



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 8793-09

**“LA NO PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA
DEL DELITO IMPOSIBLE”**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

SANDRA JAQUELINE SEGURA MIRANDA

Asesor:

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS

Celaya, Gto.

Abril 2013



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.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO.

DERECHO PENAL.

1.1 El Derecho Penal y sus generalidades.	1
1.2 Concepto de Derecho Penal.	2
1.3 El Derecho Penal y otras disciplinas.	4
1.4 Puntos de Vista en que se puede apreciar el Derecho Penal.	5
1.5 Evolución de la Definición Dogmática del Delito.	6
1.5.1 Definición del Delito.	8
1.5.2 Elementos Positivos y Aspectos Negativos del Delito.	12

CAPÍTULO SEGUNDO.

TEORÍA DEL DELITO.

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

(Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad).

A) Conducta y su ausencia.

2.1 Conducta.	14
2.1.1 Acción.	17
2.1.2 Omisión.	18
2.1.3 Ausencia de Conducta.	20
B) Tipicidad y su ausencia.	
2.2 Concepto de tipicidad.	23
2.2.1 Tipo Penal.	26
2.2.2 Elementos del Tipo Penal y su concepto del Delito.	26
2.2.3 Clasificación de los tipos penales.	33
2.2.4 Atipicidad.	35
C) Antijuricidad y su ausencia.	
2.3 Antijuridicidad.	36
2.4 Causas de Justificación.	41
(Legítima Defensa, Estado de Necesidad, Cumplimiento de un deber, Ejercicio de un Derecho, Consentimiento válido del sujeto pasivo).	

CAPÍTULO TERCERO.

TEORÍA DEL DELITO.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

(Imputabilidad, Culpabilidad).

A) Imputabilidad y su ausencia.

3.1 Definición de Imputabilidad. 54

3.2 La Responsabilidad. 56

3.3 Inimputabilidad. 57

3.4 Causas de Inimputabilidad. 58

B) Culpabilidad y su ausencia.

3.5 Definición de culpabilidad. 64

3.6 Naturaleza jurídica de la Culpabilidad. 65

(Teoría Psicologista y la Teoría Normativista).

3.7 Formas de culpabilidad. Dolo y Culpa. 71

3.7.1 Dolo. 71

3.7.1.1 Elementos del Dolo. 71

3.7.1.2 Clases de Dolo. 72

3.7.1.3 Dolo en el Código Penal para el Estado de Gto. 73

3.7.2 La culpa.	74
3.7.2.1 Elementos de la Culpa.	74
3.7.2.2 Clases de culpa.	74
3.7.2.3 Culpa en el código penal para el Estado de Gto.	75

CAPÍTULO CUARTO.

INCULPABILIDAD.

4.1 Inculpabilidad.	77
4.2 Causas de Inculpabilidad.	78
4.3 Inculpabilidad en el sistema clásico o causalista y en el sistema Neoclásico o Normativista.	80
a) El error.	80
b) La coacción.	80
4.4 Inculpabilidad en el Código Penal vigente para el Estado de Gto.	83
4.5 Error de Hecho esencial y la coacción como causas supralegales de inculpabilidad en el Código Penal vigente para el Estado de Gto.	85
4.6 La Exigibilidad.	

CAPÍTULO QUINTO.

FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

5.1 Formas de aparición del Delito.	94
5.2 Formas especiales de aparición del Delito.	96
5.3 Participación criminal en sentido amplio.	96
5.4 Concurso de delitos.	99
5.5 La Tentativa.	100

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo de investigación se tratará de determinar si la tentativa en el delito imposible debe de ser punible o no. El presente trabajo está constituido de cinco capítulos de los cuales el primero de ellos habla de las generalidades del derecho penal, el segundo trata de los elementos objetivos del delito como son la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad conjuntamente con sus aspectos negativos; el tercero de los capítulos trata de los elementos subjetivos del delito como son la imputabilidad y la culpabilidad y el capítulo cuarto trata del aspecto negativo de la culpabilidad por lo que respecta al sistema clásico, sistema neo-clásico de la dogmática penal alemana y la inculpabilidad en el código penal sustantivo para el estado de Guanajuato; y así en el capítulo cinco se hablará precisamente de las formas de aparición del delito tanto de las formas normales o comunes como las especiales, terminando con el análisis de la tentativa como forma especial de aparición del delito.

Sandra Jaqueline Segura Miranda.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO PENAL

1.1 EL DERECHO PENAL Y SUS GENERALIDADES.

El surgimiento del Derecho penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad.

El crimen nace con el hombre, cuando todavía no existía un orden jurídico, ni una sociedad organizada.

Para el hombre quizás no exista otra rama del derecho de mayor trascendencia que la penal. Su relación sociológica, sus circunstancias ambientales, la propia índole de su naturaleza jurídica están en relación constante con el hombre, con su entorno vital y con sus acciones y omisiones.

El derecho penal es el poder punitivo del estado, constituyendo desde luego, la expresión más enérgica del poder. Mediante este fenómeno se establecen los delitos y las penas como su consecuencia. De ello el estado esta naturalmente facultado y obligado a la vez a valerse de los medios adecuados, originándose así la necesidad y justificación del Derecho Penal, que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

Y es así como en su lucha incesante contra el crimen la sociedad, por medio del Estado, organiza jurídicamente la represión con fines adecuados, dando origen al Derecho Penal

1.2 CONCEPTO DE DERECHO PENAL

El Derecho Penal como un conjunto de normas, es el ordenamiento jurídico más drástico en su aplicación toda vez que con la pena imponible a todos aquellos que desarrollan conductas, consideradas como delito, se les afecta en sus bienes jurídicos más importantes, como lo es la privación de la libertad. Naturalmente que dicho ordenamiento pretende proteger los bienes jurídicos fundamentales o de mayor importancia de los hombres que viven en colectividad y es por eso, que la fuerza de su imposición es más fuerte, es más drástica que todos los otros ordenamientos jurídicos que constituyen las diversas ramas que conforman el derecho.

El Derecho Penal ha tenido diversas denominaciones, se le ha llamado Derecho Criminal, Derecho de la Protección Social, Derecho de la Defensa Social, pero su denominación como Derecho Penal ha sido la más aceptada, ya que la pena constituye una característica propia que actualmente le da significado y relevancia a su denominación como Derecho Penal.¹

¹ CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 43ª.ed.Ed. Porrúa, México. 2002. p. 20

El Maestro Luis Jiménez de Azua afirma que el Derecho Penal se define como el “conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena o una medida de seguridad” ².

Cuello Calón: ha definido al Derecho Penal objetivamente como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente.

Pessina: conjunto de principios relativos al castigo del delito.

Por su parte el Maestro Fernando Castellanos Tena afirma y dice; *El Derecho Penal es la rama del Derecho Público Interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social*³.

² JIMENEZ DE AZÚA LUIS. LA LEY Y EL DELITO. 11ª.ed.Ed. Sudamericana Buenos Aires. 1980. p.18

³ CASTELLANOS TENA. OP.CIT. SUPRA 1. Pág. 19.

1.3 EL DERECHO PENAL Y OTRAS RAMAS.

El Derecho Penal tiene relación con las siguientes disciplinas jurídicas:

Se relaciona con el derecho Constitucional; ya que ésta rama del Derecho, que tiene por objeto de estudio las normas fundamentales que constituyen el Derecho Constitucional, tiene por finalidad la forma y organización del Estado, o sea que el Derecho Constitucional como un conjunto de normas fundamentales estructura el Estado, determina las funciones de los órganos del Estado y reconoce las llamadas garantías individuales, las que actualmente reciben la denominación de Derechos Humanos según las reformas constitucionales efectuadas por el poder Constituyente Permanente al Artículo primero de nuestra carta magna; por ello el Derecho Constitucional es el ordenamiento que le señala al Derecho Penal su ámbito de acción; por lo que debemos decir que el Derecho Constitucional le señala el Derecho Penal su esfera de aplicación al establecer la fijación de los límites a la actividad del poder público frente a los particulares.

El Derecho Penal, también tiene relación con otras ciencias que comprenden partes integrantes de la Enciclopedia de las ciencias penales, como son La Antropología Criminal, La Sociología Criminal, La Endocrinología Criminal, La Psicología Criminal. La Estadística Criminal, así como la Medicina Legal y La Criminalística.

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

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

Derecho Penal desde el punto de vista Objetivo, Sustantivo y Material.- “Es considerado como el conjunto de normas jurídicas que asocia el delito, como presupuesto, la pena como su consecuencia jurídica”⁴. Es relativo a los delitos, es decir que es el conjunto de Normas Jurídicas relativas a las penas y a las medidas de seguridad que tienen por fin inmediato la creación y conservación del orden social.

Derecho Penal desde el punto de vista Subjetivo.- Desde este punto de vista se le considera al Derecho Penal como un conjunto de atribuciones del Estado, emanadas de normas jurídicas penales, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad⁵. Se identifica con el ius puniendi, o sea el derecho de castigar que tiene el Estado y de conminar con las penas en su aplicación, a todos los sujetos, nacionales o extranjeros que se encuentran dentro del territorio del estado que es

⁴ PAVON VASCONCELOS FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO. 16 ed. Ed. Porrúa. México 2002. p. 18.

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

el área, el espacio, en donde la ley de Estado tiene aplicación y vigencia, a fin de evitar que se cometan delitos.

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

1.5 EVOLUCIÓN DE LA DEFINICIÓN DOGMÁTICA DEL DELITO.

De esta manera el delito desde el punto de vista Dogmático se ha definido como: *La Conducta, Típica, Antijurídica, Imputable, Culpable y Punible*; procederemos a definir este fenómeno jurídico social desde diferentes puntos de vista de diferentes autores comenzando por su definición etimológica: la palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa, abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley⁶.

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

⁶ IDEM. p. 125

jurídico penal; por lo tanto lo que realmente se viola es la norma jurídica penal y no la ley.

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

Por lo que respecta al Código Penal Federal en su artículo 7 lo define como el “acto u omisión que sancionan las leyes penales”, en tanto que nuestro Código Penal anterior al actual, en su artículo 11 lo definía como: ”La Conducta, Típicamente, Antijurídica, Imputable, Culpable y Punible”, que por cierto es la definición utilizada en la dogmática penal alemana, en la que mencionan los elementos esenciales del delito, haciéndose la aclaración que en este sentido lo definía el delito nuestro Código Penal anterior, con la salvedad que al decir: “típicamente” seguía la posición de maestro Edmundo Mezger, pues el eminente maestro alemán consideraba que la tipicidad estaba tan íntimamente unida o relacionada con antijuridicidad, que para el gran dogmatico, las causas de justificación se consideraban causas de atipicidad.

1.5.1 DEFINICIÓN DEL DELITO.

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

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

La dogmática penal alemana se desarrollo a través de tres sistemas: El Sistema Clásico o Casualista, el Sistema Neoclásico y el Sistema Finalista.

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

El Maestro Gutiérrez Negrete manifiesta en su cátedra de Teoría del Delito expuesta en la Facultad de Derecho de la Universidad Lasallista Benavente : que en 1881 el Maestro Franz Von Liszt estudiando su Código Penal Alemán y con la finalidad de encontrar los elementos conceptuales del delito descubrió que en la parte especial de su código, lo que ahí se encontraba establecido, eran acciones, que esas acciones eran contrarias a Derecho y les

llamó antijurídicas y que esas acciones antijurídicas eran atribuibles a los hombres a título de dolo o a título de culpa y a esto le llamó culpabilidad. Por lo tanto para el maestro Liszt, **el Delito es acción, antijurídica y culpable.**

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

Este tipo penal de Beling es autónomo por las razones apuntadas en el párrafo anterior y por qué no tiene relación con la antijuridicidad y la culpabilidad, siendo por ello avaloradamente neutro; es descriptivo por que el tipo penal define la conducta o acción que

se considera delito y es puramente objetivo porque el tipo penal de Beling solamente contenía puros elementos objetivos.

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

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

Posteriormente el Maestro Edmundo Mezger **define el Delito como acción o conducta típicamente, antijurídica y culpable**. Como se puede apreciar el Maestro Mezger empieza hablar de una conducta típicamente antijurídica, lo cual quiere decir que la tipicidad está íntimamente relacionada con la antijuridicidad, ya no se trata de un mero indicio, se trata de la ratio essendi de la antijuridicidad, la cual se manifiesta diciendo que toda conducta típica **es** antijurídica, siempre y cuando no exista una causa de justificación, así es que, como ya se dijo con anterioridad para el gran maestro Mezger, la tipicidad se encuentra totalmente unida a la antijuridicidad, siendo la tipicidad la esencia de la existencia de la antijuridicidad, de tal forma que las causas de justificación las consideraba como causas de atipicidad.

