



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

**“EL CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL SUJETO
PASIVO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN”**

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

HERNÁN LARA RAMÍREZ

Asesor:

LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE

Celaya, Guanajuato.

Enero 2014



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Con todo mi cariño y mi amor para las personas que hicieron todo en la vida para que yo pudiera concluir mis estudios, por motivarme y orientarme en el largo camino de esta vida hacia el éxito, a ustedes por siempre mi corazón y mi agradecimiento.

Papá y mamá

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO.

NOCIONES GENERALES DE DERECHO PENAL.

1.1 Definición del Derecho Penal.	1
1.2 Terminología adecuada o Denominación.	4
1.3 Caracteres del Derecho Penal.	4
1.4 Partes en que se divide el Derecho Penal.	6
1.5 Derecho Penal en sentido objetivo y en sentido subjetivo.	7
1.6 Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo.	7

CAPÍTULO SEGUNDO.

EL DELITO.

2.1 Concepto de Delito desde el punto de vista Etimológico.	9
2.2 Definición del Delito según Francisco Carrara.	10
2.3 Definición Sociológica del Delito.	11
2.4 Diferentes definiciones del delito en el derecho positivo.	12
2.4.1 Definición del Delito en el Código Penal del Distrito Federal.	13
2.4.2 Definición del Delito en el Código Penal del Estado de Guanajuato.	14
2.5 Mención y exposición breve de los elementos del Delito.	15
2.6 Clasificación de los Delitos según la Ley.	17

CAPÍTULO TERCERO.

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

3.1 El Concepto de Conducta.	18
3.1.1 Acción.	20
3.1.2 Omisión.	22
3.1.3 Ausencia de Conducta.	25
3.2 Tipicidad y su Ausencia.	28
3.2.1 Concepto de Tipicidad.	28
3.2.2 Tipo Penal.	31
3.2.3 Elementos del Tipo Penal y Cuerpo del Delito.	32
3.2.4 Clasificación de los tipos penales.	39
3.2.5 Atipicidad.	42
3.3 Antijuridicidad y su Ausencia.	43
3.3.1 Antijuridicidad.	43
3.4 Causas de Justificación.	49

CAPÍTULO CUARTO.

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

a) Imputabilidad y su Ausencia.	62
4.1 Definición de Imputabilidad.	62
4.2 La Responsabilidad.	64
4.3 Inimputabilidad.	65

4.4 Causas de Inimputabilidad.	66
b) La Culpabilidad y su Ausencia.	73
4.5 Definición de Culpabilidad.	73
4.6 Naturaleza jurídica de la Culpabilidad.	74
4.7 Formas de Culpabilidad.	80
4.7.1 Dolo.	80
4.7.1.1 Elementos del Dolo.	81
4.7.1.2 Clases de Dolo.	81
4.7.1.3 Dolo en el Código Penal para el Estado de Guanajuato.	82
4.7.2 Culpa.	83
4.7.2.1 Elementos de la Culpa.	83
4.7.2.2 Clases de Culpa.	84
4.7.2.3 Culpa en el Código Penal para el Estado de Guanajuato.	85

CAPÍTULO QUINTO.

EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN.

5.1 Ausencia de interés y concepto de consentimiento.	87
5.2 Naturaleza Jurídica del consentimiento.	89
5.3 Condiciones para otorgar el consentimiento.	91
5.4 Concepto de bien Jurídico Tutelado.	93

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El problema que se trató en la presente investigación consiste en tratar de resolver si el consentimiento tácito puede ser o no una figura o clase del consentimiento para que obre como causa de justificación expresado por el sujeto pasivo siempre y cuando los bienes jurídicos tutelados estén a su disposición, es decir, tratar de determinar si el consentimiento tácito puede ser considerado como una causa de justificación, el presente trabajo está estructurado por cinco capítulos dentro de los cuales el primero trata de las nociones generales del derecho penal; el segundo capítulo denominado el Delito; el tercer capítulo nos habla de los elementos objetivos del delito; el cuarto capítulo trata de los elementos subjetivos del delito y por último el quinto capítulo versa sobre el consentimiento del ofendido como causa de justificación dentro del cual resolvemos el problema planteado en esta investigación.

CAPÍTULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES DEL DERECHO PENAL.

1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO PENAL.

Una de las características de las sociedades humanas es que están en constante cambio, y en donde continuamente la transformación del grupo social de lugar a lugar y de época a época se manifiesta continuamente. Dentro de los sentimientos de solidaridad entre las sociedades, existen actos contrarios que afectan a los valores del grupo social y de los cuales surge el crimen o delito en donde se afecta en forma drástica la convivencia pacífica de la sociedad.

Estos actos contrarios al interés social hacen necesaria la intervención del Estado reprimiendo esas conductas que afectan de manera relevante al grupo social; el medio para hacerlo es a través del establecimiento de las normas jurídico penales en este caso, dictadas propio Estado que hace uso de su derecho-obligación para poder castigar esas conductas que afectan relevantemente a la convivencia pacífica del grupo social; o sea el *Ius puniendi* del Estado.

El Estado por razones políticas y debidas a que es el titular del orden social, regula la conducta de los hombres en sociedad a través de las normas tanto del llamado derecho público, como de derecho privado. Es decir que el Estado como una persona jurídica del derecho publico y en el ejercicio de la soberanía que el pueblo ejerce a través de sus órganos, ejercicio que lo hace el pueblo a través del los órganos del Estado, haciendo uso de las atribuciones que le otorga la Carta Magna, es decir la base jurídico-política del Estado como lo es la Constitución, procede a la elaboración de normas jurídicas, unas que regulan las relaciones entre los particulares gobernados; y las otras que regulan las relaciones entre el propio Estado soberano y las particulares gobernados, haciéndose así la gran división de derecho privado y el derecho público como las dos grandes ramas del derecho.

De esta manera, para castigar las conductas que se consideran en extremo perturbadoras del orden social, aparece el Derecho Penal, mismo que definido por el Maestro Fernando Castellanos Tena de la siguiente manera: El Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno relativo a los delitos a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por finalidad la creación y conservación del orden social ¹.

El Derecho Penal es una rama del derecho público, por que la relación jurídica que surge cuando se comete un delito se establece entre el presunto delincuente y el

¹ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 27ª-. ed. Ed. Porrúa, México, 1989. P.19.

