



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

"LA LICITUD DE LA CONDUCTA TÍPICA
AMPARADA BAJO UNA CAUSA
DE JUSTIFICACIÓN"

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

MARÍA LUISA HERRERA AGUIRRE

Asesor:

LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE

Celaya, Gto.

Enero 2011.



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.

DEDICATORIAS

A DIOS :

Gracias por dejarme ser parte tuya, por atravesarme con tu AMOR, llenando mis días y mis noches de FE Y VOLUNTAD, cuidarme y guiarme en esta misión que me has encomendado, por la oportunidad de estar viva y hacer lo que amo. Eres tan perfecto en tus tiempos.

A MIS PADRES:

VICENIO HERRERA SALDIVAR:

Ese hombre recto, inquebrantable, que me educó con el ejemplo, MI HÉROE, que día a día has trabajado para que yo llegara a ser una persona de bien, simplemente un hombre admirable, que siendo un hombre de campo pudo ser lo que ninguno creería, padre de ahora cuatro profesionistas.

JOSEFINA AGUIRRE PIZANO:

BO, gracias por ser una gran mujer, y sobre todo una increíble MAMÁ, por tu gran corazón que nos abraza cada día, por enseñarme la lección más difícil de aprender, AMAR si límites.

Papás, es un sueño compartido convertido en un triunfo dedicado a ustedes, LOS AMO.

A MIS HERMANOS:

LUIS Y MONY, mis hermanos mayores, con quines tengo un costal lleno de anécdotas y buenos recuerdos.

TOÑO mi 53 favorito, de quien aprendí disciplina, honestidad, y lealtad. Tú iluminaste mi camino, me tomaste de la mano como tu pequeña hermana, y me mostraste otro mundo, que tú y yo compartimos.

CONCHIS, GEMA, VALE, parte de mi valiosa familia, y las personas que hacen feliz el corazón y la vida de cada uno de mis hermanos.

MIS ENANOS:

La fuerza de cada día que me empujó en la vida, para siempre mis niños **ALAN, HÉCTOR, ARGENTINA, ANTONIO Y VALENTINA**.

ERNESTO:

Hemos hecho tanto juntos, tal y como lo dijimos: en las buenas, en las malas, en las imposibles. Mi grano de sal que le da sabor a mi vida.

A MIS MAESTROS:

Mis catedráticos que me acompañaron durante cinco años, dejando conocimientos y valores, con los cuales forjaron a una nueva profesionista, mil gracias.

A EL LICENCIADO FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE:

Gracias por su tiempo, por compartir sus conocimientos y experiencias con humildad que se le reconoce a todo gran hombre.

RUTH, ALY, PALOMA, NANCY, ANY, SELENE Y AMIGOS

Gracias, por ser mis amigas, que solamente se cuentan con la palma de una mano, por ser mi consejo en los malos y buenos tiempos, por ser mas que amigas, por enseñarme que la vida sin amigos carece de sentido.

LICENCIADO DAVID QUIRÓZ, AURELIO PATIÑO, ROBERTO HUGO ARIAS, FÉLIX EDUARDO LORENZINI, LUZ MA, MONSE.

Gracias de todo corazón, gracias por creer en mi, por darme la oportunidad de crecer, de forjar mi carácter y hacerme madurar.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. DERECHO PENAL. GENERALIDADES

1.1 Definición del Derecho Penal	2
1.2 El Derecho Penal en sentido Objetivo y en sentido Subjetivo	4
1.3 El Derecho Penal Sustantivo y el Derecho Penal Adjetivo	6
1.4 El Delito. Conceptos	7
1.4.1 Noción Jurídico	9
1.4.2 Noción Jurídico Sustancial	9
1.5 Concepto Jurídico de Delito	11
1.6 Definición Dogmática del Delito	11
1.7 Aspectos positivos y negativos del Delito	

CAPÍTULO SEGUNDO. TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

A) Conducta y su ausencia	14
2.1. Concepto de Conducta	14
2.2. Clases de Conducta	16
2.2.1 Acción Stricto Sensu. Concepto	17
2.2.1.1 Elementos de la Acción Stricto Sensu	18

2.2.2 La Omisión. Concepto	20
2.2.2.1 Elementos de la Omisión	20
2.2.3 Elementos de la Comisión por Omisión	22
2.3 Ausencia de Conducta	22
B) TIPICIDAD Y SU AUSENCIA	25
2.4 Definición de Tipicidad	25
2.5 Función de la Tipicidad	26
2.6 Definición de Tipo	26
2.6.1 Elementos del Tipo	27
2.6.2 Clases de Tipos	30
2.7 Ausencia de Tipo y Tipicidad	33
C) ANTIJURÍCIDAD Y SU AUSENCIA	35
CAPÍTULO TERCERO. TEORÍA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)	
A) IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA	37
3.1 Concepto de Imputabilidad	37
3.1.1 Elementos de la Imputabilidad	39
3.2 La Responsabilidad	39
3.3 Concepto de Inimputabilidad	40
3.4 Causas de Inimputabilidad	41
B) CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA	45

3.5 Definición de Culpabilidad	45
3.6 Formas de la Culpabilidad	46
3.6.1 Definición de Dolo	47
3.6.1.1 Elementos del Dolo	48
3.6.1.2 Clases de Dolo	48
3.6.2 Definición de Culpa	50
3.6.2.1 Elementos de la Culpa	51
3.6.2.2 Clases de Culpa	51
3.7 Definición de Inculpabilidad	52
3.8 Causas de Inculpabilidad	53

CAPÍTULO CUARTO. LA PUNIBILIDAD

4.1 Concepto de Punibilidad	56
4.2 Punibilidad como Elemento o Consecuencia del Delito	57
4.3 Ausencia de Punibilidad	58
4.4 Concepto de Pena	59
4.5 Clasificación de la Penas	60
4.6 Finalidad de la Pena	62
4.7 Aspectos Negativos: Excusas Absolutorias	63

CAPÍTULO QUINTO. ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA

5.1 Concepto de Antijuricidad	67
5.2 Doctrinas relacionadas con la Antijuricidad	68

5.3 Clases de Antijuricidad	70
5.4 Ausencia de la Antijuricidad	70
5.5 Excluyentes Supralegales	71
5.6 Aspectos Negativos: Causas de Justificación	72
5.6.1 Legítima Defensa. Concepto	74
5.6.1.1 Elementos	76
5.6.1.2 Clasificación	76
5.6.1.3 Presunción de Legítima Defensa	78
5.6.1.4 Exceso en la Legítima Defensa	78
5.6.1.5 Problemática de la Legítima Defensa	79
5.6.2 Estado de Necesidad. Concepto	80
5.6.2.1 Elementos	81
5.6.2.2 Diferencias: Legítima Defensa y Estado de Necesidad	82
5.6.2.3 Casos específicos del Estado de Necesidad	83
5.6.3 Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho. Concepto	85
5.6.3.1 Casos de las Justificantes por Derecho o por Deber	86
5.6.4 Consentimiento Válido del Sujeto Pasivo siempre y cuando el bien Jurídico Tutelado este a su Disposición. Concepto	89
5.6.4.1 Requisitos	90

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

La realización de esta investigación consistirá en estudiar, establecer y tratar de llegar a resolver el problema con el que nos encontramos, es decir, si la conducta típica que se encuentra amparada con una causa de Justificación puede ser considerada como lícita desde un principio, ya que la acción realizada, a pesar de su apariencia resulta conforme a Derecho, ya que el acto se ajusta a lo establecido en la Ley Penal en base a la Teoría Formalista, así que para ello haré uso de las materias jurídicas, como lo son: El Derecho Penal, La Dogmática Penal, La Teoría del Delito, y Exclusión de la Antijuridicidad, las cuales nos ayudarán a estudiar y a desenvolver de una manera muy específica y sobre todo clara los temas de los capítulos que comprenden mi plan de trabajo, y los cuales llevaran un orden comenzando primeramente con las Generalidades del Derecho Penal; Elementos Objetivos y Subjetivos del Delito, detallando también su aspecto negativo; la punibilidad y finalmente con la exclusión de la Antijuridicidad y cada una de las causas de Justificación, todo esto con la finalidad de llegar a una conclusión acertada de mi trabajo de investigación.

CAPÍTULO PRIMERO
DERECHO PENAL. GENERALIDADES

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL. GENERALIDADES

1.1.- DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL.

Existen diversas denominaciones que se le han otorgado al Derecho Penal a través del transcurso cronológico de la historia y del devenir de los autores en esta importante materia por lo que mencionare algunos de los más importantes.

Iniciaré citando al maestro **FERNANDO CASTELLANOS** 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 objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.¹

Analizando el concepto se tiene que el Derecho Penal es la rama del Derecho público puesto que el Derecho Público es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre el estado soberano y el particular gobernado por lo tanto el Derecho Penal pertenece al derecho público en razón de que la relación jurídica llamada material que surge al cometerse un delito se establece entre el sujeto activo y el Estado como soberano, y no entre el presunto responsable y el ofendido, puesto que el Estado es el titular del orden social y quien se encuentra facultado para perseguir los delitos lo cual conlleva a decir que tiene por finalidad perseguir a los responsables de los delitos y para imponer y aplicar las sanciones señaladas por la ley.

¹ **CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.** 44ª.ed.Ed. Porrúa. México.2003.p.17

Interno porque solamente se puede aplicar dentro de un territorio o estado determinado, puesto que su ámbito de validez y de aplicación se circunscribe ha dicho territorio.

Para **EUGENIO CUELLO CALÓN**, autor de “Derecho Penal” lo define como el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado y que determina los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados.²

De ésta forma dichas normas son establecidas por el Estado siendo éste el único titular del Derecho Penal y las normas jurídicas que lo constituyen se dirigen a todos los individuos sometidos a ésta ley del Estado.

Este autor señala que los elementos esenciales del derecho Penal son el delito, la pena y las medidas de seguridad.

Para **CELESTINO PORTE PETIT** el Derecho Penal debe entenderse el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de las mismas normas.³

Para **CARRANCA Y TRUJILLO** el Derecho Penal objetivamente considerando es el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁴

1. Este autor señala que varias de las definiciones ofrecen tres vértices de coincidencia los cuales son: el Delito, La Pena y La Relación Jurídica entre ambos a virtud de la norma que asocia una al otro.

² **IBIDEM.** p.21

³ **PORTE PETIT CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL.** 15ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1993. p. 15

⁴ **CARRANCA Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL.** 10ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1972. p. 17

1.2 EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO.

Antes de explicar este tema en lo que al Derecho Penal se refiere hablaremos primero en lo que al Derecho en general corresponde.

El derecho, en su sentido objetivo, es un conjunto de normas, trátase de preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas que además de imponer deberes, conceden facultades.

Frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigirle el cumplimiento de lo prescrito. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo.

Entre las dos acepciones fundamentales del derecho sustantivo existe una correlación perfecta. El derecho subjetivo es una función del objetivo, éste es la norma que permite o prohíbe; aquél, es el permiso derivado de la norma.

El derecho subjetivo lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

De lo anteriormente expuesto podemos decir que el Derecho Objetivo es un conjunto de normas, preceptos que marcan derechos y obligaciones de manera general; el Derecho Subjetivo son ese conjunto de normas, pero éstas van dirigidas a las personas de manera individual por reunir determinadas características que los ubican dentro de los supuestos jurídicos, otorgándoles así autorización para ejecutar determinadas facultades o para cumplir con ciertas obligaciones.

Después de realizado el estudio en cuanto al Derecho en general en sentido objetivo y subjetivo se refiere pasaremos a analizar el derecho penal en el mismo aspecto.

El derecho Penal Objetivo es, según **CUELLO CALÓN**, “El conjunto de normas jurídicas establecidas por el estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquéllos son sancionados”⁵.

FRANZ VON LISZT lo define como el sistema de normas establecidas por el Estado, que asocia al crimen como hecho, la pena como su legítima consecuencia⁶.

