

879309

UNIVERSIDAD LASALLISTA



BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE: 879309

**“ EL TIPO PENAL DE INSTIGACIÓN O
AYUDA AL SUICIDIO COMO DELITO FORMAL ”**

TESIS:

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

CARLOS CERVANTES MONTOYA

ASESOR.- **LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE**

CELAYA, GTO.

MAYO DE 2004

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

A MIS HERMANOS

PATY,

TERMINA TU CARRERA. ES UNA GRAN SATISFACCIÓN PERSONAL LLEGAR A ESTE MOMENTO, YO SE QUE SERÁS UNA GRAN PROFESIONISTA.

SUSAN:

LICENCIADA EN ADMINISTRACIÓN; ERES LA PRIMERA QUE TERMINO UNA CARRERA. ESTA TESIS ESTA DEDICADA CON MUCHO CARIÑO A TI, YA QUE ERES NUESTRO EJEMPLO A SEGUIR.

MIGUELO:

MI HERMANO MENOR, TU GRAN NOBLEZA SIEMPRE TE HA CARACTERIZADO, TEN POR SEGURO QUE NUNCA ESTARÁS SOLO Y QUE CONTARAS CON EL APOYO DE TODOS NOSOTROS.

PORQUE SIEMPRE ESTEMOS UNIDOS, Y SIGAMOS SIENDO ASÍ. LES AGRADEZCO SU APOYO. LOS QUIERO MUCHO. GRACIAS.

A MI NOVIA MARIANA:

POLLO, TE AMO MUCHO. GRACIAS POR ESTAR CONMIGO EN LOS BUENOS Y MALOS MOMENTOS; POR ESTAR A MI LADO SIEMPRE QUE LO HE NECESITADO, POR ESCUCHARME, Y SOBRE TODO POR AYUDARME EN LA ELABORACIÓN DE ESTA TESIS. ERES UNA GRAN MUJER.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS.

POR HABERME DADO LA OPORTUNIDAD DE VIVIR ESTE MOMENTO TAN IMPORTANTE EN MI VIDA, PORQUE SIEMPRE HE GOZADO DE SALUD Y BIENESTAR CON TODOS MI SERES QUERIDOS,

A MI MAMA.

CARMEN MONTOYA CERVANTES:

GRACIAS POR HABER DEDICADO TU VIDA A TODOS NOSOTROS, SIEMPRE HAS SIDO EL GRAN PILAR QUE SOSTIENE NUESTRO HOGAR Y UNA GRAN MUJER, POR TU APOYO INCONDICIONAL QUE SIEMPRE ME HAS DADO, ESTA TESIS ESTA DEDICADA A TI MAMA, CON CARÍÑO, ADMIRACIÓN Y RESPETO, PORQUE NO TENDRÍA CON QUE AGRADECER TODO LO QUE HAS HECHO POR MI. TE QUIERO MUCHO.

A MI PADRE

LIC. CARLOS CERVANTES VEGA

PAPA, GRACIAS POR APOYARME EN MI CARRERA CON TODOS LOS SACRIFICIOS QUE ESTA HA REPRESENTADO, POR TUS CONSEJOS, POR SER ADEMÁS DE MI MAESTRO DE LA VIDA , MI GUÍA EN EL ÁMBITO JURÍDICO Y AVENTURARTE CONMIGO A PONER MI DESPACHO. TE DEDICO ESTA TESIS CON RESPETO, ADMIRACIÓN Y CARÍÑO.

AL LICENCIADO FRANCISCO GUTIERREZ
NEGRETE:

POR DEDICARME TANTAS HORAS
DE ESTUDIO Y PACIENCIA EN LA
ELABORACIÓN DE ESTA TESIS.

A LA FAMILIA VELAZQUEZ
VAZQUEZ:

A LOS PAPAS DE MI NOVIA MARIANA,
PEPE Y MEMO; POR SU CARÍÑO Y
RESPECTO. GRACIAS.

A MI AHIJADO HECTOR JESÚS Y MI
SOBRINA MAYTE.

MIS RANAS: ESTUDIEN MUCHO
PARA QUE TERMINEN SU
CARRERA. LOS QUIERO MUCHO.

NOMBRE: Carlos Cervantes

MONTOYA

FECHA: 5 - AGOSTO - 2004

FIRMA: P.A. B...

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- EL DERECHO EN GENERAL

1.2.- NECESIDAD DEL DERECHO PENAL.....	2
1.3.- RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y EL DERECHO PENAL.....	2
1.4.- DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL.....	3
1.5.- APRECIACIÓN DEL DERECHO PENAL.....	5
1.5.1.- DERECHO PENAL OBJETIVO.....	5
1.5.2.- DERECHO PENAL SUBJETIVO.....	6
1.5.3.- DERECHO PENAL SUSTANTIVO.....	6
1.5.4.- DERECHO PENAL ADJETIVO.....	7
1.6.- DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL FEDERAL.....	7
1.7.- DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.....	8
1.8.- EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO.....	10
1.9.- ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL DELITO.....	12
1.10.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.....	12

CAPITULO II.- ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

A).- CONDUCTA Y SU AUSENCIA

2.1.- SU CONCEPTO.....	14
2.2.- SUS CLASES.....	15
2.2.1.- COMISIÓN. SUS ELEMENTOS	15
2.2.2.- OMISIÓN. SUS ELEMENTOS.....	16
2.2.3.- COMISIÓN POR OMISIÓN.....	17
2.3.- AUSENCIA O FALTA DE CONDUCTA.....	18

B).- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

2.4.- TIPICIDAD. SU CONCEPTO.....	19
a).- TIPO.....	20
b).- ATIPICIDAD.....	20
c) AUSENCIA DE TIPO.....	20
d).- TIPICO - A.....	20
2.5.- EL TIPO PENAL DE BELING.....	20

2.6.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.....	21
2.6.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.....	21
2.6.2.- ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS.....	23
2.7.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.....	26
2.8.- ATIPICIDAD.....	28

C).- ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

2.9.- DEFINICIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.....	29
2.9.1.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.....	31
2.9.2.- RELACIÓN ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y TIPICIDAD.....	31
2.10.-CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.....	33
2.10.1.- LA LEGITIMA DEFENSA.....	35
2.10.2.- EL ESTADO DE NECESIDAD.....	44
2.10.3.- EL EJERCICIO DE UN DERECHO Y CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.....	48
2.10.4.- EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.....	49

CAPITULO III.- ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

A).- IMPUTABILIDAD..... 52

3.1.- SU CONCEPTO.....	52
3.2.- SUS ELEMENTOS.....	53
3.3.- LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMNTO DEL DELITO O SU CONSECUENCIA.....	54
3.4.- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.....	54
3.4.1.- SEGÚN EL ARTICULO 33 DEL C.P. PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.....	56
3.4.2.- LOS MENORES DE EDAD.....	57
3.4.3.- LAS ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.....	60

B).- CULPABILIDAD..... 63

3.5.- TEORÍA PSICOLOGISTA.....	63
3.6.- TEORÍA NORMATIVISTA.....	64
3.7.- FORMAS DE CULPABILIDAD.....	65
3.7.1.- EL DOLO. CONCEPTO.....	65
3.7.2.- ELEMENTOS DEL DOLO.....	66
3.7.3.- CLASES DE DOLO SEGÚN LA DOCTRINA.....	66
3.7.4.- CLASE DE DOLO SEGÚN NUESTRO CODIGO PENAL.....	67
3.7.5.- LA CULPA. CONCEPTO.....	68

3.7.6.- CLASES DE CULPA.....	68
A).- CONCIENTE Ó CON PREVISIÓN.....	69
B).- INCONSCIENTE Ó SIN PREVISIÓN.....	69
3.7.7.- ELEMENTOS DE LA CULPA.....	70
3.7.8.- DIFERENCIA ENTRE EL DOLO Y LA CULPA.....	70
3.8.- INCULPABILIDAD.....	71
3.8.1.- EL ERROR Y SUS CLASES.....	72
3.8.2.- LA COACCIÓN.....	76

CAPITULO IV.- LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

4.1.- CONCEPTO.....	79
4.2.- LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTOS DEL DELITO Ó SU CONSECUENCIA.....	80
4.3.- LA PUNICIÓN.....	81
4.4.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS.....	82

B).- TEORIA DE LA PENA

4.5.- LA PENA. SU CONCEPTO.....	83
4.6.- FINALIDAD DE LA PENA.....	84
4.7.- DIFERENCIA ENTRE PENA Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	84
4.8.- LAS PENAS SEGÚN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.....	85

CAPITULO V.- CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS

5.1.- SEGÚN LA FORMA DE CONDUCTA DEL AGENTE.....	88
5.2.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.....	89
5.3.- DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.....	89
5.4.- EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD.....	89
5.5.- POR EL RESULTADO.....	90
A.- DELITOS MATERIALES.....	90
B.- DELITOS FORMALES.....	90
5.6.- FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.....	90
5.6.1.- FORMAS NORMALES Ó COMUNES DE APARICIÓN DEL DELITO.....	91
5.6.2.- DELITO CONSUMADO.....	92
5.6.3.- DELITO COMETIDO POR UNA SOLA PERSONA.....	92
5.6.4.- UNA SOLA CONDUCTA UN SOLO RESULTADO.....	92

5.7.- FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO.....	93
5.7.1.- TENTATIVA.....	94
5.7.2.- PARTICIPACIÓN CRIMINAL (AMPLIO SENTIDO).....	96
5.7.3.- AUTORIA.....	97
5.7.4.- PARTICIPACIÓN CRIMINAL (SENTIDO ESTRICTO).....	98
5.7.4.1.- INSTIGACIÓN.....	98
5.7.4.2.- COMPLICIDAD.....	99
5.8.- ANALISIS DEL TIPO PENAL DE INSTIGACIÓN Ó AYUDA AL SUICIDIO COMO DELITO FORMAL.....	100

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La inquietud del planteamiento de este problema surge de la práctica escolar que se realiza en nuestra Institución educativa.

Realizando un estudio comparativo concreto de el artículo 164 del Nuevo Código Penal vigente para el estado de Guanajuato, con el Código Penal anterior el artículo 229, ambos Códigos TIPIFICAN y Sancionan la " Instigación o ayuda al Suicidio de tal suerte que el artículo 164 del Nuevo Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato establece: " A QUIEN INSTIGUE O AYUDE A OTRA PERSONA A SUICIDARSE SE LE IMPONDRÁ DE 2 A 10 AÑOS DE PRISIÓN Y DE 10 A 50 DÍAS MULTA, SI EL SUICIDIO SE CONSUMARE "

El Código Penal anterior, en su artículo 229 establecía lo siguiente: "Al que instigue o ayude a otro al suicidio, se le impondrá de uno a ocho años de prisión y de diez a cincuenta días multa, si el suicidio se consumare."

" Si el pasivo intenta privarse de la vida sin consumir el resultado por causa ajenas a su voluntad, se impondrá a instigador o auxiliador de seis meses a cuatro años de prisión y de cinco a veinticinco días multa."

" Si solo se causan lesiones, se sancionarán con mitad de la pena que correspondería de acuerdo con su gravedad y consecuencia."

El problema consiste en la interpretación del tipo de delito que es la Instigación o ayuda al suicidio, ya que atendiendo a la gran división que de los tipos penales que hace Fernando Castellanos Tena, consideramos que dicho delito cae dentro de la clasificación de los llamados " Delitos Formales ", o bien podremos deducir, que el delito de Insti - -

gación o ayuda al suicidio se consuma aún independiente del resultado.

Atendiendo a la clasificación de los delitos formales , se puede aludir QUE NO SE AGOTA EL TIPO YA QUE EN ESTA CLASE DE TIPOS ES NECESARIO EL RESULTADO MATERIAL o FISICO, es decir, el delito conlleva una acción material de facto, sine quanón es imposible que se tipifique el delito al no materializarse; y en este caso también podríamos hablar de una mera tentativa lo cual repugna a la naturaleza misma del delito de incitación o ayuda al suicidio.

El ejemplo característico en este tipo de delitos, lo encontramos en el delito de portación de Arma de fuego, en donde el sujeto, con el simple hecho de fajarse la pistola al cinturón, está colmando el tipo de portación de arma de fuego, independientemente de si dispara o no con su revolver. Surgen entonces varias interrogantes:

a).- ¿ El tipo penal de instigación a ayuda al suicidio es un delito formal o material ?

b).- ¿Basta con que el instigador preste su ayuda al sujeto pasivo para se colme el tipo, o se necesita el resultado para que dicho tipo penal se pueda tipificar?

c).- Como puede ser esa ayuda que se presta al sujeto pasivo, psicológica o material

El problema a resolver, es determinar si el delito de instigación o ayuda al suicidio es un delito formal o no.

CAPITULO I

EL DERECHO EN GENERAL

La sociedad para realizar su progreso y mejoramiento, necesita de un orden, sin el cual todo intento de convivencia resulta inútil.

La vida en sociedad obliga al hombre a mantener con sus semejantes relaciones sociales que no siempre se desenvuelven de un modo natural y armónico; por el contrario, esto determina en ocasiones discrepancias o conflictos entre si. Para evitar tales conflictos, o resolverlos en el caso de que se produzcan el Estado impone Normas Jurídicas las cuales tienen la característica de ser **coercibles** (puesto que tienen fuerza coactiva y que pueden ser impuesta aun en contra de la voluntad del individuo), **bilaterales** (porque la norma es impero-atributiva) es decir que a la vez que concede derechos impone deberes a la persona que interviene en la relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el estado, **heterónomas** puesto que las normas son creadas por un sujeto distinto al destinatario de la norma y que esta además le puede ser impuesta aún en contra de su voluntad por los órganos del Estado; **Externas** porque regula las manifestaciones de voluntad de los hombres hacia el exterior.

El Derecho como tal, tiene por finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida gregaria en sociedad, y es como certeramente afirma el maestro Fernando Castellano Tena " *Un conjunto de normas jurídicas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, los cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado.*"

Se puede afirmar entonces, que toda la vida social del individuo desde su nacimiento hasta su muerte y aun antes de su nacimiento se encuentra regido por el derecho.¹

1.2 NECESIDAD DEL DERECHO PENAL

El Estado de Derecho de las sociedades utiliza de manera fundamental al Derecho Penal, porque la autoridad se sirve del pacto punitivo que de él emana, como instrumento de poder. La vía penal se convierte en un medio mucho más eficaz, que cualquier otro, para lograr una adecuada convivencia social, fin último al que aspira el estado de Derecho.²

1.3.- RELACIÓN ENTRE DERECHO Y DERECHO PENAL

El Derecho Penal como una rama del Derecho Público Interno, puede apreciarse desde dos puntos de vista; **es una ciencia** por que representa un conjunto de conocimientos ordenados, sistematizados con método y un objeto de estudio. Y es un conjunto de **normas jurídicas** las cuales representan obligatoriedad, entendiéndose por Norma Jurídica, toda regla de conducta de observancia obligatoria. La norma jurídica se encuentra estructurada por dos elementos; Al primero de ellos se le ha denominado Supuesto o Postulado de Hecho y se traduce en el modelo de conducta que los hombres deben observar para poder vivir dentro de la colectividad pacíficamente; En cuanto al segundo elemento de la norma jurídica, es la consecuencia, que se traduce en una sanción.

La Norma jurídico penal como todas las normas jurídicas, se encuentra estructurada por los mismos elementos

¹ Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. Ed. Porrúa. ed.42ª-. México 1997.

² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho Penal. . Ed. Porrúa. ed. Cuarta Edición. México 1996.

como son, Bilateralidad, heronomía, exterioridad y coercibilidad; " La diferencia de la norma Jurídico Penal, con otras normas de Derecho, estriba en que su consecuencia es una Pena ".

Es externa, porque regula las manifestaciones de voluntad de los hombres hacia el exterior, manifestaciones que pueden ser acciones u omisiones; **Es bilateral** porque la norma jurídico penal concede derechos, pero también impone obligaciones; **Es Heterónoma** porque existe otra persona que nos puede imponer la norma aún en contra de nuestra voluntad, y esa otra persona es el **Estado**; y **Coercible**, porque la norma jurídico penal en caso de no respetar su observancia, puede ser impuesta a través de la fuerza.

1.4.- DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL

Fernando Castellanos Tena ha definido al **Derecho Penal** como " Una rama del Derecho Publico Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad a efecto de preservar el orden social." ³

Como consecuencia de lo anterior se afirma entonces que el Derecho Penal es " **una Rama del Derecho Publico Interno** "; porque solamente se puede aplicar a todos los individuos siempre y cuando estos se encuentren dentro del territorio del Estado.⁴

Es **Derecho Publico** porque al cometerse un delito la relación jurídica material que surge de ello, se establece entre *el Estado* como soberano titular de Jus Punuendi y el presunto delincuente.

³ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Ed. Porrúa. ed.44. México 2003.

⁴ SANTOYO RIVERA, Juan Manuel. Manual de Introducción al Estudio del Derecho, Ed. Universal Lasallista Benavente. Primera Edición. 1989, pag.6.

El Derecho Penal es relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, porque la ley Penal establece los delitos como aquellas conductas que son penalmente relevantes que afectan con mayor relevancia al orden social a través de la lesión del bien jurídico tutelado, conductas que son definidas por el legislador como conductas antijurídicas y las que se consideran delitos entendiendo por este fenómeno jurídico social *a la conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.*

Por pena debemos entender el castigo que impone el Estado a todos aquellos sujetos que han llevado a cabo conductas delictuosas y que previamente han sido declaradas culpables.

Y por **Medidas de Seguridad** se ha dicho que son sustitutos de la Pena, cuya finalidad es la de evitar la comisión de delitos, siendo de esta manera su fin de carácter curativo y preventivo.⁵

Como último elemento de nuestra definición de Derecho Penal, este tiene y ha tenido la finalidad de Regular o encauzar la conducta humana a fin de preservar el orden social; Sin en el cual, como ya había mencionado con antelación, todo intento de convivencia resultaría inútil.

El Derecho Penal constituye así, la **forma más drástica de reacción** en contra de aquellos sujetos que afectan los valores supremos de la sociedad, llamados también bienes jurídicos tutelados. De ahí que el Derecho Penal está encauzado a la preservación del orden social, y es por esta razón que el Estado es el encargado de perseguir los delitos a través del Ministerio Público.

⁵ Op.Cit. López Betancourt.pág. 10

El Derecho Penal forma parte del Derecho positivo Mexicano; es derecho vigente. Es de carácter público porque las sanciones impuestas por el Estado, son en razón de un interés público; el delito crea una relación jurídica entre el sujeto activo del delito y el Estado, en cuanto aquella facultad exclusiva del Estado de determinar los delitos, las penas y las medidas de seguridad.⁶

1.5.- APRECIACIÓN DEL DERECHO PENAL

El derecho penal como un conjunto de normas puede ser apreciado desde 2 puntos de vista, así la doctrina afirma la existencia de un **derecho penal objetivo; subjetivo, también de un derecho penal sustantivo y de un derecho penal adjetivo.**

1.5.1.- DERECHO PENAL OBJETIVO

Para 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 sean sancionados."

Desde el punto de vista de **Pessina** es el conjunto de principios relativos al castigo del delito.

Por lo que respecta **Edmundo Mezguer** señala que 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.

Finalmente **Raúl Carranca y Trujillo**, señala que es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes

⁶ Op. Cit. López Betancourt, Eduardo. pág. 12.

y regula la aplicación completa de las mismas a los casos de incriminación. Para este autor, el derecho penal debe valer para la defensa de la sociedad mediante la pena y las medidas de seguridad por la significación, valoración social y jurídica de la conducta humana, en los casos de violación a la ley impuesta por el Estado para salvaguardar los intereses jurídicos comunes a sus miembros.

1.5.2.- EL DERECHO PENAL SUBJETIVO

Se identifica con **Jus Punuendi**: El cual es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado (mediante leyes de combinar la realización del derecho con penas y en su caso imponerlas y ejecutarlas. Según Cuello Calón, es el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y además medidas de lucha contra la criminalidad. Por lo tanto 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 medidas de seguridad.

1.5.3.-DERECHO PENAL SUSTANTIVO

El derecho penal sustantivo se integra con normas relativas a los delitos, a las penas y las medidas de lucha contra la criminalidad; por lo tanto la verdadera sustancia del derecho penal lo constituye tales elementos; de ahí la denominación de derecho penal sustantivo ó material

Para Eusebio Gómez 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 ó caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada.

1.5.4.-DERECHO PENAL ADJETIVO

“ Su objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del derecho material y con mayor frecuencia recibe el nombre de derecho procesal penal entendiéndose por este último el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a casos particulares ”.⁷

1.6.- DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL FEDERAL

El Código Penal Federal en su artículo 7 define al delito como el acto y omisión que sancionan las leyes penales, señalando tres clases:

Instantáneo.- cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos:

Permanente o continuo.- Cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y

Continuado.- Cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Para varios autores, **esta es una definición formal** del delito, ya que esta la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos.* (Castellanos, Tena Fernando)

⁷ Castellanos Fernando. Op. Cit. (Supra (3) Ed. Porrúa. ed. 44. México 2003.)

1.7.- DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

El Código Penal sustantivo anterior a la reforma del 1 de enero del año 2002, definía al delito como conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.

De esta definición se desprende que la conducta debe de reunir ciertas características para ser punible, y se comprende dentro de la definición dogmática del delito, que la dogmática penal alemana se desarrollo a través de tres sistemas: El clásico o causalista cuyo fundador ha sido el Ilustre Maestro **Franz Von Liszt**; el sistema neoclásico de **Frank Von Renhard** y el finalista, atribuido a **Hans Welzel**.

Con la reforma a nuestro Código Penal, se puede apreciar que la definición dogmática del delito que se trataba desapareció, sin embargo se presume su existencia ya que en su artículo 33 el Código Penal establece:

ARTICULO 33.- el delito se excluye cuando:

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

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate.

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

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

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 impedirarla.

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:

c).- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

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

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

Quando el agente solo haya poseído en grado moderado la capacidad a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 35.

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 esta justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por los artículos 15 y 16, según corresponda.

IX.- Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita. No sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que se realizó en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho o:

X.- El resultado típico se produce por caso fortuito.⁸

1.8.- EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO.

Franz Von Liszt en 1881 hace sus estudios del Código Penal Alemán tratando de encontrar los conceptos fundamentales del delito y se encontró con que lo que estaba establecido en su Código Penal eran acciones y que esas acciones eran contrarias a derecho y les llamó antijurídicas y que esas acciones antijurídicas eran atribuibles a los hombres a título de dolo y a título de culpa y a esto le llamó culpabilidad refiriéndola como responsabilidad. Por lo tanto para Liszt, el delito es acción antijurídica y culpable.

Ernest Beling en 1906 publica su obra titulada " La teoría del Tipo " , y siendo el primero que sistematiza el tipo penal con ello agrega un elementos más a la definición de Liszt. Para Beling, el delito es entonces acción, típica, antijurídica y culpable. Afirmaba entonces que el delito es una acción típica porque es un elemento autónomo que esta relacionado con los juicios de valor de la Antijuridicidad, ni de la culpabilidad, esta traía como consecuencia que el tipo penal de Beling, era un tipo AVALORADAMENTE NEUTRO.

⁸ Guanajuato, Nuevo Código Penal para el Estado de. Ed. Orlando Cárdenas. 2002.

Avaloradamente porque no estaba relacionado con los juicios de valor de la Antijuridicidad y de la culpabilidad y neutro porque solamente contenía puros elementos objetivos.

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

Posteriormente EDMUNDO MEZGER, afirma que el delito es acción típicamente, antijurídica y culpable, es decir que en tanto para **Mayer**, la tipicidad es un indicio de la Antijuridicidad, para **Mezger** la tipicidad implica la Antijuridicidad por lo que toda conducta típica "**ES**" antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación y de esta manera tenemos la **Ratio Essendi** de la Antijuridicidad.⁹

Si hacemos una comparación de nuestro código penal para el Estado de Guanajuato, con las definiciones de la Dogmática Penal Alemana, inducimos lo siguiente:

a).- La Dogmática Penal alemana nos habla como un elemento esencial del delito la ACCIÓN, en tanto que nuestro código habla de conducta, la cual se tratara posteriormente en un capítulo específico.

b).- Mezger habla de la tipicidad, y en ese sentido nuestro Código nos habla de típicamente, siguiendo la definición de este gran autor.

⁹ Gutiérrez Negrete Francisco. Apuntes del Derecho Penal. 1998.

c).- Nuestro Código considera la existencia de la imputabilidad como un elemento del delito, en tanto que para la Dogmática Penal alemana es un elemento de la culpabilidad, atendiendo al sistema clásico o causalista como un presupuesto de la culpabilidad y en el sistema Neoclásico como un elemento de la culpabilidad .

d).- En cuanto a la Punibilidad, los grandes dogmáticos la consideraban como una consecuencia de la comisión de un delito.

1.9.- ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DEL DELITO

Dentro de los elementos objetivos del delito encontramos: **La Conducta, la Tipicidad y la Antijuridicidad.**

Con relación a los elementos **subjetivos del delito** encontramos; La imputabilidad, Culpabilidad y la Punibilidad, mismos que serán tratados en su capítulo correspondiente.

1.10.- ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

Los aspectos que comprende el delito son enumeran a continuación en la siguiente columna:

ASPECTOS POSITIVOS NEGATIVOS

ASPECTOS

a).- Conducta

Ausencia de Conducta

b).- Tipicidad	Atipicidad.
c).- Antijuridicidad	Causas de Justificación
d).- Imputabilidad	Inimputabilidad
e).- Culpabilidad	Inculpabilidad
f).- Punibilidad.	Excusas Absolutorias.¹⁰

¹⁰ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit (Supra (3)) Pág. 134.

CAPITULO II

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

2.1.- DEFINICIÓN DE CONDUCTA.

La conducta es un elemento básico del delito, y para expresar este elemento objetivo del delito se han utilizado diversas denominaciones; algunos autores le llaman conducta , otros acción, así como también se le ha llamado hecho e incluso acto. Nosotros le llamaremos conducta atendiendo a lo establecido por nuestro Código Penal Sustantivo cuando define al delito.

Von Liszt definió la conducta llamándole acción, como el movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior. Fernando Castellanos Tena, define a este elemento como comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito.*¹¹

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

¹¹ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. (Supra (3)) Pág. 149.

2.2.- CLASES DE CONDUCTA

En cuanto a la definición de Liszt, se puede apreciar que este autor nos habla de movimientos corporales voluntarios, los cuales pueden ser apreciados desde un punto de vista positivo y desde un punto de vista negativo. Cuando se habla de un punto de vista positivo de la conducta, se está hablando de un hacer positivo, es decir, de una acción, misma que cuando viola una norma prohibitiva se nos convierte en comisión. Si hablamos de un punto de vista negativo de la conducta, tendremos una abstención, un no hacer y cuando con ellos se viola una norma dispositiva que nos ordena o manda nos encontramos ante una omisión.

De esta manera surge una primera clasificación de los delitos como lo es delitos de comisión cuando se viola una norma prohibitiva; la segunda que comprende delitos de omisión cuando se viola una ley dispositiva que ordena o manda; y Algunos autores consideran una tercera forma de aparición de la conducta, a través de la violación de una norma dispositiva se viola una norma prohibitiva, a la cual se le ha dado el nombre de omisión impropia. Estas son las tres formas de conducta existentes.

La voluntad representa en la conducta un factor básico, porque su manifestación hacia el exterior se nos traduce en la conducta, debiendo de haber en consecuencia un nexo causal entre la voluntad y el movimiento corporal positivo o negativo y entre esta y el resultado que es la modificación del mundo exterior.

2.2.1.- COMISIÓN. SUS ELEMENTOS

El acto o la acción stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior, modificación que trae como consecuencia la lesión del bien jurídico tutelado o bien

poner al bien jurídico tutelado en la posibilidad de ser lesionado. Según Cuello Calón, la Acción en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que el bien jurídico tutelado resulte lesionado.¹² La omisión en cambio se traduce en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción.

Para Cuello Calón, los elementos de la acción son un acto de voluntad y una actividad corporal. Para Edmundo Mezguer en la acción se encuentran los siguientes elementos: un querer del agente, un hacer del agente y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.

2.2.2.- OMISIÓN. SUS ELEMENTOS

De acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la Ley Penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.¹³ Según Eusebio Gomez, son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen como base determinante la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.¹⁴

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

Como en la acción en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, en

¹² Derecho Penal, t. I, Pág. 271, 8ª edición, Barcelona, 1947.

¹³ Parte General del Derecho Penal, t. I, Pág. 416, 1939.

¹⁴ Tratado de Derecho Penal, t. I, pág. 416, 1938.

consecuencia los elementos de la omisión son: **a)** Voluntad y **b)** Inactividad, la voluntad encaminándose a no efectuar la acción ordenada por el derecho. La inactividad esta íntimamente ligada al otro elemento, al psicológico, habida cuenta de que le sujeto se abstiene de efectuar el acto a cuya realización estaba obligado.

2.2.3.-COMISIÓN POR OMISIÓN

Dentro de la omisión debe distinguirse la omisión simple u omisión propia de la comisión por omisión u omisión impropia. Porte Petit, estima como elementos de la omisión propia: **a).**- La voluntad o no voluntad como los delitos de olvido; **b).**- La inactividad y por último **c).**- Deber jurídico de obrar, con una finalidad consistente en un resultado típico.¹⁵

En la comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ellos se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva; " Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer, voluntario o culposo como los delitos de olvido en los cuales se viola una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva.¹⁶

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

¹⁵ PORTE PETIT, Programa, Pág. 175.

¹⁶ IBIDEM, Programa, pag. 175

2.3.- AUSENCIA O FALTA DE CONDUCTA

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

a).- BIS MAYOR o fuerza de la naturaleza,

b).- BIS ABSOLUTA o fuerza física irresistible en donde el sujeto también se mueve como consecuencia de una fuerza superior sin que exista voluntad, fuerza proveniente de otro ser humano

c).- IMPEDIMENTO FISICO, que se tiene cuando un sujeto en contra de su voluntad no se puede mover por tener un obstáculo insuperable y evitar la comisión de algún delito y

D).- CUALQUIER OTRA CAUSA QUE ANULE LA VOLUNTAD, que finalmente establece nuestro Código Penal Sustantivo para el Estado de Guanajuato. En este ultimo caso tendremos la presencia de una eximente supralegal para nuestra ley, al establecer que exista ausencia de conducta ante cualquier causa que nulifique la voluntad, sin señalar específicamente cual es, deja abierta la posibilidad para en cualquier caso y por cualquier circunstancia en que se elimine la voluntad, no exista conducta.

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

B) TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

2.4.- TIPICIDAD. SU CONCEPTO.

La historia de la Tipicidad es consecuentemente la historia del tipo. El Tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito tanto los objetivos como los subjetivos; esto es incluyendo el dolo o la culpa. En 1906 Ernesto Beling publica en Alemania su obra "La Teoría del tipo penal", en la cual considera el tipo como una mera descripción en abstracto de la conducta que se considera delito. Posteriormente Max Ernesto Mayer, en 1915 asegura que la tipicidad, no es meramente descriptiva sino indiciaria de la Antijuridicidad, en otras palabras no toda conducta típica es antijurídica pero si toda conducta típica es indiciaria de Antijuridicidad, en toda conducta típica hay un principio, una posibilidad de Antijuridicidad. Para Edmundo Mezguer, el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la Ratio Escendi de la Antijuridicidad; es decir la razón de ser de ello, su real fundamento. No define el delito como conducta, típica, antijurídica y culpable, sino como acción, típicamente, antijurídica y culpable.¹⁷

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley, la coincidencia del comportamiento con el descrito por el Legislador. Para Celestino Porte Petit la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula *Nulum Crimen Sine Lege*.¹⁸

La Tipicidad, elemento objetivo que introdujo en la definición del delito Ernest Beling, para poderla entender con mayor facilidad es necesario hacer mención de diversos conceptos como tipo, Atipicidad, Ausencia de tipo, y lo que es típico o típica.

¹⁷ Castellanos Tena Fernando, Op. Cit. (supra (3)) Pág. 168.

¹⁸ Importancia de la Dogmática jurídico Penal. Pag. 137.

