



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México



CLAVE: 879309

“LA OMISIÓN COMO TENTATIVA EN LOS
DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN
CUANDO EL RESULTADO NO SE DA”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

CORA SAMANTA ROSILLO ROSAS

Asesor: Lic. Francisco Gutiérrez Negrete

CELAYA, GTO.

ENERO 2006



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS:

Por brindarme el don de la vida, obsequiándome la fortaleza y sabiduría necesaria para afrontarla, por ser la luz que me guía en los momentos difíciles y estar siempre conmigo.

A MI ABUELA:

Por ser la mujer que me ha enseñado a valorar la vida, quien me dio todos sus esfuerzos y todo su apoyo moral y económico, para que yo llegara a obtener el título de Licenciado en Derecho.

Para ti TÍA que siempre has sido y te has comportado como mi verdadera madre, para ti todo mi amor, mi respeto, mi agradecimiento y mis mejores recuerdos.

A MIS PADRES:

Por el gran ejemplo que me han dado.

A MI FAMILIA:

Por esa armonía que nos mantiene unidos, cada vez más, con el paso del tiempo.

A LA MEMORIA DE MI TÍO JOSÉ LARSA:

Por todos esos días de camino a la escuela, aunque ya no estas aquí con nosotros, me hubiera gustado compartieras este galardón conmigo, puesto que tú eres parte esencial para que yo lograre culminar mi propósito.

A MIS MAESTROS:

Por haberme compartido su vida, su tiempo y sus conocimientos.

Al Lic. Francisco Gutiérrez Negrete:

A quien estimo y agradezco todas y cada una de sus enseñanzas a lo largo de la carrera profesional, así como el tiempo que me dio en la asesoría de esta tesis, muchas gracias, maestro.

Al Lic. José Roberto Navarro:

Por el gran maestro y amigo que además de tener una cultura jurídica amplísima, sobre impartir sus conocimientos con la humildad que se le reconoce a todo gran hombre, para usted mi agradecimiento infinito.

A MI HONORABLE JURADO

A UNA PERSONA MUY QUERIDA:

Te agradezco, la dedicación, la lealtad y la confianza que has depositado en mí, por aquellos buenos y malos momentos que pasamos; aún cuando estuvieras aquí conmigo siempre te llevo en mi mente y mi corazón.

Por enseñarme que en la vida existen cosas maravillosas e importantes de las cuales no me había percatado.

A ti por haber sido fuente de inspiración en este proyecto y a lo largo de este camino, por infundirme el amor a esta Licenciatura en Derecho.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I

DERECHO PENAL.	1
1.1. Definición de Derecho Penal.	1
1.2. Puntos de Vista en que se puede apreciar El Derecho Penal. . .	8
1.3. Concepto de Delito	9

CAPITULO II

TEORIA DEL DELITO. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO. . .	15
A) Conducta y su Ausencia.	15
2.1. Definición de Conducta.	16
2.2. Ausencia de Conducta.	20
B) Tipicidad y su Ausencia.	22
2.3. Definición de Tipicidad.	22
2.4. Relaciones de la Tipicidad con la Antijuridicidad.	24
2.5. Elementos del Tipo Penal.	25
2.6. Diferencia entre Elementos del Tipo penal y Cuerpo del Delito	30
2.7. Clasificación de los Tipos Penales.	31

2.8.	Atipicidad.	33
C)	La antijuridicidad y su Ausencia.	34
2.9.	Definición de Antijuridicidad.	34
2.10.	Ausencia de Antijuridicidad o Causas de Justificación.	35
a)	Legítima Defensa.	36
b)	Estado de Necesidad.	39
c)	Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho.	42
d)	Consentimiento valido del sujeto pasivo siempre y cuando el bien jurídico tutelado este a su disposición.	45

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO	46	
A) La Imputabilidad y su Ausencia.	47	
3.1.	Definición de Imputabilidad.	47
3.2.	La Responsabilidad.	48
3.3.	Inimputabilidad.	49
3.4.	Causas de Inimputabilidad.	50
B) La Culpabilidad y su Ausencia.	55	
3.5.	Definición de Culpabilidad.	55
3.6.	Naturaleza Jurídica de la Culpabilidad.	56

3.6.1.	Teoría Psicológica de la Culpabilidad, del Sistema Clásico (Franz Von Liszt- 1881).	56
3.6.2.	Teoría Normativa de la Culpabilidad, del Sistema Neoclásico (Reinhart Von Frank- 1907).	57
3.7.	Estructura de la Culpabilidad del Sistema Clásico.	58
3.7.1.	Estructura de la Culpabilidad del Sistema Neoclásico.	59
3.8.	Formas de Culpabilidad.	59
3.8.1	Dolo.	59
3.8.1.1.	Elementos del Dolo.	60
3.8.1.2.	Clases de Dolo.	60
3.8.1.3.	Dolo en el Código Penal para el Estado de Guanajuato. . .	61
3.8.2.	Culpa.	62
3.8.2.1	Elementos de la Culpa.	62
3.8.2.2.	Clases de Culpa.	63
3.8.2.3.	Culpa en el Código Penal para el Estado de Guanajuato. .	64
3.9.	Inculpabilidad.	65
3.9.1	Causas de Inculpabilidad.	65
3.9.2.	Inculpabilidad en el Código Penal anterior para el Estado de Guanajuato.	66
3.9.3.	La Inculpabilidad en el Código Penal vigente para el Estado	

de Guanajuato. 69

3.9.4. El error de hecho esencial y la coacción en el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato. 70

CAPITULO IV

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA. 72

4.1. Definición de Punibilidad. 72

4.2. Problema de la punibilidad como elemento del delito. 74

4.3. Concepto de pena y teorías sobre la pena. 75

4.4. Diferencia entre Punición y Punibilidad. 78

4.5. Clasificación de las Penas. 79

4.6. Ausencia de Punibilidad. 79

CAPITULO V

EL ITER CRIMINIS Y LAS FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

. 81

A) Etapas del Desarrollo de la Acción Delictiva. 81

5.1. Fases del Iter Criminis. 82

B) Formas de Aparición del Delito. 85

5.2. Formas Comunes o Normales de Aparición del Delito. 86

5.3.	Formas Especiales de Aparición del Delito.	87
5.3.1.	Participación Criminal en Sentido Amplio.	88
5.3.1.1.	Grados de Participación Criminal.	89
5.3.2.	Concurso de Delitos.	91
5.3.3.	La Tentativa.	96

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Una de las ramas del derecho más importantes es sin duda el Derecho Penal, el cual por definición conocemos que es relativo a los delitos a las penas y a las medidas de seguridad, cuyo objetivo principal es la creación y la conservación del orden social, estableciendo normas dirigidas a los ciudadanos en donde las normas cuyo objetivo es prohibir o mandar determinadas acciones que puedan ocasionar un daño a la sociedad, tutelando los intereses fundamentales de toda sociedad para llegar a garantizar la supervivencia misma del orden social.

Como el delito es una obra humana y por ello debe seguir un proceso más o menos extenso, en donde el hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza hasta llegar a la consumación y total agotamiento del delito, también puede no consumarse por diversas causas ajenas a la voluntad del agente. Para regular que esa conducta exteriorizada sin llegar a su consumación ya sea total o parcial no quede impune, se amplía el tipo penal con la figura denominada Tentativa, y así llegar a la punición de conductas que no llegan a consumarse y que estas pueden ser producto de en acciones u omisiones, en donde estas últimas son de dos clases a saber: la primera que es la omisión propia o simple que viola una norma dispositiva con la inactividad y la segunda consistente en la omisión impropia o comisión por omisión en donde

se viola la norma dispositiva que impone el deber de obrar y la prohibitiva que sanciona la causación del resultado material.

Al buscar una definición sobre tentativa, en el artículo 18 de nuestro Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato en donde habla acerca de esta figura, encontré respecto al delito que se realiza mediante la omisión idónea dirigida inequívocadamente a consumarse y que su resultado no se produce o se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del activo, me causo gran inquietud lo que se establece en dicho artículo, lo cual me impulso a realizar el presente trabajo de investigación.

Es por ello, que el presente tema denominado: **“La omisión como tentativa en los delitos de comisión por omisión cuando el resultado no se da”**, nos va llevando a desentrañar a través de cinco capítulos a tratar, como son: el derecho penal, los elementos objetivos y subjetivos del delito, la punibilidad, el Iter Criminis y las formas especiales de aparición del delito. Si en realidad estas conductas de omisión en los delitos de comisión por omisión constituyen o no una verdadera tentativa y que sólo podrás comprobar al terminar de leer la presente investigación realizada.

CAPITULO I

DERECHO PENAL

SUMARIO: 1.1. Definición de Derecho Penal.- 1.2. Puntos de Vista en que se puede apreciar el Derecho Penal.- 1.3. Concepto de Delito.

1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL.

Al paso de los años, múltiples son las definiciones que han realizado diversos autores sobre el Derecho Penal, ante la necesidad que surge por regular las conductas delictuosas de los hombres en sociedad, para garantizar la supervivencia misma del orden social protegiendo los valores más importantes que la colectividad requiere para vivir pacíficamente en un determinado tiempo y lugar, es por ello que el maestro Fernando Castellanos Tena afirma y dice; *El Derecho Penal es la rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social*¹.

De esta manera el derecho penal es una rama del derecho por que es un conjunto de normas jurídicas; mismas que forman parte del sistema jurídico que regulan la conducta de los hombres, y que como conjunto de normas jurídicas

¹ CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 43ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. Pág. 19.

pertenece también a un cuerpo normativo, en donde además de la Norma Jurídica encontramos normas creadas en cada ámbito de la actividad humana en que se presenta la interacción social por la convivencia del hombre tales como: la Norma Moral, la Norma Religiosa además de las reglas de Trato Social.

La palabra norma que significa la regla que se debe seguir o a la que se deben ajustar las conductas o encauzarlas hacia ciertos objetivos, suele usarse en dos sentidos, uno amplio y otro estricto: en lato sensu aplicase a toda relación de comportamiento obligatoria o no y en strictu sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos, puesto que a las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de norma².

La Norma Jurídica es una regla de conducta que confiere facultades o impone deberes u otorgan derechos para que los individuos en sociedad puedan comportarse de manera adecuada, como también lo es una regla de conducta de observancia obligatoria, es una regla de conducta porque es un modelo de conducta, es decir, es el comportamiento que debemos observar para vivir pacíficamente en la colectividad, entendiéndose por conducta la manifestación de voluntad hacia el exterior en un acto u omisión encaminada a un propósito; Pues la razón de ser la Norma Jurídica es ordenar la convivencia social entre los individuos que conforman la sociedad, ya que no sería posible vivir en una sociedad en donde no estuvieran reguladas las conductas de los hombres.

² GARCIA MAYNEZ EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Ed. Porrúa. México 1979. Pág., 4.

Así mismo la Norma Jurídica se estructura de dos elementos:

- El supuesto, presupuesto de hecho, o hipótesis y;
- La consecuencia jurídica que se traduce en sanción.

El supuesto jurídico comúnmente ha sido definido como un hecho que produce un efecto jurídico siendo este la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma, consecuencias a que da origen a la producción del supuesto que puede consistir en la transmisión, modificación o extinción de facultades y obligaciones, de esta forma podemos definir al supuesto jurídico *“como el conjunto de condiciones de cuya realización depende la vigencia de la disposición normativa, esta indica que consecuencias normativas se encuentran determinadas por la realización del supuesto”*³. Podemos resumir que la Norma Jurídica tiene ciertas características que las distingue de las demás tales como la bilateralidad, exterioridad, coercibilidad y heteronimia.

Siguiendo el orden mencionado la Norma Jurídica es **bilateral** en virtud de que impone deberes correlativos de facultades puesto que por una parte establece una facultad y por la otra una obligación, es decir que frente a la persona que se encuentra jurídicamente obligada, existe otra con el derecho correlativo de exigirle el cumplimiento de la obligación por ende es necesario la existencia de dos sujetos para que el derecho de uno exija la obligación del otro.

³ GARCIA MAYNEZ, Op. Cit. p. 172.

Es **exterior** porque la conducta humana que ordenan se traduce en actos exteriores de la voluntad, tanto del punto de vista positivo como del punto de vista negativo siendo manifestación de voluntad hacia el exterior, o sea que la Norma Jurídica regula la conducta externa del hombre.

La Norma Jurídica es **coercible** en cuanto existe la posibilidad de que ésta se nos imponga a la fuerza e incluso en contra de la voluntad del obligado y por lo que respecta a que la norma jurídica sea **heterónoma**, dicha característica se traduce en que existe otra persona que nos la puede aplicar.

La única diferencia existente entre la norma jurídica en general y la norma jurídica penal, es en el segundo elemento como lo es la consecuencia jurídica, por que en la Norma Jurídica en general la consecuencia es una sanción en tanto que en la Norma Jurídica Penal la consecuencia es una pena imponiéndose a través de la autoridad jurisdiccional a fin de castigar una violación ya consumada a la Norma Jurídica Penal respecto de quien previamente a sido declarado culpable; lo que se encuentra establecido en el primer párrafo del artículo 21 de nuestra Carta Magna el cual a la letra dice: "*La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial...*" Por lo tanto queda plasmado en el respectivo artículo mencionado la atribución exclusiva para la autoridad jurisdiccional de juzgar al delincuente imponiendo la pena correspondiente a la conducta delictuosa de quien previamente fue declarado culpable.

Por lo anteriormente expuesto se determina que el Derecho Penal es una rama del derecho por ser un conjunto de normas jurídicas, de esta manea el Maestro Fernando Castellanos Tena también afirma que el Derecho Penal pertenece al Derecho Público, en virtud de que cuando se comete un delito, la relación jurídica material que surge, se establece entre el Estado soberano con su *ius puniendi* que es el derecho a castigar y el presunto delincuente, pues se afirma que este último tiene la obligación de soportar la pena; entendiéndose por *ius puniendi* el derecho que tiene el Estado para aplicar concretamente las sanciones a todo individuo que infrinja una Norma Penal estableciéndose la pena específica a cada caso en particular, esto se debe a que establece una vinculación directa entre el Poder Público y los particulares destinatarios de sus normas jurídica por que exclusivamente el Estado es capaz de crear normas jurídicas que definan delitos e impongan sanciones, en acatamiento al principio liberal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Consecuentemente el Derecho Penal es Interno porque este se aplica dentro del territorio del Estado. Así mismo el Maestro Fernando Castellanos Tena en su definición de Derecho Penal además de decirnos que se trata de una rama del Derecho Público Interno, también afirma que esa rama del Derecho es relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad.

