

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



CLAVE 8793-09

LA PARTICIPACION CRIMINAL DEL SUJETO QUE INDUCE A OTRO A INSTIGAR A UN TERCERO A LA COMISION DE UN DELITO DOLOSO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

MELISSA GUTIÉRREZ DE VELASCO ROMO

A S E S O R :

LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

MARZO 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Gracias Dios mío, por darme voluntad y determinación de las que tanto carezco, para poder finalizar las cosas.

Dedicada a Rodolfo y a María, porque es por ellos que intento ser mejor. Es el amor que me dan y el que les profeso, el mayor motor en mi vida, y los logros que hay y vendrán a lo largo de ésta, sólo son accesorios, porque yo ya soy feliz.

Gracias Papi (Homero), lo difícil que ha sido criarnos y darnos armas en la vida, es algo de lo que no sólo tengo conocimiento, sino que además aprecio. Sé que tú vida ha sido difícil, y créeme que si pudiera reinventartela te haría la que te mereces, una vida llena de satisfacciones y sin ningún sufrimiento, lo único que no cambiaría es el ser tú hija. A tí y a mí Mamá, con gratitud dedico especialmente ésta tesis, en reconocimiento a todos sus sacrificios porque desde que tengo memoria han trabajado duro para darnos una educación.

Gracias Mamá por haber trabajado tanto por y para nosotros, nadie estaba tan entusiasmada como tú, y nadie insistió tanto más que tú, para que yo estudiara esta carrera en ésta Universidad, te extraño mucho en estos pequeños logros de mi vida, porque principalmente tú has creído en mí.

A mis hermanos porque han sido el soporte de todos aquellos momentos buenos y malos, dicen que nadie escoge a su familia, bueno, creo que yo no podía haber escogido mejores hermanos, son ante todo mis mejores amigos.

Especialmente gracias a mis suegros, porque son una maravillosa familia de la que yo ya soy orgullosamente parte, muchas gracias por su apoyo incondicional, sin el nosotros no hubiéramos de ninguna manera salido adelante.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: Melissa Gutiérrez
De Velasco Com.
FECHA: 22 - ABRIL - 04
FIRMA: S.P. Ben

ÍNDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO: “GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL”.

1.1.	Del Derecho en general.	1
1.2.	El Derecho Penal.	3
1.3.	El Derecho Penal Sustantivo y el Derecho Penal Adjetivo.	7
1.4.	Puntos de vista en que se puede apreciar el Derecho Penal.	9
1.5.	El delito en general.	11

CAPÍTULO SEGUNDO: “ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO”.

2.1.	Definición de los elementos objetivos del delito.	14
2.2.	La conducta.	15
2.3.	Elementos de la acción.	21
2.4.	Elementos de la omisión.	24
2.5.	Ausencia de conducta.	26
2.6.	Tipicidad.	28
2.7.	Clasificación de los tipos penales.	34
2.8.	Atipicidad.	37
2.9.	Antijuridicidad.	39
2.10.	Causas de justificación.	43
2.11.	La legítima defensa.	46
2.12.	Estado de necesidad.	50
2.13.	Consentimiento del sujeto pasivo.	53
2.14.	Cumplimiento de un deber o Ejercicio de un derecho.	55

CAPÍTULO TERCERO: “ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO”.

3.1.	Definición de los elementos subjetivos del delito.	56
3.2.	La imputabilidad.	58
3.3.	La inimputabilidad.	62
3.4.	La culpabilidad.	66
3.5.	Formas de la culpabilidad.	70
3.6.	La inculpabilidad.	74

**CAPÍTULO CUARTO:
“LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO”.**

4.1.	Definición de punibilidad.	82
4.2.	Excusas absolutorias.	87

**CAPÍTULO QUINTO:
“FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO”.**

5.1.	Formas de aparición del delito.	89
5.2.	Formas normales o comunes de aparición del delito.	92
5.3.	Formas especiales de aparición del delito.	94
5.4.	Tentativa.	95
5.5.	Concurso de delito.	97
5.6.	Participación Criminal en amplio sentido.	99
5.7.	Autoría	100
5.8.	Participación Criminal en estricto sentido.	101
5.9.	Complicidad.	102
5.10.	Instigación.	103

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Son aquellas conductas consideradas como delitos, las que han provocado a lo largo de la historia de todos los pueblos, graves problemas sociales que conllevan a la difícil convivencia.

Y es precisamente el lograr ese bienestar social, la razón o el motor, que ha movido a diferentes estudiosos del derecho, ha profundizar en el tema del delito, a efecto de castigarlo y así poder evitar su realización.

Por ende, tuvo que pasar muchos años, para determinar el concepto de delito. A lo largo de la historia han existido diversos investigadores del Derecho Penal, que dirigieron sus estudios a establecer que conductas humanas debían considerarse como delictivas.

Ahora, si bien es cierto que el delito en sí, es un tema importante para ésta tesis, no menos cierto es que, dicho análisis, que por cierto es muy preciso y enfocado a lo que me concierne, constituye sólo la antesala del verdadero estudio que se realiza para tratar de resolver el problema que se plantea.

Pues me sería imposible dilucidar cualquier cuestión referente a la participación o autoría del sujeto que induce a otro a instigar sobre un tercero a la realización de un delito doloso, sin que en primer instancia se determine el concepto de delito, así como los elementos que lo configuran, y que son: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la inculpabilidad y finalmente la punibilidad, así como el aspecto negativo que les corresponde a cada uno de los elementos ya mencionados, y que en presencia de cualquiera de estos aspectos negativos se anulará la configuración del delito, por ello, y tal como

se verá en el desarrollo de ésta tesis, se les conoce como causas excluyentes del delito.

Por tal motivo es que también las causas excluyentes del delito, son tema de interés para esta tesis, ya que tan es importante los elementos que hacen posible la configuración del delito, como así también lo son, las causas que impiden su configuración.

Por otro lado, y como lo mencioné en supralíneas, la cuestión del delito es sólo un preámbulo para resolver el problema que se plantea ésta investigación.

Pues no basta con ampliamente entender el concepto de delito, ya que dicho tema lleva implícito el cuestionamiento de cómo es que se ejecutan o como es la forma de aparición del delito; más sin embargo, para no entrar en conflicto desde este momento, al respecto sólo mencionaré que esta tesis, también abarca las formas que se establecen actualmente en nuestro Código Penal vigente en el Estado, en que el delito puede ser ejecutado, así como el grado de participación de quienes se involucran en la realización del ilícito.

Más principalmente debo decir, que es de primordial interés, esclarecer aquel grado de participación de la instigación en cadena, ya que nuestra legislación penal, es ambigua al contemplar el grado de participación criminal, de aquellos sujetos que no tienen una relación directa con el delincuente, y por conducto de un sujeto de intermediario, se determina a un criminal a realizar un ilícito, es decir, hoy en día existen delitos que son ejecutados por una persona que dolosamente ha sido determinada o movida a dicha realización, aparentemente por otro sujeto, cuando detrás de éste hay otro más, quien ha concebido la idea de delinquir, y quizá es quien tiene un interés primordial en la comisión del ilícito.

Tenemos tres o más sujetos, el de atrás, que determina a uno de adelante, a instigar sobre un tercero para la comisión dolosa de un delito. Frente a tal

situación podría parecer difícil determinar el grado de participación de los tres sujetos, ¿Quién es el autor intelectual?, ¿Quién tiene el carácter de instigador?, y finalmente ¿Quién finalmente es considerado el autor del delito?.

Ahora bien, la instigación, dice la teoría del delito, es aconsejar a un sujeto para que realice una conducta delictiva, el cual al consumarse, convierte al primer sujeto en autor intelectual y al sujeto que comete el delito, en autor material.

Una vez consumado el delito doloso, se encuentra perfectamente bien definida la participación de ambos actores, pero aquí cabe el supuesto que ocasiona el problema, el supuesto de la intervención de un tercero que concibe la idea de iniciar la cadena de inducir a un sujeto para que éste instigue a su vez a otro para la realización de una conducta delictiva, realizando finalmente el delito el tercer sujeto, es entonces cuando existe confusión en determinar ¿Cual es el grado de participación o autoría que tiene el primer sujeto que inició la cadena?.

Siendo éste un supuesto no contemplado en ley, es que la presente investigación tendrá por objeto determinar la autoría o el grado de participación criminal que tiene o no el sujeto que idea o concibe el delito que no habrá de ser cometido por él mismo sino por un tercero, que fue aconsejado o determinado a cometerlo.

CAPITULO PRIMERO

“GENERALIDADES DEL DERECHO PENAL”

1.1 DEL DERECHO EN GENERAL

La palabra Derecho proviene del vocablo latino *directum* que significa "lo que está conforme a la Regla, a la ley", es decir, "lo que no se desvía a un lado ni a otro, lo que es recto".

Hoy sabemos que el Derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los seres humanos dentro de una colectividad.

Por lo que respecta a la norma jurídica, ésta es la regla de conducta de observancia obligatoria.

La norma jurídica es externa, porque regula los comportamientos exteriores expresados como actos u omisiones voluntarias; bilateral, por que además de conceder derechos impone obligaciones, siendo recíproca; coercible, porque se puede imponer a la fuerza, aún en contra de nuestra voluntad; heterónoma, porque es otra la persona que nos la puede imponer.

Los elementos que conforman la norma jurídica son:

1. Supuesto

2. Presupuesto

3. Postulado de hecho

4. Hipótesis

Las anteriores denominaciones, no son más que la descripción de la conducta, misma que es el primer elemento de la norma jurídica, siendo el segundo la consecuencia, que se traduce en la sanción.

A diferencia de las otras normas jurídicas, en la norma jurídica penal, la consecuencia o sanción, se traduce en la pena, de ahí la denominación de derecho penal.

Por lo que hay que determinar el concepto de Pena, y por ésta se entiende el castigo que impone el Estado a la persona que comete un delito.

En base a lo anterior, es que se define al Derecho Penal, como una rama del derecho Público interno, relativo a los delitos, las penas y las medidas de seguridad, con la finalidad de preservar o conservar el orden social.

La finalidad del Derecho Penal, al igual que el de todo derecho, es preservar el orden común. Por eso su naturaleza es esencialmente punitiva, porque el Derecho Penal es capaz de crear y conservar el orden social.

1.2 EL DERECHO PENAL

El Estado es el ente que debe regular todas y cada una de las acciones y las omisiones que exteriorice el hombre como parte integrante de una sociedad; originándose de este modo la obligación por parte del Estado de crear dentro de los límites jurisdiccionales que debe de observar, un orden jurídico social dotado de penas, de medidas de seguridad y de medidas preventivas, buscando con ello un orden social adecuado a la modernidad.

Este orden jurídico social creado por el Estado es el que da nacimiento a las normas jurídicas que imponen derechos y obligaciones a todo individuo como parte integrante de una sociedad, y como tal su observancia tiene carácter obligatorio. En este marco jurídico, el Estado debe proporcionar a sus gobernados la Garantía de Seguridad para la plena socialización de los individuos.

Luego entonces, el Derecho Penal surge como una necesidad del hombre, operando en el sentido de impedirles hacerse daño o lesionarse en su persona o en sus bienes, es decir, prohibiéndoles rebasar los límites concedidos a sus libertades y derechos. El Derecho Penal es entonces el arma que utiliza el Estado para eliminar o impedir los conflictos o lucha de intereses antagónicos y por tanto ofrecer a sus integrantes, la posibilidad de convivir bajo un estatus de paz y orden social sin importar razas creencias ni manifestaciones políticas.

El Estado es general y por lo tanto dentro de sus límites y con sus deficiencias, por ello es pues importante establecer que con el derecho penal quedan protegidos los valores y bienes más importantes de la sociedad, y que para ello son elevados a la categoría de bienes jurídicos tutelados, tales como la vida, salud, libertad, sexualidad, patrimonio y seguridad.

Una referencia del derecho penal tratado como ciencia es la que hace Maggiore afirmando que, *“la expresión del derecho penal se aplica para designar tanto el conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), cuanto a la ciencia del derecho penal, estimada como una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual”*¹.

Vemos que el derecho es un conjunto de normas jurídicas y que de acuerdo a los hechos de que se ocupa deriva en diferentes clasificaciones. Dentro de esta clasificación encontramos a la rama del derecho que se ocupa de las normas que se aplican a los delincuentes por la comisión de algún delito; a partir de este momento, nos avocaremos al estudio de tal normatividad y la cual se traduce en lo que todos conocemos como Derecho Penal.

Sentando como precedente que la Ontología del Derecho, se traduce en que el Derecho es único pero se ha dividido para su aplicación y estudio en:

Derecho Público: Que es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares gobernados.

Derecho Privado: Que por su parte es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los particulares.

Derecho Público Interno: Que de igual forma es el conjunto de normas jurídicas que tienen vigencia dentro de un territorio con una población y un gobierno y tiene como finalidad el bien común.

Derecho Público Externo: Que es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los Estados que conforman la comunidad mundial.

¹ Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo I, 2ª de., Ed. Temis, Bogotá, 1989, pág. 3.

Una vez determinado lo anterior, ahora sí definiremos al Derecho Penal como una rama del derecho público interno, relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, con la finalidad de preservar o conservar el orden social.

El Derecho Penal es una rama del Derecho ya que se forma por un conjunto de normas jurídicas.

Proviene del Derecho Público, toda vez que rige las relaciones del Estado como ente soberano, con los particulares; es decir, la relación entre el Estado y el delincuente cuando hay un delito; que este Derecho público es interno porque estas relaciones se llevan a cabo dentro del territorio del Estado; su objetivo primordial consiste en la creación y conservación del orden social, elementos que el Estado como ente regulador de una sociedad está obligado a crear y ofrecer a todos sus integrantes para lograr relaciones sociales pacíficas que permitan a los mismos lograr sus propios fines o de grupo; que los hechos de los que se ocupa son los delitos, las penas y las medidas de seguridad que a la vez se convierten en las armas que hace valer el Estado para regir las conductas de sus integrantes, dirigiéndolos a que no rebasen los limitantes que deben observar en práctica de su convivencia y relaciones sociales.