Por **Tipicidad** se puede entender como el segundo elemento objetivo del delito, o como la primera nota característica de la conducta para ser considerada como relevante para el derecho penal, también se puede entender **como un Juicio de valor**, que se realiza sobre la conducta o bien, como la adecuación de la conducta dada a la realidad con la descrita en el tipo penal.

a).- TIPO.- Beling, lo define como "*la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito.*"

b).- ATIPICIDAD.- Es cuando la conducta no encuadra en el tipo por faltar uno o varios elementos que el tipo penal exige para poder tipificar.

c).- AUSENCIA DE TIPO.- Es cuando no existe tipo penal, es decir, que el Legislador no ha definido la conducta que se considera delictuosa.

d).- TIPICO-TIPICA.- Es el resultado del juicio de la tipicidad, es decir, que cuando la conducta encuadra en el tipo penal por reunir los elementos que el tipo penal exige, tendremos tipicidad consecuentemente a la conducta misma se le denomina conducta típica.¹⁹

2.5.- EL TIPO PENAL DE BELING.-

Ernest Von Beling (1906 Teoría del Tipo Penal) introduce a la definición dogmática del delito un elemento más y esto el tipo. El tipo penal de Beling, como descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante, era un tipo penal avaloradamente neutro; era avaloradamente neutro por ser un elemento autónomo que no estaba relacionado con los juicios de valor de la Antijuridicidad ni de la culpabilidad, y era neutro porque solo contenía puros elementos objetivos.²⁰

¹⁹ Apuntes del Derecho Penal. (Op. Cit. (Supra (11)).

²⁰ Tratado de Derecho Penal. (Op. Cit. (supra (16)) pág. 375.

2.6.-ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

El tipo penal contiene elementos objetivos, elementos subjetivos y normativos. Si la Ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo, cuando las frases utilizadas por el legislador tienen un significado que requiere ser valorado cultural y jurídicamente, constituye elementos normativos del tipo, y cuando la descripción legal contiene conceptos cuyo significado es un estado anímico del sujeto entonces estará en presencia de elementos subjetivos del tipo.

2.6.1.- ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

- 1.- CONDUCTA**
- 2.- RESULTADO**
- 3.- NEXO CAUSAL**
- 4.- ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN**
- 5.- MODALIDADES DE LUGAR, TIEMPO Y OCASIÓN**
- 6.- SUJETOS: ACTIVO, PASIVO (considerando calidad y número).**
- 7.- OBJETO MATERIAL.**
- 8.- OBJETO JURÍDICO.**

a).-La conducta como ya se explico es un movimiento corporal positivo o negativo. **b)** El resultado no es una cosa que la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal voluntario. **c)** El nexo causal es el vinculo de relación causa efecto que debe existir entre el movimiento corporal voluntario y el resultado. Este elemento objetivo del tipo es el que precisamente le da el **nombre** al sistema clásico o causalista; **d)** las especiales formas de ejecución se refieren a los medios comisivos que algunos tipos penales requieren para poder tipificar, exigen

que la conducta se desarrolle por un medio determinado, de tal manera que si no es así, no podremos tipificar, el ejemplo característico lo encontramos en la copula, la cual debe desarrollarse a través de la violencia física ó moral; **e)** las modalidades de lugar, tiempo, modo u ocasión se refiere a que algunos tipos penales exigen que la conducta se desarrolle en un tiempo ó lugar determinado, el ejemplo característico es el infanticidio que es la muerte del recién nacido o dentro de las 72 horas siguientes, en la modalidad de lugar tenemos al tipo penal de asalto en donde la conducta debe realizarse en paraje solitario ó despoblado; **f)** en cuanto a los sujetos encontramos a un activo y un pasivo y en ellos hay que ver calidad y número; el Sujeto Activo del delito es el que desarrolla la conducta delictuosa en tanto que el sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico tutelado, que se afecta con la conducta delictuosa que por lo regular coincide con el ofendido que es la persona que recibe la conducta. Respecto de la calidad y el número algunos tipos penales exigen en los sujetos una calidad, como lo es la de ser padre, madre, hijo, ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, servidor público, y en cuanto el número, también algunos tipos penales exigen pluralidad en los sujetos que desarrollan la conducta delictuosa, como ejemplo tenemos el tipo penal de Asociación delictuosa, en el cual, los sujetos deben ser dos o más.

g).- El objeto material no es otra cosa que " la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa. Y

h).- El Objeto jurídico es el bien jurídico tutelado, que muchos autores han definido como " el interés social jurídicamente protegido o tutelado, y ellos son los valores que crea la sociedad para poder vivir pacíficamente dentro de colectividad. El ejemplo característico es, entre otros, la vida, el patrimonio, la libertad sexual.

2.6.2.- ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS

ELEMENTOS SUBJETIVOS.- Descubiertos por Mayer en 1915, con base en Ficher y Hegler en 1911. Algunos tipos penales requieren cierto elemento subjetivo, a los cuales Mayer les llamó " **especiales elementos subjetivos del tipo** ", que también es necesario acreditar cuando el tipo penal los exige. Estos elementos subjetivos son los siguientes:

- a).- ANIMOS**
- b).- PROPÓSITOS**
- c).- FINES**
- d).- CONOCIMIENTOS**
- e).- SABERES O SABIENDAS.**

ELEMENTOS NORMATIVOS.- Mezger les llama así porque son Juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del Juez tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad y dentro de estos tenemos a los siguientes:

- a).- EL HONOR**
- b).- LA HONRA**
- c).- LA CASTIDAD**
- d).- LA HONESTIDAD**
- e).- LA AGENEIDAD DE LA COSA ²¹**

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

- a).- Normales y anormales.**
- b).- Fundamentales o básicos**
- c).- Especiales.**
- d).- Complementados**
- e).- Autónomos o independientes**
- f).- Subordinados**
- g).- De formulación casuística**
- h).- De formulación amplia**
- i).- De daño y de peligro**

²¹ Tratado de Derecho Penal. (Op. Cit. (supra 16)) Pág. 416.

La Ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro, pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos subjetivos o normativos.

I.- Por su composición;

a).- TIPO NORMAL y TIPO ANORMAL.- Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo será anormal. El homicidio es normal, mientras que el estupro es anormal.

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

II.- Por su ordenación metodológica.

b).-Fundamentales o básicos.- Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código, dentro del cuadro de los delitos contra la vida, es básico el de homicidio descrito en el artículo 138 de nuestro ordenamiento positivo. Según Luis Jiménez de Asúa, el tipo es básico cuando tiene plena independencia.²²

c).- Especiales.- Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa,²³ excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (infanticidio).

d).- Complementados.- Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.).

²²Jiménez de Asúa, La ley y el Delito, Pág. 325, Ediciones A. Bello, Caracas, 1945.

²³IBIDEM. Pág. 326.

Según Jiménez Huerta²⁴, se diferencian entre si los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.

Los especiales y los complementados pueden ser agravados o privilegiados, según resulte o no un delito de mayor entidad. Así el parricidio constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente, mientras el aborto constituye uno especial privilegiado, por punirse menos enérgicamente que el básico de homicidio.

III.- En función de su autonomía o independencia. e).- Autónomos o independientes.- Son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo.(robo simple).

f).- Subordinados.- Dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de este, al cual no solo complementan, sino se subordinan. (homicidio en riña).

IV.- Por su formulación.

g).- De formulación casuística.- Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Se clasifican en **1.- Alternativamente formados** y **2.- Acomulativamente formados.** En los primeros se prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas. (violencia intrafamiliar, para su tipificación se requiere que quien cometa este delito, ejerza violencia física o moral contra una persona que tenga una relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga. En los segundos se requiere el

²⁴ IDEM. Pág. 97.

este delito, ejerza violencia física o moral contra una persona que tenga una relación de parentesco, matrimonio, concubinato o análoga. En los segundos se requiere el concurso de todas las hipótesis. (Pandillerismo y asociación delictuosa).

h).- De Formulación Amplia.- A diferencia de los tipos de formulación casuística, en los de formulación amplia se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución. (Homicidio simple).

V.- Por el daño que causan

i).- De daño y de peligro. Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (disparo de arma de fuego, omisión de auxilio).²⁵

2.7.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y EL CUERPO DEL DELITO.

Ya se explicó en el capítulo correspondiente que el tipo penal puede contener elementos subjetivos y normativos.

Al cuerpo del delito se le han dado acepciones diferentes. Algunos autores entienden que el cuerpo del delito es el delito mismo; otros estiman que el cuerpo del delito se encuentra constituido por el conjunto de elementos materiales e inmateriales que comprende la definición legal.²⁶

Por lo que respecta al cuerpo del delito, en el transcurso del tiempo, ha habido diferentes opiniones al respecto; algunos autores afirmaron que el cuerpo del delito era el objeto con el que se había cometido el delito; otros

²⁵ CASTELLENOS TENA FERNANDO. (Op. Cit. (Supra (3)). Pág. 170-173.

²⁶ BORJA OSORNO, Guillermo. Derecho Procesal Penal, Ed. 1ª. Ed. Cajica, México 1985.

opinaron que el cuerpo del delito era el objeto material de este fenómeno jurídico social, (la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa); y también hay opiniones que consideran al cuerpo del delito como elementos objetivos del delito, o sea la conducta, la tipicidad y la Antijuridicidad; posteriormente hubo opiniones que afirmaron que el cuerpo del delito lo eran los elementos subjetivos del tipo.

Al respecto nuestro Código Penal de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato, define en su artículo 158, al Cuerpo del delito de la siguiente manera:

Art. 158.- " *Para efectos de este Código, se entenderá por cuerpo del delito, el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal.*"

Esto es, que El Ministerio Público para que ejercite Acción Penal en contra de una persona, es necesario que compruebe la probable responsabilidad de las conductas consideradas como delitos que se encuentran definidas o descritas en la parte especial del Código Penal Sustantivo y que no son otra cosa más que los tipos penales.

Al igual que **Beling**, al definir el tipo penal como La descripción en abstracto de lo que se considera delito, el Legislador describe la conducta que se considera delictuosa en el tipo penal, y al hacerlo, señala características o elementos que se deben adecuar en la conducta dada en la realidad para poder tipificar.

Cuando se refiera a lo que es el cuerpo del delito, es indudable que estaremos hablando de los elementos del tipo por lo anterior y en tal sentido cuerpo del delito y elementos del tipo son exactamente lo mismo de acuerdo a lo establecido por el artículo **158 del Código de Procedimientos Penales para el Estado** de Guanajuato. La diferencia que encuentro entre ambos conceptos es que

los elementos del tipo son un concepto de derecho sustantivo penal, en tanto que el cuerpo del delito es un concepto procedimental.

2.8.- ATIPICIDAD

Tiene lugar cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta entonces este aspecto negativo del delito llamado atipicidad.

La atipicidad existe cuando la conducta no encuadra correctamente en el tipo penal.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y atipicidad en que la primera se presenta cuando el legislador, deliberadamente o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos, en cambio la atipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

En consecuencia, el aspecto negativo de este segundo elemento del delito, lo encontramos cuando falte alguno de los elementos del tipo; así encontramos los siguientes:

- a).- falta de bien jurídico tutelado.**
- b).- Falta de calidad, o del número en cuanto a sujetos activos o pasivos que exija el tipo.**
- c).- No exista manifestación de voluntad**
- d).- No se de el resultado previsto por el tipo**
- e).- No exista relación causal**
- f).- Por ausencia de los medios, formas o circunstancias previstas en la ley**

g).- Por falta de modalidades de tiempo, lugar u ocasión que exija el tipo.

h).- Por falta de objeto material.

Se presentará una atipicidad por no existir objeto material sobre el cual recaiga la acción, como cuando se pretenda privar de la vida a quien ya no la tiene; en este ejemplo, ya no hay objeto jurídico.²⁷

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

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

C).- ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

2.9.- DEFINICIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico.

En este orden de ideas, el orden jurídico esta compuesto y se traduce en un conjunto de normas jurídicas que son reglas de conducta de observancia obligatoria, y cuyas características ya explique y definí en el capítulo primero de esta tesis, (bilaterales, heterónomas, coercibles, etc.). Por lo tanto, la norma jurídico penal se caracteriza precisamente por el castigo que impone el Estado a todos

²⁷ IBIDEM. (Op. Cit. (supra 3) pág. 177.

aquellos que habiendo sido declarados culpables, HAN INFRINGIDO LA NORMA que PROHÍBE u ORDENA realizar una conducta.²⁸

El Penalista Mexicano **Sergio Vela Treviño** define a la Antijuridicidad como el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el estado.²⁹

De la anterior definición se desprenden los siguientes elementos: Una conducta típica que precede en un plano lógico a la Antijuridicidad.

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

Un Juicio valorativo de carácter objetivo, que implicará en ocasiones el estudio del total sistema jurídico, ya que la Antijuridicidad es unitaria y en ocasiones la norma de cultura no se encuentra en forma expresa en la norma jurídico penal, sin embargo, el tipo debe permitir nutrirse de ese estudio general y los límites del tipo determinan la objetiva del Juicio Valorativo.

Bindig, expuso que al cometerse el delito este no resulta contrario a ley, puesto que la conducta del sujeto activo se ajusta a lo previsto en la Ley; " lo que infringe dicho sujeto no es la Ley, sino la norma subyacente en ella."³⁰

A manera de ejemplo, cuando un sujeto mata a otro, su conducta se adecua a la previsto en la Ley que dice: Comete del delito de homicidio el que priva de la vida a otro,

²⁸ Apuntes del Derecho Penal.

²⁹ Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación, Edit. Trillas, 3ª edición, 1990, pág. 130.

³⁰ IBIDEM, Pág. 133.

en realidad contradice los valores culturales "No matarás", implícito en la descripción típica en la ley.

2.9.1.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

Franz Von Liszt señala que un acto será FORMALMENTE ANTIJURÍDICO cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado, y Materialmente Antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.³¹

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

Para Villalobos, la infracción de las leyes significa una Antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan constituye la Antijuridicidad Material.³²

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

2.9.2.- RELACIÓN ENTRE ANTIJURIDICIDAD Y TÍPICIDAD

Ernest Von Beling explica que la tipicidad es un elemento autónomo del delito, consecuentemente el tipo penal de Beling era un tipo penal avaloradamente neutro y puramente objetivo, es avaloradamente neutro por que no tenía ninguna relación con los juicios de valor de la Antijuridicidad ni de la tipicidad; y puramente objetivo porque

³¹ Castellanos, Tena Fernando. (Op. Cit. (Supra 3)) pág. 181.

³² IBIDEM, pag. 181.

el tipo penal de Beling solo contenía puros elementos objetivos.

Max Ernesto Mayer (1915 Tratado de Derecho Penal) sigue la definición de Beling. Para él, Delito es igual a la acción típica, antijurídica y culpable.

El merito de este autor es que comienza a relacionar la tipicidad, con el juicio de valor de la Antijuridicidad, y le da a la tipicidad un carácter indiciario de la Antijuridicidad. Este tratadista nos dice "*La tipicidad y la Antijuridicidad se comportan como el humo y el fuego donde hay Antijuridicidad hay tipicidad y viceversa.*"³³

Con esta teoría empieza a estructurarse RATIO COGNOSCENDI de la tipicidad, razón por la cual podemos conocer a la Antijuridicidad.

El mecanismo de Mayer era el siguiente: "*Toda conducta típica puede ser antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación*".³⁴

Posteriormente, Edmundo Mezger relaciona íntimamente la tipicidad con la Antijuridicidad y con él, aparece la RATIO ESSENDI. "*Este autor nos dice la tipicidad es la razón de ser de la Antijuridicidad*".

Mecanismo de Mezger "*Toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación*".

De esta forma para Mezger el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

³³ Apuntes del Derecho Penal.

³⁴ Apuntes del Derecho Penal.

2.10.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

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

Vela Treviño señala que existen dos principios que rigen la determinación de la ausencia de Antijuridicidad tales son las siguientes: **a).- Ausencia de interés jurídico b).- Interés preponderante.**³⁵

a).- Ausencia de Interés Jurídico. Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, para vulnerar el delito no solo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley), ejercicio de una libertad individual; entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos, y, por ende, resulta idóneo para excluir la ANTIJURIDIDAD; lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, está ausente en interés que el orden jurídico trata de proteger. Más debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como " falta de consentimiento " (del titular), " contra la voluntad", " sin permiso " , etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad.

³⁵ Vela Treviño, Sergio. Antijuridicidad y justificación. Ed. Trillas, 3ª Edición, 1990, pág.166.

Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la Ley por supuestos, se estará ante verdaderas causas de justificación por ausencia de interés.

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

b).- INTERÉS PREPONDERANTE.- Cuando existen dos intereses incompatibles, en derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso par la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifica la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.³⁶

Puede ocurrir que la conducta típica este en aparente oposición al derecho, y sin embargo no sea antijurídica, por mediar alguna causa de justificación. Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la Antijuridicidad, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la Antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta una de los elementos esenciales del delito, a saber: la **Antijuridicidad**.

