

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE.

FACULTAD DE DERECHO



**CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

CLAVE 879309

"LA TENTATIVA DE HOMICIDIO EN LA FIGURA DEL ABERRATIO ICTUS"

TESIS

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA:
RICARDO MALAGÓN PARADA**

**ASESOR:
LIC. FRANCISCO GUTIERREZ NEGRETE**

CELAYA, GTO., JUNIO 2004.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ESTA TESIS NO SALI
DE LA BIBLIOTECA

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo académico.
NOMBRE: Ricardo Malagón
PARADA
FECHA: 16-AGU-2004
FIRMA: P.A. B...

AGRADECIMIENTOS:

A Dios por darme la fuerza y dirección tanto en mis estudios como en todos los ámbitos en los que me desenvuelvo.

A mi padre que con su vida ejemplar me enseñó a caminar con firmeza y rectitud y que seguro estoy que esta satisfacción que siento, él la ha de estar disfrutando al igual que yo en donde quiera que Dios lo tenga.

A mi madre, por ser la amiga infranqueable que siempre ha estado cuando más la necesito y fuerza incontenible que ha sabido ser pilar inamovible en la dirección de mi vida, además de ser la intermediaria para que esto se realizara.

A todos y cada uno de hermanos por creer en mi, proporcionando sin condiciones los medios necesarios durante el transcurso de mi carrera y con quienes me encuentro profundamente agradecido.

A mi novia por gran cariño y apoyo sincero, que me ayudaron a no decaer en la lucha por terminar esta investigación.

A mis maestros, quienes preocupados por el aprendizaje de sus alumnos, se esmeran día a día por edificar bases sólidas con las cuales podamos enfrentar las múltiples situaciones que se presentan en el ejercicio de nuestra profesión.

A todos y cada uno de mis compañeros, pero en especial mis amigos Víctor Eduardo Martínez León, José Armando Hurtado Medina y Jorge Adrián Cárdenas Gutiérrez porque su amistad sincera ha logrado trascender más allá de las aulas universitarias.

De igual forma agradezco a todas las demás personas que por cuestiones de espacio, no se mencionan, pero que cooperaron en la elaboración de este trabajo de investigación.

INDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO.

DERECHO PENAL.

| | |
|---|----|
| 1.1-DERECHO PENAL GENERALIDADES. | 1 |
| 1.1.1.-DEL DERECHO EN GENERAL. | 1 |
| 1.1.2.-NECESIDADES DEL DERECHO PENAL. | 2 |
| 1.1.3.-PARTES EN QUE SE DIVIDE EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL. | 3 |
| 1.1.4.-EL DERECHO PENAL. | 4 |
| 1.1.5.-LA DENOMINACIÓN. | 5 |
| 1.1.6.- EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO. | 6 |
| 1.1.7.-EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO. | 7 |
| 1.1.8.-CIENCIAS DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL. | 9 |
| 1.2.-GENERALIDADES SOBRE LA DEFICIÓN DE DELITO. | 10 |
| 1.3.-EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. | 10 |
| 1.4.-ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS. | 11 |

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

| | |
|---|----|
| 2.1.-CONDUCTA Y SU AUSENCIA. | 13 |
| 2.1.1.-CONCEPTO DE CONDUCTA. | 13 |
| 2.1.2.-LA ACCIÓN EN STRICTO SENSU Y LA OMISIÓN. | 14 |
| 2.1.3.-ELEMENTOS DE LA ACCIÓN STRICTO SENSU. | 15 |
| 2.1.4.-LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA ACCIÓN. | 16 |
| 2.1.5.-AUSENCIA DE CONDUCTA. | 17 |
| 2.2.-TIPICIDAD Y SU AUSENCIA. | 20 |
| 2.2.1.-IDEA GENERAL DEL TIPO Y DE LA TIPICIDAD. | 20 |
| 2.2.2.-DEFINICIÓN DE LA TIPICIDAD. | 21 |
| 2.2.3.-FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD. | 22 |

| | |
|---|----|
| 2.2.4.-ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. | 23 |
| 2.2.4.1.-ELEMENTOS OBJETIVOS. | 23 |
| 2.2.4.2.-ELEMENTOS SUBJETIVOS. | 26 |
| 2.2.5.- EL CUERPO DEL DELITO Y SU RELACIÓN CON LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL. | 27 |
| 2.2.6.-AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD. | 29 |
| 2.3.- ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA. | 31 |
| 2.3.1.-DEFINICIÓN. | 31 |
| 2.3.2.-ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL. | 32 |
| 2.3.3.-RELACIÓN DE LA TIPICIDAD CON LA ANTIJURIDICIDAD. | 33 |
| 2.3.4.- AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD. | 34 |
| 2.3.3.1.-LEGITIMA DEFENSA. | 36 |
| 2.3.3.2.-EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO. | 37 |
| 2.3.3.3.-ESTADO DE NECESIDAD. | 39 |
| 2.3.3.4.- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO. | 40 |

CAPITULO TERCERO.

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

| | |
|---|----|
| 3.1 LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA. | 42 |
| 3.1.1 LA IMPUTABILIDAD. | 42 |
| 3.1.2 LA RESPONSABILIDAD. | 43 |
| 3.1.3 LA INIMPUTABILIDAD | 44 |
| 3.1.4 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA. | 45 |
| 3.2 DE LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA. | 46 |
| 3.2.1 NOCIONES DE LA CULPABILIDAD. | 46 |
| 3.2.2 DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD. | 47 |
| 3.2.3 FORMAS DE LA CULPABILIDAD. | 50 |
| 3.2.4 EL DOLO. | 51 |
| 3.2.4.1 ELEMENTOS DEL DOLO. | 52 |
| 3.2.4.2 DIVERSAS ESPECIES DE DOLO. | 53 |
| 3.2.4.3 DOLO EN EL DERECHO MEXICANO. | 55 |
| 3.2.5 NOCIÓN DE LA CULPA. | 55 |
| 3.2.5.1 ELEMENTOS DE LA CULPA. | 56 |
| 3.2.5.2 CLASES DE CULPA. | 57 |
| 3.2.5.3 DISTINCIÓN ENTRE CULPA CONSCIENTE Y DOLO | |

| | |
|---|----|
| EVENTUAL _____ | 58 |
| 3.2.5.4 CULPA EN EL DERECHO MEXICANO. _____ | 59 |
| 3.2.5.5 EL CASO FORTUITO. _____ | 60 |
| 3.2.5.6 AUSENCIA DE CULPABILIDAD. _____ | 61 |
| 3.2.5.6.1 LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD. _____ | 62 |

CAPITULO CUARTO.

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

| | |
|---|----|
| 4.1 NOCIÓN DE LA PUNIBILIDAD. _____ | 64 |
| 4.2 EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO. _____ | 67 |
| 4.3 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (EXCUSAS ABSOLUTORIAS). _____ | 68 |
| 4.4 ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS. _____ | 69 |
| 4.5 LA PENA Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. _____ | 71 |

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.

| | |
|--|----|
| 5.1 FORMAS COMUNES O NORMALES DE APARICIÓN DEL DELITO. _____ | 73 |
| 5.1.1 DELITO CONSUMADO. _____ | 73 |
| 5.1.2 DELITO COMETIDO POR UNA SOLA PERSONA. _____ | 74 |
| 5.1.3 CON UNA SOLA CONDUCTA UN SOLO RESULTADO. _____ | 74 |
| 5.2 FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO. _____ | 75 |
| 5.2.1 LA TENTATIVA _____ | 75 |
| 5.2.1.1 TIPOS DE TENTATIVA. _____ | 77 |
| 5.2.1.1.1 TENTATIVA ACABADA. _____ | 77 |
| 5.2.1.1.2 TENTATIVA INACABADA. _____ | 78 |
| 5.2.1.1.3 TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE. _____ | 79 |
| 5.2.1.2 DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL DELITO. _____ | 80 |
| 5.2.2 PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN SENTIDO AMPLIO. _____ | 82 |
| 5.2.2.1 AUTORIA. _____ | 84 |
| 5.2.2.1.1 AUTORIA SIMPLE. _____ | 84 |
| 5.2.2.1.2 AUTORIA MEDIATA. _____ | 84 |
| 5.2.2.1.3 COAUTORIA. _____ | 85 |
| 5.2.2.2 PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN ESTRICTO SENTIDO. _____ | 87 |
| 5.2.2.2.1 INSTIGACIÓN. _____ | 87 |

| | | |
|----------------------------|-------|----|
| 5.2.2.2.2 COMPLICIDAD. | _____ | 88 |
| 5.2.3 CONCURSO DE DELITOS. | _____ | 89 |
| 5.2.3.1 CONCURSO REAL. | _____ | 90 |
| 5.2.3.2 CONCURSO IDEAL. | _____ | 91 |
| 5.2.3.2 CONCURSO APARENTE. | _____ | 93 |

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

Al analizar la figura del aberratio ictus (error en el golpe) pude percatarme de que el sujeto activo despliega una conducta antijurídica encaminada a una persona y a un resultado determinado, lo cual por causas ajenas a su voluntad no se puede materializar el resultado en la persona deseada, sino en otra, cometándose con esto un error en el golpe. Esto al trasladarlo al delito de homicidio, sucede una situación en la que se encuentra una problemática, pues cuando una persona pese haber deliberado en su mente la comisión de un delito de homicidio y haber realizado todos los actos idóneos para lograrlo, este no produce daño alguno al sujeto a quien dirigió su conducta, sino a la persona que se encontraba a su lado, lo cual en cuanto al delito consumado, no hay ningún problema, ya que al sujeto activo se le impondrá la pena por la comisión del delito de homicidio consumado por lo que hace a la víctima que sufrió el impacto del arma de fuego, el problema viene al cuestionarme si debe imponérsele la sanción de una tentativa por lo que respecta a la persona que originariamente encauso su conducta, o si se subsume dicha sanción en la penalidad del delito consumado, pues como señalo con antelación, la conducta no fue dirigida a la persona que falleció por el impacto de bala, sino hacia la persona que se encontraba a su lado.

Por este motivo, la presente investigación fue elaborada con el objeto de determinar si debe o no ser punible la tentativa de homicidio cuando intervienen la figura del aberratio ictus –error en el golpe-, para lo cual se hizo necesario entrar al estudio de la materia penal desde sus conceptos más elementales, comenzando por la definición de derecho penal hasta llegar de manera paulatina a la solución del problema.