Según establece el Código Penal para el Estado de Guanajuato, el delito puede ser cometido por acto o por omisión. Por otro lado el artículo 33, del mismo reglamento legal, habla de los aspectos negativos de una definición del delito que se conoce dogmáticamente y que es la siguiente: El delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

Aunque el Código Penal vigente no contiene esta definición, el artículo 33, al hablar de los aspectos negativos de los elementos que conforman esta definición de delito, hace presuponer la existencia de los elementos positivos.

Retomado el tema de los elementos que conforman la definición del Derecho Penal, uno de éstos es la Pena por la que entendemos como la sanción que establece el Derecho para determinada conducta de un sujeto; es decir, pena es el castigo que impone el Estado a la sanción de un delito.

Las medidas de seguridad son consideradas como aquellos tratamientos de naturaleza preventiva que responden a los fines de seguridad.

Por orden social entendemos el convivir diario de la sociedad bajo un estatus de paz por lo que esta definición se abarca de manera general.

Para Amuchategui Requena *“El Derecho Penal es el conjunto normativo perteneciente al Derecho Público, que tiene por objeto al delito, al delincuente y la pena o medida de seguridad, para mantener el orden social mediante el respeto de los bienes jurídicos tutelados por la ley.”*²

Raúl Carrancá y Trujillo estima que *“el Derecho Penal es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define a los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.”*³

La finalidad del Derecho Penal al igual que el de todo Derecho, es la de preservar el orden común. Por eso su naturaleza es esencialmente punitiva, por lo que el Derecho Penal es capaz de crear y conservar el orden social.

² Amuchategui Requena. Tratado de Derecho Penal, Reus, Madrid, 1926, t. I, pág. 5.

³ Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano. Parte General, 8ª ed., Ed. Libros de México, S.A., pág. 17.

1.3 EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.

Según se ha visto, el Derecho Penal se integra con normas relativas al delito, a la pena y las demás medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto, la verdadera sustancia del Derecho Penal la constituyen tales elementos; de ahí la denominación de *Derecho Penal Sustantivo o material*.

El Derecho Penal Sustantivo, concreta la noción del delito y determina sus consecuencias.

Las normas del Derecho Penal Sustantivo, no deben aplicarse en forma arbitraria y autoritaria, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objetivo consiste en señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y recibe el nombre de *Derecho Adjetivo o Instrumental*, y, con mayor frecuencia, Derecho Procesal Penal.

El *Derecho Procesal* suele definirse como *el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares*.

Al respecto Eusebio Gómez expresa que el Derecho Procesal Penal regula el desenvolvimiento del proceso penal.⁴

Según Manuel Rivera Silva, el Derecho Procesal Penal es "*el conjunto de reglas que norma la actividad estatal, que tiene por objeto el eslabonamiento del delito con la sanción*"⁵.

Por lo que es importante determinar el concepto de Proceso, que no es más que el conjunto de actos ordenados o concatenados entre sí, que tiene por

⁴ Gómez, Eusebio, Tratado de Derecho Penal, I, pág. 83. Buenos Aires, 1939.

⁵ Rivera Silva Manuel, El Procedimiento Penal, México, pág. 17.

finalidad la aplicación de la norma general al caso concreto, resolviendo controversias.

Y es precisamente el Derecho Adjetivo, quien viene a señalar como se aplica el Derecho Sustantivo.

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

El Derecho Penal se puede tratar desde diferentes puntos de vista.

El Derecho Penal en sentido Objetivo o material, señala que es el conjunto de normas jurídicas, relativo a las penas, los delitos y a las medidas de seguridad.

Dice Cuello Calón, *“El Derecho Penal, en sentido objetivo, es el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados”*.⁶

Para Pessina *“es el conjunto de principios relativos al castigo del delito”*.⁷

Según Edmundo Mezger, *“El Derecho Penal Objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica”*.⁸

Raúl Carranca y Trujillo estima que *“el Derecho Penal objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación”*.⁹

En tanto que para Von Liszt, lo define como *“el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia el crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia”*.¹⁰

⁶ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, 9ª ed., Ed. Editora Nacional, México, 1961, pág. 8.

⁷ Pessina, Elementos de Derecho Penal. Madrid, 1892. pág. 1.

⁸ Mezger, Tratado de Derecho Penal, II, Madrid, 1935, págs. 27 y 28.

⁹ Op. cit., pág. 17.

¹⁰ Von Liszt, Franz. Tratado de Derecho Penal, II, 3ª ed., Madrid, Reus, 1927, pág. 5.

El Derecho Penal en sentido subjetivo, indica Fernando Castellanos, se identifica con el *jus puniendi*: es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado que mediante leyes, intimida la realización del delito con penas y en su caso imponerlas y ejecutarlas.¹¹

Para Cuello Calón “Es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad”.¹²

Difiere del anterior criterio Julio Klein para quien la sanción penal no es un derecho sino un deber del Estado; el único *deber ser* que se contiene en la norma primaria penal.¹³

Concluyendo el Derecho Penal Subjetivo, es el conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad.

¹¹ Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal. 36ª ed., Ed. Porrúa, México 1996, págs.21 y 22.

¹² Op. cit., pág 8.

¹³ Klein, Julio. Ensayo de una Teoría Jurídica del Derecho Penal, México, pág. 33.

1.5 EL DELITO EN GENERAL.

En nuestro Código Penal del Estado en su artículo 8 nos establece que el delito puede ser cometido por acción o por omisión, es decir, es el acto u omisión realizado por una persona y el cual es sancionado por las leyes penales.

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

Según la definición del diccionario de la lengua Española este nos indica que es considerado como un crimen, quebrantamiento de la ley, acción o hecho deplorable.

De los anteriores conceptos, podemos percibir algo en común y es que tal acción es contraria a la ley.

Pues aún con la distancia de tiempo entre las anteriores definiciones, podemos darnos cuenta que el término delito, no se ha apartado de ser un hecho contrario a lo que marca la ley.

Algunos de los juristas más importantes de la historia manifiestan sus ideas respecto al delito, lo cual queda perfectamente determinado en las siguientes definiciones:

Ignacio Villalobos, manifiesta que *“cada delito en particular se realiza necesariamente en la naturaleza o en el escenario del mundo, pero no es naturaleza la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a*

*priori, una forma creada por la mente humana para agrupar o clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza".*¹⁴

Para Edmundo Mezger, una definición jurídico sustancial del delito lo es como el lo manifiesta *"la acción, típicamente antijurídica y culpable"*.¹⁵

Por otro lado Federico Hegel, nos dice que *"entiende que a la voluntad irracional, de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce, el delito es negación del derecho y la pena es negación del delito"*.¹⁶

En tanto que para el penalista alemán Franz Von Liszt, él sostuvo que el *"delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas"*.¹⁷

Como lo mencione en párrafos anteriores en nuestro Código Penal del Estado en su artículo 8 nos establece que el delito puede ser cometido por acción o por omisión, sin contemplar la definición dogmática que es: "El delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible". Como se verá a continuación esta definición está comprendida por elementos positivos, que al constituirse en su totalidad dan existencia al delito, más sin embargo, cada uno de estos elementos positivos tienen a su vez un aspecto negativo que nulifica al elemento positivo que le corresponde, y no permitiendo la constitución del delito; al respecto debo decir que aunque el mencionado precepto legal, explícitamente no contenga estos elementos, el diverso artículo 33 de dicho ordenamiento, menciona los aspectos negativos, lo que hace suponer la

¹⁴ Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, 2ª edición, Porrúa, 1960, págs. 198, 199 y 200.

¹⁵ Op. cit., pág 156.

¹⁶ Tratado de Derecho Penal, t: I, Madrid, 1955, pág.156.

¹⁷ Von Liszt, Franz. Op. cit., pág 156.

existencia de los elementos positivos y así la vigencia de la definición dogmática del delito, ya mencionada.

Tal y como lo mencione anteriormente el delito se conforma de diversos elementos que conforman un todo. Estos elementos del delito han sido el producto de muchos años de estudio, pasando por etapas, ideas, doctrinas, corrientes, etc. La aportación de diversos estudiosos de el derecho penal, ha traído en seis los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo, es decir a partir de la configuración de todos y cada uno de los predicados de la conducta o hecho, se estudia el delito en dos esferas; una referente a la existencia e inexistencia del hecho delictivo, (aspecto positivo y negativo), otra referente a las formas de aparición del delito. Los cuales son los siguientes:

Positivos	Negativos
1. – Conducta	1. - Ausencia de conducta
2. – Tipicidad	2. – Atipicidad
3. – Antijuridicidad	3. - Causas de justificación
4. – Imputabilidad	4. – Inimputabilidad
5. – Culpabilidad	5. – Inculpabilidad
6. – Punibilidad	6.- Excusas absolutorias

A cada elemento positivo le corresponde su respectivo aspecto negativo, en la forma en que están enunciados, pues como es ampliamente conocido al faltar un elemento positivo el delito, éste no se configurará, lo mismo ocurre al aparecer uno o varios aspectos negativos del mismo.

CAPITULO SEGUNDO

“ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO”

2.1 DEFINICION DE LOS ELEMENTOS OBETIVOS DEL DELITO

La aportación de importantes juristas de todas las épocas, la contraposición de sus ideas con otros y la diversidad de teorías del delito, logran la definición dogmática del mismo, y que hoy se conoce como:

“El delito es la conducta, típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible”.

De la anterior definición se desprende entonces que la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad son los elementos objetivos del delito.

Y son objetivos por que se desarrollan afuera del sujeto, es decir fuera de su intelecto.

De ahí tenemos que el resto de los elementos a excepción de la punibilidad, son los elementos subjetivos del mismo, estamos hablando de la imputabilidad y de la culpabilidad, los que analizaremos en el siguiente capítulo.

Por lo que en este capitulo nos ocuparemos exclusivamente de los tres elementos objetivos del delito, así como del aspecto negativo que le corresponda a cada uno de estos.

2.2 LA CONDUCTA.

La conducta no es solamente el primer elemento objetivo del delito y configura la cimentación sobre la cual versan los otros elementos esenciales del mismo. Si no que además sin la conducta no se puede decir que exista delito.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir.

Expresa Fernando Castellanos que “la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”.¹⁸

Es decir, es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

A la luz del Derecho Penal, sólo son importantes y trascendentes las conductas humanas, que constituyan un delito, pues si bien es cierto que acontecimientos de la naturaleza también provocan un resultado material, es decir una modificación en el mundo exterior, no menos cierto es que, no está en las manos del Estado controlar o evitar dicho resultado que podría provocar una afectación, es por eso que un delito sólo puede ser cometido por un humano que voluntariamente realizó un movimiento corporal que trajo como resultado una modificación en el mundo exterior.

Ahora bien, no toda conducta voluntaria, no todo movimiento corporal que produzca una modificación en el mundo exterior, es considerada como delictiva, además debe ser una conducta que afecte un bien jurídico tutelado, un bien protegido por el Estado, una conducta que esté prohibida por la norma, o una conducta que se traduzca en la inobservancia de esa norma.

¹⁸ Op. cit., pág 149.

Además esa conducta debe ser realizada por un impulso corporal que se de por consecuencia de la voluntad. Más sin embargo la voluntad es algo que analizaremos no sin antes precisar que el término conducta recibe diferentes denominaciones que van desde precisamente conducta hasta acto, acción, o hecho.

Podría decirse que en sentido ordinario o común, *hecho* es cualquier acontecimiento humano o de la naturaleza, que por efectuarse en el escenario del mundo es un hecho.

En la Teoría del Derecho se entiende por hechos jurídicos los acontecimientos a los cuales el Derecho atribuye ciertas consecuencias. Según ésta referencia, todo delito es un hecho jurídico.

Por ello es que algunos autores han realizado sus propias denominaciones de conducta y de hecho. Al respecto Porte Petit, escribe que "...pensamos, no es la conducta únicamente, como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo".¹⁹ En virtud de que según dicho autor el hecho se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal, existiendo este nexo causal en los ilícitos que provocan un resultado material, en tanto que hay ilícitos de simple actividad o inactividad que comportan sólo un resultado jurídico.

En conclusión, el Hecho comprende la conducta más al resultado y su necesario nexo causal, claro que el resultado al que se refiere el mencionado autor, es el resultado material.

Este autor junto con otros más, entiende la conducta como sólo un acto o una omisión (actividad o inactividad) que tiene sólo un resultado jurídico.

¹⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Programa de Derecho Penal Parte General, Ed. Trillas, México, 1990, pág. 160.

Más sin embargo, al respecto debo decir que contrario a lo anteriormente expuesto por el autor Porte Petit, las conductas expresadas como actos positivos, estoy hablando de la comisión, de la ejecución de un acto, conductas que se traducen en una actividad, sí importan un resultado material, y no sólo jurídico como lo expresa dicho autor, el ejemplo más claro es el delito de homicidio, donde se lleva a cabo una conducta expresamente prohibida por la norma, teniendo como resultado uno material, en tal virtud en dichos actos positivos, existe una relación de causalidad, un nexo causal.

Por lo que respecta a la denominación “acción” tratada desde un sentido amplio, se entiende que es la actividad o la inactividad voluntaria. Es decir que hablando de la conducta como acto u acción desde un sentido amplio, se comprenden los haceres positivos o negativos, los actos en sentido estricto y las abstenciones.

Para el autor Cuello Calón, la acción en sentido estricto es “el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca”.²⁰

En tanto que para Eugenio Florián, “la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por eso determina una variación, aun cuando sea ligera o imperceptible”.²¹

Más sin embargo la acción en sentido estricto es sólo una de las formas de la conducta, ya que otras de las formas en que ésta última se da son: la omisión, y la comisión por omisión.

Cuando hablamos desde el punto de vista positivo de la conducta, estamos hablando de una acción, de un hacer efectivo, y cuando hablamos del

²⁰ Op. Cit., pág 56.

²¹ Florián, Eugenio. Parte General del Derecho Penal, t. I, Habana, 1929. pág. 559.

punto de vista negativo de la conducta estamos hablando de una abstención, de algo que no se llevó a cabo.

Es por eso que hay la conducta positiva que se traduce en un hacer, en un llevar a cabo, en una comisión; y la conducta negativa que se traduce en un no hacer, en un no llevar a cabo, lo que se conoce como omisión, que también se le llama omisión propia o simple.

Por lo que dentro de la clasificación de delitos, entre otros se encuentran los de acción y los de omisión.