De esta manera el delito desde el punto de vista Dogmático se ha definido como: *La Conducta, Típica, Antijurídica, Imputable, Culpable y Punible*; por pena se entiende: *El castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para*

*conservar el orden jurídico*⁴. La pena ha sido definida de diferentes formas, entre otras el Maestro C. Bernardo de Quirós la define afirmando que la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito; para el Maestro Eugenio Cuello Calón la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal; el Maestro Franz Von Liszt afirma que es como 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. Tomando en consideración todas estas definiciones y partiendo de que si bien es cierto que es el sufrimiento que impone el órgano jurisdiccional a través de una sentencia al transgresor de una disposición penal esa pena puede consistir en la pérdida de ciertos bienes jurídicos del sujeto sancionado o en la restricción de ellos, tales como la libertad, la propiedad y en algunos países la vida, entre otros, cuya finalidad inmediata es la represión y la ejemplaridad para que no se cometan delitos o bien, no se vuelva a delinquir, por lo que respecta a las medidas de seguridad debemos afirmar que estas son sustitutos de las penas, las cuales se aplican ante la imposibilidad de imponer una pena como a los inimputables, como por ejemplo a los enfermos mentales quienes no se les puede imponer una pena sino que se le aplica una medida de seguridad curativa.

Entonces, encontramos que para aplicar una pena o una medida de seguridad a un determinado actuar por parte de un individuo debe de incurrir en un delito, por lo cual procederemos a definir este fenómeno jurídico social desde

⁴ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. p. 18

diferentes puntos de vista de diferentes autores comenzando por su definición etimológica: la palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa, abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley⁵.

En la Escuela Clásica el tratadista FRANCISCO CARRARA define delito como “la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso”. Respecto a esta definición el Maestro Binding afirma que cuando se comete el delito no se viola la ley sino que el sujeto adecua su conducta al tipo y se viola la norma jurídico penal, lo que realmente se viola es la norma y no la ley.

De acuerdo a la Escuela Positivista, pretendieron demostrar que el delito era un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas física y de fenómenos sociológicos por lo que RAFAEL GAROFALO lo define así:” Es la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad”.

Por lo que respecta al Código Penal Federal en su artículo 7 lo define como el “acto u omisión que sancionan las leyes penales”, en tanto que nuestro Código Penal anterior en su artículo 11 lo definía como:”La Conducta, Típicamente,

⁵ IDEM, p. 125

Antijurídica, Imputable, Culpable y Punible”, que por cierto es la definición utilizada en la dogmática penal alemana, en la que mencionan los elementos esenciales del delito.

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

El Derecho Penal se puede apreciar de diversos puntos de vista, así tenemos Derecho Penal en sentido Objetivo y Derecho Penal en sentido Subjetivo; así mismo Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo.

Derecho Penal desde el punto de vista Objetivo, Sustantivo y Material.-

“Es considerado como el conjunto de normas jurídicas que asocia el delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica”⁶. Es relativo a los delitos, es decir es el conjunto de Normas Jurídicas relativas a las penas y a las medidas de seguridad que tienen por fin inmediato la creación y conservación del orden social.

Derecho Penal desde el punto de vista Subjetivo.-

porque es un conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad⁷. Se

⁶ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. 16 ed. Ed. Porrúa. México 2002. p. 18.

⁷ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p. 22.

identifica con el ius puniendi, o sea el derecho de castigar que tiene el Estado y de conminar con las penas.

Derecho Penal Adjetivo.- Es un conjunto de Normas Jurídicas que nos ayudan a aplicar con orden y mayor certeza el Derecho Sustantivo; es el conjunto de Normas Jurídicas de carácter procedimental.

1.3. CONCEPTO DE DELITO.

La definición del delito perteneciente a la dogmática Penal nos afirma que este fenómeno jurídico social, es conducta, típicamente, antijurídica, imputable, culpable y punible.

Esta definición fue creándose a través de los estudios de los tratadistas alemanes creándose así la dogmática penal alemana con fundamento en el derecho positivo.

El Maestro Francisco Gutiérrez Negrete en su cátedra de Teoría del Delito expuesta en la Facultad de Derecho de la Universidad Lasallista Benavente afirmó: la dogmática penal alemana se desarrollo a través de tres sistemas: El Sistema Clásico o Causalista, el Sistema Neoclásico y el Sistema Finalista.

El primero de ellos se le atribuye al Maestro Franz Von Liszt con su Sistema Clásico; el segundo se le atribuye al Maestro Reinhart Von Frank en su Sistema Neoclásico y el tercero de ellos se le atribuye al Maestro Hans Welzen.

Así mismo el Maestro Gutiérrez Negrete manifiesta que en 1881 el Maestro Franz Von Liszt estudiando su Código Penal Alemán y con la finalidad de encontrar los elementos conceptuales del delito descubrió que en la parte especial de su código, lo que ahí se encontraba establecido, eran acciones, 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 o a título de culpa y a esto le llamó culpabilidad. Por lo tanto para el maestro Liszt, el Delito es acción, antijurídica y culpable.

En 1906 el eminente Maestro Ernesto Von Beling, con base en sus estudios de dogmática Penal agrega un elemento más a la definición de Liszt; este nuevo elemento lo es precisamente la tipicidad, creándose así lo que conocemos con el nombre de tipo penal definido por el Maestro Beling como la descripción en abstracto de la acción o conducta penalmente relevante o que se considera delito. Por lo tanto para el Maestro Beling el Delito, es acción típica, antijurídica y culpable; como se puede observar el Maestro Beling, nos habla de una conducta típica, no nos y habla de conducta típicamente, esto en razón de que el gran dogmático consideraba a la tipicidad como un elemento autónomo es decir, sin relación alguna con los juicios de valor de la antijuridicidad y de la culpabilidad, por

esto mismo el tipo penal de Beling resulta ser también un tipo autónomo sin relación con la antijuricidad ni la culpabilidad, siendo pues un tipo autónomo como ya se dijo, avaloradamente neutro, puramente descriptivo y esencialmente objetivo.

Este tipo penal de Beling es autónomo por las razones apuntadas en el párrafo anterior y por que no tiene relación con la antijuricidad y la culpabilidad, siendo por ello avaloradamente neutro; es descriptivo por que el tipo penal define la conducta o acción que se considera delito y es puramente objetivo porque el tipo penal de Beling solamente contenía estos elementos.

En 1915 Ernesto Von Mayer, sigue la misma definición de Delito del Maestro Beling, pero no obstante ello con una particularidad muy especial ya que el tipo penal lo empieza a relacionar con la Antijuricidad como una especie de indicio de la antijuricidad es la etapa indiciaria de la tipicidad, afirmando el Maestro Mayer que la tipicidad y la antijuricidad se comportaban como el fuego y el humo y en donde la antijuricidad es el fuego y la tipicidad es el humo por lo que viendo el humo podemos deducir que hay fuego si la conducta es típica probablemente será antijurídica, naturalmente sujetando todo ello al juicio de valor de la antijuricidad; de esta manera aparece la *ratio cognocendi* del Maestro Mayer en donde se nos afirma que toda conducta típica, puede ser, antijurídica siempre y cuando no exista alguna causa de justificación. Para el Maestro Mayer el Delito sigue siendo acción o conducta típica antijurídica y culpable.

Es menester mencionar que el tipo penal de Mayer difiere del tipo penal de Beling en razón de que Mayer descubre en el tipo penal ciertos visos de subjetividad, o sea, que el tipo penal para Mayer además de contener los elementos objetivos también contiene elementos subjetivos.

Posteriormente el Maestro Edmundo Mezger define el Delito como acción o conducta típicamente, antijurídica y culpable. Como se puede apreciar el Maestro Mezger empieza hablar de una conducta típicamente antijurídica, lo cual quiere decir que la tipicidad está íntimamente relacionada con la antijuridicidad, ya no se trata de un mero indicio, se trata de la *ratio escendi* de la antijuridicidad, la cual se manifiesta diciendo que toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación.

Esta es la evolución de la definición Dogmática del Delito y haciendo una comparación de estas definiciones con la que se manifestó en un principio vemos claramente una diferencia fundamental que es precisamente en relación a la imputabilidad este elemento por cierto subjetivo, no aparece en las definiciones de los grandes dogmáticos alemanes y esto es así en virtud de que se consideraba a la imputabilidad como parte de la culpabilidad, en el Sistema Clásico como un presupuesto de la culpabilidad, en el Sistema Neoclásico y Finalista como un elemento de la culpabilidad, de esta manera entonces recordemos de nueva cuenta la definición dogmática del Delito: Delito es Acción o Conducta, Típicamente, Antijurídica, Imputable, Culpable y Punible.

En esta definición nos encontramos con elementos objetivos que se desarrollan fuera del individuo y elementos subjetivos que se desarrollan en el intelecto del sujeto. De esta manera, son señalados como elementos objetivos del delito, la Conducta, la Típicidad y la Antijuridicidad y como elementos subjetivos a la Imputabilidad y a la Culpabilidad. Por lo que respecta a la Punibilidad existe una gran controversia dogmática acerca de este elemento ya que hay autores que la consideran como la consecuencia del delito; sin embargo, si la tuviésemos que clasificar como elemento del delito y como la pena se desarrolla afuera del intelecto del individuo podemos considerarla, sin pretender entrar a la discusión dogmática, como un elemento objetivo.

Es menester afirmar que los elementos que hemos mencionado en la definición dogmática de este fenómeno jurídico social, constituyen el aspecto positivo del delito y como cada aspecto positivo tiene su propio aspecto negativo debemos de decir que ante la presencia de un aspecto negativo se nulifica el correspondiente aspecto positivo y de esta manera no habrá delito, por faltar un elemento de definición.

De la siguiente manera, haremos mención de estos aspectos del delito:

ASPECTOS POSITIVOS

CONDUCTA

TIPICIDAD

ANTI-JURIDICIDAD

IMPUTABILIDAD

CULPABILIDAD

PUNIBILIDAD

ASPECTOS NEGATIVOS

FALTA DE CONDUCTA

ATIPICIDAD

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

CAPITULO II

TEORIA DEL DELITO.

ELEMENTO OBJETIVOS DEL DELITO

SUMARIO: A) Conducta y su Ausencia.- 2.1. Definición de Conducta.- 2.2. Ausencia de Conducta.- B) Tipicidad y su Ausencia.- 2.3. Definición de Tipicidad.- 2.4. Relaciones de la Tipicidad con la Antijuridicidad.- 2.5. Elementos del Tipo Penal.- 2.6. Diferencia entre Elementos del Tipo penal y Cuerpo del Delito.- 2.7. Clasificación de los Tipos Penales.- 2.8. Atipicidad.- C) La Antijuridicidad y su Ausencia.- 2.9. Definición de Antijuridicidad.- 2.10. Ausencia de Antijuridicidad o Causas de Justificación: a) Legítima Defensa; b) Estado de Necesidad; c) Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho; y d) Consentimiento valido del sujeto pasivo siempre y cuando el bien jurídico tutelado este a su disposición.

A) CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

Hemos dicho que el delito dogmáticamente es una Conducta Típica Antijurídica, Imputable, Culpable y Punible. Como se puede apreciar es indudable que para que exista un delito debe de existir el elemento fundamental objetivo como lo es, precisamente la conducta elemento básico que deberá de gozar de

varias características para que entonces sea punible, entendiendo por características a los demás elementos que componen la definición del delito.

Por lo que se refiere a este elemento llamado Conducta se le han dado varias denominaciones unos los señalan como acción, otros le llaman acto, otros más le han llamado hecho y como se ha mencionado también se le ha llamado Conducta y para los efectos de este estudio le denominaremos Conducta.

2.1. DEFINICIÓN DE CONDUCTA.

Tal y como lo hace el Maestro Fernando Castellanos Tena¹ quien define a la Conducta como: "Un comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito".

Mientras que el Maestro Jiménez de Azua² la define como: "La manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".

Para el Maestro Alemán Franz Von Liszt la Conducta ha sido definida como un movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

¹ IBIDEM.P.146

² LA LEY Y EL DELITO, 11ª ed. Ed. Sudamerica Buenos Aires, 1980, p.210

De la definición anterior podemos afirmar que la Conducta es: *“El movimiento corporal que se traduce en una tracción de los músculos del ser humano, esta tracción debe de ser totalmente voluntaria, es decir que realmente se trata de una manifestación de voluntad expresada hacia el exterior, considerándose a la voluntad como la capacidad de autodeterminación del ser humano que es el único capaz de voluntariedad”*; el movimiento corporal voluntario se debe de traducir entonces en dos puntos de vista que constituyen las clases de conducta como son el punto de vista positivo y el punto de vista negativo de la conducta, es decir que el movimiento corporal voluntario desde el punto de vista positivo, es un hacer, es un llevar a cabo, es una acción; y desde el punto de vista negativo se trata de un no hacer, no llevar a cabo, se trata pues de una abstención; este movimiento corporal voluntario positivo o negativo debe de ser desencadenante del proceso causal, esto es, debe de dar lugar a la relación de causa efecto, en donde la causa es el movimiento corporal voluntario y el efecto consiste en la consecuencia que se traduce en la modificación del mundo exterior, o de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado denominándose a esto como el resultado de la conducta unidos siempre a través del nexo causal, el cual en el artículo 9 primer párrafo de nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato menciona lo siguiente:

Artículo 9.- “Ninguna persona podrá ser sancionada por un delito si la existencia del mismo no es consecuencia de la propia conducta”.

Es necesario hacer hincapié en los puntos de vista positivo o negativo en que se puede desarrollar la conducta; dijimos que la conducta desde el punto de vista positivo se traduce en un hacer, en un llevar a cabo, se traduce entonces en una acción, que a su vez se nos convierte en una comisión cuando se viola una norma prohibitiva; el punto de vista negativo también dijimos que se trataba de un no hacer, de un no llevar a cabo, de una abstención, misma que se nos traduce en omisión cuando se viola una norma dispositiva que ordena o manda llevar a cabo una conducta y esta no se realiza por el sujeto activo. De esta manera entonces tenemos una clasificación de la conducta o mejor dicho una clasificación de los delitos como lo es la de referirse a los delitos por acción o comisión y a los delitos de omisión. La doctrina nos habla de una tercera clase de conducta o de delito, como son los delitos llamados de Comisión por Omisión u Omisión Impropia. En los delitos de Comisión por Omisión en los cuales a través de la violación de una norma dispositiva se viola una norma prohibitiva tal es el caso del ejemplo de los padres que no les dan de comer a los hijos y estos mueren de inanición.

Por lo que respecta a los delitos de Omisión Propia o Simple Omisión sólo se viola la norma dispositiva por que el sujeto activo no realiza lo que se ordena por la misma. En cuanto a la acción del punto de vista positivo de la conducta, que se traduce en Comisión cuando se viola una norma prohibitiva se manifiesta que sus elementos consisten en una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad³. Hemos dicho que la conducta para que sea considerada

³ CASTELLANOS TENA Op. Cit. Supra (5) p. 156

como tal debe de contener un factor rector que es la voluntad y que esta debe de ser manifestada hacia el exterior con movimientos corporales (voluntarios positivos o negativos), pues supuesto que sí no existiese la voluntad no podría haber conducta; el segundo elemento de la acción es el resultado que como ya lo hemos dicho no es otra cosa más que la modificación del mundo exterior o de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esos dos elementos primeros de la acción deben de estar vinculados a través de una relación de causalidad, es decir vinculados a través de un nexo causal que como elemento objetivo del tipo, se demuestra su existencia a través de la teoría de la *condictio sine qua non* o *teoría de la equivalencia de las condiciones*, que según varios autores es la más aceptada y en donde para demostrar el vinculo de causalidad en un hecho delictuoso basta quitar mentalmente la conducta y sí de esta manera mentalmente desaparece el resultado quiere decir que la conducta será considerada como la causa del resultado o efecto.