Estado que es el titular del Ius puniendi que se traduce en derecho que tiene el Estado para castigar, es decir para imponer las penas que establece la ley a todos aquellos que habiendo llevado a cabo una conducta que se considera delito o penalmente relevantes, y han sido declarados previamente culpables; o sea que cuando se comete un delito la relación que surge por ello, se establece entre el Estado y el presunto delincuente y no entre el presunto sujeto activo y el sujeto pasivo del delito, originando con ello una relación de derecho público; y precisamente por eso el derecho penal es una rama del Derecho Público; y del derecho público interno, porque el derecho penal solo se aplica dentro de lo que es el territorio del Estado, salvo algunas excepciones de extraterritorialidad que existe por la vigencia de tratados internacionales.

El Derecho Penal, es relativo a los delitos a las penas y a las medidas de seguridad; entendiéndose como delitos a la conducta típica, antijurídica, imputable y culpable y punible; y por Pena, al castigo que impone el Estado a todos aquellos que han desarrollado una conducta penalmente relevante y que han sido previamente declarados culpables, fincándoseles el juicio de reproche; y por medidas de seguridad a los sustitutivos de las penas, ya que no a todos se les puede imponer una pena por ser inimputables.

1.2. TERMINOLOGÍA O DENOMINACIÓN DEL DERECHO PENAL.

Esta rama del derecho público interno como lo es el derecho penal se le han dado múltiples denominaciones cómo lo son Derecho Represivo, Derecho Restaurador, Derecho de la Defensa Social, Derecho Criminal, Derecho Punitivo, Derecho de Prevención.

No obstante lo anterior, se le ha llamado Derecho Penal mayoritariamente pues al parecer dicha denominación se ha considerado como la más apropiada para el derecho vigente porque está referido a los delitos a las penas y a las medidas de seguridad.

1.3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL.

Según la Doctrina el Derecho Penal se le reviste de notas características propias entre otras: como un derecho público, valorativo, normativo, finalista y sancionador.

El Derecho Penal, como ya se dijo es una rama del derecho público, porque las relaciones que surgen cuando se comete un delito se estable entre el Estado y el

delincuente; también es de carácter valorativo porque se establecen juicios de valor , protegiendo los valores más significativos para la sociedad; es también normativo porque la esencia del derecho penal según la corriente del Ius positivismo, el derecho penal está compuesto por un conjunto de normas jurídicas penales, que como todo el derecho pertenece al mundo del “deber ser, siendo esto la naturaleza normativa de esta rama del derecho público; es igualmente finalista pues todas las conductas reguladas por el derecho penal siempre están encaminadas a un fin.

El Estado debe recoger y enfocar teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida. Además el derecho penal se identifica con la represión del delito en forma mediata y el fin inmediato entonces será la creación y conservación del orden social.

El Derecho penal tiene un carácter sancionador, afirmándose que el delincuente no quebranta la ley, sino lo que viola es precisamente la norma jurídica penal, estableciéndose las penas a que se hacen acreedores todos aquellos que desarrollan una conducta penalmente relevante y que se les aplica aquellos que han sido previamente declarados culpables, con lo cual se establece el carácter sancionador del derecho penal.

1.4. LAS PARTES EN QUE SE COMPONE EL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal, como ciencia es un conjunto de conocimientos, ordenados o sistematizados entre sí con un método y un objeto de estudio.

Existe la corriente tradicional que divide a esta rama del derecho en dos partes como son la llamada Parte General y la segunda, la llamada la Parte Especial, lo cual podemos apreciar perfectamente bien en nuestro Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato.

En la Parte General se estudió la Introducción al estudio del derecho penal, así como la teoría de la ley penal, y la teoría del delito.

La Teoría del Delito trata precisamente del estudio de ese fenómeno jurídico-social como lo es el delito, estudiándolo como un todo pero de manera específica a través de los elementos o características que conforman la definición de lo que es el delito, básicamente a través del estudio de sus elementos y de sus aspecto negativos ante cuya presencia se nulifica el correspondiente elemento y en consecuencia en tales condiciones no habrá delito.

Por lo que respecta la parte especial, en ella se estudian los delitos en particular, que no es otra cosa más que el análisis de cada uno de los llamados tipos penales.

1.5. DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO.

El Derecho Penal en sentido Objetivo se refiere al conjunto de normas relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad; en tanto que el Derecho penal en sentido subjetivo se identifica con el derecho de castigar que tiene el Estado, o sea con el *Ius Puniendi*, a través del cual el Estado conmina a los posibles delincuentes con las penas para que no cometan conductas delictuosas.

1.6. DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.

El Derecho Penal Sustantivo es el conjunto de normas jurídicas relativas a los delitos a las penas y a las medidas de seguridad por medio de normas que establece el estado. Es decir, estos elementos son la sustancia del Derecho Penal, igual a lo que es el Derecho Penal en sentido objetivo.

Ahora bien, para que se puedan aplicar las normas del Derecho Penal Sustantivo debe de hacerse conforme a otras reglas que señale el Estado para determinar la forma de su aplicación. Y es así como surge el Procedimiento Penal o Derecho Procesal Penal.

Estas reglas o normas formales regulan las investigaciones y actuaciones que han de llevar a cabo la justicia criminal para descubrir y comprobar la existencia de los delitos y aplicar a los delincuentes las sanciones establecidas. Esto último se le ha denominado Derecho Penal Adjetivo.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DELITO.

2.1. CONCEPTO DE DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA ETIMOLÓGICO.

La idea o noción que se tiene de la palabra delito es la de “un acto que la ley castiga con una pena”. Esta idea jurídicamente hablando no contempla las características que debe tener una conducta para que sea punible, ya que con cualquier eximente se elimina la calidad de delito; y por lo que respecta a la Excusa Absolutoria, ésta elimina la pena pero no el carácter delictivo de una acción.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere y de la forma verbal de esta lengua que hace las veces de sustantivo que denota el término de la acción que es delictum que significa dejar, abandonar o apartarse del buen camino. Hay que reconocer que las raíces de las palabras están sujetas para su estudio e tres aspectos como lo fonético, lo semántico y morfológico; con esto digo que la etimología de la palabra delito, no nos conduce a determinar con exactitud lo que se pretende definir, ni siquiera llega a acercarse a la idea vulgar; por lo tanto, conocer su etimología únicamente nos sirve para ubicarnos y no para llevar a cabo su estudio.