Esta es la evolución de la definición Dogmática del Delito y haciendo una comparación de estas definiciones con la que se manifestó en un principio vemos claramente una diferencia fundamental que es precisamente en relación a la imputabilidad este elemento por cierto subjetivo, no aparece en las definiciones de los grandes dogmáticos alemanes y esto es así en virtud de que se consideraba a la imputabilidad como parte de la culpabilidad, en el Sistema Clásico como un presupuesto de la culpabilidad, en el Sistema Neoclásico y Finalista como un elemento de la culpabilidad.

1.5.2 ELEMENTOS POSITIVOS Y ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

Así las cosas entonces recordemos de nueva cuenta la definición dogmática del Delito: Delito es Acción o Conducta, Típica, Antijurídica, Imputable, Culpable y Punible.

En esta definición nos encontramos con elementos objetivos que se desarrollan fuera del individuo y elementos subjetivos que se desarrollan en el intelecto del sujeto. De esta manera, son señalados como elementos objetivos del delito: la Conducta, la Tipicidad y la Antijuridicidad; y como elementos subjetivos a la Imputabilidad y a la Culpabilidad. Por lo que respecta a la Punibilidad existe una gran controversia dogmática acerca de este elemento ya que hay autores que la consideran como la consecuencia del delito y otros la consideran como un elemento del delito, existiendo razonamientos de peso tanto en un sentido como en el otro que han impedido llegar a tomar una decisión unánime respecto del mencionado problema; sin embargo, si la tuviésemos que clasificar a la punibilidad como elemento del delito a la manera en que lo hacía nuestro Código Penal anterior, lo tendríamos que clasificar como un elemento objetivo ya que como la pena se desarrolla afuera del intelecto del individuo podemos considerarla, sin pretender entrar a la discusión dogmática, como un elemento objetivo.

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

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

ASPECTOS POSITIVOS

ASPECTOS NEGATIVOS

CONDUCTA

FALTA DE CONDUCTA

TIPICIDAD

ATIPICIDAD

ANTI JURIDICIDAD

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

IMPUTABILIDAD

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

CULPABILIDAD

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

PUNIBILIDAD

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA DEL DELITO

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO

(Conducta, Tipicidad y Antijuridicidad)

A).- CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

2.1.- CONDUCTA.

La conducta, es el primer elemento objetivo del delito, la cual analizada dentro del ámbito del Derecho Penal, se ha considerado como un elemento esencial que estructura al delito y que contribuye con los demás ingredientes constitutivos a integrarlo. Suele aplicarse para designar a este primer elemento del delito, los términos conducta, hecho, acción, acto; sin embargo, en nuestro sistema jurídico penal se la ha denominado **Conducta**, la cual es un comportamiento humano voluntario y como comportamiento que es, dentro de dicho vocablo podemos considerar tanto a la acción como a la omisión, o sea que dentro de él cabe tanto el aspecto positivo, como la conducta en su aspecto negativo u omisión o el abstenerse de obrar, o sea la conducta negativa.

Fernando Castellanos ha definido a la conducta como un comportamiento humano, voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito;⁷en tanto Von Liszt, a 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.

Es un movimiento corporal por que constituye una tracción de los músculos, que tiene como base fundamental la voluntad, misma que se ha definido como la capacidad de autodeterminación del hombre, que no es otra cosa más que el querer, factor rector de la Conducta o Acción, sin la cual no podemos hablar de la existencia de este elemento objetivo del delito que es la conducta. Este movimiento corporal voluntario, puede ser positivo o negativo, constituyendo esto, las dos formas fundamentales de la conducta o acción. Que se traducen en la comisión y en la omisión. Este movimiento corporal voluntario positivo o negativo, es precisamente desencadenante del proceso causal; es decir que entre la voluntad y el movimiento corporal debe de existir un vinculo de causalidad, vinculo de causalidad que también debe de existir entre el movimiento corporal voluntario y el resultado, mismo que constituye la modificación de mundo exterior, o bien la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

⁷CASTELLANOS TENA FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL 34ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1994. p. 147.

Solamente el hombre puede ser sujeto del elemento objetivo del delito llamado conducta debido a que solo los seres humanos tienen voluntad, por lo que solamente los hombres pueden cometer conductas positivas o negativas ya sea una actividad o inactividad que depende de la voluntad. 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.⁸ Definiéndose la voluntad como la capacidad de autodeterminación del hombre.

De esta manera, para que exista este llamado elemento objetivo del delito, es necesario que exista la voluntad, y solamente así podremos hablar de conducta o acción. De acuerdo con Jiménez Huerta, tal palabra es significativa de que todo delito consta de un comportamiento humano voluntario. Dicho así, en el Derecho Penal la conducta puede manifestarse de dos formas: por acción y por omisión, las cuales definiremos en los siguientes puntos a tratar; además debemos de hablar de una tercera forma de conducta que es la comisión por omisión, llamada también omisión impropia.

⁸ LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORIA DEL DELITO. 2ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1995 p. 73.

2.1.1.- ACCIÓN.

En sentido estricto, la acción es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, integrada por el movimiento, que es un elemento físico; y por la voluntad, que es un elemento psíquico.

La acción o comisión, consiste en un actuar, en un hacer, en un llevar a cabo; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la norma jurídica penal que se encuentra ínsita en el tipo penal, por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.⁹

La acción, que quebranta una norma de carácter prohibitivo, se convierte así en una comisión.

Cuyos elementos son los siguientes:

ELEMENTOS	}	VOLUNTAD
DE LA		ACTIVIDAD
ACCION		RESULTADO
		NEXO DE CAUSALIDAD

⁹ CASTELLANOS TENA. OP. CIT. P. 156.

- LA VOLUNTAD.- Es el querer por parte del sujeto activo, de cometer el delito; es propiamente la intención.
- LA ACTIVIDAD.- Consistente en el hacer o el actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a cometer el delito.
- EL RESULTADO.- Es la consecuencia de la conducta; es la modificación del mundo exterior; o la puesta en peligro de bien jurídicamente tutelado.
- EL NEXO DE CAUSALIDAD.- Que es vínculo o relación de causalidad (causa-efecto) que une a la conducta con el resultado, el cual constituye un elemento objetivo del tipo.

2.1.2.- OMISIÓN.

Frente a la acción como conducta en sentido positivo, tenemos por otro lado a la omisión, la cual consiste en el no hacer, en tener la voluntad de inactividad al presentarse el deber de obrar establecido en las normas penales; radica en una abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer, constituyendo así, la forma negativa del comportamiento o de la acción, que se constituye en omisión cuando viola una norma dispositiva que ordena o manda, siendo una forma de conducta en sentido negativo.

LA OMISIÓN
PUEDE SER
DE DOS FORMAS

{ - LA OMISIÓN SIMPLE O PROPIA
- LA COMISIÓN POR OMISIÓN
U OMISIÓN IMPROPIA

La omisión simple u omisión propia, consiste en un no hacer lo que se debe hacer, violando así, una norma dispositiva que ordena o manda realizar una conducta y originando entonces, los delitos de simple omisión u omisión propia.

Los delitos de omisión consisten en la abstención del sujeto, cuando la ley ordena la realización de un acto determinado. Esta omisión es la conducta por inactividad, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad, para que esta omisión sea objeto de interés para el Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo o actuar.

La voluntad en la omisión consiste en no querer realizar la acción que se espera y que es exigida; en la omisión también existe un elemento psicológico como lo es la voluntad, pues como ya se dijo la omisión es una forma de conducta.

No obstante lo anterior, no debemos de perder de vista otra de las formas de omisión que es precisamente la omisión impropia o

sea la llamada comisión por omisión, o sea que al violarse una norma de carácter dispositivo que ordena o manda se viola una norma prohibitiva que como su nombre lo indica, prohíbe realizar una conducta; dándose nacimiento a los delitos de comisión por omisión y que consiste en una doble violación de deberes; una de obrar y una de abstenerse de obrar, y por ello se infringen dos normas: una dispositiva y una prohibitiva.

Para la existencia de la comisión por omisión se requiere primeramente una omisión, un no hacer que traiga consigo un quebrantamiento de una norma dispositiva lo cual debe tener una consecuencia mediata querida, admitida y consentida por el agente¹⁰, violándose a su vez una norma prohibitiva.

2.1.3.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Es el aspecto negativo de la conducta.

La ausencia de conducta es uno de los aspectos impeditivos para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, voluntaria positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico. La conducta es el soporte naturalísimo del ilícito penal.¹¹

¹⁰ IDEM. P. 154.

¹¹ IDEM. P. 162

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 y como consecuencia de ello, no hay delito pues ante la presencia de algunos de los aspectos negativos del delito, se nulifica el correspondiente elemento o aspecto positivo, y consecuentemente no habrá delito por faltar un elemento de definición, tal es el caso de la falta o ausencia de conducta.

Actualmente, nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato, la ausencia de conducta se encuentra en su artículo 33 fracción I; la que nos establece literalmente lo siguiente:

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

Como ya se ha dicho anteriormente cada aspecto positivo del delito tiene su aspecto negativo y ante la presencia de su aspecto negativo se elimina el correspondiente elemento y consecuentemente no habrá delito por faltar un elemento de definición; Pues bien, el elemento objetivo conducta tiene su aspecto negativo que se traduce en las causas de Ausencia de Conducta. Nuestro Código Penal anterior establecía como causas de ausencia de conducta a la *Vis Maior o Fuerza Mayor, Vis Absoluta o Fuerza*

Física Irresistible, Impedimento Físico y cualquier otra causa que nulifique la voluntad.

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

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

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

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

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

Como se puede apreciar en la disposición del Código Penal Sustantivo Actual para el Estado de Guanajuato, misma que se ha mencionado anteriormente se engloba o se establecen en ella, todas las formas de ausencia de conducta establecidas en el Código Anterior, por lo que al no mencionarse específicamente cada una de ellas en el Código Actual, la Vis Mayor, la Vis Absoluta y el Impedimento Físico se convierten en causas de ausencia de conducta Supralegales, es decir que aunque específicamente no estén mencionadas en el Código, cada una de ellas, dándose cualquiera en el tiempo y en el espacio surten los efectos de causa o ausencia de conducta, o sea el aspecto negativo del elemento Conducta.

B).- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.2.- CONCEPTO DE 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.

En su primera acepción se define como el segundo elemento objetivo del delito.

En su segunda acepción es el juicio de valor con el que se valora o desvalora la conducta que se considera delito. Conducta que reúne los requisitos que el tipo penal exige para poder tipificar.

La tipicidad es pues la adecuación de la conducta dada en la realidad con la conducta descrita por el tipo penal, y esto sucede cuando la conducta reúne todos y cada uno de los elementos que el tipo penal exige.

La tipicidad, que fue adicionada por Ernesto Von Beling en 1906, a la definición dogmática del delito de Franz Von Liszt.

Nuestra constitución en su artículo 14 en su párrafo tercero nos habla de la tipicidad, estableciendo que: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". Por esta razón jurídica no existe delito si no existe tipicidad, pues en el tipo penal es donde se establece la pena a que se hace merecedora la conducta que revestida de todas sus características, la hacen punible. Lo mismo sucede en el mencionado dispositivo constitucional en su párrafo segundo, al establecer: que nadie podrá ser privado de su libertad, propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio

seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Con esto se manifiesta la importancia de la presencia del tipo penal, pues se ha llegado a decir que la verdadera garantía del presunto sujeto activo del delito, lo es precisamente el tipo penal.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo penal, es decir, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así pues, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley y esto sucede cuando la conducta reúne todos y cada uno de los elementos que el tipo penal exige, ya sean objetivos, subjetivos, o normativos.

Para Celestino Porte Petit, la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*.¹²

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. En consecuencia, la

¹² PORTE PETIT citado por Castellanos Op. Cit. Supra (15) p. 168.

tipicidad es un elemento esencial objetivo del delito, sin el cual, éste no podrá configurarse.

2.2.1.- TIPO PENAL.

Etimológicamente, tipo significa modelo, que aplicado a la materia jurídico penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas;¹³ o a la manera del Maestro Hans Welzel, el tipo penal constituye la materia de prohibición.

A diferencia de la tipicidad, el tipo penal, es una creación legislativa, es la descripción que hace el estado de una determinada conducta en los preceptos penales, es la descripción legal de un delito o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.¹⁴

Cada tipo penal señala sus propios elementos, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo en lo señalado en el tipo, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal.

2.2.2.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y CUERPO DEL DELITO.