Respecto del punto de vista negativo de la conducta, que según dijimos se trata de un no hacer, de un no llevar a cabo, de una abstención, antes que nada debemos de decir que la omisión es una forma de conducta también debe de estar regida por la voluntad siendo esta el primer elemento de la omisión; el segundo elemento de esta forma de conducta es la inactividad en la cual la voluntad debe de estar dirigida a no efectuar la acción ordenada, es la no ejecución voluntaria del movimiento corporal que debiera haberse efectuado; en lo relativo a la relación de causalidad en la omisión algunos autores afirman que este elemento debe de

existir en la omisión y otros afirman que no, no obstante el Maestro Fernando Castellanos afirma que en los delitos de omisión también llamados de simple omisión u omisión simple no emerge resultado material por ello no es dable ocuparse de la relación causal y que únicamente existe relación causal en los llamados delitos de Comisión por Omisión.⁴

2.2. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Cada aspecto positivo del delito tiene su aspecto negativo y ante la presencia de su aspecto negativo se elimina el correspondiente elemento y consecuentemente no habrá delito por faltar un elemento de definición. Pues bien, el elemento objetivo conducta tiene su aspecto negativo que se traduce en las causas de Ausencia de Conducta. Nuestro Código Penal anterior establecía como causas de ausencia de conducta a la *Vis Maior o Fuerza Mayor, Vis Absoluta o Fuerza Física Irresistible, Impedimento Físico* y cualquier otra causa que nulifique la voluntad.

De esta forma debemos de decir que la *Vis Maior o Fuerza Mayor*, el sujeto se mueve obligado por las fuerzas de la naturaleza obteniéndose así un resultado típico, un resultado ilícito que constituye una ausencia de conducta como consecuencia de que el sujeto se ha movido pero no por su voluntad sino por una fuerza superior proveniente de la naturaleza.

⁴ IBIDEM, p. 161

En cuanto a la Vis Absoluta o Fuerza Física Irresistible, el sujeto se mueve como consecuencia de una fuerza proveniente, en este caso no de la naturaleza, sino proveniente de otro ser humano en donde tampoco puede haber conducta supuesto que el sujeto se ha movido sin su voluntad.

En relación con el Impedimento Físico, aquí el sujeto no se puede mover para evitar un acontecimiento ilícito como es el caso en que se encuentre maniatado o amarrado, impedido para moverse por un obstáculo insuperable, en donde como consecuencia no habiendo voluntad tampoco habrá conducta.

Y finalmente, nuestra ley anterior se refería a cualquier causa que nulificara la voluntad y dentro de ese aspecto de ausencia de conducta se comprendía al sueño, al sonambulismo, al hipnotismo, a los movimientos reflejos.

Lo anterior nos lleva a reafirmar que para que exista conducta es necesario la existencia de movimientos corporales positivos o negativos, pero todos ellos regidos por la voluntad o capacidad de autodeterminación del hombre, por lo que podemos decir que pueda haber movimientos corporales, pero que sí estos no son voluntarios no podemos hablar de la existencia de la conducta.

Para finalizar, debemos de mencionar que nuestro Código Penal actual vigente para el Estado de Guanajuato en su artículo 33 fracción I nos dice literalmente lo siguiente:

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

Lo cual nos establece como ausencia de conducta a cualquier causa que nulifique la voluntad, o sea que con esta sola disposición se comprende a todas las demás causas y ausencia de conducta que establecía nuestro Código anterior y de esta manera debemos de mencionar la existencia de eximentes de responsabilidad, supralegales, llamadas así porque a pesar de que no estén mencionadas específicamente en la ley dándose cualquiera de ellas en el tiempo y en el espacio, surten sus efectos como eximentes de responsabilidad, o sea que aunque no estén mencionadas en nuestro Código actual la Vis Maior, Vis Absoluta, Impedimento Físico, el sueño, sonambulismo, hipnotismo, movimientos reflejos, si se dan en la realidad, constituyen ausencia de conducta por eso se convierten en eximentes supralegales.

B) TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.3. DEFINICIÓN DE TIPICIDAD.

Se afirmó con anterioridad que para que exista un delito, además de que debe de existir la ley, debe de existir la conducta, con varias características que la van hacer punible y dentro de estas características encontramos a la tipicidad, a la que podemos señalar como el segundo elemento objetivo del delito y como

primera característica de la conducta para que sea punible, constituyendo además un juicio de valor que se realiza sobre la conducta para determinar si es típica o no.

En ese sentido es necesario hacer mención de varios conceptos como lo son la Tipicidad, el Tipo, la Atipicidad, la Ausencia de Tipo y lo que es Típico o Típica.

La tipicidad es un elemento objetivo que agregó el Maestro Beling a la definición de delito del gran Maestro Von Liszt y que además de ser el segundo elemento objetivo del delito y la primera característica de la conducta para ser punible se le ha definido como: *“La adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en el tipo penal”*.

El tipo penal se ha definido por el Maestro Ernesto Von Beling como la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante, o que se considera delito, teniendo en nuestro sistema su base Constitucional en el artículo 14 párrafo tercero que a la letra dice: *“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*.

La ausencia de tipo.- Como su propio nombre lo dice no existe tipo, por lo tanto no hay delito y se presenta cuando el legislador no ha definido la conducta que según el sentir general debería ser incluida en el catálogo de los delitos.

Típico o Típica.- Es el resultado del juicio de valor de la tipicidad, una vez que se ha efectuado el estudio para determinar si la conducta reúne los elementos que el tipo penal exige, de tal manera que si esto es así podemos decir que existe la tipicidad y consecuentemente la conducta será típica.

2.4. RELACIONES DE LA TIPICIDAD CON LA ANTIJURIDICIDAD.

En el año de 1906, el Maestro Beling considera al tipo como una mera descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante siendo por lo tanto descriptivo además el tipo penal de Beling es eminentemente objetivo por que solo contiene elementos objetivos, siendo a demás avaloradamente neutro por no tener ninguna relación con los juicios de valor de la Antijuridicidad ni de la Culpabilidad. Afirmando que el delito es acción, típica, antijurídica y culpable.

Posteriormente el Maestro Ernesto Mayer asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad, es decir si la conducta es típica probablemente sea antijurídica sujetando todo ello al juicio de valor de la antijuridicidad de esta forma aparece la *ratio cognocendi* en donde el Maestro Mayer afirma que toda conducta típica puede ser antijurídica siempre y cuando no

exista alguna causa de justificación. Considerando al delito como acción o conducta, típica, antijurídica y culpable, dicho concepto cambio con el Maestro Edmundo Mezger quien define al delito como acción o conducta, típicamente, antijurídica y culpable esto en razón de que el tipo penal ya no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la *ratio essendi* de la antijuridicidad la cual dice que toda conducta típica es antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación.

Como podemos darnos cuenta con la afirmación del Maestro Mayer en donde nos dice que la conducta típica probablemente sea antijurídica el Maestro Mezger nos afirma que toda conducta típica es antijurídica.

2.5. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

En la integración de los tipos penales pueden aparecer ciertos elementos como son: Elementos Objetivos, Elementos Subjetivos y Elementos Normativos, los cuales son necesarios para que una conducta o hecho pueda ser tipificado como delito siempre y cuando el tipo penal los exija puesto que sin estos elementos se precisa la *Atipicidad* porque la conducta no encuadra en el tipo aunado a ello, no existirá delito por *Atipicidad*.

Ahora bien, los Elementos Objetivos del Tipo están constituidos por:

Conducta.- Es el movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Resultado.- La modificación del mundo exterior o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado (interés social jurídicamente protegido).

Nexo Causal.- Es la relación entre la conducta y el resultado.

Especiales Formas de Ejecución.- Son los medios comisivos, en algunos tipos penales se exige que la conducta se desarrolle a través de un medio especial que el tipo requiere.

Modalidades de Lugar, Tiempo u Ocasión: Algunos tipos penales exigen que la conducta se lleve a cabo en un lugar determinado para poder ser tipificados. Así mismo algunos tipos exigen un periodo de tiempo determinado para desarrollar la conducta. Por último, existen también tipos penales que deben ser cumplidos en el momento en que el sujeto activo aprovecha para llevar a cabo la conducta delictuosa.

Sujetos.- Son los individuos que tienen la voluntad de actuar o abstenerse de un hacer y que se dividen a su vez en: Sujeto Activo y Sujeto

Pasivo. En los dos hay que tomar en consideración la calidad y el número.

Sujeto Activo.- Es la persona que lleva a cabo la conducta delictuosa, es decir quien realiza el movimiento corporal positivo o negativo que modifica el mundo exterior.

Sujeto Pasivo.- Es la persona que materialmente recibe el daño o el hecho del mismo modo tenemos al sujeto Ofendido que en algunos casos tiene relación con el sujeto pasivo o que generalmente coincide con este y es la persona titular del bien jurídico dañado a excepción en el delito de homicidio en donde el sujeto pasivo es el muerto y los ofendidos son los parientes del muerto.

Respecto al número.- Debemos de decir que los tipos penales en su mayoría están redactados en singular, en los cuales un solo sujeto puede agotar estos. Existen además tipos penales que requieren de una pluralidad de sujetos, si esta pluralidad no se cumple en la realización del ilícito será una causa de atipicidad.

Respecto a la calidad.- En los tipos penales hay algunos que requieren necesariamente que el sujeto activo o pasivo ostenten una calidad como por ejemplo; la calidad de ser padre, madre, hijo,

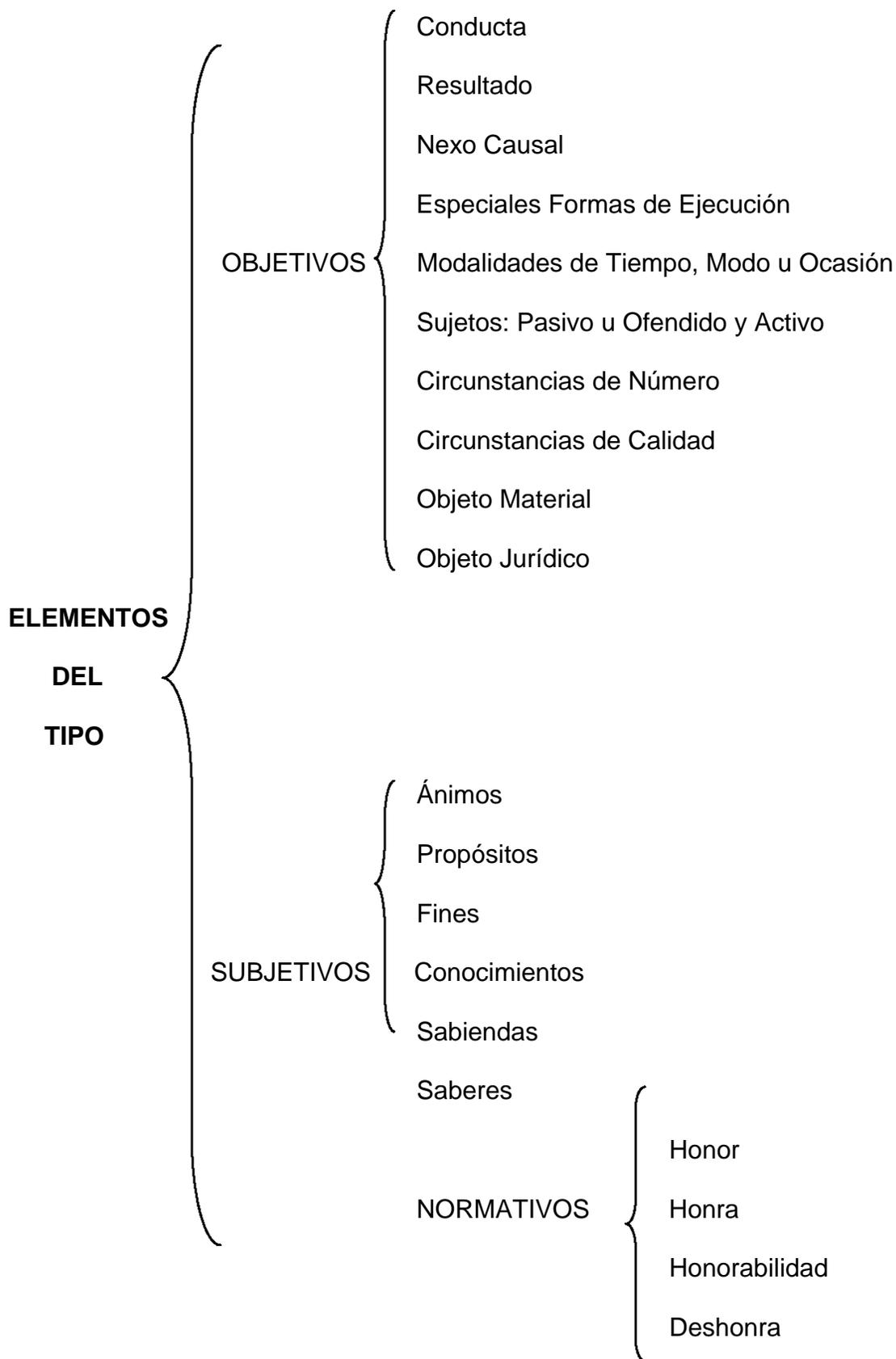
ascendiente, descendiente, los servidores públicos, si no se cumple con esto habrá una atipicidad.

Objeto Material.- Constituye la persona o cosa sobre la cual recae la conducta delictuosa.

Objeto Jurídico.- Es el bien jurídico tutelado entendiéndose por este el interés social jurídicamente protegido.

Los Elementos Subjetivos fueron descubiertos por Mayer en 1915 al percatarse que algunos tipos penales exigían ciertas características referidas a la intelectualidad del sujeto como son entre otros los fines, ánimos, propósitos, sabiendas, conocimientos, saberes, con los que se actúa y dentro de estos tenemos a los Elementos Normativos que son juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del juez pero tomándose en consideración lo que por ello se entiende en la colectividad.

Los Elementos Normativos que la doctrina le atribuye al Maestro Edmundo Mezger pueden ser cuestiones de valor cultural o jurídico tomando en consideración a lo que por ello se entiende en la colectividad como el honor, la honorabilidad, la honradez, la deshonra...



2.6. DIFERENCIA ELEMENTOS DEL TIPO Y CUERPO DEL DELITO.

En 1998, nuestra Carta Magna se reforma desechando los elementos del tipo, para poder hablar del Cuerpo del Delito. A través de los años se han derivado diversas corrientes acerca del Cuerpo del Delito:

- a. Era el instrumento con que se cometía el delito.
- b. Después era el objeto material del delito, esto es, la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa.
- c. Posteriormente eran los elementos objetivos del delito, es decir, la Conducta, la Tipicidad y la Antijuricidad, y;
- d. Por último se consideraba Cuerpo del Delito a los elementos objetivos del tipo, son los que hemos hecho mención en este capítulo.