2.2. DEFINICIÓN DEL DELITO SEGÚN FRANCISCO CARRARA.

La Escuela Clásica se ocupó en la tarea de elaborar varias definiciones del delito, sobre todo Francisco Carrara que fue uno de los principales exponentes de ésta escuela, la cual definió al delito de una forma que ha servido de base para algunos ordenamientos jurídicos de la siguiente forma: “Es 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”.

Para Carrara, el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico y reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y también un hecho exterior lesivo del derecho y peligroso para el mismo.

Llama al delito infracción a la ley en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra la misma ley; pero para no confundirlo con el vicio, o sea el abandono de la ley moral, ni con el pecado, violación de la ley divina, afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agrega que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues si no es así tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en

transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni de la prosperidad del Estado, sino de la seguridad de los ciudadanos.

También juzgó preciso anotar en su definición, como la infracción ha de ser la resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, para sustraer del dominio de la ley penal las simples opiniones, deseos y pensamientos y también, para significar que solamente el hombre puede ser sujeto activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. Finalmente, estima el acto o la omisión moralmente imputables, por estar el individuo sujeto a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y por ser la imputabilidad moral el precedente indispensable de la imputabilidad política².

2.3. DEFINICIÓN SOCIOLÓGICA DEL DELITO.

De las definiciones que he venido tratando, ninguna contiene un aspecto sociológico; es decir, un aspecto que se refiera a lo humano y a lo social, pero la Escuela Positiva pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar una estimación a la personalidad del delincuente. Por eso esta Escuela Positiva consideró al delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre.

²CARRARA, FRANCISCO. Citado por Fernando castellanos op. Cit supra (1) pp. 125-126.

A este respecto, Rafael Garófalo elabora una noción del delito al distinguir entre delito natural y el delito legal, y dejando a éste último para distinguirlo de la Escuela Clásica.

Elabora pues Garófalo su concepto de delito natural, recurriendo a la violación de determinados sentimientos definiéndolo de la siguiente forma: delito es “la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.”³

2.4. DIFERENTES DEFINICIONES DEL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO.

Respecto de la definición de lo que es el delito, podemos afirmar que no todos los códigos penales establecen una definición acerca de éste fenómeno jurídico que afecta a la colectividad; no obstante, el Código del Distrito Federal en su artículo 4 de 1871 establecía que el delito es “la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe y dejando de hacer lo que le manda”.

³ GAROFALO RAFAEL. CITADO POR FERNANDO CASTELLANOS TENA. Idem (2) p. 126.

Esta definición difiere de la establecida por el Código Penal Español de 1870, cuerpo normativo que definía al delito de la siguiente manera: “como las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley”.

Por lo que se refiere al Código Penal del Distrito Federal mexicano de 1929, se conceptuaba al delito como “lesión a un derecho protegido legalmente por una sanción penal”.

Esta definición fue grandemente criticada ya que el delito no únicamente puede afectar derechos, sino también puede afectar bienes, y la pena sería aplicable tanto cuando se afectan derechos como cuando se afectan bienes propiamente dichos.

2.4.1. DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.

Es en el año de 1931 cuando el Código Penal para el Distrito Federal en el fuero común y en materia federal para toda la República que define al delito en su artículo 7 de la siguiente manera: “es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

Esta definición es criticada porque no señala en ella que elementos característicos tiene la acción o la omisión para que sea sancionado por la ley penal.

2.4.2. DEFINICIÓN DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

En 1956, el Código Penal de Guanajuato, recogía en su artículo tercero la misma definición que señala el actual Código Penal Federal; pero ya después en 1978 se elabora un concepto de delito adoptando la formula de Mezger, que expresaba que el delito es “la conducta típicamente, antijurídica y culpable. Pero una vez recogida esta idea nuestro código del Estado agrega dos elementos a la concepción tradicional alemana quedando en el artículo 11 de nuestro Código Penal anterior, de la siguiente manera: “DELITO es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible”.

Esta definición, indudablemente que es la que viene de la dogmática penal alemana, misma que tiene su base en el sistema clásico llamado también Causalista, cuyo fundador se ha considerado a Franz Von Liszt, quien definía al delito como “acción antijurídica y culpable”, posteriormente, Ernesto Beling agrega ala definición de Liszt el elemento denominado tipicidad, considerando al delito como acción

típicamente antijurídica y culpable. Ernesto Von Mayer sigue la definición de Beling y define al delito por consiguiente de la misma manera, es decir como acción típica, antijurídica y culpable.

Como se puede apreciar en estas definiciones de estos grandes dogmáticos a diferencia de nuestro código, no consideran a la imputabilidad como elemento del delito, sino que la imputabilidad para la dogmática penal alemana por lo que se refiere al sistema clásico, es un presupuesto de la culpabilidad; y por lo que se refiere al sistema neoclásico, la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad.

2.5. EXPOSICIÓN BREVE DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Como es de apreciarse dentro de los elementos del delito como son la conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y punibilidad; es decir, que una conducta será punible siempre y cuando reúna la calidad para que se le imponga una pena y para que a una conducta se le imponga una pena, es necesario que sea típica, antijurídica, imputable y culpable; por lo tanto, tenemos una característica fundamental que es la conducta, misma que se considera como una manifestación de la voluntad hacia el exterior y que se puede traducir en una acción que a la vez Comisión cuando se viola una norma prohibitiva; o bien en una Omisión cuando se viola una norma dispositiva, naturalmente todo ello obedeciendo a la voluntad que se

manifiesta. De esta definición podemos considerar que contiene dos clases de elementos: elementos objetivos como lo son la Conducta, tipicidad y antijuridicidad; que por cierto a esto se le ha denominado “el Injusto Penal”.

Por otro lado, elementos subjetivos como lo son la imputabilidad y la culpabilidad. Por lo tanto, la parte objetiva del delito se desarrolla fuera del individuo, es decir, se valora la conducta desde el punto de vista objetivo; en tanto los elementos subjetivos, están referidos a la valoración del sujeto en su intelecto, ambos aspectos violatorios del orden normativo. Lo anterior entonces, se traduce a que la conducta está sujeta a una doble valoración; la valoración objetiva que se hace a través de la antijuridicidad, y la valoración subjetiva que se hace a través de la culpabilidad.⁴

Por lo que respecta a la Punibilidad a la que se ha definido de diferentes maneras, pues se le considera como la calidad de la conducta que se hace merecedora de una pena, también se le ha entendido como la pena misma e incluso como el señalamiento de una pena.