El tipo penal, que como se dijo es la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito, puede

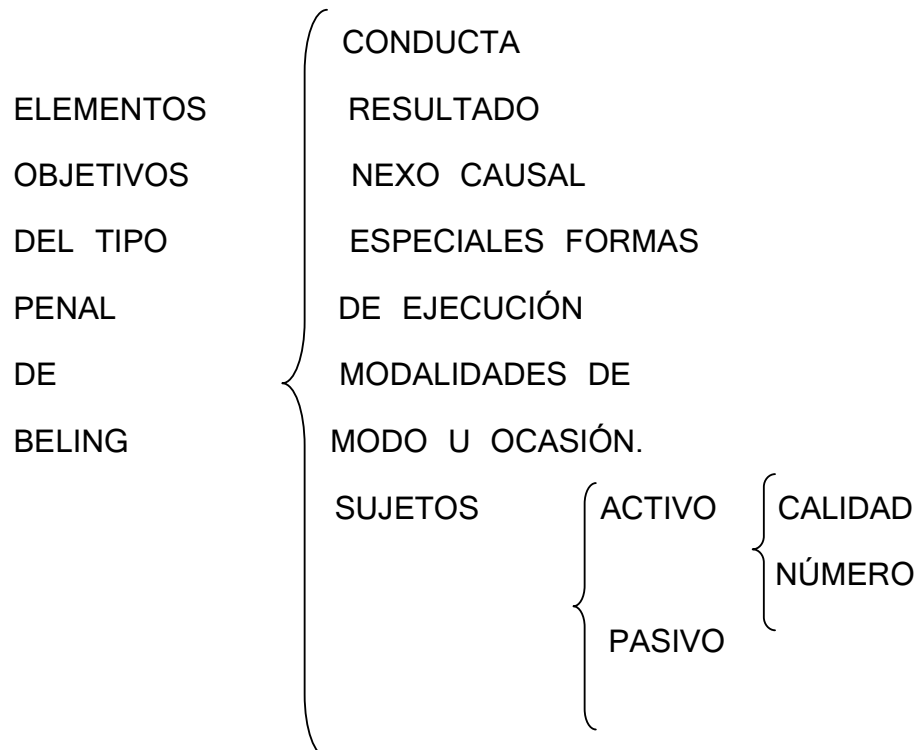
¹³ ORELLANA WIARCO Op. Cit. Supra (1) p. 216.

¹⁴ AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. Supra (2) p. 56.

contener o exigir tanto elementos objetivos como elementos subjetivos u dentro de los elementos subjetivos no encontramos con los elementos normativos.

Es necesario aclarar que no hay que confundir los elementos objetivos y subjetivos del tipo, con los elementos objetivos y subjetivos del delito. Pues los elementos objetivos del delito son la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad; en tanto que los elementos subjetivos del delito son la imputabilidad y la culpabilidad.

En virtud de lo anterior debemos de decir que los elementos objetivos del tipo penal son los siguientes:



A) CONDUCTA: Esta descrita en el tipo penal. Manifestación de la voluntad al exterior que se traduce en un movimiento corporal o movimiento humano que debe ser voluntario.

B) RESULTADO: Modificación del mundo exterior, comprendiéndose también la puesta en peligro del bien jurídico.

C) NEXO CAUSAL: Ligamento o vínculo de causalidad (causa-efecto) que une a la conducta con su resultado.

D) ESPECIALES FORMAS DE EJECUCIÓN: Son los medios comisivos. Algunos tipos penales requieren para poder tipificar que la conducta recorra cierto camino que son los medios comisivos y estos son las formas especiales de ejecución del delito, por ejemplo, en el tipo penal del delito de violación, al establecer como medio comisivo la violencia física o moral.

E) MODALIDADES DE LUGAR, TIEMPO, MODO U OCASIÓN: Algunos tipos penales exigen para poder tipificar que la conducta se desarrolle en un lugar determinado; o bien en un tiempo determinado y de un modo u ocasión determinados, de lo contrario no habrá tipicidad.

F) Los sujetos que siempre vamos a encontrarlos como elementos en todos los tipos penales:

SUJETOS { ACTIVO. El que lleva a cabo la conducta delictuosa.
PASIVO. El que resiente la conducta delictuosa o
revive la conducta delictuosa.

El pasivo y el ofendido casi siempre coinciden a excepción del delito de homicidio en donde el sujeto pasivo es el muerto y los ofendidos son los familiares.

Respecto de los sujetos hay que tener en consideración la calidad y el número. En cuanto a la calidad, algunos tipos penales exigen que el sujeto activo y el pasivo tengan una calidad determinada, como por ejemplo la de ser de ser padre, madre, hijo, esposo, ascendiente, descendiente, trabajador de estado, hermano, cónyuge, concubino o concubinaria, adoptante o adoptado. Respecto del número, debemos decir que la mayoría de los tipos penales están redactados en singular, o sea, que el activo es una sola persona, solo algunos tipos requieren de la pluralidad del sujeto activo como lo es en la asociación delictuosa.

G) OBJETO MATERIAL: Persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa.

H) OBJETO JURIDICO: Que es el bien jurídico protegido, o sea el interés social jurídicamente protegido.

LOS ELEMENTOS SUJETIVOS DEL TIPO PENAL.

Algunos tipos penales además de establecer elementos objetivos, también exigen elementos subjetivos los cuales fueron descubiertos por Mayer en 1915, a los que les llamó especiales elementos subjetivos del tipo penal y entre otros podemos mencionar a los ánimos, propósitos, fines, saberes, sabiendas, conocimientos.

Además de estos elementos subjetivos descubiertos por Mayer, el Maestro Edmundo Mezger nos habla de otros elementos subjetivos a los que llamo “elementos subjetivos normativos”, estos son juicios de valor que se dejan a la interpretación subjetiva del juez, pero tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la sociedad como: honor, honestidad, honorabilidad, castidad, propiedad, posesión, honra, deshonor, entre otros.

Con respecto al Cuerpo del Delito, debemos puntualizar, que en el sistema jurídico mexicano, el concepto de corpus delicti considerado como el conjunto de elementos materiales que integran cada especie delictiva. Erróneamente, se ha entendido por cuerpo del delito, el instrumento con el cual el delito se ha cometido, o el que ha servido al delincuente para su perpetración, o las señales, huellas o vestigios que el delito dejó, como lo sería en poder de un ladrón,

la cosa robada. Sin embargo, el cuerpo del delito, es el conjunto de los elementos físicos de los elementos materiales, ya sean principales ya sean accesorios, de que se compone el delito.¹⁵

Nuestra legislación estatal adjetiva en su artículo 158 que aun se encuentra vigente en nuestra Ciudad de Celaya, Gto., hasta el año 2014 en que entrará en vigor el nuevo Código adjetivo, mismo que recibe por denominación LEY DEL PROCESO PENAL, nos determina que:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción, y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos, para darle curso al proceso.”

“Entendiendo para efectos de éste Código, por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal.”

Ahora bien, en 1994, según la reforma constitucional, el Ministerio Público tenía que comprobar los elementos del tipo, pero a partir del 4 de febrero de 1999, se reforman los artículos 16 y 19 y se eliminan los elementos del tipo; para regresar nuevamente a lo que se conoce como Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad.

¹⁵ GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México 1985 p.p. 150-160.

Si bien el tipo penal se define como la descripción en abstracto de una conducta que se considera delito, existen varias corrientes a cerca de la definición del Cuerpo del Delito:

Una primera corriente afirmaba que el cuerpo del delito, era el instrumento u objeto con que se cometía el delito.

La segunda corriente sostenía que era el objeto material, persona o cosa donde había recaído la conducta delictiva.

La tercera corriente se concretaba a decir que el cuerpo del delito eran los elementos objetivos del delito, esto es, conducta, tipicidad y antijuridicidad;

Y la cuarta corriente decía que el cuerpo del delito eran los elementos objetivos del tipo.

El artículo 158 del Código anteriormente mencionado, el Cuerpo del delito comprende tanto los elementos objetivos, subjetivos o normativos que el tipo penal exija y como consecuencia de ello los elementos del tipo, y el cuerpo del delito son la misma cosa, su única diferencia radica en que la concepción de los elementos del tipo, pertenecen al Derecho Sustantivo, en tanto la expresión Cuerpo del Delito es un concepto que pertenece al Derecho Adjetivo.

Debemos de tener presente que a partir de las reformas constitucionales del mes de Junio del año 2008, en las cuales se establece la introducción del Sistema Penal acusatorio que deroga al Sistema Penal Inquisitivo, desaparece lo que se conoce con el nombre de Cuerpo del Delito, para referir solamente al hecho delictuoso.

2.2.3.- CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

- a. Normales y Anormales
- b. Fundamentales o Básicos
- c. Especiales
- d. Complementados
- e. Autónomos o Independientes
- f. De formulación casuística
- g. De formulación amplia
- h. De daño y de peligro

a) Normales y Anormales.- Son tipos normales cuando contienen puros elementos objetivos y anormales además de contener elementos objetivos se requiere una valoración cultural o jurídica, es decir requiere de elementos subjetivos.

b) Fundamentales o Básicos.- Los tipos básicos constituyen la esencia o fundamento de otros tipos, dan origen a una familia de tipos penales todos protegiendo el mismo bien jurídico tutelado.

Pueden ser de dos clases: especiales y complementados que a su vez pueden ser agravados y privilegiados.

- c) Especiales.- Presumen la existencia del tipo básico o fundamental, agregándole más características que lo hacen especial y que excluyen en su aplicación al básico o fundamental.
- d) Complementados.- Estos tipos presumen la existencia del básico pero no lo excluye, se integran con el tipo básico y una circunstancia o peculiaridad distinta que complementa al básico o fundamental.
- e) Autónomos o Independientes.- Son tipos que no necesitan de otro tipo penal para subsistir.
- f) De formulación casuística.- Son aquellos tipos penales en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Dentro de estos podemos considerar la existencia de dos clases, como son los alternativos y los acumulativos. Los primeros señalan dos o más medios comisivos y por cualquiera de ellos podemos tipificar; en tanto que los segundos también señalan dos o más medios comisivos pero para poder tipificar es necesario que la conducta reúna todos los medios comisivos que el tipo penal exige.

g) Formulación amplia.- En ellos se describe una sola hipótesis en donde puede caber cualquier forma o medio de ejecución, ya que cualquier medio comisivo es bueno para poder tipificar.

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

2.2.4. ATIPICIDAD.

La atipicidad es la falta de adecuación de la conducta al tipo penal. Es el aspecto negativo de la tipicidad.

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

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

- Si falta algún elemento objetivo o subjetivo del tipo legalmente exigido.
- Por la ausencia de algún elemento normativo del tipo legalmente exigido.

Es decir que existe atipicidad cuando la conducta dada en la realidad no encuadra o no se adecúa a la conducta descrita por el tipo penal y esto sucede cuando la conducta no reúne todos y cada uno de los elementos que el tipo penal exige.

C).- ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

2.3.- ANTIJURIDICIDAD.

Toda conducta para ser estimada como delictuosa, es necesario que sea una conducta típica, antijurídica y culpable.

La antijuridicidad puede ser considerada, como el tercer elemento objetivo del delito; pero también la podemos considerar como la segunda característica de la conducta para ser punible y; también la podemos considerar como un juicio de valor o de disvalor que sencillamente es un estudio que se realiza sobre la conducta típica, para determinar si dicha conducta típica se encuentra o no amparada con una causa de justificación, que haga que esa conducta típica se justifique haciéndola totalmente lícita.

No obstante lo anterior, desde el punto de vista etimológico de la palabra antijuridicidad se forma por el prefijo “anti” que significa contra, y “Iuris” que significa derecho por lo que en este caso el concepto de antijuridicidad comúnmente lo significamos como lo contrario a derecho.

Por otra parte la verdadera esencia de la antijuridicidad consiste en **definirla como la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico.**

Como se puede apreciar, la antijuridicidad representa una relación de contradicción entre la tipicidad y la antijuridicidad, relación de contradicción que fue tratada de diferente manera tanto por el Maestro Ernesto Von Mayer, así como por el Maestro Edmundo Mezger.

Así las cosas recordemos el mecanismo de Mayer que empieza a relacionar la tipicidad con la antijuridicidad, dándole a la primera un carácter indiciario de la segunda, por lo que debemos decir, que una conducta típica **puede ser** antijurídica siempre y cuando no exista una causa de justificación; y por lo que respecta a Mezger, este relaciona totalmente la tipicidad con la antijuridicidad, afirmando que toda conducta típica **es** antijurídica siempre y cuando no exista una causa **de justificación. Ambos tratadistas, hacen mención de un relación** entre la tipicidad y la antijuridicidad, pero en tanto que para el Maestro MAYER, la tipicidad es un indicio de que existe

antijuridicidad, para el Maestro MEZGER, el que la conducta sea típica significa que dicha conducta en virtud de ello, es antijurídica; pero ambos dogmaticos someten a la conducta típica al juicio de valor de la antijuridicidad. Entonces para que exista la antijuridicidad de una conducta típica, es necesario la determinación de que esa conducta típica, no este ampara con una causa de justificación, solamente así, la corriente tradicional afirma, que la conducta típica será antijurídica; contradicción de la conducta con la norma, naturalmente desde el punto de vista objetivo. Por lo tanto, pueden existir conductas típicas que no son antijurídicas cuando están amparadas por una causa de justificación.