El trabajo que nos ocupa siempre basado en fuentes confiables de reconocidos juristas tales como Edmund Mezger, Castellanos Tena, Pavón Vasconcelos, y Porte Petit entre otros. Asimismo fueron tomadas en consideración diversas legislaciones penales, que sirvieron para dar seguridad y fundamento a las afirmaciones contenidas en este trabajo.

CAPITULO PRIMERO.

DERECHO PENAL.

CAPITULO PRIMERO.

EL DERECHO PENAL

1.1.- DERECHO PENAL GENERALIDADES.

1.1.1.- DEL DERECHO EN GENERAL.

El derecho es una forma de vida establecida por ordenamientos jurídicos, que posibilitan la armónica convivencia de los individuos dentro de una sociedad, en la cual sus miembros pueden desplazarse libremente hasta en tanto no se alejen de los linderos establecidos por el derecho, ya que de ser así, éste mediante el empleo de la fuerza del Estado corrige al rebelde con la imposición de una sanción. Asimismo el principio de legalidad señala de manera clara los límites de desplazamiento, al decir: que el Estado soberano puede hacer todo lo que la ley le permita, en tanto que el particular gobernado puede hacer todo lo que la ley no le prohíba.

Castellanos Tena define al Derecho como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el estado. ¹ Como podemos observar de la anterior definición, existe tres aspectos fundamentales, que son:

- a) La existencia de normas. Esto en razón de que nuestro derecho mexicano es un derecho positivo, en el cual no se puede sancionar a una persona sin que antes no exista una norma aplicable.

¹ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal 39ed. Ed. Porrúa. México 1998. p.17

- b) La regulación de conductas externas. El derecho sólo puede regular las conductas que han sido exteriorizadas por los individuos, pues cuando solo se conservan en el pensamiento humano, quedan fuera de la competencia del derecho, quedando reguladas por la religión y la moral.

- c) La obligatoriedad de los preceptos mediante la imposición de sanciones. Este elemento al igual que los anteriores es de suma importancia, pues carecería de todo objeto la existencia de normas jurídicas si la aplicación de estas quedaran al arbitrio de las personas.

Estos aspectos son usados de manera uniforme por la mayoría de los autores, pues en este sentido Efraín Moto Salazar define al Derecho como el conjunto de normas que regulan la conducta social de los individuos susceptibles de recibir una sanción política, y que, inspiradas en la idea de justicia, tienden a realizar el orden social.²

1.1.2.- NECESIDADES DEL DERECHO PENAL

El derecho penal por ser una rama esencialmente punitiva, es de suma importancia y necesidad para la sociedad, ya que se encarga del control de conductas que por su impacto en la misma deben de ser castigadas con mayor severidad.

² Moto Salazar Efraín. Elementos de derecho. 29ed. Ed. Porrúa. México 1983. p.11

Cuando el individuo viola leyes que ponen en riesgo la propia seguridad y existencia del Estado porque sean atentados contra sus propias instituciones o que afecten a individuos en sus bienes fundamentales como su vida, integridad corporal, honor, etc., el Estado reacciona con sanciones enérgicas, las más graves en cuanto a su magnitud; se dice, que en estos casos aparece el “poder punitivo del Estado”. Cuando el Estado, Expide leyes que prevén la aplicación de las sanciones más severas, estamos en presencia de las leyes penales; aparece el “poder punitivo”.³

1.1.3.- PARTES EN QUE SE DIVIDE EL ESTUDIO DEL DERECHO PENAL .

Siguiendo la tradición jurídico-penal y la estructura del Código Penal alemán en vigor, hacemos una distinción entre una “parte general” y una “parte especial” en el derecho penal. la parte general abarca lo que corresponde decir en general acerca de la ley penal, del hecho punible y de la pena: antepone esas importantes teorías universales; la parte especial trata de los distintos hechos punibles y de su castigo.⁴

No existen discrepancias en lo relativo a la división que se hace del derecho penal para su estudio, ya que los autores son uniformes y concordantes con los Códigos Penales tanto Federales como locales, al decir que de manera primaria el Derecho Penal se divide en dos partes, una General y otra Espacial.

³ Orellana Wiarco Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal Parte General. Ed. Porrúa. México 1999. p.4

⁴ Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. ed. Segunda. Ed. Cárdenas Editor y distribuidor. México 1990. p.22.

La Parte General la dividimos en introducción; Teoría de la Ley Penal; Teoría del delito; y, Teoría de la pena y de las medidas de seguridad. La Parte Especial se encarga del estudio de los delitos en particular y de las penas y medidas de seguridad aplicables a casos concretos.⁵

1.1.4.- EL DERECHO PENAL.

Pese a existir un sin número de definiciones al respecto, existen autores que en su intento por enmarcar la amplitud del derecho penal en una definición, han logrado definirlo de manera aceptable, tal es el caso de Fernando Castellanos Tena quien define a esta disciplina jurídica como la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.⁶

Se dice que el derecho penal es una rama del Derecho público interno por regular las relaciones que por la comisión de un delito surjan entre los particulares y el Estado, dentro del territorio nacional.

Como es bien sabido, cada rama jurídica se enfoca a regular áreas perfectamente determinadas del derecho, lo cual la materia penal no es la excepción, ya que esta disciplina jurídica está enfocada a los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

⁵ Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal 39ed. Ed. Porrúa. México 1998. p.18.

⁶ IBIDEM. p.19.

El objeto de esta materia, es la creación y conservación del orden social, no siendo este objeto exclusivo del derecho penal, pues en todas las ramas del derecho de manera directa o indirecta pretenden con la creación de algún dispositivo legal la solución o prevención de cualquier desorden que haya o pueda surgir en la sociedad.

1.1.5.- LA DENOMINACIÓN.

El derecho penal, ha sido denominado de varias formas; una de ellas ha sido llamarlo Derecho Criminal, misma que no sólo se presta a confusiones por cuanto en algunas legislaciones se hace la distinción entre crímenes, delitos y faltas, sino porque en nuestro medio la ley únicamente alude a delitos en forma genérica, comprendiendo en ellos los que en otros países se denominan crímenes.

Otra de las denominaciones que se le ha dado a esta materia es la de Derecho de la Defensa Social, la cual ha sido duramente criticada, pues todo derecho no solo el Penal se dicta para la defensa de la sociedad.⁷

Actualmente la denominación de Derecho Penal ha sido la que mas se ha tenido aceptación por los tratadistas, pero es importante mencionar que pese a que esta denominación es la más acertada, no es del todo perfecta, ya que no abarcar en su totalidad la amplitud de la materia, esto en razón de que esta disciplina

⁷ Castellanos Op.Cit. Supra (1). p.20.

jurídica no sólo se avoca a las penas propiamente dichas, sino que también contempla medidas de seguridad.

En este sentido Edmund Mezger menciona que el derecho penal comprende, en primer lugar y con alcance preponderante, sucesos a los cuales la ley vincula, como consecuencia jurídica, una pena en el propio sentido del término. Pero no sólo comprende esos sucesos, ni tan sólo se ocupa de la consecuencia jurídica de la pena propiamente dicha. La ley además vincula al hecho cometido "medidas de seguridad y corrección", que no son penas, pese a lo cual, la reglamentación de esas medidas se encuentra en el propio Código Penal y pertenece al derecho penal. Se trata de medidas jurídico-penales, no de penas.⁸

1.1.6.- EL DERECHO PENAL EN SENTIDO OBJETIVO Y EN SENTIDO SUBJETIVO.

El derecho penal en sentido Objetivo es entendido por la generalidad de los estudiosos del derecho como la ley materialmente plasmada, que el autor Raúl Carranca y Trujillo lo define como el conjunto de normas jurídicas dictadas por el Estado estableciendo los delitos y las penas; esto no es otra cosa que la ley penal ⁹

También es definido al derecho penal objetivo o ius penale como el conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos a quienes se les prohíbe, bajo la amenaza de una sanción, la realización o comisión de delitos.¹⁰

⁸ Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. ed. Segunda. Ed. Cárdenas Editor y distribuidor. México 1990. p.27, 28.

⁹ Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Ed. Porrúa. México 1977. p.26

¹⁰ Betancourt López Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 10ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. p.65.

Por lo que hace al Derecho Penal entendido en sentido Subjetivo, éste esta enfocado a la aplicación de la pena, al jus puniendi. Al Estado como titular de la facultad de aplicar las penas o medidas de seguridad a la o las personas que se encuentren en la hipótesis señaladas por la ley penal, al respecto el autor Raúl Carrancá y Trujillo opina que es la facultad o derecho de castigar (jus puniendi); función propia del Estado por ser el único que puede reconocer validamente a las conductas humanas el carácter de delitos, conminar con penas y ejecutar éstas por medio de los organismos correspondientes. Pero esta facultad no es limitada, pues la acota la ley penal misma al establecer los delitos y sus penas.¹¹

1.1.7.- EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y EL DERECHO PENAL ADJETIVO.

El Derecho Penal se compone de dos importantes bloques:

a) El Sustantivo y,

b) El Adjetivo.

El Derecho Penal Sustantivo se encuentra plasmado en lo que materialmente conocemos como Código Penal, el cual contiene la descripción de las conductas consideradas como delitos; las penas aplicables a dichas conductas y las medidas de seguridad. En nuestro país el derecho penal es un derecho positivo, esto es, que

¹¹ Carrancá y Trujillo. Supra (9).

para que a una persona se le pueda imponer una pena, previamente tiene que estar perfectamente establecida por algún ordenamiento legal tanto la conducta realizada como la penalidad que le pretende aplicar.

El Derecho Penal Adjetivo esta conformado por el Código de procedimientos penales, que contempla la manera coherente y ordenada (el procedimiento) que debe seguirse para la correcta aplicación de los preceptos legales sustantivos. Este camino llamado procedimiento debe estar perfectamente regulado por normas jurídicas que aseguren su total imparcialidad en la imposición de las penas.

Con relación a este segundo bloque, el autor Fernando Castellanos Tena opina: Las normas de derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra reglamentación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del Derecho material y recibe el nombre de Derecho Adjetivo o Instrumental y con mayor frecuencia, Derecho Procesal Penal.¹²

Estos dos bloques son coexistentes para su efectiva realización, ya que de no existir alguno de ellos, el derecho penal carecería de toda eficacia, pues no se puede concebir un procedimiento en el cual no haya normas de conducta sancionables ni aplicables, ni tampoco se puede concebir un conjunto de normas de carácter sustantivo sin que exista un procedimiento que seguir para la aplicación de dichos preceptos legales.

¹² Castellanos Op.Cit. Supra (1). p.22.

1.1.8.- CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL.