Según **EDMUNDO MEZGER**, el Derecho Penal Objetivo es el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando el delito como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica.

IRMA AMUCHATEGUI establece que es el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen delitos y señalan las penas y medidas de seguridad, así como su forma de aplicación.

En México **RAÚL CARRANCÁ Y TRUJILLO** estima que el Derecho Penal objetivamente considerado, es el conjunto de leyes mediante las cuales el estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.

Ahora analizaremos al Derecho Penal Subjetivo, a éste se le considera que es la protesta jurídica del Estado de amenazar, mediante la imposición de una pena, al merecedor de ella.⁷

El derecho penal en sentido subjetivo se identifica con el *jus puniendi*, que es el derecho a castigar. Que consiste en la facultad del Estado mediante leyes de conminar la realización del delito con penas, y en su caso de imponerlas y ejecutarlas.

⁵ **CUELLO CALÓN EUGENIO. DERECHO PENAL.** T. I. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1980. p. 8

⁶ **LISZT FRANZ VON. TRATADO DE DERECHO PENAL.** T. I. 20ª. ed. Ed. Reus. Madrid 1926.p.5

⁷ **AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. DERECHO PENAL.** 3ª. ed. Ed. Oxford. México. 2006. p. 15

Para **CUELLO CALÓN** es el derecho de estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad.

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

Así también en sentido subjetivo se dice que el derecho penal es la facultad o derecho del Estado para sancionar, castigar. Al Estado como ente soberano y dentro del marco de la propia ley, se le concede determinar qué conductas son delictivas y qué penas o medidas de seguridad deben aplicarse al delincuente.

Todo derecho subjetivo supone una facultad o potestad de su titular para hacer o dejar de hacer algo; por tanto, un derecho subjetivo presupone la existencia de un titular, una facultad y un tercero obligado a respetar la voluntad del titular. Así se puede definir como la facultad del Estado para prohibir las conductas consideradas como delitos e imponer las sanciones penales a quienes las realizan.

1.3 EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.

Previamente a entrar al estudio de este punto en lo concerniente al Derecho Penal, analizaremos primero en lo que al Derecho en General respecta.

El ordenamiento jurídico se divide en dos partes: Derecho Sustantivo o Material y Derecho Adjetivo, Procesal o Instrumental.

Se denomina Derecho Sustantivo o Material al conjunto de normas jurídicas que establecen derechos y obligaciones, facultades y deberes para las personas, y que prevén, normalmente, las sanciones que deben aplicarse a aquéllas cuando incurran en incumplimiento.

Pero el ordenamiento jurídico sería insuficiente e ineficaz si se limitara a establecer normas de derecho sustantivo o material, dejando sujeta su aplicación exclusivamente a la espontánea voluntad de sus destinatarios.

Si bien la mayor parte de las veces estos últimos suelen acatar las normas de derecho sustantivo, existen casos en que no se da ese acatamiento, en los que surge conflicto acerca de la interpretación y el cumplimiento de dichas normas o en fin, en los que para que se pueda cumplir una de esas normas, se requiere necesariamente seguir un procedimiento.

Por esta razón, al lado de las normas de derecho sustantivo o material, el ordenamiento jurídico también contiene normas de Derecho Instrumental, Formal o Adjetivo.

El derecho Adjetivo, Instrumental o Formal, es el conjunto de normas que prescriben las condiciones y los procedimientos para la creación y aplicación de las primeras, así como la integración y competencia de los órganos del Estado que deben intervenir en dichos procedimientos.

1.4 EL DELITO. CONCEPTOS

Para poder conocer y entender el concepto de Delito hay que comenzar conociendo su etimología así tenemos que la palabra de delito proviene del verbo latino *Delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.⁸

La mayoría de los autores han tratado en el transcurso del tiempo de elaborar una definición del delito que sea universal, pero el problema que existe es

⁸ CASTELLANOS. Op. Cit. Supra (1). P.23

que el Delito de uno manera u otra se encuentra relacionado con la forma de ser de cada pueblo y las necesidades que se presentan en determinadas épocas.

Para **FRANCISCO CARRARA** exponente de la Escuela Clásica define al 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.⁹ Este autor manifiesta que el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir en la violación del Derecho, también llama al delito infracción a la Ley porque se convierte en delito solamente cuando choca contra ella, pero dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, ya que de no tener ese fin carecería de obligatoriedad.

Por otra parte, el penalista **CARLOS BINDING**, este estudioso del Derecho Penal, descubrió que el delito no es contrario a la ley, ni tampoco éste infringe a la ley, sino que lo que se infringe es la norma que ésta por encima y detrás de la ley, es decir que no se viola la ley sino que se infringe a la norma que se encuentra inmersa en la ley.

PESSINA establece que el Delito consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico.

MEZGER se refiere al delito diciendo que es la acción punible.

ROSII conceptúa al Delito como “la infracción de un deber exigible en daño de la sociedad de los individuos”¹⁰.

FRANK establece que es la violación de un derecho.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA menciona que el Delito es un acto u omisión antijurídico y culpable.

⁹ **IBIDEM**.p. 126

¹⁰ **CARRANCÁ Y TRUJILLO**. Op. Cit. Supra (4). p 210.

JOSÉ MAGGIORE establece que es todo acto que ofende gravemente el orden ético y que exige una expiación consistente en la pena.¹¹

1.4.1 NOCIÓN JURÍDICO FORMAL.

La noción Jurídico Formal del Delito es la suministrada por la Ley Positiva mediante la amenaza de una pena para la ejecución o la omisión de ciertos actos, sin una ley que sancione una determinada conducta, no es posible hablar del delito.¹²

Así encontramos que nuestro **CÓDIGO PENAL FEDERAL** vigente en su artículo 7 en su primer párrafo nos establece un concepto jurídico de Delito que a la letra dice: “El Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales”.

1.4.2 NOCIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL.

La definición Jurídico Sustancial a diferencia de las nociones formales del delito, penetran la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido.

MEZGER manifiesta una definición jurídico – sustancial al expresar que el Delito es la “acción típicamente antijurídica y culpable”.¹³

Para **CUELLO CALÓN**, delito es: La acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.¹⁴

¹¹ **IBIDEM.** p. 171

¹² **IDEM.**

¹³ **IDEM.**

¹⁴ **CASTELLANOS.** Op. Cit. Supra (1). p. 129.

Por su parte **JIMÉNEZ DE ASÚA** textualmente dice “Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.¹⁵

En la cátedra del Licenciado **FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE** en la facultad de Derecho de la **UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE** afirmó:

En 1881 **FRANZ VON LISZT** quiso buscar los elementos conceptuales de ese fenómeno jurídico social como lo es el delito y haciendo un estudio de su Código Penal Alemán descubrió que todo lo que ahí se encontraba eran Acciones, y que esas acciones eran contrarias a la norma y les llamo Acciones antijurídicas, y que esas acciones antijurídicas eran atribuibles a los hombres a titulo de Dolo o a titulo de Culpa y a esto le llamo culpabilidad; por lo tanto para el maestro Franz Von Liszt el delito es acción antijurídica y culpable.

En 1906 aparece **ERNESTO VON BELING** donde publica su teoría del delito y dentro de ésta publica su Teoría del Tipo Penal. Siendo Beling el primero que sistematiza el tipo penal. Así agrega la tipicidad como un elemento más a la definición y para él, el delito es: La acción típica, antijurídica y culpable.

BELING habla de típica porque este elemento tipicidad es un elemento autónomo, elemento que no se relaciona con los juicios de valor de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

En 1915, **ERNESTO VON MAYER** en donde hace estudios y define al delito de la misma forma como lo hace **BELING**, es decir, como la acción típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, el mérito que tiene la definición de **MAYER** es que éste estudioso empieza a relacionar el elemento tipicidad con el juicio de valor de la antijuridicidad, dándole a la tipicidad un carácter de indiciario ante la juridicidad.

¹⁵ **IBIDEM.** p. 130.

Posteriormente, aparece **EDMUNDO MEZGER**, y define al delito como Acción típicamente antijurídica y culpable. Apareciendo así el mecanismo de **MEZGER**, el cual se refiere a que toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación, es decir, la tipicidad es la *Ratio Essendi* (razón esencial) de la antijuridicidad.

1.5 CONCEPTO JURÍDICO DE DELITO.

Desde el punto de vista jurídico, Delito es toda conducta que el legislador sanciona como una pena.¹⁶

La definición jurídica del delito debe ser naturalmente formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir causales explicativos.¹⁷ Así, desde el punto de vista jurídico, los estudiosos han elaborado definiciones del delito de tipo formal y de carácter sustancial, que a continuación se harán mención.

1.6 DEFINICIÓN DOGMÁTICA DE DELITO.

Con lo anterior se crea la diferencia dogmática del delito afirmando que el delito es acción antijurídica y culpable.

Nuestro código anterior definía el delito como una conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible. Es indudable que dicha definición del código anterior era precisamente la definición dogmática del delito, solamente que seguía la directriz del maestro **EDMUNDO MEZGER** al hablar de una conducta típicamente antijurídica lo cual quería decir del punto de vista de este gran dogmático Alemán que la tipicidad estaba íntimamente ligada con la antijuridicidad.

¹⁶ MUÑOZ CONDE FRANCISCO. *TEORIA GENERAL DEL DELITO*, 2ª .ed. Ed. Temis. Colombia. 1999. p. 1

¹⁷ CASTELLANOS. Op. Cit. Supra (1). p. 128.

1.7 ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Para establecer los aspectos Positivos y Negativos podemos atender a la Siguiete clasificación del maestro **CASTELLANOS**

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
a).- Conducta	Ausencia de Conducta
b).- Tipicidad	Atipicidad
c).- Antijuridicidad	Causas de Justificación
d).- Imputabilidad	Inimputabilidad
e).- Culpabilidad	Inculpabilidad
f).- Punibilidad	Excusas Absolutorias

CAPÍTULO SEGUNDO
ELEMENTOS OBJETIVOS

CAPÍTULO SEGUNDO

ELEMENTOS OBJETIVOS

A) LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

2.1 CONCEPTO DE CONDUCTA.

El delito es una conducta humana, y como tal es el primer elemento básico del delito. A este elemento del delito se le ha denominado: acto, acción, hecho, actividad, pero para el desarrollo de este trabajo le llamaremos conducta, pues con este término podemos comprender tanto su aspecto positivo, acción, como su aspecto negativo, omisión, siendo los dos constitutivos de un comportamiento humano.

La conducta es el elemento objetivo del delito que **FERNANDO CASTELLANOS** ha definido como comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito¹⁸, en tanto que para el Jurisconsulto **FRANZ VON LISZT**, este elemento objetivo lo denominaba acción y se traducía en el movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.¹⁹

Solamente el hombre puede ser sujeto del elemento objetivo del delito llamado conducta, debido a que solo los seres humanos pueden cometer conductas positivas o negativas, ya sea una actividad o inactividad.

¹⁸ **IBIDEM.** p. 147

¹⁹ **MORENO MOISES.** **TEORÍA DEL DELITO.** 2ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1975. p. 116.

Es voluntario dicho comportamiento porque es decisión libre del sujeto y está encaminado a un propósito, porque tiene una finalidad al realizarse la acción u omisión.²⁰

Siguiendo con la definición de **FERNANDO CASTELLANOS**, como la definición de **LISZT**, respecto de ese elemento del delito, la conducta o acción, tiene un factor rector que es la voluntad, es decir, para que exista este llamado elemento objetivo del delito es necesario que el comportamiento o movimiento corporal del agente o sujeto activo, obedezca siempre a una manifestación de la voluntad, solamente así podremos hablar de conducta o acción.

El tratadista **HEGEL** consideraba que la voluntad estaba compuesta de dos factores: el factor externo; que constituía el movimiento corporal voluntario, y el factor interno o de dirección que se traducía en lo que el sujeto quiere o pretende con su movimiento corporal voluntario.