Recordando lo anterior, en que señalábamos que la antijuridicidad se conceptúa como “lo contrario a derecho”, surge diferentes teorías sobre este concepto, así Francisco Carrara sostenía que el delito era lo contrario a la ley, pero Carlos Binding, rechazo lo que sostenía Carrara y señalo que el delincuente no viola la ley penal, sino más bien la conducta se ajusta a ella y que realmente lo que se viola, no es la ley, sino la norma jurídico penal que se encuentra ínsita en el tipo penal, o sea el deber de respeto al bien jurídico tutelado.

Así el Maestro BINDING señalaba que cuando un hombre mata a otro no vulnera la ley, pero si quebranta la norma que está por encima de la ley. Por eso Binding afirmó que la norma crea lo antijurídico y la ley crea la acción punible. Entonces lo que realmente

se viola es la norma jurídico penal y no la ley, norma que no se encuentra descrita sino que se encuentra implícita en la tipo penal.

Posteriormente al seguirse estudiando el concepto de antijuridicidad y sobre todo apoyando en la teoría de Binding, Ernesto Mayer creó la teoría de las normas de cultura, al estudiar analíticamente el concepto de antijuridicidad concluyendo que el orden jurídico es, en realidad un orden cultural y que por lo tanto la antijuridicidad es la infracción de las normas de cultura reconocidas por el Estado. Respecto a esto, se ha afirmado que las normas de cultura son valores que la sociedad ha creado para poder vivir dentro de la colectividad, estas normas de cultura o valores son recogidos por el legislador y elevados a la categoría de bienes jurídicos tutelados, de esta manera el legislador procede a imponerles el deber de respeto y este deber de respeto no es otra cosa que la norma jurídico penal y así finalmente el legislador crea el tipo penal.

La Antijuridicidad, es pues considerada como un elemento objetivo del delito y un juicio de valor puramente objetivo que realiza el juez sobre la conducta típica.

Al decir del Maestro Mexicano Sergio Vela Treviño, en su libro titulado Antijuridicidad y Justificación, manifiesta que el Maestro Edmundo Mezger afirma: Que actúa antijurídicamente el que contradice las normas objetivas del derecho. Con ello se establece un juicio

sobre la acción en el que afirma la contradicción de la acción con las normas de derecho.

Para llegar a ser delictuosa la conducta debe de ser típica; pero no es suficiente esa adecuación entre la conducta y el tipo para la integración del delito, sino que se requiere que la conducta típica tenga el atributo de ser contraria a derecho, o sea antijurídica.

La antijuridicidad, es un juicio que afirma que la conducta o acción contradice el derecho, contradice al ordenamiento jurídico, a las normas de derecho o acción que se caracteriza como acción antijurídica.

Al realizarse la adecuación de la conducta al tipo, surge el INDICIO de que esa conducta puede ser antijurídica (MAYER), pero para la perfecta conceptualización del delito, no es bastante que la conducta típica sea indiciaria de la antijuridicidad, sino que se requiere que la antijuridicidad esté plenamente acreditada como elemento conceptual del delito.

La conducta típica indiciaria de ser antijurídica, `podrá ser considerada como antijurídica, cuando no pueda ser afectada por una causa de justificación o sea una causa determinadora de ausencia de antijuridicidad. Por lo tanto al realizarse una conducta adecuada al tipo se tendrá como antijurídica en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación.

Por lo tanto se afirma que la conducta típica afecta un interés jurídicamente tutelado, y como consecuencia de ello para probar la existencia de la antijuridicidad tiene que realizarse un juicio vinculando a la conducta típica con el orden jurídico general, para poder determinar la contradicción o conformidad con el derecho. Producto de ese juicio valorativo que realiza el juzgador.

ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

Dentro de la antijuridicidad se admite solamente un criterio unitario resultado de un juicio sustancial. Sin embargo Franz Von Liszt elaboro una tesis dualista acerca de la antijuridicidad. Indicaba que este elemento constitutivo del delito es contemplado bajo dos aspectos, es decir, una antijuridicidad formal y una material.

Dentro de la primera señalaba que el acto será formalmente antijurídico cuando existe una infracción a la norma establecida por el estado, por el contrario existirá antijuridicidad material cuando una conducta sea contraria a los intereses de la sociedad caracterizado por la violación de las normas ético-sociales aceptadas por el derecho.

2.4.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las causas de justificación representan el aspecto negativo de este elemento objetivo del delito, como lo es la Antijuridicidad; causas de justificación que indudablemente forman parte de otros

aspectos negativos del delito y que constituyen las llamadas eximentes de responsabilidad; las Causas de justificación que establece nuestra Ley Penal Sustantiva son:

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

I. LEGÍTIMA DEFENSA.

Es uno de los aspectos negativos de la antijuridicidad en donde el Estado otorga al particular el derecho de repeler una agresión actual o inminente , agresión ilegítima que representa un peligro tanto para los bienes jurídicos del agredido como para los bienes jurídicos tutelados de alguna otra persona. El Artículo 33 del nuestro Código Penal vigente, establece que el delito se excluye cuando...” se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa para repelerla o impedirla”.

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 Calón¹⁶ es legítima defensa, la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Liszt, se legítima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraría al Derecho mediante una agresión contra el atacante. Para Jiménez de Asúa¹⁷ la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.

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.¹⁸

Como ya se dijo anteriormente:

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

¹⁶ IBIDEM. p. 191

¹⁷ Op. Cit. Supra (9). p. 289

¹⁸ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p.191

“Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

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

Por *agresión* debe entenderse con Mezger, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, esto es, la posibilidad de un daño que tiene que ser de orden real para producir una lesión a los intereses jurídicos protegidos por la ley. Es un ataque a un bien jurídico, un ataque totalmente ilegítimo, ilícito actual o inminente, de lo cual se deriva un peligro para el bien jurídicamente protegido, ello permite determinar la existencia de la defensa ya sea repeliéndola o impidiéndola. Conforme lo establece nuestra Ley Penal sustantiva, el acto de repeler o impedir la agresión debe de ser necesario, por lo que debe existir la necesidad razonable de la defensa, es decir que la repulsa del ataque debe de ser la acción razonable para repeler o impedir la agresión injusta, ilegítima o sin derecho pero en una medida razonable para repeler o impedir, y

no más allá de lo que es razonable, ya que el exceso en la legítima defensa sí es punible.

EL EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.

El Maestro Soler¹⁹ llamó al exceso en la legítima defensa a la intensificación necesaria de la acción inicialmente justificada, es decir, cuando se traspasa lo necesariamente para repeler una agresión, ya sea porque los daños de la conducta del agresor eran reparables por los medios legales permitidos o porque podían evitarse por estos medios.

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

II. ESTADO DE NECESIDAD.

Generalmente, se admite con Franz Von Liszt, que “el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos”.²⁰

¹⁹ IBIDEM. p. 198

²⁰ VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª ed. Ed. Porrúa, México, 1990, p. 373

En el Estado de Necesidad consiste en el `peligro actual o inminente o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solamente pueden evitarse mediante la lesión de otros bienes jurídicos protegidos pertenecientes a otra persona. El Estado de necesidad es pues una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

Respecto a la naturaleza jurídica de esta causa de justificación para poderla precisar es necesario si los bienes jurídicos en conflicto son de igual valor o de diferente valor, de tal forma que si el bien que se debe de sacrificar es de menor valor que el bien amenazado, entonces se tratará de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, en tales condiciones el delito se configurará.

De acuerdo a la redacción que hace la ley respecto del estado de necesidad, esta causa de justificación se considera que surge cuando al existir un peligro actual o inminente para dos bienes o intereses jurídicamente protegidos; y ante la imposibilidad de la existencia de ambos, el Estado autoriza la salvación de uno de ellos, mediante la realización de un daño en los bienes de otro de igual o de menor valor, siempre que no exista otro medio más práctico y menos perjudicial.

Nuestro Código Penal sustantivo en su artículo 33, en su fracción VI, nos determina; “que el delito se excluye...Frac.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.

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

ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

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

- Que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno)
- y por último, que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para eliminar el peligro.

DIFERENCIAS ENTRE LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD.

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

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

En la legítima defensa existe un ataque y su 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.

III. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

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

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

Artículo 33.- El delito se excluye cuando.

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

Formalmente se dice que es una causa de justificación, siempre y cuando ese deber o ese derecho se encuentren especificados en la propia ley; de esta forma el Estado justifica dichas conductas por el Interés Preponderante Social, porque se pretende controlar los delitos en la sociedad. Se autoriza a producir lesiones de orden leve, es decir que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar más de 15 días pero que no traigan ninguna secuela en la víctima y levísimo, esto es que no se ponga en peligro la vida y tarden en sanar menos de 15 días.

En el evento deportivo el Estado les da un derecho siempre y cuando este se encuentre regulado por él, pero cuando por ejemplo; dos personas deciden hacer una pelea clandestina en donde se hacen apuestas, ya no se encuentra regulado por el Estado y es sancionado pues aquí si se sancionará el homicidio o las lesiones si llegan a darse.

Por otra parte también se establece como una de las causas de Interés Preponderante en donde la persona que produce un daño a otros bienes debe hacerlo fundamentado en un deber u obligación que puede ser la obligación derivada de su función o trabajo en donde tiene el deber de enfrentarse al peligro y también cuando una

persona interviene en una obligación de solidaridad siempre y cuando tenga la posibilidad humana y este dentro de sus alcances razonables para enfrentarse al peligro y eliminarlo, aquí debe de analizarse que quien enfrenta el peligro debe utilizar el medio más practicable y menos perjudicial. Como es el caso del policía en el robo de un banco, en donde el ratero utiliza la violencia y el policía en ejercicio de sus funciones se enfrenta al peligro de desarmar al ratero utilizando para ello un medio razonable sin excederse ya que por el contrario cometería un delito.

En cuanto a las lesiones consecutivas de tratamientos médico quirúrgicos, González de la Vega afirma: que la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor. La justificación formal deriva de la autorización oficial, la material de la preponderancia de intereses.²¹

IV. CONSENTIMIENTO VÁLIDO DEL SUJETO PASIVO SIEMPRE Y CUANDO EL BIEN JURÍDICO TUTELADO ESTE A SU DISPOSICIÓN.

Y por último esta causa de justificación se encuentra establecida en el Artículo 33, fracción IV del Código Penal para el Estado de Guanajuato el cual señala que el delito se excluye cuando: Se actúe

²¹ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra(5), p. 215

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

Respecto de esta causa de justificación, es pues el consentimiento del sujeto pasivo el que impone esta causa de justificación **con base en el principio de la ausencia de interés.** Indudablemente que este consentimiento del sujeto pasivo que constituye la base de esta causa de justificación, ante todo debe de ser un consentimiento válido, es decir que tenga relevancia o eficacia y para tal efecto dicho consentimiento debe de tener los siguientes elementos como son:

- a).- Que provenga del titular del bien jurídico tutelado

- b).- Que recaiga sobre bienes jurídico tutelados que estén a disposición del sujeto pasivo.

- c) Que provenga de una persona que sea capaz, es decir con capacidad de ejercicio y;

- d).- Que la voluntad no esté viciada.

Estos son las características o elementos que se deben de reafirmar en el consentimiento del sujeto pasivo a fin de que dicha manifestación de voluntad pueda considerarse realmente como una

causa de justificación. Además de que en consentimiento debe de manifestarse con anterioridad o concomitantemente a la realización de la conducta con las características señaladas, pudiéndose manifestarse en forma expresa o tácita. Por lo tanto, esta causa de justificación tiene como base que el bien jurídico se encuentre disponible y sea lícito, que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libre mente del mismo y que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

CAPÍTULO TERCERO

TEORÍA DEL DELITO

ELEMENTO SUBJETIVOS DEL DELITO

(Imputabilidad y Culpabilidad)

A) LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.1. DEFINICIÓN DE IMPUTABILIDAD.

Para que el sujeto conozca la ilicitud de su actuar y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce y esto es lo que se necesita para poder ser considerado como un sujeto imputable.

Consecuentemente la Imputabilidad se define como la capacidad de querer y entender y de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo a esa comprensión.

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

Para Franz Von Liszt, es la capacidad de obrar en Derecho Penal, es decir, de realizar actos referidos al Derecho Penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. Por lo tanto, respecto de este elemento subjetivo del delito lo podemos definir como: La posibilidad de ejercer las facultades de conocimiento y voluntad, aptitud intelectual y volitiva, capacidad de querer y entender de un sujeto tendiente a conocer la ilicitud de su actuar, determinándose en función de aquello que conoce. Es pues la capacidad del sujeto ante el Derecho Penal.

De esta manera, un sujeto es imputable cuando tiene capacidad intelectual y volitiva, conocimiento y voluntad, cuando tiene aptitud de querer y entender, tendiente a conocer la ilicitud de su acto y querer realizarlo.