Y de ahí que existan dos clases de normas jurídicas penales.

Normas jurídicas prohibitivas y las normas jurídicas dispositivas, las primeras que prohíben realizar una conducta, y las segundas que mandan u ordenan realizar una conducta.

Cuando llevamos a cabo una conducta prohibida por la norma jurídica, estaremos en presencia de una acción que se traduce en una comisión, y así estaremos violando una norma jurídica prohibitiva; cuando no llevemos a cabo una conducta que la norma jurídica expresamente nos ordena hacer, estaremos en presencia de una abstención u omisión y estaremos violando una norma dispositiva.

Sería absurdo confundir una abstención u omisión, con la ausencia de conducta que es el aspecto negativo del elemento conducta del delito, ya que como lo mencioné en párrafos anteriores, la omisión es otra de las formas en que la conducta se puede dar, pues basta que esta omisión violé una norma dispositiva, es decir, no se realice algo que esta ordenado hacer por la norma, para que se considere a dicha abstención como una conducta, ya que dicho

elemento se trata en sentido amplio cabiendo dentro de esta la acción y la omisión.

Luis Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra “acto” en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo “acción” y del negativo “omisión”.²²

Es por eso que dentro del concepto de conducta, debe comprenderse la acción y la omisión, el actuar y la abstención, el hacer positivo y el hacer negativo.

Pero la conducta además, puede presentar otra forma que es la comisión por omisión, donde se violan dos normas, la prohibitiva y la dispositiva. Pues mientras la acción se integra mediante una actividad conocida como ejecución voluntaria; la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse, por lo que a estos delitos se les llama de omisión impropia y son los que tienen un resultado material.

El propio Código Penal vigente en el Estado establece en el segundo párrafo de su artículo 9º que “En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía hacerlo y además tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”...

Pero toda conducta, sin importar la forma en que esta se manifiesta que puede ser, por acción o comisión, abstención u omisión, o comisión por omisión, prevalece un factor rector que es la voluntad, y que no es otra cosa más que la causa del movimiento corporal, o de la abstención, y esto a la vez será la causa para tener su propio efecto que será el resultado, el que podrá ser jurídico o

²² Jiménez de Asúa, Luis, Principios del Derecho Penal. La Ley y el Delito, 3ª ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990 pág. 326.

material, dependiendo de la forma en que la conducta se dio. Es por ello que la relación que mencionamos y que se conoce como nexo causal solo existe entre los ilícitos de resultado material, y respecto a los ilícitos de simple inactividad comportan sólo el resultado jurídico.

En consecuencia es que en las conductas de sólo inactividad que tienen como resultado uno jurídico, no existe nexo causal estamos hablando de los delitos por omisión simple o propia, en los que sólo una inactividad traen como consecuencia un resultado jurídico no material, a diferencia de los delitos de comisión, y en los delitos de comisión por omisión, donde en los primeros hay un hacer efectivo, una actividad, y en consecuencia un resultado material; en tanto que en los segundos hay una doble violación de deberes, de obrar y de abstenerse, violándose con ello dos normas una dispositiva y una prohibitiva, y con ello provocando tanto un resultado material como uno jurídico.

Por lo que en base a todo lo anteriormente señalado, se concluye entonces que la conducta es la manifestación de voluntad hacia el exterior, que se expresa a través del movimiento corporal positivo o negativo, en tanto que la voluntad no es otra cosa más que la capacidad de autodeterminación del hombre.

2.3 ELEMENTOS DE LA ACCION

Pero la acción tiene sus propios elementos y al respecto, Celestino Porte Petit, escribe: "Generalmente se señalan como elementos de la acción: una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad... La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado. La conducta es un concepto que excede el campo específico del derecho penal, que traduce sólo la expresión del actuar humano. Existen conductas que son típicas y pueden ser constitutivas de delitos y por lo mismo relevantes para el derecho penal".²³

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son: un acto de voluntad y una actividad corporal.²⁴

Para Luis Jiménez de Asúa, son tres los elementos de la acción: manifestación de voluntad, resultado y relación de causalidad.²⁵

Para Edmundo Mezger, la acción tiene los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.²⁶

La mayoría de los anteriores autores, podrían diferir en los elementos de la acción, más sin embargo coinciden en uno de ellos, que es la relación de causalidad, pues para que la conducta que puede ser comitiva u omitiva, se considere delictiva, debe haber una relación causa y efecto entre la voluntad y el movimiento corporal o la abstención. A esta relación se le llama de causalidad, la

²³ Op. Cit., pág. 165.

²⁴ Jiménez de Asúa, Op. Cit., pág. 326.

²⁵ Cuello Calón, Op. Cit., pág. 10.

²⁶ Op. Cit., pág. 55.

misma que debe darse entre el movimiento corporal o la abstención, hasta llegar al resultado que es la modificación del mundo exterior.

El resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva.

Para ayudar a determinar cuales actividades humanas deber ser tenidas como causas del resultado, existe la Teoría de la equivalencia de las condiciones, también conocida como *conditio sine qua non*, y que por cierto se debe a Von Buri, teoría que indica que todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y por ende, todas son su causa, cada una es un factor de la consecuencia y por ende con respecto a ésta tienen el mismo valor.

Al respecto Celestino Porte Petit, afirma: “La relación de causalidad es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta), y una consecuencia de la misma conducta: resultado. Por tanto, el estudio debe realizarse en el elemento objetivo del delito, independientemente de cualquier otra consideración. Es decir, debe comprobarse para dar por existente “el hecho”, elemento del delito, una conducta, resultado y relación de causalidad. En otros términos, con el estudio del elemento “hecho” se resuelve únicamente el problema de la causalidad material; es el estricto cometido de la teoría del elemento objetivo del delito y no otro: comprobar el *nexo psicológico* entre el sujeto y la conducta y el *nexo naturalístico* entre la misma conducta y el resultado (consecuencia o efecto). Pero para ser un sujeto responsable, no basta el nexo naturalístico, es decir, que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además, comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad y constituye un elemento del delito. Así pues, una vez que se comprueben los elementos del hecho y, por lo tanto, la relación causal, es necesario comprobar los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad. Por ello, no podemos admitir que la culpabilidad constituya un *correctivo* en la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones; no puede ser

correctivo lo que es elemento, o sea aquello indispensable para la existencia del delito, pues en todo caso habría la misma razón para llamar correctivo a los restantes elementos del delito.”²⁷

²⁷ Porte Petit, Op. Cit., pág. 190.

2.4 ELEMENTOS DE LA OMISION.

Respecto de la omisión, tenemos los siguientes elementos; a) voluntad, (también en los delitos de olvido, pues incluso en estos se aprecia el factor volitivo; b) Inactividad, es el no querer realizar la conducta ordenada o mandada por el Derecho.

Estos elementos aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, mas en ésta última resultan otros dos factores como lo son: un resultado material y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.

Respecto a que ¿sí existe la relación de causalidad, en los delitos cometidos por simple o propia omisión?, al respecto debo decir, que esto no es posible, ya que el resultado provocado por la omisión es sólo jurídico y no material, ya que la sola abstención no provoca un cambio o modificación en el mundo exterior. Este nexo causal existe además de en los delitos por comisión, también en los delitos de comisión por omisión, conocidos también como omisión impropia, porque producen un cambio en el mundo exterior, provocando un resultado material además del resultado jurídico.

Y reitero que no existe nexo causal en los delitos de simple omisión, toda vez que el tipo penal se colma con la falta de una actividad jurídicamente ordenada, sin requerir de resultado material alguno. Y no habiendo resultado material, no puede existir pues, un nexo causal o una relación de causalidad.

Es por lo anterior, que algunos autores afirman que frente la omisión propia o simple, el elemento objetivo es la conducta, y frente a la comisión por omisión es el Hecho, porque además de la conducta hay un nexo causal y un resultado. Ya que la omisión sólo comporta un resultado jurídico, colmándose el

tipo penal con sólo la inactividad dada; y en los de comisión por omisión cuando por la inactividad emerge además el resultado material.

2.5 AUSENCIA DE CONDUCTA.

Es la ausencia de conducta el aspecto negativo del elemento conducta, pues no podría configurarse un delito al faltar un hacer (o el abstenerse) humano voluntario.

Pues sin importar que una comisión u omisión traiga como consecuencia un delito, hay que ver que no hubo la voluntad del agente.

Por lo que existe lo que se conoce como causas que nulifican la voluntad y que son:

Vis Mayor: Fuerza mayor, Fuerza proveniente de la naturaleza que provoca un movimiento corporal involuntario en un humano.

Vis Absoluta: Fuerza física exterior irresistible de un humano que provoca en otro un movimiento corporal involuntario.

Impedimento Físico: Aquí existe una imposibilidad física de un humano para que este pueda evitar un delito, debe haber ausencia de movimiento corporal involuntario.

Por otro lado, también pueden constituir la ausencia de conducta, cualquier otra causa que nulifique la voluntad, como puede ser el sueño, sonambulismo o el hipnotismo, fenómenos psíquicos en que el sujeto realiza una actividad o una inactividad sin voluntad.

Como se ha visto en estas causas que nulifican la conducta, todas carecen del factor volitivo elemental para que una conducta pueda ser considerada como

delictiva, ya que solo se sanciona a quienes mediante su voluntad cometen un hecho penalmente tipificado.

Respecto a la ausencia de conducta, como aspecto negativo del elemento objetivo conducta, nuestro Código Penal del Estado, establece en el artículo 33, fracción I, que el delito se excluye, cuando el hecho se realice sin intervención de voluntad del agente.

Por lo que sí esa conducta dada, carece del factor volitivo del sujeto que la realizó, no podrá considerarse a esa conducta como delictuosa.

2.6 TIPICIDAD.

No toda conducta es delictuosa, necesita además que esta sea típica, para ello es necesario precisar conceptos como:

Tipo Penal

Tipicidad

Atipicidad

Falta de tipo

El tipo penal, es la descripción en abstracto de la conducta que se considera delito, los tipos penales se encuentran en la parte especial de nuestro Código Penal, son el describir la conducta que se considera delito, el tipo penal es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos legales, es la descripción legal de un delito.

Al respecto el profesor Mariano Jiménez Huerta, en su obra *La Tipicidad*, define el tipo como el injusto recogido y descrito en la Ley Penal.

Por lo que respecta a la Tipicidad, además de ser el segundo elemento objetivo del delito, es la adecuación o encuadramiento de la conducta dada en la realidad con la descrita en abstracto en el tipo penal.

Es pues la coincidencia de un comportamiento con el previamente descrito por el legislador, la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

Se dice también que la tipicidad es un juicio de valor, un estudio que realizamos para determinar si la conducta encuadra en el tipo penal.

Para Celestino Porte Petit la tipicidad “es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo* o *nullum crimen sine lege*, que significa que no puede haber delito sin tipo legal”.²⁸

Para Luis Jiménez de Asúa, “la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal”.²⁹

Por lo que respecta a la atipicidad, esta se da cuando la conducta no encuadra en el tipo penal descrito, más en el siguiente punto se explicará detalladamente, ya que es la atipicidad el aspecto negativo de la tipicidad.

Falta de tipo, es cuando los legisladores han omitido realizar un tipo penal que describa la conducta dada, cuando a consecuencia de esa omisión, no existe tipo penal en donde encuadre esa conducta.

En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; quien considera el tipo como una mera descripción.

El tipo penal de Beling era un tipo Avaloradamente neutro, objetivo y puramente descriptivo, avaloradamente neutro porque lo relacionaba con los juicios de valor de la antijuridicidad y de la culpabilidad, y objetivo porque sólo contiene elementos objetivos; y descriptivo porque define o describe las conductas que se consideran delito.³⁰

²⁸ Porte Petit, Op. Cit., pág. 37.

²⁹ Jiménez de Asúa, Op. Cit., págs. 315 y 332.

³⁰ Beling, Ernest Von, La Doctrina de delito de tipo. Traducción de Palama, Buenos Aires, 1944, pág. 31.

Los elementos objetivos del tipo penal de Beling son:

Conducta (que se encuentra definida en el punto anterior).

Resultado, que es la modificación del mundo exterior.

Nexo causal, que es el vínculo entre la conducta y el resultado, causa y efecto.

Especiales formas de ejecución, que es que la conducta se desarrolla a través de los medios comisivos, caminos, formas de ejecución, exigidos por algunos tipos penales.

Modalidades de lugar, tiempo, modo u ocasión: algunos tipos penales exigen que la conducta se desarrolle en lugares y tiempo determinados y aprovechando las ocasiones determinadas.

Los sujetos, que pueden ser pasivo o activo.

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado.

El sujeto activo es el que desarrolla la conducta delictuosa.

En los sujetos antes descritos se ven dos circunstancias:

El Número, los tipos penales en su gran mayoría, están redactado en singular, y algunos tipos penales requieren de una pluralidad en el sujeto activo.

Cuando el tipo penal requiere una pluralidad, esa pluralidad se debe dar porque sino, no estaremos encuadrando en ese tipo penal.

La calidad, es cuando algunos tipos penales requieren que el sujeto activo tenga una característica determinada, como por ejemplo la calidad de ser Madre, Padre, servidor publico, etc.

Objeto material, que lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro, es decir, la persona o cosa sobre la que se realiza la conducta delictuosa; y

El objeto jurídico, que es el bien jurídicamente tutelado, protegido, y que la conducta delictiva lesiona.

Según Franco Sodi, "el objeto jurídico es la norma que se viola".³¹

Haciendo un paréntesis, debo mencionar que la tipicidad es igual al cuerpo del delito, según establece el artículo 158 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, por cuerpo del delito deberá entenderse el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal; esto quiere decir que cuerpo de delito es lo mismo que tipicidad, y es que cuando una conducta cumple exactamente o encuadra en su totalidad con todos los requisitos que el tipo penal requiera de un delito en específico, se está dando en ese momento una tipicidad, y al mismo tiempo al darse la tipicidad se están reuniendo todos los elementos que el tipo penal describe.

Para Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal (1915) asegura que la tipicidad es indiciaria de la antijuridicidad.