El concepto tradicional de ciencia se puede expresar señalando que es el conjunto de conocimientos que tienen validez incontrovertible, es decir, se enuncian en leyes, de tal manera que al expresarse no puedan ser de otra forma.

La ciencia es un sistema de principios y conocimientos que explican los fenómenos objeto de su estudio. La ciencia es el conocimiento de las cosas por sus causas, toda causa produce un efecto, el conocimiento de la causa no puede desprenderse del efecto, y enunciar una ley es la explicación del fenómeno por sus causas y efectos.¹³

Para Cuello Calón, la Ciencia del Derecho Penal es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad. Para este penalista, la ley es como un verdadero dogma; debe tenerse por verdad firme y cierta, base de toda investigación.

La Dogmática Jurídico-Penal es la disciplina cuyo objeto consiste en describir, construir y sistematizar los principios rectores del ordenamiento penal positivo.¹⁴

Castellanos Tena considera a la Ciencia del Derecho Penal como el género y a la Dogmática Penal como la especie, ya que la considera como una rama

¹³ Orellana Wiarco Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal Parte General. Ed. Porrúa. México 1999. p.27.

¹⁴ Castellanos Op.Cit. Supra (1). p.24 y 25.

perteneciente a la Ciencia del Derecho Penal, donde esta última se encarga del estudio integral del ordenamiento penal positivo.

1.2.- GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICIÓN DEL DELITO.

La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.¹⁵ Esta palabra ha sido de muchas formas moldeada por diversos autores en busca de una definición que pueda ser usada de manera universal, pero por la complejidad que esta representa ha hecho casi imposibles los intentos por armonizar esta palabra para todos los pueblos, ciudades o países.

1.3.- EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

En el artículo 7 del Código Penal Federal encontramos la siguiente definición de delito:

El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.¹⁶

Esta definición abarca tanto los delitos de acción como los de omisión que se encuentran descritos en la legislación penal, pues como sabemos, sólo pueden ser castigadas las conductas que se encuentran perfectamente establecidas en algún ordenamiento legal, por ser el derecho mexicano un derecho positivo.

¹⁵ Castellanos Op.Cit. Supra (1). p.125

¹⁶ Código Penal Federal

Asimismo el Código Penal Para el Estado de Guanajuato que estuvo vigente hasta antes el 1º de enero del 2002, contemplaba en su artículo 11 la definición de delito al decir:

Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible.¹⁷

Esta última definición fue producto del estudio de grandes analistas del derecho, tales como Beling, Ernesto Mayer, Edmund Mezger, entre otros, quienes fueron aportando poco a poco los siete elementos que actualmente conforman la definición.

Viendo la redacción de nuestro actual Código Penal para el Estado de Guanajuato podemos llegar a pensar de manera primaria que éste no contempla una definición de delito, pero al realizar un estudio del artículo 33, podemos darnos cuenta que la definición no ha desaparecido, pues el legislador ha decidido en esta ocasión señalar los aspectos negativos del delito, al mencionar las causas de exclusión del mismo.

1.4.- ELEMENTOS DEL DELITO Y FACTORES NEGATIVOS.

El Delito se encuentra conformado por seis elementos o aspectos positivos y por otros tantos negativos.

¹⁷ Guanajuato, Anterior Código Penal.

Autores como Fernando Castellanos Tena y Eduardo López Betancourt, entre otros tantos estudiosos, se encuentra de acuerdo con los elementos que a continuación se señalan:

Aspectos positivos

1.- Conducta

2.- Tipicidad

3.- Antijuricidad

4.- Imputabilidad

5.- Culpabilidad

6.- Punibilidad

Aspectos negativos

1.- Ausencia de conducta

2.- Atipicidad.

3.- Causas de Justificación

4.- Inimputabilidad

5.- Inculpabilidad

6.- Excusas Absolutorias.

CAPITULO SEGUNDO

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

CAPITULO SEGUNDO.

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS)

2.1.- CONDUCTA Y SU AUSENCIA.

2.1.1.- CONCEPTO DE CONDUCTA.

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.¹⁸

Liszt define a la acción como todo movimiento corporal voluntario positivo o negativo desencadenado del proceso causal que modifica al mundo exterior.

El comportamiento humano voluntario, positivo o negativo a que alude la antecitada definición de conducta, se refiere tanto a las acciones como a las omisiones, pues por positivas debemos entender a las acciones y por negativas a las omisiones.

La conducta debe ser considerada como el género, del cual se desprenden dos especies, que son los delitos de acción y los delitos de omisión.

El actual Código Penal para el Estado de Guanajuato, vigente desde el 1º de enero del 2002, menciona a estas dos especies de la conducta, pues en su artículo 8 refiere:

¹⁸ Castellanos Op.Cit. Supra (1). p.149.

El delito puede ser cometido por acción o por omisión.¹⁹

2.1.2.- LA ACCIÓN "STRICTO SENSU" Y LA OMISIÓN.

La acción en stricto sensu consiste en los comportamientos humanos voluntarios positivos que producen un resultado material que transforma el mundo exterior. En los delitos de acción, se viola una norma prohibitiva, que ordena no realizar un determinado acto.

La omisión en cambio consiste en el comportamiento humano voluntario negativo, esto es, la abstención que el sujeto hace de una conducta que la ley le ordena realizar.

En los delitos de acción se hace lo prohibido, en los de omisión se deja de hacer lo mandado expresamente. En los de acción se infringe una ley prohibitiva y en los de omisión una dispositiva.²⁰

Es importante resaltar que en los casos de omisión la ley no exige a una persona realizar actos que salgan fuera de sus capacidades para evitar un daño, pues el mismo Código Penal para el Estado de Guanajuato vigente a partir del 1º de enero del 2002, en su artículo 9º párrafo segundo, establece que:

"En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si de acuerdo a las circunstancias podía

¹⁹ Guanajuato. Actual Código Penal.

²⁰ Castellanos Op.Cit. Supra (1). p.153.

hacerlo y además tenía el deber jurídico de evitarlo, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.²¹

2.1.3.- ELEMENTOS DE LA ACCIÓN EN STRICTO SENSU.

Para Porte Petit los elementos de que está compuesta la acción en stricto sensu son:

- a) *La voluntad o el querer.* Considerando a la voluntad como el elemento subjetivo de la acción, consistente ésta en querer la actividad, por tanto se requiere un nexo psicológico entre el sujeto y la actividad.
- b) *La actividad.* Comprende el elemento externo.
- c) *El deber jurídico de abstenerse.* Este consiste en la existencia previa de la norma prohibitiva de un acto.²²

La voluntad o el querer, es un elemento genérico, pues debe estar siempre presente tanto para los delitos de acción como de los de omisión.

Toda acción es una conducta enderezada por la voluntad y, por ello, necesariamente, es una conducta dirigida a un fin, a una meta. El que actúa debe siempre querer “algo”, y el que omite, no querer “algo”.²³

²¹ Guanajuato. Actual Código Penal.

²² Porte Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. ed. Decimoquinta. Ed. Porrúa. México 1993. p.237 y 238.

Por lo que hace a los otros dos elementos, esto es, la actividad y el deber jurídico de abstenerse, si son propios de los delitos de acción, ya que en la omisión no hay una actividad corporal, ni el deber jurídico de abstenerse.

2.1.4.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA ACCIÓN.

La relación de causalidad en la acción consiste en el vínculo comprendido entre el resultado producido por el actuar ilícito del agente y los actos que conllevan a dicho resultado.

Diversos tratadistas han elaborado teorías con el afán de encontrar los actos determinantes que conllevan a la realización del resultado, entre estas tenemos:

- a) La Teoría de la equivalencia de las condiciones;
- b) Teoría de la última condición, de la causa próxima, o de la causa inmediata;
- c) Teoría de la condición mas eficaz;
- d) Teoría de la adecuación o de la conducta adecuada.

²³ Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. ed. Segunda. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1990. p.88.

La teoría mas aceptada es la desarrollada por Von Buri, esto es, la Teoría de la equivalencia de las condiciones, también conocida como de la *conditio sine qua non*, ya que esta última toma en consideración todas y cada una de las condiciones realizadas que hicieron posible el resultado típico. Esta teoría también es llamada teoría generalizadora porque incluye y da igual valor a cada una de las condiciones generadoras del resultado.

En relación a esta teoría, los autores explican que si se suprimiera una de las condiciones, el resultado no se produciría, es decir, no concibe al resultado sin la participación de todas las condiciones.²⁴

2.1.5.- AUSENCIA DE CONDUCTA.

Para que pueda darse la realización de un delito, es necesario que entre otros elementos exista una conducta, la cual como sabemos requiere del elemento volitivo, pues tanto en los delitos de acción como en lo de omisión, el común denominador es la voluntad.

Cuando por alguna razón se de un resultado típico, en el que no haya intervenido la voluntad del agente, no podrá configurarse el delito, ya que estaremos ante la presencia de una inexistencia de conducta.

No existe conducta cuando se presenta:

²⁴ Betancourt López Eduardo. Teoría del Delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002.p.97.

- a) La vis absoluta o fuerza física superior exterior irresistible;
- b) La vis maior o fuerza mayor
- c) Los movimientos reflejos.²⁵

La diferencia que existe entre la vis absoluta y la vis maior, es que la primera es consecuencia de la fuerza física que una persona ejerce sobre otra, realizando esta última como consecuencia alguna acción u omisión que la ley considera como delito, y la segunda es producida por la fuerza ejercida por la naturaleza.

Los movimientos reflejos consisten, como su nombre lo dice, en los movimientos corporales involuntarios que realiza una persona, los cuales pueden ser producidos entre otras cosas por una enfermedad, tal es el caso de la persona que padece de ataques epilépticos, donde por motivo de esta enfermedad realiza movimientos involuntarios que transforman el mundo exterior, pudiendo ser estos tipificados por la ley como delitos.

El anterior Código Penal para el Estado de Guanajuato establecía en su artículo 16, que:

“ No exististe conducta cuando se viola la Ley Penal por fuerza física irresistible, impedimento físico, fuerza mayor o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente”.²⁶

²⁵ Betancourt. Op.Cit. Supra (24). p.107.

²⁶ Guanajuato. Anterior Código Penal.

