mexicana no puede haber lagunas, respecto a delitos y penas, porque cada zona no incriminada es una zona de libertad" (Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Editorial Porrúa, México, 1998, p.126)

¹⁴³ Por su parte Silvio Ranieri también considera que "Con todo dicha prohibición no debe entenderse en sentido absoluto. En efecto, y esto no se discute, como las leyes penales... son sólo las que prevén los delitos y establecen sus penas, esto es las llamadas normas incriminadoras, y las que constituyen su integración, restringiendo la esfera de libertad de los sujetos, la prohibición debe entenderse en el sentido de que, en materia penal, la analogía no es admisible con respecto a tales normas, o sea cuando es in malam partem, ya que el resultado que con ella se obtiene va en perjuicio del sujeto. De suerte que se puede inferir, que aún en materia penal la analogía es admisible, pero sólo con respecto a normas distintas de aquellas y más precisamente cuando es in bonam partem, es decir cuando con ella se da cabida a un resultado favorable al sujeto" (Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1975, p. 81). También Enrique Bacigalupo es de la opinión de que "Un amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogía sólo rige cuando se trate de la llamada analogía in malam partem, es decir, la que resulte extensiva de la punibilidad. La analogía in bonam partem, por el contrario, estaría legitimada en la interpretación de la ley penal. Por tanto una interpretación que extendiera análogicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable" (Manual de Derecho Penal, Parte General, Segunda reimpression, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1994, p. 35). El maestro Celestino Porte Petit refiere que "El ordenamiento penal está constituido por un conjunto de normas, las cuales se dividen en dos clases: en sentido amplio y en sentido estricto. En este último sentido está considerada la norma penal, abarcando el precepto y la sanción y en sentido amplio cualquier precepto del restante ordenamiento jurídico penal. Nadie puede afirmar la existencia de lagunas con relación a las normas penales en sentido estricto, puesto que el principio de legalidad o de reserva lo prohíbe terminantemente. Pero como no todo el ordenamiento jurídico penal lo constituyen las normas en sentido estricto ¿es o no posible la existencia de lagunas? Indudablemente que deben de existir dichas lagunas respecto de normas que no configuren delitos o no prescriban penas. Por ello ha pensado Pavón Apancio que 'la reserva no es en el fondo sino una consecuencia de la legalidad y no constituye un obstáculo para colmar los vacíos en que no intervenga la regla 'nullum crimen, nulla pena sine lege', concluyendo que 'en algunos casos de carácter excepcional, es posible en el ordenamiento penal integrar las normas siempre y cuando no se afecte el principio de legalidad y de reserva'. Y Vannini a este respecto señala que 'fuera de la esfera de los delitos, de las penas y de las normas excepcionales, puede haber en el sistema jurídico criminal lagunas colmables'" (Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 126 y 127).

Dicha integración obedece a que se están agregando requisitos que hacen que exista una mayor exigencia para el Estado para comprobar ese hecho que se estima como delito ("ya que el principio de legalidad tiene por objeto salvaguardar al ciudadano frente al Estado, luego frente a la norma -prohibitiva o de mandato- que desvalora sus actos"¹⁴⁴).

Lo anterior no es inconstitucional.¹⁴⁵

El que se agreguen estos requisitos a un tipo penal (los cuales no se encuentran contemplados es válido, ya que se agregan requisitos para hacer más complicado el hecho de que el Estado pueda actuar en contra del gobernado. En otras palabras, se integra dicho elemento a algo que ya existe, se completa algo que ya tiene existencia propia, ya que la labor

¹⁴⁴ Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 201 y 202. Expresamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al ahecho. En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley aplicable al delito de que se trata (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial calidad en información, Octava Edición, Enero del 2002, México).

¹⁴⁵ Consideramos que la analogía que prohíbe la constitución es la analogía en perjuicio de las personas y así lo menciona el Profesor Celestino Porte Petit quien dice: "La analogía legal o legis origina la analogía in malam partem, puesto que crea analógicamente delitos o penas y debe ser echada en base a los principios de legalidad o de reserva y de garantía de la pena. En México está prohibida la analogía, pues la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el párrafo 2º, del artículo 14, determina que "en los juicios de orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate" (Apuntamientos ..., p.3128).

del interprete debe de ser creadora, y por consiguiente no se crean delitos.¹⁴⁶

Reiteró, consideramos que el elemento normativo de valoración jurídica "sin consentimiento" que no se menciona en el tipo penal, tratándose de bienes jurídicos disponibles, forma parte del tipo y como tal se debe de integrar al tipo aún y cuando no lo mencione expresamente el legislador, ya que al realizar el juicio de tipicidad, es necesario, para afirmarla, que se adecue la conducta a todos los elementos que conforman el tipo penal.