Es Mayer quien estima al tipo como la ratio cognoscendi de la antijuridicidad, que es la razón por la cual podemos conocerla, es decir, que el tipo penal es el indiciario de la antijuridicidad. El relaciona relativamente la

³¹ Sodi, Franco. Nociones de Derecho Penal, 2ª ed., Ed. Botas, 1950. pág. 65.

tipicidad con éste tercer elemento objetivo del delito, afirma que a través de la tipicidad podemos conocer la antijuridicidad.

De esta manera es Mayer quien aporta lo que se conoce como los elementos subjetivos del tipo penal y son entre otros:

Ánimos

Propósitos

Fines

Sabiendas o saberes

Conocimientos.

Posteriormente aparece Edmundo Mezguer, quien afirmaba que el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, el define al delito como acción típicamente antijurídica y culpable.³²

Según Mezguer, “el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal... es fundamento real y de validez (“ratio essendi”) de la antijuridicidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad”.³³

Este autor relaciona totalmente la tipicidad con la antijuridicidad, de esta manera aparece la ratio essendi, donde dice que el tipo jurídico-penal es la razón esencial por la cual conocemos la antijuridicidad.

³² Mezguer. Op., cit. Pág. 375.

³³ Mezguer, Op., cit. pág. 375.

Además descubrió otros elementos llamados elementos subjetivos normativos, y se llaman subjetivos porque se dejan a consideración del juez y que son entre muchos otros los siguientes:

Honor

Honestidad

Honrabilidad

Ajeneidad de la cosa

Honra

La propiedad

Deshonra

La posesión

Castidad

Para ocultar

2.7 CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES.

Existen muchas clasificaciones de los tipos penales, más sin embargo yo me basare exclusivamente en la clasificación de Fernando Castellanos en su obra "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", y que es la siguiente:

- a) Tipos Penales Normales: A veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal.
- b) Tipos Penales Anormales: Cuando dentro de la descripción se establece una valoración, ya sea cultural o jurídica, o incluye elementos subjetivos.
- c) Tipos Penales Fundamentales o Básicos: Son los que existen por si mismos, los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código Penal, estos tipos penales forman la base para la existencia de otros tipos penales
- d) Tipos Penales Complementados: Surge del Tipo Penal Básico o fundamental, presupone su existencia, tiene una circunstancia que lo diferencia del básico fundamental. Se distinguen porque se encuentran en el mismo capítulo de los tipos penales básicos o fundamentales.
- e) Tipos Penales Especiales: Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo

especial, se distinguen porque cuentan con su propio apartado, con su propio capítulo.

Tanto los Tipos Penales Complementados como los Especiales, pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad, donde en los primeros la punibilidad es menor y en los segundos es mayor la punibilidad.

- f) Tipos Penales Autónomos o independientes: Tienen vida por si mismos no necesitan de otros tipos penales para existir.
- g) Tipos Penales Subordinados: Dependen de otro tipo penal para existir, como por ejemplo los complementados.
- h) Tipos Penales de Formulación Casuística: Son los que necesitan de medios comisivos.

Estos tienen su propia clasificación:

Formulación Casuística Alternativa: Necesitan medios comisivos o formas especiales de ejecución y por cualquiera de ellas se tipifica.

Formulación Casuística Acumulativa: También se señalan varios medios comisivos, o especiales de ejecución, pero para poder tipificar es necesario que se acumulen todos los medios comisivos.

Formulación Amplia: Aquí no se señalan medios comisivos específicos, sino que como son de formulación amplia se pueden tipificar por cualquier medio comisivo.

Hay los Tipos Penales de Daño y los Tipos Penales de Peligro, los primeros son los que requieren de un resultado material objetivo, en virtud de cual se haya lesionado el bien jurídico tutelado, y los segundos son aquellos donde no hay lesión, no hay daño, pero el bien jurídico tutelado se puso en la posibilidad de sufrir un daño o una lesión.

2.8 ATIPICIDAD.

Es la atipicidad el aspecto negativo de la tipicidad elemento del delito, ya que como lo mencioné en párrafos anteriores la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es Típica jamás podrá ser delictuosa.

La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catalogo de los delitos. Por tal razón es que no hay que confundir dicho término con la atipicidad, pues cosas muy distintas son que no exista tipo penal en donde encuadre una conducta, a que no encuadre una conducta dada en el tipo penal descrito.

En tal virtud es que, la Atipicidad se da cuando la conducta dada en la realidad no reúne los elementos exigidos por el Tipo Penal.

Al efecto el artículo 33 del Código Penal vigente en nuestro Estado, establece en su fracción II que el delito se excluye cuando falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate...

Por lo que sí una conducta dada en la realidad, no reúne en su totalidad todos los elementos del tipo penal, estaremos pues en presencia de la atipicidad que es el aspecto negativo de la tipicidad, por lo que con base a la fracción II del artículo en referencia, en consecuencia se excluirá al delito.

Las causas de Atipicidad son las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.
- c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.
- e) Sí faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

2.9 LA ANTIJURIDICIDAD.

No toda conducta humana voluntaria que modifica el mundo exterior, es delictuosa, precisa a demás de ser típica, que sea antijurídica, es por eso que el tercer elemento objetivo del delito es precisamente la antijuridicidad.

La palabra antijurídico proviene de, *anti* que significa contra y *judis* que significa derecho, que etimológicamente significa lo contrario a derecho. De aquí que desde su significado etimológico, la antijuridicidad es un concepto negativo.

Para Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.³⁴

Dicho autor menciona que la antijuridicidad es de carácter objetivo, dado que al juicio de la antijuridicidad, sólo le importa la conducta externa, el factor externo de la conducta, que comporta el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo desencadenante del proceso causal y que modifica el mundo exterior.

Esto quiere decir que respecto al factor interno de la conducta o llamado también de dirección, que por su parte se traduce en lo que el sujeto quiere lograr con la realización de dicho movimiento corporal, no es algo en lo que se ocupe el mencionado juicio de antijuridicidad, ya que éste estudio se realizará cuando se analice la culpabilidad del sujeto activo.

En anteriores párrafos he mencionado que la antijuridicidad es un juicio de valor, más sin embargo no he esclarecido tal punto, al respecto mencionaré que tal juicio de valor o de antijuridicidad es necesario para poder afirmar que dicha conducta además de ser típica es también antijurídica, éste juicio de valor es la

³⁴ Cuello Calón, Op., cit. pág. 284.

confrontación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado.

Éste juicio de valor es realizado por el juzgador sobre la conducta típica, para dilucidar su antijuridicidad, tomando en cuenta la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico. Es decir el juzgador a demás de considerar la conducta externada, resolverá sí dicha conducta además de típica es antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación.

Al respecto Porte Petit señala que “Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación”.³⁵

En el siguiente punto hablaré detalladamente de las causas de justificación, que son el aspecto negativo del elemento objetivo antijuridicidad, pero desde ahora puedo decir que las causas de justificación hacen que una conducta que es típica sea lícita, es decir no antijurídica, que no va contra derecho a pesar de su encuadramiento con el tipo penal, a pesar de su tipicidad.

Se dice entonces que el resultado del juicio de antijuridicidad, del juicio de valor, ante la ausencia de causas de justificación, es el injusto penal, concepto que dentro del elemento de la imputabilidad se analizará.

Dicho juicio de antijuridicidad, se desarrolla en un análisis a valores que los legisladores recogieron de la sociedad, valores que dichos legisladores convirtieron en bienes jurídicamente tutelados, al imponer el deber del respeto, protegiéndolos a través de normas creando el tipo penal.

Y por eso es que precisamente en los Tipos Penales es donde se encuentran dichos valores que son necesarios proteger, estoy hablando de los bienes que a través de los tipos penales están jurídicamente tutelados.

³⁵ Porte Petit. Op., cit. pág. 285

La antijuridicidad se traduce específicamente en la vulneración de esos valores o bienes jurídicamente tutelados.

Fernando Castellanos afirma que “la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo”³⁶, es decir que la antijuridicidad se da como consecuencia de la violación de la norma jurídica penal.

En otras palabras es pues el resultado de un juicio sustancial, de un juicio de valor que se realiza sobre una conducta que es típica.

La antijuridicidad es cuando una conducta típica viola la norma jurídica penal, y no existe ninguna causa de justificación.

Y no se dice que dicha conducta típica viola la ley, en virtud de que según lo menciona Jiménez de Asúa, “...era frecuentísimo escuchar que el delito es lo contrario a la ley; así Carrara lo definía como la infracción de la Ley del Estado. Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal. En efecto, ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo 407 del Código Penal venezolano. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: *no matarás*. Si se mata o se roba se quebranta la norma, más no la ley. Por eso Binding decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe”.³⁷

Hasta aquí he hablado de la antijuridicidad como un concepto unitario, más sin embargo, Franz Von Liszt elaboró una doctrina dualista de la antijuridicidad. “El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma

³⁶ Castellanos, Fernando. Op., cit. pág. 171.

³⁷ Jiménez de Asúa. Op., cit. pág. 338.

previamente establecida por el Estado y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos".³⁸

³⁸ Von Liszt, Franz. Op., cit. pág. 129.

2.10 CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Tal y como lo expuse en el último punto del primer capítulo de ésta tesis, ante la presencia de alguno de los aspectos negativos de los elementos del delito, éste no podrá configurarse, más debo agregar a esto, que de manera genérica a tales aspectos entre otros se les conoce como causas de exclusión del delito, y que son entonces: la ausencia de conducta, atipicidad, las causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Por lo que entonces son las causas de justificación, el aspecto negativo de la antijuridicidad, y frente a tales situaciones, aunque la conducta sea típica no es antijurídica.

Pero ante todo debemos entender ¿porqué las causas de justificación nulifican la antijuridicidad?, y es que ésta sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador, fundamentado en situaciones en las que no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Esto es la razón de ser de las causas de justificación. Para Edmundo Mezger la exclusión de la antijuridicidad se funda en:

a) Ausencia de interés: El consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad, solamente cuando en el tipo que no capta esos requisitos por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación.

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

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

Ahora bien, ya que ha quedado manifestada la razón de la existencia de las causas de justificación, es importante saber que las mismas las encontraremos expresamente descritas en la ley, a diferencia de otras eximentes de responsabilidad como son las supralegales, las que no se encuentran destacadas en ésta. Y es que la doctrina designa así a las causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica, cuando en realidad esas eximentes derivan de la propia ley. La enumeración expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en las leyes, no tiene carácter limitativo; antes bien es puramente enunciativa. Por lo que sólo tratándose de las justificantes no puede hablarse de causas supralegales, ya que como lo mencioné, las causas de justificación están expresamente descritas en la ley.

Pero ahora, hablaré de las características de las causas de justificación:

Se dice que éstas son *erga omnes* respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.

Son objetivas porque recaen sobre la acción realizada, ya que se refieren al hecho y no al sujeto, se enfocan a la realización manifestada, externada.

Son reales porque, favorecen a cuantos intervienen, quiénes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho.

Las causas de justificación son objetivas y materiales, porque se encuentran escritas en la ley, son impersonales, porque todo aquél que se encuentre dentro de la misma situación son sujetos de la causa de justificación.

Hasta aquí hemos hablado mucho de las causas de justificación, sin especificar cuales son, por lo que nuestra ley establece como tales;

La legítima defensa,

Estado de necesidad,

Consentimiento del sujeto pasivo,

Cumplimiento de un deber, y

Ejercicio de un derecho.

2.11 LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Hay casos en que la misma ley permite que se violada, esa supuesta violación no se traduce en una antijuridicidad, porque está dentro de la licitud.

La ley permite a los particulares obrar, actuar en defensa, impedir la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos propios o ajenos, y a tal actuar se le reconoce como la legítima defensa, que es la primera causa de justificación, que tiene por resultado nulificar la antijuridicidad, y que la prevé el artículo 33 del Código Penal vigente en el Estado, en su fracción V, que a letra establece lo siguiente:

“El delito se excluye cuando...

V.- Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedir la;...”

Para Cuello Calón, “es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor”³⁹.

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

40

En tanto que para Jiménez de Asúa la legítima defensa, “es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona

³⁹ Cuello Calón. Op., cit. pág. 341.

⁴⁰ Von Lizst, Franz. Op., cit. pág. 332.

contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios”.⁴¹

Todas la anteriores definiciones no se contradicen entre sí antes bien hacen lo que hoy se conoce como el concepto de la legítima defensa y que es *la repulsa por el atacado o de terceras personas en defensa de los bienes jurídicos tutelados propios y ajenos en contra de una agresión antijurídica, real, actual o inminente, sin traspasar la medida necesaria para impedir o repelar esa acción.*

Por lo que los elementos de la legítima defensa son:

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

Por lo que hay que definir términos tales como *agresión*, que debe entenderse como la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Misma agresión que ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria; debe también ser actual o inminente, es decir, presente o muy próxima. Actual es lo que está ocurriendo; inminente lo cercano, lo inmediato, por lo que será legítima defensa sí se es actual la acción ó en un momento en que la acción es inminente.

No se necesita esperar el primer golpe, se puede obrar en ocasiones en que ya se vea venir, pero jamás en forma posterior, sí la acción ya se realizó y obramos después ya no será legítima defensa lo que tenemos es sólo una venganza.

⁴¹ Jiménez de Asúa. Op., cit, pág. 363.

Respecto al término de *Repeler*, es rechazar, evitar, impedir, no querer algo.

A los conceptos anteriores y que conforman los elementos de la legítima defensa, se suma el que esa agresión debe ser injusta, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado, pues no basta que sea una agresión real, actual o inminente.

Tal agresión debe amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que los defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos.

Se exige además que exista necesidad de la defensa, racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende, y a falta de cualquiera de estos elementos no se considerará que la defensa es legítima.

Las presunciones de legítima defensa son *juris tantum*, es decir, pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho, y por ende, será al ministerio público, quien es el órgano encargado de la persecución de los delitos a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos.

Por otro lado, para que dicha conducta sea reconocida como legítima defensa, necesita además que éste repeler, debe de ser en la medida necesaria razonable, el actuar en defensa debe de ser en la medida de la agresión, ya que puede aparecer la figura del exceso, misma que sí será punible, lo que se conoce como legítima defensa putativa.

Y se considera que hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión, cuando se rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, y trae por consecuencia una ilicitud.