Por último, mencionaremos que en el Derecho penal, la conducta puede manifestarse de dos formas: por acción y por omisión.

Los sujetos sobre quienes puede recaer la conducta pueden ser:

SUJETO PASIVO.- Es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma.

SUJETO OFENDIDO.- Es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal.

SUJETO ACTIVO.- Es quien realiza la acción.

Normalmente, el sujeto pasivo y el ofendido es la misma persona, pero en el homicidio, el sujeto pasivo es el fallecido y los ofendidos los parientes.

²⁰ LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 5ª. Ed. Ed. Porrúa. México. 1997. p. 47

2.2 CLASES DE CONDUCTA.

Habiéndose definido el elemento conducta debemos decir que también existen diversas clases de ella, tales como la **Acción, Omisión y Comisión por Omisión.**

ACCIÓN.- se integra mediante la actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.²¹

La conducta de Acción se integra por un movimiento voluntario descrito en el tipo legal. En este tipo de delitos, se viola siempre una norma prohibitiva.²²

OMISIÓN.- viene a ser una de las formas de la conducta. El delito de omisión presenta dos clases:

a) Propio delito de omisión (puro delito de omisión, simple omisión, omisión verdadera), y

b) Delito de omisión impropia o sea, el delito de comisión por omisión.²³

En los delitos de acción se viola una norma prohibitiva, mientras que en los delitos de omisión se viola una norma dispositiva.²⁴

²¹ CASTELLANOS. Op. Cit. .Supra (1). p. 149

²² LOPEZ BETANCOURT. Op. Cit. Supra (20). p. 88.

²³ PORTE PETIT. Op. Cit. Supra (3). p. 239.

²⁴ CASTELLANOS. Op. Cit. Supra (1). p. 153.

COMISIÓN POR OMISIÓN.- existe un delito de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.²⁵

En los delitos de comisión por omisión hay una doble violación de deberes; de obrar y de abstenerse, y por ello se infringen dos normas: una preceptiva y otra prohibitiva.²⁶

El delito de Comisión por Omisión es un delito de resultado, en el que el resultado producido debe ser imputado al sujeto de la omisión; se habla de “Causalidad de la Omisión” aunque realmente la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión.²⁷

Los delitos de Comisión por Omisión consisten en realizar la Omisión con un resultado prohibido en la ley, esto es, producen un resultado material.²⁸

2.2.1 ACCIÓN STRICTO SENSU. CONCEPTO

La **ACCIÓN** en stricto sensu es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación.²⁹

²⁵ **IBIDEM.** p. 243.

²⁶ **IBIDEM.** p.154.

²⁷ **MUÑOZ CONDE.** Op. Cit. Supra (16). p. 27.

²⁸ **LÓPEZ BETANCOURT.** Op. Cit. Supra (20). p. 100.

²⁹ **CASTELLANOS.** Op. Cit. Supra (1). p. 152.

Según **CUELLO CALÓN**, la Acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.³⁰

Para **EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT** la Acción en sentido estricto, es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, consta de un elemento físico y de un elemento psíquico, el primero es el movimiento y el segundo la Voluntad del sujeto; esta actividad voluntaria produce un resultado y existe un nexo causal entre la conducta y el resultado.³¹

Para **CELESTINO PORTE PETIT** la Acción consiste en la actividad o el hacer voluntarios, dirigidos a la producción de un resultado típico o extratípico. Es por ello, que da lugar a un “tipo de prohibición”.³²

2.2.1.1 ELEMENTOS DE LA ACCIÓN STRICTO SENSU.

CELESTINO PORTE PETIT señala como elementos de la Acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

La manifestación de voluntad la refieren los autores a la conducta y no al resultado.³³

Para **CUELLO CALÓN** los elementos de la Acción son: un acto de voluntad y una actividad Corporal.³⁴

Según **LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA** estima que son tres: Manifestación de voluntad, Resultado y Relación de Causalidad.³⁵

³⁰ **IDEM.**

³¹ **LOPEZ BETANCOURT.** Op. Cit. Supra (20). p. 88.

³² **PORTE PETIT.** Op. Cit. Supra (3). p. 235.

³³ **CASTELLANOS.** Op. Cit. Supra (1). p. 156.

³⁴ **IDEM.**

Para **EDMUNDO MEZGER** en la acción se encuentran los siguientes elementos: Un querer del agente, un hacer del agente, y una relación de causalidad entre el querer y el hacer.³⁶

Para **EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT** los elementos de la acción son: Movimiento, Resultado y Relación de Causalidad.³⁷

Nos dice que la acción consiste en una actividad corporal, externa, y el derecho se ocupa sólo de estos actos, en virtud de que los actos son puramente espirituales, los pensamientos, las ideas, etc., no son sancionadas penalmente, por estar fuera del Derecho Positivo.

El Resultado alude exclusivamente a las modificaciones que la conducta produce en el mundo exterior, lo que la ley considera decisivo para la realización del delito.

En la conducta debe establecerse la Relación de Causalidad entre la acción física y el resultado externo para que sea atribuible al sujeto, esto es, debe existir la relación causal en el nexo, entre el comportamiento humano, la consecuencia de éste y el resultado material; dicho nexo causal viene a ser un elemento de la conducta.

El nexo causal queda establecido en el **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO DEL ESTADO DE GUANAJUATO** al expresar en su artículo 9 que “Ninguna persona podrá ser sancionada por un delito si la existencia del mismo no es consecuencia de la propia conducta”.

³⁵ **IDEM.**

³⁶ **IDEM.**

³⁷ **LÓPEZ BETANCOURT.** Op. Supra (20). p. 88.

2.2.2 LA OMISIÓN. CONCEPTO

La **OMISIÓN** radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención; en dejar de hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la acción.³⁸

Según **CUELLO CALÓN** la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado.³⁹

Para **EUSEBIO GÓMEZ** son delitos de omisión aquellos en los que las condiciones de donde deriva su resultado reconocen como base determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.⁴⁰

Para **EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT** la omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad; para que esta omisión le interese al Derecho Penal debe existir el deber jurídico de hacer algo.⁴¹

Según **CELESTINO PORTE PETIT** la omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a un “tipo de mandamiento” o “de imposición”.⁴²

2.2.2.1 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN.

Como en la Acción, en la omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar; en consecuencia los elementos de la omisión son:

³⁸ **CASTELLANOS**. Op. Cit. Supra (1). pp. 152-153.

³⁹ **IBIDEM**. p. 153.

⁴⁰ **IDEM**.

⁴¹ **LÓPEZ BETANCOURT**. Op.Cit. Supra (20). p .100.

⁴² **PORTE PETIT**. Op. Cit. Supra (3). p. 239.

a) **VOLUNTAD** (también en los delitos de olvido, pues como dijimos, en ellos se aprecia, a nuestro juicio, el factor volitivo); y,

b) **INACTIVIDAD**. La voluntad encaminase a no efectuar la acción ordenada por el Derecho.

Los dos elementos mencionados (voluntad e inactividad) aparecen tanto en la omisión simple como en la comisión por omisión, mas en ésta emergen otros dos factores, a saber: Un resultado material (típico) y una relación de causalidad entre dicho resultado y la abstención.⁴³

CUELLO CALÓN expresa que concurren tres elementos: a) un acto de voluntad; b) una conducta inactiva; y un deber jurídico de obrar.⁴⁴

LUÍS JIMÉNEZ DE ASÚA señala tres elementos: a) Manifestación de Voluntad; b) Resultado; y c) Relación Causal entre ambos.⁴⁵

EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT manifiesta que la omisión tiene cuatro elementos a saber:

- a) Manifestación de la Voluntad;
- b) Una Conducta pasiva (inactividad);
- c) Deber Jurídico de Obrar;
- d) Resultado Típico Jurídico.

⁴³ **CASTELLANOS**. Op. Cit. Supra (1). p. 157.

⁴⁴ **PORTE PETIT**. Op. Cit. p. 240.

⁴⁵ **IDEM**.

La no realización de la conducta, debe ser así, voluntaria y no coaccionada y el sujeto produce el resultado con su inactividad, teniendo el deber jurídico de obrar.⁴⁶

2.2.3 ELEMENTOS DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN.

Para **EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT** los elementos de la Comisión por Omisión son cuatro a saber:

- a) Manifestación de la Voluntad;
- b) Conducta Pasiva (inactividad);
- c) Deber Jurídico de Obrar;
- d) Resultado Típico Material.

Aquí no se sanciona la omisión en sí, sino el resultado producido.⁴⁷

En la Comisión por Omisión la manifestación de voluntad se traduce, al igual que en la Omisión Simple, en un no obrar teniendo la obligación de hacerlo pero violándose no sólo la norma preceptiva sino también, una prohibitiva, por cuanto manda abstenerse de producir el resultado típico y material.⁴⁸

2.3 AUSENCIA DE CONDUCTA.

La ausencia de conducta es el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

⁴⁶ **LÓPEZ BETANCOURT**. Op. Cit. Supra (20). p. 100.

⁴⁷ **IBIDEM**. p. 102

⁴⁸ **IBIDEM**. p. 158.

La ausencia de la conducta es uno de los aspectos impeditivos para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. La conducta es el soporte naturalístico del ilícito penal.⁴⁹

La falta de conducta se refiere a los casos en que habiendo movimiento corporal o abstención, estas no obedecen a la voluntad, o sea, que no hubo voluntad. Nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO**, en su artículo 33 fracción I, establece la ausencia de conducta al decir que el delito se excluye cuando: "...el hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.", estableciendo entonces lo que anteriormente manejaba el mencionado Código en su artículo 16 como causas de ausencia o falta de conducta, los cuales señalamos a continuación:

1) **VIS MAIOR O FUERZA MAYOR**, es una fuerza proveniente de la naturaleza.

2) **VIS BSOLUTA O FUERZA FÍSICA SUPERIOR EXTERIOR IRRESISTIBLE**, que es la proveniente de otro hombre. La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, es un movimiento corporal producido por la fuerza de otra persona.

La *Vis Maior* y la *Vis Absoluta* se distinguen por su procedencia, la *Vis Maior* deriva de la fuerza natural, y la *Vis Absoluta* deriva de la fuerza humana.

⁴⁹ CASTELLANOS. Op. Cit. Supra (1) p. 162.

3) **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.

4) **CUALQUIER OTRO CASO EN QUE HAYA AUSENCIA DE VOLUNTAD DEL AGENTE**, entrando aquí, los movimientos reflejos como el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo.

LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS son movimientos corporales involuntarios, pero si estos pueden ser controlados o pueden ser retardados, se da la existencia del elemento volitivo, y por ende, ya no funcionan como factores negativos del delito; son fenómenos psíquicos en donde la persona humana realiza o no una actividad pero sin voluntad, por estar el sujeto en un estado en donde la voluntad se encuentra suprimida.

EL SUEÑO, es el descanso regular y periódico de los órganos sensoriales y del movimiento, acompañado de relajación de los músculos y disminución de varias funciones orgánicas y nerviosas, así como de la temperatura del cuerpo.

EL HIPNOTISMO, es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales.

EL SONAMBULISMO, es el estado psíquico inconsciente, mediante el cual la persona que padece sueño anormal tiene cierta aptitud para levantarse, andar, hablar y ejecutar otras cosas, sin que al despertar recuerde algo.

B) TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.**2.4 DEFINICIÓN DE TIPICIDAD.**

La tipicidad es el elemento objetivo del delito que fue adicionado por **ERNESTO VON BELING** en 1906, a la definición dogmática del delito de **FRANZ VON LISZT**.

Para que exista el delito como tal, se necesita la realización de una conducta (acción u omisión) o hecho humano; pero, no todo acto o hecho son delictuosos, se requiere que sean típicos, antijurídicos y culpables.