Considero además que el elemento normativo de valoración jurídica "sin consentimiento" en el delito de homicidio, forma parte del tipo, ya que de existir consentimiento del titular del bien jurídico (en este caso indisponible), la conducta no encuadraría en el artículo 302 (Comete el

¹⁴⁶ J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, mencionan que "Relacionado con la actividad judicial está el problema de la analogía. Implica que el Juez resuelva un caso penal no contemplado por la ley. Si un juez actuara de esta forma lesionaría abiertamente el principio de legalidad. En consecuencia, una inadmisibles lesión de la exigencia de prohibición de la arbitrariedad que esta en la base del principio de legalidad. A la prohibición de la analogía expresamente se refiere el art. 4.1 del Código Penal cuando señala que <<las leyes penales no se aplicaran a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas>>. No hay vulneración del principio de legalidad, por cuanto no significa arbitrariedad o abuso sobre la persona si se establece por analogía una atenuante o eximente. Ello de ningún modo significa una intervención abusiva del Estado sobre la persona, sino todo lo contrario, pues tienen relación con la protección de la dignidad personal y la libertad personal del sujeto" (Lecciones de derecho penal, volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena, p. 95); continúan diciendo que "según señalamos anteriormente, por medio de la analogía no se pueden crear delitos ni penas. En esta medida también significa un límite a la interpretación analógica. Categóricamente a este respecto es el art. 4.1 del Código Penal cuando dice que <<las leyes penales no se aplicaran a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas>>. Diferente es la situación en todas las demás materias que en términos generales no signifiquen aumento de la intervención del estado sobre el individuo. Se trata de aquellas materias que matizan y dan un contenido más flexible a la intervención del Estado. Si en ellas, como dijimos, debía tener una amplia cabida la analogía, con mayor razón la interpretación analógica. Con la interpretación analógica ley penal y política criminal se funden en un mismo objetivo: dar más garantías al ciudadano" (Ibidem, p. 97).

delito de homicidio: el que priva de la vida a otro), sino en el artículo 312 (El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años) del Código Penal, ya que en este último se requiere el consentimiento del sujeto pasivo aún y cuando no se señale expresamente en la definición legal como se puede observar.

En lo que se refiere a bienes jurídicos individuales e indisponibles el legislador menciona en ocasiones que la conducta se puede realizar con el consentimiento del sujeto pasivo (como sucede en el aborto consentido), pero aquí el consentimiento no tiene ningún efecto para eliminar la tipicidad del delito, ya que sólo se limita el efecto del consentimiento a los casos de bienes jurídicos disponibles.¹⁴⁷

El fundamento del consentimiento es la libertad que protege el Estado, pero tal libertad no puede llegar hasta el punto de negarse a sí misma o a su anulamiento total, como sucedería en el caso de la esclavitud o de la muerte del sujeto.

"La idea decisiva tiene carácter político jurídico. El ordenamiento jurídico reconoce como determinante, dentro de ciertos límites, la valoración subjetiva de los bienes jurídicos hecha por el particular,

¹⁴⁷ El artículo 330 del Código Penal del Distrito Federal señala que "Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión".

porque el uso sin obstáculos de la libertad personal es visto en sí mismo, dentro del Estado Liberal de Derecho, como un valor social, que debe sopesarse con el interés de la comunidad en la defensa de los bienes jurídicos. De ahí se desprende que el consentimiento sólo es tenido en cuenta en los que atañe a bienes jurídicos individuales, y únicamente merece atención cuando el mismo consentidor es el titular del bien jurídico protegido, pues una libertad que se realiza a costa de los demás sería lo contrario de un valor social. El consentimiento en la propia muerte resulta irrelevante ya que la muerte, fuera del caso del suicidio, no se halla sometida a la libertad de decisión".¹⁴⁸

Se pone en discusión de que si el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico tutelado debe ser conocido por el sujeto activo del delito o si basta con que exista tal consentimiento aunque no lo conozca el sujeto activo del delito; nosotros creemos que si el elemento normativo de valoración jurídica sin consentimiento, forma parte del tipo, el sujeto activo debe de conocer que actúa sin consentimiento y al actuar sin conocer este elemento del tipo, se encontrará en un error de tipo, que si es invencible anula el dolo o a la culpa conforme a la fracción VIII, inciso a) del Código Penal, y si es vencible el error, si hubiera salido del mismo poniendo la debida diligencia, se sancionara a titulo culposo, solo si el delito admite dicha forma de realización.

¹⁴⁸ Artículo de Juan Ramón Rodríguez Minaya. Revista *Locus regis Actum*, Órgano de Información del Tribunal Superior de Justicia, N. 22. Nueva época, Publicación Trimestral, Junio del 2000, Villahermosa, Tabasco. p. 145.

Ahora bien si existe ese consentimiento aunque no lo conozca el sujeto activo del delito, es decir que el sujeto activo del delito piense que esta realizando la conducta sin consentimiento del titular de bien jurídico, cuando realmente si hay consentimiento de parte del titular, entonces lo que crea él es irrelevante y en todo caso no habría delito, ya que habría una tentativa imposible por parte del sujeto activo del delito.