De hecho en nuestro Código Penal vigente en el Estado, en el artículo 34 se plantea precisamente el exceso al que me refiero, estableciendo lo siguiente:

Artículo 34.- A quien actúa justificadamente, en los términos de las fracciones III, IV, V y VI del artículo anterior, pero excede los límites impuestos por la ley o por la necesidad, se le aplicará de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la punibilidad señalada al tipo penal de que se trate.

Es entonces el exceso la innecesaria intensificación de la reacción defensiva; que consiste en que el injustamente agredido rebasa los límites de un comportamiento legitimado, colocándose en el ámbito de lo antijurídico. Por lo que tal y como se desprende del mencionado artículo, el exceso se sanciona como delito culposo

Las fracciones a las que se remite el mencionado precepto legal, establecen las causas de justificación, como causas de exclusión del delito.

2.12 ESTADO DE NECESIDAD.

Es otra causa de justificación, que nulifica el elemento antijuridicidad, ocasionando que no se constituya el delito.

Se entiende por estado de necesidad el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

Para entender mejor el estado de necesidad, tenemos que recordar lo mencionado en dos puntos anteriores respecto a la razón de ser de las causas de justificación, el *interés preponderante*, ya que se estará configurando el estado de necesidad, cuando el bien salvado sea mayor que el sacrificado, y sólo así, entonces se considerará que el atacante obra con derecho, es decir, jurídicamente.

Por lo que el estado de necesidad, se da cuando en la situación de peligro tenemos que sacrificar un bien jurídico tutelado por otro para salvaguardar otro de mayor importancia.

Debe de haber una situación de peligro en donde el bien jurídico tutelado, pueda estar en peligro, que puede ser propio o ajeno, y se termina lesionando otro bien para evitar un mal mayor.

El bien jurídico que se daña debe de ser menor que el que se salva.

Franz Von Liszt, afirma que “el estado de necesidad, es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos”.⁴²

⁴² Von Liszt, Franz. Op., cit, pág. 418.

A diferencia de la legítima defensa en el estado de necesidad, no existe agresión ni una lucha, sino más bien un conflicto entre intereses legítimos, ya que en la legítima defensa el bien jurídico que se daña es el de un injusto agresor, en tanto que en el estado de necesidad el bien jurídico que se daña es el de un inocente.

Se reconocen como elementos del estado de necesidad:

Una situación de peligro, real, actual o inminente;

Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente;

Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídico tutelado que puede ser propio o ajeno;

Un ataque de parte de quien se encuentra en estado necesario; y

Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

El estado de necesidad también está previsto por el artículo 33 del Código Penal vigente en el Estado, en su fracción VI, que a letra señala lo siguiente:

El delito se excluye cuando:

VI.- En situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y

c) Que no existe otro medio practicable y menos perjudicial.

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legar de afrontar el peligro;...

Por peligro se entiende la posibilidad de sufrir un mal, ahora tal peligro debe ser real, actual o inminente. Anteriormente señalé que lo actual es lo que está ocurriendo; lo inminente es lo próximo o muy cercano. Y como otro requisito que señala el precepto legal mencionado, es que pueden comprenderse los bienes jurídicos de la propia persona o de terceros. Finalmente, el artículo en mención, precisa que quien obra por estado de necesidad no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro y éste no sea evitable por otros medios al alcance del agente.

Respecto al Estado de necesidad inculpante, esto se refiere a que, el hombre es un ser de naturaleza, por lo que el juzgador debe de juzgar al hombre por su naturaleza, tiene que regular la conducta del hombre tal y como es, falta la exigibilidad del hombre y se da la inculpabilidad, porque actúa conforme a la naturaleza y surge el estado de necesidad del inculpante, como ejemplo podemos citar el del hombre que mata a otro en un naufragio, donde su naturaleza, su instinto de supervivencia le obliga a matar para sobrevivir, en este caso no puede haber exigibilidad al sujeto y se da la inculpabilidad, surgiendo el estado de necesidad inculpante.

2.13 CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.

Es el consentimiento del sujeto pasivo, otra de las causas de justificación, que nulifican la antijuridicidad, prevista también en el artículo 33 de nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato, que a letra establece lo siguiente:

El delito se excluye cuando:

IV.- Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

Por consentimiento se entiende, la manifestación de voluntad del sujeto pasivo.

Debe ser válido que la manifestación de voluntad debe provenir de un ser capaz, y que éste sea titular del bien jurídico tutelado, por lo que el consentimiento debe estar libre de vicios.

El consentimiento puede ser expreso, tácito o presunto, es decir que se presuma que pueda existir.

Por lo que tenemos como requisitos necesarios para que se opere el consentimiento del sujeto pasivo, los siguientes:

Que el bien jurídico sea disponible;

El titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio.

Por otro lado es necesario recalcar que, sí el tipo penal exige que la conducta se realice sin la anuencia del sujeto pasivo, opera una atipicidad: sólo cuando el tipo penal no alude en forma expresa a tal circunstancia, se íntegra una justificante.

2.14 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.

El cumplimiento de un deber y el legal ejercicio de un derecho, son otras causas de justificación, que al igual que las ya expresadas en puntos anteriores, tienen por efecto nulificar la antijuridicidad de una conducta típica.

Como en la legítima defensa, en estas causas de justificación se exige también la racionalidad del medio empleado.

Dentro de esta hipótesis (derecho o deber), pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos; y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir, de los padres hacía los hijos.

Dichas causa de justificación también se encuentran contempladas en el artículo 33 del Código Penal del Estado.

El delito se excluye cuando...

III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

CAPITULO TERCERO

“ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO”

3.1 DEFINICION DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

Como se vio desde el primer capítulo de esta tesis, la definición dogmática del delito es:

El delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable culpable y punible.

Constituyendo los tres primeros elementos de dicha definición, los elementos objetivos del delito, mismos que son la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad, los cuales fueron ampliamente desarrollados, en el capítulo anterior, junto con el aspecto negativo que le corresponde a tales elementos.

De la definición dogmática del delito, se desprende que son elementos subjetivos del mismo, la imputabilidad y la culpabilidad, y como aspectos negativos de estos, la inimputabilidad y la inculpabilidad, respectivamente.

Y a tales elementos se les considera subjetivos del delito, ya que en sentido contrario a los objetivos, estos se encuentran dentro del intelecto del sujeto.

Por lo que sin más preámbulo, procederé al análisis precisamente de los elementos subjetivos del delito y su correspondiente aspecto negativo.

3.2 LA IMPUTABILIDAD.

Por Imputabilidad, se entiende, la capacidad de querer y entender y comprender la ilicitud del hecho, y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Es menester mencionar que por querer se debe entender, el estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y por entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.

Es decir, que el sujeto al momento mismo de la comisión del delito, debe contar con las condiciones necesarias para aceptar, comprender, entender, la realización de dicho hecho, así como las consecuencias de su comisión.

Por lo que un sujeto para que sea imputable, debe contar con la capacidad de querer y entender, la ilicitud de sus actos.

Según Maggiore la capacidad de entender es "la facultad de aprehender las cosas en sus relaciones necesarias y universales, y por lo mismo, medir y prever las consecuencias de la conducta propia. El que mejor prevé más entiende. Inteligencia no es sino previsión".⁴³

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

⁴³ Op. cit., pág. 480.

Respecto a la capacidad de querer, Maggiore dice “es la facultad de autodeterminarse, es decir, de determinarse con libertad entre los diversos motivos que impulsan la conducta”.⁴⁴

Concluyo agregando que la capacidad de querer consiste en determinar la voluntad, para realizar un hecho, es la autorización para uno mismo determinarse libremente, entre los motivos y causas que mueven a realizar una determinada conducta.

Por otro lado la responsabilidad es un término, que se relaciona con la definición de imputabilidad, ya que por esta debe entenderse la posibilidad del individuo de rendir cuentas de sus actos ante el Derecho Penal.

Es la responsabilidad, dice Fernando Castellanos “la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padece alguna anomalía psicológica que lo imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la Ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él”.⁴⁵

A la definición de imputabilidad expresada al principio del presente tema, se le suma la aportada por el Diccionario Jurídico Mexicano, que define a la imputabilidad como la capacidad, condicionada por la madurez y salud mentales, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.

⁴⁴ Maggiore. Op. cit., pág. 500.

⁴⁵ Castellanos, Fernando. Op. cit., pág. 219.

Para Max Ernesto Mayer, la imputabilidad “es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente”.⁴⁶

En tanto que para Franz Von Liszt, “la imputabilidad es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción”.⁴⁷

Es entonces que la imputabilidad, es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento de la ejecución del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Y tomando como base las anteriores definiciones, se dice también que la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal, es decir, que el hombre debe ser capaz de querer el resultado delictivo, y de entender, en el campo del Derecho Penal, para que sea sujeto imputable.

Por lo que con base en lo anterior, tenemos que la imputabilidad se configura por dos elementos:

- a) El elemento intelectual, que se traduce en el saber, conocer y comprender la ilicitud del hecho; y
- b) El elemento volitivo, que por su parte se traduce, en el querer la realización del hecho.

Nuestro Código Penal vigente en el Estado, no define la imputabilidad, mejor dicho, no se encuentra reglamentada en la ley en forma positiva, pues es el aspecto negativo de la imputabilidad, me refiero a las causas de inimputabilidad, las que se encuentran contempladas en dicho ordenamiento legal, en su artículo

⁴⁶ MAX ERNEST MAYER.

⁴⁷ Von Liszt, Franz. Op. cit.,pág. 132.

33 fracción VII, lo que con base en estas, podemos desprender a *contrario sensu*, que para que un sujeto sea imputable debe contar con capacidad y determinación de voluntad. Para mejor entendimiento a la letra dicho artículo con la mencionada fracción, dice lo siguiente:

“El delito se excluye cuando:

VII.- Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o por grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión...”

Por lo que con base a lo establecido por dicha fracción del precepto legal en cita, podemos interpretar a *contrario sensu*, que es la *capacidad de comprensión y la libertad de conducirse de acuerdo con esa comprensión*, los elementos que hacen de un sujeto que sea imputable.

Por otro lado, la imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho ilícito, más sin embargo, puede darse el caso de que el autor culposamente se coloca en una situación de inimputabilidad, y en esas condiciones realiza el delito. A estas acciones se les llama *liberae in causa*, que significa libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto.

3.3 LA INIMPUTABILIDAD.

Es la inimputabilidad, el aspecto negativo de la imputabilidad y ante tales causas se nulifica dicho elemento no haciendo posible la configuración del delito.

Sea pues que las causas de inimputabilidad, son capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

He mencionado anteriormente, que para que un sujeto sea imputable debe contar, con la capacidad de querer y la capacidad de entender el hecho ilícito, más debo añadir que la mencionada capacidad de entender se desarrolla en el proceso de la conciencia, pero ¿que es la conciencia?, por conciencia de manera genérica o común debe entenderse, la facultad mental que nos permite relacionarnos con el mundo exterior.

Es el sentimiento interior por medio del cual una persona reconoce sus propias acciones, es el conocimiento, noción interior de lo que debemos hacer y de lo que debemos evitar, es el conocimiento exacto y reflexivo de las cosas.

Para Maggiore la conciencia es “un acto de distinción y de relación, en el acto mediante el cual distinguimos, y al mismo tiempo asociamos, el sujeto y el objeto, el yo y el no yo”.⁴⁸

Pavón Vasconcelos hace un análisis de la importancia de que el sujeto conozca la ilicitud de su acto, para que de esa manera tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce: “la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto, sino además su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el

⁴⁸ Maggiore. Op. cit., pág. 510.

hecho, conocer su significado y mover su voluntad al fin concreto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad”.⁴⁹

Por lo que es importante el tema de la conciencia en la inimputabilidad, toda vez que la conciencia es la capacidad o facultad del ser humano de distinguir lo bueno y lo malo, así como las consecuencias de dichos actos, y al carecer de dicha conciencia, implícitamente carecería de la capacidad de entendimiento del hecho realizado, y frente a esto se configuraría la inimputabilidad.

En tratándose de la inimputabilidad, son admisibles tanto la excluyentes legales como las llamadas supralegales.

Es necesario que la inimputabilidad se presente en el momento justo de la realización del hecho ilícito, no antes ni después, debe ser justo en el momento de la comisión del delito.

En base a lo anterior, nuestro Código Penal reconoce como causas de inimputabilidad, las contempladas en la fracción VII del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, que a la letra establece lo siguiente:

El delito se excluye cuando:

VII.- Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Cuando el agente sólo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el Artículo 35”

⁴⁹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1967, pág. 340.

De dicho precepto legal se desprende entonces que como causas de inimputabilidad tenemos:

a) La Perturbación grave de la conciencia con base patológica, que se traduce en un trastorno mental, que consiste en la perturbación de las facultades psíquicas.

En esta causa de inimputabilidad, debe exentarse a los sujetos considerados como psicópatas, ya que dentro de dicha perturbación, el sujeto siempre entiende, comprende y quiere la realización del delito, por ejemplo, el homicidio realizado por un psicópata, que busca saciar sus intenciones de matar.

b) El Desarrollo mental retardado o incompleto, el ejemplo más claro son las personas con el síndrome de Dawn.

c) La grave perturbación de la conciencia sin base patológica, que se da en el caso de un sujeto que está sano mentalmente, pero su conciencia es perturbada por un estímulo exterior.

d) El artículo 36 del Código Penal vigente en nuestro Estado, establece que es otra causa de inimputabilidad, la grave perturbación de la conciencia por haber ingerido bebidas alcohólicas o por el uso de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, sin libre voluntad o por error invencible, por otro lado también señala que cuando el agente se hubiese provocado la grave perturbación de la conciencia ya mencionados, y sea de origen únicamente emocional, se le considerará imputable.

e) Las Causas de inimputabilidad por ministerio de ley, la ley establece que los menores de dieciséis, son inimputables, porque según el legislador no cuentan

aún con la capacidad de querer y entender un hecho ilícito. Artículo 37 de nuestro Código Penal.

3.4 LA CULPABILIDAD.

Es la culpabilidad el quinto elemento del delito, según la definición dogmática del mismo, y el segundo elemento subjetivo de éste.

Y es un elemento subjetivo, porque como se verá a lo largo del desarrollo del tema de la culpabilidad en esta tesis, esta atiende cuestiones meramente internas, anímicas, intelectuales del sujeto.