A las causas de justificación también se les llama **JUSTIFICANTES**, causas eliminatorias de la Antijuridicidad, causas de licitud, incluso para los finalistas a las causas de justificación las denominan causas de permisión, porque ante la presencia de alguna de ellas el sujeto no obro antijurídicamente, sino que su conducta se realizó conforme a

³⁶CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, ed. 4ª, pág. 339-342. México 1956.

derecho, es decir que su conducta nunca fue antijurídica, sino que fue totalmente lícita.

A las justificantes generalmente se les agrupa a lado de otras causas, que anulan el delito o mejor dicho impeditivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la denominación " Causas excluyentes de responsabilidad."

Raul Carrancá y Trujillo, utiliza la denominación " Causas que excluyen la incriminación, se sustituye la palabra circunstancias por causas, pues como dice **Jiménez de Asúa**, " Circunstancias es aquella que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente y las causas cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia ".³⁷

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas se refieren al hecho y no al sujeto, atañan a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza objetiva miran al aspecto personal del autor.

Para reconocer la ausencia de Antijuridicidad debemos acudir a las causas de justificación expresamente consignadas en la ley, en la mayor parte de los códigos hayamos estas: a).- EL CONSETIMIENTO b).- LEGITIMA DEFENSA c).- ESTADO DE NECESIDAD d).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER e).- EJERCICIO DE UN DERECHO.

Todos estos elementos seran analizados a continuación:

2.10.1.- LEGITIMA DEFENSA

El Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33 fracción V nos señala que la legitima defensa cuando se obra en defensa de bienes jurídicos, propios ó

³⁷ Carrancá y Trujillo, (Op.Cit. (supra 35)), pag. 341.

ajenos contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla ó impedirlela.

Se han analizado sus antecedentes en Roma, entre los bárbaros y el Derecho Canónico, también figura en algunos Códigos de América, que como el de Haití, o el de la República Dominicana, se sirvieron como modelo del Código de Francia. También el Código Boliviano legisla esta causa justificativa al definir los homicidios.

Desde hace mucho tiempo, ha sido reconocida la Legítima defensa, e inclusive, el Derecho Canónico se ocupó de ella al establecer: " Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt (todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza)."

Para la Escuela Clásica, la Defensa Legítima descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que un momento dado el estado acuda en auxilio del injustamente atacado para evitar la consumación de la agresión, es ilícito y justo que el se defienda.

Así, la defensa privada es sustitutiva de la Pública.

Según los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente resultará lícito cuando se haga para rechazarlo por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

Para Hegel, si la agresión injusta es la negación de derecho, la defensa legítima, es la negación de esa negación y, por lo tanto, la afirmación del derecho, siendo su fin la anulación de la injusticia.

La Legítima defensa puede referirse o a los bienes defendibles, o a las personas que se defiendan:

a).- Bienes Defendibles. Aquí encontramos a nuestra integridad corporal, nuestra libertad y el pudor, pueden ser objeto de Legítima Defensa, incluso con los más extremados medios pues, se trata de derechos cuya pérdida sería irreparable. Todos los derechos son defendibles, y por tanto, el honor, el que Carrara llama reputación, es defendible lo mismo que cualquier otro derecho.

En muchos códigos hispanoamericanos se trata separadamente de una forma especial de Legítima defensa, la del hogar o patrimonio, estableciendo una especie de presunción de defensa legítima, en caso de ataque a los bienes o de asalto a nuestras casas, en ciertas circunstancias que la Ley enumera, tales como que haya escalamientos, fractura o ataque, o que sea de noche, se impone la total supresión de estos incisos, era muy lógico que las partidas del siglo XIII, se estableciera esta ficción de legítima defensa, las ciudades y campos eran inseguros y la autoridad no podía acudir rápidamente en auxilio del atacado.

Los offendicula, es decir, los artificios que pueden colocar los dueños en los muros o cerca de sus propiedades (impedimentos estrictu sensu), o los aparatos de defensa ofensiva situados en las puertas de acceso a sus casas y hasta en las casas de caudales donde se guardan joyas o dinero, han sido objeto de debate en cuanto a su legitimidad.

Parecido criterio sustentaban Liszt, Garuad, Alimena, Manzini y ahora los profesores Mendoza y Peco, este último ha escrito un trabajo sobre defensas mecánicas predispuestas que en realidad deben distinguirse de los offendicula propiamente dichos, suelen servir unos y otros para la defensa de la propiedad.

b).- Defensa de parientes y extraños.- El Código Penal de España, no solo admite la legítima defensa

propia, sino la de un pariente y la de un extraño; así se mantiene en los Códigos Hispanoamericanos, aunque a veces se haya simplificado su redacción y se hayan tratado en conjunción, como defensa de un tercero, la de extraños y parientes.

La defensa legítima, es una de las causas de justificación de mayor importancia. 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.³⁸

Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, mediante una agresión contra el atacante.³⁹

Para Jiménez de Asúa, la Legítima defensa es la repulsa de una lesión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.⁴⁰

Todas las definiciones son más o menos semejantes: Repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

Como elementos de la Legítima Defensa se señalan los siguientes:

a).- Una agresión injusta y actual; **b).-** Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes

³⁸ Op. Cit. (supra 3) pag. 341

³⁹ Op. Cit. (Supra 3). Pág. 332.

⁴⁰ Op. Cit. (Supra 3). Pág. 363.

jurídicamente tutelados; **c).**- Repulsa de dicha agresión (rechazar, evitar, impedir, no querer algo).

La agresión debe ser actual, provenir de un acto humano y además ilegítimo, presente o de inminencia:

a).- **La agresión objetiva y la voluntad de ataque.** El carácter de la Legítima Defensa, es objetivo y objetiva ha de ser también la naturaleza de la agresión, cuando esta no existe objetivamente no hay legítima defensa, por eso la mal llamada defensa subjetiva, que debe denominarse putativa; la excesiva, por culpa o por dolo, y en la que el sujeto se excede por terror, podrán ser defensas impunes, pero jamás constituir legítima defensa.

b).- **Agresión proveniente de actos humanos.** No motivo alguno para que Alimena y Manzini al negar que se pueda ejercer la legítima defensa en contra de dementes. Habrá la defensa contra toda agresión y es susceptible de agresión el que es capaz de realizar actos. El loco tiene la voluntad y motivación, aunque sean anormales, por eso su acto es agresivo y nos constituye en defensores legítimos cuando le repelemos, en cambio el sugestionado no es capaz de acción, por tanto no cabe la legítima defensa contra sus aparentes agresiones.

Mezguer opina que por agresión, debe entenderse la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, la agresión ha de ser real, es decir, presente o muy próxima. Actual es lo que está ocurriendo, inminente lo cercano, inmediato, pero no basta una agresión real, actual o inminente, precisa además que sea injusta, sin derecho; esto es, antijurídico, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la Ley a bienes jurídicos propios o ajenos.

c).- Actual o inminente. La agresión ha de ser actual, no cabe defensa contra ataques pasados, porque nuestra reacción sería vengativa y no precautoria, sin embargo la conducta es legítima. Bastaría para justificar aquel calificativo que se piense en que no hay defensa contra la legítima defensa. El que repele una agresión, agrediendo a su vez, no podrá, en retorsión, provocar la defensa del primer agresor. Enrico Ferri, ha hablado de legítima defensa recíproca, lo que acontece es que pueden hallarse conjuntamente una legítima defensa real y una defensa putativa, pero entonces quien se haya en legítima defensa verdadera es el que repele la defensa putativa del que se creyó falsamente agredido.

De acuerdo con Jiménez de Asúa viene a fundamentar la defensa legítima, la preponderancia de interés, pues debe considerarse de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor.

Carrancá y Trujillo, conciliando diversas opiniones, afirma que la defensa privada, se legitima suficientemente, tanto por la necesidad como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés del agredido.⁴¹

La defensa debe ser tal y además necesaria y proporcionada como a continuación se señala:

a).- ANIMO DE DEFENSA.- Con mayor exigencia que al hablar del ataque (en que se basta que haya voluntad de agredir, debe exigirse aquí, un animus de defensa, cuando no haya voluntad de agresión nos encontramos con la defensa punitiva; cuando no hay animo de defensa, nos encontramos ante el pretexto de legítima defensa.

⁴¹ Op, Cit. (Supra 25) pág. 73.

b).- NECESIDAD DE LA DEFENSA.- La necesidad de la defensa en, a nuestro entender un requisito sine qua non, aunque interpretado de modo meramente opuesto a como la jurisprudencia Alemana lo entendió. Allí se exige que la defensa sea necesaria, pero se concibe esta necesidad del modo material que Franz Von Liszt corrobora al decir que el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor, cuando la agresión no puede ser repelida de otro modo.

La legítima defensa no es otra cosa que consecuencia del derecho de necesidad, si la legítima defensa no es mas que un aspecto del derecho de necesidad, una necesidad privilegiada, es obvio que debe quedar sometida a las condiciones generales del derecho de necesidad.

En síntesis, la necesidad debe de ser requisito de la defensa pero, no una condición de la que podamos prescindir y sin la cual habría defensa excesiva, sino auténtica *condictio sine qua non*. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad. Aparecen así la agresión y la necesidad como polos entorno de los cuales gira el eje de este instituto, la necesidad ha de juzgarse en orden al bien jurídico y al tipo de delito que se realizaría sin la intrínseca justificación del acto. Si la defensa legítima es un estado de necesidad ha de quedar limitada por la regla de que no debemos sacrificar un bien superior para defender otro insignificante, la falta de necesidad no se refiere a la proporción sino a la existencia propia de la legítima defensa, y si falta la inválida.

c).- CAUSA Y PROPORCIÓN.- La mayor parte de los Códigos de Ibero América establecen como tercera circunstancia de la legítima defensa, la falta de provocación suficiente de parte del que se defiende. Cuando esa provo --

cación suficiente se da, aparece lo que los antiguos escritores llamaron exceso en la causa. Ha de ser por demás prudente al interpretar la suficiencia de la provocación. Alimena dice que la provocación no debe invalidar en todos los casos la defensa de la persona que después resulta agredida.

El exceso en los medios empleados es el más típico de los ejemplos de la llamada defensa excesiva, más en este caso, como en el anterior, la legítima defensa queda invalidada, aunque pueda hablarse de una impune o excesiva con penalidad leve.

Por que lo que se refiere a la defensa del pariente, en vez del requisito de que no medie provocación, se hace constar que, de existir esta, no haya tomado parte en ella el defensor. En la defensa de un extraño, suele consignarse como lo hace el código español y los que lo tomaron de modelo el ánimo de defensa: Que el defensor nos ha impulsado por venganza, resentimiento, u otro motivo ilegítimo.

En cuanto a las presunciones de legítima defensa señalaremos que son *juris tantum*, es decir, pueden admitir prueba en contrario, sin embargo, el sujeto cuya conducta encuadra en ellas tiene la legal presunción de que actuó con derecho, y por ende será al Ministerio Público (que es el Órgano encargado de la persecución de los delitos), a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa.

En los tiempos actuales no es apropiado hablar de legítima defensa subjetiva, el Código Penal Cubano, reconoce esta especie híbrida y dogmática inexistente, al hablar de la necesidad. Considera que esta ha de ser, a más de racional, objetiva o subjetiva, hay aquí una gran confusión, lo subjetivo en caso defensa putativa, no es la necesidad, sino la

creencia del ataque. La defensa subjetiva no es otra que la denominada defensa putativa en técnica correcta.

El Código Penal Español, y los que el derivan dicen que la necesidad de la defensa debe ser racional, esta racionalidad se refería, más que nada, al medio para ejercitar la defensa necesaria. La proporción del medio defensivo ha de medirse en orden a esas circunstancias de tiempo, de lugar y de sujeto; pero sin llegar a extremos tales que se confunda el medio (causa de inculpabilidad), con la legítima defensa.

LA DEFENSA PUTATIVA

Es la creencia en que nos hayamos de ser atacados y que, subjetivamente, nos hace pensar que es necesaria la defensa.

Por lo que se refiere al exceso en la legítima defensa, Soler llama exceso en la legítima defensa a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada. Hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión.⁴²

Solo hay legítima defensa cuando es objetiva y cuando se ejerce dentro de los límites del Instituto que la propia legislación trazó. Lo que si debemos destacar es que las defensas aterrorizadas no son otra cosa que una causa de Inimputabilidad y una forma de inculpabilidad; pero nunca puede ser una causa de justificación, aspecto negativo de la Antijuridicidad objetiva.

Conforme a los Código Penales el que se excede en la defensa o en los medios empleado para salvarse del peligro será castigado, aunque la pena quedará muy

⁴² IBIDEM, (*supra* 3) pág. 362.

disminuida, no solo hay exceso en los medos, sino, en general, exceso en la defensa y podrá por ende, podrá ampararse en la atenuación el denominado exceso en la causa, pero jamás puede ser una legítima defensa, sino, simplemente, una defensa excesiva, si el exceso es por culpa, porque erramos el cálculo entre el medio proporcionado y la gravedad del ataque, se presente el más genuino caso de defensa excesiva, pero tampoco podemos eludir el supuesto, que ya Impallomeni, presento genialmente, de que un hombre se exceda por dolo, el exceso culposo es muy justo que se atenué, mas tampoco creemos que el dolo en el exceso deba invalidar la atenuación.

2.10.2.- EL ESTADO DE NECESIDAD

Tiene sus antecedentes en la India, y en Judea, los escritores de los siglos XVI y XVII, fueron los que hablaron del Estado de necesidad con maestría.

La mayor parte de los tratadistas suelen adoptar la definición de Von Liszt el cual señala que el Estado de Necesidad, es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos.⁴³

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

⁴³ Op, Cit. (supra16) pág. 341

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

Para Carrancá y Trujillo, el Estado de necesidad difiere de la legítima defensa en que constituye en sí mismo una acción o ataque en tanto la defensa es reacción contraria al ataque. Por eso se le ha llamado ataque legitimado, en oposición a la Legítima defensa o en contra ataque. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la defensa legítima recae sobre bienes de un injusto agresor. ⁴⁴ Además **a).**- En la legítima defensa hay agresión, mientras en el Estado de Necesidad hay ausencia de ella (no debe confundirse el ataque de un bien, con su agresión); y,

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

Mayer, incluye el estado de necesidad entre las causas de inculpabilidad; pero la doctrina más generalizada le considera como una causa de justificación, según esta teoría, el necesitado tiene el derecho de solventar el conflicto de bienes, salvaguardando el superior, a costa del sacrificio del interés jurídico de entidad menos considerable, Mayer, solo admite que lo necesario con sus variedades se considera como una causa de inculpabilidad, pero no como causa de justificación.

Trata el asunto bajo la rúbrica general de la necesidad y distingue como especies:

⁴⁴ Ibidem, pág. 93.

a)- El estado necesario y la coacción estima que tanto el primero como la segunda no pueden aspirar a la categoría de causas de justificación quedando reducido su ramo al de causas de inculpabilidad, se trata únicamente de un derecho subjetivo sobre la inculpabilidad de una lesión de un bien jurídico en todo caso, un derecho subjetivo sobre la lesión de ese bien jurídico.

En Alemania, los mas modernos autores consideran el Estado de Necesidad como causa de inculpabilidad, el estado de Necesidad es una causa de justificación basada en el principio de salvaguardar el bien de mayor valor, el interés preponderante, lo que interesa es separar la coacción del estado de necesidad, el estado de necesidad es una causa de justificación, con todas sus consecuencias, es decir, una causa excluyente de la Antijuridicidad.

Como causa de justificación el Estado Necesario se ampara en la Teoría de la Preponderancia de intereses, por eso requiere que el bien que se sacrifica sea inferior al bien que salva, pero puede acontecer que la colisión se produzca entre bienes iguales o principalmente entre dos vidas humanas.

Stammler, con su gran ambición de jurista, quiso dar una norma unitaria para todas las situación de necesidad, afirmó que la vida que tenía fuerza para salvarse, sacrificando a la otra, era un bien jurídico superior, lo cual Alimena, ha objetado señalando que el derecho de la fuerza nada tiene que ver con la fuerza del Derecho, no se trata en verdad de una causa de justificación nos hallamos en presencia de una causa genérica de inculpabilidad.

Con relación a la extensión del estado de necesidad en cuanto a los bienes, en los mejores Códigos, se señala que todos los derechos son defendibles en la legitima

defensa, existe el derecho de salvaguardar la propia persona o la de otro puesto que el estado de necesidad no esta, como la legitima defensa, causado por un interés bastardo, debe ponerse mayor escrúpulo en el permiso otorgado a terceras personas para decidir el conflicto que ninguno de los necesitados provoco, sobre todo, si se trata de bienes iguales y principalmente dos vidas, el tercero puede resolver el apuro cuando un bien jurídico es superior a otro; pero solo influirá en el desenlace cuando dos vidas humanas colisiones, se una de ellas es la de su pariente o amigo.