"En el caso del consentimiento presunto, aunque parezca obvio, es preciso tener en cuenta que, en el caso del consentimiento presunto, el sujeto pasivo ¡no consiente en realidad!. De todos modos es necesario qué tipo de cuestiones son las que se pretenden solucionar. A la mayor parte de los autores que sostienen que el consentimiento presunto es una causa de justificación, se les presenta un problema debido a la mencionada extensión acritica de la fundamentación del consentimiento existente: la difícil tensión entre "el interés del titular " y la presunción de su verdadera voluntad", la que puede o no adecuarse a un balance de los intereses en juego. Aquí pareciera poner una distinción entre el estado de necesidad y los casos que se pretende resolver con la presunción del consentimiento del sujeto pasivo. En la mayor parte de las ocasiones el elemento decisivo para "averiguar" la voluntad del sujeto pasivo será la evaluación de los intereses en juego; la decisión jurídica salvaguardará por lo tanto el interés de mayor jerarquía. En estos casos, no hace falta recurrir a la ficción del consentimiento del sujeto pasivo, pues de todos modos la conducta quedará abarcada por la causa de justificación: el estado de necesidad".¹⁴⁹

¹⁴⁹ Revista Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, p. 59, Artículo de Maximiliano Rusconi, "El problema del lugar sistemático del

Así por ejemplo "Si yo veo que la casa de mi vecino está en llamas puedo tirar la puerta de la casa, para salvarle el mobiliario precioso. Por las circunstancias concretas se puede evidenciar una voluntad del agente directo (propietario) que consienta el daño de la casa a través del abatimiento de la puerta".¹⁵⁰

En conclusión, siendo congruente con la sistemática actual (que estudia los elementos normativos dentro del tipo) no tenía porqué el legislador reglamentar de manera autónoma o particular el consentimiento. El consentimiento está reglamentado en el artículo 15, fracción III, y entonces si hemos dicho que el consentimiento da lugar a una causa de atipicidad pues entonces también queda subsumido este hecho en la fracción II, y todo se resuelve con la fracción II, pero como la ley además de la formula amplia señala casos o hipótesis en forma casuística entonces el fundamento en algunos casos de atipicidad será la fracción II y en otros la fracción III del artículo 15.

Igual sucede con el error de tipo, pues es una causa de atipicidad innecesaria de haberse regulado, ya que si consideramos que el dolo

consentimiento del ofendido". Así también Francisco Muñoz Conde en los ejemplos de "la acción del que entra en una morada ajena para apagar un incendio, cortar el agua ante un peligro de inundación, etc.", señala que muchos de estos casos de consentimiento presunto pueden solucionarse por la vía del estado de necesidad, con lo cual no hay por qué recurrir al consentimiento (Teoría General del Delito, Reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 94). Y Paz M. De la Cuesta Aguado, señala que "Por el contrario, no se admite, por lo general, por la doctrina eficacia al consentimiento presunto, si bien en ocasiones éstos supuestos podría apreciarse un estado de necesidad. Así por ejemplo: el caso del médico que debe optar entre salvar la vida del paciente o cortarle la pierna, o quien rompe la puerta de la casa para apagar el fuego (Tipicidad e imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998, p. 162).

¹⁵⁰ Ejemplo citado en el artículo del Licenciado Juan Ramón Rodríguez Minaya en la Revista Lex, 3era. Época, Año VI, septiembre 2000, número 63, p. 57.

forma parte del tipo penal, al existir algún error invencible respecto de los elementos objetivos del tipo penal, tal error anula al dolo como se señala en el artículo 15, fracción VIII, inciso a) del Código Penal.

CAPITULO CUARTO

¿EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSA DE LICITUD?

Al ser el delito una acción u misión típica, antijurídica y culpable y al ser la antijuridicidad un elemento esencial del delito, existe parte de la doctrina que considera al consentimiento como causa que excluye la antijuridicidad y por lo tanto el delito

Para manifestar nuestra oposición a esta postura (que consideramos no es la correcta) considero necesario hacer referencia a lo que se entiende por antijuridicidad y su aspecto negativo, es decir las causas de licitud.

Realizamos por separado el estudio de la antijuridicidad ya que el estudio de los elementos del delito se debe de realizar de una forma analítica, es decir, aún y cuando el concepto de delito es una unidad, la

descomposición en elementos, es sólo un medio para aprehender más claramente las partes de este concepto.

I.- La antijuridicidad.