Existe una gran discusión dogmática ya que hay tratadistas que la consideran como la consecuencia del delito y hay otros que la consideran como elemento esencial del fenómeno jurídico penalmente relevante.

⁴ GRAF ZU DHONA, ALEXANDER. ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO 4ª. ed. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires Argentina p. 13.

Esta definición de nuestro Código respecto del delito es la definición dogmática del mismo, desarrollada por los grandes dogmáticos penalistas alemanes comprendidos dentro del sistema clásico o causalista, así como dentro del sistema neoclásico de la dogmática penal alemana.⁵

2.6. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS SEGÚN LA LEY.

Nuestro Código Penal del Estado de Guanajuato en su artículo 10 nos muestra una clasificación del delito tomando en cuenta la duración de la conducta, expresando que el delito es instantáneo, permanente y continuado.

El delito instantáneo cuando la conducta se agota en el momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal.

Es permanente cuando la consumación se prolonga en el tiempo.

Es continuado cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viole el mismo precepto legal. Tratándose de agresiones a la vida, a la salud, al honor, a la libertad y a la honestidad se requerirá identidad de sujeto pasivo.

⁵ MORENO HERNANDEZ MOISES. CONFERENCIA TEORIA DEL DELITO. Noviembre de 1990. Universidad de Guanajuato. México.

CAPÍTULO TERCERO

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

3.1. EL CONCEPTO DE CONDUCTA.

La conducta analizada dentro del Derecho Penal, se ha considerado un elemento esencial que estructura o forma al delito y que contribuye con los demás elementos a integrarlo.

Día con día, el ser humano lleva a cabo ciertas conductas con sus semejantes las cuales pueden ser buenas o malas, y aunque así fueran sabemos de antemano que no todas las conductas son delitos ya que para que se consideren delitos es necesario que la conducta encuadre exactamente con lo descrito en la ley penal; además de que debe tener la presencia de los demás elementos sustanciales del delito como la antijuridicidad, la imputabilidad y culpabilidad para que la conducta sea punible y por lo tanto se considere delito.

A este primer elemento del delito se le han aplicado varios términos como conducta, acto, hecho, acción, etc.; pero en la elaboración de éste trabajo emplearemos

el término de conducta, mismo que Fernando Castellanos Tena la define como el comportamiento humano voluntario positivo o negativo, encaminado a un propósito.⁶

En 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.

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

⁶ CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra (1) p. 149.

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.⁷ 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.

3.1.1. ACCIÓN.

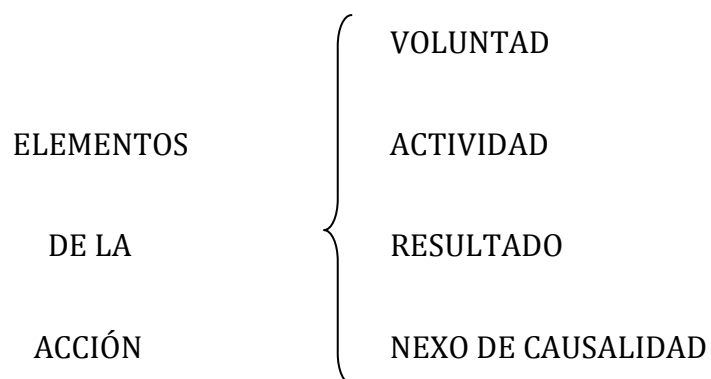
En sentido estricto, la acción es la actividad voluntaria realizada por el sujeto, integrada por el movimiento, que es un elemento físico; y por la voluntad, que es un elemento psíquico.

⁷LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. TEORIA DEL DELITO. 2ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1995 p. 73.

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.⁸

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

Cuyos elementos son los siguientes:



⁸CASTELLANOS 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 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.

3.1.2. 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	}	- LA OMISIÓN SIMPLE O PROPIA
PUEDE SER		- LA COMISIÓN POR OMISIÓN
DE DOS FORMAS		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 agente⁹, violándose a su vez una norma prohibitiva.

⁹IDEM. P. 154.

3.1.3. 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.¹⁰

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:

¹⁰IDEM. P. 162

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 este caso no de la naturaleza, sino

proveniente de otro ser humano en donde tampoco puede haber conducta supuesto que el sujeto se ha movido sin su voluntad.

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

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

Lo anterior nos lleva a reafirmar que para que exista conducta es necesario la existencia de movimientos corporales positivos o negativos, pero todos ellos regidos por la voluntad o capacidad de autodeterminación del hombre, por lo que podemos decir que 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.

3.2. TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

3.2.1. 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*.¹¹

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

¹¹PORTE PETIT citado por Castellanos Op. Cit. Supra (15) p. 168.

3.2.2. TIPO PENAL.

Etimológicamente, tipo significa modelo, que aplicado a la materia jurídico penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas;¹²o 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.¹³

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.

¹²ORELLANA WIARCO Op. Cit. Supra (1) p. 216.