Cardona Arizmendi en comentarios relativos a este artículo manifiesta que la vis absoluta, vis maior e impedimento físico se refieren a fuerzas físicas que actúan sobre el individuo. Las dos primeras compeliéndolo a actuar y la última como obstáculo insuperable para obrar. Tanto la vis absoluta como la vis maior se caracterizan por su impulso físico irresistible que llevan a la casación de un resultado típico, con la diferencia en la primera de ellas, tal impulso proviene del hombre, mientras que en la vis maior proviene de un elemento de la naturaleza. Por su parte, el impedimento físico puede derivar de un tercero o de la naturaleza, pero en ambos casos impide actuar, debiendo ser para ese efecto, necesariamente invencible. Por movimientos reflejos debemos entender aquellas reacciones del sistema neurovegetativo, en las que por tanto no intervienen los centros nerviosos superiores del hombre, por lo que si como consecuencia de un movimiento reflejo se produce un resultado típico, entonces no existirá conducta. Sobre estos cuatro aspectos existe un consenso más o menos unánime en el sentido de que en tales casos no hay conducta por ausencia de voluntad.²⁷

Nuestro actual Código Penal para el Estado de Guanajuato, sin ser tan descriptivo como la anterior legislación, encierra la fuerza física irresistible, el impedimento físico y la fuerza mayor dentro de la falta de voluntad del agente, considerando esta última como excluyente del delito.

Así el artículo 33 fracción I, establece que el delito se excluye cuando: El hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente.²⁸

²⁷ Cardona Arizmendi y Ojeda Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato. 3ª. ed. Ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1998. p.110.

²⁸ Guanajuato. Actual Código Penal.

2.2.- TIPICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.2.1.- IDEA GENERAL DEL TIPO Y DE LA TIPICIDAD.

Existen diversos conceptos que se relacionan entre si y que se hace necesario su conocimiento antes de profundizar en el estudio de la tipicidad, los cuales señalo continuación:

Tipo penal.- Es la descripción en abstracto de la conducta que se considera delito.

Tipicidad.- Es la adecuación de la conducta dada en la realidad, a la conducta descrita por el tipo penal.

Es el juicio de valor mediante el cual se concluye que la conducta desarrollada por el agente encuadra con la descripción legal.

Típico o Típica.- Se le llama así a la conducta que encuadra en el tipo penal, Es decir, al resultado de la comparación que hace entre el tipo penal y la conducta desarrollada, adecuándose perfectamente esta última.

Ausencia de tipo.- Es cuando no existe alguna conducta descrita en la legislación Penal.

Atipicidad.- Es cuando existe un tipo penal, pero la conducta que se da en la realidad, no encuadra perfectamente con la descrita por el legislador.

Como se desprende de las anteriores definiciones, no podemos confundir al tipo con la tipicidad, por considerarlas como sinónimos, pues el Tipo es la descripción abstracta de la conducta que se considera delito, en tanto que la tipicidad es la adecuación de la conducta dada en la realidad, a la conducta descrita por el tipo penal.

La tipicidad se refiere a la conducta, y el tipo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito; es la fórmula legal a la que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito.²⁹

Así pues la tipicidad debe y subsiste en cuanto exista un tipo penal, pues en caso de inexistencia del tipo no puede haber tipicidad y por consiguiente no puede haber delito.

2.2.2.- DEFINICIÓN DE TIPICIDAD.

La tipicidad como quedo apuntado, es la adecuación de la conducta realizada por el agente a la conducta descrita por el tipo penal.

Castellanos Tena define a la tipicidad como el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley.³⁰

²⁹ Betancourt Op.Cit. Supra (24). p.118.

³⁰ Castellanos Tena . Op. Cit. Supra (1). p. 168.

La tipicidad se obtiene de la comparación que haga el órgano jurisdiccional de la acción particular, concreta y temporal, que realiza el agente, con el texto genérico, abstracto y permanente de una ley.³¹

Como podemos observar, en las definiciones anteriores los autores hacen referencia a una adecuación o encuadramiento a conductas previamente establecidas, las cuales, deben existir para que pueda una conducta ser considerada como delito, ya que sin tipo penal no hay delito, *nullum crimen sine tipo*.

2.2.3.- FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD.

La función que desempeña la tipicidad es de suma importancia para nuestro derecho positivo, ya que de no existir el encuadramiento de la conducta al tipo penal, no habría delito.

No hay que olvidar que nuestro derecho mexicano es un derecho positivo, por mandamiento constitucional, pues el principio de legalidad establecido en el artículo 14, párrafo segundo y tercero, señala que:

“Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus 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. En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por

³¹ Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo II. Ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 2559.

mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."³²

Este precepto constitucional se refiere tanto a la existencia de un tipo penal, como a la tipicidad, es decir, al encuadramiento de la conducta desarrollada por el agente, al tipo penal previamente existente.

2.2.4.-ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.

2.2.4.1.-ELEMENTOS OBJETIVOS.-

Al referirnos a los Elementos Objetivos del Tipo Penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo.³³

Los elementos objetivos son los siguientes:

1.-Conducta.- Es el movimiento humano voluntario positivo o negativo que modifica el mundo exterior.

2.-Resultado. Es el producto de la conducta. Esto es, la modificación del mundo exterior.

3.-Nexo Causal.- Es la relación de causa a efecto existente entre la conducta desplegada por el agente y el resultado producido.

³² Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

³³ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.128.

4.-Especiales Formas de Ejecución.- Son los medios comisivos.

5.-Modalidades de Lugar, Tiempo y Ocasión.- La conducta desplegada como sabemos debe encuadrar exactamente con la descrita en la ley; existen tipos penales que requieren que la conducta dada en la realidad se de en un lugar determinado, incluso algunos otros señalan el tiempo dentro del cual debe desarrollarse esa conducta para que pueda configurarse el delito, pues de darse la conducta en otro lugar o en otro tiempo, no se configuraría ese delito.

6.-Sujetos.-

- a) El Sujeto Activo.
- b) El Sujeto Pasivo y el Ofendido.

El Sujeto Activo.- El sujeto activo es la persona que realiza la conducta descrita en el tipo penal.

El Sujeio Pasivo y el Ofendido.- El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma. El Ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el

individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.³⁴

Hay tipos penales que establecen modalidades a los sujetos, tales como la calidad y el número. Un caso concreto es el delito de cohecho, en donde para poder configurar éste ilícito, se requiere que el sujeto activo tenga la calidad de Servidor Público, ya que de no ser así no se cometería este delito.

En el caso del número de sujetos exigidos por la descripción legal; hay tipos penales que requieren que los sujetos activos sea dos o mas personas, tal es el caso del pandillerismo y la asociación delictuosa, pues en el primero de ellos, la ley exige que las personas que se reúnan de manera habitual, ocasional o transitoriamente sean tres o más. En el segundo caso, es decir, en la asociación delictuosa se exige que sean dos o más personas...

7.-Objeto Material y Objeto Jurídico.-

El Objeto Jurídico.- Es el bien jurídico tutelado.

El Objeto Material.- Es la persona o cosa sobre la que recae la conducta delictuosa.

³⁴ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 151 y 152.

2.2.4.2.-ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los elementos subjetivos del tipo penal van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor.³⁵

Entre otros mencionamos los siguientes:

1.-Ánimos.

2.-Propósitos

3.-Fines.

4.-Saberes.

5.-Sabiendas.

6.-Elementos Normativos:

Los elementos normativos son también subjetivos, consisten en juicios de valor; son subjetivos porque se dejan a la interpretación del juez, tomando en consideración lo que por ellos se entiende en la colectividad.

³⁵ Betancourt Op.Cit. Supra (33). p.134.

Entre otros elementos normativos tenemos los siguientes:

- 1.-Honestidad.
- 2.-Honor.
- 3.-Honra.
- 4.-Deshonra.
- 5.-Ajeneidad de la cosa.
- 6.-Propiedad.
- 7.-Posesión.
- 8.-Castidad.

2.2.5.-EL CUERPO DEL DELITO Y SU RELACIÓN CON LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.-

El cuerpo del delito es un concepto netamente procesal, por más que, y esto hay que reconocerlo, en su acuñamiento hayan intervenido los penalistas, quienes a partir de Mezger redefinieron la teoría del tipo, de la cual los procesalistas han

encontrado apoyo para acabar con la serie de confusiones que sobre el cuerpo del delito existían; por ejemplo, se pensó que éste equivalía a las armas o instrumentos con que se cometía el delito; se ha estimado, también, que en realidad es la materia o cuestión en la que recae la acción delictiva, como lo sería el cadáver en caso del homicidio; se ha dicho, igualmente, que el verdadero cuerpo del delito es la persona o cosa objeto del mismo, sin faltar las opiniones que lo señalan en sentido lato como piezas de convicción equivalentes a las huellas y vestigios del hecho delictivo.³⁶

Podemos decir que el cuerpo del delito son los elementos del tipo penal, pero la diferencia estriba en que el tipo penal pertenece al derecho penal sustantivo, en tanto que el cuerpo del delito es un concepto que pertenece al derecho procesal penal.

En este sentido, el Código Adjetivo Penal vigente en el Estado de Guanajuato establece en su artículo 158 que:

“El ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculcado, 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”.

“Para efectos de este Código, se entenderá por cuerpo del delito el conjunto de elementos que su integración requiera, de acuerdo a su definición legal y por probable responsabilidad, que las constancias que se hayan recabado acrediten

³⁶Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I. Ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 547.

presuncionalmente que el acusado ejecutó el hecho delictuoso o que participó en su comisión".³⁷

2.2.6.- AUSENCIA DE TIPO Y DE TIPICIDAD.

La ausencia de tipo y la ausencia de tipicidad, son dos cosas totalmente diferentes. La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catalogo de los delitos.³⁸

Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en una norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica.³⁹

Situación diversa sucede con la ausencia de tipicidad, pues esta se presenta cuando existe un tipo penal, pero la conducta realizada no se adecua perfectamente con la descrita en el tipo legal.

De lo anterior, podemos desprender que existe una dependencia, en la cual la tipicidad esta subordinada a un tipo penal, pues a falta del tipo, no puede haber tipicidad.

³⁷ Guanajuato. Código de Procedimientos Penales.

³⁸ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 175.

³⁹ Porte Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. ed. Decimoquinta. Ed. Porrúa. México 1993. p.365.

Para que pueda configurarse la tipicidad, deben concurrir los siguientes elementos:

1.- Un tipo penal.- Esto es, la descripción de una conducta que se considera delito.

2.- Una conducta.- esto es, el acto u omisión realizado por una persona de manera voluntaria, y.

3.- La Perfecta adecuación de la Conducta realizada al Tipo Penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado dentro de la teoría del delito, que:

“una cosa es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera, supone una conducta que no llega a ser típica por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o especiales, de elementos subjetivos, etcétera, mientras la segunda, supone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.”(Boletín de Información Judicial, XIV, p.262).⁴⁰

⁴⁰ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.140.