La antijuridicidad se ha definido por la doctrina como:

a) "La contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico (Hans Welzel)";¹⁵¹

b) "La antijuridicidad es el resultado de la adecuación al supuesto de hecho típico y la falta de justificación (Günter Stratenwerth)";¹⁵²

c) "Una conducta es típica si con ella se infringe una norma y será antijurídica si no está justificada por una causa de Justificación (Enrique Bacigalupo)";¹⁵³

d) "Es la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito (Francisco Muñoz Conde)";¹⁵⁴

¹⁵¹ Artículo del Licenciado Juan Ramón Rodríguez Minaya en la Revista Lex, 3era. Época, Año VI, septiembre 2000, número 63, p. 51.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

e) "La contradicción de una acción con una norma jurídica (H. H. Jeschek)";¹⁵⁵

f) "Una acción es antijurídica si realiza un tipo de lo injusto y no está cubierta por una causa de justificación (Wessels)";¹⁵⁶

g) "La contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico en virtud de una afectación efectiva del bien jurídico (Bustos Ramírez Juan)".¹⁵⁷

Una vez que ha existido una conducta y que se ha encuadrado o subsumido totalmente a los elementos del tipo penal, esta conducta es típica y si no esta amparada por alguna causa de licitud es también antijurídica de acuerdo al "procedimiento de excepción".¹⁵⁸

La conducta típica es un indicio de la antijuridicidad, ya que a dicha conducta típica puede asistirle alguna causa de licitud y por lo tanto no ser antijurídica.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Traducción de la sexta edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1980, p. 81.

¹⁵⁷ Bustos Ramírez Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989, p. 161.

¹⁵⁸ Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Tercera edición, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México 1990, p. 452.

¹⁵⁹ Mañano Jiménez Huerta, nos dice que: "Desde el punto de vista del fundamento del acto legislativo por el que surge el tipo penal, esto es, de su proceso formativo, la antijuridicidad es 'ratio essendi' de la tipicidad; pero si contemplamos la cuestión una vez terminado el proceso formativo de la ley, con la vista fija en los tipos penales que integran el catálogo de tipos delictivos que constituye la parte especial de un Código penal, resulta indudable que como certeramente afirma Mayer, la tipicidad es indicio, 'fundamento de cognición' o 'ratio cognoscendi' de la antijuridicidad" (La tipicidad, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1955, p. 34).

La antijuridicidad. La formula que se emplea para saber cuando un hecho es antijurídico es la misma en todos los casos, afirmamos que un hecho es antijurídico cuando habiendo adecuación a todos los elementos del tipo penal no exista a favor del sujeto activo alguna causa de licitud o de justificación.

Se entiende por antijuridicidad, lo contrario a derecho. Es decir que al llegar a ser la conducta típica se debe de constatar si en el total ordenamiento jurídico no existe alguna contranorma que haga lícita la conducta que ha llegado a ser típica.

El profesor Celestino Porte Petit nos menciona "Nos vamos a referir al término que debe emplearse con relación a este elemento del delito ... pensamos que ha de elegirse como más exacta la palabra antijuridicidad y no la de antijuricidad. Se trata en efecto de un vocablo que se deriva del adjetivo: jurídico. Por otra parte, así como de la voz latina *amabilis* (amable) se obtiene la derivada *amabilitas* (amabilidad) sin suprimir ninguna sílaba, así también de la palabra latina *juridicus* (jurídico) se obtiene la palabra *juridicitas* (juridicidad) igualmente sin contracción ninguna. La palabra antijuridicidad quedaría justificada, si el adjetivo fuera en cambio *jurico*. Creemos por consiguiente, más aceptable en sede jurídica, el neologismo antijuridicidad por su exactitud y propiedad"¹⁸⁰

¹⁸⁰ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Editorial Porrúa, México, 1998, p. 374.

II.- Las causas de licitud como aspecto negativo de la antijuridicidad.

Nos señala el Profesor Celestino Porte Petit que "Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad ... Es decir la conducta o hecho realizados no son contra el derecho sino conforme al derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento público o privado".¹⁶¹

Cuando existe una conducta que es típica (que se ha encuadrado a todos los elementos del tipo penal) si esa conducta se encuentra amparada por alguna causa de licitud -norma permisiva- (como son legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento legítimo de un deber) entonces esa conducta no puede ser de ninguna manera contraria a derecho (antijurídica) sino que es conforme a él, por lo que se puede considerar que las causas de licitud son el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Las causas de licitud - o normas permisivas- que están previstas en nuestra legislación son: la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento legítimo de un deber.

¹⁶¹ Ibidem, p. 385.

III.- Terminología.

El término con el que debe referirse a las causas que eliminan la antijuridicidad de una conducta es causas de justificación, porque que justifican la lesión de un bien jurídicamente protegido, es decir, justifican la conducta típica.

IV.- Concepto.

"Causa de justificación es aquella que conforma a derecho una conducta o hecho, que de otro modo serían antijurídicos".¹⁶²

Las causas de justificación son aquellas normas de carácter general que hacen que una conducta sea conforme a derecho, ya que el derecho la autoriza, esto es, vuelve la conducta típica en justificada.

V.- Fundamento.

¹⁶² Porte Petit Candaudap, Celestino. Programa de Derecho Penal. Parte General. Tercera edición, Editorial Trillas, S.A. de C.V., México 1990, p. 459.

Nosotros consideramos que el fundamento de las causas de licitud en nuestra legislación es el principio del "interés preponderante".¹⁶³

Como se mencionó las causas de licitud se encuentran establecidas en el Código Penal en base al principio del interés preponderante, es decir, que en la legítima defensa, ante una agresión sin derecho, la ley permite, que ante tal agresión se pueda repeler la misma aún lesionando bienes que la misma ley protege.