NUESTRA CONSTITUCIÓN en su artículo 14, nos habla de la tipicidad, estableciendo que: "...en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Por esta razón jurídica no existe delito si no existe tipicidad.

Por tipicidad debe entenderse el encuadramiento o adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en abstracto por el tipo penal.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa. Para **CELESTINO PORTE PETIT**, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula: *nullum crimen sine tipo*.⁵⁰ Para **JIMÉNEZ DE ASÚA**, la tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracciones.⁵¹

⁵⁰ **IBIDEM**. p. 168.

⁵¹ **JIMÉNEZ DE AZÚA, LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL III. 2ª ed. Ed. Losada. Buenos Aires, Argentina. 1958. p. 744.**

Asimismo, es necesario mencionar que la tipicidad representa un juicio de valor, juicio con el cual vamos a valorar la conducta que se da en la realidad para determinar si reúne o no los elementos que el tipo penal exige, por tanto, la conducta será típica cuando descubriendo que por reunir dichos elementos se adecua al tipo penal efectuando por ende una valoración de la misma.

2.5 FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.

Determinar la concurrencia de lo que consideramos como penalmente antijurídico en las conductas de los hombres, es hoy la función del tipo.

Por tal motivo, “si admitimos que el tipo es la razón de ser de la antijuricidad, hemos de atribuirle un carácter delimitador y de trascendental importancia en el derecho liberal, por no haber delito sin tipo legal (nullum crimen sine lege, equivalente a nullum crimen sine tipo).

Para **JIMÉNEZ DE ASÚA**, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal. La tipicidad no sólo es pieza técnica. Es, como secuela del principio legista, garantía de libertad”.⁵²

2.6 DEFINICIÓN DE TIPO

No podemos confundir el Tipo con la Tipicidad ya que son términos muy diferentes. Así pues el Tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la Ley de la figura delictiva.⁵³

⁵² **CASTELLANOS**. op. cit. Supra (1) p. 170.

⁵³ **AMUCHATEGUI**. op. cit. supra (7), p. 56.

La palabra “Tipo” la entendemos como la descripción que hace el legislador de lo que es un delito, en alemán la descripción del delito se denomina “tatbestand”⁵⁴.

El tipo penal, según lo definió **BELING** en 1906, es la descripción de la conducta en abstracto que puede considerarse delito.

Debemos hacer mención, que el tipo penal de **BELING** era considerado como un tipo puramente objetivo y, por lo tanto avaloradamente neutro, objetivo porque contenía solamente elementos objetivos, y avaloradamente neutro porque no lo relacionaba con el juicio de valor de antijuridicidad, ni de la culpabilidad, por ello mismo, **BELING** definía al delito como una conducta típica, antijurídica y culpable haciéndose notar que solamente hablaba de conducta típica por la razón de que consideraba al tipo de manera avalorada.⁵⁵

En la opinión de **FERNANDO CASTELLANOS** afirma que el Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

2.6.1 ELEMENTOS DEL TIPO.

A) ELEMENTOS OBJETIVOS.

Respecto a los elementos objetivos encontramos los siguientes:

- a).- CONDUCTA
- b).- RESULTADO
- c).- NEXO CAUSAL

⁵⁵ **VELA TREVIÑO SERGIO. ANTIJURIDICIDAD Y JUSTIFICACION.** 3ªed. Ed.Trillas. México.1990. p. 47.

d).- ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN

e).- MODALIDADES DE LUGAR, TIEMPO Y OCASIÓN

f).- SUJETOS: ACTIVO Y PASIVO (CONSIDERANDO CALIDAD Y NÚMERO)

g).- OBJETO MATERIAL

h).- OBJETO JURÍDICO

Los cuales definiremos a continuación:

a).-**LA CONDUCTA**, como ya se explicó es un movimiento corporal positivo o negativo.

b).-**EL RESULTADO**, no es una cosa que la modificación del mundo exterior como consecuencia del movimiento corporal voluntario.

c).-**EL NEXO CAUSAL**, es el vinculo de relación causa efecto que debe existir entre el movimiento corporal voluntario y el resultado. Este elemento objetivo del tipo es el que precisamente le da el nombre al sistema clásico o causalista.

d).-**LAS ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN**, se refieren a los medios comisivos que algunos tipos penales requieren para poder tipificar, exigen que la conducta se desarrolle por un medio determinado, de tal manera que si no es así, no podremos tipificar.

e).-**LAS MODALIDADES DE LUGAR, TIEMPO, MODO U OCASIÓN**, se refiere a que algunos tipos penales exigen que la conducta se desarrolle en un tiempo o lugar determinado.

f).-En cuanto a **LOS SUJETOS** encontramos a un activo y un pasivo y en ellos hay que ver calidad y numero; el **SUJETO ACTIVO** del delito es el que desarrolla la conducta delictuosa, en tanto que el **SUJETO PASIVO**, es el titular del bien jurídico tutelado, que se afecta con la conducta delictuosa, que por lo regular coincide con el ofendido que es la persona que reciente la conducta, respecto de la calidad los tipos penales exigen que los sujetos reúnan en ciertos tipos una calidad determinada, y en cuanto el número, algunos tipos penales exigen pluralidad en los sujetos que desarrollan la conducta delictuosa, en el cual, los sujetos deben ser dos o más.

g).- **EL OBJETO MATERIAL**, no es otra cosa que la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa.

h).- **EL OBJETO JURÍDICO**, es el bien jurídico tutelado, que muchos autores han definido como el interés social jurídicamente protegido o tutelado, y ellos son los valores que crea la sociedad para poder vivir pacíficamente dentro de colectividad.

B) ELEMENTOS SUBJETIVOS.

Los Elementos Subjetivos del tipo fueron descubiertos por **MAYER** en 1915, algunos tipos penales requieren cierto elemento subjetivo, a los cuales **MAYER** les llamó especiales elementos subjetivos del tipo, que también es necesario acreditar cuando el tipo penal los exige. Estos elementos subjetivos son los siguientes:

a).- **ÁNIMOS**, es la intención, la voluntad del activo para realizar la conducta delictiva.

b).- **PROPÓSITOS**, siendo esto la finalidad que se persigue con la realización de la conducta delictiva.

c).- **FINES**, es lo que se pretenden alcanzar con la comisión del delito.

d).- **CONOCIMIENTOS, SABERES O SABIENDAS**, refiere al conocimiento de algo con seguridad y a pesar de esto se comete el delito.

C) ELEMENTOS NORMATIVOS.

A los Elementos Normativos el autor **MEZGER** les llama así porque son Juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del Juez tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad y dentro de éstos tenemos a los siguientes:

- a).- EL HONOR.
- b).- LA HONRA.
- c).- LA CASTIDAD.
- d).- LA HONESTIDAD.
- e).- LA AGENEIDAD DE LA COSA.
- f).- LA PROPIEDAD.
- g).- LA POSESIÓN.

2.6.2 CLASES DE TIPOS.

Por cuestión de metodología jurídica, corresponde ahora el referirnos a la clasificación de los tipos penales, misma que consentimos recoger del penalista **FERNANDO CASTELLANOS**; el cual enseguida nos permitimos transcribir:

A) TIPOS PENALES POR SU COMPOSICIÓN :

1.- TIPOS PENALES NORMALES: aquellos que exigen o contienen puros elementos objetivos. Por ejemplo: el delito de Homicidio.

2.- TIPOS PENALES ANORMALES: los que contienen y exigen además de elementos objetivos, elementos subjetivos y normativos. Por ejemplo: el Delito de Fraude.

B) TIPOS PENALES POR SU ORDENACIÓN METODOLÓGICA:

1.- TIPOS PENALES BÁSICOS O FUNDAMENTALES: los que existen en sí, y por sí y tienen la peculiaridad de constituir familias de delitos, todos tutelando el mismo bien jurídico. Implican una base de una familia de delitos. Por ejemplo: el delito de Homicidio. Y son de dos clases: especiales y complementados.

2.- TIPOS PENALES ESPECIALES: aquellos que excluyen al básico o fundamental en su aplicación, incluso aparecen más alejados del tipo básico, y tienen su propio nombre. Son tipos especiales por que reúnen características propias. Por ejemplo el delito de Aborto.

3.- TIPOS PENALES COMPLEMENTADOS: suponen la existencia del básico o fundamental y no lo excluyen en su aplicación. Y como lo dice su nombre complementan al básico o fundamental con una característica propia que hace que el tipo básico o fundamental quede completo. Aparecen en el mismo capítulo para complementar al básico. Por ejemplo: Homicidio Calificado.

Tanto los TIPOS PENALES COMPLEMENTADOS como los ESPECIALES, pueden ser AGRAVADOS O PRIVILEGIADOS:

1.- SON PRIVILEGIADOS cuando en el delito se señala una punibilidad menor y,

2.- SON AGRAVADOS cuando esa punibilidad es aumentada.

C) TIPOS PENALES EN FUNCIÓN DE SU AUTONOMÍA O INDEPENDENCIA:

1.- TIPOS PENALES AUTÓNOMOS: los que no necesitan de otro para poder existir. Por ejemplo el delito de homicidio.

2.- TIPOS PENALES SUBORDINADOS: los que requieren de un básico para poder existir. Por ejemplo el delito de homicidio Calificado.

D) TIPOS PENALES POR SU FORMULACIÓN:

1.- TIPOS PENALES CASUÍSTICOS: los que prevén varias hipótesis o varios medios o formas de ejecución, dentro éstos existen los alternativos y los acumulativos. Por ejemplo el delito de secuestro (alternativo) y pandillerismo y asociación delictuosa (acumulativos).

2.- TIPOS PENALES DE FORMULACIÓN AMPLIA: los que describen una hipótesis única, es decir, que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo. Por ejemplo el delito de Homicidio.

E) TIPOS PENALES POR EL DAÑO QUE CAUSAN:

1.- TIPOS PENALES DE DAÑO: aquellos que protegen contra la disminución del bien o destrucción del bien. Por ejemplo: el delito de Fraude.

2.- TIPOS PENALES DE PELIGRO: los que tutelan bienes contra la posibilidad de ser dañados. Por ejemplo: el delito de Abandono de persona.

2.7 AUSENCIA DE TIPO Y TIPICIDAD.

Cuando no se encuentran reunidos todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. Por lo tanto la atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa.

Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentido general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos (por ejem. el delito de adulterio); y la segunda, surge cuando existe tipo, pero la conducta dada no se amolda a él, como en el caso de la cópula con persona mayor de 16 años, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde precisa, para configurarse el delito de estupro, que la persona sea menor de 16 años.

En el fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

Las causas de atipicidad son las siguientes:

A) AUSENCIA DE LA CALIDAD O DEL NÚMERO EXIGIDO POR LA LEY EN CUANTO A LOS SUJETO ACTIVO Y PASIVO, que se presenta por ejemplo en el delito de peculado, cuando el sujeto activo no es encargado de un servicio público.

B) SI FALTA EL OBJETO MATERIAL O JURÍDICO, debido a que cuando existía la persona o la cosa sobre la cual recaiga la acción penal se presenta la falta de objeto material (como por ejemplo privar de la vida a quien ya no la tiene), también cuando no exista la institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico, como la falta de propiedad o posesión en los delitos patrimoniales.

C) CUANDO NO SE DAN LAS REFERENCIA DE TIEMPO REALES O ESPECIALES REQUERIDAS EN EL TIPO, debido a que en ocasiones el tipo legal describe el comportamiento bajo condiciones de lugar y de tiempo, como por ejemplo en el delito de asalto, en donde se requiere que la conducta se realice en “despoblado” o en “paraje solitario”.

D) AL NO REALIZARSE EL HECHO POR LOS MEDIOS COMISIVOS ESPECÍFICAMENTE SEÑALADOS EN LA LEY, cuando la hipótesis legal precisa modalidades específicas, éstas, deberán verificarse para la integración del ilícito, como por ejemplo el uso de violencia física o moral en el delito de violación.