2.3.- LA ANTIJURIDICIDAD Y SU AUSENCIA.

2.3.1.- DEFINICIÓN.

Desentrañando el significado de la palabra antijuridicidad, encontramos que esta se divide en dos, en “anti” y “iuris”. La primera de estas (“anti”) significa contra o en contra de algo, y la segunda (“iuris”) significa derecho. De este modo la palabra antijuridicidad se refiere a lo que va en contra del derecho

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

Carlos Binding opina que la antijuridicidad no vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley.⁴¹

Como lo expone el autor, la conducta que despliega una persona no se encuentra en contra del tipo penal, sino que se adecua a el, pues cuando se habla por ejemplo del delito de homicidio, el tipo penal dice: comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, y como podemos observar, la persona que cometió el referido delito, privó de la vida a otro, adecuándose con esto a la hipótesis descrita en el tipo legal.

⁴¹ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 180.

2.3.2.- ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL.

La conducta o el hecho son formalmente antijurídicos, cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva. Se hace lo que esta prohibido y no se hace lo que está ordenado.

Una acción es antijurídica en sentido material en atención al menoscabo que supone en el bien jurídico protegido por la norma correspondiente.⁴²

Franz Von Liszt, al elaborar una teoría dualista, considera a la antijuridicidad desde un doble aspecto, como antijuridicidad formal y como antijuridicidad material. Para este autor, el acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la Ley) y materialmente antijurídico cuando signifique contradicción a los intereses colectivos.⁴³

Villalobos señala que la infracción de las leyes significa antijuridicidad formal y el quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan, constituye la antijuridicidad material.⁴⁴

Para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de excepción regla, que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos.⁴⁵

⁴² Porte Petit. Op.Cit. Supra (39). p.376 y 377.

⁴³ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 181.

⁴⁴ Amuchategui Requena Irma G. Derecho Penal. Ed. Harla. México 1993. p.61.

⁴⁵ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.152.

2.3.3.-RELACIONES DE LA TIPICIDAD CON LA ANTIJURUDUCIDAD.

Ha existido gran controversia respecto a la relación que guarda el tipo penal con la antijuridicidad, pues existen múltiples teorías encontradas, pues unas consideran al tipo penal como la ratio essendi de la antijuridicidad, otras consideraban a la antijuridicidad como la ratio essendi del tipo penal, otras que el tipo penal es la ratio cognoscendi de la antijuridicidad, algunos autores como es el caso de Mayer considera al tipo penal no como la ratio essendi de la antijuridicidad sino sólo como un indicio de ella.

Este criterio de Mayer fue aceptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al sostener que:

“El tipo delictivo es indicio de la antijuridicidad, más no fundamento de la culpabilidad”.

En otra ocasión ha sostenido, que: “es bien sabido, que el tipo penal aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se haga una consecuencia jurídica; o, en el propio sentido jurídico penal, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en los preceptos que lo definen y sancionan, por lo cual el tipo penal es indicio, más no fundamento de la culpabilidad”. (Semanao Judicial de la Federación, CCXXIX p. 535 5ª Época).⁴⁶

⁴⁶ Porte Petit. Op.Cit. Supra (39). p.337.

Carrancá y Trujillo considera que la acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva. La acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Pero puede existir tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe. Por esto puede decirse asimismo que la antijuridicidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo; es ratio cognoscendi éste de aquella, “como el humo del fuego” (Mayer), pero sin que se confunda con ella por no ser su ratio essendi.⁴⁷

2.3.4.- AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

No basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta sea antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma.⁴⁸

La palabra ausencia de antijuridicidad se encuentra en estrecha relación con las causas de justificación, pues en presencia de cualquiera de estas últimas habrá ausencia de antijuridicidad.

⁴⁷ Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Ed. Porrúa. México 1977. p.380.

⁴⁸ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.150.

Las acusas de justificación tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Esto es, que la acción realizada, a pesar de sus apariencias, resulta conforme a derecho.⁴⁹

Graf Zu Donha, señala que hay acciones que llevan en si todas las características de un tipo delictual, a las cuales falta, sin embargo, la segunda característica necesaria para la punibilidad, es decir la antijuridicidad.⁵⁰

Como se desprende de lo anterior, existen causas de justificación por medio de las cuales se estaría ante la ausencia de la antijuridicidad, y por consecuencia la conducta desplegada por el agente, deberá considerarse conforme a derecho.

Las causas de justificación son las siguientes:

- a) La legítima defensa;
- b) El consentimiento del sujeto pasivo;
- c) El estado de necesidad, y
- d) El cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

⁴⁹ Castellanos Tena Fernando. Op.Cit. Supra (1). p. 183.

⁵⁰ Graf Zu Donha Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Ed. Abeledo Perrot. Argentina 1958. p.44.

2.3.3.1.- LEGITIMA DEFENSA.-

Nuestro actual Código Penal para el Estado de Guanajuato señala en su artículo 33 que el delito se excluye cuando:

Fracción 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.⁵¹

Para la correcta aplicación de una legítima defensa, es necesario tener presente el significado de los elementos que integran esa definición, mismos que señalo a continuación:

Repeler. Es rechazar, evitar, impedir, no querer algo.

Por agresión debe entenderse. La conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos.

Según la nueva formula legal ahora en vigor, la agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria; debe también ser actual o inminente, es decir, presente o muy próxima.⁵²

La legislación Penal referida requiere que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla, por lo cual esta necesidad no debe

⁵¹ Guanajuato. Actual Código Penal

⁵² Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 194.

ser producto de una provocación, esto es, que este derecho a la defensa no opera si el agredido “provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella”.

Es obvio que quien hace surgir la agresión porque la quiere, la admite o la consiente no puede invocar válidamente en su favor la necesidad de la defensa, sino que únicamente habrá en tal caso, voluntaria aceptación de un intercambio de acciones lesivas, esto es, estaremos en presencia de una riña.⁵³

2.3.3.2.- EL CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO.-

Este se presenta cuando el sujeto pasivo otorga su consentimiento para la comisión de una conducta tipificada como delito.

El consentimiento, es la adhesión de uno a la voluntad de otro. Concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueba con pleno conocimiento.

El consentimiento puede ser expreso o tácito, es expreso el manifestado por palabras o signos; y tácito el que se infiere de los hechos. El consentimiento, para ser válido, debe ser voluntario y libre. Así se presume, mientras no se pruebe haber sido dado por error o arrancado con violencia, o sacado con dolo, engaño o ardid.⁵⁴

⁵³ Cardona Arizmendi y Ojeda Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato. 3ª. ed. Ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1998. p.110.

⁵⁴ Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I. Ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 509.

El consentimiento del sujeto pasivo es la manifestación primordial del principio de la ausencia de interés. Dicho consentimiento debe ser "válido" precisa la ley. Tal expresión debe interpretarse en el sentido de relevancia o eficacia. Ahora bien, Para que se dé la relevancia o eficacia del consentimiento como causa de justificación, se requiere:

I.- Que provenga del titular del bien jurídico tutelado.

II.- Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular.

III.- Que provenga de una persona capaz y

IV.- Que la voluntad no esté viciada.⁵⁵

Esta causa de justificación no es susceptible de actualización en todos los delitos, ya que existen excepciones tales como en el caso del homicidio, en el que pese a que el sujeto pasivo le da al homicida su consentimiento para que lo prive de la vida, no debe excluirse la penalidad al sujeto activo, ya que además de que el bien jurídico de que se trata es de aquellos que no pueden disponer lícitamente los particulares, existe el tipo penal de homicidio consentido:

⁵⁵ Cardona Arizmendi. Op. Cit. Supra (53). p.159.

2.3.3.3.- ESTADO DE NECESIDAD.-

Von Liszt, ha manifestado: el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos.⁵⁶

En el estado de necesidad existen bienes jurídicamente tutelados, el cual para la salva guarda de uno es necesario el sacrificio del otro.

El sacrificio o menoscabo del bien jurídico se justifica por la necesidad de salvaguardar un bien mayor, esto es, resulta conditio sine qua non el que sea más importante el interés jurídico puesto a salvo, que el sacrificado, habida cuenta que quien sacrifica un bien de igual o mayor jerarquía que aquel que salvaguarda, no puede encontrar justificación.⁵⁷

Para que una conducta sea justificada por el estado de necesidad, es necesario que concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 33 fracción VI de nuestra actual legislación penal para el Estado de Guanajuato, las cuales son:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y

⁵⁶ Betancourt. Op. Cit. Supra (48). p.163.

⁵⁷ Cardona Arizmendi. Op. Cit. Supra (53). p.170.

c) Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.⁵⁸

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

La legislación Penal vigente en el Estado de Guanajuato en su artículo 33, fracción III, establece que el delito se excluye cuando:

Se obre en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.⁵⁹

Al referir a un deber o un derecho, estamos hablando de lo que la ley encomienda o autoriza, por lo cual no puede considerarse como un acto ilícito. Dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones infringidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.⁶⁰

El cumplimiento de un deber debe traducirse en actos cuya licitud esté emanada en la ley, si no hay tal, la conducta no puede justificarse y caeremos en el ámbito del exceso o del cumplimiento del deber putativo, esto es, cuando el sujeto por error cree que su conducta está justificada.⁶¹

⁵⁸ Guanajuato. Actual Código Penal.

⁵⁹ IDEM.

⁶⁰ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 212.

⁶¹ Cardona Arizmendi. (53). p.173.

Carrancá y Trujillo al referirse a las causas de justificación señala: la legítima defensa, por ejemplo, garantiza la vida de uno a costa de la de otro. La pena de muerte – se dice – elimina la vida peligrosa y agresiva de un sujeto, y el verdugo no comete ningún delito. En un terreno menos severo el boxeador que priva de la vida al contrincante, tampoco comete ningún delito. En el estado de necesidad, en el miedo grave, en el temor fundado, por ejemplo, el agente no incurre en la comisión de hechos ilícitos.⁶²

⁶² Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Ed. Porrúa. México 1977. p.320.

CAPITULO TERCERO.

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

CAPITULO TERCERO.