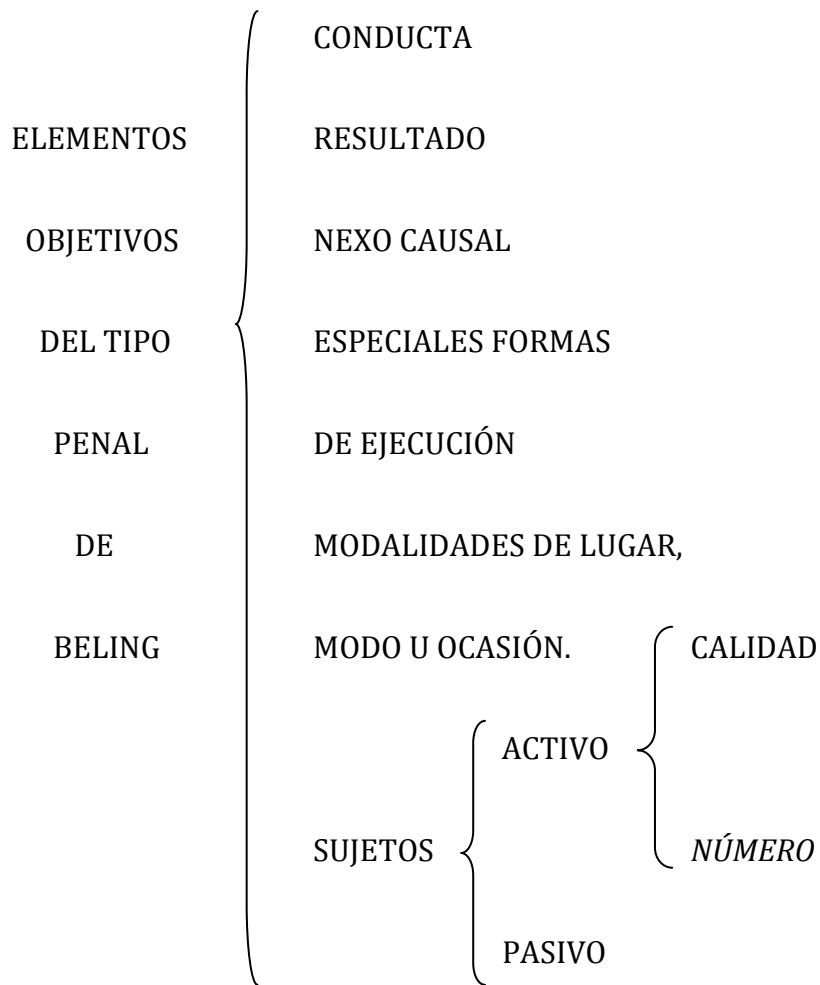
¹³AMUCHATEGUI REQUENA. Op. Cit. Supra (2) p. 56.

3.2.3. 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 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.

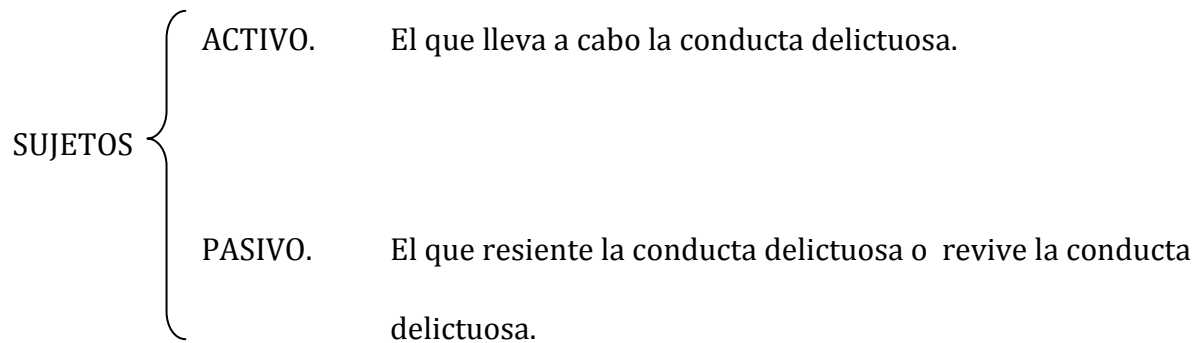
B) RESULTADO. Modificación del mundo exterior, comprendiéndose también la puesta en peligro del bien jurídico.

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:



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, conyuge, concubino o concubinaria, adoptante o adoptad. 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, deshonra, 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.¹⁴

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.”

¹⁴GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE. PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO. 8ª. ed. Ed. Porrúa. México 1985 p.p. 150-160.

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.

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.

3.2.4. 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 o completa 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.

3.2.5. 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 encuadro 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.

3.3. ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

3.3.1 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 jurídica 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 determinante 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 vinculado 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.

3.4. 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 Calón¹⁵ es legítima defensa, la necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor. Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraría al Derecho mediante una agresión contra el atacante. Para Jiménez de Asúa¹⁶ 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.

¹⁵IBIDEM. p. 191

¹⁶Op. Cit. Supra (9). p. 289

Por lo tanto Legítima Defensa es la repulsa de una agresión antijurídica actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor sin traspasar la medida que es necesaria para su protección.¹⁷

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:

“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

¹⁷CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p.191

- 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 Soler¹⁸ 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

¹⁸IBIDEM. p. 198

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”.¹⁹

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.

¹⁹ VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª ed. Ed. Porrúa, México, 1990, p. 373

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 configurara.

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 el, pero cuando por ejemplo; dos personas deciden hacer una pelea clandestina en donde se hacen apuestas, ya no se encuentra regulado por el Estado y es sancionado pues aquí si se sancionara el homicidio o las lesiones si llegan a darse.

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

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

En cuanto a las lesiones consecutivas de tratamientos médico quirúrgicos, González de la Vega afirma: que la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor. La justificación formal deriva de la autorización oficial, la material de la preponderancia de intereses.²⁰

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

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

²⁰CASTELLANOS TENA FERNANDO. Op. Cit. Supra(5), p. 215

delito se excluye cuando: Se actúe con el consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquéllos de que pueden disponer lícitamente los particulares.

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 CUARTO

ELEMENTO SUBJETIVOS DEL DELITO.

A) LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

4.1. 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 comportarte 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.

4.2. LA RESPONSABILIDAD.

En antaño, generalmente, la responsabilidad penal se fincaba sobre el resultado dañoso, era una responsabilidad objetiva tal y como lo dice Cuello Calón, el tránsito para fundar la responsabilidad en la causalidad psíquica “debiese principalmente al influjo del cristianismo y al resurgimiento del Derecho romano cuyas influencias convergentes abrieron en el campo de la penalidad un nuevo periodo, el de la responsabilidad moral”, constituyéndose como punto central del Derecho Penal el libre albedrío.²¹

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

²¹REYNOSO DÁVILA ROBERTO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 175

le ha confundido con la culpabilidad o equiparársele a la imputabilidad. La responsabilidad, es el resultado de la relación existente entre el sujeto y el Estado, según la cual éste declara que aquél obró culpablemente y se hizo acreedor a una pena señalada en la ley en consecuencia de su actuar.

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 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.

4.3. 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.

4.4. 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 Treviño²² 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
- Nexos causal entre la conducta y el resultado típico

²² TEORIA DEL DELITO. 2ª-ed. Ed. Trillas México, 1990. p.36

- Dos diferentes momentos: el de la puesta de la causa y el de la producción del resultado.