Por tanto, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; por lo tanto no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable. Consecuentemente un sujeto imputable es un sujeto totalmente sano, totalmente responsable de sus actos, por lo que a la responsabilidad se le ha definido como la capacidad de responder de nuestros actos ante el Derecho Penal.

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

Los Elementos de la Imputabilidad son:

- Elemento intelectual: Es el saber, entender y conocer la licitud del hecho y comportarse de acuerdo con esa comprensión.
- Elemento Volitivo: Es el querer la ilicitud del hecho o la conducta realizada.

3.2. LA RESPONSABILIDAD.

En antaño, generalmente, la responsabilidad penal se fincaba sobre el resultado dañoso, era una responsabilidad objetiva tal y como lo dice Cuello Calón, el tránsito para fundar la responsabilidad en la causalidad psíquica “debiese principalmente al influjo del cristianismo y al resurgimiento del Derecho romano cuyas influencias convergentes abrieron en el campo de la penalidad un nuevo periodo, el de la responsabilidad moral”, constituyéndose como punto central del Derecho Penal el libre albedrío²²

Consiguientemente, es la situación jurídica en que se encuentra el sujeto imputable de responder ante la sociedad por el acto realizado. Muchas de las veces este vocablo se le ha confundido con la culpabilidad o equipararsele a la imputabilidad. La responsabilidad, es el resultado de la relación existente entre el sujeto y el Estado,

²² REYNOSO DÁVILA ROBERTO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 175

según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a una pena señalada en la ley en consecuencia de su actuar.

Debemos decir que este elemento subjetivo del delito, para los grandes maestros de la dogmática penal alemana, no era un elemento del delito, sino que la imputabilidad era un componente de la culpabilidad, por lo que en las definiciones de los maestros alemanes, la imputabilidad no aparece en sus respectivas definiciones, como lo pudimos apreciar cuando mencionamos la evolución de la definición del delito en nuestro capítulo primero de este trabajo de investigación.

De esta manera para el Sistema clásico, la imputabilidad era precisamente un presupuesto de la culpabilidad; en tanto que para el Sistema Neo-clásico, la imputabilidad era un elemento de la culpabilidad.

3.3. INIMPUTABILIDAD.

La Inimputabilidad, constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Y ante una causa de inimputabilidad se nulifica este elemento subjetivo del delito y consecuentemente al faltar un aspecto positivo del delito, no existirá precisamente el delito. De esta manera las causas de inimputabilidad que provocan el aspecto negativo de la imputabilidad son las siguientes: perturbación grave de la conciencia con base psicológica; perturbación grave de la conciencia sin base

psicológica; desarrollo mental retardado o incompleto; además de la minoría de edad; agregándose las acciones liberare in causa.

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

3.4. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

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

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

Perturbación grave de la conciencia con base patológica: La perturbación de la conciencia significa la perturbación de las relaciones normales existentes entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo externo; la conciencia es una facultad mental que permite que el sujeto se relacione con la realidad, en esta causa de inimputabilidad, el sujeto se encuentra perturbado de su conciencia como consecuencia de una enfermedad mental; por lo tanto aquí se encuentran comprendidas todas las enfermedades mentales;

todos los enfermos mentales que en el momento de la realización de la conducta, su conciencia este perturbada son inimputables con excepción de la personalidad antisocial como lo es el homicida en serie que es el único que se le considera totalmente imputable.

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.

Otra de las causas de inimputabilidad es el desarrollo mental retardado o incompleto.

Por lo que respecta a las acciones *liberae in causa*, debemos de decir que existen situaciones en las cuales el sujeto antes de la ejecución del hecho, en forma voluntaria 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 voluntariamente 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 Treviño²³ nos dice que las acciones libres en su causa, pueden entenderse como las conductas productoras de un resultado típico en un momento de inimputabilidad del sujeto actuante, pero puesta la causa en pleno estado de imputabilidad.

Elementos del concepto de las acciones libres en su causa:

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

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

²³ TEORIA DEL DELITO. 2ª-ed. Ed. Trillas México, 1990. p.36

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. 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, o sea que el sujeto en un estado de absoluta imputabilidad voluntariamente se coloca en un estado de inimputabilidad y de esta manera comete el delito; en tales casos a este sujeto se le considera totalmente imputable y por consiguiente con la plena capacidad de ser declarado culpable y así imponérsele una pena pues se encuentra totalmente apto para ello.

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 pre-ordenada, 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.

Respecto a la inimputabilidad de los menores de 18 dieciocho años de edad, la ley por disposición expresa los menores de dicha edad son inimputables. Al respecto la disposición anterior de nuestro Código Penal se refería a esta inimputabilidad pero por lo que respecta a los menores de dieciséis años de edad; cuestión que hubo necesidad de reformar en razón de que nuestro país a través del poder ejecutivo suscribió el tratado internacional de la carta de los Derechos Humanos y en ese tratado que fue aprobado por el Senado de la República, se establecía la inimputabilidad pero de los menores de dieciocho años de edad y como los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo y aprobados por la cámara de senadores, hacen ley suprema de acuerdo a lo establecido por el artículo 133

constitucional, nuestra ley penal sustantivo estableció la inimputabilidad de los menores de dieciocho años de edad. Al respecto el párrafo IV de artículo 18 dieciocho constitucional establece: “ La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menores de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, solo serán sujetos de rehabilitación y asistencia social.”

B) LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.5. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD.

Para Sergio Vela Treviño²⁴ 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.

²⁴ IBIDEM, p. 201

Jiménez de Asúa ha definido a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Asimismo Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.²⁵

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 dolor y de la culpa. 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, para que una conducta pueda ser considerada como delito, debe ser una conducta típica; y si es típica, para que sea delito debe de ser antijurídica; si es antijurídica entonces deberá ser imputable, para que así de esta manera pueda ser considerada como culpable, y por ende con todas estas características pueda ser considerada como punible.

3.6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

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

²⁵ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p. 233

La primera se le atribuye al Maestro Franz Von Liszt, y la segunda se le atribuye al Maestro Reinhart von Frank.

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

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

En conclusión podemos decir que es la relación psicológica entre el sujeto y su resultado y que las relaciones psicológicas que unen al sujeto con su resultado no son otra cosa más que las formas de culpabilidad, y las formas de culpabilidad son precisamente el dolo y la culpa.

En virtud de lo anterior la Culpabilidad Clásica en su Teoría Psicologista se estructura con la Imputabilidad como un presupuesto de la Culpabilidad; y el dolo y la culpa como especies de Culpabilidad.

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

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad.

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

Para Reinhart Maurach, la culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio des-valorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no haya actuado conforme a Derecho, el que se haya decidido a favor del injusto, aun cuando podía decidirse a favor del Derecho.²⁶

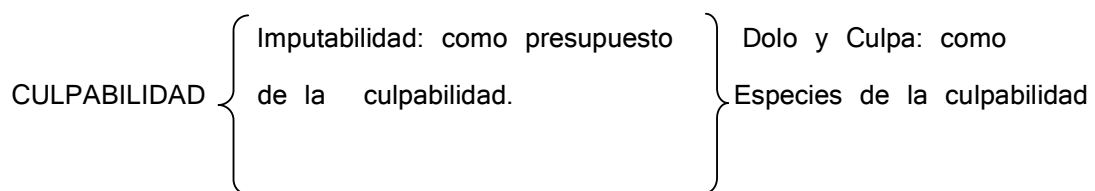
²⁶ IBIDEM. P. 236

Por lo tanto para la Teoría Normativista, la Culpabilidad es un juicio de valor, es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable, se le exige que obre conforme a lo que determina la norma, y no obstante de tener esa posibilidad se comporta de manera diferente a través del dolo o de la culpa, relacionándose de esta manera con la norma.

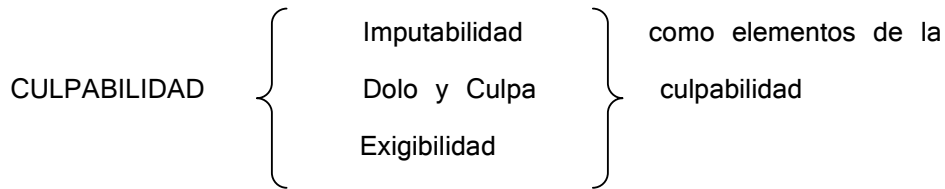
Debemos de hacer mención que con la Teoría Normativista, el Maestro Frank resuelve el problema que se presentaba en el Sistema Clásico, en donde no podían encontrar el nexo de causalidad en la culpa inconsciente o sin previsión, por lo que al relacionarse el sujeto con la norma, se le denomine a esta teoría la Teoría Normativista de la culpabilidad, resolviéndose así el problema del nexo causal de la culpa inconsciente o sin previsión.

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

ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD DEL SISTEMA CLÁSICO:



ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD DEL SISTEMA NEOCLÁSICO:



Como se puede apreciar la imputabilidad, el dolo y la culpa, y la exigibilidad son los elementos que estructural la culpabilidad Neoclásica o Normativista. Por lo que respecta a la Imputabilidad sigue siendo la capacidad de querer y entender y de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión; por lo que respecta al dolo y a la culpa siguen siendo las formas de culpabilidad; y por lo que respecta a la EXIGIBILIDAD, este nuevo elemento, como ya se dijo anteriormente, fue el que dio origen al Sistema Neoclásico que se le atribuye al Maestro Frank, que estableció la exigibilidad de otra conducta diversa a la que el sujeto llevó a cabo, como un elemento de la culpabilidad, fincándose al sujeto imputable que tuvo la oportunidad de comportarse de acuerdo a la conducta establecida por la norma, se comportó de manera diferente y por lo mismo se le finca el juicio de reproche por haberse relacionado con la norma.

El Maestro Vela Treviño manifiesta en su obra Culpabilidad e Inculpabilidad, que la exigibilidad es la obligación normativa que se les impone a los imputables de actuar conforme a derecho. Dicha obligación se fundamenta en la finalidad que persigue el derecho de

evitar, hasta donde sea posible, que se afecten intereses jurídicamente protegidos. De esta obligación que se les impone a los imputables de orar conforma derecho surge la fundamentación para que el juez reproche al sujeto su actuación que tuvo al comportarse se de manera diferente a como se esperaba que actuase, para entonces determinar que una conducta culpable.

En virtud de lo anterior, no puede haber culpabilidad, cuando al sujeto en caso determinado no le era exigible que actuara conforma a derecho, y como no le era exigible, pues entonces, no tenía el deber de hacerlo o porque el sujeto no podía cumplir con esa obligación; lo cual constituye una causa de inculpabilidad, que en tales condiciones proviene de la no exigibilidad de otra conducta diferente a la que se observó.

3.7. FORMAS DE CULPABILIDAD.

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

- a) DOLO
- b) CULPA

3.7.1. DOLO.

Es la intención o voluntad consiente dirigida a la realización de la conducta que es delictuosa o simplemente en la intención de ejecutar un hecho tipificado en la ley como delito. El agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. Para Cuello Calón el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso. En resumen, el dolo consiste pues en el actuar, consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

El dolo también se ha definido como la voluntad la intención dirigida a la realización de la conducta y a la obtención del resultado.

En el dolo el resultado siempre es querido.

3.7.1.1. ELEMENTOS DEL DOLO.

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

3.7.1.2. CLASES DE DOLO.

Dentro de la doctrina se ha considerado la existencia de cuatro clases de dolo que son:

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

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

Dolo Indirecto.- Conocido también como dolo de consecuencias necesarias, se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previéndolo ejecuta el hecho.

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

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

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

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

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

En dicha disposición el dolo directo se encuentra en la redacción de dicho dispositivo cuando nos dice: “ ...quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado ...”; en tanto que dolo eventual se encuentra dentro de dicho dispositivo legal, cuando nos dice: “ ...o lo acepta, previéndolo al menos como posible.”

3.7.2. CULPA.

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

3.7.2.1. 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 previsible y evitables y tipificarse penalmente.
- d) Una relación de causalidad entre el hacer o no hacer iniciales y el resultado no querido.

3.7.2.2. CLASES DE CULPA.

- a) Culpa Consciente o con previsión.

b) Culpa inconsciente o sin previsión.

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

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

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

El Código Penal para el Estado de Guanajuato señala en su artículo 14: *“Obra culposamente quien produce un resultado típico que no previó siendo previsible o que previó confiando en que no se produciría, siempre que dicho resultado sea debido a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales”.*

Desprendiéndose de la transcripción anterior que se dan las dos formas de manifestación de la culpa, es decir, la imprudencia y la negligencia; la imprudencia o exceso de actividad supone una actividad positiva, se refiere al obrar irreflexivo sin precaución ni

cautela; la negligencia o defecto de actividad, equivale al descuido y se refiere a la omisión de la atención y diligencias debidas por el cumplimiento de un deber, ambas formas, la imprudencia y la negligencia, presentan el carácter común de previsión debida.