TEORIA DEL DELITO (ELEMENTOS SUBJETIVOS)

3.1 LA IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.1.1 LA IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad es la capacidad de un sujeto para comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones.⁶³

El Diccionario Jurídico Mexicano define a la imputabilidad como “la capacidad, condicionada por la madurez y salud mental, de comprender el carácter antijurídico de la propia acción u omisión y de determinarse de acuerdo a esa comprensión.”⁶⁴

Graf Zu Donha manifiesta que la capacidad de imputación es la capacidad de comprender lo injusto de un hecho y de determinar la voluntad de acuerdo a esa comprensión.⁶⁵

Para que una persona pueda ser considerada imputable, es necesario que el sujeto cuente con dos elementos esenciales, los cuales son:

- a) La capacidad de entender y

⁶³ Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo II. Ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 1115.

⁶⁴ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.181.

⁶⁵ Graf Zu Donha Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Ed. Abeledo Perrot. Argentina 1958. p.66.

b) La capacidad de querer.

La mayoría de los autores de manera literal señalan en sus definiciones, estos dos elementos necesarios para la imputabilidad, tal es el caso de Castellanos Tena quien define la imputabilidad como la capacidad de entender y querer en el campo del Derecho Penal.⁶⁶

Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y la edad biológica para desplegar esa decisión.⁶⁷

3.1.2 LA RESPONSABILIDAD.

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

Son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía psicológica que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores, al tiempo de la acción, del mínimo de salud y desarrollo psíquico exigidos por la ley del Estado; pero sólo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.⁶⁸

⁶⁶ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 218.

⁶⁷ Betancourt. Op. Cit. Supra (64). p.180.

⁶⁸ Castellanos Op. Cit. Supra (66). p. 218 y 219.

3.1.3 LA INIMPUTABILIDAD.

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad, consistente esta en la falta de capacidad para entender y querer.

Es inimputable la persona que carece de suficientes facultades mentales y de la capacidad de motivación, al momento de realizar la conducta típica, que le impide comprender su acción u omisión en los términos establecidos por la ley penal.⁶⁹

Jiménez de Asúa sostiene que: “Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.”⁷⁰

La actual Legislación Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 33 fracción VII, contempla como causa de exclusión del delito, la inimputabilidad de una persona, al establecer:

“Que el delito se excluye cuando: Al momento de realizar el hecho típico y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de

⁶⁹ Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I. Ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 1192.

⁷⁰ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.191.

desarrollo psíquico incompleto o retardado o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión.⁷¹

De igual manera la ante citada legislación contempla la inimputabilidad de una persona por cuestión de la edad, pues en su artículo 37 establece que las personas menores de dieciséis años no serán responsables penalmente con arreglo a lo dispuesto en este Código; en ningún caso se les podrá imponer pena alguna.

3.1.4 ACCIONES LIBERAE IN CAUSA.

La imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, pero en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. A estas acciones se les llama liberae in causa (libres en su causa , pero determinadas en cuanto a su efecto).

Si se acepta que al actuar el sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer, pero tal estado se procuró dolosa o culposamente, encuéntrase el fundamento de la imputabilidad en la acción o acto precedente, o sea aquel en el cual el individuo, sin carecer de tal capacidad, movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en una situación de inimputabilidad; por ello el

⁷¹ Guanajuato. Actual Código Penal.

resultado le es imputable y dé base a declararlo culpable y, consiguientemente responsable, siendo acreedor a una pena.⁷²

Eduardo López Betancourt ejemplifica lo anterior al señalar que si un sujeto se embriaga hasta la inconciencia para no temer y atreverse contra determinada persona, a quien quiere matar, es plenamente imputable del homicidio, aún cuando éste haya sido cometido en estado actual de inconciencia.⁷³

En este sentido, el párrafo segundo del artículo 36 del Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato establece que:

“Cuando el agente se hubiese provocado la grave perturbación de la conciencia a que aluden los artículos señalados en el párrafo anterior y sea de origen únicamente emocional, se le considerara imputable.”⁷⁴

3.2 DE LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

3.2.1 NOCIÓN DE LA CULPABILIDAD.

Jiménez de Asúa en el más amplio sentido define a la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.⁷⁵

⁷² Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal 39ed. Ed. Porrúa. México 1998. p. 221 y 222.

⁷³ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.200.

⁷⁴ Guanajuato. Actual Código Penal

⁷⁵ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (72). p. 233.

Asimismo, Edmund Mezger la define como el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido.⁷⁶

La culpabilidad es un elemento dependiente de la imputabilidad, pues no puede declararse culpable a una persona inimputable, ya que para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable.⁷⁷

Solo aquel que ha cometido un acto ilícito será susceptible de recibir una pena, de ahí que exista un principio relativo a la culpabilidad, el cual consiste en que no puede ser penado aquél que no puede ser reprochado por su conducta.

3.2.2 DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPABILIDAD.

Las teorías que existen al respecto a la culpabilidad son:

1.- La teoría Psicologista o clásica.- Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

2.- La teoría Normativista o Neo clásica.- Para esta doctrina el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un

⁷⁶ Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. ed. Segunda. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1990. p.189.

⁷⁷ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (72). p. 217.

sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.⁷⁸

En las teorías clásicas tenemos a Lizst, quien definía al delito como la Acción antijurídica y culpable. Y a Beling quien la consideraba como la acción típica, antijurídica y culpable.

Dentro del sistema clásico, Lizst consideraba la culpabilidad como la relación psicológica entre el sujeto y el resultado.

La forma como se estructuraba la culpabilidad clásica era la siguiente:

Culpabilidad:

Imputabilidad como Presupuestos de la culpabilidad

Dolo y

Culpa, como especies de la culpabilidad.

No fue sino hasta 1915 cuando aparecen precursores de la teoría neoclásica, tales como Mayer y Mezger, pues el primero definía al delito como la Acción típica antijurídica y culpable. Y el segundo como la acción típicamente antijurídica y culpable.

⁷⁸ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (72). p. 235.

El dolo.- es la voluntad dirigida a la realización de la conducta y el resultado. En el dolo el resultado siempre es querido.

La Culpa.- Hay culpa cuando se actúa sin los cuidados que la norma exige dentro de la comunidad.

Tipos de culpa:

Culpa consciente o con previsión.- El sujeto prevé que puede haber un resultado pero no lo quiere.

Culpa inconsciente o sin previsión.- El sujeto no prevé el resultado.

En 1907 Frank hace estudios de culpabilidad y determinó que la culpabilidad es un juicio de valor, un juicio de reproche que se le finca al sujeto imputable que teniendo oportunidad de obrar conforme a lo que la norma le exige, actúa de manera diferente con dolo o culpa.

De esta manera la culpabilidad Neoclásica se estructura de la siguiente manera:

Culpabilidad:

Imputabilidad

Dolo y culpa

Exigibilidad.

Este último elemento es el que le da origen a la teoría neoclásica.

3.2.3 FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Como podemos apreciar, nuestro derecho positivo mexicano, reconoce como únicas formas de culpabilidad:

a) El Dolo. Y

b) La Culpa.

En concordancia con lo anterior Castellanos Tena menciona que la culpabilidad reviste dos formas: dolo y culpa, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por descuidar las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa).⁷⁹

⁷⁹ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (72). p. 237.

3.2.4 EL DOLO.

Dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso.⁸⁰

En los delitos cometidos de manera dolosa el sujeto activo realiza la conducta pese a tener conocimiento de que ese acto u omisión es considerado delictuoso, incluso quiere el resultado prohibido.

Jiménez de Asúa considera al dolo como la producción de un resultado antijurídico con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y la modificación del mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.⁸¹

Por su parte Edmund Mezger lo define como la comisión del hecho con conocimiento y voluntad.⁸²

Nuestra legislación Penal Vigente en el Estado de Guanajuato da una definición al respecto, pues en su artículo 13 señala que obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible.⁸³

⁸⁰ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.218.

⁸¹ Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el delito. ed 6ª. Ed. Sudamericana. Buenos Aires 1982. p. 480.

⁸² Mezger Edmund. Op. Cit. Supra (76). p.226.

⁸³ Guanajuato. Actual Código Penal.

3.2.4.1 ELEMENTOS DEL DOLO.

La mayoría de los autores coinciden en señalar que son dos los elementos del dolo, pero varían en la denominación que les dan a dichos elementos, Castellanos Tena, por ejemplo, los llama:

- a) Elemento ético, y
- b) elemento volitivo.

Por su parte López Betancourt los denomina:

- a) Elemento emocional, y
- b) Elemento intelectual.

Estos como muchos otros autores, al dar una definición de los elementos del dolo que mencionan, hacen alusión tanto al conocimiento que el sujeto activo tiene de que la conducta antijurídica que despliega, como a la voluntad que éste tiene de delinquir. Por este motivo tomaremos como elementos del dolo:

- a) El conocimiento, y
- b) La voluntad.

Con el conocimiento, el sujeto sabe, que el acto u omisión que realiza es considerado por la ley como delito.

La voluntad, es el elemento interno que hace al sujeto actuar, a pesar de saber que su conducta es contraria al derecho.

Existen teorías que pugnan por convencer que entre estos elementos uno es mas importante que el otro, pues unas consideran que es mas importante la voluntad que el conocimiento, otras pone al conocimiento sobre la voluntad, pero lo cierto es que ambos son elementos del dolo y por tanto ambos son importantes, no podemos dejar de lado a ninguno de los dos, ya que al separar alguno de estos, dejaríamos de hablar de dolo.

Al respecto, Carrancá y Trujillo señala que como elementos del dolo unas teorías subrayan como el más importante la voluntad (teorías de la voluntad) y otras el conocimiento que se tenga del hecho querido (teorías de la representación). Elementos constitutivos del dolo son, en todo caso, la previsión del resultado ilícito o sea de las consecuencias de la acción, y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado. En suma, elementos intelectuales y emocionales. “ No basta la previsión sin la voluntad, pero tampoco basta la voluntad sin la previsión. La voluntad sin previsión es ciega; la previsión sin voluntad es vana. El derecho no puede prescindir de ninguna de las dos” (Maggiore).⁸⁴

3.2.4.2 DIVERSAS ESPECIES DE DOLO.

La doctrina clasifica el dolo de la siguiente manera: Dolo directo, Dolo indirecto, Dolo indeterminado y Dolo eventual.

⁸⁴ Carranca y Trujillo. Op. Cit. Supra (62). p.400.

- a) DOLO DIRECTO.- Es aquel en el que el sujeto se representa el resultado penalmente tipificado y lo quiere. Hay voluntariedad en la conducta y querer del resultado. Según Cuello Calón el dolo directo se da cuando el resultado corresponde a la intención del agente.⁸⁵

- b) DOLO INDIRECTO. El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. (para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que, además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato.)

- c) DOLO INDETERMINADO. Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial. (Anarquista que lanza bombas.)