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

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

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

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

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

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

En cierto momento un individuo que tiene la capacidad para conocer lo antijurídico de su conducta y que también está capacitado para comportarse de

acuerdo con ese sentido, realiza una conducta que, correspondiendo a la libre manifestación de su voluntad consciente, provoca en él un posterior estado por el que temporalmente queda convertido en sujeto carente de los requisitos normales para ser considerado como imputable, 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 preordenada, el momento al que venimos refiriéndonos sería cuando el sujeto empieza a consumir bebidas embriagantes; es de suponerse que, en estas hipótesis, hay un lapso durante el cual el sujeto no se encuentra afectado por el alcohol, o sea que tiene la capacidad suficiente para valorar su conducta y, en este estado sano y consciente, inicia la ingestión de aquellas bebidas que alcanzarán a intoxicar su organismo hasta embriagarlo. La relación de causa-efecto es fácilmente perceptible: de la ingestión de las bebidas embriagantes resulta posteriormente la ebriedad.

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

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.

4.5. DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD.

Para Sergio Vela Treviño²³ define a la culpabilidad como el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Jiménez de Asúa ha definido a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Asimismo Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.²⁴

²³ IBIDEM, p. 201

²⁴ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p. 233

La culpabilidad es la vinculación psíquica entre una conducta con el hecho, así como también la vinculación de la conducta con un orden jurídico, y estas vinculaciones son a través del dolo 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.

4.6. 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. 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 desvalorativo 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.²⁵

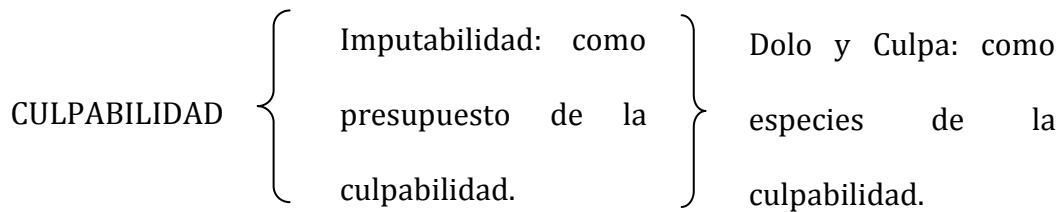
Por lo tanto para la Teoría Normativista, la Culpabilidad es un juicio de valor, es un juicio de reproche que se le finca al sujeto que siendo imputable, se le exige que obre conforme a lo que determina la norma, y no obstante de tener esa posibilidad se comporta de manera diferente a través del dolo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

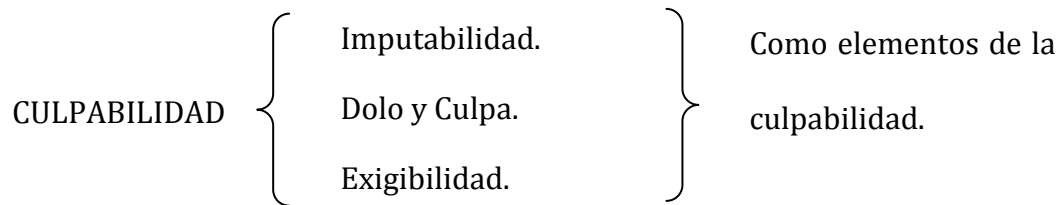
Tanto psicologistas como normativistas, coinciden en que en el delito no sólo el acto (objetivamente considerado) ha de ser contrario a derecho y por supuesto a los valores que las leyes tutelan, sino que es menester la oposición subjetiva, es decir, que el autor se encuentre también en pugna con el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

²⁵IBIDEM. P. 236

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 actuar conforme a derecho surge la fundamentación para que el juez reproche al sujeto su actuación que tuvo al comportarse 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 conforme 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

4.7. FORMAS DE CULPABILIDAD.

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

- a) DOLO
- b) CULPA

4.7.1. DOLO.

Es la intención o voluntad consciente 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.

4.7.1.1. 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.

4.7.1.2. 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, previendo la posibilidad de otros resultados y a pesar de ello no retrocede en su propósito inicial. Se caracteriza por la incertidumbre respecto a la producción de los resultados típicos previstos como posibles.

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

4.7.1.3. 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."

4.7.2. 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.

4.7.2.1. 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 previsibles y evitables y tipificarse penalmente.

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

4.7.2.2. 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.

4.7.2.3. 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 V

EL CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN.

5.1. AUSENCIA DE INTERES Y CONCEPTO DE CONSENTIMIENTO.

Dentro de este principio de Ausencia de Interés, normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para que se elimine la antijuridicidad de una conducta, porque la conducta ilícita o delito no solamente afecta intereses individuales, sino también intereses sociales o colectivos; por lo anterior, se puede decir, que no está en los individuos autorizado renunciar a tales intereses y por eso no se puede afirmar que el consentimiento sea suficiente para desaparecer la antijuridicidad de un acto típico.

“Solo cuando el interés social consista en amparar un interés privado que pueda disponer su beneficiario; cuando el individuo es titular del interés protegido y que pueda renunciarlo válidamente; solo cuando el interés social consista en amparar un interés privado que pueda disponer su beneficiario, cuando el individuo es titular del interés protegido y que pueda renunciarlo válidamente, cuando la tutela recaiga sobre el ejercicio de una libertad de manera que el consentimiento de las partes

signifique el ejercicio o aprovechamiento del bien protegido y no su desconocimiento, o cuando la ley declara ilícita la ejecución de un acto sin el consentimiento del sujeto se puede afirmar que el consentimiento constituye un excluyente de la antijuridicidad.²⁶

En estos casos al otorgarse el consentimiento significa que esta ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

Como se observa en este principio de ausencia de interés es muy notorio que se presente el término consentimiento el cual es un elemento que aparece en el total orden jurídico, mismo que se observa como sinónimo de aprobación. Sin embargo, etimológicamente la palabra consentimiento proviene del latín *consentiré* cuyo significado tiene varias acepciones tales como permitir, tolerar, admitir; por lo que podemos decir que este concepto nos pueda ayudar para dar una amplia definición.

Por lo anterior, al consentimiento se le ha definido como el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal.

Visto el concepto de consentimiento nos damos cuenta de que nace en el instante en el que se produce o se manifiesta las voluntades de las partes que

²⁶ VILLALOBOS IGNACIO. Derecho Penal Mexicano 2da. Edición. Ed. Porrúa. México1960. P. 343.

intervienen en la relación que se forma o sea, cuando coinciden entre las voluntades individuales de cada uno de los interesados.