Una conducta para que sea considerada como delictiva, debe ser además de típicamente antijurídica e imputable, también debe ser culpable, pero ¿que es la culpabilidad?.

Para Cuello Calón, “se considera culpable la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada”.⁵⁰

En tanto que para Jiménez de Asúa, “en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica”.⁵¹

Para Mezger, “la culpabilidad es el conjunto de presupuestos para la imposición de una pena.”⁵²

Por lo que respecta para Fran Von Liszt la culpabilidad “es la relación psicológica entre el sujeto y su conducta.”⁵³

⁵⁰ Cuello Calón. Op. cit.,pág. 290.

⁵¹ Jiménez de Asúa. Op., cit., pág. 444.

⁵² Mezger. Op. cit., págs. 64 y 65.

⁵³ Von Liszt, Franz. Op. cit., 400.

Para Villalobos “la culpabilidad, genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa”.⁵⁴

Hasta aquí podemos decir que dos elementos esenciales de la culpabilidad son, el conocimiento y la voluntad, el primero que debe ser sobre la conducta que se pretende realizar, debe ser actual, es decir en el momento mismo en que el sujeto despliega su comportamiento, y significando el segundo elemento, no otra cosa más que la capacidad de autodeterminación del hombre.

Pero antes de asentar la definición de la culpabilidad, es necesario ocuparnos de dos doctrinas que abarcan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad:

En primer término tenemos la Teoría Clásica o Psicologista o también psicológica de la culpabilidad, para este sistema, la culpabilidad se enfoca en cuestiones psicológicas, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta, afirman que la culpabilidad tiene por esencia el proceso intelectual-volitivo, desarrollado en el autor, lo cual quiere decir que para ésta concepción, la culpabilidad tiene dos elementos: uno volitivo o emocional (como lo llama Jiménez de Asúa), y otro intelectual. El primero que implica a la conducta y el resultado; y el segundo, que por su parte implica cuestiones intelectuales que se traducen en el conocimiento de la conducta ilícita.

Esta corriente afirma que la culpabilidad tiene por objeto, analizar el psiquismo del autor, a efecto de indagar su actitud respecto al resultado.

⁵⁴ Villalobos, Ignacio. Op. cit., pág. 283.

El estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los elementos conducta, tipicidad y antijuridicidad, y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable.

Aunque lo más importante que sostiene esta teoría es que consideraban a la imputabilidad como un presupuesto, y el dolo y la culpa como especies de la culpabilidad. Para considerar culpable a un sujeto bastaba con que éste fuera imputable y que hubiera obrado con culpa.

Respecto a la postura de la Teoría Neoclásica, o normativa o también llamada normativista de la culpabilidad, afirmaba que la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

Es Renhan Von Frank, el iniciador del sistema normativista, para quien la culpabilidad es la relación psicológica entre el sujeto y el resultado más el sujeto y el orden normativo, es decir, un juicio de valor un juicio de reproche.

Es por eso que esta corriente afirma, que la culpabilidad no sólo se debe ver en la psiquis del sujeto, sino que es una valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico.

Sea pues que la culpabilidad se fundamenta en la exigibilidad de una conducta lícita.

Para el normativismo, la culpabilidad radica en el juicio de reproche sobre una conducta que es diversa a la exigida por el orden jurídico, aún cuando ésta conducta se traduzca en un descuido.

En la escuela neoclásica, la culpabilidad estaba estructurada con la imputabilidad no como presupuesto sino como elemento, y el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad, así como también elemento de la misma la exigibilidad. Estructura la culpabilidad y da origen a la Teoría Neoclásica. Existe un principio de que a nadie se le puede imponer pena sin antes haber sido declarado culpable. Según nuestro Código o según la dogmática penal, las formas de culpabilidad en las que se relaciona con el orden normativo, son el dolo y la culpa.

La culpabilidad, al sujeto que actúa con dolo o culpa se le hace el juicio de reproche o de valor, que se le hace al delincuente, que no obstante por ser imputable tiene la posibilidad de comportarse como la norma le exige, y obra de manera diferente con dolo o culpa. En este sentido la culpabilidad es un juicio de valor, un imputable es un ser capaz.

3.5 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Se conocen como formas de la culpabilidad:

El dolo; y

La culpa.

Dolo, es la intención o la voluntad encaminada a la realización del hecho, a la realización de la conducta o la realización del resultado.

Es decir, el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

Según Cuello Calón, “el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso”.⁵⁵

En el dolo el resultado siempre es querido, se quiere la conducta, se quiere y se prevé el resultado.

Elementos del dolo según la dogmática:

Son dos los elementos del dolo: el ético y otro volitivo o emocional, el primero se traduce en la conciencia de que se actúa ilícitamente, de que se quebranta un deber; y el segundo que consiste en la voluntad de realizar el acto, aún siendo este típico.

El dolo presenta diferentes clases que son:

⁵⁵ Cuello Calón. Op. cit., pág. 302.

Dolo directo, que es el ya definido, es donde coincide el resultado con la intención o propósito del sujeto.

Dolo indirecto, es cuando el agente se propone un fin, y tiene la certeza que además de obtener el resultado deseado, se obtendrán otros, es decir, realiza la conducta queriendo un resultado determinado, pero tiene la certeza de que además del resultado previsto habrá otros más.

Dolo indeterminado, aquí el sujeto sabe que va haber resultados pero no sabemos cuantos ni a quién, tiene una intención genérica de delinquir, sin desear un resultado en específico.

Dolo eventual, hay voluntad de delinquir, se persigue un resultado directo determinado, pero se prevé la posibilidad de que puede haber otros resultados, se acepta la posibilidad y cae dentro del dolo.

Hay corrientes doctrinales que sostienen que sólo existen dos clases de dolo.

Teoría de la voluntariedad.- La del dolo directo que comprende al dolo indirecto y al indeterminado.

Teoría de la previsión del dolo, que implica sólo el dolo eventual.

Al efecto el artículo 13 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, establece que:

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

Con respecto a la segunda forma de la culpabilidad, que es la culpa, por esta se entiende el obrar sin intención y sin el cuidado, cautela o prevención debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

En tratándose de la culpa, el primer párrafo del diverso artículo 14, del ordenamiento legal en cita, establece respecto a la culpa que: "Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando e que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales."

En consecuencia se dice que obra con culpa quien actúa sin observar el cuidado que la norma exige para vivir dentro de la colectividad.

Existen dos clases de culpa:

La culpa consciente o con previsión, el sujeto prevé la posibilidad de un resultado típico, más no obstante se comporta con la esperanza de que este resultado no se va dar, no va ocurrir, es decir, el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino que además, tiene la esperanza de que éste no se dará.

Aquí cabe hacer una comparación entre la culpa consciente y el dolo eventual, ya que en ambos se prevé la posibilidad de que pueda existir un resultado, sólo que en el dolo el resultado se quiere y en la culpa el resultado no es querido.

La culpa inconsciente o sin previsión, el sujeto no prevé un resultado previsible penalmente tipificado. La teoría normativista resuelve este problema, el sujeto además de relacionarse con el resultado se relaciona con el orden normativo que exige se desarrolle una conducta que prevea lo posible, la norma

exige que se prevea el o los posibles resultados, exige que se observe el cuidado, es decir, que en la culpa inconsciente, cuando no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Debo mencionar que actualmente nuestro Código penal sólo prevé dos formas de culpabilidad, que son el dolo y la culpa, tal y como se desprende de su artículo 12, que a la letra establece lo siguiente:

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

3.6 LA INCULPABILIDAD.

De inicio mencionare que frente a la inculpabilidad hay en consecuencia ausencia de culpabilidad.

Son las causas de inculpabilidad, el aspecto negativo que nulifican el elemento culpabilidad, haciendo imposible con ello, la configuración del delito.

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

La inculpabilidad operará, cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad.

Según se ha visto hasta entonces, se puede decir que la culpabilidad goza de los elementos de la imputabilidad, que son: el elemento intelectual y el elemento volitivo, y en consecuencia cualquier causa eliminatoria de alguno o de ambos elementos, será considerada una causa de inculpabilidad.

Mayer fue quien las llamó causas de inculpabilidad o causas de exculpación, mismas que excluyen la culpabilidad, es decir, son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche. Se ha considerado importante diferenciar a éstas, de las causas de inimputabilidad, ya que en éstas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta, porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve.

Ahora bien, hasta entonces he definido el concepto de causas de inculpabilidad y he explicado que las mismas operan al afectar alguno o ambos de los elementos de la culpabilidad, sin mencionar cuales son, al respecto y como preámbulo señalaré, que la doctrina Neoclásica o normativista, sostiene que siempre que por error o ignorancia inculpable falte tal conocimiento y siempre que la voluntad sea forzada de modo que no actúe libre y espontáneamente, operara la inculpabilidad.

Por lo que para el sistema Neoclásica o normativista, las causas de la inculpabilidad son:

El error; y

La coacción

La base de la inculpabilidad es el error existiendo varias clases de éste.

El error es la falsa apreciación de la realidad, y cuando tenemos error entonces no tenemos el conocimiento, porque el conocimiento es la relación entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido. Cuando el conocimiento concuerda con la realidad, estamos ante la presencia de un conocimiento verdadero. Esto es la verdad.

Existen dos clases de errores:

Error de hecho, y

Error de derecho.

El error de hecho, es la falsa apreciación de la realidad, esta clase de error, tiene a su vez dos clases:

Esencial y accidental, donde el primero puede ser de dos clases, invencible y vencible.

El error de hecho esencial invencible, elimina el dolo y además a la culpa.

El error de hecho esencial vencible, elimina el dolo pero deja subsistente la culpa.

El único error que se considera tiene el carácter de eximente, es el error de hecho esencial invencible.

El error de hecho accidental, no tiene los efectos de eximente y puede ser de tres clases:

Averratio ictus,

Averratio in persona, y

Averratio delicti.

Averratio ictus, que se traduce en el error en el golpe.

La averratio in persona, que se traduce en el error en la persona.

Averratio delicti, que se traduce, en que el sujeto cree estar cometiendo un delito determinado, pero en realidad es otro el delito que está cometiendo.

Respecto al error de derecho, no es eximente de responsabilidad, y este error de derecho se traduce en la ignorancia de la ley, la ignorancia de las leyes a

nadie aprovecha. El equivocado concepto sobre la significación de la ley, no justifica ni autoriza su violación.

Cuando un sujeto en la realización de un hecho ilícito alega ignorancia o error de la ley, no habrá inculpabilidad, siguiendo el principio de que “la ignorancia de las leyes a nadie beneficia”.

Por lo que respecta a la coacción, debe entenderse por dicho término, cuando la voluntad es forzada de modo que no actúe libre y espontáneamente.

Es considerada la coacción como la segunda causa de inculpabilidad, ya que ésta afecta al factor interno de la conducta que se refiere a lo que el sujeto quiere lograr con su movimiento corporal voluntario, que se traduce en la voluntad.

Por coacción, se entiende la violencia física y moral, ejercida sobre el sujeto que realiza un delito, pero provocado por dicha fuerza.

He señalado en más de una ocasión, que para la corriente Neoclásica o normativista, las dos causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho invencible y la coacción, ya especificados; mismas causas de inculpabilidad que estaban contempladas en el Código Penal de nuestro Estado anterior a la reforma, tal y como se ve en los siguientes artículos actualmente abrogados:

Artículo 44.- No obra con dolo quien al realizar el hecho legalmente descrito, incurre en error respecto de algún elemento de tal descripción. Sí el error se debe a la culpa, se sancionará a tal título, cuando el hecho admita esa forma de realización.

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

Artículo 45.- No es culpable quien obrare bajo coacción o peligro de un mal actual grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa.

No obstante lo anterior, y en virtud de que dichos preceptos legales no eran del todo claros y ante la confusión a que podía dar lugar la falta de especificación, se reformo el Código Penal, y actualmente establece lo siguiente:

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

VIII.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

...

Precepto legal, del que de su inciso a), se desprende que actualmente como primer causa de inculpabilidad tenemos, al error de tipo, que doctrinalmente deviene de la clasificación de error de hecho, y que se refiere a que el sujeto carece de conocimiento de que el hecho ejecutado guarda relación con el recogido por los legisladores en abstracto en el tipo penal, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más elementos exigidos por la ley para integrar el tipo penal descrito, o bien porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho.

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

Los efectos de cada uno de las mencionadas clases de error de tipo, son distintos, mientras que en el vencible, desaparece la posibilidad de dolo, quedando subsistente la culpa, en el invencible, no existe la posibilidad de que el dolo o la culpa puedan presentarse.

Ahora bien, dicho error de tipo, al que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 33 del Código Penal vigente en nuestro Estado, para que configure una causa de inculpabilidad, debe ser un error de tipo invencible, es decir que no deje subsistente ni el dolo ni la culpa.

Por lo que respecta al inciso b) de la fracción VIII, del precepto legal en cita, este como otra causa de inculpabilidad, como otra causa excluyente del delito, se refiere al error de prohibición, que por su parte implica que el sujeto ignora la existencia de la norma o bien cree no quedar inmerso en ella, calificando subjetivamente como lícito su actuar, no obstante su carácter antijurídico.

Un caso específico del error esencial de prohibición es la obediencia jerárquica, cuando el inferior posee poder de inspección sobre la orden superior, pero por un error esencial e insuperable desconoce la ilicitud del mandato.

Para que el error de prohibición al que se refiere el precepto legal en cita en su fracción VIII inciso b), constituya una causa excluyente de delito, así como en el error de tipo, también requiere que sea invencible, para que configure una causa de inculpabilidad.

Por otro lado, ese mismo artículo en su diversa fracción IX, establece que atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho...

De dicho precepto se desprenden otra causa de inculpabilidad, o bien, causa de exclusión del delito, consistente en la inexigibilidad o no exigibilidad de otra conducta.

Aún no se ha podido precisar la naturaleza jurídica de la no exigibilidad de otra conducta, por no haberse podido señalar cual de los elementos de la culpabilidad anula (el conocimiento o la voluntad).

Más sin embargo, en estricto apego a lo establecido por nuestro Código Penal vigente en nuestro Estado, se debe considerar así como al error de tipo invencible y al error de prohibición invencible, como otra causa de inculpabilidad a la inexigibilidad o a la no exigibilidad de otra conducta.