E) SI FALTAN LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO LEGALMENTE EXIGIDOS, toda vez que se utilizan en las descripciones delictivas conceptos tales como “intencionalmente” o “a sabiendas”, como en el delito de peligro de contagio.

F) POR NO DARSE EN SU CASO, LA ANTIJURICIDAD ESPECIAL, debido a que excepcionalmente, algunos tipos captan una especial antijuricidad, como sucede en el delito de allanamiento de morada, al señalar la descripción legal, que la conducta se efectúe “sin permiso de persona autorizada”.

Entonces al obrar con permiso de persona autorizada, no se colma el tipo y las causas que en otros delitos serían, por su naturaleza causas de justificación, tornarse atipicidades en estos casos.⁵⁶

⁵⁶ **IBIDEM.** p.p. 174-176.

La atipicidad se encuentra regulada por la fracción II del ARTÍCULO 33 del **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO**, en los siguientes términos: “El delito se excluye cuando: ...II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal de que se trate;...”

C) ANTIJURICIDAD Y SU AUSENCIA.

Muy comúnmente, es aceptado como antijurídico lo contrario a derecho. El concepto de antijuridicidad presupone siempre un juicio de valor, es decir, una estimación de oposición existente entre la conducta realizada y una norma jurídico-penal.

Este juicio de valor debe ser siempre objetivo, ya que atiende sólo a la conducta en su fase externa, pero nunca en su proceso psicológico-causal, debido a que esto corresponde a la culpabilidad.

Este tema será desarrollado más ampliamente en el Capítulo 5, ya que es el tema a tratar de esta Tesis.

CAPÍTULO TERCERO
ELEMENTOS SUBJETIVOS

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS SUBJETIVOS

A) IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.1 CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD.

De manera textual como hace mención el maestro **CASTELLANOS** en su obra que para que una persona pueda ser culpable es necesario que éste sea antes imputable, entonces para ser imputable es necesario que tenga el individuo la capacidad de querer y entender, es decir es necesario de tener dichas facultades.⁵⁷

Por otra parte el penalista **MAYER** menciona que la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento.

Según **CUELLO CALÓN** la imputabilidad es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.

SOLER establece que la imputabilidad está determinada por un mínimo de condiciones, siempre que de ella resulte que el sujeto haya tenido conciencia de la criminalidad de su acto y facultad de dirigir sus acciones.

⁵⁷ **IBIDEM.** p. p. 217-219

Entonces la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente.⁵⁸

En la imputabilidad surgen dos límites mínimos, los cuales se consideran necesarios para su existencia de ésta:

1.-**UN LÍMITE FÍSICO**, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar determinado desarrollo logra el desarrollo psíquico suficiente para podersele considerar imputable es decir, es imputable la persona mayor de 18 años, ya que en el momento de cometer la conducta delictiva, tiene la capacidad de comprender el carácter ilícito y de determinar la razón de esa comprensión.

2.-**UN LÍMITE PSÍQUICO**, o sea, la capacidad de “entender y querer”, dentro de la cual se encuentran dos aspectos: la salud y desarrollos mentales.

Por otra parte tendríamos que aclarar que a la capacidad de “entender” se le considera en el plano intelectual o de comprensión, es decir, es la posibilidad de conocer, comprender y discernir los motivos de la propia conducta y por lo tanto de apreciar el mundo exterior. La capacidad de querer es la posibilidad de determinarse basándose en motivos conocidos, ésta capacidad de determinarse de acuerdo a esa comprensión es la facultad o aptitud de regirse o auto determinarse, o auto controlarse para que así el sujeto sea plenamente imputable, esto es, el sujeto al contar con esta capacidad decidirá si realiza o no el hecho penalmente relevante, y es que cuando el agente exterioriza su voluntad es porque sabe y conoce las consecuencias de su actuar.

⁵⁸ GUISEPPE MAGGIORE. DERECHO PENAL. VOL 1.Ed. Temis. Bogotá. Colombia.1954.p.487

Un sujeto que ha sido calificado como imputable es un sujeto que se encuentra sano mentalmente, por lo cual tiene conciencia y puede relacionarse con el mundo exterior.

3.1.1 ELEMENTOS DE LA IMPUTABILIDAD.

Respecto de los elementos que constituyen a la imputabilidad señalaremos los siguientes:

a).- **UN ELEMENTO INTELLECTUAL.** Consiste en el saber, en el entender y comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

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

3.2 LA RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuentas a la sociedad por el hecho realizado.

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los

poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme a responder de él.⁵⁹

Lo anterior, debido a que el término responsabilidad se usa entre otras acepciones para significar la situación jurídica en que se coloca el autor de un acto típicamente contrario a derecho, si obró culpablemente, el fallo judicial suele concluir con la siguiente declaración: ... teniendo al acusado como penalmente responsable del delito que motivó el proceso y señalando la pena respectiva.

En este orden de ideas de la responsabilidad resulta, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual el Estado declara que el sujeto obra culpablemente y se hizo merecedor a las consecuencias señaladas por la ley a su conducta.

3.3 CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD.

La inimputabilidad no es otra cosa más que el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del Derecho Penal, de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión.

Si la imputabilidad es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito de la conducta o determinarse conforme a esa comprensión, la inimputabilidad, supone consecuentemente la ausencia de dicha capacidad para comprender la ilicitud del hecho o bien, para determinarse conforme a esa comprensión.⁶⁰

Nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO**, en su artículo 33, en su fracción VII, nos habla de la inimputabilidad que es el aspecto negativo de este elemento

⁵⁹ CASTELLANOS FERNANDO. op. cit. p. 219

⁶⁰ **IBIDEM.** p.221.

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

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 y 36 de nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO**:

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 cómo 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 TREVIÑO**⁶¹ menciona 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
- 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.

⁶¹ REYNOSO DÁVILA ROBERTO. **TEORÍA DEL DELITO**. 2ª. ed. Ed. Trillas .México. 1990. p.36

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 18 AÑOS.- Por disposición expresa de la ley en Guanajuato, los menores de 18 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 POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS** 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) CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.5 DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD.

Para **SERGIO VELA TREVIÑO** 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.⁶²

JIMÉNEZ DE AZÚA ha definido a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

Así mismo **PORTE PETIT** define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁶³

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 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Se puede considerar dos formas que son: **EL DOLO Y LA CULPA** como elementos de la culpabilidad, esto dependiendo de la forma de cómo el sujeto dirija su voluntad respecto a la ejecución del hecho que encuadra en el tipo establecido en la ley como delito, o si el agente actúa con negligencia o imprudencia para poder determinar si delinque de manera dolosa o culposa.

⁶² **IBIDEM.** p. 201

⁶³ **CASTELLANOS** . Op. Cit. Supra (1). p. 233

Es decir, se actúa con **dolo**, cuando el agente del delito, conociendo la significación de su conducta, decide realizarla; por el contrario **la culpa** existe cuando el agente produce un resultado típico no previéndolo siendo éste previsible o que previo confiando en que este no se produciría, derivado ésta conducta de la falta de observancia o cuidado que al sujeto le incumbe.

En nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE DEL ESTADO DE GUANAJUATO** encontramos las formas de culpabilidad en el artículo 13 y 14, en donde se establece el dolo y la culpa.

3.6.1 DEFINICIÓN DE DOLO.

EUGENIO CUELLO CALÓN manifiesta que 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.⁶⁴

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA lo define como la producción de un resultado antijurídico, con conciencia de que se quebrante el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del concurso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior. Con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.⁶⁵

Al respecto, el **ARTÍCULO 13 DEL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO** establece: “Obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible”.

⁶⁴ **IBIDEM**.p.239.

⁶⁵ **IDEM**

En esta definición se reconoce que la intención, el querer o la voluntad es esencial para la integración del dolo, pero no es la única forma en que se puede actuar dolosamente, ya que su alternativa es la admisión del resultado, que es algo distinto al querer, tiene un exigencia volitiva menor, ya que sólo requiere haberlo previsto y pese a su prevención se realiza la conducta causal del evento en virtud de que el resultado se menosprecia o se ve con indiferencia. De esta manera se logra en la ley una nueva fórmula de dolo que comprende a su vez todas sus especies.

3.6.1.1 ELEMENTOS DEL DOLO.

El dolo contiene un elemento ético y otro volitivo o emocional y consisten en lo siguiente:

a).- **ELEMENTO ÉTICO:** Es actuar con el consentimiento de que la acción es contraria al orden jurídico, es decir, el conocimiento de la significación del hecho respecto del orden jurídico, así como el conocimiento del resultado o el efecto que se causará con la realización del ilícito.

b).- **ELEMENTO VOLITIVO:** Consiste en la voluntad de llevar a cabo el acto, no basta con que haya un conocimiento de la antijuridicidad y efectos del acto, es menester que esto sea querido por el agente y constituya el fin al que tiende el ilícito, ese querer que se traduce en la voluntad.

3.6.1.2 CLASES DE DOLO.

DOLO DIRECTO.- Es aquel en que el sujeto se representa en el resultado penalmente tipificado y lo quiere. El resultado coincide con el propósito del agente.

DOLO INDIRECTO.- También conocido como dolo de consecuencia necesaria, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que van a existir otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previendo su seguro acaecimiento ejecuta el hecho. En este caso el resultado no es directamente querido por el agente, pero si hubo previsión, representación y voluntad de realizar un acto ilícito, presentándose además otros resultados como consecuencias necesarias, que llevando adelante su actuar, conscientemente los admitió o consintió y ello es más que suficiente para que proceda un reproche doloso.

Hay dolo indirecto cuando queriendo el resultado se prevé como seguro otro resultado derivado de la misma conducta. Hay dolo indirecto si el sujeto se propone un fin y sabe ciertamente que se producirán otros resultados típicos y antijurídicos, los cuales no son objeto de su voluntad, pero cuyo acaecimiento no le hace retroceder con tal de lograr el propósito rector de su conducta.

DOLO INDETERMINADO.- Existe dolo indeterminado si el agente tiene la intención de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial. En este tipo de dolo el sujeto no se propone causar un daño concreto, sino que su propósito es causar alguno.

Aquí existe previsión de los resultados posibles vinculados a la acción y el sujeto admite o consiente la producción de cualquiera de ellos. Se sabe que va a existir un resultado, pero no sabemos cuál o cuales.

DOLO EVENTUAL.- Para que exista el dolo eventual, el resultado no querido debe haberse previsto como consecuencia probable o posible de la conducta, es decir, el resultado que el sujeto ve con indiferencia puede o no darse, pero su sola actitud de menosprecio es suficiente para fundamentar el reproche doloso.

Existe dolo eventual cuando el sujeto se propone un evento determinado, previendo la posibilidad de otros daños mayores y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. Esta clase de dolo se caracteriza por la eventualidad o incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos pero no queridos directamente, a diferencia del indirecto, en donde hay certeza de la aparición del resultado no querido, y del indeterminado, en que existe la seguridad de causar daño sin saber cual será, pues el fin de la acción es otro y no el daño en si mismo. Existe la posibilidad de que existan otros resultados.

3.6.2 DEFINICIÓN DE CULPA.

La Culpa es la segunda forma de la Culpabilidad, **CUELLO CALÓN** manifiesta que existe Culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la Ley.⁶⁶

EDMUNDO MEZGER opina que actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede prever.⁶⁷ De ésta forma tenemos que la Culpa ocurre al momento de que se causa un resultado típico sin tener la intención de producirlo y se produce por imprudencia o falta de cuidado.

El artículo 14 del **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE EN EL ESTADO**, establece el concepto de culpa en los siguientes términos: “Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiado en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea

⁶⁶ **IBIDEM.** p.247

⁶⁷ **IDEM.**

debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales”.

3.6.2.1 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.