5.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO.

Con el consentimiento romano aportado por Ulpiano que nos dice *Violenti non fit injuria* que quiere decir no se causa injuria a quien consiente de ella Maggiori señala que un hecho que, según el modelo legal sería delito deja de serlo por el simple consentimiento del titular del derecho violado o expuesto a peligro.²⁷

Como se observa, la justificación jurídica de esta afirmación se encuentra en la excepción a la regla general de la tutela de los bienes jurídicos. En estos casos surge, como excepción, una estimación que el Estado cree conveniente realizar basada en valoraciones éticas, y que se legitime la afectación o la puesta en peligro de ciertos intereses jurídicos cuando exista una voluntad manifestada por el titular de los intereses.

Se conoce de antemano que lo que el sistema jurídico protege, debe ser respetado por todos y en todo momento, ya que si no es de esta manera se presentará la consecuencia que la ley haya asociado con el incumplimiento del deber de respetar

²⁷ MAGGIORI GIUSSEPE. Derecho Penal Tomo I 5ta edición. Ed. Temis Bogotá Colombia 1971. P. 432.

la tutela; sin embargo, algunos intereses pueden ser de mas importancia para el sujeto en lo individual, que para el Estado como en conjunto, de donde resulta que si el titular de un interés en lo individual consiente que se le afecte, el interés que tutela el Estado no se opera al del sujeto o al del particular interesado.

Lo anterior solo opera en forma de excepción, pero la naturaleza del bien jurídico según se trate indicara la distinción para que se determine si el interés protegido es superior para el individuo o lo es para el Estado.

La conducta que se lleva a cabo afectando un bien jurídico protegido es en un principio antijurídica ya que primeramente es típica y posteriormente contradice la norma; sin embargo, cuando el titular de ese bien se ha desinteresado en esta tutela y acepta ese desinterés la conducta que en un principio es antijurídica se convierte, por ese solo hecho en excluyente de antijuridicidad aun existiendo la tipicidad en la cual ya no puede existir base para que la conducta sea antijurídica.

De lo anterior existe una situación en donde autores afirman que el consentimiento es el acuerdo de voluntad con el hecho; conteniendo la renuncia a la protección jurídica.²⁸ Siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para que opere el consentimiento como causa de justificación de antijuridicidad.

²⁸ WELZEN HANS. Derecho Penal parte general. 4ta edición. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1993. P. 115.

5.3. CONDICIONES PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO.

Habíamos mencionado con anterioridad que cuando se trata de bienes que interesan más al individuo y este está de acuerdo en renunciar a la tutela del derecho, no podrá aparecer la antijuridicidad en la conducta típica; sin embargo, cuando se trata de bienes superiores para el Estado, el consentimiento carece de relevancia como causa legitimadora de la conducta típica.

De esto se desprende que el consentimiento para que opere de manera legítima quede supeditado a una serie de requisitos o condiciones que se mencionan en seguida:

1. Que lo otorgue el titular del bien afectado o sujeto pasivo, o también puede decirse que la persona afectada por la conducta típica o bien que sea la persona afectada por la conducta típica; ahora bien si son varios los titulares del derecho se requiere el consentimiento de todos los sujetos pasivos.
2. Que quien otorgue el consentimiento tenga la suficiente capacidad de discernimiento y conocimiento de las consecuencias además de las circunstancias según sea cada caso en particular. Por lo tanto, el consentimiento sería irrelevante cuando los sujetos carezcan de la capacidad de juicio, o de la facultad de entender o querer debido a

ciertas enfermedades mentales y estados de deficiencia psíquica temporales o estados de embriaguez.

3. Que el consentimiento sea otorgado con la voluntad real del sujeto en relación con la situación de la conducta y que sea expresado en forma libre, además que el titular tenga pleno y absoluto conocimiento de las circunstancias.
4. Que la voluntad del sujeto pueda manifestarse en forma expresa incluso y de esta manera se resuelve el problema que se plantea en esta investigación el consentimiento tendrá todos sus efectos de eximente en el supuesto caso de que sea manifestado en forma tácita de tal forma que existan datos acciones gesticulaciones que impliquen la existencia de la voluntad que nos lleve a inducir la existencia de un consentimiento tácito para que el sujeto activo pueda realizar la conducta de afectación de un bien jurídico tutelado, bien jurídico que indudablemente debe de estar a disposición del sujeto pasivo solamente así un consentimiento tácito tendrá la forma de eximente de antijuridicidad de acuerdo con lo establecido en la ley o sea, el código Penal Sustantivo para el Estado de Guanajuato en su artículo 33. Huelga a decir que el consentimiento expreso o tácito tiene que expresar la renuncia verbal o escrita o por signos unívocos de los bienes jurídicos tutelados que afecten la conducta del sujeto activo lo mismo se dice cuando se expresa de manera tácita ya que de esta manera se presumiría la existencia del consentimiento

tácito. Por lo tanto, el consentimiento tácito manifestado con todos los requisitos de existencia que establece la ley es totalmente válido.

Es menester mencionar que el consentimiento en cualquiera de sus formas debe de corresponder a una voluntad libremente expresada por lo que el consentimiento para que sea eficaz en las circunstancias en las que estamos hablando debe de estar libre de vicios que puedan afectar su libre expresión por lo que debe haber ausencia de error, engaño, violencia, mala fe.

5.4. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO TUTELADO.

El bien jurídico tutelado a sido base fundamental para el derecho penal en donde los eminentes dogmáticos lo han colocado dentro de la teoría del delito de tal forma que el término bien jurídico tutelado aparece en las primeras décadas del siglo pasado donde Birnbaum contribuye a la creación de un nuevo concepto de la teoría del delito, misma que baso fundamentalmente en describir que es lo que en verdad se lesiona con una acción delictiva.

Esto produjo que se analizara la estructura del delito determinándose que este viene en una ley aparejada de una pena que amenaza una acción y al final es donde se

encuentra el hecho. Igualmente se cuestiono lo que en verdad la acción lesiva lesiona, esto de acuerdo con la naturaleza de las cosas y al respecto indico que las acciones delictivas no lesionan derechos sino bienes tutelados.