Lo mismo que en la legitima defensa, el peligro puede ser actual o inminente, de aquí que encontremos como elementos del estado de necesidad los siguientes:

a).- Una situación de peligro, real, actual o inminente; **b).**- que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente; **c).**- que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno; un ataque por parte de quien se encuentra en el Estado necesario; **d).**- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente.

Pavón Vasconcelos, al hablar de los elementos del Estado de necesidad, considera como tales: **a).**- Un peligro, real, grave e inminente; **b).**- Ese peligro ha de recaer sobre algunos bienes jurídicos (propia persona sus bienes o la persona o bienes de otros); **c).**- Que el peligro no haya sido provocado dolosamente; **d).**- Que se lesione o se destruya un bien protegido por el derecho; y, **e).**- no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.⁴⁵

Como casos específicos del Estado de Necesidad encontramos: **a).**- El aborto terapéutico, se trata también de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la

⁴⁵ Manual de Derecho Penal Mexicano, pag. 326. ed. 6ª. Ed. Porrúa, 1984).

vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía; y, **b).**- Robo de famélico, existe una colisión de intereses tutelados jurídicamente, por una parte el derecho del necesitado de lo ajeno, puede ser de tanta importancia como la conservación de la vida; y por la otra, el derecho del propietario de los bienes atacados, nuevamente no encontramos en presencia del principio de interés preponderante.

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

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

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

Como ejemplo característico tenemos al pugilato, deporte dentro del cual la finalidad es que uno de los contendientes lesione conciente y voluntariamente a su adversario, a un pugilista le es permitido lesionar, e incluso matar, a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, solo podemos fundar la justificación en la ausencia de

Antijuridicidad del acto, por el reconocimiento de que estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su practica en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales.⁴⁶

2.10.4.- CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO

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

Se entiende por consentimiento, la manifestación de voluntad del sujeto pasivo para que el bien jurídico tutelado se vea afectado por la conducta ilícita del sujeto activo; indudablemente que se trata de una manifestación de voluntad pero para que ello obre como causa de justificación dicho consentimiento del sujeto pasivo debe ser válido y para ello es necesario que se exprese por el titular del bien jurídico tutelado, que se haga por una persona que esté sana mentalmente, y naturalmente que no existan vicios en la manifestación de dicho consentimiento, es decir, que no haya error, mala fe, ni violencia física o violencia moral; nuestra ley determina entonces un consentimiento válido, pero no determina la forma de consentimiento y tomando en consideración el principio de que cuando la " Ley No distingue, no podemos distinguir " .

La manera en que puede ser manifestado el consentimiento es tácita y expresa; dicha manifestación de voluntad debe expresarse en relación a los bienes jurídicos tutelados que se encuentran a disposición de los particulares y como se puede apreciar en el mencionado texto normativo nuestra Ley no hace mención de cuales son los bienes jurídicos tutelados, a disposición de los particulares, para que

⁴⁶ Derecho Penal Mexicano, págs, 18 y 19, 5ª edición, 1958.).

el consentimiento obre como causa de justificación; no obstante ellos podemos decir que algunos bienes jurídicos tutelados que están a disposición de los particulares, como tales podemos considerar los siguientes:

a).- En el tipo **penal de lesiones**; el sujeto pasivo puede manifestar su voluntad que obra como causa de justificación en las lesiones provocadas por operaciones quirúrgicas.

b).- En el tipo penal de allanamiento de morada, aquí el sujeto pasivo puede manifestar su voluntad para que el activo se introduzca en su casa habitación o en sus accesiones.

Estos son solo algunos ejemplos en que puede operar el consentimiento valido del sujeto pasivo como causa de justificación.⁴⁷

Por último tenemos que nuestro Código Penal sustantivo vigente señala en el artículo 33 fracc. III, IV, V y VI.- Las causas de justificación.

III.- Se obre en cumplimiento de un deber legal ó en el ejercicio legitimo de un derecho.

IV.- Se actué con el consentimiento valido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares;

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

⁴⁷ Cardona Arizmendi Enrique, Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. ed. 3ª.Ed. Orlando Cárdenas . Irapuato 2002. Pág.234.

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

- a).-** Que el peligro sea actual ó inminente;
- b).-** Que el titular de bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro y;
- c).-** Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No operará esta justificante en los delitos derivado del cumplimiento de las obligaciones, cuando las personas responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.⁴⁸

⁴⁸ (Op. Cit. (supra 10). Pag. 14.

CAPITULO III

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

3.1.- DEFINICIÓN DE IMPUTABILIDAD

La imputabilidad es la capacidad del sujeto para querer y entender, es el mínimo de salud y desarrollo mental que la ley exige para que un sujeto responda de sus actos ante el Derecho Penal.

Es la posibilidad de que el sujeto, quiera, entienda y además comprenda la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con su comprensión. Así mismo, el penalista MAX ERNESTO MAYER señala que 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.

El Código Penal italiano de 1930 recoge la opinión de que la imputabilidad se fundamente en la posibilidad del sujeto de conducirse de acuerdo, o no, a la ley, y declara que es imputable el que tiene la capacidad de entender y querer.

Con base en lo anterior, podemos decir que en la imputabilidad exige dos límites mínimos para su existencia:

Un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable; Un límite psíquico, o sea, la capacidad de " entender " y " querer ".

Así pues, en los ordenamientos punitivos es usual encontrar que se es imputable, si se alcanza determinada edad en el momento de llevar a cabo la conducta típica, y si además satisface el límite psíquico exigido por la propia ley.

Y a la capacidad de " entender se le considera en un plano intelectual, o de comprensión, y la capacidad de querer, en un plano de voluntad.

De manera que un sujeto será imputable cuando este sano y sea mayor de edad para el derecho penal, mayoría de edad que en nuestro código penal sustantivo para el Estado de Guanajuato en su artículo 37 es de dieciséis años, lo cual se deduce al analizar este artículo que a la letra dice: " La personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a la dispuesto en este código, en ningún caso se les podrá imponer pena alguna." ⁴⁹

3.2.- SUS ELEMENTOS

Lo Constituyen un elemento intelectual que consiste en el saber, en el entender y comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Por lo que respecta al segundo de los elementos de la imputabilidad tenemos un elementos volitivo que se traduce precisamente en el querer, por consecuencia los elementos de la imputabilidad son; el querer y el entender, en virtud de ello el sujeto imputable tiene la capacidad de querer y entender la ilicitud del hecho, y ello lo convierte en un sujeto imputable con capacidad mental para responder de sus actos ante el derecho Penal; un ser imputable es un sujeto que tiene la capacidad para ser declarado culpable y de esta manera imponerle una pena siempre y cuando no exista una causa de inculpabilidad atendiendo también al principio de que a ningún sujeto no se le puede imponer una pena, si previamente no es declarado culpable.

⁴⁹ Op. Cit. (supra 10), Pág. 16.

3.3.- LA IMPUTABILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO O SU CONSECUENCIA

Mientras algunos autores separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimando ambas como elementos autónomos del delito, hay quienes dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la Imputabilidad.

Una Tercera posición sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades.

Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto, y quiera realizarlo debe de tener la capacidad de entender y de querer, determinarse en función de aquello que conoce; luego la aptitud (intelectual y volitiva) constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho Penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.⁵⁰

3.4.- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Las causas de Inimputabilidad serán aquellas que constituyen el aspecto negativo de la imputabilidad y se refiere en los casos en que el sujeto ha ejecutado una conducta típica y antijurídica, mas no imputable porque no reúne el límite físico y psíquico que exige la ley.

⁵⁰ Op. Cit. Supra 3, Pág. 217-218.

Es decir, o no se alcanza el límite de edad previsto por la ley, o bien no reúne las condiciones psíquicas prevista en la norma.

Según lo prevé nuestro Código Penal Sustantivo para el Estado de Guanajuato, las causas de Inimputabilidad vendrán a ser todas aquellas en las que el sujeto al cometer el hecho no alcance la edad mínima que la ley le señale, o en su defecto, que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta o hecho no haya podido determinarse para ajustar esa conducta o hecho a los parámetros exigidos por la Ley.

Las causas de Inimputabilidad son las siguientes:

a).- PERTURBACIÓN GRAVE DE LA CONCIENCIA CON BASE PATOLÓGICA.

b).- PERTURBACIÓN GRAVE DE LA CONCIENCIA SIN BASE PATOLÓGICA.

c).- DESARROLLO MENTAL RETARDADO O INCOMPLETO.

Nuestro Código Penal sustantivo para el Estado de Guanajuato señala en su artículo 33, fracción VII como causas de inimputabilidad las siguientes:

Art. 33 fracción VII.- " El delito se excluye cuando: Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter, ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión ".

En estos lineamientos, tenemos que la conciencia es una facultad del ser humano que le permite relacionarse con el exterior.

Entiéndase por perturbación el sujeto que no tiene capacidad de querer, entender y comprender la ilicitud del hecho.

La perturbación grave de la conciencia con base patológica consiste en un trastorno de las facultades psíquicas, dicho trastorno puede ser transitorio o permanente, en dicha causal quedan comprendidos todos los enfermos mentales, a excepción del psicópata.

El desarrollo mental incompleto o retardado comprende los sujetos oligofrénicos o con síndrome de Dawn, entre otros, entre otros.

Finalmente, **la perturbación grave de la conciencia sin base patológica** comprende entre otros los sujetos que por ingestión de alcohol y de drogas por accidente o sin la voluntad de hacerlo, quedan perturbados gravemente de la conciencia.

3.4.1.- SEGÚN EL ARTÍCULO 33 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

En nuestro sistema jurídico podemos observar que el Código Penal de nuestro estado señala en su fracción VII como causas de Inimputabilidad, la enfermedad mental que perturbe gravemente la conciencia, el desarrollo psíquico incompleto o retardado o la grave perturbación de la conciencia sin base patológica, y que el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.

Nuestra legislación establece que es inimputable quien realice un hecho típico sin tener la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo mental retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental o culposamente.

Para que opere la Inimputabilidad se debe anular totalmente la voluntad del agente, suprimiendo la conciencia del mismo e impidiéndole la valoración de sus actividades para dejarlas reducidas a mero producto de sus impulsos privándole del normal ejercicio de sus facultades mentales.⁵¹

3.4.2.- LOS MENORES DE EDAD.

Comúnmente se afirma que en nuestro medio, los menores de 18 años son inimputables, y por lo mismo, cuando realizan comportamiento típicos del Derecho Penal no se configuran los delitos respectivos; sin embargo, desde un punto de vista lógico, nada se opone a que una persona de 17 años posea un adecuado desarrollo mental y no sufra enfermedad alguna que altere sus facultades; en este caso, al existir la salud y el desarrollo mentales, sin duda el sujeto es plenamente capaz.

Carrancá y Trujillo, expresa que ya no se discute la completa eliminación de los menores de la ley penal, dedicándoles tan solo medidas correctivas y educadoras, en una palabra, medidas tutelares.⁵²

La Escuela Clásica distinguió diversos periodos de la edad en la siguiente forma:

⁵¹ Op. Cit. (Supra 3). Pág. 223.

⁵² JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. (supra 25) Pág. 225

PRIMER PERIODO.- Infancia (desde el nacimiento hasta los 7 años) e impubertad próxima a la infancia (desde los 7 hasta los 12 años). Presunción juris et de jure de Inimputabilidad por no existir discernimiento suficiente para merecer las censuras de la justicia.

SEGUNDO PERIODO.- Impubertad próxima a la minoridad (de los 12 a los 14 años) y minoridad (de los 14 a los 18 año cumplidos). Se tiene una presunción juris tantum de capacidad de delinquir, pero corresponde al juez examinar si obra o no con suficiente discernimiento, por lo que Francesco Carrara, denomina a este periodo de responsabilidad condicionada y menos plena.

TERCER PERIODO.- Mayor de edad (desde los 18 años cumplidos en adelante). La inteligencia ha alcanzado su madurez y si otras circunstancias no le deparan alguna cosa que aminore la imputación, al agente que se encuentre en él no puede esperar que los años le proporcionen ninguna atenuación.

CUARTO PERIODO.- Vejez. El periodo de la vejez y de decrepitud, en formas diversas, determinado por los fisiólogos en la vida humana, según el parecer de algunos criminalistas debe constituir una atenuante, lo cual objetó Carrara. Ciertas especies de vejez, que resultan demasiado graves para un cuerpo quebrantado por los años, pueden ser causa de disminución de la pena: pero no deben confundirse las atenuantes de la imputación con las causas que disminuyen la pena.

El primer paso eficaz dado para sustraer al menor del Derecho Penal represivo, fue la creación de una jurisdicción especial, por completo desglosada de la ordinaria, encargada de aplicar, no los códigos y leyes criminales, sin las normas concretamente dictadas por los niños y adolescentes,

inspiradas plenamente en tendencias educativas y de corrección.

Actualmente los niños y adolescentes ya no son objeto de sanciones, sino de medidas asistenciales, tutelares y educativas, por medio de consejos tutelares para menores, que no se rigen por los formalismos de los procedimientos penales para adultos, sino que se encuentran inspirados en la psiquiatría, la pedagogía y la psicología

Nuestra legislación establece que es atribución del poder público evitar que menores de edad se encuentren en situaciones de abandono, sometidos a malos tratos, recibiendo influencias corruptoras, de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad, la tutela o lo que tengan bajo su mando o cuidado por alguna situación de hecho, aún cuando dichas conductas no constituyan actos u omisiones sancionadas por las leyes penales.

El menor esta fuera del Derecho Penal, la minoría de edad, constituye una causa de Inimputabilidad por falta desarrollo mental o de exclusión del dolo, una causa física o fisiológica que priva de la facultad intelectual, una causa natural que excluye la personalidad del derecho penal, una circunstancia excusante, una incapacidad de pena.

La imputabilidad requiere una madurez espiritual basada en los elementos: inteligencia y voluntad, que no se alcanza dentro de ciertos limites hasta una época mas o menos determinada de la vida.

La menoría de edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varia el plazo de exención, que en los más antiguos códigos se fija en los diez años; en otros en los doce; en algunos figuran como limite catorce; y en los más

adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho.⁵³

En cuanto a la edad mínima para ser inimputable en nuestro Código Penal, en el artículo 37 nos señala lo siguiente:

Art. 37.- *“ Las personas menores de 16 años, no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto en este Código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna”.*

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo, será responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad del menor.

3.4.3.- LAS ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA PERO DETERMINADAS EN CUANTO A SU EFECTO (ACCIONES LIBERAE IN CAUSA).

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación de Inimputabilidad y en esas condiciones se realiza el delito. A estas acciones se les llama Liberae in causa (libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto). Tal es el caso de quien decide cometer homicidio y para darse ánimo bebe con exceso y ejecuta el delito en estado de ebriedad. Aquí sin duda alguna, existe la imputabilidad; entre el acto voluntario (decisión de delinquir) y su resultado, hay un enlace causal. En el momento del impulso para el de causalidad dice Cuello Calón, el sujeto era imputable.

Continúa el autor citado, señalando que si se acepta que el actuar el sujeto carecía de la capacidad

⁵³ REYNOSO DAVILA, Roberto, Teoría General del Delito. Ed. Porrúa. México 1995.pag.179-172.

necesario para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o se a aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de Inimputabilidad.

Franzs Von Liszt, al abordar este tema planteaba el ejemplo del guardavía de ferrocarril, quien para no realizar el cambio de vía del tren, y que estaba a su cuidado, se embriaga y de este modo provoca un accidente.

Liszt resuelve el problema diciendo que al ocurrir el accidente el guardavía se encuentra en un estado aparente de Inimputabilidad, pues ebrio ni tan si quiera se dio cuenta del accidente al ocurrir este, sin embargo, el maestro alemán nos indica que debemos remontarnos al momento en que el sujeto manifestó su voluntad de embriagarse para lograr el fin que se propuso, es decir, en su origen, en su causa la conducta se produjo libremente y por ende el resultado le es imputable.

Algunos autores han señalado diversos grados de imputabilidad, tal es el caso de que se hable de imputabilidad disminuida, o de semi imputabilidad si el sujeto que comete el delito no alcanza el límite de edad, pero está cerca de él, por ejemplo de 14 a 16 años, cuando 16 años es el límite fijado por la ley para la plena imputabilidad.