De igual manera actúa el estado de necesidad justificante, en el cual ante un peligro real, actual e inminente se puede evitar la lesión a algún bien jurídico lesionando otros bienes de menor valor, preponderando el bien que esté en peligro.

Así también en el cumplimiento legítimo de un deber el sujeto activo cumple con una obligación impuesta por la ley y aún y cuando lesione un bien jurídico su conducta no se puede considerar ilícita como por ejemplo sucede con el agente de la policía que cumple una orden de aprehensión, el agente tiene la obligación de detener a la persona y su conducta no puede constituir el delito de privación ilegal de la libertad.

El cumplimiento legítimo de un deber: por ej. el secuestro judicial, el embargo, el actuario llega y embarga determinados bienes para

¹⁶³ Así lo considera el Profesor Celestino Porte Petit en el estudio que hace de las causas de licitud en su libro *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*; Editorial Porrúa, México, 1998, pp. 291 y sgs.

garantizar un débito e incluso se señala como depositario al propio acreedor y se sustraen de este lugar los bienes, se dice bueno hay un apoderamiento pero en cumplimiento de un deber.

Y en el ejercicio legítimo de un derecho, al consistir éste en el ejercicio de una facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contranorma para la satisfacción de un interés más valioso, consiguientemente que prepondera sobre el interés que es antagónico, así por ejemplo el dueño de un establecimiento de hospedaje puede retener el equipaje de los huéspedes hasta en tanto se le satisfaga el pago del servicio (artículo 2669 del Código Civil para el Distrito Federal).

VI.- Las causas de licitud en la legislación penal mexicana.

Dogmáticamente consideramos que las causas de licitud en la Legislación Penal Mexicana son, según el artículo 15: legítima defensa (fracción IV), estado de necesidad justificante (fracción V), cumplimiento legítimo de un deber (fracción VI) y ejercicio legítimo de un derecho (fracción VI).

La legítima defensa se encuentra contenida en el artículo 15 del Código penal, y en el mismo se menciona: "Artículo 15.- El delito se excluye cuando: ... IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente y

sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor; ... Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".

El estado de necesidad justificante se encuentra contenido en el artículo 15 del Código penal, y en el mismo se menciona: "El delito se excluye cuando: ... V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor ... valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

El cumplimiento legítimo de un deber se encuentra contenido en el artículo 15 del Código penal, y en el mismo se menciona: "El delito se excluye cuando: ... VI.- La acción o la omisión se realicen en

cumplimiento de un deber jurídico ... siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber ...".

El ejercicio legítimo de un derecho se encuentra contenido en el artículo 15 del Código penal, y en el mismo se menciona: "El delito se excluye cuando: ... VI.- La acción o la omisión se realicen ... en ejercicio de un derecho ... y que ... no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro".

VII.- Causas comunes de licitud.

"Son aquellas que puede hacer valer cualquier persona como son la legítima defensa y el estado de necesidad".¹⁶⁴

VIII.- Causas singulares o personales de licitud.

"Son las que pueden hacer valer determinadas personas como son el ejercicio legítimo de un derecho y el cumplimiento legítimo de un deber".¹⁶⁵

¹⁶⁴ Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I. El Derecho Penal- El delito. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1989, p. 390.

IX.- La causas de justificación y los restantes aspectos negativos del delito.

1) Las causas de licitud y la ausencia de conducta.

En la causa de justificación existe una conducta típica pero no es antijurídica por mandato legal.

En la ausencia de conducta, no existe ésta por faltar la voluntad. Así se encuentra previsto en el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal en la, fracción I, que dice: "El delito se excluye cuando: I. El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente".

2) Las causas de licitud y la atipicidad.

En la causa de licitud existe una conducta típica pero no antijurídica por mandato legal.

En la atipicidad existe una conducta pero ésta no se conforma al tipo, por lo tanto es atípica.

¹⁶⁵ Magiore, Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I. El Derecho Penal- El delito. Reimpresión de la segunda edición. Editorial Temis. Bogotá-Colombia, 1989, p. 390.

3) Las causas de licitud y la inculpabilidad.

En la causa de licitud existe una conducta típica pero no antijurídica por mandato legal y tampoco culpable.

En la inculpabilidad encontramos una conducta típica, antijurídica, pero no culpable por existir ya sea inimputabilidad, error de prohibición o no exigibilidad de otra conducta.

X.- El consentimiento (causa de licitud)

En tratándose de bienes jurídicos disponibles parte de los autores mencionan que el consentimiento funciona como una causa de licitud.