Por lo tanto el maestro Birnbaun expresa por primera vez el término bien simplemente porque los valores morales y religiosos quedaran protegidos a través del derecho penal considerándose por consiguiente a Birnbaun como el creador del concepto de bien jurídico.

Por otra parte en función de lo anterior hubo autores que llevaron a cabo una elaboración de la teoría del bien jurídico destacándose entre otros el maestro Binding y el maestro Von Liszt.

El maestro Binding consideraba que el objeto del delito era el derecho subjetivo del Estado, siendo este el que quedaba lesionado cuando se cometía el ilícito; por lo tanto indicaba que esto era una lesión al bien jurídico. Además consideraba que el bien jurídico debía de ser una creación única y exclusiva del legislador y afirmaba que el bien jurídico era todo lo que ante los ojos del legislador tuviera valor para mantener el orden jurídico y la conservación de la tranquilidad o del orden social que debería ser protegido por la norma.

Por lo tanto, el maestro Binding consideraba que el legislador era quien debía establecer qué cosas, personas, situaciones deben reconocerse como condiciones para hacer consideradas como bienes jurídicos tutelados para el maestro Von Liszt el objeto del delito además de ser jurídico debería de ser social y enfoco su estudio del bien jurídico desde un aspecto naturalistico-positivo; es decir, señalo que el delito tenía un doble panorama, por un lado, dijo que el delito tiene la visión de señalar en contra del autor del hecho, el precepto legal a aplicarse; y por otro lado, desde el punto de vista de las ciencias naturales cuya cuestión era determinar la relación de causa o efecto o causalidad en la criminalidad.

Vinculo además en esta teoría el fin de las sanciones penales que consistía en dar la suficiente seguridad cuando se pusiera en peligro o se lesionaran aquellas condiciones de vida para la comunidad y en consecuencia serian elevadas a la categoría de bienes jurídicos.

También menciono que el bien jurídico no es un bien del derecho sino que era un bien del ser humano reconocido y protegido por el derecho mencionando los bienes jurídicos en general como intereses protegidos por el derecho y de manera singular llamo al bien jurídico como el interés jurídicamente protegido.

El bien jurídico antes de ser jurídico es un interés vital del ser humano interés que se traduce en la valoración por parte del sujeto, de la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad. Por eso es necesario que el bien jurídico que se protege consista en los intereses generalmente apreciados por la mayoría de la sociedad que siente la necesidad de que sean protegidos; pues de lo contrario no sería un bien jurídico.

En relación con lo anterior, es necesario mencionar que para entender cual es el bien jurídico que se protege en cada delito es necesario considerar que ello da contenido a la tipicidad y a la antijuridicidad.

En función de lo anterior y respecto de la tipicidad se observa que en la creación e interpretación de los tipos penales se trata de proteger valores éticos y además valores que se considera deben de operar dentro de la sociedad siempre que sean fundamentales para un ordenado y armónico desarrollo de la vida en comunidad.

Por ello el legislador debe de conocer, orientar y conducir el buen desarrollo del orden social y para esto debe conocer la concepción popular tanto para corregirla como para reorientarla.

La concepción popular está llena de valores que se manifiestan dentro de las ideas que se establecen en un plano de costumbres mismas que se pueden considerar por algunos como valores ideales inmutables que llegan a plasmarse en el ordenamiento jurídico al ser recogidos por el legislador.

Por lo anterior, podemos definir al bien jurídico tutelado, como el interés social jurídicamente protegido.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Tipicidad es la adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en abstracto por el tipo penal.

SEGUNDA.- Existe tipicidad cuando la conducta reúne todos y cada uno de los elementos objetivos, subjetivos y normativos que el tipo penal exige para tener una conducta típica.

TERCERA.- La antijuridicidad es la relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico.

CUARTA.- Las causas de justificación pueden ser consideradas como el aspecto negativo de la antijuridicidad, es decir, ante la presencia de una causa de justificación la antijuridicidad queda nulificada y no hay delito.

QUINTA.- Dentro de las causas de justificación existe el consentimiento siempre y cuando el bien jurídico tutelado este a disposición del sujeto pasivo.

SEXTA.- El consentimiento es la manifestación de voluntad del sujeto pasivo para que el sujeto activo del delito afecte el bien jurídico tutelado que este a disposición del sujeto pasivo.

OCTAVA.- Dentro de las causas de justificación esta el consentimiento valido al sujeto pasivo siempre y cuando los bienes jurídicos tutelados estén a su disposición, entendiéndose por consentimiento la manifestación de voluntad del sujeto pasivo que

con falta de interés manifiesta su autorización para que el bien jurídico tutelado sea violado.

NOVENA.- El consentimiento del sujeto pasivo debe de ser valido y para que sea valido se necesita que provenga del titular del bien jurídico tutelado que los bienes jurídicos tutelados estén a disposición del sujeto pasivo que provenga de una persona capaz es decir, de un imputable y que la voluntad se exprese sin que existan vicios que afecten el consentimiento.

DÉCIMA.- El consentimiento puede ser expresado en forma expresa pero también puede ser expresado en forma tácita por lo que resolvemos el problema a través de la presente investigación, consentimiento tácito con los requisitos de validez, por lo tanto el consentimiento tácito es una forma totalmente valida y que expresado de esa manera a través de gestos, gesticulaciones o actos que hagan presumible su existencia surte efectos de eximente de responsabilidad como consentimiento expresado tácitamente obrando la causa de justificación que exprese la ley. Por lo tanto el consentimiento también puede ser expresado en forma tácita con los elementos de validez conforme lo establecido por el código sustantivo para el Estado de Guanajuato en su artículo 33.

BIBLIOGRAFÍA

- **AMUCHATEGUI REQUENA IRMA GRISELDA. DERECHO PENAL. 11ª. ed. Ed. Harla. México, 1994. p.p.408.**
- **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.**
- **COLÍN SÁNCHEZ GUILLERMO. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. 19ª. ed. Ed. Porrúa. México, 2006. p.p. 340.**
- **JIMÉNEZ DE ASÚA 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 EFRAÍN. 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.**

- **VELA TREVIÑO SERGIO. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD TEORÍA DEL DELITO. Ed. Trillas. México, 1990. p.p.415.**
- **VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª, ed. Ed. Porrúa. México. 1990. p.p. 654.**

LEGISLACIÓN.

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