Más sin embargo, textualmente la fracción IX del artículo 33 del ordenamiento legal mencionado, no incluye al error esencial de hecho invencible y a la coacción como causas de inculpabilidad como así lo consideraba la corriente normativista y el Código Penal anterior a la reforma, más debo aclarar, que se entienden incluidas dentro de dicha causa de inculpabilidad.

Es decir, que aunque el error de hecho esencial invencible y la coacción, actualmente de manera textual no se encuentran contempladas en el vigente Código Penal, dentro del precepto legal que nos ocupa, no deben olvidarse, de hecho, dichas circunstancias siguen configurando causa de inculpabilidad, por encontrarse implícitas a la inexigibilidad, o mejor dicho, son causas de inculpabilidad por inexigibilidad o la no exigibilidad de otra conducta.

Por lo que en el supuesto caso de que un sujeto alegue coacción, debe argumentarlo por inexigibilidad, para que pueda configurarse la causa de inculpabilidad que contempla el multimencionado precepto legal.

Y esto es así, ya que como en su momento se explicó, frente al error de hecho esencial invencible, se nulifica el elemento conocimiento, esencial para la culpabilidad, o en otro caso, frente a la coacción, se nulifica la voluntad, segundo elemento esencial de la culpabilidad, y reitero que una de estas o ambas por inexigibilidad configuran causa de inculpabilidad.

CAPITULO CUARTO

“LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO”

4.1 DEFINICION DE PUNIBILIDAD.

Como se verá en párrafos subsecuentes, a la fecha los autores no han logrado ponerse de acuerdo en una definición común de punibilidad y sí esta es o no elemento esencial del delito. Por lo que a continuación expondré algunas de las distintas opiniones que algunos autores hacen respecto dicho término.

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad “es la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.⁵⁶

Mientras que Jiménez de Asúa precisa que “es el carácter específico del crimen”,⁵⁷ pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Guillermo Sauer sostiene que la punibilidad “es el conjunto de los presupuestos normativos de la pena, para la ley y la sentencia, de acuerdo con las exigencias de la Idea del Derecho”.⁵⁸

⁵⁶ Pavón Vasconcelos. Op. cit., pág. 395.

⁵⁷ Jiménez de Asúa. Op. cit., pág. 426.

⁵⁸ Saber, Guillermo. Derecho Penal. Ed. Bosh, Barcelona, 1956. pág. 36.

Por lo que tal y como se desprende de las anteriores aportaciones, la punibilidad tiene distintas acepciones, que se resumen en primer término en que una conducta se hace punible cuando tiene una calidad, esta calidad es que dicha conducta, sea típicamente antijurídica, imputable y culpable; es decir, en virtud de que la conducta tiene la calidad de delito, se hace merecedora de una pena.

Mejor dicho, un comportamiento es punible cuando teniendo la calidad de delito, se hace acreedor a una pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción, de ahí una segunda acepción que es que la punibilidad se traduce en la pena misma y la pena es el castigo que impone el Estado al individuo que comete una conducta delictuosa.

Esta acepción utiliza la palabra punibilidad para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos: es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas, lo que se conoce como el ejercicio del *jus puniendi*.

Una tercera acepción consiste en que la punibilidad es el señalamiento de la pena que va de un mínimo a un máximo en los que se mueve el juez, esto se puede confundir con la punición misma, con la imposición concreta de las sanciones penales, con el cumplimiento efectivo de la llamada amenaza normativa.

Es decir la punibilidad es la consecuencia del ejercicio del *jus puniendi*, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes.

En resumen y valiéndonos de los elementos que aportan tales acepciones, podemos concluir que punibilidad es:

- a) Merecimiento de penas,
- b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y
- c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

Por otro lado, también existe confusión respecto a que si la punibilidad es un elemento esencial del delito o una consecuencia de este, y con referencia a esto, Cuello Calón afirma que “la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo.”⁵⁹

En tanto que para Bettiol la punibilidad es “el tratamiento de una consecuencia jurídica del delito”.⁶⁰

Sebastián Soler afirma que “la punibilidad no es otra cosa más que la consecuencia del delito”.⁶¹

Ignacio Villalobos considera que “la punibilidad, es un elemento del delito, ya que el concepto de este no concuerda con el de la norma jurídica”.⁶²

En tanto que para Litz, incluía la punibilidad con la seguridad de que el delito era un comportamiento antijurídico y culpable.

Pero es hasta los tiempos de Max Ernest Mayer que nace la punibilidad como producto del delito y no como un elemento conceptual más.

⁵⁹ Cuello Calón. Op. cit., pág. 350.

⁶⁰ Bettiol, diritto Penale. Parte General, Palermo, 1945. pág. 139.

⁶¹ Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino, t II, pág. 210.

⁶² Villalobos, Ignacio. Op. cit., pág. 125.

Yo me inclino más por la opinión de que la punibilidad es una consecuencia del delito, en virtud de que las excusas absolutorias, que como se verá más adelante constituyen el elemento negativo de la punibilidad, hacen imposible la imposición de la pena, pero no la constitución del delito, ya que éste queda subsistente no obstante la configuración de tal aspecto negativo.

Pues habría que remitirnos directamente al Código Penal para el Estado de Guanajuato, que en su artículo 33, establece las causas excluyentes del delito, sin contemplarse dentro de estas las excusas absolutorias, lo que significa que una excusa absoluta sólo evita la imposición de la pena sin excluir el delito realizado. Lo que resuelve actualmente el dilema de que sí la punibilidad es o no un elemento del delito, y reitero que no lo es ya que la ausencia de punibilidad deja subsistente la existencia del delito.

Pero independientemente de que la punibilidad sea o no elemento del delito o una consecuencia del mismo, se afirma que esta consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de un delito.

Ahora bien, dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal, en el artículo 38 que a la letra establece lo siguiente;

Por la comisión de los delitos descritos en el presente Código sólo podrán imponerse las penas siguientes:

I.- Prisión;

II.- Semilibertad;

III.- Trabajo a favor de la comunidad;

IV.- Sanción pecuniaria;

V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas;

VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño;

VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella; y

VIII.- Las demás que prevengan las leyes.

4.2 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad, y nulifican la pena, es decir, a pesar de haber delito no se va a aplicar ninguna pena.

Es por eso que actualmente no se considera a la punibilidad como un elemento del delito, ya que como lo mencioné en el punto anterior, al presentarse alguna excusa absolutoria, se evita la aplicación de una pena, más no se excluye al delito, este permanecerá subsistente, sin penarse, es decir, a pesar de haber delito, no se va a aplicar pena alguna.

Las excusas absolutorias son aquellas causas que dejan subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

Fernando Castellanos dice al respecto que, "el Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición".⁶³

Jiménez de Asúa dice que "son excusas absolutorias las causas que hacen que aun acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública".⁶⁴

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

⁶³ Castellanos, Fernando. Op. cit., pág. 279.

⁶⁴ Jiménez de Asúa. Op. cit., pág. 129.

A continuación expondré algunas excusas absolutorias que nuestro Código Penal vigente en el Estado, establece:

Artículo 163.- No es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado ni el consentido por ella cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 242.- No se aplicará sanción por el delito de rebelión a quién habiéndose alzado deponga las armas antes de ser tomado prisionero.

En los casos de evasión de detenidos, inculpados o condenados.

Artículo 270.- Están exentos de pena los ascendientes del evadido, sus descendientes, cónyuge, concubinario o concubina y hermanos, excepto en el caso de que hayan proporcionado o favorecido la fuga por medio de la violencia o que fuera los encargados de conducir o custodiar a evadido.

Artículo 272.- Al detenido, inculpadado o condenado que se evada, no se le aplicarán las sanciones de éste capítulo.

CAPITULO QUINTO

“FORMAS DE APARICION DEL DELITO”

5.1 FORMAS DE APARICION DEL DELITO.

En la realidad acontecen sucesos delictivos que entrañan la posibilidad de ser cometidos por más de un sujeto, o bien, que un sujeto cometa varios delitos, dichas situaciones, hacen que la ejecución de los delitos, sean de diversas formas de aparición o ejecución de estos, por lo que para que esta tesis cumpla con su objetivo de resolver el problema que se plantea, no basta el análisis profundo y específico de los elementos objetivos y subjetivos que se requieren para que se configure el delito en sí, sino además es menester adentrarnos a las formas en que el delito puede aparecer, o ejecutarse.

Tales formas de aparición o ejecución del delito, están perfectamente establecidas en nuestro Código Penal, a efecto de que no queden impunes los delitos que implican dicha problemática.

Por tal razón es que actualmente se conocen como formas de aparición o ejecución del delito las siguientes:

Normales o comunes y especiales.

Clasificándose las primeras en:

Delitos consumados;

Delito cometido por una persona; y

Una sola conducta un solo resultado.

Y por su parte clasificándose las formas especiales de aparición del delito en:

Tentativa;

Concurso de delitos; y

Participación Criminal en sentido amplio.

Y clasificándose la participación Criminal en sentido amplio en:

Autoría; y

Participación Criminal en sentido estricto.

Así la autoría se clasifica en:

Autoría simple;

Autoría mediata; y

Coautoría.

Y la participación criminal en sentido estricto clasificándose en:

Complicidad; e
Instigación.

5.2 FORMAS NORMALES O COMUNES DE APARICION DEL DELITO.

La propia denominación de esta forma de aparición del delito, señala que se trata de las ejecuciones más comunes o normales que contempla nuestro Código Penal, por ejemplo la violación, amenazas, etc., más las formas de ejecución normales o comunes tienen su propia clasificación, que son los delitos consumados, los delitos cometidos por una sola persona, los delitos que entrañan una sola conducta que produce un sólo resultado.

Respecto a los delitos consumados, se puede decir que es una forma normal o común de aparición del delito, por ejemplo el homicidio, el robo, etc.

Es decir la conducta dada en la realidad, se adecua o encuadra perfectamente con la descrita en abstracto por el tipo penal, coincide en el número y calidad del sujeto activo o pasivo, en general reúne todos los elementos descritos, produciendo el resultado redactado en dicho tipo penal, y en tal virtud se entiende un delito consumado.

Por otro lado la mayoría de los tipos penales están redactados en singular, sólo necesitan de un solo sujeto activo, por eso es como segunda aparición de los delitos normales o comunes tenemos a los delitos cometidos por una sola persona, por ejemplo el delito de cohecho, extorsión, etc., y en general aquellos delitos, cuyo tipo penal inicie su redacción a quien..., por ejemplo: a quien aprovechando la necesidad apremiante, la ignorancia o la notoria inexperiencia de una persona obtenga un lucro excesivo, se le aplicará de seis meses a seis años de prisión, y de diez a doscientos días de multa...(delito de usura).

Ahora bien, tales tipos penales que describen una conducta delictuosa llevan implícito sólo un resultado, de ahí que la tercera forma de aparición de los delitos normales o comunes, sea una sola conducta un sólo resultado, por ejemplo

el delito de estupro, establecido en nuestro Código Penal en el artículo 185, de la siguiente manera: A quien tenga cópula con persona menor de dieciséis años, obteniendo su consentimiento por medio de la seducción o el engaño, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión y de treinta a cien días de multa.

Del ejemplo mencionado, se desprende entonces, que hay sólo una conducta, por medio del engaño o la seducción se pretende la obtención de la cópula, y un sólo resultado, que es la cópula con la menor de dieciséis años.

5.3 FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

Hoy en día es una realidad, que existe una gran diversidad de formas en que el delito puede ejecutarse, las normales o comunes han quedado esclarecidas, pero respecto a las formas especiales, debo decir, que son las contrapartidas de las formas normales o comunes, y es necesario desarrollar ampliamente cada una de estas formas, en virtud de que los legisladores han tratado hasta entonces de abarcar toda posibilidad de ejecución del delito, a efecto de que ninguna conducta delictiva quede impune, por atipicidad o por falta de tipo penal.

Por lo que como primera forma de aparición del delito está la tentativa.

5.4 TENTATIVA.

Se dice que hay tentativa cuando la conducta con su voluntad e intencionalidad va encaminada a través de actos inequívocos, a lesionar el bien jurídico tutelado, pero por causas ajenas a la voluntad del agente el resultado no se da.

La tentativa es una forma especial de aparición del delito, porque éste finalmente no se consume.

Nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato plantea la tentativa, estableciendo al respecto lo siguiente en su artículo 18, que a la letra contempla lo siguiente:

Artículo 18.- Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, sí el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causa ajenas a la voluntad del activo.

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

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

Según Soler, "la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa".⁶⁵

⁶⁵ Soler, Sebastián. Op. cit., pág. 216.

Por su parte Jiménez de Asúa, define la tentativa, como “los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto”.⁶⁶

Existen diversas formas en la tentativa, se habla de la tentativa acabada o delito frustrado, que consiste en cuando un agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

Por otro lado tenemos a la tentativa inacabada o delito intentado, aquí se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno o (varios), y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución.

⁶⁶ Jiménez de Asúa. Op. cit., pág. 595.

5.5 CONCURSO DE DELITOS.

Es el concurso de delitos otra forma especial de ejecución del delito, y se refiere a que con una sola conducta se realizan varios delitos, o con diferentes conductas se realiza un solo delito.

Concurso de delito.- Que consiste en que cuando con una sola conducta se obtienen varios resultados, o cuando varias conductas dan varios resultados.

Hay el concurso ideal, que consiste en que una conducta produce varios resultados.

Así mismo lo establece el Código Penal en su artículo 29, que dice lo siguiente:

Artículo 29.- Hay concurso ideal cuando con una sola conducta, dolosa o culposa, se cometan varios delitos.

Por otro lado, existe el concurso real, que por su parte consiste en que varias conductas producen varios resultados.

Así el artículo 28 del ordenamiento legal que nos ocupa, establece que:

Artículo 28.- Hay concurso real cuando una persona cometa varios delitos ejecutados, dolosa o culposamente, en actos distintos.

Tanto el concurso ideal como el real pueden ser homogéneos y heterogéneos.

Concurso ideal homogéneo, consiste en que un sujeto comete varios delitos de la misma naturaleza; por ejemplo, un sujeto va manejando su camioneta y atropella a tres sujetos al mismo impacto, esa tarde cometió tres homicidios.