Eugenio Cuello Calón dice "La razón de la eficacia del consentimiento se halla en la falta de interés por parte del Estado para castigar ciertos hechos cuando el titular del derecho se desinteresa del bien jurídico protegido".¹⁶⁶

Francisco Antolisei considera que "en otros casos, la función del consentimiento es diferente: el hecho responde ciertamente a la hipótesis abstracta de un delito; es decir, se dan todos los presupuestos exigidos

¹⁶⁶ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal, Dieciseisava Edición, Barcelona, España, Editorial Boch, 1974, p. 352.

por una norma incriminadora especial, pero a causa de la voluntad del titular del bien protegido, la punibilidad desaparece. El consentimiento en estas hipótesis elimina del hecho la nota de la ilicitud penal y constituye una causa de justificación. El motivo para nosotros estriba, como en todas las causas de justificación, en la falta de daño social, que explica la intervención del Estado con la sanción punitiva y, por tanto en la carencia de interés en la represión. Efectivamente, el abandono del bien jurídico por parte del titular importa la inexistencia de un perjuicio privado, y faltando este, a fortiori no puede haber daño público".¹⁶⁷

Mariano Jiménez Huerta, señala: "por nuestra parte, estimamos que el consentimiento del titular del bien jurídico afectado por la conducta que es objeto de valoración jurídico-penal, es una verdadera causa impeditiva del nacimiento y existencia del injusto en orden a aquellas conductas en que, precisamente, la naturaleza antijurídica de las mismas presupone la voluntad contraria de la persona que es titular del bien jurídico que resulta afectado. El consentimiento del titular del bien jurídico crea en estos casos una situación de hecho que tiene evidente influencia sobre la existencia de la antijuricidad concretizada en los tipos penales, ya que la situación de hecho que surge del consentimiento en cuanto demostrativa del desinterés del titular del bien jurídico que resulta afectado, no puede ser reputada como antijurídica por faltar en ella el

¹⁶⁷ Antolisei, Francisco, Manual de Derecho Penal, Parte General, Octava edición, corregida y actualizada, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1988, p. 201.

elemento esencial -el interés del titular- requerido para poder juzgarla como lesiva de un bien e interés jurídico".¹⁶⁸

Francisco Muñoz Conde, considera que "existen preceptos que en los que, expresa o tácitamente, se concede eficacia al consentimiento del titular del bien jurídico protegido como elemento del tipo de injusto del delito en cuestión. Se trata de aquellos casos, como la libertad domiciliaria, la propiedad, etc., en los que el ordenamiento jurídico reconoce al titular una facultad dispositiva sobre el bien jurídico. Así por ejemplo, en el delito de allanamiento de morada se construye sobre la base de la oposición del morador a que alguien entre o se mantenga en la morada y el delito de hurto, sobre la base de que el dueño de la cosa mueble ajena no consiente en que otro se apodere de ella. Esta referencia al consentimiento en algunos tipos penales específicos hace que se la considere más como una causa de exclusión de la tipicidad, que como una causa de justificación. Sin embargo, al delimitar el consentimiento el ámbito de realización de los demás elementos típicos y con ello, la protección del bien jurídico, parece más correcto tratarlo como una causa de justificación".¹⁶⁹

Silvio Ranieri, nos dice que "puede sostenerse que es más conforme con la naturaleza del consentimiento considerarlo como un acto jurídico que produce como efecto suyo, la exclusión de la ilicitud de un

¹⁶⁸ Jiménez Huerta, Mariano, *La Antijudicialidad*, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 152; asimismo en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19, p. 78.

¹⁶⁹ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del Delito*, Reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1999, p. 94.

hecho previsto por delito, ya que en estos casos el Estado no tiene interés en el castigo. Para que el consentimiento del derechohabiente se tenga como causa de exclusión de la ilicitud, es preciso que se trate de una hipótesis distinta de aquellas en que su existencia (por ejemplo en la usura), o su ausencia (por ejemplo en la violencia carnal) se suponen, explícita o implícitamente, como elemento de la figura legal, por cuanto el problema que puede surgir en tales casos se refiere de modo directo a la tipicidad del hecho. En efecto en el primer caso, la existencia del consentimiento hace que el hecho sea conforme al tipo legal, y en el segundo caso excluye que el hecho corresponda a él. Pero en los demás casos en los cuales el hecho conforme al tipo legal, (por ejemplo, daño en cosa ajena) no es ilícito por la existencia del consentimiento".¹⁷⁰

Ignacio Villalobos refiere que "hay algunas figuras o algunos tipos de infracciones en que la ley se propone proteger el ejercicio de una libertad, sancionando a quien hace violencia o se vale de engaños para obtener lo que espontáneamente no se le concede; así, la libre disposición de los bienes patrimoniales, como atributo de la propiedad, lleva consigo, como protección, una pena para quien se apodera de lo ajeno con violencia, furtivamente o por medio de engaños, lo que vale tanto como decir que sustrae del dominio de otra persona los bienes cuya libre disposición pertenece a ésta. También se puede poner como ejemplo la libertad sexual en que se ha tratado de garantizar a las personas contra todo atentado que pretenda invadir el campo del pudor o de actividades que sólo pueden ser lícitas cuando son consentidas. Este