Al respecto de estos grados de imputabilidad, nuestro Código Penal Sustantivo para el Estado de Guanajuato señala en su artículo 33, fracción VII, párrafo segundo que "*el delito se excluye 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.*" Y por su

parte el artículo 35 del Código Penal Sustantivo para el Estado e Guanajuato señala que, " *encontrándose en el supuesto previsto en último párrafo de la fracción VII del artículo 33, se le aplicará una Punibilidad de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la establecida para el delito de que se trate.* "

B).- CULPABILIDAD

Una conducta será delictuosa no solo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable.

Para **Porte Petit**, la culpabilidad es nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado su acto.⁵⁴ Posición solo válida para la culpabilidad en los cuales, a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales en los cuales, por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracterizan por la producción de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero acaecido por lo omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el Estado. Por ello se considera a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

El estudio de la culpabilidad es uno de los mas complejos y difíciles en la teoría de delito, y a la vez uno de los más importantes. Cabe hacer referencia a lo que decía el maestro **Franz Von Liszt**, refiriéndose a la culpabilidad el cual menciona que " Por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad, se mide el progreso del derecho Penal.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la Culpabilidad: **la Psicologista y la Normativista.**

⁵⁴ REYNOSO, Op. Cit (supra 62) pag. 192-193.

3.5.- TEORÍA PSICOLOGISTA.

Con Franz Von Liszt surge la teoría psicologista de la culpabilidad. Para esta teoría, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la Antijuridicidad.

La culpabilidad con base en esta teoría, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; La esencia entonces de la culpabilidad psicológica consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado por el autor del delito.

En este contexto, para esta teoría **la imputabilidad** era un presupuesto de la culpabilidad, y el **dolo y la culpa** son considerados como especies de culpabilidad; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o como la llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres: de la conducta y del resultado, y el segundo indica el conocimiento de la Antijuridicidad de la conducta.⁵⁵

La denominación de Teoría Psicologista se debe principalmente a los normativistas, los cuales le denominaron así porque ellos rechazaban todo nexo que pudiera vincular lo espiritual y la relación moral entre el sujeto y el acto para estimar la exigencia del reproche social, englobaban o encasillaban con este calificativo a las teorías que no basan la razón del pedir cuentas en la mera oposición a la norma.

Beling, al referirse a la culpabilidad, la ubica dentro de esta teoría psicologista, pero posteriormente al hacer estudios sobre la culpabilidad encuentra una falla en la acción, que según él en su interior no se parece a lo que en derecho podía esperarse, termina concibiendo⁵⁶

⁵⁵ PORTE PETIT. Op. Cit. (*supra* 17) Pag. 49.

⁵⁶ Reynoso. Op. Cit. (*Supra* 62) pag. 196-197.

3.6.- TEORIA NORMATIVISTA

Para esta teoría la razón de ser de 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 radica en fundamentar a la culpabilidad, o sea el juicio de reproche en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad solo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme al deber.

Así la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad.

Este Juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho; es decir, el deber ser jurídico.

Para esta nueva concepción, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica que existen entre el autor y el hecho, ni se debe ver solo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico, la culpabilidad pues, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz de deber.

3.7.- FORMAS DE CULPABILIDAD

La culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución

del hecho tipificado en la ley como delito, ó cause igual resultado por medio de su negligencia ó imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa). Ambas formas de culpabilidad serán analizadas a continuación.

3.7.1.- EL DOLO. SU CONCEPTO.

Según Eugenio 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.

Luis Jiménez de Asúa, define el dolo como la producción de un resultado antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de la causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere ó ratifica.⁵⁷

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

⁵⁷ Op. Cit (Supra 16) Pág. 459

3.7.2.- ELEMENTOS DEL DOLO.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo ó emocional. El elemento ético esta constituido por la conciencia de que se quebrante el deber. El volitivo ó psicológico consiste en la voluntad de realizar el acto; en la volición del hecho típico.

Cuello Calón, señala que los elementos del dolo son:

A).- La representación ó conocimiento del hecho que comprende:

1). El conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictuoso, así como de los hechos que determinan una agravación de la pena (salvo los casos de dudosa técnica jurídico pena, como son los llamados delitos cualificados por el resultado.

2). El conocimiento de la significación del hecho respecto del orden jurídico, es decir, el conocimiento de la Antijuridicidad del acto, bastando que su conciencia le advierta que ejecuta un hecho creyéndolo licito, el que ignora su carácter delictivo, no obra dolosamente.

3). El conocimiento del resultado, el efecto (daño ó peligro), que causara ó podrá causar en el mundo exterior la acción u omisión del agente, pero no basta con que el efecto sea previsto, es necesario que sea querido por el agente.

B).- Su volición.

3.7.3.- CLASES DE DOLO SEGÚN LA DOCTRINA

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas, así en la doctrina se habla de dolo direc-

to, indirecto, eventual indeterminado.

Dolo Directo.- Es aquel en que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón, el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.

Dolo Indirecto.- Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho.

Dolo Eventual.- Existe cuando el agente se representa como posible un resultado, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

Dolo Indeterminado.- Existe cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial.

3.7.4.- CLASES DE DOLO SEGÚN EL CODIGO

Como ya se mencionó anteriormente existen varias clases de dolo, pero conforme el Código Penal de nuestro Estado solo mencionan dos clases de dolo:

El dolo Directo y el Dolo Eventual, los cuales están señalados en el artículo 13 de nuestro Código el cual a la letra dice:

Artículo 13.- Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado ó lo acepta **(directo)** previéndolo al menos como posible. **(Eventual)**

3.7.5.- LA CULPA. SU CONCEPTO.

Según cuello Calón, existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Para Edmundo Mezguer, actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado pudo prever.

Por lo tanto se considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero este surge a pesar de ser previsible y evitable por no ponerse en juego, por negligencia ó imprudencia las cautelas ó precauciones legalmente exigidas, de aquí se derivan las dos clases de culpa, la consciente ó con previsión y la inconsciente ó sin previsión.⁵⁸

3.7.6.- CLASES DE CULPA

Dos son las especies principales de la culpa, la culpa consciente ó con previsión y la culpa inconsciente ó sin previsión, con relación a las clases de culpas el artículo 14 primer párrafo señala:

Artículo 14.- Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previo siendo previsible ó que previo confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales.

⁵⁸ Op. Cit (Supra 10) Pág. 171.

Según la doctrina existen dos clases de culpa:

A). Culpa Consciente ó con Previsión.- Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de su producción.

Como ejemplo de esta especie de culpa puede citarse el caso del chofer de un vehículo que desea llegar puntualmente a un lugar determinado y conduce su coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente, pero a pesar de que presenta la posibilidad de un atropellamiento conduce velozmente con la esperanza de que ningún transeúnte se cruce en su camino. Existe en su mente la previsión ó conciencia de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiando en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

B) . Culpa Inconsciente ó sin Previsión.

Existe cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Hay voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

Para soler, se da esta clase de culpa señalaremos el caso de quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto ó lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

Por lo que se refiere a los elementos de la culpa señalaremos lo siguiente:

3.7.7.- ELEMENTOS DE LA CULPA

Por ser necesaria la **conducta humana** para la existencia del delito, ella constituirá el **primer elemento**; es decir un actuar voluntario (positivo ó negativo); en **segundo** termino que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas ó precauciones exigidas por el Estado; y **tercero**, los resultados del acto han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente; por **ultimo**, precisa una relación de causalidad entre el hacer ó no hacer iniciales y el resultado no querido. (si el resultado es querido ó aceptado, sea directa, indirecta, indeterminada ó eventualmente, se estará en el caso de la imputación dolosa), por lo que es necesario establecer la diferencia entre el dolo y la culpa.

3.7.8.- DIFERENCIA ENTRE EL DOLO Y LA CULPA

La culpa consciente en un principio se asimilo al dolo, y mas concretamente al llamado dolo eventual. Se hablaba de que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente radica en que la primera se acepta el resultado y en la segunda se tiene la esperanza de que el resultado no acontezca; en ambas se quiere la conducta, se representa el resultado, pero en el dolo eventual se acepta ese resultado en caso de que suceda; y en la culpa consciente, ese resultado previsto no se quiere ni se acepta, se tiene la esperanza que no suceda.⁵⁹

En resumen el resultado en el dolo siempre es querido y en la culpa no es querido.

⁵⁹ Op. Cit. ed. 2a. Ed. Porrúa. México 1995, Pág. 61

3.8.- INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, y esta opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad, que son el conocimiento y la voluntad.

Jiménez de Asúa de acuerdo a su concepción normativa de la culpabilidad, sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el Juicio de Reproche (La Ley y el delito, Pág. 480, Caracas, 1945), reprobación del sujeto por haber obrado con dolo o culpa.

Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

El Problema de la inculpabilidad según Fernández Doblado, representa le examen último del aspecto negativo del Delito. Así, solamente puede obrar a favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad, cuando previamente no medió en lo externo una de justificación, ni en lo interno una de Inimputabilidad.⁶⁰

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos elementos; Intelectual y volitivo. Toda causa eliminatória de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad.

En estricto rigor, las causas de inculpabilidad, son el ERROR ESENCIAL DE HECHO (ataca el elemento intelectual), y la Coacción sobre la voluntad (Afecta el

⁶⁰ Culpabilidad y Error, Pág. 49, México, 1950.

elemento volitivo). Algo se anula o no puede integrarse, al faltar uno o más de sus elementos constitutivos. Si la Culpabilidad se forma con el conocimiento y la voluntad, solo habrá inculpabilidad en ausencia de cualquiera de los dos factores, o de ambos.

En el sistema CLÁSICO y NEOCLÁSICO se señalan dos clases de inculpabilidad; EL ERROR y la COACCIÓN.

3.8.1.- EL ERROR Y SUS CLASES

EL ERROR es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre un sujeto cognoscente y el objeto conocido, tal como este es en la realidad.

Según los Escolásticos, la verdad es la Adecuación entre lo que es una cosa y nuestra mente. El ERROR es un falso conocimiento de la verdad, un conocimiento incorrecto, se conoce, pero se conoce equivocadamente.

Tanto el Error, como la Ignorancia pueden constituir causas de inculpabilidad, se producen en el autor desconocimiento o un conocimiento equivocado sobre la Antijuridicidad de su conducta; El obrar en tales condiciones revela la falta de malicia, de oposición subjetiva con el derecho y por lo mismo con los fines que el mismo propone realizar.

Mientras en el **ERROR** se tiene una falsa apreciación de la Realidad, en la Ignorancia hay ausencia de conocimiento; En el error se conoce pero se conoce mal; En cambio la ignorancia es una laguna de nuestro entendimiento porque nada se conoce, ni errónea ni acertadamente.

Por lo que respecta a la Ignorancia, como aspecto Negativo de la Culpabilidad, nuestro Código Penal Sustantivo

Falta página

N° 73

a).- Error Esencial de Hecho.- La falsa apreciación de la realidad, el error esencial de hecho para tener efectos eximentes debe ser invencible; de lo contrario deja subsistente la culpa. En el error esencial el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente o sea que hay desconocimiento de la Antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

INVENCIBLE.- Dentro del error de hecho esencial encontramos el error esencial INVENCIBLE, que tiene lugar cuando un sujeto cree atípica su actuación, indudablemente la considera lícita, acorde con el derecho, siendo en realidad contraria al mismo. Dentro de esta clase de error, el Maestro Fernando Castellanos Tena, nos habla de eximentes putativas a las cuales define como " Las situaciones en las cuales el agente, en función de un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente estar amparado por una causa de justificación o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita), sin serlo ".

VENCIBLE.- El Error de Hecho Esencial vencible es aquel en que la persona, tuvo la posibilidad y por ello debió prever el concepto equívoco que se formó. Este tipo de error excluye el delito, pero el sujeto responde por haber incurrido en una conducta culposa. (Elimina el Dolo pero deja subsistente la culpa.)

b).- ERROR ACCIDENTAL.- Elimina el dolo pero deja subsistente la culpa, es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias.

El error de hecho accidental se presenta cuando el sujeto se equivoca, pero respecto de elementos no esenciales del delito, sino sobre circunstancias objetivas que son accidentales. En estos casos de error, la conducta es culpable,

a título de dolo, ya que su error se refiere a accidentes de la conducta típica.

El error accidental a su vez abarca tres clases de culpa.

I.- Aberratio Ictus.- Error en el golpe. Se da cuando el resultado no es precisamente el querido, pero a el equivalente.

II.- Aberratio in persona.- Error en la persona. Es cuando el error versa sobre la persona objeto del delito.

III.- Aberratio Delicti.- Error en el delito. Es cuando se ocasiona un suceso diferente al deseado.

2.- Error de Derecho.- No produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La Ignorancia de la leyes a nadie aprovecha. El Error de derecho se refiere al error sobre la prohibición jurídica del tipo dolosamente ejecutado. Esto indudablemente que se encontraba establecido por nuestro Código Penal anterior, actualmente el error de derecho según nuestro Código Penal actual tiene efectos de eximentes generando inculpabilidad.

La doctrina contemporánea (sistema finalista) divide el error en dos clases; de tipo y de prohibición, según recaiga sobre un elementos o requisito constitutivo del tipo penal (el agente ignora obrar típicamente) o el sujeto, sabiendo que actúa típicamente, cree hacerlo protegido por una justificante.

a).- Error de tipo: Consiste en el desconocimiento o equivocada creencia sobre las circunstancias objetivas (elementos objetivos) pertenecientes

al tipo legal. Excluyente del dolo. Ejemplo; el cazador que dispara contra un objeto negro creyéndolo una venado, cuando en realidad se trata de una leñadora. Será punible el hecho como actor de un delito culposo.

b).- Error de Prohibición.- Es el que recae sobre la Antijuridicidad del hecho en el conocimiento completo de la realización del tipo (por consiguiente en el absoluto dolo del tipo). El autor sabe lo que hace, pero yerra en cuanto a si es permitido o no. Este error excluye la reprochabilidad; inculpable.

3.8.2.- LA COACCIÓN

La coacción es una de las causas de inculpabilidad que consiste en la existencia de un constreñimientos psicológico que afecta los elementos volitivos de la culpabilidad y que, por lo tanto, la reprochabilidad de la conducta desaparece ante la coacción o la amenaza de un peligro grave, dejándose al juzgador determinar en cada caso que decida si razonablemente no podía exigírsele una conducta diversa.

Fernando Castellanos señala que en la NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA se afecta el elemento volitivo de la culpabilidad, dentro de la cual quedaría comprendida la coacción tanto moral como física, en la cual no podría exigirse un obrar diverso o heroico.

La coacción Física tiene lugar cuando la fuerza se impone directamente sobre la persona.

Y la Coacción Moral, es la advertencia de inferir un daño en sus bienes jurídicos tutelados, tanto en el sujeto como en sus parientes, se esta constriñendo la voluntad del agente para que cometa un hecho delictuoso.

Cardona y Ojeda en su obra señalan al definir la coacción que es una causa determinante de inculpabilidad por incidir en la fase volitiva y que integra la culpabilidad.

La coacción siempre será un constreñimiento de la voluntad; existe voluntad pero está constreñida.

Nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato, al hablar de causas de inculpabilidad no menciona nada acerca de la coacción, solo hace referencia al error, estableciendo dos clases;

I.- Error vencible y

II.- Error invencible; Que a su vez comprende el error de tipo y error de prohibición.

El artículo 17 del citado código penal establece cuando se considera que el error es vencible, dicho ordenamiento a la letra dice:

Art. 17.- Se considera que el error es vencible cuando quien lo sufre pudo sustraerse de el aplicando la diligencia o el cuidado que en sus circunstancias le eran exigibles.

En cuanto al ERROR INVENCIBLE se encuentra establecido en el artículo 33, fracción VIII, inciso a) del Código Penal sustantivo para el estado de Guanajuato, y aquí nos habla de ERROR DE TIPO y en el inciso b) Error de prohibición., el cual a la letra dice:

Art. 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.

CAPITULO IV

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

4.1.- CONCEPTO.

La Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción.

También se utiliza la palabra Punibilidad, con menos propiedad, para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. En otros términos, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del jus puniendi); igualmente se entiende por Punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, las penas conducentes. En este último sentido, la Punibilidad se confunde con la punición misma, o la imposición concreta de las sanciones penales.

En resumen **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 por la ley.