Concurso ideal heterogéneo, consistente en que por ejemplo, un sujeto con una sola conducta comete varios delitos de diferente naturaleza, digamos que dicho sujeto que atropella a tres sujetos, trae como resultado que uno muere, otro queda lisiado de por vida y el último cae sobre una tienda ocasionando daños.

Concurso real homogéneo, que por su parte se refiere a que hay varias conductas y varios resultados, de la misma naturaleza, una persona que se dedica de oficio a robar, y lo hace en la mañana en la tarde y por la noche.

Concurso real heterogéneo, consistente en que hay varias conductas y varios resultados pero de diferente naturaleza, un sujeto por la mañana mata, por la tarde roba, y por la noche viola. Estos delitos pueden ser cometidos por dolo o por culpa.

5.6 PARTICIPACION CRIMINAL EN SENTIDO AMPLIO.

Como tercera forma especial de aparición del delito, tenemos a la participación criminal en sentido amplio.

Por participación criminal en sentido amplio debe entenderse cualquier forma de intervención de un sujeto o varios en la comisión de un delito.

Tales formas de intervención por un sujeto o varios en la ejecución de un delito, como parte de la participación criminal en sentido amplio son las siguientes:

Autoría:	Autoría simple; Autoría mediata; y Coautoría.
Participación Criminal: (sentido estricto)	Complicidad; e Instigación.

5.7 AUTORÍA.

Por autoría simple, se entiende la intervención de un solo sujeto como autor del delito. Se llama autor del delito, al que realiza la conducta delictuosa y pone en peligro o lesiona el bien jurídico tutelado, la autoría simple es cuando un sujeto realiza por sí mismo un delito, sin servirse de ningún otro sujeto.

Por autoría mediata, se entiende la situación en que un sujeto que está atrás, se sirve de otro sujeto que está adelante para la realización de un delito, considerándose sólo autor del delito al sujeto que está atrás.

El que esta adelante requiere tener el carácter de inimputable o inculpante, o ubicándose en cualquier causa de exclusión de ese delito, y sirve de instrumento del sujeto que esta atrás para la comisión del delito.

Por lo que respecta a la coautoría, esta se da cuando varios sujetos se ponen de acuerdo para cometer un delito y colaboran en su realización.

El propio Código Penal en su artículo 20 primer párrafo, establece las tres mencionadas clases de autoría.

Artículo 20.- Es autor del delito quien lo realiza por sí, por medio de otro que actúa sin incurrir en delito o con varios en común.

5.8 PARTICIPACION CRIMINAL EN SENTIDO ESTRICTO.

En cuanto a la participación criminal en estricto sentido, esta se refiere a cualquier delito que requiere de la intervención de más de un sujeto para su comisión, debe entenderse, la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo penal requiera de dicha pluralidad.

Por lo que como quedó establecido en supralíneas la participación criminal en sentido estricto se clasifica en:

Complicidad; e
Instigación.

5.9 COMPLICIDAD.

Se dice que hay complicidad, cuando se tiene dos o más sujetos. El cómplice no es autor, lo que hace es prestar ayuda al autor para la comisión del delito.

Esta ayuda puede ser al momento mismo de la comisión del delito, o después de cometido, debe haber acuerdo de voluntades anterior o previo a la comisión del delito.

La complicidad no se debe confundir con el encubrimiento, ya que éste último se traduce en ayudar al delincuente a evadir la justicia, no hay acuerdo de voluntades previo, el encubrimiento se da después de cometido el delito, el encubrimiento no es una forma especial de aparición del delito, es en sí un delito.

Respecto a la complicidad el Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su artículo 22, establece lo siguiente:

Artículo 22.- Es cómplice quien dolosamente presta ayuda a otro a la comisión de un delito.

Cuando se contribuya con ayuda posterior al delito, sólo habrá complicidad si fue convenida con anterioridad.

La punibilidad aplicable al cómplice será de cuatro quintos del mínimo a cuatro quintos del máximo de la sanción señalada para el autor, sin perjuicio de lo establecido por los artículos 24 a 26.

5.10 INSTIGACION.

Por instigación se entiende la situación en que una persona dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito.

En la instigación encontramos a una persona adelante y otra atrás, el sujeto de atrás tiene perfectamente definido el delito que pretende cometer, quiere tanto su realización como el resultado, por eso se dice que el instigador actúa de manera dolosa, al determinar al de adelante a la ejecución del ilícito, éste último sujeto es quién interviene únicamente en la realización del delito, actuando de manera dolosa también, deseando la realización y el resultado y siempre a sabiendas de lo que quiere el sujeto de atrás.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, respecto a la instigación establece lo siguiente:

Artículo 21.- Es instigador quien dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito. Al instigador se le aplicarán la punibilidad establecida para el autor, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 24 y 26.

Se dice que el instigador es autor intelectual, toda vez que es quién concibe la idea del ilícito, y determina al de adelante para que éste por su parte sea el autor material del delito que se quiere realizar.

Hay instigación dice Soler, "cuando el sujeto quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la relación de ejecutarlo".⁶⁷

⁶⁷ Soler, Sbastián. Op. cit., pág. 258.

Por otra parte, es inútil creer que el instigador pueda confundirse con el autor mediato, ya que como tal y se mencionó en el tema correspondiente, el autor mediato se sirve como instrumento de un sujeto que es inimputable, inculpable o tiene en sí alguna causa de exclusión del delito, más no sucede así en la instigación, ya que el dolo es un elemento importante, que de no darse en esta figura podríamos no estar hablando de instigación precisamente, ya que en ésta, el determinador siempre quiere y desea el delito y su resultado, su conducta va dirigida a mover la voluntad del sujeto de adelante a la comisión del delito, éste último sujeto, quien comete el delito, convirtiéndose así en autor material del ilícito, actúa con dolo, a sabiendas siempre de lo que quiere el determinador. Es decir que en la instigación está presente el dolo tanto en el instigador como en el instigado.

Tales características no se dan en la figura de la autoría mediata, ya que el sujeto de adelante carece de la capacidad de conocimiento o de voluntad para la realización del hecho ilícito, hay ausencia de conocimiento en este sujeto, por lo que en la autoría mediata hay ausencia de dolo en el autor material del ilícito.

Ahora bien, la instigación sin éxito no es punible.

Hasta aquí he hablado tan sólo de una relación directa y personal que se da entre instigador e instigado, que tienen en sí el carácter de autor intelectual y autor material, respectivamente, pero que pasaría sí la instigación se da en cadena, es decir con un tercer sujeto que sirve de intermediario.

Frente a tal situación tenemos entonces, que hay un primer sujeto que está atrás e instiga sobre otro sujeto que esta adelante para que éste a su vez instigue sobre un tercer sujeto, que será quien realice el delito.

El sujeto que está atrás, tiene el carácter de autor intelectual, se le considera partícipe en el delito, ya que no sólo ha aportado la idea de delinquir,

sino que además dirige su conducta de manera dolosa a determinar al sujeto de adelante para que instigue a un tercero a la comisión del ilícito, en esta primera relación tenemos, una relación personal en línea recta, el sujeto de atrás, es instigador, al reunir todos los elementos que la figura requiere, su conducta, tal y como lo mencioné va dirigida a determinar al sujeto de adelante a que se convierta en instigador, le comunica la intención de la realización del delito, y le encomienda que por su parte instigue a un tercero para que sea el autor material, toda su conducta va revestida de dolo, de principio a fin.

Posteriormente se da una segunda relación directa y personal, entre el segundo instigador y un tercero, ahora el segundo sujeto se ubica atrás del tercero, y éste último adelante, a quien el de atrás le determina dolosamente a cometer el delito doloso.

En esta cadena de instigación, debe prevalecer el dolo, de todos los partícipes, tanto de los instigadores como del autor material, así como el conocimiento por parte de los instigados de las intenciones de sus determinadores.

Por otro lado, puede que el autor material nunca haya tenido contacto con el primer sujeto, puede que ni el primer instigador ni el tercer sujeto, sepan de la existencia de uno del otro, y esto no impediría la configuración de la instigación, ya que en realidad nunca existe una relación entre estos, uno aporta la idea del delito, y el tercero finalmente lo conmina, en virtud de la instigación que el segundo ejerce sobre el tercero, es decir, en realidad no es necesaria la relación entre estos dos sujetos pues basta que el autor material del delito, lo haya conminado en virtud de la instigación por parte del sujeto que se ubicó detrás de él.

CONCLUSIONES

En base a la investigación realizada, ésta tesis llega a las siguientes conclusiones, a efecto de resolver el problema que la misma se planteó.

Como se desprende de los primeros capítulos, se analizó uno por uno de los elementos del delito, así como su aspecto negativo, a efecto de que se comprendiera ampliamente dicho término.

Al final de dichos análisis, y una vez dominando el concepto de delito, hasta entonces comprendimos que características requería una conducta para que fuera considerada como delito, y que circunstancias excluían al mismo; sin embargo había que considerar que los delitos presentaban distintas formas de ejecución o de aparición, en función de cuantas personas se involucraron en la realización del ilícito.

De igual manera se sacó avante el tema de las Formas de Aparición del Delito, y en consecuencia de su análisis en lo particular, se comprendió entre otras cosas los grados de participación que tienen los sujetos que intervienen en un delito.

Ahora bien, en este apartado despliego mis conclusiones que incluyen la respuesta al problema que se planteó esta tesis, con base al contenido de la presente investigación. Al respecto comenzaré por decir, que sí es partícipe el sujeto que induce a otro a instigar a un tercero a la comisión de un delito doloso.

Este primer sujeto que está atrás de un segundo sujeto que se ubica adelante, concibe la idea de realizar el ilícito, lo que desde éste instante lo hace autor intelectual, su conducta la dirige hacia éste sujeto de adelante, le comunica el plan delictivo, le transmite sus intenciones, le habla de las consecuencias, y lo determina a que instigue a un tercero a cometer el delito.

Aquí vemos, en primer término que concibe en su intelecto al delito, en segundo lugar su conducta voluntariamente se dirige a instigar, tiene dolo en sus intenciones, porque quiere el delito, su realización y su resultado, pero no lo quiere cometido por él mismo, lo quiere cometido por un tercero, y todos estos elementos se reúnen para determinar al sujeto de adelante a que instigue sobre un tercero.

Este segundo sujeto, le escucha, se convence, y ahora él quiere también la realización del delito, quiere también sus consecuencias, coincide con el sujeto de atrás de que el delito se cometa por un tercero, y coincide también en intenciones, ahora que conoce las del sujeto de atrás, y posteriormente es él quien dirige su conducta a determinar a ese tercero a la comisión del delito.

Se entabla entonces una tercera y última relación entre el segundo sujeto que ahora es el de atrás y el tercero, a quién le comunica el delito a realizar, le manifiesta sus intenciones de que se realice el hecho, con dolo lo determina a conminarlo.

Este tercer sujeto que ahora es el de adelante, escucha al que está atrás, se convence, y ahora él quiere también la realización del delito, quiere también sus consecuencias, coincide en intenciones, ahora que conoce las del sujeto de atrás, y por último es quién finalmente realiza el delito, convirtiéndose éste en instigado y autor material del ilícito.

Por su parte el sujeto que se encuentra atrás de él, es instigador, porque dolosamente lo determinó a la realización del delito doloso.

Y respecto al primer sujeto, quién inició la cadena, es en primer término autor intelectual, porque ideó el delito, su comisión, incluso ideó la instigación en cadena; pero además el grado de participación criminal que adquiere es el de instigador, en virtud de que sus intenciones siempre fueron dirigidas a que el ilícito fuera cometido por sujeto distinto a él, fueron dirigidas a la determinación sobre otro sujeto para que éste instigara sobre un tercero para que cometiera el delito.

Hay que recordar que si no hay éxito en la realización del delito, la instigación no es punible.

Por lo que ante todo debe darse en la realidad el delito doloso, cometido por un autor material, que haya sido instigado dolosamente a tal comisión.

Este tercero adquiere el carácter de autor material del delito, el sujeto de atrás de él, por su parte adquiere el carácter de instigador, y por último el primer sujeto además de ser el autor intelectual del ilícito es también instigador.

BIBLIOGRAFIA

AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA GRISELDA. DERECHO PENAL.
ED. HARLA. MEXICO 1983. P.p. 418.

CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE. APUNTAMIENTOS DE DERECHO PENAL.
2ª ed. ED. CARDENAS. MEXICO 1994. P.p. 327.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL.
3ª ed. ED ROBREDO. MEXICO 1960. P.p. 390.

CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.
32 ed. ED. PORRUA. MEXICO 1993. P.p. 361.

CASTREJON, FEDERICO/MARTINEZ DE ARIZALAGA. TEORIA DE LA CONTINUIDAD DERECHO PENAL.
5ª ed. ED. BOSH. BARCELONA 1949. P.p. 249.

CUELLO CALON, EUGENIO/CAMARGO HERNANDEZ, CESAR. DERECHO PENAL.
16 ed. ED. BOSH. BARCELONA 1971. P.p. 463.

DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO. TEORIA DE LA ACCION PENAL.
2ª ED. PORRUA. MEXICO 1974. P.p. 465.

FRANCO SODI, CARLOS. NOCIONES DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL.
14ª ed. ED. BOTAS. MEXICO 1978. P.p. 325.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO. DELINCUENCIA ORGANIZADA.
5ª ed. ED. PORRUA. MEXICO 1992. P.p. 532.

GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO.
4ª ed. ED. ABELEDO PERROT. BUENOS AIRES 1958. P.p.99.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. TEORIA GENERAL DEL DELITO.
2ª ed. ED. NOMOS. MEXICO 1995. P.p. 333.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO. COMENTARIOS DE DERECHO PENAL.
3ª ed. ED PORRUA. MEXICO 1973. P.p. 214.

PORTE PETIT CADAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL.
15ed. ED. PORRUA. MEXICO 1993. P.p. 508.

SAFFARONI, EUGENIO RAUL. TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL.

1ª ed. ED. CARDENAS. BOLIVIA 1997. P.p. 490.

VELA TREVIÑO, SERGIO. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

1ª ed. ED. TRILLAS. MEXICO 1985. P.p. 415.

CODIGOS Y LEYES

CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.