¹⁷⁰ Ranién, Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1975, p. 200.

consentimiento hace desaparecer el interés que en los delitos correspondientes consiste en que no se viole una facultad de autodeterminación; y por tanto elimina el carácter antijurídico del acto".¹⁷¹

Edmundo Mezger refiere que "el injusto puede faltar al hecho si este tiene desde un principio una característica que suprime el injusto. Hablamos en este caso de del principio de la ausencia del injusto (principio de la ausencia de interés; principio de la ausencia de necesidad de protección). El principio en cuestión adquiere significación en los casos siguientes: a) El consentimiento del lesionado, y b) El consentimiento presunto. Pero el injusto puede faltar al hecho también porque lo favorece un derecho eficiente. En este caso hablamos del principio del derecho preponderante (principio del interés preponderante; principio de la preponderancia de la necesidad de protección. Tal principio de aplica en estos casos: a) Derechos especiales de acción, b) Deberes especiales de acción, y c) Como resultado del principio de la valuación de los bienes jurídicos".¹⁷²

Nuestro Máximo Tribunal ha mencionado en una de sus tesis que:
CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO.

Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta

¹⁷¹ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Segunda Edición, México, 1967, Editorial Porrúa, 1975, p. 352

¹⁷² Mezger, Edmud, Derecho Penal, Libro de Estudio, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990, pp. 162-163.

afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica.

Amparo penal directo 4699/52. Scolari Llaguno Humberto y coagraviado. 22 de noviembre de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Rafael Matos Escobedo. La publicación no menciona el nombre del ponente. Instancia: Sala auxiliar. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Quinta Epoca. Tomo CXXII. Tesis: Página: 1348. Tesis Aislada.

A estos argumentos consideramos que se les opone que "no hay renuncia privada a la tutela jurídica. El concepto de renuncia a la tutela jurídica nada tiene que ver con el consentimiento. A la tutela jurídica renuncia aquél que no hace uso de la facultad que la ley le concede para la defensa y reintegración del interés protegido; pero en el tema del consentimiento no puede decirse que el interesado omita hacer uso de la tutela jurídica".¹⁷³

¹⁷³ Jiménez Huerta Mariano, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19, p. 72 y 73.

Nosotros creemos que al conformarse el Derecho Penal de normas prohibitivas y normas permisivas, las normas prohibitivas protegen mediante los tipos penales bienes jurídicos y las normas permisivas tiene la eficacia de volver lícito un comportamiento típico.

Consideramos que el consentimiento del titular del bien jurídico no vuelve lícita la conducta, ya que anterior al estudio de la antijuridicidad se encuentra la tipicidad y los problemas que se pudieran presentar en cuanto al consentimiento de bienes jurídicos disponibles se pueden resolver en la tipicidad (en cuanto al estudio de los elementos normativos). Además de que no se puede aceptar que el consentimiento vuelva lícita la conducta, esto sería tanto como afirmar que el consentimiento vuelve lícito un robo, o que estamos en presencia de un allanamiento de morado justificado, de una violación o abuso sexual justificados o que existe un daño en propiedad ajena lícito. El consentimiento lo que hace es eliminar la figura delictiva y funciona en todos los casos de bienes jurídicos disponibles como causa de atipicidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Al limitarse la eficacia del consentimiento al ámbito de los bienes jurídicos disponibles el consentimiento funciona siempre como causa de atipicidad por faltar el elemento normativo de valoración jurídica "sin consentimiento", que se encuentra expresa o tácitamente en la descripción legal.

SEGUNDA.- Siendo el fundamento del consentimiento la libertad que protege el Estado, tal libertad no puede llegar hasta el punto de negarse o a su anulación total, como sucedería en el caso de la esclavitud o de la muerte del sujeto.

TERCERA.- Al formar "el sin consentimiento" parte de los elementos normativos del tipo (expresa o tácitamente), el sujeto activo debe de conocer dicho elemento y cualquier error por parte del sujeto activo en cuanto a los elementos del tipo se debe de resolver mediante el error de tipo

CUARTA.- El consentimiento debe de ser dado con anterioridad al hecho, por persona capaz, en forma libre ya sea expresa o tácitamente.

QUINTA.- El consentimiento no tiene eficacia para excluir el delito cuando se trata de bienes jurídicos individuales e indisponibles como se corrobora en el caso del auxilio al suicidio, pues subsiste la responsabilidad de la otra persona.

SEXTA.- El consentimiento no tiene eficacia para excluir el delito en los casos de bienes jurídicos colectivos, como se corrobora por ejemplo en los delitos contra la administración de justicia.

SÉPTIMA.- No se puede considerar al consentimiento como causa de justificación, ya que si así fuera sería como afirmar que el consentimiento vuelve lícita la conducta de robo, o que estamos en presencia de un allanamiento de morada justificado, de una violación o abuso sexual justificados, o que existe un daño en propiedad ajena justificado.