3.6.2.2 CLASES DE CULPA.

CULPA CONSCIENTE O CON PREVISIÓN.- En este tipo de culpa existe previsión, solo que el agente no esta interiormente de acuerdo con la producción de un resultado, sino que espera que éste no se dará. La falsa esperanza que alimenta el activo descansa en el descuido o desatención de un deber concreto.

Existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, solamente que el no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no ocurrirá. Hay voluntariedad de la conducta causal y representación de la posibilidad del resultado; éste no se quiere, se tiene la esperanza de su no producción.

Existe en la mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

CULPA INCONSCIENTE O SIN PREVISIÓN.- Consiste en la no previsión de un resultado típico previsible, por desatención a un deber de cuidado, ya sea por imprudencia o negligencia.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado de naturaleza previsible. Es una conducta en donde no se prevé lo previsible y evitable, pero mediante la cual se produce una consecuencia penalmente tipificada.

3.7 DEFINICIÓN DE INCULPABILIDAD.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad. Es decir, la falta de irreprochabilidad ante el Derecho Penal.

Para **JIMÉNEZ DE ASÚA** la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.⁶⁸

Para **EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT** la inculpabilidad se va a dar cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.⁶⁹

De ésta forma se presente la ausencia de la Culpabilidad cuando se encuentra ausentes sus elementos esenciales como son el conocimiento y la voluntad, pero tampoco será una conducta culpable si faltan algunos de los demás elementos del delito o que sea imputable el sujeto.

⁶⁸ **IBIDEM.** p. 257

⁶⁹ **LÓPEZ BETANCOURT.** Op. Cit. Supra (20). p. 236.

3.8 CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Como causas de inculpabilidad tenemos el error de hecho y la coacción.

a) 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.

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.

CAPÍTULO CUARTO

PUNIBILIDAD

CAPÍTULO CUARTO

PUNIBILIDAD

4.1 CONCEPTO 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. También se utiliza la palabra “punibilidad”, con menos propiedad para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito.

En otros términos: Es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada; se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del Jus Punuendi); igualmente se entiende por punibilidad, en forma menos apropiada, la consecuencia de dicha conminación, es decir, la acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes.⁷⁰

En la cátedra del **LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE** en la Facultad de Derecho de la Universidad Lasallista Benavente afirmo:

No se debe confundir el concepto Punibilidad con el concepto punición.

El acto de punir es la concretización de la pena, es cuando el juez de acuerdo a las probanzas aportadas al expediente y a la peligrosidad del sujeto activo determina entre el mínimo y el máximo cual es la pena aplicable y por punibilidad también debemos de entender el señalamiento de la pena que va del mínimo al máximo establecida en los tipos penales.

⁷⁰ **CASTELLANOS**. Op. Cit. p. 275.

Por lo tanto no es lo mismo punibilidad que punición.

CUELLO CALÓN considera que la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo.⁷¹

Para **EDUARDO LÓPEZ BETANCOURT** la Punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal.⁷²

4.2 PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO O CONSECUENCIA DEL DELITO.

Discusión en la doctrina ha suscitado el problema de si la punibilidad es o no elemento esencial del delito. Se ha argumentado que es un error sostener que es una característica substancial, toda vez que una cosa es el delito y otra la sanción, por lo anterior se ha considerado que la Ley penal en sentido propio tiene dos partes. A la que describe al delito, se le denomina figura delictiva y a la parte que contiene la pena se le llama punibilidad. Se trata entonces del establecimiento en abstracto de la sanción, no de su aplicación concreta (punición), ni menos de su compurgamiento (pena).

La punibilidad es característica esencial del delito, porque la conminación abstracta de la sujeción a una sanción forma parte de su sustancia. Un delito sin sanción no es delito, una norma sin sanción no es norma, es mera recomendación. Existen diversas opiniones sobre la punibilidad, respecto al lugar que ocupa en el Derecho.

Por algún tiempo fue tema obligado el establecer la ubicación de la punibilidad en la teoría del delito, pues una corriente de pensadores, consideraba

⁷¹ **LÓPEZ BETANCOURT**. Op. Cit. Supra (20). p. 263.

⁷² **IDEM**.

que debería asignársele un lugar como elemento del delito, es decir, que el delito debe integrarse por un hecho o conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

En apoyo a esta consideración se argumentaba que una norma para que sea perfecta, debe contener precepto o supuesto y sanción, si no incluye la sanción, la norma jurídica sería perfecta.

Para **RAÚL CARRANCA**, la pena es la relación de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de la enfermedad el uso de una determinada medicina, ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero un acto no es punible por ser delito.

Sin embargo, actualmente, la mayoría de los penalistas consideran a la punibilidad como una consecuencia del delito.

4.3 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.

4.4 CONCEPTO DE PENA.

- Existen diversas definiciones se sobre la pena al respecto el maestro **FERNANDO CASTELLANOS**, manifiesta “la pena es el castigo legalmente impuesto por el estado al delincuente, para conservar el orden jurídico.”⁷³
- Para **FRANZ VON LISZT**, “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.”⁷⁴
- Según **CUELLO CALÓN**, señala que la pena “es el sufrimiento impuesto por el estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.”⁷⁵
- Para **OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL**, citada por **PLACENCIA VILLANUEVA**, la pena es “la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano Ejecutivo para la prevención especial, determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización”⁷⁶

⁷³ **CASTELLANOS**. Op. Cit. Supra (1). p. 318.

⁷⁴ **ÍDEM**.

⁷⁵ **ÍDEM**.

⁷⁶ **PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL. TEORÍA DEL DELITO**. Ed. UNAM. México .1998. p. 180.

4.5 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

El Artículo 38 del **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO** señala un catálogo de las penas que podrán imponerse haciendo mención a las siguientes:

I. PRISIÓN.- Es la privación de la libertad personal, en la institución penitenciaria que el Ejecutivo del Estado designe.

II. SEMILIBERTAD.- Consiste en alternar períodos de libertad con períodos de prisión.

III. TRABAJO A FAVOR DE LA COMUNIDAD.- Consiste en la prestación de servicios no remunerados, en Instituciones Públicas o en Instituciones Asistenciales Privadas.

IV. SANCIÓN PECUNIARIA.- Esta puede ser :

a. MULTA.-Es el pago al Estado de una suma de dinero que se fije en la sentencia por días de multa.

b. LA REPARACIÓN DEL DAÑO.- Esta comprende:

1. La restitución de la cosa obtenida por el delito, con sus frutos y acciones, así como el pago en su caso, de deterioros y menoscabos sufridos.
2. El pago del daño material causado, incluyendo el de los tratamientos curativos médicos y psicológicos que sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima y sean consecuencia del delito.
3. El pago del daño moral.
4. La indemnización de los perjuicios ocasionados.
5. El pago del valor de las obras necesarias para introducir los servicios básicos, el de los lotes que se encuentren afectados por el Plan de Desarrollo Urbano Municipal y el de las obras necesarias para dar acceso vial al predio.

V. DECOMISO DE LOS INSTRUMENTOS DEL DELITO Y DESTRUCCIÓN DE COSAS PELIGROSAS Y NOCIVAS.- Consiste en la pérdida de la propiedad o de la posesión de los instrumentos u objetos del delito a favor del Estado.

VI. SUSPENSIÓN, PRIVACIÓN E INHABILITACIÓN DE DERECHOS, DESTITUCIÓN O SUSPENSIÓN DE FUNCIONES O EMPLEOS E INHABILITACIÓN PARA SU EJERCICIO Y DESEMPEÑO.- La suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos, funciones, cargos, empleos o comisiones que se estén ejerciendo. La privación de derechos estriba en su pérdida definitiva. La destitución consiste en la separación definitiva de las

funciones, cargos, empleos o comisiones públicos que se estén ejerciendo. La inhabilitación implica una incapacidad legal temporal o definitiva para obtenerlos y ejercerlos.

VII. PROHIBICIÓN DE IR A UNA DETERMINADA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL O DE RESIDIR EN ELLA.- El Tribunal tomando en cuenta las circunstancias del delito y las propias del delincuente, podrá disponer que éste no vaya a una determinada circunscripción territorial o que no resida en ella.

VIII. LAS DEMÁS QUE PREVENGAN LAS LEYES.

4.6 FINALIDAD DE LA PENA.

Indudablemente el fin último de la pena es la salvaguarda del bienestar de la sociedad y para conseguirlo, la pena debe ser:

a).- **INTIMIDATORIA:** Es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación.

b).- **EJEMPLAR:** Al servir de ejemplo a los demás y no solo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal.

c).- **CORRECTIVA:** al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educaciones adecuadas, impidiendo así la reincidencia.

d).- **ELIMINATORIA:** Ya sea temporal o definitivamente, según que el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles y;

e).- **JUSTA:** Pues la injusticia acarrearía males mayores, no solo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el derecho realice elevados valores entre los cuales la justicia, la seguridad y el bienestar sociales.

4.7 ASPECTOS NEGATIVOS: EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito a pesar de haberse integrado en su totalidad carezca de punibilidad⁷⁷, son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.

En presencia de las excusas absolutorias, los elementos esenciales del delito que son: conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; permanecen inalterables; solamente se excluye la posibilidad de punición.

Algunas Excusas Absolutorias más comunes son:

A. **EXCUSA DE LA RELACIÓN DE MÍNIMA TEMIBILIDAD.** El artículo 196 del código penal vigente en el Estado establece que cuando el valor de lo robado no exceda de 20 días de salario mínimo vigente en la fecha de los hechos, y sea reparado el daño en las etapas de averiguación previa o de instrucción, no será punible la conducta. La razón de esta excusa debe buscarse en que la restitución espontánea es una muestra objetiva del arrepentimiento y de la mínima temibilidad del agente.

⁷⁷ JIMENEZ DE ASÚA. Op. Cit. Supra (51). p. 27.

B. EXCUSA EN RAZÓN DE LA MATERNIDAD CONSCIENTE. El artículo 163 del código penal vigente en el Estado establece que: no es punible el aborto causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea el resultado de una violación.

C. OTRAS EXCUSAS POR INEXIGIBILIDAD.

ARTÍCULO 253.- Se impondrá de tres meses a cinco años de prisión y de 10 a 50 días de multa, a cualquier persona que en la promoción, declaración, informe, peritaje, traducción o interpretación que haga ante la autoridad competente, se conduzca falsamente, oculte o niegue intencionadamente la verdad, siempre que con ello se afecte el procedimiento o su materia, se le impondrá de tres meses a cinco años de prisión y de diez a cincuenta días multa. Siendo no aplicable lo previsto en este artículo a quien tenga el carácter de inculpado.

Otros artículos del código penal para el Estado de Guanajuato en que se señalan excusas absolutorias son:

ARTÍCULO 270.- Están exentos de pena los ascendentes del evadido, sus descendiente, cónyuge, concubinario o concubina y hermanos, excepto en el caso de que hayan proporcionado o favorecido la fuga por medio de violencia o que fueran los encargados de conducir o custodiar al evadido.

ARTÍCULO 277.- No se sancionarán las conductas descritas en este capítulo, si se trata de:

I. Parientes en línea recta ascendente o descendente, consanguínea, afín o por adopción.

II. El cónyuge, concubinario o concubina y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo.

III. Quienes estén ligados con el agente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. La excusa no favorecerá a quien obre por motivos reprobables o emplee medios delictuosos.

ARTÍCULO 231.- Se aplicará de diez días a dos años de prisión y de diez a cuarenta días multa, a quien indebidamente:

I. Abra, intercepte o retenga una comunicación que no le esté dirigida.

II. Accese, destruya o altere la comunicación o información contenida en equipos de cómputo o sus accesorios u otros análogos.

No se impondrá pena alguna a quienes ejerciendo la patria potestad o la tutela, ejecuten cualquiera de las conductas antes descritas, tratándose de sus hijos menores de edad o de quienes se hallen bajo su guarda.