Sin embargo, en la actualidad nuestro Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, en su artículo 158 segundo párrafo define al cuerpo del delito como: “El conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal”.

Como nos podemos dar cuenta esta definición nos dice que el Cuerpo del Delito son los elementos del tipo penal. Consecuentemente la única diferencia existente ente estos dos conceptos es que los elementos del tipo es un concepto que corresponde al Derecho Sustantivo Penal en tanto que Cuerpo del Delito pertenece al Derecho Adjetivo Penal.

2.7. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

- a. Normales y Anormales
 - b. Fundamentales o Básicos
 - c. Especiales
 - d. Complementados
 - e. Autónomos o Independientes
 - f. De formulación casuística
 - g. De formulación amplia
 - h. De daño y de peligro
- a) Normales y Anormales.- Son tipos normales cuando contienen puros elementos objetivos y anormales además de contener elementos objetivos se requiere una valoración cultural o jurídica, es decir requiere de elementos subjetivos.

- b) Fundamentales o Básicos.- Los tipos básicos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, dan origen a una familia de tipos penales todos protegiendo el mismo bien jurídico tutelado. Pueden ser de dos clases: especiales y complementados que a su vez pueden ser agravados y privilegiados.
- c) Especiales.- Presumen la existencia del básico pero lo excluye.
- d) Complementados.- Estos tipos presumen la existencia del básico pero no lo excluye, se integran con el tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta.
- e) Autónomos o Independientes.- Son tipos que no necesitan de otro tipo penal para subsistir.
- f) De formulación casuística.- Son aquellos tipos penales en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito.
- g) De formulación amplia.- En ellos se describe una sola hipótesis en donde puede caber cualquier forma o medio de ejecución.

- h) De daño y de peligro.- Los tipos penales de daño consisten en proteger los bienes frente a la disminución o destrucción total del bien jurídico tutelado. Por otro lado, será de peligro cuando se tutela bienes contra la posibilidad de ser dañados.

2.8. ATIPICIDAD.

La atipicidad existe cuando la conducta realizada, no encuadra en el tipo penal, por faltar alguno de los elementos que el mismo tipo exija, presentándose esta figura en las siguientes situaciones o causas:

- Ausencia de calidad o número exigidos por la ley en cuanto a los sujetos (activo, pasivo u ofendido).
- Si falta el objeto material o el objeto jurídico.
- Cuando no se dan las modalidades de tiempo, lugar u ocasión, requeridas en el tipo.
- No realizarse el hecho por los medios de ejecución.
- Si falta algún elemento subjetivo del tipo legalmente exigido.
- Por la ausencia de algún elemento normativo del tipo legalmente exigido.

C) LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.

En el siglo XIX era muy frecuente escuchar que el delito era lo contrario a la ley, por ello el Jurista Fco. Carrara lo definía como: “La infracción de la ley del Estado”. Sin embargo, el Jurista Alemán Carlos Binding descubrió que el delito “Es el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal”.⁵ Por eso el citado Maestro decía “La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible”, es decir la norma valoriza y la ley describe.

Nos encontramos entonces que para existir la Antijuridicidad no basta con que la conducta se encuentre tipificada sino que esta debe ser contraria a derecho, esto es que en las normas penales se encuentran protegidos los bienes jurídicos de una sociedad y época determinada.

Con lo que cierta conducta o conductas al afectar ciertos bienes jurídicos se viola la norma penalmente ajustándose a la conducta descrita por ella y creándose la Antijuridicidad por la afectación a ciertos valores protegidos por la norma.

2.9. DEFINICIÓN DE ANTIJURIDICIDAD.

Es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico. Lo antijurídico es un concepto negativo basado en el análisis de contradicción que

⁵ LUIS JIMENEZ DE ASÚA, Op. Cit. Supra (9). p. 269

realiza un sujeto con su actuar violando una norma cultural reconocida por el Estado.

El Maestro Franz Von Liszt⁶ elaboró la teoría dualista de la antijuridicidad la cual dice que el acto será Formalmente Antijurídico cuando implique una transgresión a una norma establecida por el Estado.

Y Materialmente Antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.

2.10. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD O CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Respecto de este elemento objetivo del delito en cita, su aspecto negativo se encuentra formado por las causas de Justificación que son excluyentes de responsabilidad, señaladas específicamente por la ley y estas causas que generan licitud de la conducta típica son las siguientes:

- a. Legítima defensa
- b. Estado de necesidad
- c. Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho
- d. Consentimiento valido del sujeto pasivo siempre y cuando el bien jurídico tutelado este a su disposición.

⁶ CASTELLANOS TENA, Op. Cit. Supra (5). p. 181

a) LEGÍTIMA DEFENSA.

Es uno de los aspectos negativos de la antijuridicidad en donde el Estado otorga al particular el derecho de repeler el peligro inminente que representa tanto a sus bienes como a su persona constituyendo una licitud de esa conducta, en virtud de que el Estado no puede brindar la protección mínima. En esta figura tenemos dos situaciones: primero, que es la amenaza inminente de un bien tutelado por la ley y el segundo, que es el reconocimiento de esa propia norma jurídica de permitir al ofendido su defensa obligado al actuar contra el peligro de la ofensa injusta, esto es, el ataque o agresión a cualquier bien jurídico tutelado, propio o ajeno.

Para Cuello Calón⁷ es legítima defensa, la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraría al Derecho mediante una agresión contra el atacante. Para Jiménez de Asúa⁸ la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla.

⁷ IBIDEM. p. 191

⁸ Op. Cit. Supra (9). p. 289

Por lo tanto Legítima Defensa es la repulsa de una agresión antijurídica actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor sin traspasar la medida que es necesaria para su protección.⁹

El artículo 33 de nuestro Código Penal para el Estado de Gto., nos dice en su fracción V lo que es la legítima defensa:

“Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

- Una agresión injusta y actual
- Un peligro inminente derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados
- La repulsa de dicha agresión

Por *agresión* debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, esto es, la posibilidad de un

⁹ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p.191

daño que tiene que ser de orden real para producir una lesión a los intereses jurídicos protegidos por la ley.

Inminente es en el momento que sea presente o muy próximo a causar daño por lo que inminente significa lo cercano a.

Por último *repeler*, significa evitar o rechazar por cualquier medio una acción de un tercero.

EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El Maestro Soler¹⁰ llamó al exceso en la legítima defensa a la intensificación necesaria de la acción inicialmente justificada, es decir, cuando se traspasa lo necesariamente para repeler una agresión, ya sea porque los daños de la conducta del agresor eran reparables por los medios legales permitidos o porque podían evitarse por estos medios.

No debe existir norma jurídica que obligue al sujeto a soportar las consecuencias jurídicas de una acción determinada. En conclusión, si no hay agresión o una presunta agresión no hay legítima defensa ya que esta protege la posibilidad de que dañen los bienes jurídicamente protegidos.

¹⁰ IBIDEM, p. 198

b) ESTADO DE NECESIDAD.

Generalmente, se admite con Franz Von Liszt, que “el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos”.¹¹

Ha sido reconocido desde hace siglos bajo la formula de *necessitas legem non habet*, el clásico ejemplo del estado de necesidad que impulsa a una persona a lesionar el bien jurídico de otro, es el de los dos náufragos sostenidos en una tabla, la cual sólo podrá sostener el peso de uno, por tanto se genera una lucha entre ambos privando de la vida a uno de ellos a fin de poder sobrevivir el otro.

Surge cuando al existir un peligro actual o inminente para bienes o intereses jurídicamente tutelados y ante la imposibilidad de existencia de ambos bienes el Estado autoriza la salvación de uno de ellos, mediante la realización de un daño en la persona o bienes de otro de menor o igual valor siempre que no exista otro medio más práctico y menos perjudicial y se encuentra establecido en la fracción VI del artículo 33 del Código Penal para el Estado de Guanajuato, el cual a la letra dice:

¹¹ VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª ed. Ed. Porrúa, México, 1990, p. 373

El delito se excluye cuando:

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

a) que el peligro sea actual o inminente;

b) que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y

c) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

- Una situación de peligro, real, actual o inminente. Como lo dice dicha disposición por peligro debemos de entender la posibilidad de que un bien jurídico preponderante reciba la lesión o la posibilidad de que reciba un daño, el peligro debe de ser actual, es decir en un momento presente o bien, que dicho peligro se vea venir.
- Que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente, es decir no debe ser creado dolosamente por ninguno de los participantes, este puede ser surgido por terceras personas ajenas a cuestiones fenomenológicas o que sea creado culposamente.
- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno)

- y por último, que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para eliminar el peligro.

El Maestro José Manuel Gallegos Gonzáles en su cátedra de Teoría del Delito expuesta en la Facultad de Derecho de la Universidad Lasallista Benavente afirmó: Esta causa de justificación tiene su base en la teoría llamada Interés Preponderante la cual dice que cuando ante el peligro existente entre dos bienes jurídicamente tutelados y ante la imposibilidad de que se puedan salvar ambos bienes, el Estado autoriza a dañar el bien de menor valía para que se salve el de mayor valía o interés preponderante, siempre y cuando no exista algún otro medio menos perjudicial para salvarse ese valor.

DIFERENCIAS ENTRE LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD.

En el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente y en la legítima defensa se afectan bienes jurídicos de un injusto agresor.

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

En la legítima defensa existe un ataque o repulsa, se habla de la defensa de uno de ellos donde debe de eliminar el peligro que pone el uno al otro, en tanto que el estado de necesidad surge por cuestiones fenomenológicas y por terceros o por los participantes en forma culposa.

En el estado de necesidad ninguno de los sujetos crea el peligro, mientras que en la legítima defensa uno de ellos crea el peligro.

c) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

Se encuentra contemplado como una causa de justificación atendiendo a que esta especie, el estado emite reglas específicas de participación de algunas personas en contiendas o acciones que producen un enfrentamiento entre dos o varias personas justificándose en forma jurídicamente formal de que existe un Interés Preponderante de la sociedad para autorizar: Las lesiones o el homicidio que pueda derivar de un evento deportivo como el boxeo por ejemplo, así mismo las lesiones y el homicidio como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos. Ya no es excluyente de las lesiones que surjan de un derecho de los padres o de quien ejerce la tutela para corregir a los hijos o quien este bajo esa tutela, por el contrario el causar lesiones a los menores o pupilos bajo la guarda de

quien tenga la patria potestad o la tutela, además de las penas correspondiente por lesiones se le suspenderá y privará del ejercicio de estos derechos.

Del mismo modo encontramos dicha causa de justificación en nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato en el multicitado numeral que a la letra dice lo siguiente.

Artículo 33.- El delito se excluye cuando.

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

Formalmente se dice que es una causa de justificación mientras que Materialmente no esta justificada porque hay hechos, daños y lesiones. El Estado justifica por el Interés Preponderante Social, porque se pretende controlar los delitos en la sociedad. Se autoriza a producir lesiones de orden leve, es decir que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar más de 15 días pero que no traigan ninguna secuela en la víctima y levísimo, esto es que no se ponga en peligro la vida y tarden en sanar menos de 15 días.

En el evento deportivo el Estado les da un derecho siempre y cuando este se encuentre regulado por el, pero cuando por ejemplo; dos personas deciden hacer una pelea clandestina en donde se hacen apuestas, ya no se encuentra

regulado por el Estado y es sancionado pues aquí si se sancionara el homicidio o las lesiones si llegan a darse.

Por otra parte también se establece como una de las causas de Interés Preponderante en donde la persona que produce un daño a otros bienes debe hacerlo fundamentado en un deber u obligación que puede ser la obligación derivada de su función o trabajo en donde tiene el deber de enfrentarse al peligro y también cuando una persona interviene en una obligación de solidaridad siempre y cuando tenga la posibilidad humana y este dentro de sus alcances razonables para enfrentarse al peligro y eliminarlo, aquí debe de analizarse que quien enfrenta el peligro debe utilizar el medio más practicable y menos perjudicial. Como es el caso del policía en el robo de un banco, en donde el ratero utiliza la violencia y el policía en ejercicio de sus funciones se enfrenta al peligro de desarmar al ratero utilizando para ello un medio razonable sin excederse ya que por el contrario cometería un delito.

En cuanto a las lesiones consecutivas de tratamientos médico quirúrgicos, González de la Vega afirma: que la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor. La justificación formal deriva de la autorización oficial, la material de la preponderancia de intereses.¹²

¹² CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra(5), p. 215

d) CONSENTIMIENTO VALIDO DEL SUJETO PASIVO SIEMPRE Y CUANDO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO ESTE A SU DISPOSICIÓN.

Y por último esta causa de justificación se encuentra establecida en el Artículo 33, fracción IV del Código Penal para el Estado de Guanajuato el cual señala que el delito se excluye cuando: Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

Es decir, que el bien jurídico se encuentre disponible y sea lícito, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica par disponer libre mente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

CAPITULO III

TEORIA DEL DELITO.

ELEMENTO SUBJETIVOS DEL DELITO

SUMARIO: A) La Imputabilidad y su Ausencia.- 3.1. Definición de Imputabilidad.- 3.2. La Responsabilidad.- 3.3. Inimputabilidad.- 3.4. Causas de Inimputabilidad. B) La Culpabilidad y su Ausencia.- 3.5. Definición de Culpabilidad.- 3.6. Naturaleza Jurídica de la Culpabilidad.- 3.6.1. Teoría psicológica de la Culpabilidad, del Sistema Clásico (Franz Von Liszt-1881).- 3.6.2. Teoría Normativa de la Culpabilidad, del Sistema Neoclásico (Reinhart Von Frank-1907).- 3.7. Estructura de la Culpabilidad del Sistema Clásico.- 3.7.1. Estructura de la Culpabilidad del Sistema Neoclásico.- 3.8. Formas de Culpabilidad.- 3.8.1. Dolo.- 3.8.1.1. Elementos del Dolo.- 3.8.1.2. Clases de Dolo.- 3.8.1.3. Dolo en el Código Penal para el Estado de Guanajuato.- 3.8.2. Culpa.- 3.8.2.1. Elementos de la Culpa.- 3.8.2.2. Clases de Culpa.- 3.8.2.3. Culpa en el Código Penal para el Estado de Guanajuato.- 3.9. Inculpabilidad.- 3.9.1. Causas de Inculpabilidad.- 3.9.2. Inculpabilidad en el Código Penal anterior del Estado de Guanajuato.- 3.9.3. La Inculpabilidad en el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato.- 3.9.4. El error de hecho esencial y la coacción en el Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato.

A) LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.1. DEFINICIÓN DE IMPUTABILIDAD.

Para que el sujeto conozca la ilicitud de su actuar y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce.

La imputabilidad, para el Maestro Max Ernesto Mayer, es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Para Franz Von Liszt, es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción.