CAPÍTULO CUARTO

LA INCULPABILIDAD

4.1 INCULPABILIDAD.

Se ha dicho que los elementos de la culpabilidad son pues, el intelectual y el volitivo, es decir el conocer y la voluntad, cuando falta cualquiera de estos dos elementos estamos en presencia de la Inculpabilidad que es el aspecto negativo de la culpabilidad, es decir, es la ausencia de culpabilidad.

Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito, o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de todos los elementos que lo integran. Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta coincidente con un tipo penal; y la culpabilidad (como aspecto subjetivo del hecho) presupone una valoración de antijuridicidad de la conducta típica. Pero al hablar de la inculpabilidad en particular, o de las causas que excluyen la culpabilidad, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

4.2. CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Para que un sujeto sea culpable, según se ha dicho, precisa en su conducta la intervención del conocimiento y de la voluntad; por lo tanto, la inculpabilidad debe referirse a esos dos elementos: el intelectual y el volitivo. Toda causa eliminadora de alguno o de ambos, debe ser considerada como causa de inculpabilidad. Como causas de inculpabilidad tenemos el error de hecho (que afecta el elemento intelectual que es el conocer) y la coacción (que afecta el elemento volitivo que es el querer) en el código penal anterior.

También se ha mencionado que la Culpabilidad Psicológica o bien la Teoría psicológica de la culpabilidad, este elemento subjetivo del delito, se estructura con la imputabilidad considerada como presupuesto de la culpabilidad; y el dolo y la culpa, considerados como especies de la culpabilidad. Consecuentemente para poder declarar culpable a un sujeto, era necesario demostrar que el sujeto era imputable y que había obrado con dolo o con culpa.

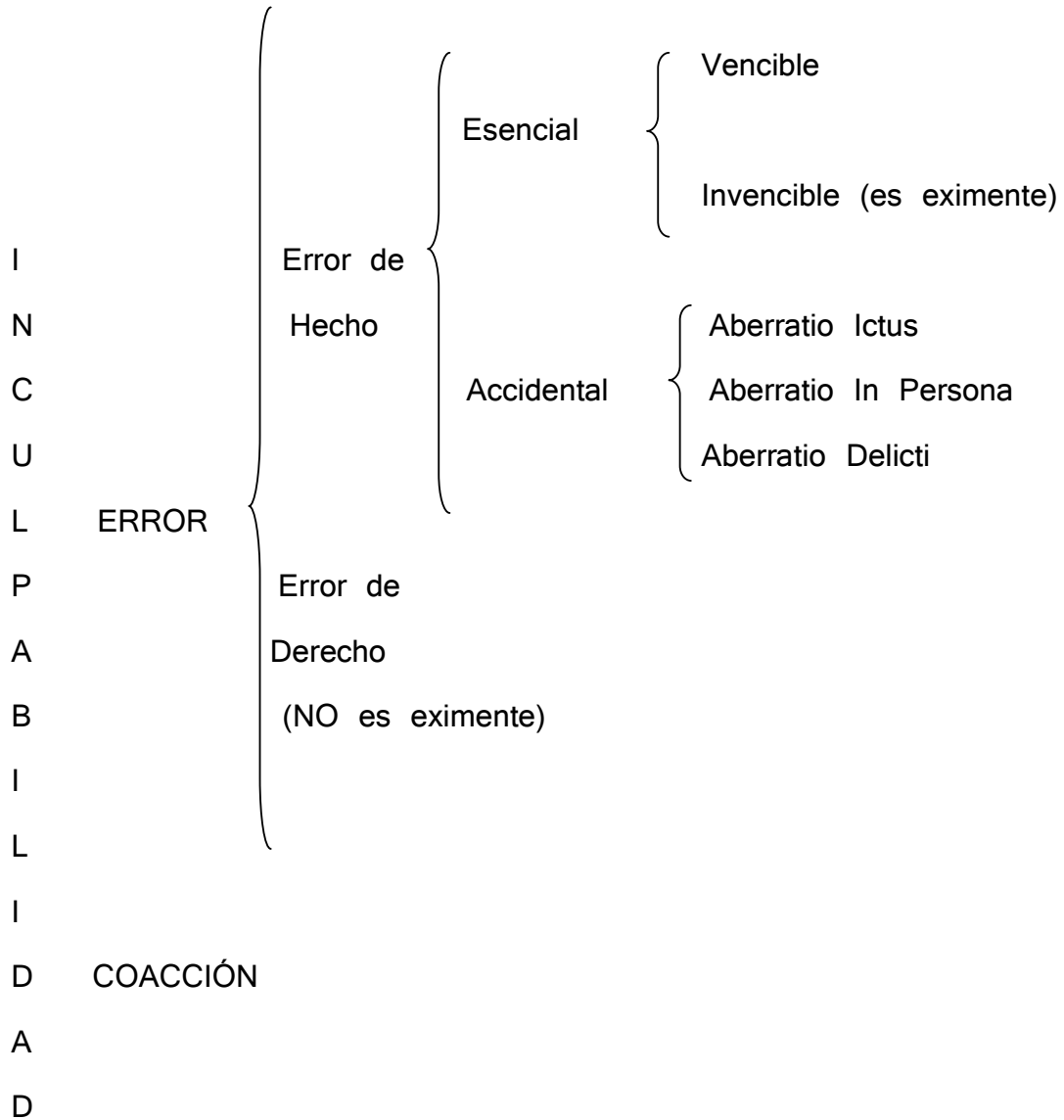
En cambio en la Culpabilidad Neo-clásica, o teoría normativista de la culpabilidad, también hemos dicho, que se estructura con la imputabilidad, el dolo y la culpa y la exigibilidad. Así es que para poder declarar culpable a un sujeto y consecuentemente fincarle el juicio de reproche, era necesario demostrar que el sujeto era imputable, que había obrado con dolo o con culpa y que le era

exigible obrar conforme la norma lo determina y no de manera diferente a través del dolo o de la culpa.

En virtud de lo anterior la inculpabilidad en el sistema clásico o casualista tenía lugar demostrando que el sujeto era inimputable, o bien la existencia del error de hecho o bien de la coacción, que constituyen el aspecto negativo de la culpabilidad y cuya presencia constituye el aspecto negativo de este elemento subjetivo del delito considerado como causas de inculpabilidad.

Por lo que respecta la inculpabilidad en el sistema Neo-clásico o normativista, para que existiera la nulificación de este elemento subjetivo por excelencia como lo es la culpabilidad, era precisamente demostrar que el sujeto era inimputable, que había obrado bajo un error de hecho y una coacción, o bien que al sujeto no le era exigible obrar de manera diferente a como lo hizo, o sea de manera diferente a lo que la norma establece, dándose así lo que conocemos como la inculpabilidad en sistema neo-clásico.

4.3. INCULPABILIDAD EN EL SISTEMA CLÁSICO O CAUSALISTA Y EN EL SISTEMA NEO-CLÁSICO O NORMATIVISTA:



a) EL ERROR.

El error es un falso conocimiento de la realidad, un conocimiento incorrecto; se conoce, pero se conoce equivocadamente; el error afecta al elemento intelectual conocimiento, de la culpabilidad,

es un vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto cognoscente 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.

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 está cometiendo otro.

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

b) LA COACCIÓN.

Es la fuerza física o moral que opera sobre la voluntad anulando la libertad de obrar del sujeto, su voluntad esta constreñida por el uso de la fuerza; afectando al elemento volitivo, no hay

ausencia de voluntad, sino que en la coacción la voluntad esta forzada, esta constreñida, al individuo se le obliga a hacer lo que no quiere hacer a través de la fuerza física o moral. En la coacción, el sujeto coaccionado sí tiene voluntad, el sujeto se puede mover entre un sí o en un no, pero su voluntad está constreñida, está forzada, esta coaccionada y por ello se tiene ante este fenómeno una causa de inculpabilidad.

Por lo que respecta la inculpabilidad en el sistema Neo-clásico o normativista, esta se presente por las mismas causas que en el sistema clásico, solo habría que tener presente la inexigibilidad de una conducta, o sea la presencia de la inexigibilidad, cuya presencia es manifiesta y fundamental en las disposiciones de nuestro actual Código Penal sustantivo para el Estado de Guanajuato, como veremos en su oportunidad, generando inculpabilidad.

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

Actualmente el ordenamiento citado, en su texto trata de dos clases de error como son el error de tipo y el error de prohibición o ignorancia de la ley y aparentemente desaparecen tanto el error de hecho como la coacción pues nuestro código ya no los menciona en su redacción.

El Código Penal Sustantivo para el Estado de Guanajuato en la fracción VIII de su artículo 33; nos señala:

Artículo 33: El delito se excluye cuando:

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

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

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

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

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

Artículo 15: Para el caso del error a que se refiere el inciso a) de la fracción VIII del artículo 33, si éste es vencible, se impondrá

la punibilidad del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización.

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

4.5. EL ERROR DE HECHO ESENCIAL Y LA COACCIÓN COMO CAUSAS SUPRALEGALES DE INCULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

Hemos dicho que la culpabilidad es elemento subjetivo por excelencia del delito y a través de la culpabilidad se estudia la intelectualidad del sujeto ante la existencia de su conducta delictuosa; para el maestro Fernando Castellanos la culpabilidad, según lo manifiesta en su obra lineamientos elementales de derecho penal, contiene dos elementos, uno que es el elemento intelectual que es precisamente el conocer y el otro que es el elemento volitivo que se traduce en el querer. Ante las causas de Inculpabilidad son precisamente estos elementos los que se ven afectados según lo afirma el maestro Fernando Castellanos haciendo alusión a varios autores, y esta afectación se tiene precisamente ante las causas de inculpabilidad.

En el sistema clásico o casualista, es el que se hace consistir la culpabilidad en una relación psicológica entre el sujeto y su resultado debemos de decir que estas relaciones psicológicas que unen al sujeto con su resultado son precisamente el dolo y la culpa. Además hemos dicho que para este sistema clásico atribuido al gran maestro alemán Franz Von Liszt, la culpabilidad se estructura con la imputabilidad considerada como presupuesto de la culpabilidad y al dolo y la culpa como especies de culpabilidad, así que las relaciones psicológicas son precisamente las especies de culpabilidad que como ya se dijo son el dolo y la culpa.

Como consecuencia de lo anterior para poder declarar culpable a un sujeto bastaba con comprobar que dicho sujeto era imputable y que había obrado con dolo y con culpa.

Respecto de la inculpabilidad en el sistema clásico, como consecuencia de lo antes mencionado tenemos al error de hecho invencible y a la coacción; el primero afecta el elemento intelectual de la culpabilidad que es el conocer y el segundo afecta al elemento volitivo de la culpabilidad que es el querer; consecuentemente, ante el error de hecho esencial invencible se elimina el dolo y se elimina la culpa por lo tanto se puede considerar que este error de hecho es el único error que genera en forma absoluta la inculpabilidad en el sistema clásico, no así el error de hecho esencial vencible que hace que se elimine el dolo pero deja subsistente la culpa.

Por lo que se refiere a la coacción como ya se dijo con anterioridad está afecta el elemento volitivo de la culpabilidad, es decir, el querer, por lo que también elimina el dolo y la culpa, pues ante la coacción la voluntad del sujeto se encuentra constreñida, se encuentra forzada a hacer lo que no se quiere pero ante la presencia de una fuerza física o de una fuerza moral, el sujeto se ve obligado a llevar a cabo una conducta que no quiere realizar, pero que si no la realiza sus bienes jurídicos tutelados ya sea propios o ajenos se podrían ver afectados gravemente, y el derecho penal lo que menos quiere es la presencia del héroe, que sacrifiquen sus bienes jurídicos y como consecuencia de ello al realizar dicha conducta se realiza de una manera forzada, traduciéndose esto en una causa de inculpabilidad.

Por lo que respecta a la culpabilidad en el sistema neoclásico cuya paternidad se le atribuye a Reinhart Von Frank mismo que hace estudios sobre culpabilidad y que determina que la culpabilidad no solamente es una relación psicológica entre el sujeto y su resultado sino que la culpabilidad es un juicio de valor es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable se le exige una conducta diversa a la observada y que al haber obrado de manera diferente a través del dolo o culpa se le finca el juicio de reproche por no haber observado lo que la norma jurídica le exige.

Como consecuencia, el sujeto se relaciona con la norma y con ello el maestro Frank resuelve el problema que se presentaba en el

sistema clásico respecto de la culpa, en relación con la cual no podían encontrar el nexo psicológico, de tal manera que con esta corriente normativista al relacionarse el sujeto con la norma al fincársele el juicio de reproche por observar una conducta diversa al exigida por la norma resuelve dicho problema.