4.2.- La Punibilidad como Elementos del Delito o su consecuencia.

Aún se discute si la Punibilidad posee o no el rango del elemento esencial del delito; algunos autores la consideran como elemento (Porte Petit), y otros como su consecuencia (Raúl Carrancá y Trujillo, Ignacio Villalobos.

Porte Petit señala que " indudablemente la Penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia del mismo , puesto que el artículo 7 del Código Penal Federal define al delito como el acto u omisión sancionado por la Leyes Penales, lo cual quiere decir que se exige explícitamente la pena legal y no vale decir que solo alude a la garantía penal Nulla Poena Sine Lege, pues tal afirmación es innecesaria.⁶¹

En cuanto a los autores que consideran al delito como su consecuencia, encontramos a . RAUL Carrancá y Trujillo. Este autor al hablar de excusas absolutorias afirma que tales causa dejan de subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena. De esto se infiere que para él la Punibilidad no es el elemento esencial del delito; si falta (las excusas absolutorias forman el factor negativo) el delito permanece inalterable.⁶²

Ignacio Villalobos por su parte, menciona que pena, es la reacción de la sociedad o el medio de que esta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistema de represión en vigor, su consecuencia ordinaria.⁶³

⁶¹ Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Págs. 59 y 88.

⁶² Derecho Penal Mexicano, t. II. Pág. 125, México, 1956.

⁶³ Op. Cit. Pág. 203.

4.3.- LA PUNICIÓN

Es la imposición concreta de las sanciones penales, para la aplicación de las penas se debe tomar en cuenta a las condiciones objetivas de Punibilidad que generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Beling, las definía como los requisitos típicos excepcionales y ajenos a las estructuras ordinarias del delito, a cuya realidad se subordina la punición, aun dando por sentado que el acto es antijurídicamente típico y el agente imputable y culpable.

Las condiciones objetivas de Punibilidad se clasifican en dos grupos: las que en realidad son condiciones para hacer efectiva la Punibilidad ya existente, y aquellas que forman parte de la descripción objetiva de lo ilícito y, por tanto, quedan ya incluidas en la tipicidad.

Franz Von Liszt, afirma que todas estas condiciones de Punibilidad son circunstancias externas que nada tienen que ver con el acto delictuoso mismo y con sus elementos, debiendo ser más bien consideradas separadamente.

Para Luis Jiménez de Asúa, las condiciones objetivas de Punibilidad no constituyen un elemento del delito, sino las condiciones objetivas son los presupuestos procesales, son un elemento del delito cuando la ley así lo requiera.

Se denominan condiciones objetivas de Punibilidad a determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito e independientes de la voluntad del agente que son requisitos necesarios para que el hecho en cuestión sea punible.

Las condiciones objetivas de Punibilidad difieren ante todo de los presupuestos, porque estos anteceden al delito, mientras aquellas obran después de efectuado el delito (consumado o intentado), y por esto quedan fuera del proceso ejecutivo de él. Y se diferencian de los elementos, porque si falta uno solo de estos, no existe delito, en tanto que si las condiciones de Punibilidad no se verifican, el delito existe ontológicamente, aunque no pueda ejercerse la pretensión punitiva del Estado.⁶⁴

En estricto rigor el acto de punir se traduce en la concretización que hace el juez de la pena; es decir que por Punibilidad también se ha entendido el señalamiento de una pena que oscila entre un mínimo y un máximo y entre ese mínimo y ese máximo existe un espacio en donde el juez se puede mover y al momento de determinar la pena aplicada estaremos en presencia del acto de punir.

Por lo que se refiere al aspecto negativo de la Punibilidad encontramos las excusas absolutorias, que trataré en capítulo por separado.

4.4.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.⁶⁵

Existen cuando una conducta es antijurídica y culpable, es decir, reúne todos los elementos del delito; pero la ley exonera de pena a su autor, es en realidad un perdón

⁶⁴ REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General de Delito. Ed. Porrúa. México 1995. pág. 283-285.

⁶⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 79.

legal. Las excusas absolutorias no excluyen la Antijuridicidad del hecho ni la culpabilidad del autor.⁶⁶

Cuando existe una excusa absolutoria no es posible la aplicación de la pena; constituyen el aspecto negativo de la Punibilidad.

Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, Antijuridicidad y culpabilidad), permanecen inalterables, solo se excluye la posibilidad de punición.

B).- TEORIA DE LA PENA.

4.5.- LA PENA.- Su Concepto

Existen opiniones diferentes por lo que se refiere al concepto de la pena ateniendo al autor de que se trate.

Cuello Calón, señala que la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una fracción penal.

Franz Von lizt, opina que la pena es el mal que el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

Nuestro autor Fernando Castellano Tena opina en cambio que la pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.

⁶⁶ IBIDEM. Pág. 278.

4.6.- FINALIDAD DE LA PENA

Cuello Calón, señala que la pena debe tener el fin de obrar en el delincuente, creando en él por el sufrimiento motivos que le aparten del delito en lo porvenir y reformarlo para readaptarse a la vida social.

Indudablemente el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad, para conseguirla, la pena debe ser **intimidatoria** es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación; **ejemplar**, al servir de ejemplo a los demás y no solo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; **correctiva**, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educaciones adecuadas, impidiendo así la reincidencia; **eliminadora**, ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y **justa**, pues la injusticia acarrearía males mayores, no solo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el derecho realice elevados valores entre los cuales la justicia, la seguridad y el bienestar sociales.

Existe alguna confusión respecto de que es propiamente una pena y una medida de seguridad: ambas generalmente se les designa bajo la denominación común de sanciones pero a continuación señalaré la diferencia.

4.7.- Diferencia entre Penas y Medidas de Seguridad.

La distinción primordial entre estos dos conceptos es que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y en cierta forma de retribución, las medidas de seguridad, en

cambio, intentan de modo fundamental (sin carácter aflictivo), la comisión de nuevos delitos.

Propiamente según la doctrina deben considerarse como penas la prisión y la multa y como medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar; nuestro código Penal también nos habla de varias clases de penas mismas que se encuentran contenidas en su artículo 38.⁶⁷

4.8.- LAS PENAS SEGÚN EL CODIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

Según el Código Penal para el Estado en su artículo 38 señala como **penas** las siguientes:

Art. 38.- Por la comisión de los delitos descritos en el presente Código solo 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 ó suspensión de funciones ó empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño.

⁶⁷ Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág 317-336

VII.- Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial ó de residir en ella.

VIII.- Las demás que prevengan las leyes.

Según el **artículo 39** de nuestro Código Penal, **la prisión** consiste en: la privación de la libertad personal, en la institución penitenciaria que el ejecutivo del Estado designe.

El **artículo 41** de nuestro Código Penal señala que el **trabajo a favor de la comunidad** consiste en: la prestación de servicios no remunerados, en instituciones publicas ó en instituciones asistenciales privadas.

Por lo que se refiere a las **sanciones pecuniarias** el **artículo 50** del ya citado Código Penal señala dos clases:

I.- La multa.

II.- La reparación del daño.

Según el **artículo 51** del ya citado Código, la **multa** consiste en: el pago al Estado de una suma de dinero que se fije en la sentencia por días multa. (equivalente al salario mínimo general vigente al momento de consumarse el delito).

Por lo que se refiere a la reparación del daño el artículo 56 del Código Penal señala que comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, así como el pago, en su caso. De deterioros y menoscabos sufridos. Si la restitución no fuere

posible, el pago del valor comercial de la cosa en el momento de la comisión del delito;

II.- El pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencia del delito;

III.- El pago del daño moral; y

IV.- La indemnización de los perjuicios ocasionados.

En cuanto al **decomiso** el **artículo 84** del Citado Código Penal señala que consiste en: la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos ó comisiones que se estén ejerciendo. La privación de derechos estriba en su pérdida definitiva.

El **artículo 86** del ya citado Código señala que la **suspensión** es de dos **clases**:

I.- La que es consecuencia de la pena de prisión.

II.- La que se aplica como pena prevista para un delito en particular.

Estas son las penas que actualmente nuestro Código Penal de Guanajuato establece.⁶⁸

⁶⁸ Guanajuato, Código Penal. Op. Cit (Supra 3) pág 10-19.

CAPITULO V.

CLASIFICACION DEL DELITOS

Si atendemos a la raíz etimológica del delito, encontraremos que deriva de la voz latina " Delinquere ", que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley (Fernando Castellanos Tena).

Tomando en cuenta la gravedad de las infracciones penales, se han hecho diversas clasificaciones. Se habla de una división bipartita, en donde se distinguen los delitos y las faltas y también de una tripartita que clasifica crímenes, delitos y faltas o convenciones. En esta última clasificación se consideran los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre; delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social; y por la faltas o convenciones, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno.

Debido a existen varias clasificaciones del delito, según consideremos a diferentes autores, a continuación enuncio la siguiente clasificación:

5.1.- SEGÚN LA FORMA DEL CONDUCTA DEL AGENTE

Existen dos clasificaciones: **1.-** Los de Acción y **2.-** Los de omisión.

Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo, en ellos se viola una Ley prohibitiva; en cambio, en los delitos de **OMISIÓN**, el objeto prohibido es una ABSTENCIÓN DEL agente, consisten en la NO ejecución de algo ordenado por la Ley.

5.2.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

Esta clasificación es en relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en 1.- DE DAÑO y 2.- DE PELIGRO. Los primeros consumados causan un daño directo y efectivo en intereses jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude. En los segundos, no causan daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio.

5.3.-DELITOS SIMPLES Y COMPLEJOS.

Llámense simples a aquellos delitos en los cuales la lesión jurídica es única, como el homicidio. En ellos la acción determina una lesión jurídica inescindible.

Delitos complejos son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen tomadas aisladamente.⁶⁹ Edmundo Mezguer, por su parte, estima que el delito complejo se forma de la fusión de dos o más.

5.4.- EN FUNCIÓN DE SU GRAVEDAD

Tomando en cuenta la gravedad de la infracciones penales, se ha hecho diversas clasificaciones. Según esta división bipartita se distinguen los delitos de las faltas. La clasificación tripartita habla de crímenes, delitos y faltas o convenciones. En esta división se consideran crímenes los atentados contra la vida y los derechos naturales del hombre, delitos, las conductas contrarias a los derechos nacidos del contrato social, como el derecho de propiedad; por faltas o

⁶⁹ Soler, Derecho Penal Argentino , t. I. Pág. 284.

contravenciones las infracciones de los reglamentos de policía y buen gobierno.

5.5.- POR EL RESULTADO.-

Esta clasificación es el OBJETO DE ESTUDIO DE MI TESIS, y aquí encontramos a los delitos FORMALES Y MATERIALES.

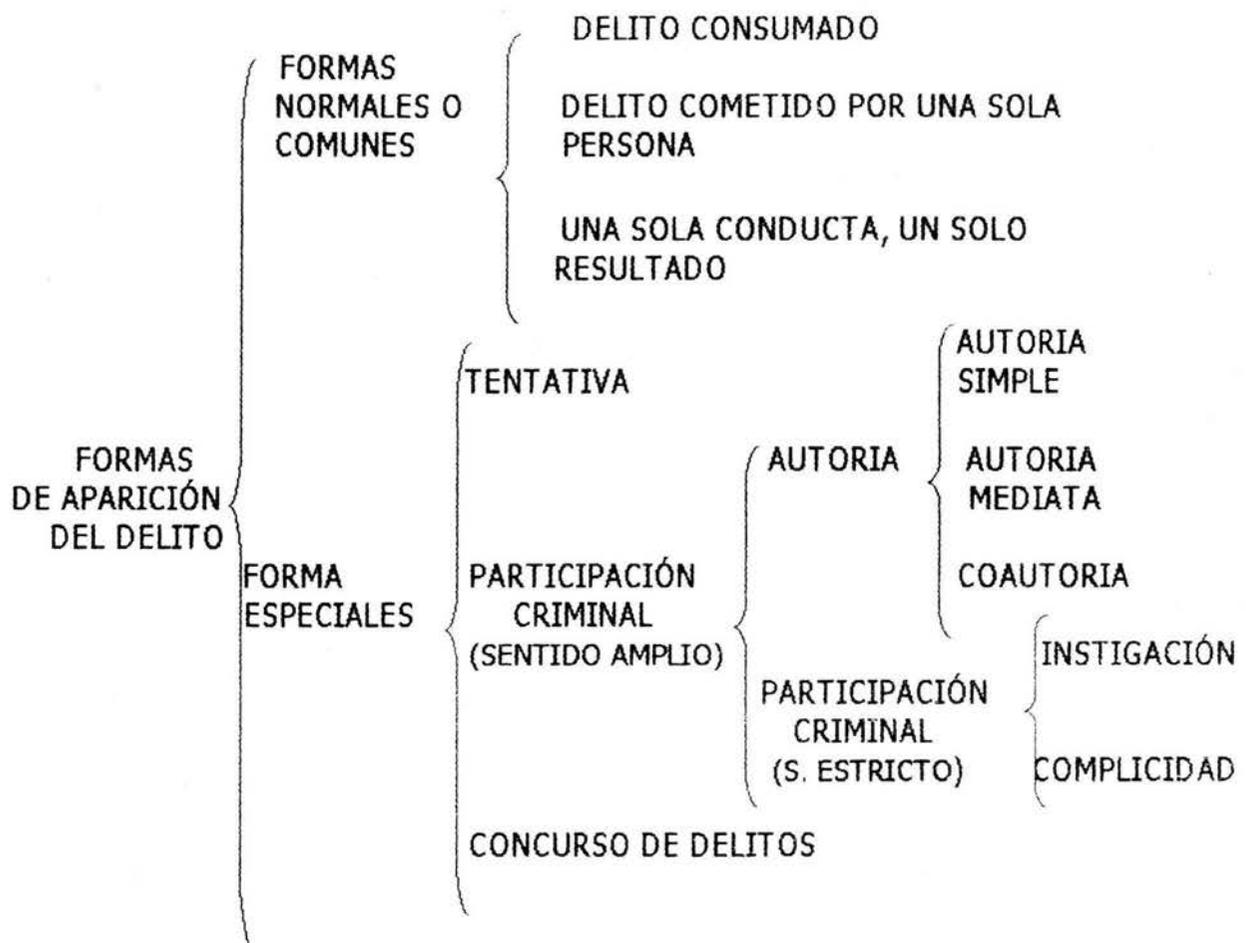
A) FORMALES. Son aquellos en los que se agota el tipo penal en el movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta.

B) MATERIALES.- Son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o funcionamiento del objeto material (Homicidio, Daño, etc).

5.6.- FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.-

Son figuras que atienden a la manera o la forma en que están redactados los tipos penales.

Estas formas de aparición del delito pueden ser de dos clases: **formas normales o comunes** y las **especiales de aparición del delito**; en virtud de lo anterior se formula el siguiente cuadro sinóptico:



5.6.1.- FORMAS NORMALES O COMUNES DEL DELITO.

Dentro de estas formas normales o comunes de aparición del delito encontramos los siguientes: una primera forma normal o común es el **delito consumado**, es decir cuando se produce el resultado prohibido por la norma, otra forma normal o común es delito cometido por una sola persona y aquí se refiere a un solo sujeto que es el que lleva a cabo la acción descrita en la ley, y como tercera forma normal o común de aparición del delito es el que con una sola conducta se produce un solo resultado.

5.6.2.- DELITO CONSUMADO.

Es una forma normal o común de aparición del delito. Tienen un resultado y como consecuencia se refieren a la modificación del mundo exterior por afectación del bien jurídico tutelado, o por la puesta en peligro.

Cuello Calón opina en cuanto al delito consumado que " desde el momento que el acto punible ha llegado a su completo desenvolvimiento, y con el se ha producido el mal material en que consiste el delito, este se ha consumado.

Entonces la generalidad de los tipos penales se refieren en principio a esa forma normal de aparición de los delitos (el que prive de la vida, el que se apodere de cosa ajena, el que imponga copula, todo ello se esta refiriendo al delito consumado).

5.6.3.- DELITO COMETIDO POR UNA SOLA PERSONA.

Esta forma de delito es el hecho que se ha cometido por una sola persona en los términos en que generalmente señala el tipo penal; luego entonces el tipo penal describe: " al que , a quien, el que, con la finalidad de". De aquí entonces que en los tipos penales siempre esta redactado en singular el sujeto activo del delito.

5.6.4.- UNA SOLA CONDUCTA UN SOLO RESULTADO.