- d) DOLO EVENTUAL. Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente. (incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones.)⁸⁶

La ley sólo distingue 2 clases de dolo que son: El dolo Directo y el Dolo Eventual, ya que el los otros dos, es decir, el dolo indirecto y el dolo indeterminado van incluidos dentro del dolo Directo.

⁸⁵ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 239.

⁸⁶ IDIDEM. p. 240.

3.2.4.3 EL DOLO EN EL DERECHO MEXICANO.

En nuestro Derecho, encontramos preceptos legales que refieren al primer elemento de la culpabilidad, esto es, al dolo, tal es el caso de nuestra legislación Penal Federal, que en su artículo 9 párrafo primero señala: “Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y”⁸⁷

Asimismo, el Código Penal Vigente en el Estado de Guanajuato señala en su artículo 13 que obra dolosamente quien quiere la realización del hecho legalmente tipificado o lo acepta, previéndolo al menos como posible.⁸⁸

3.2.5 NOCIÓN DE LA CULPA.

Eugenio Cuello Calón define la culpa como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.⁸⁹

El maestro Pavón Vasconcelos define a la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión, voluntarias, y evitable si se hubieren observado los deberes

⁸⁷ Código Penal Federal.

⁸⁸ Guanajuato. Actual Código Penal.

⁸⁹ Carranca y Trujillo Raúl.Op. Cit. Supra (62). p.413.

impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres".⁹⁰

El autor Fernando Castellanos Tena considera que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.⁹¹

3.2.5.1 ELEMENTOS DE LA CULPA.

Los elementos de la culpa que de manera casi uniforme consideran la mayoría de los autores son:

- a) La voluntariedad del acto inicial, es decir, debe quererse la conducta, sea ésta comisiva u omisiva;
- b) Un resultado dañoso tipificado en la ley, para que podamos catalogarlo como delictivo;
- c) La ausencia de dolo, es decir, de la intención delictiva, pues el agente o no se representa el resultado, o si se lo representa, espera que éste no se produzca;

⁹⁰ Betancourt. Op Cit. Supra (80). p.232.

⁹¹ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 248.

- d) La previsión, o la falta de previsión del resultado, cuando uno u otro, son deberes que se derivan de la ley, o de la propia convivencia social;
- e) La relación causal directa entre el acto inicial y el resultado, es decir, debe existir un enlace entre el proceso psicológico del agente, sea consciente o inconsciente, y el resultado lesivo, por no haber obrado con la previsión que exigía la norma.⁹²

3.2.5.2 CLASES DE CULPA.

Las clases de culpa que son aceptadas tanto por la legislación como por la doctrina son:

- a) La culpa consciente, con representación o con previsión.
- b) La culpa inconsciente, sin representación o sin previsión.

Por lo que hace a la culpa consciente, el maestro Pavón Vasconcelos sostiene que **existe culpa consciente** cuando el sujeto “ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan”.⁹³

⁹² Orellana Wiarco Octavio Alberto Op.Cit. p.315.

⁹³ Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. p.234.

La culpa es inconsciente, sin previsión o sin representación, cuando no se prevé un resultado previsible (penalmente tipificado). Existe voluntariedad de la conducta causal, pero no hay representación del resultado de naturaleza previsible. Para Soler se da esta clase de culpa, cuando el sujeto no previó un resultado por falta de diligencia.⁹⁴

La legislación Penal para el Estado de Guanajuato contempla estas dos clases de culpa, al señalar en su artículo 14 párrafo primero, que: **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 se debió a la inobservancia del cuidado que le incumbe, según las condiciones y sus circunstancias personales.⁹⁵

3.2.5.3 DISTINCIÓN ENTRE CULPA CONSCIENTE Y DOLO EVENTUAL.

La diferencia que existe entre la culpa consciente y el dolo eventual estriba en el elemento volitivo respecto al resultado, pues en la culpa consciente el sujeto activo pese a tener representado el posible resultado que se puede cometer con su conducta, este la realiza, pero abriga la esperanza de que el resultado delictivo no se realice, pues no lo quiere. A diferencia del dolo eventual, en el cual el sujeto activo igualmente tiene representado el resultado delictivo que puede surgir de su conducta pero éste es indiferente ante su posible resultado, pues no se inmuta ante su posible comisión, incluso acepta el resultado como posible.

⁹⁴ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1).p. 249.

⁹⁵ Guanajuato. Actual Código Penal.

En este sentido existen autores tales como Fernando Castellanos Tena que opinan que tanto en una como en otra hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico; pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abriga la esperanza de que no se producirá.⁹⁶

De igual manera Orellana Wiarco manifiesta que actualmente se admite que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente radica en que en la primera se “acepta” el resultado, y en la segunda se tiene la “esperanza” que el resultado no acontezca.⁹⁷

3.2.5.4 LA CULPA EN EL DERECHO MEXICANO.

El segundo elemento de la culpabilidad denominado culpa, de igual manera se encuentra contemplado por nuestras legislaciones penales, esto es, tanto por el Código Penal Federal, como por el Código Penal para el Estado de Guanajuato; el primer ordenamiento jurídico en comento, refiere a la culpa en el párrafo segundo de su artículo 9, donde a la letra dice:

“Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.”⁹⁸

⁹⁶ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 251.

⁹⁷ Orellana Wiarco. Op.Cit. Supra (13).p.316.

⁹⁸ Código Penal Federal.

A su vez, el Código Penal vigente en el Estado de Guanajuato señala en el artículo 14 párrafo primero que:

“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.”⁹⁹

3.2.5.5 EL CASO FORTUITO.

El caso fortuito se refiere a situaciones en las cuales el sujeto no es susceptible de prever el resultado, pues pese a que él actuando con toda la diligencia y cuidado a que la ley le obliga, se produce por causas imprevisibles un resultado típico.

El caso fortuito no puede considerarse doloso, pues el sujeto en ningún momento desea un resultado típico, pues actúa con toda la diligencia que le señala la ley, tampoco podemos considerarlo culposo, pues en los delitos culposos, el resultado es previsto por el sujeto o cuando menos le era previsible, cosa que no sucede en el caso fortuito, pues el sujeto además de actuar con todo el cuidado necesario para no incurrir en algún delito, no prevé el resultado, por ser este imprevisible.

⁹⁹ Guanajuato. Actual Código Penal.

La legislación penal considera al caso fortuito como una causal de excluyente del delito, pues esta contemplado dentro de las causales de exclusión del delito establecidas dentro del artículo 33, fracción X, el cual dice:

“El delito se excluye cuando: El resultado típico se produce por caso fortuito.”¹⁰⁰

Así pues, Fernando Castellanos Tena opina: En el caso fortuito el resultado deviene por el concurso de dos energías diversas: la conducta del agente (por hipótesis precavida, lícita) y una fuerza a él extraña. De una parte ese actuar voluntario y de otra, una concausa que se une a la conducta; de esa amalgama surge el evento. En consecuencia, el caso fortuito queda fuera de la culpabilidad; si una conducta es cautelosa y absolutamente lícita, pero se une a ella una concausa extraña y por ello se produce el resultado coincidente con la descripción legal de un delito, no puede atribuírsele al sujeto porque no lo quiso, ni omitió deber alguno de cuidado o diligencia.¹⁰¹

3.2.5.6 AUSENCIA DE CULPABILIDAD.

Al aspecto negativo de la culpabilidad se le llama inculpabilidad o ausencia de culpabilidad.

¹⁰⁰ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹⁰¹ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 256.

Para que una persona pueda ser sujeta de una penalidad, es necesario que exista una conducta que se adecue perfectamente a la hipótesis descrita en la ley, esto es, deberán colmándose todos y cada uno de los elementos del delito. Lo cual al faltar el elemento culpabilidad, no se podrá estar en condiciones de sancionar a persona alguna.

Castellanos Tena manifiesta que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.¹⁰²

3.2.5.6.1 LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

Castellano Tena considera que en estricto rigor, las causas de inculpabilidad serían:

- a) El error esencial de hecho (ataca el elemento intelectual) y
- b) La coacción sobre la voluntad (afecta el elemento volitivo).¹⁰³

Podemos definir al error como el vicio psicológico consistente en la falta de conformidad entre el sujeto que conoce y el objeto conocido (hay una falsa apreciación).

Díaz de León lo define como el concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Contrario a la verdad.¹⁰⁴

¹⁰² Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 257.

¹⁰³ IBIDEM. p. 258.

Nuestra actual legislación Penal para el Estado de Guanajuato contempla a la inculpabilidad dentro de las causas de exclusión del delito, pues en su artículo 33 fracción VIII, establece: que el delito se excluye cuando se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible:

- a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
- b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.¹⁰⁵

De lo anterior se desprende que nuestra actual legislación penal del Estado, únicamente establece el error de tipo y el error de prohibición, dejando con esto fuera al error de hecho y la coacción, los cuales ahora se incluyen dentro de la no exigibilidad de otra conducta, pues el artículo 33 fracción IX, del ordenamiento legal en cita, establece que:

“El delito se excluye cuando atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;”¹⁰⁶

¹⁰⁴ Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I. ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 797.

¹⁰⁵ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹⁰⁶ IDEM.

CAPITULO CUARTO.

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

CAPITULO CUARTO.

LA PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

4.1 NOCIÓN DE LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad en términos generales podemos definirla como la pena establecida en la ley para las personas que por la comisión de un delito se hacen susceptible de recibir.

Pavón Vasconcelos la define como la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.¹⁰⁷

La punibilidad en ocasiones de manera errónea es usada como sinónimo de palabras tales como la pena o la punición, siendo que entre ellas existen diferencias substanciales.

Para efecto evitar falsos entendidos con estas palabras, a continuación señalo la diferencia entre ellas:

La punibilidad como bien menciona Pavón Vasconcelos, es la amenaza de pena, la cual se encuentra establecida en el ordenamiento jurídico.

¹⁰⁷ Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Parte General. ed. Decimaquinta. Ed. Porrúa. México 2000. p.497.

La pena es la sanción jurídica que el órgano jurisdiccional competente impone en sentencia a una persona que ha sido declarada culpable.

La punición es ya la aplicación al sujeto de dicha sanción, es decir, la concretización de la pena entre un mínimo y un máximo.

La punibilidad es importante en la materia penal, pues como sabemos, esta rama se encarga de proteger aspectos fundamentales para la convivencia social, y por ese motivo se hace necesario mayor energía al momento de castigar, de este modo la punibilidad, a manera de amenaza, previene a la sociedad del posible castigo a que pueden ser acreedores en caso de cometer una infracción penal, poniendo como resultado un obstáculo a la intención delictiva de los individuos.