En virtud de lo anterior, la culpabilidad neoclásica se estructura con la imputabilidad, el dolo y la culpa y la exigibilidad, pero ahora como elementos de la culpabilidad. Consecuentemente, las causas de inculpabilidad en este sistema son precisamente la inimputabilidad, y respecto del dolo y la culpa tendremos como causas de inculpabilidad el error de hecho esencial invencible y la coacción y finalmente la inexigibilidad que anula precisamente el aspecto positivo de este elemento de la culpabilidad. Así es que para este sistema y para fincar el juicio de reproche, y a su vez declarar culpable a un sujeto es necesario demostrar que el sujeto es imputable, que obro con dolo o con culpa y que le era exigible una conducta diversa a la observada, es decir, le era exigible obedecer, observar la conducta establecida por la norma y que se le exige su observancia por ser un sujeto imputable y que al no observar dicha conducta se relaciona con la norma y se le finca el juicio de reproche a través de la exigibilidad.

Como se aprecia tanto en el sistema clásico como en el sistema neoclásico, básicamente las causas de inculpabilidad son específicamente el error de hecho esencial invencible y la coacción.

Por lo que respecta a la inculpabilidad en nuestro código penal sustantivo actual en la fracción VIII y IX del artículo 33 de Nuestro código penal para el estado de Guanajuato, se hace consistir la inculpabilidad en el error de tipo que recae sobre los elementos esenciales que integran el tipo penal. Y el error invencible de prohibición que recae sobre el desconocimiento de la ley, el alcance de la misma o por que se crea que la conducta está justificada, es dable pensar que efectivamente el error de hecho esencial invencible y la coacción no aparecen como eximentes de culpabilidad, por lo que estos nos induciría a pensar que en la actualidad el error de hecho esencial invencible y la coacción ya no constituyen eximentes de culpabilidad. Sin embargo, la fracción IX del artículo 33 de nuestro código penal vigente para el estado de Guanajuato, nos habla precisamente de la exigibilidad y nos determina lo siguiente:

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

Y así de esta manera, cuando el sujeto no se le puede exigir la realización de una conducta a la que observo, el delito se excluye por inculpabilidad o sea que este elemento de la inculpabilidad de la teoría o del sistema neoclásico consiste en la inoperancia de la no

exigibilidad de otra conducta; este elemento de la inexigibilidad se basa en que el derecho exige comportamientos racionales y nunca acciones heroicas, por lo que ante un error esencial de hecho o una coacción se genera inculpabilidad por la inexigibilidad; de tal manera y como se puede apreciar tanto el error de hecho como la coacción en el código actual, no se mencionan de ninguna manera, pero lo cierto es que ante un error de hecho esencial invencible o una coacción al sujeto no se le puede exigir razonablemente que haya obrado conforme a la norma por lo que en consecuencia tanto el error de hecho como la coacción se convierten en eximentes de la culpabilidad no por que anulen el dolo o la culpa sino que generan inculpabilidad precisamente por la inexigibilidad cuyo aspecto positivo se encuentra establecido como se dijo en la fracción IX del artículo 33 de nuestro código actual.

Como ya se dijo tanto el error de hecho como la coacción no se mencionan en el texto de la ley. Sin embargo cuando se dan en el tiempo y en el espacio generan inculpabilidad por la inexigibilidad es decir, porque al sujeto no se le puede exigir que obre conforme lo que la norma determina, y como no están mencionadas en el texto legal tanto el error de hecho esencial invencible como la coacción se convierten en eximentes supra legales que generaran inculpabilidad por inexigibilidad aunque no se encuentren mencionadas en el texto legal.

4.6 LA EXIGIBILIDAD

Como hemos dicho con anterioridad la exigibilidad como elemento de la culpabilidad fue introducido por el maestro Von Frank a la teoría del Delito, específicamente, al elemento subjetivo por excelencia como es la culpabilidad; este elemento de la exigibilidad dio origen al sistema neo-clásico de la dogmática penal alemana. La exigibilidad constituye como se dijo elemento de la culpabilidad dirigido al imputable para obligarlo a la observación de la conducta establecida por la norma y para evitar que el sujeto realice una conducta diversa a la establecida por la propia norma jurídica; con este elemento de exigibilidad el maestro Von Frank resuelve el problema del sistema clásico, referente a la cuestión relativa de que no podían encontrar el nexo psicológico en la culpa consciente o sin previsión, de tal forma que con la introducción de la exigibilidad se llega a afirmar que la culpabilidad en el sistema neo-clásico es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable por no haber observado la conducta establecida por la norma, no obstante de ser un imputable y que por lo mismo debería de obrar conforme a lo que la norma determina y en lugar de hacerlo así, obra de manera diferente a través del dolo o a través de la culpa. La exigibilidad a decir del maestro Vela Treviño en su obra la culpabilidad e inculpabilidad constituye una obligación normativa que se le impone a los imputables de actuar conforme al derecho cuando pueden y deben hacerlo. Esta obligación se encuentra en la finalidad que persigue el derecho para evitar hasta donde sea posible que se afecten intereses jurídicamente protegidos. Como consecuencia de lo anterior es menester afirmar que no podrá haber culpabilidad cuando

al sujeto no le es exigible que obre conforme a la norma, que obre conforme al derecho ya sea porque no tenía el deber de hacerlo o porque no podía cumplir con esa obligación. Ante tales circunstancias estaremos en presencia de la inexistencia del delito por inculpabilidad proveniente de la no exigibilidad de una conducta diferente a la que es motivo del enjuiciamiento.

Por consiguiente se puede decir que para que al sujeto imputable le sea exigible obrar conforme a la norma es necesario que pueda y deba hacerlo; ya que habrá inexigibilidad cuando el sujeto imputable actúa produciendo un resultado típico sin que debiera hacerlo o sin que pudiera haberlo evitado. En materia penal las normas van dirigidas a los imputables con exclusión de todos los demás que no lo son, y así nace una obligación genérica de cumplir con la exigencia de la norma que fundamenta la exigibilidad, siempre y cuando se pueda y se deba hacerlo.

Ante tales circunstancias los inimputables no tienen el deber, ni tampoco el poder para obrar, conforme lo que la norma exige produciéndose así una causa de inculpabilidad por inexigibilidad.

Por lo que respecta a la famosa tabla de los naufragos, consistente en que dos naufragos en altamar se aferran a una tabla salvadora y uno de ellos mata al otro para salvarse pues la tabla únicamente resiste el peso de uno solo de ellos, se dice que el sujeto activo no se aloca y que obro con todo el dolo del mundo,

pero sin embargo así lo mata, se afirma que ante tales circunstancias el sujeto actúa conforme a su naturaleza obedeciendo a su instinto de conservación y así de esa manera no se le puede exigir que obra conforme a derecho pues la naturaleza no puede ser regulada por el legislador y ante tales circunstancias se puede afirmar que como obra conforme a su naturaleza no tenía ni el deber, ni el poder de comportarse conforme lo que la norma exige, pues obra conforme a su naturaleza.

CAPÍTULO QUINTO

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

5.1 FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.

Ahora toca hacer mención de las formas de aparición del delito toda vez que el problema planteado se encuentra enclavado precisamente en este tema y consecuentemente debemos de decir al respecto que existen formas normales o comunes de aparición del delito, y las formas especiales de aparición del delito.

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

Por lo que respecta al delito cometido por una sola persona también es de hacerse notar en los tipos penales, en este caso, por lo que se refiere al sujeto activo del delito se encuentran redactados en singular, es decir, que en la mayoría de los tipos penales no se

requiere una pluralidad en el sujeto activo del delito, y así tenemos por ejemplo que en el delito de homicidio se determina: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro” y así repetimos que los tipos penales están redactados en singular.

Por lo que se refiere a la tercera forma normal o común de aparición del delito debemos de hacer mención que los tipos penales están referidos a que con una sola conducta se tenga un solo resultado, no obstante lo anterior debemos de afirmar en relación con estas formas normales o comunes de aparición del delito ahí ciertas conductas que no podemos tipificar por faltarles un elemento que el tipo penal requiera, pero que sin embargo, representan un verdadero peligro para la convivencia social, como por ejemplo; existen ciertas conductas que se llevan a cabo y no obstante ello el resultado no se da por causas ajenas a la voluntad del agente; así mismo existen conductas que en la realidad son llevadas a cabo por dos o más personas y no obstante ello el tipo penal se encuentra redactado en singular, o sea que no requiere una pluralidad en el sujeto activo; así mismo también hay casos en que con una sola conducta se obtienen varios resultados no obstante que el tipo penal solo se refiere a que con una conducta se obtenga un solo resultado. Atendiendo a estas circunstancias y para evitar que ciertas conductas quedaran impunes por estos casos de problemas de atipicidad se inventan las formas especiales de aparición del delito.

5.2 FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

Como ya se dijo estas formas especiales de aparición del delito fueron creadas precisamente para evitar que determinadas conductas quedaran impunes como consecuencia de la redacción en que se encuentran los tipos penales y dentro de estas tenemos a la tentativa, a la participación criminal en sentido amplio y al concurso de delitos y son precisamente cada una de ellas la correlativa contraria a la forma normal o común de aparición del delito respectivamente en el orden en que las hemos mencionado.

Dado que el problema planteado se encuentra inmerso en el tema de la tentativa pasaremos hablar primeramente de la participación criminal en sentido amplio, para después hablar del concurso de delitos y finalmente tratar la tentativa.

5.3 PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN SENTIDO AMPLIO

Esta segunda forma especial de aparición del delito esta en relación con la forma normal o común relativa al delito cometido por una sola persona.

La participación criminal en sentido amplio implica la necesariamente intervención de dos o más sujetos activos en la comisión del delito, y no obstante ello el tipo penal se encuentra redactado en forma singular, es decir, que el tipo penal no requiere

una pluralidad en el sujeto activo y no obstante en la realidad tenemos la presencia de dos o más sujetos en la comisión del delito.

Dentro de las formas que se establecen en la participación criminal en sentido estricto tenemos dos figuras, primeramente la autoría que comprende la autoría simple, la autoría mediata y la coautoría; y posteriormente la participación criminal en sentido estricto que comprende dos figuras como son la instigación y la complicidad.

Por lo que respecta a la autoría simple se encuentra establecida en el primer párrafo del artículo 20 del Código Penal Sustantivo para el Estado de Guanajuato, específicamente cuando dicho numeral menciona que es autor del delito quien lo realiza por sí, lo cual constituye pues la autoría simple; por lo que respecta a la autoría mediata esta se explica manifestando que el sujeto activo ésta compuesto por dos o más individuos, uno que ésta delante y otro que esta atrás, el que esta adelante lleva a cabo la conducta pero para que sea autor mediato es necesario que no sepa lo que quiere el que esta atrás, es decir, el que esta adelante puede ser incluso un inimputable o un inculpable, por lo que es autor el que esta atrás pues el que realiza la conducta mediante otro sujeto que no comete delito, así lo establece la primera parte del numeral en mención del ordenamiento legal que se ha mencionado cuando establece “ o por medio de otro que actúa sin incurrir en delito”; por lo que respecta a la coautoría existe esta figura cuando los sujetos activos del delito son varios en común, circunstancia establecida en la parte final del

párrafo primero del artículo 20 del ordenamiento legal que se menciona.

En relación con la forma especial de la participación criminal en sentido estricto, tenemos la instigación que se traduce en que existe instigación cuando un sujeto determina a otro dolosamente a cometer un delito doloso, como se puede apreciar el que esta atrás instiga al que esta adelante y el que esta adelante que es el que lleva a cabo la conducta, sabe lo que quiere o pretende el que esta atrás, en esto radica la diferencia con la autoría mediata de tal forma que es autor el que esta adelante y el partcipe es el que esta atrás imponiéndosele a este la misma penalidad que al autor del delito.

En lo referente a la complicidad debemos de mencionar que ésta figura tiene lugar cuando se le otorga al sujeto activo del delito la ayuda necesaria para llevar a cabo la conducta, lo cual significa que el cómplice no lleva a cabo la conducta, sino que solamente presta ayuda para realizarla; dicha ayuda para que se dé la figura de la complicidad debe de ser pactada con anterioridad y en forma concomitante al desarrollo de la conducta. Debemos de decir que no se debe de confundir la complicidad con el encubrimiento, pues este es un tipo penal específico, en tanto que la complicidad es una forma especial de aparición del delito.

Todas estas figuras se encuentran establecidas en los artículos 20, 21, 22 del Código Penal Sustantivo vigente para el Estado de Guanajuato.

5.4 CONCURSO DE DELITOS.

El concurso de delitos tiene lugar en el tiempo y en el espacio cuando con una sola conducta se obtienen varios resultados o bien cuando con varias conductas se obtienen varios resultados, de lo anterior resulta las clases de concursos de delitos existentes como son el concurso ideal y el concurso real. El concurso ideal tiene lugar cuando con una sola conducta se obtienen varios resultados y el concurso real tiene lugar cuando con varias conductas se obtienen varios resultados. En ambas clases los actos que se ejecutan pueden ser dolosos o culposos y ambas clases de concurso de delitos pueden ser homogéneos y heterogéneos.