OCTAVA.- La inclusión que se hizo del consentimiento en la fracción III, del artículo 15, del Código Penal es innecesaria, ya que existe una causa de atipicidad genérica contenida en la fracción II del mismo numeral.

NOVENA.- La inclusión del consentimiento es una causa específica de atipicidad, innecesaria, al igual que la regulación del error de tipo invencible, prevista en la fracción VII, inciso a) del Código Penal, ya que si el dolo es un elemento del tipo y el error de tipo es su aspecto negativo,

al faltar el dolo es una causa específica de atipicidad que ya se encuentra contenida en la fórmula genérica de atipicidad de la fracción II, del artículo 15 del Código Penal.

DÉCIMA.- La regulación del consentimiento es tan innecesaria que si el legislador reglamentara todas las causas específicas de atipicidad tendría que referirse a todos los supuestos en los que falta un elemento del tipo como sería por ejemplo en los casos en los que falte el objeto material, el nexo causal, el elemento subjetivo diverso del dolo, etcétera.

DÉCIMA PRIMERA.- No es de aceptarse el consentimiento presunto, ya que estos casos se pueden solucionar por medio del estado de necesidad justificante.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- 1.- ANTOLISEI, Francisco, Manual de Derecho Penal, Parte General, Octava edición, corregida y actualizada, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1988.
- 2.- BACIGALUPO, Enrique, La técnica de resolución de casos penales, 2ª edición, corregida y aumentada, Editorial Colex, 1995.
- 3.- BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho Penal. Parte General, Segunda reimpresión, Editorial Temis, S.A., Santa Fé de Bogotá- Colombia, 1994.
- 4.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edición aumentada, corregida y puesta al día, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1989.
- 5.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de derecho penal, volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena, Editorial Trotta, Madrid 1999.
- 6.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, Lecciones de derecho penal, volumen II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito, Editorial Trotta, Madrid 1999.
- 7.- CUELLO CÁLON, Eugenio, Derecho Penal, Dieciseisava Edición, Barcelona, España, Editorial Boch, 1974.
- 8.- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., Tipicidad e imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1998.
- 9.- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 2a. edición, Traducción del Dr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993.
- 10.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Principios de Derecho Penal, La ley y el delito, Reimpresión, Abeledo Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1997.

- 11.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo I, Introducción al estudio de las figuras típicas, Sexta edición, Editorial Porrúa, México 2000.
- 12.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, La tutela penal de la vida e integridad humana, Editorial Porrúa, México 2000.
- 13.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo V, La tutela de la familia, nación, administración pública, derecho internacional y humanidad, Editorial Porrúa, México 2000.
- 14.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, La Antijuridicidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- 15.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, La tipicidad, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1955.
- 16.- MAGGIORE, Giuseppe, Derecho Penal, Vol. I, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia 2000.
- 17.- MEZGER, Edmud, Derecho Penal, Libro de Estudio, Segunda Edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
- 18.- MUÑOZ CONDE, Francisco, Teoría General del Delito, Reimpresión de la 2a. Edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1999.
- 19.- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- 20.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal; Editorial Porrúa, México, 1998.
- 21.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Ensayo dogmático sobre el delito de violación, Tercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.
- 22.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Importancia de la dogmática jurídico penal, Primera Edición, 1954, Gráfica panamericana, S. de R. L., México, D.F..
- 23.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Programa de Derecho Penal. Parte General, Editorial Trillas, México, 1990.
- 24.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Robo Simple, Tipo fundamental, simple o básico. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.
- 25.- RANIERI, Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Editorial Temis, Bogotá.

26.- VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal. Parte General, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1975.

27.- WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán. Parte General, 11a. Edición, 4a. edición Castellana, Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, Impreso en Chile, 1993.

28.- WELZEL, Hans. La teoría de la acción finalista. Editorial de Palma, Buenos aires, 1951.

29.- WESSELS, Johannes, Derecho Penal, Parte General, Traducción de la sexta edición alemana de 1976 por el Dr. Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

CODIGOS Y LEYES

1.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Ediciones Delma, Edición 2000.

2.- Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001.

3.- Código Penal para el Distrito Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., Edición 2001.

4.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Sixta, México 2001.

DICCIONARIOS

1.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1999.

OBRAS GENERALES

- 1.- LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 1, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.
- 2.- LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 4, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1980.
- 3.- LEYES PENALES MEXICANAS, TOMO 5, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1981.

REVISTAS

- 1.- Artículo de JÍMENEZ HUERTA Mariano, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo V, julio-septiembre 1955, número 19.
- 2.- Artículo de RODRIGUEZ MINAYA, Juan Ramón, Revista Lex, 3era. Epoca, Año VI, septiembre 2000, número 63.
- 3.- Artículo de RODRIGUEZ MINAYA, Juan Ramón, Revista Locus Regis Actum, Organo de Información del Tribunal Superior de Justicia, N. 22. Nueva época, Publicación Trimestral, Junio del 2000, Villahermosa, Tabasco.
- 4.- Artículo de RUSCONI, Maximiliano, Revista Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991.