Por lo tanto, respecto de este cuarto elemento subjetivo del delito lo podemos definir como: La posibilidad de ejercer las facultades de conocimiento y voluntad, aptitud intelectual y volitiva, capacidad de querer y entender de un sujeto tendiente a conocer la ilicitud de su actuar, determinándose en función de aquello que conoce. Es pues la capacidad del sujeto ante el Derecho Penal.

De esta manera, un sujeto es imputable cuando tiene capacidad intelectual y volitiva, conocimiento y voluntad, cuando tiene aptitud de querer y entender, tendiente a conocer la ilicitud de su acto y querer realizarlo. Y tiene dos elementos que son el elemento físico y el psíquico. Por tanto, el sujeto primero tiene que ser

imputable para luego ser culpable; así no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Pues, son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, en el momento de la conducta a realizarse de acuerdo a lo exigido por la ley.

Los Elementos de la Imputabilidad son:

- **Elemento intelectual:** Es el saber, entender y conocer la licitud del hecho.
- **Elemento Volitivo:** Es el querer la ilicitud del hecho o la conducta realizada.

3.2. LA RESPONSABILIDAD.

En antaño, generalmente, la responsabilidad penal se fincaba sobre el resultado dañoso, era una responsabilidad objetiva tal y como lo dice Cuello Calón, el tránsito para fundar la responsabilidad en la causalidad psíquica “debiese principalmente al influjo del cristianismo y al resurgimiento del Derecho romano cuyas influencias convergentes abrieron en el campo de la penalidad un

nuevo periodo, el de la responsabilidad moral”, constituyéndose como punto central del Derecho Penal el libre albedrío.¹

Consiguientemente, es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto imputable de responder ante la sociedad por el acto realizado. Muchas de las veces este vocablo se le ha confundido con la culpabilidad o equiparársele a la imputabilidad. La responsabilidad, es el resultado de la relación existente entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a una pena señalada en la ley en consecuencia de su actuar.

3.3. INIMPUTABILIDAD.

La Inimputabilidad, constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Y es cuando el sujeto que en el momento de la ejecución del hecho por causas de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, porque tiene un desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, además de las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión.

¹ REYNOSO DÁVILA ROBERTO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 175

Las causas de inimputabilidad son, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mental, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

3.4. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

- a) Perturbación grave de la conciencia con base patológica
- b) Perturbación grave de la conciencia sin base patológica
- c) Desarrollo mental retardado o incompleto
- d) Minoría de edad.

Como lo dice el multicitado artículo 33 en su fracción VII, en relación con los artículos 35, 36 y 37 del Código Penal para el Estado de Guanajuato.

Perturbación grave de la conciencia con base patológica.- La perturbación de la conciencia significa la perturbación de las relaciones normales existentes entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo externo. Aquí se encuentran comprendidas todas las enfermedades mentales con excepción de la personalidad antisocial.

Perturbación grave de la conciencia sin base patológica.- Son casos de perturbación de la conciencia de tipo emocional, reacciones transitorias como consecuencia de emociones intensas o estados febriles agudos.

Existen situaciones en las cuales el sujeto antes de la ejecución del hecho, voluntaria o culposamente se coloca en una situación de inimputabilidad y en esas condiciones se produce el delito, a estas acciones se les llama *liberae in causa*, que significa acciones libres en su causa pero determinables en su efecto, esto es como llegó el individuo a ese estado de Inimputabilidad, que sin carecer de tal capacidad, actuó voluntaria o culposamente para colocarse en esa situación de inimputabilidad.

Las acciones *liberae in causa*, corresponden a aparentes casos de excepción a la regla de la imputabilidad respecto del momento preciso de producción del resultado típico.

El Jurista Sergio Vela Treviño² nos dice que las acciones libres en su causa, pueden entenderse como las conductas productoras de un resultado típico en un momento de inimputabilidad del sujeto actuante, pero puesta la causa en pleno estado de imputabilidad.

Elementos del concepto de las acciones libres en su causa:

- Una conducta
- Un resultado típico

² TEORIA DEL DELITO. 2ª-ed. Ed. Trillas México, 1990. p.36

- Nexo causal entre la conducta y el resultado típico
- Dos diferentes momentos: el de la puesta de la causa y el de la producción del resultado.

Conducta. En las acciones libres en su causa, como en todas las formas en que pueden manifestarse los delitos, lo primero que tiene que considerarse es la existencia o inexistencia de una conducta. En estos casos, la conducta aparece en cuanto que el sujeto tiene la facultad de elección para actuar en una u otra forma y opta por hacerlo en una forma determinada, que consiste en la realización de actos (acciones u omisiones) que corresponden a manifestaciones libres de una voluntad consciente; en esta libertad de actuar, el sujeto, que es absolutamente imputable, despliega una conducta que lo llevará, en un momento posterior, a un estado de inimputabilidad, entendiendo esto como imposibilidad de conocimiento de lo antijurídico en un momento preciso.

Resultado típico. En diferentes ocasiones hemos dicho que en todo delito es necesaria la existencia de un resultado típico ya que la falta de él significa desinterés de parte del Derecho Penal, al no aparecer afectación a un bien jurídicamente protegido. Por ello, el segundo de los elementos que integra el concepto de las acciones libres en su causa, es que haya un resultado y que éste sea típico; desde luego debe entenderse el concepto del resultado en su más amplia acepción, abarcando tanto la lesión o daño a un bien protegido por la norma penal, como la simple puesta en peligro o desprotección para ese bien.

La calidad de típico que corresponde al resultado proviene, como es natural, de la previa existencia de un tipo penal que considere ese resultado como constitutivo de lesión o desprotección al bien que se pretende proteger normativamente.

Nexo causal. El tercero de los elementos que integran el concepto de las acciones libres en su causa, es la necesaria relación de causalidad que debe existir entre la conducta y el resultado típico.

Dos diferentes momentos. El cuarto elemento que integra el concepto de las acciones libres en su causa es de orden temporal; se trata de acontecimientos que ocurren en el mundo exterior en diferentes momentos. Tal como ha quedado expresado el concepto, el elemento temporal es doble: uno que corresponde al momento de la puesta de la causa y el de la producción del resultado típico.

Respecto del primero podemos decir que es el momento en que el sujeto realiza la conducta (acción u omisión), siendo plenamente imputable en las formas genérica y específica que antes se han analizado.

En cierto momento un individuo que tiene la capacidad para conocer lo antijurídico de su conducta y que también está capacitado para comportarse de acuerdo con ese sentido, realiza una conducta que, correspondiendo a la libre manifestación de su voluntad consciente, provoca en él un posterior estado por el

que temporalmente queda convertido en sujeto carente de los requisitos normales para ser considerado como imputable.

A causa de esa conducta realizada en momentos de plena imputabilidad, se produce el posterior efecto que convierte al sujeto en un inimputable. Es necesario, en estos casos de las acciones libres en su causa, que la inimputabilidad posterior que sea el efecto producido por una causa en un momento de plena imputabilidad.

Utilizando el ejemplo clásico de la ebriedad preordenada, el momento al que venimos refiriéndonos sería cuando el sujeto empieza a consumir bebidas embriagantes; es de suponerse que, en estas hipótesis, hay un lapso durante el cual el sujeto no se encuentra afectado por el alcohol, o sea que tiene la capacidad suficiente para valorar su conducta y, en este estado sano y consciente, inicia la ingestión de aquellas bebidas que alcanzarán a intoxicar su organismo hasta embriagarlo. La relación de causa-efecto es fácilmente perceptible: de la ingestión de las bebidas embriagantes resulta posteriormente la ebriedad.

Desarrollo mental retardado o incompleto.- Se refiere a casos de retraso mental como el síndrome de Down, o cualquier otra circunstancia que por su naturaleza pueda impedir la plena vinculación del sujeto con el mundo exterior.

Menores de 16 años.- Por disposición expresa de la ley en Guanajuato, los menores de 16 años son inimputables debido a que no tienen la capacidad de querer, entender y comprender el carácter ilícito del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión. Por lo que cuando un menor infringe la ley, queda inmerso en un tratamiento tutelar administrativo, como lo establece la Constitución en su artículo 18, cuarto párrafo, el cual al tenor literal dice: “La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

B) LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.5. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD.

Para Sergio Vela Treviño³ define a la culpabilidad como el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Jiménez de Asúa ha definido a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Asimismo Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁴

³ IBIDEM, p. 201

⁴ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p. 233

La culpabilidad es la vinculación psíquica entre una conducta con el hecho, así como también la vinculación de la conducta con un orden jurídico, y estas vinculaciones son a través del dolo, la culpa y la preterintencionalidad. Téngase presente que la culpabilidad se refiere al sujeto determinado, autor de una conducta típica y antijurídica y al contenido psíquico de esa propia conducta.

Por tanto, si una conducta fuese delito debe ser típica, si es típica es antijurídica, si es antijurídica, es imputable y si es imputable es culpable.

3.6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

La culpabilidad es explicada en el Sistema Clásico como la Teoría Psicológica y en el Sistema Neoclásico con la Teoría Normativista.

3.6.1. TEORIA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD, DEL SISTEMA CLÁSICO (FRANZ VON LISZT-1881):

Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. La culpabilidad consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o emocional y otro

intelectual. El elemento volitivo contienen tanto a la conducta como el resultado; el elemento intelectual es el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

En conclusión podemos decir que es la relación psicológica entre el sujeto y su resultado.

3.6.2. TEORIA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD, DEL SISTEMA NEOCLÁSICO (REINHART VON FRANK-1907):

Para esta doctrina, el 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 consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. 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.

Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por un lado, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por el otro, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el deber ser jurídico.

Para Reinhart Maurach, la culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido a favor del injusto, aun cuando podía decidirse a favor del Derecho.⁵

Tanto psicologistas como normativistas, coinciden en que en el delito no sólo el acto (objetivamente considerado) ha de ser contrario a derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan, sino que es menester la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentre también en pugna con el orden jurídico.

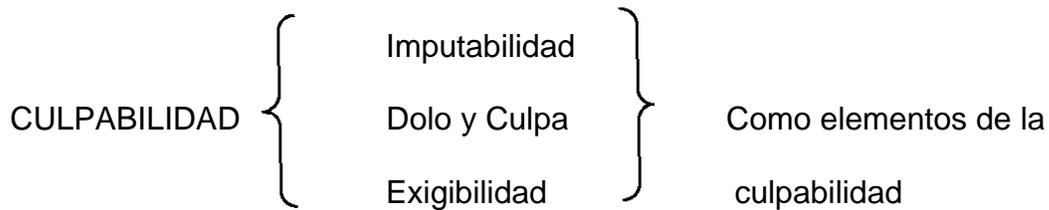
3.7. ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD DEL SISTEMA CLÁSICO:

CULPABILIDAD { Imputabilidad: como presupuesto de la culpabilidad.
Dolo y Culpa: como especies de Culpabilidad.

⁵ IBIDEM. P. 236

3.7.1. ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD DEL SISTEMA

NEOCLÁSICO:



3.8. FORMAS DE CULPABILIDAD.

Las formas de culpabilidad constituyen las especies de este elemento subjetivo por excelencia entendiéndose como tales:

- a) DOLO
- b) CULPA

3.8.1. DOLO.

Es la intención o voluntad consiente dirigida a la realización de la conducta que es delictuosa o simplemente en la intención de ejecutar un hecho tipificado en la ley como delito. El agente conociendo la significación de su

conducta, procede a realizarla. Para 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. En resumen, el dolo consiste pues en el actuar, conciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

3.8.1.1. ELEMENTOS DEL DOLO.

- a) Elemento ético o intelectual: Esta constituido por la conciencia de que se quebranta el deber.
- b) Elemento volitivo o emocional: Consiste en la voluntad de realizar el acto.

3.8.1.2. CLASES DE DOLO.

- a. Dolo Directo
- b. Dolo Indirecto
- c. Dolo Eventual
- d. Dolo Indeterminado

Dolo Directo.- Es aquel en el que la voluntad o intención del agente va dirigida a la realización de la conducta y a la obtención del resultado.

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 previéndolo ejecuta el hecho.

Dolo Eventual.- Se presenta cuando el sujeto se propone un resultado determinado, previendo la posibilidad de otros resultados y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Se caracteriza por la incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente.

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

3.8.1.3. DOLO EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato señala en su artículo 13: ***“Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible”.***

Desprendiéndose de la transcripción anterior que nuestro Código Penal sólo contempla el Dolo Directo y el Dolo Eventual.

3.8.2. CULPA.

Existe culpa cuando se obra sin los cuidados necesarios que la norma exige para vivir dentro de la colectividad. Cuello Calón señala que existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

3.8.2.1. ELEMENTOS DE LA CULPA.

- a) La conducta humana: Por ser necesaria para existencia del delito, es decir, un actuar voluntario positivo o negativo.

- b) La realización de la conducta voluntaria sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado.

- c) Los resultados del acto deberán de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente.

- d) Una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

3.8.2.2. CLASES DE CULPA.

- a) Culpa Consciente o con previsión.
- b) Culpa inconsciente o sin previsión.

Culpa consciente o con previsión.- Existe cuando el sujeto ha previsto el resultado típico como posible, el cual no quiere, y abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad de un resultado.

Culpa inconsciente o sin previsión.- Existe cuando no se prevé un resultado previsible, es decir, penalmente tipificado. Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible.

3.8.2.3. CULPA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato señala en su artículo 14: ***“Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó 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”.***

Desprendiéndose de la transcripción anterior que se dan las dos formas de manifestación de la culpa, es decir, la imprudencia y la negligencia; la imprudencia o exceso de actividad supone una actividad positiva, se refiere al obrar irreflexivo sin precaución ni cautela; la negligencia o defecto de actividad, equivale al descuido y se refiere a la omisión de la atención y diligencias debidas por el cumplimiento de un deber, ambas formas, la imprudencia y la negligencia, presentan el carácter común de previsión debida.