Se requerirá querrela de parte ofendida cuando se trate de ascendientes y descendientes, cónyuges o concubinarios, parientes civiles o hermanos.

ARTÍCULO 155.- El homicidio y las lesiones culposos no serán punibles cuando el sujeto pasivo sea cónyuge, concubinario o concubina, ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano o pariente por afinidad hasta el segundo grado, adoptante o adoptado del activo. Cuando el pasivo sea pariente colateral hasta el cuarto grado o esté unido con estrecha amistad con el activo, sólo se perseguirá por querrela.

El homicidio y las lesiones culposas serán punibles cuando el activo hubiese obrado bajo el influjo de bebidas embriagantes, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o abandone injustificadamente a las víctimas.

CAPÍTULO QUINTO
ANTI JURICIDAD Y SU AUSENCIA

CAPÍTULO QUINTO

ANTI JURICIDAD Y SU AUSENCIA

5.1 CONCEPTO DE ANTIJURICIDAD.

Como la Antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a Derecho.⁷⁸

Para **CUELLO CALÓN** la Antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el derecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada.⁷⁹

Para **CARLOS BINDING** el Delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal.⁸⁰

En la cátedra del **LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE** en la Facultad de Derecho de la Universidad Lasallista Benavente afirmó:

La antijuridicidad se ha definido doctrinariamente como la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico. Para considerar la existencia de la antijuridicidad, se toma en cuenta a la conducta con su factor rector, que es la voluntad como generadora de la comisión o de la omisión, pero sin tomar en cuenta lo que el sujeto quiere o pretende.

⁷⁸ **CASTELLANOS.** Op. Cit. Supra (1). p. 178

⁷⁹ **IDEM.**

⁸⁰ **IBIDEM.** p. 179.

Indudablemente, la antijuridicidad es un elemento objetivo del delito y se ha dicho que ello es en virtud de la relación de contradicción con las normas objetivas del derecho; pero además se ha dicho que la antijuridicidad es objetiva en virtud de que la relación de contradicción se encuentra establecida en la propia Ley; al establecer las llamadas causas de justificación en las normas objetivas del código sustantivo. Por lo que toda conducta típica puede ser antijurídica, siempre y cuando no exista una causa que la justifique.

5.2 DOCTRINAS RELACIONADAS CON LA ANTIJURICIDAD.

a) **CARLOS BINDING**, “descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto ¿qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro?, estar de acuerdo con el tipo penal de homicidio. No se vulnera la ley, pero si se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: no matarás. Si se mata o se roba se quebranta la norma, más no la ley. Por eso BINDING decía: La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe”.⁸¹

b) **MAX ERNESTO MAYER**, “dice la antijuridicidad es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Pretende dar un contenido ético a un concepto eminentemente jurídico; para él la norma cultural comprende costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos.”

82

⁸¹ IDEM
⁸² IDEM.

Si consideramos que lo antijurídico aparece aún cuando no se contradigan las normas, no serían acertadas las tesis de **BINDING y MAYER**; como por ejemplo si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley anti-religiosa en un pueblo eminentemente creyente) o una ley que prohibiera el saludo en la vía pública; los infractores realizarían una conducta antijurídica en nada violatoria de las normas de cultura.

Por eso y sobre todo la concepción de **MAYER**, en donde la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole las normas; puede haber actos formalmente antijurídicos, que como vimos, no infringen los valores colectivos. Lo que ocurre en realidad, es que **BINDING y MAYER** presintieron el doble contenido de la antijuridicidad: formal y material. Esto no significa que se admitan dos antijuridicidades, una de forma y otra de fondo.

Lo antijurídico entraña un juicio unitario, pero nada impide percibir dos aspectos, por eso **JIMÉNEZ HUERTA**, señala que “sin contrariedad formal con un mandato o prohibición del orden jurídico no puede formularse un juicio desvalorativo sobre una conducta”, pero expresa el mismo jurista, que no es suficiente tal contradicción para integrar la esencia del acto antijurídico, “lo que contradice dicho orden ha de representar una sustancial negación de los valores sociales que nutren el contenido y la razón de ser del orden jurídico”.⁸³

⁸³ **IBIDEM.** p. 180.

5.3 CLASES DE ANTIJURICIDAD.

La antijuridicidad constituye un concepto único, sin embargo, **LISZT** elabora una doctrina dualista acerca de ésta; distinguió entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

“**FRANZ VON LISZT** señala que un acto será FORMALMENTE ANTIJURÍDICO cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado, y MATERIALMENTE ANTIJURÍDICO en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos”⁸⁴, de acuerdo a lo anterior la antijuridicidad se puede dualizar de la siguiente manera:

A) **ANTI JURIDICIDAD FORMAL.-** Constituye la contradicción de la conducta típica con la norma, es la acción que viola una norma, un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico.

B) **ANTI JURIDICIDAD MATERIAL.-** Existe cuando se viola los intereses de la colectividad.

Se afirma pues además que en la antijuridicidad existe un doble aspecto; la rebeldía en contra de la norma jurídica que se traduce en la antijuridicidad formal y el daño o el perjuicio social que es causado por dicha rebeldía que se traduce en la antijuridicidad material.

5.4 AUSENCIA DE LA ANTIJURICIDAD.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y, sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de

⁸⁴ **IBIDEM.** p. 181

justificación. Por lo tanto, las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.⁸⁵

Esto se traduce en que toda conducta típica amparada por una causa de justificación se justifica y consecuentemente resulta lícita, por lo que podemos decir que las causas de justificación provocan la licitud de una conducta típica.

Las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren siempre al hecho y nunca al sujeto; ya que atañen a la realización externa.

Por lo que siguiendo la teoría formalista de MEZGER podemos decir que la conducta típica que es beneficiada con la causa de exclusión del injusto, no es antijurídica, de igual manera no es antijurídica una acción que no es desde un principio típica, ya que se estima que en tales casos no existe una lesión corporal, un homicidio, o en sus caso una privación de la libertad, que pudieran considerarse antijurídicos, y que a consecuencia de la causa de exclusión del injusto haya convertido en legítimos.

Por lo que el injusto puede faltar al hecho si éste tiene, desde un principio una característica que suprime el injusto, lo que MEZGER señala como “Principio de la ausencia del injusto”, el cual adquiere significación en los siguientes casos:

5.5 EXCLUYENTES SUPRALEGALES.

A las eximentes de responsabilidad no expresamente señaladas en la Ley se llaman “supralegales”, que son aquellas que la doctrina designa como

⁸⁵ IDEM.

causas impeditivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica.

La enumeración expresa de las causas excluyentes de responsabilidad en las leyes no tiene carácter limitativo; antes bien, es puramente enunciativa. Todas aquellas causas que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitarán su configuración. Sólo tratándose de las justificantes no puede hablarse de causas supralegales.

5.6 ASPECTOS NEGATIVOS: CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las condiciones que son capaces de eliminar lo antijurídico a una conducta típica son las causas de justificación y representan un aspecto negativo del delito ya que en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito: la antijuridicidad.

Debido al doble carácter de la antijuridicidad (material y formal) ésta sólo puede desaparecer por una declaración expresa del legislador, por eso el Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por eso para **EDMUNDO MEZGER** la exclusión de la antijuridicidad se funda, en dos aspectos:

a) LA AUSENCIA DE INTERÉS.- Ocasionalmente, el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces si es válido el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos, por tal motivo resulta idóneo excluir la

antijuridicidad. En estos casos se encuentra ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

Hay que reconocer que, en la mayoría de los casos, el consentimiento válido hace desaparecer incluso la tipicidad, puesto que al amparar el libre ejercicio de una facultad de disposición personal o patrimonial no deja de apuntarse en el tipo mismo el elemento de violencia, de fraude o de abuso de confianza que constituyen la razón de ser de la prohibición legal; sin embargo, no faltan los casos en que el carácter de atentado o la falta de consentimiento quizá se da por supuesto y no se menciona en el tipo violación de correspondencia, privación transitoria de la libertad, daño el propiedad ajena, siendo por ello conveniente anotar, como noción general, la naturaleza de esta excluyente y las formas en que actúa.

Al respecto el ARTÍCULO 33 fracción IV del Código Penal vigente para el Estado de Guanajuato, establece: “El delito se excluye cuando: ... IV.- Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que puedan disponer lícitamente los particulares;”...

b) EN FUNCIÓN DEL INTERÉS PREPONDERANTE.- Se presenta cuando existen dos intereses incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos sean salvados, opta por el de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. En esto se basa el fundamento de las siguientes justificantes: a) Legítima Defensa; b) Estado de Necesidad; y c) Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

Como ya hemos dicho las causas de Justificación recae en la acción realizada, por esto tienen como características que:

1.- SON OBJETIVAS, se refieren al hecho, recaen sobre la acción realizada, se ocupan de la exteriorización de la acción.

2.-SON REALES, esta se refiere a los actos que favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfecta jurídica, acorde con el derecho.

3.-SON PERSONALES, si bien no dan lugar a incriminación, es decir que su conducta se encuentra protegida por una causa de justificación y por lo tanto esta conforme a derecho.

5.6.1 LEGÍTIMA DEFENSA. CONCEPTO.

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 CALÓN** es legítima defensa, la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.⁸⁶

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 AZÚA** la legítima defensa es la 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.⁸⁷

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.⁸⁸

El Artículo 33 de nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO**, 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 impedirle”.

⁸⁶ GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1985. p. 150-160

⁸⁷ CASTELLANOS. Op. Cit. Supra (1). p. 289

⁸⁸ IBIDEM. p. 191

5.6.1.1 ELEMENTOS.

- 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 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.

5.6.1.2 CLASIFICACIÓN.

Podríamos hablar de diferentes clases de **LEGÍTIMA DEFENSA**, en tal sentido ubicamos a las siguientes:

a) **LEGÍTIMA DEFENSA PROPIA:** Se alude a la que se ejercen estricta defensa de bienes jurídicos propios. Por ejemplo: el transeúnte que es

victima de robo y esta siendo amagado con un arma de fuego y al tratar de defenderse inicia una lucha con su agresor logrando derribarlo al suelo, lo cual ocasiona que el asaltante accione el arma de fuego y se provoque la muerte.

b) **LEGÍTIMA DEFENSA IMPROPIA:** Aquí se alude al hecho de causar un daño a quien por cualquier medio, sin derecho, trate de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, el cual no es propiedad de quien ejerce la legítima defensa, pero que tiene la obligación de defender.

c) **LEGÍTIMA DEFENSA PRESUNTIVA:** La ley establece en algunos casos los supuestos bajo los cuales resulta factible suponer *juris tantum*, que puede ejercerse la legítima defensa en atención a las circunstancias presentes. Por ejemplo: cuando se causa un daño a quien encuentra en su hogar a una persona en circunstancias tales que revelan la probabilidad de una agresión.

d) **LEGÍTIMA DEFENSA DERIVADA DE LA CALIDAD DE GARANTE:** La propia ley establece la calidad de garante a ciertos sujetos, en el sentido de una obligación de resguardar determinados bienes jurídicos, en tal sentido la respuesta a la agresión más que atender a una respuesta derivada de los buenos sentimientos de solidaridad por parte del agente para defender determinados bienes jurídicos, deriva del carácter y la relación que guarda con respecto del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

5.6.1.3 PRESUNCIÓN DE LEGÍTIMA DEFENSA.

“Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.⁸⁹

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

5.6.1.4 EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El **MAESTRO SOLER** 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.⁸⁹

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 ésta protege la posibilidad de que dañen los bienes jurídicamente protegidos.