Hay concurso de delitos homogéneo cuando todos los resultados son de la misma naturaleza y hay concurso heterogéneo cuando los resultados son de diferente naturaleza.

Así tendremos un concurso ideal homogéneo cuando con una sola conducta se obtienen resultados idénticos es decir, tres homicidios por ejemplo y heterogéneos cuando los resultados son de diferente naturaleza por ejemplo daños, homicidio y robo.

Nuestro Código Penal Sustantivo establece en su artículo 30 la forma de punibilidad del concurso real para lo cual se aplicará la pena del delito que merezca mayor sanción, misma que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos sin que la prisión exceda de cuarenta años y por lo que respecta a la forma de punibilidad del concurso ideal se aplicará la pena del delito que merezca mayor sanción la cual podrá aumentarse hasta un medio más de su máximo sin que pueda exceder de la suma de las sanciones de los delitos cometidos ni la de prisión de 40 años.

5.5.- LA TENTATIVA.

Para el Maestro FERNANDO Castellanos en su obra Lineamientos Elementales de Derecho Penal, define a la tentativa diciendo que son los actos ejecutivos, encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

Nuestro Código Penal vigente para el estado de Guanajuato en su numeral 18 nos establece que hay Tentativa Punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.

Así pues existe tentativa cuando se realizan todos los actos de la conducta y el resultado no se da por causas ajenas a la voluntad del agente.

La doctrina nos habla de dos clases de Tentativa como son: la Tentativa Acabada y la Tentativa Inacabada. En la primera el autor realiza todos los actos de la conducta, idóneos dirigidos inequívocadamente a consumir el delito, pero el resultado no se da y en la tentativa inacabada el sujeto por descuido o deliberadamente deja de ejecutar un acto de la conducta y como consecuencia el resultado no se da.

Debemos de hacer mención que en la tentativa el dolo es un factor esencial y determinante para que se de esta forma especial de aparición del delito, constituyen efectuar actos u omisiones que son idóneos, es decir que son adecuados para llevar a cabo cada uno de los actos de la conducta y que estos actos idóneos están dirigidos inequívocadamente a consumarlo, es decir, que no hay duda alguna que están dirigidos a la obtención del resultado, y sin embargo el resultado no se da por causas ajenas a la voluntad del agente.

En relación con la tentativa existen dos figuras importantes que hacen de esta figura no sea punible y de esta manera tenemos el desistimiento y el arrepentimiento.

El desistimiento consiste en dar marcha atrás para no llevar a cabo la conducta o bien para evitar que el resultado se dé no obstante de haberse llevado a cabo cada uno de esos actos, pero el resultado se evita de manera voluntaria por el sujeto activo. La otra forma que es el arrepentimiento difiere del anterior en que el arrepentimiento se llevan a cabo todos los actos de la conducta y el resultado está a punto de producirse pero el sujeto hace todo lo que está a su alcance para evitar que el resultado se produzca; en estos casos la posible tentativa no será punible salvo que los actos ejecutados constituyan por sí mismo un delito.

Respecto del problema planteado referente a que en el delito imposible la tentativa debe de ser punible; nuestro código en su artículo 19 determina que hay tentativa punible aun en los casos de delito imposible, cuando por error el agente considera que existía el objeto en que quiso ejecutarlo o que el medio utilizado era el adecuado.

Al respecto debemos de tener presente que el delito es conducta, típica, antijurídica, imputable culpable y punible. Que para que exista delito es necesario que exista una conducta y que esa conducta sea una conducta típica, que como ya se dijo con anterioridad la tipicidad es el segundo elemento objetivo de la conducta para ser punible y para que exista tipicidad es necesario que la conducta dada en la realidad reúna todos y cada uno de los elementos objetivos subjetivos o normativos que el tipo penal exija, de

tal forma que faltando alguno de ellos de cualquier especie o clase, no habrá tipicidad es decir no habrá adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en el tipo penal, y si no hay esa adecuación, no habrá tipicidad, y si no hay tipicidad no hay delito por faltar uno de los elementos esenciales de ese fenómeno jurídico-social como lo es el delito.

En este caso del delito imposible, no existe posibilidad alguna de que el sujeto desarrolle una conducta típica, por faltar alguno de los elementos objetivos del tipo penal, como por ejemplo el sujeto activo pretendiendo matar a su peor enemigo se introduce a su aposento y le propina una serie de heridas mortales, más sin embargo el presunto sujeto pasivo ya se encontraba muerto desde antes de que se llevara a cabo la conducta, lo cual constituye una atipicidad por faltar un elemento objetivo que el tipo penal exige como lo es el bien jurídico tutelado que en este caso es la vida.

Ante tales circunstancias considero que la tentativa de delito imposible no es procedente que sea punible por faltar un elemento del tipo, originándose de esta forma una atipicidad que es un aspecto negativo del delito y ante el aspecto negativo del delito se nulifica el correspondiente elemento positivo y de esta forma faltara un elemento de definición, y si falta un elemento de definición no habrá delito, por atipicidad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Respecto de la Tipicidad se ha dicho se ha dicho que es el segundo elemento objetivo del delito, que es la primera característica de la conducta que la hace punible; también se le considera como un juicio de valor que se realiza sobre la conducta para determinar si es o no conducta típica, e incluso se le ha definido como la adecuación o encuadramiento de la conducta dada en la realidad con la descrita en abstracto por el tipo penal.

SEGUNDA.- Por tipo penal se entiende la descripción en abstracto de la conducta penalmente relevante o que se considera delito, definición dada por el Maestro Ernesto Von Beling.

TERCERA.- Las relaciones que pueden existir en la tipicidad con la antijuridicidad, se establecen y se conocen a través de los Maestros Ernesto Von Mayer y Edmundo Mezger. El primero de ellos que afirmaba que la tipicidad era un indicio la antijuridicidad, y con ello estableció la *RATIO COGNOSCENDI* de la antijuridicidad; en tanto que el segundo afirmaba que la tipicidad estaba íntimamente unida a la antijuridicidad a tal grado que las causas de justificación eran consideradas como causas de atipicidad, y con ello estableció la *RATIO ESSENDI* de la antijuridicidad.

El mecanismo del primero consistía en decir: “Toda conducta típica puede ser antijurídica, siempre y cuando no esté amparada con

una causa de justificación.” (Ratio cognoscendi de la antijuridicidad); en tanto que el mecanismo del segundo afirmaba: ”toda conducta típica es antijurídica, siempre y cuando no existe una causa de justificación “. (Ratio essendi de la antijuridicidad).

CUARTA.- Por lo que respecta a la antijuridicidad, este elemento objetivo del delito se ha definido como la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico, es decir con el orden normativo, con todo el orden normativo, o sea relación de contradicción con la norma, la norma jurídico penal, que no está descrita en la ley, sino que se encuentra encerrada, ínsita en lo que es el tipo penal, y es precisamente la violación a la norma lo que relaciona a la conducta en contradicción con la norma, y esto sucede cuando la conducta se adecua al tipo penal por reunir todos y cada uno de los elementos que el tipo penal exige.

QUINTA.- El juicio de valor o disvalor de la antijuridicidad se realiza sobre la conducta típica para determinar si se encuentra amparada o no con una causa de justificación que la haga lícita.

Como ya se dijo la antijuridicidad es una relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico; por ello debemos de decir que el orden normativo u orden jurídico se encuentra compuesto por normas, tanto normas prohibitivas que como su nombre lo indica lo indica prohíben realizar una conducta y por normas dispositivas que ordenan o mandan realizar una conducta,

misma que al mandar u ordenar que se realiza una conducta, también están prohibiendo que el sujeto al cual se dirige la norma, se abstenga de realizar la conducta mandada u ordenada, de ahí que el maestro Welzel defina al tipo penal como la materia de prohibición. No obstante todo esto, debemos de decir que el orden jurídico también se encuentra compuesto de preceptos permisivos que otorgan la posibilidad de realizar de manera lícita una conducta en principio prohibida, pero que si se encuentra autorizada su ejecución por un precepto permisivo, la conducta será totalmente jurídica, es decir lícita.

SEXTA.- El tipo penal define a las conductas que se consideran penalmente relevantes, el Legislador somete a las conductas a una valoración, creando el bien jurídico tutelado e imponiéndoles el deber de respeto que es precisamente la norma que prohíbe la realización de la conducta, creándose posteriormente en forma inmediata la descripción de la conducta que se considera delito o sea al tipo penal, con la salvedad que el deber de respeto o sea la norma, no se encuentra descrita en la ley, si no que se encuentra insita, encerrada en el tipo. De tal forma que cuando se comete un delito el sujeto se adecua a la ley, no viola la ley, sino lo que viola es precisamente la norma que se encuentra dentro del tipo penal.

SÉPTIMA.- Así es que al llevarse a cabo una conducta descrita en el tipo penal, y si ella reúne todos y cada uno de los elementos que el tipo penal exige, tendremos una conducta calificada como conducta

típica, constituyéndose así, según lo afirma el Maestro Mayer, un indicio de que puede existir antijuridicidad, o sea que tenemos un indicio de que puede existir una conducta antijurídica. Lo anterior se debe afirmar cuando se determina que la conducta reúne todos los elementos que el tipo penal exige para que sea conducta típica y no se encuentra bajo el amparo de alguna de las llamadas causas de justificación o de algún otro precepto permisivo establecido por alguna ley. Cuando eso sucede decimos que la conducta choca o se contradice con la norma que se encuentra ínsita en el tipo penal; ello implica la existencia de la ANTINORMATIVIDAD, ante la cual se tiene la determinación de la relación de contradicción con una norma jurídica prohibitiva.

OCTAVA.- Como ya se dijo la Antijuridicidad es una relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico, es decir una relación de contradicción con todo el orden jurídico o normativo; por lo que para afirmar la existencia de la antijuridicidad y no solo la existencia de la Antinormatividad es necesario verificar todo el orden jurídico u orden normativo para determinar si existe o no algún precepto permisivo que haga que una conducta que en principio este prohibida sea conforme a derecho.

NOVENA.- La Tentativa es una forma de aparición del delito se trata de llevar a cabo todos los actos u omisiones de la conducta y el resultado no se da por causas ajenas a la voluntad del agente.

Por lo que respecta a la tentativa del delito imposible este consiste, en que no se puede realizar en la realidad consecuentemente si faltase en el caso concreto un elemento que el tipo penal exija para que la conducta deba tipificar, y al no existir esa adecuación no existirá tipicidad por faltar algún elemento que el tipo penal exige, y al faltar un elemento positivo del delito, faltara un elemento de definición y de esta forma no habrá delito por existir atipicidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUCHATEGUI REQUENA IRMA GRISELDA. DERECHO PENAL. 11ª. ed. Ed. Harla. México, 1994. p.p.408.
- CALZADA PADRÓN FELICIANO. DERECHO CONSTITUCIONAL. Ed. Harla, México. 1990. p.p. 559.
- CARDONA ARIZMENDI Y OJEDA. CÓDIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. 3ª. ed. Orlando Cárdenas editor Irapuato. Guanajuato. 1996 p.p. 874.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAÚL. DERECHO PENAL MEXICANO. 12ª. ed. Ed. Porrúa. México, 1997. p.p. 904.
- CARRARA FRANCISCO. DERECHO PENAL. Ed. Pedagógica Iberoamericana. México 1995. p.p. 320.
- CASTELLANOS FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 41ª. ed. Ed. Porrúa. México. 2000. p.p. 363.
- COLIN SÁNCHEZ GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª. ed. Ed. Porrúa. México, 2006. p.p. 340.
- JIMÉNEZ DE ASUA LUIS. LA LEY Y EL DELITO, 11ª. Ed. Ed. Sudamérica Buenos Aires, 1980. p.p. 281.

- JIMÉNEZ HUERTA MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO. tomo II. Ed. Porrúa. México. 1984. p.p. 280.
- LÓPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL. 4ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1996. p.p. 281.
- MÁRQUEZ PIÑEIRO RAFAEL. EL TIPO PENAL. 1ª. ed. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México. 1986. p.p. 407.
- MOTO SALAZAR EFRAIN. ELEMENTOS DE DERECHO. 40ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1994. p.p. 452.
- MUÑOZ CONDE FRANCISCO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. 2ª. ed. Ed. Temis. Colombia. 1999. p.p. 190.
- ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO. CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Ed. Porrúa. México. 1999. p.p. 280.
- VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª, ed. Ed. Porrúa. México. 1990. p.p. 654.

LEGISLACIÓN

- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS CONSTITUCIÓN POLÍTICA
- GUANAJUATO. CÓDIGO PENAL SUSTANTIVO.