3.9. INCULPABILIDAD.

Se ha dicho que los elementos de la culpabilidad son pues, el intelectual y el volitivo, es decir el conocer y la voluntad, cuando falta cualquiera de estos dos

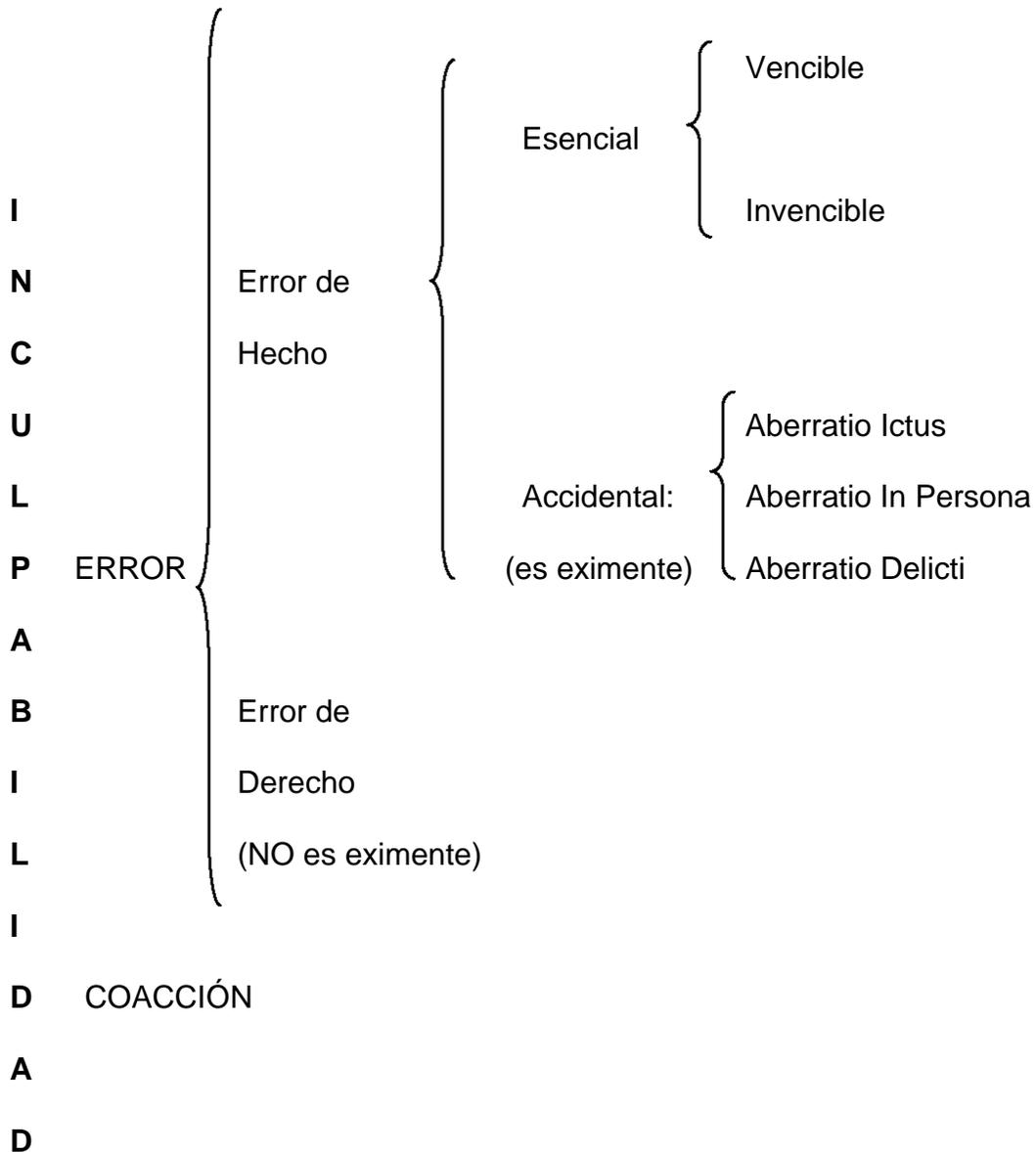
elementos estamos en presencia de la Inculpabilidad que es el aspecto negativo de la culpabilidad, es decir, es la ausencia de culpabilidad.

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 todos los elementos que lo integran. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone una valoración de antijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

3.9.1. CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

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 dos elementos: el intelectual y el volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Como causas de inculpabilidad tenemos el error de hecho y la coacción.

3.9.2. INCULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ANTERIOR DEL ESTADO DE GUANAJUATO.



a) EL ERROR.

El error es un falso conocimiento de la realidad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente. El error afecta al elemento intelectual conocimiento, de la culpabilidad, es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognocente y el objeto conocido, tal como éste es en la realidad. Por tanto, el error es causa de inculpabilidad si produce un desconocimiento o conocimiento equivocado de la antijuridicidad de la conducta.

Error de hecho esencial.- Se presenta por una falsa apreciación de la realidad, el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, hay desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta, por lo que constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

Error de hecho esencial vencible.- Es aquel error que se puede rectificar. En este se excluye el dolo, pero queda subsistente la culpa careciendo por ello de la naturaleza inculpante.

Error de hecho esencial invencible.- Se presenta cuando el sujeto no tiene posibilidad de saber de ninguna manera que su conducta es antijurídica. Tiene efectos de eximente total pues elimina el dolo y la culpa.

Error de hecho accidental.- Esta clase de error no es causa de inculpabilidad, pues no versa sobre elementos esenciales del hecho sino secundarios. Este error de hecho accidental, puede ser de tres clases: *Aberratio Ictus*, *Aberratio In Persona* y *Aberratio Delicti*, tal y como quedó expresado en el cuadro anteriormente mencionado.

***Aberratio Ictus*.-** Error en el golpe, el sujeto obtiene un resultado que no es el querido, pero se da uno equivalente.

***Aberratio In Persona*.-** Error en la persona, el error versa sobre la persona objeto del delito, es decir, se confunde a la persona.

***Aberratio Delicti*.-** Error en el delito, se ocasiona un suceso diferente al deseado, es decir, el sujeto cree estar cometiendo un delito, cuando en realidad esta cometiendo otro.

Error de derecho.- Versa en que el sujeto es ignorante o desconoce lo que dicta la norma penal y la obligación que tiene de acatarla, por lo que esta clase de error no produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. Pues la ignorancia de la ley a nadie beneficia, tal y como se manifestaba tanto en el sistema Clásico como en el Sistema Neoclásico es decir, en nuestro código anterior.

b) LA COACCIÓN.

Es la fuerza física o moral que opera sobre la voluntad anulando la libertad de obrar del sujeto, su voluntad esta constreñida por el uso de la fuerza; afectando al elemento volitivo, no hay ausencia de voluntad, sino que en la coacción la voluntad esta forzada, esta constreñida, al individuo se le obliga a hacer lo que no quiere hacer a través de la fuerza física o moral.

3.9.3. LA INCULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El presente ordenamiento citado trata dos clases de error: error de tipo y el error de prohibición o ignorancia de la ley.

El código penal para el Estado de Guanajuato, en el artículo 33, fracción VIII, señala:

Artículo 33: El delito se excluye cuando:

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

a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

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.

El inciso a) es considerado el error de tipo, se da cuando versa sobre elementos típicos de la figura o de la justificante y el inciso b) es el señalado como error de prohibición o ignorancia de la ley que ahora si surte efectos de eximente por inculpabilidad.

Artículo 15: Para el caso del error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 33, si éste es vencible, se impondrá la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

Artículo 16: En el supuesto previsto en el inciso b) de la fracción VIII del artículo 33, si el error es vencible, se aplicará una punibilidad de hasta una tercera parte de la señalada al delito de que se trate.

3.9.4. EL ERROR DE HECHO ESENCIAL Y LA COACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El error de hecho esencial y la coacción se encuentran en la fracción IX del artículo 33 de Nuestro código penal para el estado de Guanajuato, en donde señala a la coacción y al error de hecho esencial como exclusión del delito, por la

inexigibilidad de la norma, en virtud de que el sujeto de acuerdo a las circunstancias en que se encontraba no podía obrar de manera diferente, constituyéndose el error de hecho esencial y la coacción como generadoras de inculpabilidad, no porque se afecte el dolo y la culpa, sino por afectarse el elemento exigibilidad, entrando a formar parte de las eximentes supralegales, mismas que aunque no estén mencionadas en la ley al darse en el tiempo y en el espacio surten sus efectos de eximente o de exclusión del delito.

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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 realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho.

CAPITULO IV

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

SUMARIO: 4.1. Definición de Punibilidad.- 4.2 problema de la punibilidad como elemento del delito.- 4.3. Concepto de pena y teorías sobre la pena.- 4.4. Diferencia entre Punción y Punibilidad.- 4.5. Clasificación de las Penas.- 4.6. Ausencia de Punibilidad.

4.1. DEFINICIÓN DE PUNIBILIDAD.

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 para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito, 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 ius puniendi).

Para Castellanos Tena la punibilidad, es la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes, mientras que para Francisco Pavón Vasconcelos la punibilidad, es la amenaza de pena que el Estado asocia a

la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Para Celestino Porte Petit Candaudap dice: “La Penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo”.

Por otra parte, el Maestro Jiménez de Asúa precisa que lo característico del delito es ser punible y por ende el carácter específico del crimen, pues solo es delito el hecho humano que el describirse en la ley recibe una pena, cuando en su criterio Sebastián Soler excluye a la punibilidad de los rasgos esenciales del delito.

En resumen, la punibilidad es: merecimiento de penas, es la conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales y aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley, es el señalamiento de una pena que va entre el mínimo y el máximo.¹

Por lo tanto, punibilidad es el merecimiento de una pena por haber actualizado un delito, es el derecho subjetivo del estado para castigar a todos aquellos que realizan una conducta considerada como delictuosa.

¹ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5), p.275

4.2. PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Aunque se sigue discutiendo si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Dice Porte Petit: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter de delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7 del Código Penal que define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal *nulla poena sine lege*, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del total ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica, y culpable y, por tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales, en cuanto no es punible, no encaja en la definición de delito contenida en el artículo 7 del citado ordenamiento legal.

Como opiniones en contrario, pueden citarse entre otras, las de Raúl Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos. El primero, al hablar de las excusas absolutorias afirma, que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito; si falta (las excusas absolutorias forman el factor

negativo) el delito permanece inalterable. Para el segundo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito: es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto, acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito.²

4.3. CONCEPTO DE PENA Y TEORÍAS SOBRE LA PENA.

Muchas han sido las definiciones acerca de la pena, de la cual mencionaremos algunas.

Para C. Bernardo Quirós, la pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito.

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

El Maestro Franz Von Liszt, dice 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.

² IBIDEM. P. 276

Por lo tanto, la pena en sentido estricto es, la imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido.

Existen numerosas doctrinas para justificar a la pena, las que pueden reducirse a tres teorías las cuales son: las teorías absolutas, relativas y las mixtas.

Las teorías absolutas determinan la relación existente entre el hecho cometido y la pena con arreglo a un fundamento dado 'a priori', el cual existe independientemente de los fines de la pena, las teorías relativas, en cambio consideran la pena en sentido "relativo" en sus relaciones con fines determinados, por ella perseguidos, de los cuales deduce su legitimidad. Se acostumbra caracterizar este contraste, contraponiendo al principio '*punitur, quia peccatum est*' (se castiga, a causa del hecho cometido), el principio '*punitur, ne peccetur*' (se castiga a fin de evitar hechos punibles futuros). Las teorías sincréticas o mixtas y las teorías distributivas ofrecen una combinación de las distintas concepciones.

La teoría más antigua del derecho penal es la del sofista PROTÁGORAS. Es una teoría relativa y se dirige contra la de la retribución y el criterio del talión que dominaban en las épocas anteriores. "condena la retribución en el sentido de una venganza insensata y reclama un castigo razonable con fines de intimidación, corrección e inocuización".

En PLATÓN, la pena aparece como purificación del alma manchada por el delito, en forma “absoluta”.

A. Teorías Absolutas:

Para estas acepciones, la pena carece de una finalidad práctica; se aplica por exigencia de la justicia absoluta; si el bien merece el bien, el mal merece el mal. La pena es entonces la justa consecuencia del delito cometido y el delincuente la debe sufrir, ya sea a título de reparación o de retribución por el hecho ejecutado; de ahí que estas orientaciones absolutas a su vez, se clasifiquen en reparatorias y retribucionistas.

B. Teorías Relativas:

A diferencia de las doctrinas absolutas que consideran la pena como fin, las relativas la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad. Esto es, asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento.

C. Teorías Mixtas:

Estas teorías, dice Eusebio Gómez, intentan la conciliación de la justicia absoluta, con una finalidad. De todas las teorías mixtas, la más difundida es la de

Rossi, quien toma como base el orden moral, eterno e inmutable, preexistente a todas las cosas; junto a él, existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estos dos órdenes, una justicia absoluta y relativa. Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena, considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecho con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad. Eugenio Cuello Calón se adhiere a estas teorías al afirmar que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de utilidad social y principalmente la prevención del delito.³

4.4. DIFERENCIA ENTRE PUNICIÓN Y PUNIBILIDAD.

La Punición, es el castigo específico a cada persona determinada o en particular, que es considerada culpable de un delito, mientras que la Punibilidad, es el merecimiento de una pena por haber actualizado un delito.

³ IBIDEM. p.318

4.5. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

El artículo 38 del Código Penal para el estado de Guanajuato señala un catálogo de las penas que podrán imponerse haciendo mención a las siguientes:

- I. Prisión.***
- II. Semilibertad.***
- III. Trabajo a favor de la comunidad.***
- IV. Sanción pecuniaria.***
- V. Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas.***
- VI. Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño.***
- VII. Prohibición de ir a una determinada circunscripción territorial o de residir en ella.***
- VIII. Las demás que prevengan las leyes.***

4.6. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

Es el aspecto negativo de la punibilidad y lo constituyen las excusas absolutorias, en presencia de estas no es posible la aplicación de la pena; 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, imputabilidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Esto significa, que aun cuando se acredite que una persona realice una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable no se le impondrá sanción alguna atendiendo a intereses sociales, familiares o de política criminal, en donde resultaría con mayor perjuicio imponer una pena para salvar valores sociales más importantes.

Las excusas absolutorias están diseminadas por todo el Código Sustantivo vigente para el estado de Guanajuato. A manera de ejemplo se mencionaran algunas como son:

Artículo 155.- Homicidio y lesiones culposos, cuando se trate entre parientes a excepción de que su actuar sea bajo el influjo de bebidas alcohólicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Artículo 163.- Aborto, cuando el embarazo sea producto de una violación.

Artículo 196.- Robo, cuando la cuantía de lo robado no exceda de 20 días el salario mínimo.

Artículo 231.- Violación de correspondencia, cuando se trate de personas que ejerzan la patria potestad o la tutela.

Entre otros.

CAPITULO V

EL ITER CRIMINIS Y LAS FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

SUMARIO: A) Etapas del Desarrollo de la Acción Delictiva.- 5.1. Fases del Iter Criminis.- B) Formas de Aparición del Delito.- 5.2. Formas Comunes o Normales de Aparición del Delito.- 5.3. Formas Especiales de Aparición del Delito.- 5.3.1. Participación Criminal en Sentido Amplio.- 5.3.1.1. Grados de Participación Criminal.- 5.3.2. Concurso de Delitos.- 5.3.3. La Tentativa.

A) ETAPAS DEL DESARROLLO DE LA ACCIÓN DELICTIVA.

Este tema resulta necesario para ir entrando al planteamiento que nos va a llevar al problema principal y a su desarrollo. A las etapas del desarrollo de la acción delictiva también se le llama los grados del desarrollo o realización de la acción delictiva llamado también Iter Criminis.

El Iter Criminis tiene dos fases, la primera que es la Interna o Subjetiva y la segunda que es la Externa.

5.1. FASES DEL ITER CRIMINIS.

El delito se encuentra en su fase interna, cuando aun no se ha exteriorizado, o que no ha salido el delito de la mente del autor; por consiguiente en tal estrado se coloca, la ideación, la deliberación y la resolución.