⁸⁹ **IBIDEM.** p. 197

⁸⁹ **IBIDEM.** p. 198

5.6.1.5 PROBLEMÁTICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Son cuestiones que constituyen confusión por falta de uniformidad de criterios al respecto, las situaciones que con relativa frecuencia se presentan son:

a) **RIÑA Y LEGÍTIMA DEFENSA:** La riña es la contienda entre dos o más personas, pero tiene que ser de obra, no de palabra, la riña es una contienda en que ambos sujetos se hayan en igualdad de circunstancias y los protagonistas se colocan al margen de la ley al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias, y por lo mismo las dos actitudes son antijurídicas, a diferencia de la legítima defensa, en la cual hay un agresor y un agredido, y requiere para su existencia de una conducta lícita, frente a una injusta agresión; de ahí que la riña excluya la defensa legítima.

b) **LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA:** No puede presentarse dicha figura jurídica, debido a que la ley, entre los requisitos señalados para integrarla, exige que no haya habido provocación, y en esta hipótesis si la hay. Por otra parte la fundamentación de la legítima defensa impide la existencia de un círculo vicioso.

c) **LEGÍTIMA DEFENSA RECÍPROCA:** No es admisible que cada sujeto realice dos figuras de legítima defensa, de manera paralela en una misma conducta, quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agresor contraataca; su acto consistiría en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuricidad.

d) **LEGÍTIMA DEFENSA DEL INIMPUTABLE** : Es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe de ser valorada objetivamente y dársele, en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele.

e) **LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA INIMPUTABLES**: Si procede la legítima defensa contra inimputables aún cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarle las capacidades de conocimiento y voluntad, pues el agredido no tiene obligación de cerciorarse de la edad o padecimiento mental que tenga su agresor, por lo cual actuara conforme a la tutela de esta circunstancia que exime la antijuricidad, además se debe de tener presente que la naturaleza de esta figura es objetiva.

5.6.2 ESTADO DE NECESIDAD. CONCEPTO.

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”.⁹⁰

Ha sido reconocido desde hace siglos bajo la fórmula 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

⁹⁰ VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª ed. Ed. Porrúa. México. 1990. p. 373

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 SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO**, el cual a la letra dice:

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.**

5.6.2.1 ELEMENTOS.

a) 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.

b) 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.

c) QUE LA AMENAZA RECAIGA SOBRE CUALQUIER BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO (propio o ajeno) y

d) Por último, QUE NO EXISTA OTRO MEDIO PRACTICABLE Y MENOS PERJUDICIAL PARA ELIMINAR EL PELIGRO.

5.6.2.2 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, contraataque 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.

5.6.2.3 CASOS ESPECÍFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

El **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL**, además de la forma genérica que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: **EL ABORTO TERAPÉUTICO Y EL ROBO DE FAMILIAR**.

a) **ABORTO TERAPÉUTICO:** Este es también llamado aborto necesario, de acuerdo al **ARTÍCULO 334** del Código en mención, consiste en lo siguiente:

“No se aplicara sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora”.

Se trata de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la vida del ser en formación; se sacrifica el bien menor para salvar el de mayor valía, en tal caso, el estado de necesidad ocurre en función de sacrificar un bien (la vida del producto de la concepción) para salvar otro,

que es la vida de la madre, quien corre peligro. Para algunos, este caso plantea dos bienes jurídicos de jerarquía diversa, de modo que es mayor la vida de la madre que la del producto; para otros, ambos bienes son de idéntica valía, y para otros más el bien superior es la vida del producto.

Algunos consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

b) EL ROBO DE FAMÉLICO: También llamado robo de indigente, de acuerdo al **ARTÍCULO 379 DEL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL**, señala lo siguiente:

“No se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento”.

Se trata del robo de cosas que puedan satisfacer alguna necesidad apremiante, no sólo alimentos, sino también objetos que resulten indispensables en un momento dado para salvar un bien jurídicamente tutelado, como medicamentos, agua, oxígeno, ropas e incluso dinero.

Existen divisiones de opiniones con respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del robo de famélico, unos opinan que se trata de una excusa absolutoria, para otros constituye una justificante por estado de necesidad.

5.6.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO. CONCEPTO.

Se encuentra contemplado como una causa de justificación atendiendo a que en 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 esté 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 correspondientes por lesiones se le suspenderá y privará del ejercicio de estos derechos.

Del mismo modo encontramos dicha causa de justificación en nuestro **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO 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 está 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.

5.6.3.1 CASOS DE LAS JUSTIFICANTES POR DERECHO O POR DEBER.

Existen hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, **LAS LESIONES Y EL HOMICIDIO COMETIDOS EN LOS DEPORTES O COMO CONSECUENCIA DE TRATAMIENTOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS Y UN TIPO DE LESIONES INFERIDAS CON MOTIVO DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR**, a continuación se desarrollaran más ampliamente.

a) **HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES:** Existen ciertas clases de deportes como la natación, la equitación, que se realizan sin necesidad de entablar una lucha o contienda violenta entre varios participantes para la obtención del triunfo; es claro que si el deportista resulta lesionado, no puede existir problema de incriminación, por ser las lesiones causales o deberse exclusivamente a la propia imprudencia del perjudicado.

Otro grupo de deportes como la esgrima, el polo, el foot ball, se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario, en estos deportes los contendientes tratan de obtener el triunfo, no de lesionar,

pero como el riesgo de lesiones es muy grande porque supone dentro del juego el ejercicio de la violencia, la solución para estas lesiones inferidas en estas actividades, se debe de encontrar en la ausencia del elemento moral; en efecto cuando los jugadores, sin intención de lesionar, sin contravenir imprudentemente las reglas del juego, lesionan a otro participante, no pueden ser imputados como autores del delito por no haber obrado intencional o imprudentemente.

Por último, algunos otros deportes, como la lucha libre, el boxeo, las artes marciales, se realiza en la misma forma violenta, pero dentro de la finalidad del juego está la de que uno de los contendientes lesione consciente y voluntariamente a su adversario; a un luchador, boxeador, un karateca, le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, solo podemos fundar la justificación en la ausencia de la antijuricidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga por su enseñanza en algunos institutos oficiales. Se trata pues de una verdadera justificación, los deportistas actúan en ejercicio de un derecho concedido por el Estado.

b) **LESIONES INFERIDAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR: EL CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO DEL DISTRITO FEDERAL,** reglamentaba que las lesiones inferidas por quienes ejercieran la patria potestad o la tutela y en ejercicio del derecho de corregir, no serían punibles si de las (que tarden en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la

vida), y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. Funcionaba como causa de justificación.

El **CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL**, impone a quienes ejercen la patria potestad o la tutela, la obligación de educar y corregir a sus hijos o pupilos, la reforma derogó el precepto, por lo que de conformidad con la ley, ya no es excluyente de responsabilidad, a pretexto del ejercicio del derecho de corregir, lesionar a los niños; antes bien dispone: “Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos”.

c) **LESIONES CONSECUTIVAS DE TRATAMIENTOS MÉDICO-QUIRÚRGICOS:** Las lesiones causadas con motivo de intervenciones médico-quirúrgicas, se han sostenido diferentes criterios. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia, El argumento es inatendible, por ser el Derecho Penal de interés público y por lo mismo el consentimiento de la víctima o de sus representantes es irrelevante, salvo tratándose de los llamados delitos de querrela necesaria, entre los cuales no figura el de lesiones.

Para tener un delito como intencional, es suficiente que el sujeto activo se proponga producir la lesión, se dice que esas lesiones se causan en el ejercicio de una profesión autorizada por la ley, criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando

operaciones de emergencia, propias de una profesión a la cual son completamente ajenas; se trata más bien de un Estado de Necesidad.

La antijuricidad 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 (expresa o tácita); la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva.

5.6.4 CONSENTIMIENTO VÁLIDO DEL SUJETO PASIVO SIEMPRE Y CUANDO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO ESTÉ A SU DISPOSICIÓN. CONCEPTO.

Y por último esta causa de justificación se encuentra establecida en el Artículo 33, fracción IV del **CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO** el cual señala que:

Artículo 33 el delito se excluye cuando:

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

Es decir, que el bien jurídico se encuentre disponible y sea lícito, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, 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.

5.6.4.1 REQUISITOS.

a) Que el bien jurídico sea disponible.

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

CONCLUSIONES

El estudio realizado con motivo al problema de si la conducta típica amparada bajo una causa de justificación, es considerada lícita desde un principio, trajo consigo que una vez analizados todos y cada uno de los temas que comprende mi proyecto de investigación de tesis, concluya que:

La conducta típica esté en aparente oposición al derecho, sin embargo ésta no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación, por lo que las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad, la cual se encuentra en todo el orden jurídico, y tiene un doble carácter: uno material y otro formal; el material se refiere a la oposición de la conducta a la norma, y el formal se refiere a la declaración hecha por el Estado, de manera escrita. Así pues que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Y siguiendo la teoría formalista de Mezger podemos decir que las causas de justificación provocan la licitud desde el principio de la conducta típica, ya que el delito no es lo contrario a la ley, sino mas bien el acto que se ajusta a lo previsto en la Ley Penal. No se vulnera la ley, se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley.

Solo se puede considerar un hecho como antijurídico si realiza un tipo jurídico-penal y no existe una causa de exclusión del injusto; pero cuando el hecho puede beneficiarse con una causa de exclusión del injusto, éste es, en sentido jurídico-penal, tan inexistente, como cuando falta desde un principio, la tipicidad.

Es por ello que ante la pregunta ¿Si la conducta típica amparada bajo una causa de justificación es lícita desde un principio, la respuesta sería que sí, toda vez que la conducta realizada, a pesar de su apariencia resulta conforme a derecho, ya que el acto se ajusta a lo establecido en la Ley Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **AMUCHATEGUI REQUENA I. GRISELDA. DERECHO PENAL.** 3ª. ed. Ed. Oxford. México. 2006. p.p 418

- 2.-**CARRANCA Y TRUJILLO. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE GENERAL.** 10ª.ed.Ed. Porrúa. México. 1972. p.p 390

- 3.-**CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.** 44ª.ed. Ed. Porrúa. México. 2003. p.p 363

- 4.-**CUELLO CALÓN EUGENIO. DERECHO PENAL. T I.** 8ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1980. p.p 787

- 5.-**GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO.** 8ª. ed. Ed. Porrúa. México.1985. p.p 419

- 6.-**GUISEPPE MAGGIORE. DERECHO PENAL. VOL I.** Ed. Temis. Bogotá. Colombia. 1954. p.p 487

- 7.-**JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS. TRATADO DE DERECHO PENAL III.** 2ª. ed. Ed. Losada. Buenos Aires. Argentina. 1958. p.p 338

- 8.- LISZT FRANZ VON. TRATADO DE DERECHO PENAL. T I. 20ª. ed. Ed.**
Reus. Madrid. 1926. p.p 297
- 9.-LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO.INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL.**
5ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1997. p.p 303
- 10.-MORENO MOISES. TEORÍA DEL DELITO. 2ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1975.**
p.p 158
- 11.-MUÑOZ CONDE FRANCISCO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. 2ª. ed. Ed.**
Temis. Colombia.1999. p.p 190
- 12.-PLASCENCIA VILLANUEVA RAÚL. TEORÍA DEL DELITO. Ed. UNAM.**
México. 1998.p.p 297
- 13.- PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA
PARTE GENERAL DEL
DERECHO PENAL. 15ª. ed.**
Ed. Porrúa. México. 1993. p.p
375
- 14.-REYNOSO DÁVILA ROBERTO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. 2ª. ed.**
Ed. Trillas. México. 1990. p.p 362
- 15.-VELA TREVIÑO SERGIO. ANTIJURICIDAD Y JUSTIFICACIÓN. 3ª. ed. Ed.**
Trillas. México. 1990. p.p 415
- 16.-VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª. ed. Ed.**
Porrúa. México. 1990.p.p 654

LEGISLACIÓN

1.- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CÓDIGO PENAL FEDERAL.

2.- GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.

3.- DISTRITO FEDERAL. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.

4.- DISTRITO FEDERAL. CÓDIGO CIVIL SUSTANTIVO

5.- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSTITUCIÓN POLÍTICA