Esta tercera forma normal o común de la aparición del delito es el que con una sola conducta se produce un resultado, ejemplo: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, esta con ello infringiendo una norma penal y en este caso estamos ante una forma normal ó común de aparición del delito.

5.7.- FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

Son figuras que necesariamente se tuvieron que inventar para que conductas delictuosas no quedaran impunes al no encuadrar o adecuarse al tipo penal. Estas figuras se estudian en la parte final de la teoría del delito y por supuesto también aparecen en la parte general del código penal. Son las correlativas, es decir contrarias a Derecho, a cada una de la formas comunes o normales de aparición del delito.⁷⁰

Algunos autores también les llaman "**Prolongaciones de los tipos Penales**" porque se conectan a estos cuando se necesita.

Dentro de las formas especiales de aparición del delito encontramos como **una primera forma a LA TENTATIVA**, entendiéndose por esta los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

Como una segunda forma encontramos a la **Participación Criminal**, es decir que si en la comisión de un delito interviene mas de una persona, sin que el tipo lo establezca como necesario para que se lleve a cabo la acción que en el esta descrita, entonces estaremos ante una forma especial de aparición del delito, y no es mas que la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

En una tercera forma de aparición Especial de los delitos encontramos a **EL CONCURSO DE DELITOS**, esto es que con una sola conducta se cometen varios delitos, o bien cuando con varias conductas se cometen varios delitos.

⁷⁰ Apuntes del Derecho Penal.

Hay dos clases de concurso de delitos; **A).- Concurso Ideal y b).- Concurso Real.** El primero es cuando con una sola conducta se producen varios resultados penalmente relevantes, se transgreden diversas normas penales y consecuentemente se cometen varios delitos. El concurso Real, es en cambio, cuando con varias conductas se transgreden varias normas penales y por tanto se cometen varios delitos.

Por lo anterior y de acuerdo a la Concepción Tradicional el Concurso de Delitos constituye una forma especial de aparición del delito, y cada una de estas formas especiales de aparición del delito serán tratadas mas ampliamente en su capítulo correspondiente.

5.7.1.- TENTATIVA

Jiménez de Asúa, define la tentativa como la ejecución incompleta de un delito.

La tentativa es pues aquellos actos ejecutivos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

El artículo 18 de nuestro Código señala cuando habrá tentativa punible; " Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.

Los finalistas le llaman a la tentativa problemas de atipicidad.

Existen algunas diversas formas de tentativa en las cuales se encuentran las siguientes:

1.- Tentativa Acabada o Delito Frustrado.- Es cuando el 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.

2.- Tentativa Inacabada o Delito Intentado.- Aquí se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguna (o varios) y por eso el evento no surge: hay una incompleta ejecución.

El desistimiento puede operar en los casos de la tentativa inacabada, en la acabada no es posible y tan solo podrá hablarse de arrepentimiento ya que en el primero se evita el resultado y por ende no es dable punir la tentativa; y en el segundo surge el resultado porque tal arrepentimiento deviene una vez consumado el delito, por lo que no se excluye la Punibilidad.

Por lo que se refiere a la tentativa de delito imposible no debe confundirse con la tentativa acabada o delito frustrado, ya que en esta tampoco se produce el resultado y no surge no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por ser imposible.

El delito imposible no debe punirse ni como tentativa, pues no entraña la ejecución de la conducta capaz de producir el delito, ni la omisión de la adecuada para evitarlo; el delito jamás se integraría por falta de objeto jurídico; sin embargo, el asunto es muy discutido por los autores.

Al respecto el artículo 19 de nuestro código penal a la letra señala;

“ Hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando por error el agente considera que existir el objeto en que quiso ejecutarlo o que el medio utilizado era el adecuado.”⁷¹

El fundamento de la Punibilidad en la tentativa, es el principio de afectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, solo se ponen en peligro esos bienes.⁷²

5.7.2- PARTICIPACIÓN CRIMINAL. (SENTIDO AMPLIO)

La participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

Al respecto, nuestro Código Penal Para el Estado de Guanajuato, establece en su artículo 20, párrafo segundo, lo siguiente:

“ Es Partícipe, quien sea instigador o cómplice”

⁷¹ Guanajuato, Código Penal (supra (5)) Pág. 12.

⁷² J. Palacios, Ramón. “ La Tentativa “. Imprenta Universitaria. México 1951.

5.7.3- Autoría: Simple, Mediata y Coautoría.

Por lo que se refiere a la autoría Francisco Carrara distinguió entre responsables principales y accesorios, señaló que autor principal es el que concibe, prepara o ejecuta el acto delictuoso en cambio, los delincuentes accesorios o cómplices son quienes indirectamente cooperan para la producción del delito.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su artículo 20, establece; " Es autor del delito quien lo realiza por sí, por medio de otro que actúa sin incurrir en delito o con varios en común."

En cuanto a la **AUTORÍA MEDIATA** es autor mediato el agente que no ejecuta personal y directamente la acción típica, sino que se vale de un sujeto inimputable o inculpable para cometer el delito.

Mariano Jiménez Huerta señala que **AUTOR MEDIATO** es el único que realiza la figura típica valiéndose de un ciego instrumento humano a modo de complemento de su acción ó un simple inductor de la conducta típica que el inducido inculpablemente ejecuta.

El Jurista Sebastián Soler, habla de autores mediatos para señalar aquellos que siendo plenamente imputables se valen para la ejecución material del delito de un sujeto excluido de la responsabilidad. El autor mediato no delinque con otro, sino por medio de otro que adquiere el carácter de mero instrumento.

Coautoría.

Por lo que se refiere a esta figura delictiva Luis Jiménez de Asúa señala que el coautor no es mas que un autor que coopera con otro u otros autores. Todos los coautores son en verdad coautores. En modo alguno se trata de modo autor mediato por que todos ellos responden como autor.

En el coautor, su responsabilidad no depende de la del otro copartícipe, si se suprimiera la existencia de los otros colaboradores, seguiría siendo autor, por que realizo actos típicos y consumativos.⁷³

5.7.4.-PARTICIPACIÓN CRIMINAL. (SENTIDO ESTRICTO)

Ranieri, señala que autor, **EN SENTIDO ESTRICTO**, es aquel que realiza con su propia conducta, el modelo legal del delito.

Carrara, señala que autor principal del delito es aquel que ejecuta el acto consumativo de la infracción. Todos aquellos otros que participan en el designio criminoso o en otro actos, pero no en los de la consumación, son delincuentes, accesorios o cómplices en sentido lato.

El artículo 20 segundo párrafo del Código Penal vigente en nuestro Estado al respecto señala, " Es partícipe quien sea instigador o cómplice ".

5.7.4.1- INSTIGACIÓN

El artículo 21 de nuestro Código Penal con relación a la instigación señala " Es instigador quien dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito ".

⁷³ Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. (Supra 3). Pag. 294-293.

Dentro de la instigación encontramos al agente provocador que es el que incita y determina dolosamente a otro a cometer un delito doloso.

Francesco Carrara, dice que el agente provocador instiga a otro a cometer el delito, no porque tenga interés en la consumación de este ni por ser enemigo de la víctima, sino porque tiene interés en que el delito se cometa o se intente con el fin de causarle daño al mismo instigado.

5.7.4.2.- COMPLICIDAD

Con relación a la complicidad el artículo 22 de nuestro Código Penal para el Estado de Gto., señala:

“ **Es cómplice** quien dolosamente presta ayuda a otro a la comisión dolosa de un delito ”

“ Cuando se contribuya con ayuda posterior al delito, solo habrá complicidad si fue convenida con anterioridad ”

Ricardo Rodríguez, dice que la etimología de la palabra cómplice, puede venir del verbo **latino complejo**, que significa llenar, completar, esto es considerado como concausas de hecho criminal a todos los que forman parte en su perpetración.

Por su parte **Raúl Carrancá** dice, que el origen del vocablo viene de complex, de la baja latinidad y se refiere al complicado o implicado en un delito.

Se puede decir que la diferencia entre cómplices y autores estriba en que el primero es el que presta al autor, una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario.

Es autor, el que ejecuta la acción típica: y es auxiliador o cómplice el que realiza otros actos previos o accesorios.⁷⁴

Los que presta un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el hecho, por importante que sea su papel, no son identificables con los autores. Con frecuencia la distinción entre los unos y los otros carecerá de valor, de utilidad y hasta resultará difícil hacerlos.⁷⁵

Para establecer la Punibilidad del copartícipe de un delito es indispensable fijar mediante la Prueba plena el grado de la cooperación.

5.8.- ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE INSTIGACIÓN O AYUDA AL SUICIDIO, COMO DELITO FORMAL.

Esta figura se distingue porque la víctima se priva a sí misma de la vida y no siendo el suicidio una conducta típica penal, inducir o auxiliar a que alguien se suicide no puede constituir participación de un delito. La figura adquiere, entonces, perfiles propios que le prestan plena autonomía.

Dos son las conductas descritas, inducir o auxiliar. Ambas se orientan finalísticamente a que otro realice la conducta de privar de la vida y como certeramente lo afirma Jiménez Huerta " la figura presenta la particularidad de que erige en conductas principales aquellas que ontológicamente tienen la connotación de ser conductas accesorias que se ensamblan a una principal. Falta aquí, agrega el eminente jurista, una conducta principal típicamente lesiva de la vida humana, y las accesorias adquieren dicho carácter."⁷⁶

⁷⁴ Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de derecho Penal. Volumen 3. Ed. Oxford, México 2000. Pág. 343.).

⁷⁵ REYNOSA DAVILA, Roberto. Op. Cit. (Supra 40) Pág. 328-329

⁷⁶ Jiménez Huerta. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. Pág. 126.

INDUCCIÓN.- En general, la conducta de inducir no se diferencia de aquella forma de participación, autoría intelectual, que doctrinariamente se conoce con el nombre de inducción o instigación.

La inducción es el influjo psicológico que se ejerce para determinar a alguien a ejecutar un hecho. La inducción presupone la ausencia de constreñimiento, tanto físico como psíquico, ya que la figura requiere una verdadera conjunción de voluntades, de tal manera que quien físicamente obliga a otro a matarse o psicológicamente lo coacciona para que se prive de la vida, cometerá homicidio, más no la figura del análisis.

De acuerdo con la anterior se concluye que la víctima debe ser una persona apta para poder recibir el influjo psicológico del agente.

Debe existir también una relación de causalidad psicológica entre la conducta del activo y la determinación o resolución de la víctima, de tal suerte que si ésta ya se encontraba resuelta a privarse de la vida o la determinación se derivó de otras influencias, el sujeto activo no responderá del delito. Sin embargo, si la víctima se encontraba vacilante y la conducta del agente refuerza eficazmente la resolución, si existirá el nexo causal y por ende el delito.

La Inducción presupone la intención del activo en relación con la muerte, ésta debe ser querida por el agente.

El inductor, como afirma Sebastián Soler⁷⁷, quiere el hecho pero realizado por otro. Así, en el caso de que

⁷⁷ Soler, Derecho Penal Argentino.(Supra 36) t. II. Pág. 291.

sin querer la muerte se llegue a determinar el suicidio de una persona, no existirá la figura en estudio, ésta no puede cometerse culposamente.

AUXILIO.- El auxilio consiste en prestar colaboración o cooperación de cualquier especie para la ejecución del suicidio, pero con influencia causal en el mismo.

El auxilio debe ser físico o moral y por tanto su influjo causal puede ser material o psíquico.

El auxilio por otra parte, es una forma de intervención secundaria en la producción del resultado, sin tomar parte en la ejecución y cuando la intervención entraña la ejecución de la muerte, se estará en presencia de un homicidio consentido.

El auxilio presupone la voluntad de ayudar a la consecución de un resultado, por lo que el auxiliador debe querer ese resultado, en consecuencia, la figura no puede darse culposamente.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El tipo penal de Instigación o ayuda al Suicidio se distingue porque la víctima se priva así misma de la vida, y no siendo el suicidio una conducta típica penal, inducir o auxiliar a que alguien se suicide si es una conducta típica penal, como consecuencia de una ayuda o Instigación para que el sujeto pasivo por propia mano se prive de la vida.

SEGUNDA.- Dos son las conductas descritas, inducir y auxiliar, ambas se orientan finalísticamente a que el sujeto pasivo se prive de la vida, colmándose el tipo penal independientemente de que el resultado se de o no, por lo tanto, basta que en el tiempo y en el espacio se de la conducta para que el tipo penal se colme.

TERCERA.- En general, la conducta de inducir es diferente a la Instigación como forma de participación criminal en sentido estricto.

CUARTA.- En el tipo penal de Instigación o ayuda al suicidio el sujeto pasivo debe ser una persona apta para poder recibir el influjo psicológico del agente y debe existir además, una relación psicológica entre la conducta del activo y la determinación o resolución del sujeto pasivo a privarse de la vida.

QUINTA.- Existe agravación de la pena, si la instigación o ayuda al suicidio se realiza en un menor de 18 años o incapaz, lo cual es perfectamente entendible porque los inimputables no tienen la capacidad de querer, ni entender lo que quieren con su conducta; Pero el Legislador no es claro, y resulta contradictorio el considerar que la minoría de edad es de 18 años, cuando el Código Penal para el Estado de Guanajuato,

establece que es a los 16 años, según el artículo 37 de nuestro Código. Esto demuestra, que no reformaron el delito de Instigación a ayuda al suicidio, sino que lo COPIARON del Código Penal para el Distrito Federal.

SIXTA.- El tipo penal de Instigación o ayuda al suicidio es un delito formal, puesto que es un delito de acción, y el tipo penal se agota con la mera conducta; no es necesario el resultado.

BIBLIOGRAFÍA

BORJA OSORNO GUILLERMO, Derecho Procesal Penal, ed. 1ª. Ed. Cajica, México 1985. P.p. 432.

CARRARA FRANCESCO. Derecho Penal, ed. Volumen I. Ed. Oxford. México. 2000. P.p. 230.

CARRARA Y TRUJILLO Y CARRANCA Y RIVAS RAÚL. Derecho Penal Mexicano. Ed. 21. Ed. Porrúa. México 2001. P.p. 382.

CARRANCA Y TRUJILLO, Derecho Penal Mexicano. Ed. 4ª. Ed. Oxfor. México, 1956. P.p. 221.

CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE. Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato, ed. 3ª Ed. Orlando Cárdenas. Irapuato 2000. P.p. 234.

CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamiento Elementales del Derecho Penal, ed. 23. Ed. Porrúa. México 1986. P.p. 359.

GONZALEZ QUINTANILLA JOSÉ ARTURO. Derecho Penal Mexicano, ed. 6ª. Ed. Porrúa, México 2001. P.p. 435.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, Lecciones de Derecho Penal. ed. 12ª. Ed. Oxford, México 2000. P.p. 367.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS, Tratado de Derecho Penal. ed. 4ª. Ed. Losada. Buenos Aires 1992. P.p. 345.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México 1960. P.p. 453.

JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. La Ley y el Delito. ed. 13ª. Ed. A Bello, Caracas, 1945.

LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO, Introducción al Estudio del Derecho Penal. eda 4ª. Ed. Porrúa. México 1996.

MOTO SALAZAR EFRAIN. Elementos de Derecho. ed. 42ª. Ed. Porrúa. México 1996. P.p. 7-12.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Introducción al Derecho Penal. ed. 21ª. Ed. Palma. Madrid, España 1985.

ORELANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. Teoría de Delito. ed. 2ª . Ed. Porrúa, México 1995. P.p. 179.

PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO, Manual de Derecho Penal Mexicano, ed. 12. Ed. Losada, México 1965. P.p. 379.

PORTE PETIT CELESTINO. Tratado de Derecho Penal, ed. 20ª Ed. Jurídica Mexicana, México 1965. P.p. 432.

REYNOSA DÁVILA ROBERTO. Teoría General del Delito. ed. 24ª Ed. Porrúa. México 1995. P.p. 362.

SANTOYO RIVERA JUAN MANUEL, Manual de Introducción al Estudio del Derecho. primera edición. Ed. Universidad Lasallista Benavente. Guanajuato, 1986. P.p. 6.

VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano, ed. 2ª. Ed. Porrúa. México 1960. P.p. 454.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Estados Unidos Mexicanos. Código Penal Federal.

Guanajuato, Código Penal Sustantivo

Guanajuato. Código Penal de Procedimientos Penales.

OTRAS FUENTES

ENCICLOPEDIA CLÁSICOS DEL DERECHO PENAL. Volumen I, III, Ed. Oxford, México 2000.

GUTIERREZ NEGRETE FRANCISCO. Apuntes del Derecho Penal.