La IDEACIÓN, se produce cuando surge en la mente del sujeto la representación mental de cometer un delito, es la pura idea, la pura representación; ahí puede suceder que la idea sea rechazada en el momento en que fue concebida, en forma inmediata, o por el contrario puede ser que no sea rechazada y entonces al prevalecer la idea criminosa, se inicia la siguiente etapa que es de la DELIBERACIÓN, la cual consiste en un proceso psíquico de lucha contra la idea criminosa y los factores de carácter moral o puramente pragmáticos o utilitarios que pugnan contra dicha idea, y es aquí donde entran los efectos de disuasión que impone la pena, de la amenaza de la pena; si después de la deliberación persiste la idea criminal (vence el ello sobre el yo), se toma lo que se llama la RESOLUCIÓN O DECISIÓN, la cual sigue estando en la fase interna, no existe ninguna manifestación exterior de la idea; después de esto, viene la EXTERIORIZACIÓN de la simple resolución, esto quiere decir que a la simple resolución interna le sucede la resolución manifestada (solo en algunos casos pues en otros puede suceder que la resolución puede no manifestarse de manera verbal, sino que simplemente se procede a la fase de ejecución del hecho), no obstante en el iter criminis, después de la pura y simple decisión, sigue la

resolución manifestada que consiste en la exteriorización de la voluntad criminal y a esta resolución criminal no puede considerársele propiamente dentro de la fase externa, ya que en el iter criminis, LA FASE EXTERNA consiste en la realización material, o sea el proceso ejecutivo del delito y en la simple exteriorización de la voluntad criminal, no hay todavía ejecución, sino que es la simple exteriorización de la manifestación; pero como tampoco esta en la fase interna, por la razón de que ya se exteriorizo ya que se esta diciendo o manifestando verbalmente, entonces se dice que esa resolución manifestada se encuentra en un intermedio entre la fase interna y la fase de ejecución. Esto debe quedar claro porque la resolución manifestada consiste, en el acto de voluntad mediante el cual exterioriza la idea criminal y solo se exterioriza la idea criminal a través de la palabra.

Haciendo una síntesis de lo expresado, debemos decir que el Iter Criminis según la dogmática se lleva a cabo en dos fases: la primera de ellas es denominada como la fase interna y la segunda de ella la constituye la fase externa.

Dentro de la fase interna nos encontramos con tres momentos y entonces tendremos la idea criminosa o la ideación que es la concepción de la idea criminal, la segunda de estas es la deliberación que consiste en el análisis de los pro y los contras de esa conducta, en otras palabras, se analiza lo que es bueno y lo que es malo, es decir, es una lucha entre las normas morales y su decisión de cometer un

delito, cuando el sujeto rompe la barrera natural de la norma moral de culpabilidad pasa a la siguiente etapa que es la resolución, esta se da cuando el sujeto tiene la decisión de llevar a cabo la exteriorización de su idea, pero no será sancionado aun cuando manifieste en forma verbal esa idea criminosa, ya que de acuerdo a la ley las simples ideas no son sancionables a no ser que esa idea cause daños a bienes jurídicos de la sociedad.

La FASE EXTERNA comprende la manifestación, la preparación y la ejecución que puede desembocar en Tentativa o Consumación del Delito.

La manifestación. La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto.¹

Así mismo, nos encontramos que en nuestra Carta Magna en el artículo 6 nos dice: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público.

Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa que los actos

¹ IBIDEM. p. 285

preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.

Sebastián Soler los define como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado.

Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación.

Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. Según Jiménez de Asúa, la tentativa es un grado en la vida del delito, es por la falta del daño inmediato o físico, un delito imperfecto.

Es preciso decir que la tentativa se da en los llamados delitos dolosos estos delitos recorren un camino desde su concepción hasta su consumación, refiriéndose siempre y como ya se dijo a los delitos dolosos.

B) FORMAS DE APARACIÓN DEL DELITO.

Antes de poder entrar al estudio de la tentativa, es necesario ubicar esta figura del Derecho Penal dentro de la dogmática para ello es necesario hacer

mención de lo que son las formas de aparición del delito y de esta manera ubicaremos a la tentativa. Las formas de aparición del delito según la dogmática penal se traducen en términos generales en dos formas; y así, tenemos a las formas comunes o normales de aparición del delito y las formas especiales de aparición del delito.

5.2. FORMAS COMUNES O NORMALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

Las formas comunes o normales se encuentran referidas a la manera en que están redactados los tipos penales y entre las formas normales o comunes del delito tenemos las siguientes: Delito Consumado, Delito cometido por una sola persona, una sola conducta un solo resultado. Es indudable que todos los tipos penales que aparecen en la parte especial del Código Penal están referidos a los delitos consumados, es decir, respecto de los cuales se ha obtenido un resultado.

Por lo que respecta al delito cometido por una sola persona también es de hacerse notar en los tipos penales, en este caso, por lo que se refiere al sujeto activo del delito se encuentran redactados en singular, es decir, que en la mayoría de los tipos penales no se requiere una pluralidad en el sujeto activo del delito, y así tenemos por ejemplo que en el delito de homicidio se determina: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro”; el delito de robo también se

establece “Comete el delito de robo el que se apodere de . . .” y así repetimos que los tipos penales están redactados en singular.

Por lo que se refiere a la tercera forma normal o común de aparición del delito debemos de hacer mención que los tipos penales están referidos a una sola conducta con un solo resultado.

No obstante lo anterior, debemos de afirmar en relación con estas formas comunes de aparición del delito que hay conductas que siendo peligrosas, no obstante ello no podemos tipificar por faltarles un elemento que el tipo penal requiera, pero que sin embargo, representan un verdadero peligro para la convivencia social, conductas por ejemplo que se llevan a cabo y sin embargo, el resultado no se obtiene por causas ajenas a la voluntad del agente, también existen conductas delictuosas o posiblemente delictuosas que son llevadas a cabo por dos o más personas no obstante que el tipo penal se encuentra redactado en singular y que no requiere una pluralidad en el sujeto activo, también hay casos en que con una sola conducta se pueden obtener varios resultados o bien, con varias conductas del mismo sujeto se obtengan varios resultados.

5.3. FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

Para evitar que esas conductas que por faltarles algún elemento no se pudiesen tipificar y quedarán impunes, es que se inventan las formas especiales

de aparición del delito que son prolongaciones o ampliaciones de cada uno de los tipos penales y de esta manera tenemos a la Tentativa, a la Participación Criminal en sentido amplio y al Concurso de Delitos, estas tres formas especiales de aparición del delito en el orden que las hemos manifestado se constituyen como correlativas contrarias a las formas comunes o normales de aparición del delito.

5.3.1. PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN SENTIDO AMPLIO.

La participación es la pluralidad de sujetos que intervienen voluntariamente en la comisión de un delito, cuando este no contempla la intervención de varias personas en su realización.

Así mismo el maestro Fernando Castellanos Tena nos dice que la participación consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.²

Dentro de esta figura de las formas especiales del delito como lo es la Participación Criminal en sentido amplio tenemos a la autoría y a la participación Criminal en sentido estricto.

En la autoría podemos encontrar tres clases como son: la autoría simple, la autoría mediata y la coautoría.

² IBIDEM. P. 293

Por otra parte, en la Participación Criminal en sentido estricto, nos encontramos con la Instigación o llamado también Autor Intelectual y la Complicidad.

5.3.1.1. GRADOS DE PARTICIPACIÓN CRIMINAL.

Los grados de participación criminal no es otra cosa que como intervienen las personas en el delito y así tenemos que en nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 20 nos dice lo siguiente:

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

Es participe quien sea instigador o cómplice.

De esta manera, en el texto del artículo veinte mencionado con anterioridad, nos encontramos que en dicho artículo nos habla en su primer párrafo de la autoría simple, la autoría mediata y la coautoría.

La autoría simple no es otra cosa que la persona que comete el delito por sí mismo.

La autoría Mediata, la persona se vale de otra que sea inimputable o inculpable para llevar a cabo su conducta delictuosa, por ejemplo; el sujeto A quiere la conducta delictuosa y utiliza al sujeto B como simple instrumento y es el

que materialmente lleva a cabo la conducta, para que exista la autoría mediata, el sujeto B debe ser inimputable o inculpable y no debe saber nada de lo que quiere el sujeto A.

En la coautoría todos los sujetos intervienen realizando la conducta delictuosa siendo todos ellos coautores, es decir es cuando intervienen dos o más personas en forma voluntaria y consciente en la comisión del delito.

Ahora bien, pasamos a lo que es la Participación Criminal en sentido estricto, que como ya hemos dicho tiene dos figuras que son la instigación o autoría Intelectual y la complicidad.

Instigación o autoría Intelectual, esta figura se encuentra establecida en el artículo 21 de nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato el cual nos dice: “ ***Es instigador quien dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito***”.

Esta figura es muy parecida a la autoría mediata pero no es tal cual, tomando el ejemplo anterior que pusimos en la autoría mediata, en esta figura también existen dos sujetos, sin embargo el sujeto A que será el autor quiere realizar una conducta pero se vale de otro y este otro (sujeto B) sabe lo que quiere el sujeto A.

En la complicidad, son cómplices los que ayudan al sujeto activo a la realización de la conducta delictuosa, esta ayuda debe ser pactada desde antes de la comisión del delito, esto es, no realizan la conducta delictuosa, ayudan a realizar la conducta y esta debe ser pactada con anterioridad a la comisión del delito u concomitante (al mismo tiempo) a la realización del delito.

Esta figura se encuentra en el artículo 22 del ordenamiento citado con anterioridad y el cual dice: ***“Es cómplice quién dolosamente presta ayuda a otro a la comisión dolosa de un delito. Cuando se contribuya con ayuda posterior al delito, sólo habrá complicidad si fue convenida con anterioridad”***.

5.3.2. CONCURSO DE DELITOS.

Esto es cuando una sola persona con una sola conducta o varias acciones, comete dos o más delitos y pueden ser de tres clases a saber, como son: el Concurso Real, el Concurso Ideal y el Concurso Aparente, los cuales se encuentran establecidos en nuestro Código Penal citado, en sus artículos 28, 29 y 32.

El concurso real, consiste en que cuando una persona cometa varios delitos ejecutados, dolosa o culposamente, en actos distintos.

Existe concurso ideal cuando con una sola conducta, dolosa o culposa, se cometan varios delitos.

Por último el concurso aparente, es cuando un delito absorbe a otro, toda vez que en algunos casos se utiliza la conducta de un delito como medio para producir el delito principal o bien que un delito tenga una norma de mayor importancia en su protección y logre absorber a otro delito cuyo bien es de menor valía. El código Penal para el Estado de Guanajuato, señala en el artículo 32 que no hay concurso de delitos cuando:

- El hecho corresponda a más de un tipo penal, si uno es elemento constitutivo o calificativo de otro.
- Un tipo penal sea especial respecto de otro que sea general.
- Un tipo penal sea principal respecto de otro que sea subsidiario.
- Los tipos penales estén formulados alternativamente, siempre que establezcan la misma punibilidad.
- Un tipo penal absorba descriptiva o valorativamente a otro, de tal manera que su aplicación conjunta entrañe sancionar dos veces la misma conducta.

Respecto a la correcta colocación en el texto legal del tema, el legislador ha preferido señalar escuetamente, no hay concurso de delitos, en lugar del rubro concurso aparente, en el que dos o más normas son incompatibles en virtud de

ciertas relaciones que guardan entre sí, por la prohibición constitucional de sancionar dos veces el mismo hecho.

Para resolver los problemas que se presentan cuando concurren varias normas aparentemente aplicables a un caso concreto, el Código Penal ha establecido una serie de Principios que se desenvuelven en las distintas fracciones del citado artículo, sin embargo los principios rectores del concurso aparente son:

1. El principio constitucional de *non bis in idem* y,
2. La incompatibilidad lógica de las figuras.

Del artículo 32 en su fracción primera, se reglamenta el caso de los delitos compuestos, que son aquellos que se caracterizan por la adición de dos o más figuras distintas para formar una nueva y diferente, que al ser resultante de la fusión absorbe a sus respectivas componentes. Un ejemplo, de cuando un delito es elemento constitutivo de otro, lo encontramos en la figura de la extorsión, misma que ha sido integrada por dos componentes diversos: las amenazas y el fin de lucro, el primero de los cuales constituye por sí mismo un ilícito, lo cual no autoriza a sancionar por la extorsión y también por las amenazas, precisamente porque éstas son parte configurativa de aquélla.³

³ CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE Y OTRO. CÓDIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. 3ª ed. Ed. Orlando Cardenas, S.A. de C.V., Irapuato, Gto.,1996. p. 151.

Posteriormente, en la siguiente fracción del citado artículo se establece el principio de la especialidad, según el cual cuando un mismo hecho es regulado por dos normas, la especial será la aplicable, sin importar para esto que aquella sea privilegiada o atenuada o que merezca una sanción menor. Porte Petit sostiene que dicho principio tiene aplicación cuando los elementos del tipo general están contenidos en la descripción del tipo especial, pero éste requiere, además uno más elementos especificados. En otras palabras, el principio de especialidad es aquel que nos enseña que cuando dos leyes penales, ambas tutelares del mismo bien, una de ellas contiene respecto de la otra, uno o varios elementos que singularizan el supuesto, debiendo ser aplicada la primera y excluida la segunda. Por ejemplo, existe una relación de especialidad entre el tipo de difamación contemplado en el artículo 188 de la ley penal y la figura estructurada en el artículo 1 de la Ley de Imprenta del Estado. Los ataques a la vida privada que se tipifican en la fracción primera de este precepto constituyen la especie y la figura de difamación el género. Así pues la ley aplicable será la relativa a los ataques a la vida privada y no a la concerniente a la difamación, lo cual traerá como consecuencia que la pena será de seis meses a cuatro años de prisión y multa de cien a mil pesos, de conformidad con lo preceptuado por la fracción II del artículo 30 de la Ley de Imprenta mientras que la pena correspondiente a la difamación es de un mes a un año de prisión y de diez a cincuenta días multa. En este caso resulta pues, que la especie se sanciona más gravemente que el género, sin

embargo la gravedad de la pena es indiferente, debiendo aplicarse siempre la figura específica.⁴

El punto número tres, establece el principio de subsidiaridad, que opera cuando la norma principal no puede aplicarse, toda vez que ésta excluye a aquélla, ya que si se aplica se quebranta el principio de *non bis in idem*. Verbigracia; las disposiciones de la Tentativa son normas subsidiarias respecto a las normas para el delito consumado, es decir, cuando no es dable aplicar la norma principal, queda latente la posibilidad de aplicar la subsidiaria.⁵

El punto número cuatro, contiene el principio de alternatividad, pues la formulación alternativa de las normas se refiere a alguno o a algunos de los elementos que constituyen el tipo (conducta, medios comisitos, circunstancias locales o modales, etc.). así por ejemplo tratándose del delito de cohecho, el artículo 247 de la ley nos dice que lo comete el funcionario público que solicite, reciba o acepte promesas de dinero, dádivas ...”. En esta figura la conducta típica se halla formulada en forma alternativa, de manera tal que si en un caso concreto se solicita y se recibe también, ello no significa que exista concurso, pues para la integración del cohecho basta que se solicite o bien que se reciba, siendo indiferente el que se efectúen ambas conductas.

⁴ IBIDEM. P. 153.

⁵ IBIDEM. p. 154.

Esta última fracción del artículo 32, establece el principio de conjunción o absorción, el cual consiste en que el hecho previsto por una ley, está comprendido en otro tipo, siendo éste de mayor alcance, por lo que se aplica este último excluyendo la primera ley, es decir, las figuras tutelan el mismo bien jurídico, de tal manera que una consume o absorbe a las otras, ya sea por sus elementos típicos o porque la figura que absorbe contiene en sí los elementos disvalorativos de la otra.

5.3.3. LA TENTATIVA.

Dentro de la corriente Clásica, la Tentativa se considera una forma especial de aparición del delito y cuando se habla de autoría, se dice que los tipos penales ordinariamente se refieren al autor material, que la conducta que se describe, es aquella que realiza, aquel que ejecuta el hecho por sí mismo, como el que mata, el que roba, el que viola, etc., y todo lo que no es eso, todo lo que no se refiere al autor material, es una forma especial de aparición del delito, como cuando lo realiza el autor intelectual, el coautor, el autor mediato, etc., y lo mismo se dice o sucede con la Tentativa que también se afirma que es una forma especial de aparición del delito, por la razón de que el tipo describe el delito consumado y que aplicando las normas generales de la Tentativa a cada tipo, es como podemos considerar que intentar cometer un delito sin realizarlo, también es típico. Naturalmente que eso es una forma especial de aparición del delito, y esto es lo que se sostiene por la Sistemática Clásica y Neo-Clásica.

En virtud de lo anterior como podemos apreciar para la dogmática penal, la Tentativa se encuentra ubicada dentro de las formas especiales de aparición del delito como correlativa contraria al delito consumado que es una forma común de aparición del delito debemos decir, que las formas especiales se encuentran como consecuencia de una técnica legislativa y dogmática en la parte general del Código Penal, y como ya dijimos que se van conectando a todos y cada uno de los tipos penales según se vaya necesitando.

Respecto a la naturaleza de la Tentativa, se debe decir que la tentativa no es un delito Sui Generis, que no es un delito autónomo, pues no hay delito de tentativa, sino tentativa de un delito, por que la intención de cometer un delito debe ser la intención de cometer un delito determinado.

La formula general para todos los casos de tentativa se define entonces, sin conexión con ningún caso particular, sino que esa formula o norma general se conectará a cada caso concreto, es decir a cada tipo del delito. La misma norma que está prohibiendo intentar cometer un delito, se conectará a cualquier tipo penal, por ahora solo diremos que existen tipos penales que no admiten esa conexión.

De lo anterior, resulta entonces que de acuerdo con la técnica legislativa de las legislaciones penales del mundo, resulta indispensable formular un principio

general que sea valido para aplicar y conectar a cualquiera de los tipos, y es así como surgen los principios o conceptos legales de la tentativa.

En 1931 en México, el Código Penal Federal, describió la formula legal de la tentativa, la cual es la más conocida: “Hay tentativa punible cuando con la intención de cometer un delito se realizan actos dirigidos directa e inmediatamente a su consumación, si el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente”. Esta formula volvió a surgir y volvió a estar vigente desde 1971 a 1984, puesta en el código por Ceniceros y Garrido.

La formula del Código Penal Federal de 1984-1985 hace especial énfasis en la Teoría del comienzo de la ejecución, que es una teoría de las más importantes y de la que nos ocuparemos después.

En 1978 el Código Penal del Estado de Guanajuato, abandona la formula del Código Penal Federal de 1931 y adopta la siguiente: “Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idoneas dirigidos inequívocadamente a consumarlo si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas extrañas a la voluntad del agente”. Esta teoría también obedece a una orientación teórica y se afilia a una teoría de las que vamos a estudiar mas adelante.

Entonces, tenemos tres posturas distintas la de 1931, la de 1984 y la de 1978 en Guanajuato, que son diferentes y hasta antagónicas y con consecuencias distintas.

Como ya lo expresamos la Tentativa, es una figura especial de aparición del delito, que se crea en relación directa al delito consumado, ya que si el delito no se consuma tendríamos un problema de atipicidad pues faltaría un elemento objetivo del tipo como lo es el resultado, si esto es así, si el delito no se consumara por causas ajenas a la voluntad del agente tendríamos una atipicidad y para evitar que estas clases de conductas que se llevan a cabo con la obtención y la voluntad de obtener un resultado y este no se obtuviere por causas ajenas a la voluntad del agente, dicha conducta quedaría impune y lo cual se evita con la figura de la Tentativa.

Una vez que hemos ubicado a la Tentativa dentro de la teoría del delito diremos que la tentativa se define diciendo: Es la forma especial de aparición de ejecución de un delito, es decir, cuando la voluntad criminal va dirigida claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina Tentativa, que puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.

De esta manera podemos decir, que la tentativa existe desde la exteriorización de decisión de cometer el delito hasta antes del momento de consumación del mismo.

Varios han sido los tratadistas a través de los tiempos quienes han definido a la tentativa, de los cuales mencionaremos algunos de ellos.

El Maestro Francesco Carnelluti dice respecto de la tentativa que representa un caso de discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, cuanto que esto que se ha realizado es menos de lo que el sujeto quería realizar.

Otra definición es la de Carlos Fontán Balestra, él cual en su tratado de Derecho Penal expresa que "Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor".

A través de la historia del pensamiento jurídico-penal, existen diversas corrientes para resolver el problema de determinar la ratio de la punibilidad en la tentativa.

El maestro Ferri, sostuvo que la tentativa debe castigarse en cualquiera de sus momentos, toda vez que en todos y cada uno de ellos se revela la

peligrosidad por parte del agente de tal manera, que no importa que se trate de un delito imposible, ya que la peligrosidad referida estará presente.

Por otra parte, el maestro Mezger, enarbola la teoría de la voluntad contraría al deber, en la cual el problema consiste en vincular la conducta con la norma del tipo, de manera tal que exista un principio de ejecución o que penetre en el núcleo del tipo.

El maestro Carrara, fundamento la punibilidad de la tentativa en el peligro corrido por el bien tutelado. No se precisa a partir de qué momento el interés jurídico se ha puesto en peligro, consecuencia lógica la impunidad de la tentativa del delito imposible.

Y por último, el Código Penal para el Estado de Guanajuato contempla la teoría de la univocidad e idoneidad de los medios utilizados.

TENTATIVA ACABADA O DELITO FRUSTRADO.

Se da cuando el agente realiza 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, es decir, el sujeto realiza todo lo que según él debía realizar para que se produzca el resultado o delito, y este no se produce por causas ajenas a su voluntad.

TENTATIVA INACABADA O DELITO INTENTADO.

El sujeto omite uno o varios actos por causas extrañas a su voluntad por lo cual se vuelve incompleta la ejecución de la tentativa. El maestro Castellanos Tena, afirma que en esta forma de tentativa se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno o varios y por eso el evento no surge, ya que hay una incompleta ejecución.

EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA.

El desistimiento, es siempre bien acogido, aun tratándose del provocado por el miedo a la pena, pues si la pena obra como coacción psicológica, no puede menos de afirmarse que su función es sumamente extensa. El desistimiento se produce en la interioridad del sujeto y no produce sanción siempre y cuando los actos que ejecuto no constituyan por sí mismos delito. Tal y como lo afirma el artículo 18 de la Ley Penal en su párrafo tercero el cual dice lo siguiente:

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

EL ARREPENTIMIENTO EN LA TENTATIVA.

El arrepentimiento, produce actos y medios para cometer el delito, pero corta la vida del delito al arrepentirse, el sujeto mismo evita el resultado. El maestro Francisco H. Pavón Vasconcelos lo define como la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito.

DELITO IMPOSIBLE EN LA TENTATIVA.

En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por in idoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Tal sucede cuando se pretende matar a un muerto.⁶

En la actualidad, el Código Penal para el Estado de Guanajuato establece en su artículo 18 lo siguiente:

“Hay Tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocadamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo”.

⁶ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5), p. 290

Entendiendo por actos idóneos todo hecho o acontecimiento adecuado de acuerdo a su naturaleza para producir un acto dañoso, que sea instrumento o los medios lógicos para producir el resultado que pretende el sujeto.

Por otra parte los actos inequívocos significan que esta conectado en lo que el sujeto deseo con el resultado.

En el transcrito precepto se advierte claramente que se captan las dos formas de tentativa, tanto la acabada como la inacabada. Se alude en forma expresa a la comisión por omisión, al aludir a la conducta consistente en omitir los actos que deberían evitar el resultado.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La Tentativa es una forma especial de aparición del delito, por la razón de que el tipo describe el delito consumado y que aplicando las normas generales de la Tentativa a cada tipo, es como podemos considerar que intentar cometer un delito sin realizarlo, también es típico. De esta manera la Tentativa se crea en relación directa con el delito consumado, ya que si el delito no se consumara por causas ajenas a la voluntad del agente, tendríamos una atipicidad y que para evitar que estas clases de conductas que se llevan a cabo con la obtención y voluntad de obtener un resultado y este no se obtuviere por causas ajenas a la voluntad del agente, dicha conducta quedaría impune, lo cual se evita con la figura de la Tentativa que se va conectando a todos y cada uno de los tipos penales según se vaya necesitando.

SEGUNDA.- Se señala como características de la tentativa su imperfección en la actividad ejecutiva, ya que ésta es su nota específica, es decir, la imperfección en la ejecución al no producirse el resultado por causas ajenas a la voluntad del agente, pues la tentativa es imperfecta en la actividad ejecutiva.

TERCERA.- La tentativa inacabada o delito intentado es en la cual el sujeto no ha realizado todos los actos que se requiere para que el delito se consuma; en tanto que la tentativa acabada o delito frustrado consiste en que el sujeto sí ha realizado todos los actos por él requeridos, pero de igual manera el

resultado no se produce. Respecto a la naturaleza de la tentativa, se debe decir que la tentativa no es un delito Sui Generis, que no es un delito autónomo, pues no hay delito de tentativa, sino tentativa de un delito, porque la intención de cometer un delito debe ser la intención de cometer un delito determinado.

CUARTA.- Los elementos de la tentativa a partir de todo lo que se ha dicho son tres:

- a. Elemento Moral o Subjetivo, que consiste en la finalidad dirigida a cometer un delito.
- b. Elemento Material u Objetivo, el cual consiste en los actos realizados por el sujeto que deben ser de naturaleza ejecutiva; y
- c. Un Resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

QUINTA.- En los delitos de omisión propia, tal elemento es la conducta en tanto que en los delitos de comisión por omisión se trata de un hecho, esto comprende a la conducta, al resultado y al nexo causal, no obstante que en la comisión por omisión, se viola la norma dispositiva que impone el deber de obrar y la prohibitiva que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado, mientras que en la omisión propia solo se viola la norma dispositiva. En la omisión simple se viola una norma dispositiva con la inactividad, sin embargo en la comisión por omisión es cuando la inactividad emerge el resultado material, en estos delitos es necesario un resultado material mediante un no hacer lo que el

Derecho ordena, a través de la violación de una norma dispositiva que ordena o manda se viola una norma prohibitiva.

SEXTA.- De esta manera y por lo anteriormente expuesto ¿En los delitos de Comisión por Omisión cuando el resultado no se da, la omisión se puede considerar como una Tentativa? A lo cual concluyo que sí, ya que la tentativa punible existirá cuando se realizan actos u omisiones idóneos e inequívocos, para la realización de una conducta delictuosa, pero no se da el resultado por causas ajenas al agente o porque voluntariamente interrumpe el resultado. Consecuentemente en los delitos llamados Comisión por Omisión u Omisión Impropia la omisión voluntaria, tendiente a la no evitación de un resultado típico produce incuestionablemente, todos los efectos de una verdadera Tentativa. Es así como con base en el estudio de investigación realizado, resuelvo el problema planteado en el sentido de aceptar la hipótesis formulada en el proyecto de tesis que dio origen al presente trabajo de investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- **AMUCHATEGUI REQUENA IRMA GRISELDA.** DERECHO PENAL. 11ª, ed. Ed. Harla. México. 1994. págs. 408.
- **CARDONA ARIZMENDI ENRIQUE Y OTRO.** CÓDIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. 3ª ed. Ed. Orlando Cardenas, S.A. de C.V., Irapuato, Gto.,1996. págs.874.
- **CASTELLANOS TENA FERNANDO.** LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 43ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. Págs.363.
- **GARCIA MAYNEZ EDUARDO.** INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Ed. Porrúa. México 1979. Págs.416.
- **JIMENEZ DE ASUA LUIS.** LA LEY Y EL DELITO, 11ª ed. Ed. Sudamerica Buenos Aires, 1980, págs.578.
- **LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO.** INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 4ª, ed. Ed. Porrúa. México. 1996. págs. 281.
- **MARQUEZ PIÑEIRO RAFAEL.** EL TIPO PENAL. 1ª, ed. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. México. 1986. págs.407.
- **MEZGER EDMUNDO.** DERECHO PENAL PARTE GENERAL.2ª, ed. Ed. Cardenas editor y distribuidor. México. 1990. págs.449.
- **MOTO SALAZAR EFRAÍN.** ELEMENTOS DE DERECHO. 40ª, ed. Ed. Porrúa. México. 1994. págs. 452.
- **MUÑOZ CONDE FRANCISCO.** TEORIA GENERAL DEL DELITO. 2ª, ed. Ed. Temis. Colombia. 1999. págs. 190.
- **ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO.** TEORÍA DEL DELITO. 14ª, ed. Ed. Porrúa. México. 2004. págs. 217.
- **PAVÓN VASCONCELOS FRANCISCO.** DERECHO PENAL MEXICANO. 16ª, ed. Ed. Porrúa. México 2002. págs.664.
- **PLASCENCIA VILLANUEVA RAÚL.** TEORÍA DEL DELITO.1ª, ed. Ed. Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. México. 1998. págs. 297.

- **REYNOSO DÁVILA ROBERTO.** TEORÍA GENERAL DEL DELITO.Ed. Porrúa. México. 1995. págs. 362.
- **VELA TREVIÑO SERGIO.** TEORIA DEL DELITO. 2ª-ed. Ed. Trillas México, 1990. págs. 415.
- **VILLALOBOS IGNACIO.** DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª, ed. Ed. Porrúa. México. 1990. págs. 654.

LEGISLACIÓN.

- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLÍTICA.
- CÓDIGO PENAL ANTERIOR PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.
- CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

OTRAS FUENTES.

- **REVISTA CRIMINALIA.** ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES. Año LX No.1. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., Enero-Abril 1994.
- **UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE. APUNTES DE CATEDRA DE TEORÍA DEL DELITO.** LICENCIADO GALLEGOS GÓNZALES JOSÉ MANUEL.
- **UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE. APUNTES DE CATEDRA DE TEORÍA DEL DELITO.** LICENCIADO GUTIÉRREZ NEGRETE FRANCISCO.