Nuestro actual Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 38, advierte y a su vez delimita las clases de penas con que podrán ser sancionados los sujetos activos de un delito, al establecer:

Que por la comisión de los delitos descritos en el presente Código sólo podrán imponerse las penas siguientes:

I.- Prisión.

II.- Semilibertad.

III.- Trabajo a favor de la comunidad.

IV.- Sanción pecuniaria.

V.- Decomiso de los instrumentos del delito y destrucción de las cosas peligrosas y nocivas.

VI.- Suspensión, privación e inhabilitación de derechos, destitución o suspensión de funciones o empleos e inhabilitación para su ejercicio y desempeño.

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

VIII.- Las demás que prevengan las leyes.¹⁰⁸

Los orígenes y fundamento de la punibilidad lo podemos encontrar dentro de una de las características de toda norma jurídica llamada coercibilidad, esto es, la obligatoriedad de la norma jurídica de ser acatada, aún en contra de la voluntad de los individuos.

La punibilidad en materia penal representa esa fuerza que alerta a los individuos para que se conduzcan con rectitud. Así pues, en ausencia de ésta, carecería de todo objeto la existencia de dispositivos legales, pues el acatarlos quedaría al arbitrio de los particulares.

¹⁰⁸ Guanajuato. Actual Código Penal.

4.2 EL PROBLEMA DE LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.

Uno de los temas que mas han creado controversia es la punibilidad, pues mientras algunos autores la consideran como uno de los elementos esenciales del delito, otros exponen que no es elemento propiamente dicho, sino consecuencia del mismo.

Entre los autores que consideran a la punibilidad como elemento esencial del delito, tenemos a Cuello Calón, quien considera que el delito es fundamentalmente acción punible, dando por tanto a la punibilidad el carácter de requisito esencial en la forma de aquel. Otro que opina a favor es Jiménez de Asúa, quien precisa que lo característico del delito es ser punible; y la punibilidad es, por ende, el carácter específico del crimen, pues sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.¹⁰⁹

Entre las opiniones en contrario tenemos a Carrancá y Trujillo e Ignacio Villalobos. El primero, al hablar de las excusas absolutorias afirma, que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es elemento esencial del delito; si falta el delito permanece inalterable. Para el segundo, la pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión en vigor, su consecuencia ordinaria; por esto acostumbrados a los conceptos arraigados sobre la justicia retributiva, suena lógico decir: el delito es punible; pero ni esto significa que la punibilidad forme parte del delito, como no es parte de una enfermedad una determinada medicina,

¹⁰⁹ Pavón Vasconcelos. Op. Cit. Supra (107). p.498.

ni el delito dejaría de serlo si se cambiaran los medios de defensa de la sociedad. Un acto es punible porque es delito; pero no es delito por ser punible.¹¹⁰

Otro que sostiene igual punto de vista es Castellanos Tena, pues considera que la punibilidad no forma parte del delito, bien se le estime como merecimiento, como coacción de las normas penales o como aplicación concreta y específica de una pena, pues desde el primer punto de vista la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; en cuanto al segundo, porque el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que ésta no se integra sin la sanción y, por último, menos puede ser considerada la punibilidad como elemento integral dado que la imposición concreta de una pena no es sino la reacción estatal respecto al ejecutor de un delito, siendo por tanto algo externo al mismo.¹¹¹

4.3 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD (EXCUSAS ABSOLUTORIAS).

El aspecto negativo de la punibilidad lo constituyen Las excusas absolutorias, éstas pueden ser definidas como los supuestos señalados en ley, por medio de los cuales pese a existir una conducta típicamente, antijurídica, imputable y culpable, la ley determina que no debe imponérsele al declarado culpable pena alguna.

¹¹⁰ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 276 y 277.

¹¹¹ Pavón Vasconcelos. Op. Cit. Supra (107). p.499.

Castellanos Tena las define diciendo que son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena.¹¹²

A su vez Jiménez de Asúa dice que son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un actor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.¹¹³

Éstas excusas absolutorias las podemos encontrar inmersas en el texto de nuestro Código Sustantivo Penal Vigente en el Estado, tal y como sucede en la modalidad del delito de aborto descrita por el artículo 163 del ordenamiento legal en cita, donde se establece que: “No es punible el aborto cuando sea causado por culpa de la mujer embarazada ni el procurado o consentido por ella cuando el embarazo sea el resultado de una violación.”¹¹⁴

4.4 ALGUNAS ESPECIES DE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Podemos considerar como excusas absolutorias las siguientes:

- a) Excusa en razón de mínima temibilidad.
- b) Excusa en razón de la maternidad consciente.

¹¹² Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1), p. 278 y 279.

¹¹³ Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Parte General. ed. Decimaquinta. Ed. Porrúa. México 2000. p.503 y 504.

¹¹⁴ Guanajuato. Actual Código Penal.

- c) Otras excusas por inexigibilidad.

- d) Excusa por graves consecuencias sufridas.¹¹⁵

La excusa en razón de mínima temibilidad, el legislador considera que por la cuantía y el arrepentimiento espontáneo, se denota temibilidad mínima del sujeto activo, esto es, un escaso riesgo para la sociedad.

La excusa en razón de la maternidad consciente. En este tipo de excusa podemos encontrar al delito de aborto, cuando este sea causado por imprudencia de la mujer embarazada o por que el embarazo haya sido producto de una violación. En estos casos el legislador opta por no sancionar esas conductas, pues en la primera situación, se considera que la mujer ya ha sufrido bastante al ver truncado su esperanza de ser madre, además del cargo de conciencia que sobre ella pesa; en el segundo caso, viendo la situación que motivó el embarazo, el legislador considera que no es posible obligar a la víctima a que tenga el producto de tan desagradable acontecimiento.

En otras excusas por inexigibilidad. La ley no exige imposibles, es decir, acontecimientos que se encuentren fuera de las posibilidades de las personas, e incluso en esta excusa se incluyen sucesos en los cuales aún estando dentro de las posibilidades del sujeto, éste no puede ser obligado, tal es el caso en el que a los parientes de un delincuente, no se les puede exigir que declaren en contra de su familiar, pese a haberse percatado de los hechos y tener la posibilidad de hacerlo; de igual forma no puede obligársele bajo amenaza de pena al mismo indiciado para que refiera la verdad en cuanto a los sucesos que se le imputan.

¹¹⁵ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 279.

La excusa por graves consecuencias sufridas. Esta excusa se justifica en virtud de que contempla posibles situaciones, tales como la imposición de determinadas penas, como es el caso de la pena privativa de la libertad, que para algunas personas no representa mayor riesgo en su salud, pero que para otras puede ser causa de muerte; tal situación puede ser la de una persona senil, con precario estado de salud, quien al imponérsele esta pena, puede ponérsele en riesgo su propia existencia.

4.5 LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Las penas y las medidas de seguridad por lo general son mencionadas de manera conjunta, lo que hace que se confundan estos términos, al grado de llegar a ser asociadas como palabras sinónimas.

Anteriormente ya hemos hablado de la pena, por lo cual en este capítulo nos enfocaremos a disipar la confusión de éstos dos términos, para lo cual cito al autor Edmund Mezger, quien señala que el Derecho Penal se hace cargo de dos medidas distintas: la pena en sentido estricto y las medidas de seguridad. Aquella considera la culpabilidad del autor, tal como se manifiesta en el hecho concreto particular (medida referida al hecho), y éstas tienen en cuenta, independientemente de la culpabilidad por el hecho, la peligrosidad del autor con miras al futuro (medida referida al autor).¹¹⁶

¹¹⁶ Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. ed. Segunda. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1990. p.392.

La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, la retribución, las medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno, intenta de modo fundamental la evitación de nuevos delitos.¹¹⁷

¹¹⁷ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 324.

CAPITULO QUINTO

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.

CAPITULO QUINTO.

FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO.

5.1 FORMAS COMUNES O NORMALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

Dentro de las llamadas formas normales de aparición del delito tenemos al delito consumado; al delito cometido por una sola persona y con una sola conducta se da un solo resultado.

5.1.1 DELITO CONSUMADO.

La consumación del delito no es otra cosa que la acción o la omisión plena y totalmente realizada y plenamente castigada, y “todos los grados del delito se distinguen del delito consumado por la falta de realización del resultado externo descrito por la ley.”¹¹⁸

Afirma un sector de la doctrina penal que el delito se ha consumado al producirse la lesión jurídica, originada en la producción del resultado, cuando el tipo así lo precisa, o cuando a virtud de la conducta humana se genera peligro contra un determinado bien jurídico, puede igualmente considerarse consumado el delito al realizarse todos los elementos constitutivos del tipo penal.¹¹⁹

¹¹⁸ Betancourt López Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 10ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. p.183.

¹¹⁹ Pavón Vasconcelos. Op. Cit. Supra (113). p.579.

5.1.2 DELITO COMETIDO POR UNA SOLA PERSONA.

En la mayoría de los delitos se actualizan los tipos penales con la sola intervención de un sujeto, pues estos dispositivos legales pueden comenzar con las palabras “A quien ...”; dejando con esto abierta la posibilidad de que sea un solo sujeto el que se encargue de colmar el supuesto legal.

Lo anterior podemos observarlo en el delito de amenazas contemplado en el artículo 176 del actual Código Sustantivo penal del Estado. Donde a la letra dice: “A quien intimide a otro con causarle daño en su persona o sus bienes jurídicos o en los de un tercero con quien se encuentre ligado por vínculos familiares o estrecha amistad, se le aplicará...”¹²⁰

Los tipos penales por estar redactados en singular, no requieren una pluralidad en el sujeto activo.

5.1.3 CON UNA SOLA CONDUCTA UN SOLO RESULTADO.

La mayoría de los tipos penales establecen que con una sola conducta se da un solo resultado ya que de esta forma es como se encuentran redactados.

¹²⁰ Guanajuato. Actual Código Penal.

5.2 FORMAS ESPECIALES DE APARICIÓN DEL DELITO.

Las formas especiales de aparición del delito se tuvieron que establecer para que ciertas conductas que pueden afectar a la sociedad no quedaran impunes, pues existen casos en los cuales pese a que el sujeto activo realiza todas las conductas encaminadas a cometer un delito, no se da el resultado por cuestiones ajenas a su voluntad; también existen conductas en las que el delito es cometido por la participación de varios sujetos; de igual forma existen situaciones en las cuales con una sola conducta puede haber pluralidad de resultados o con varias conductas se den varios resultados.

El legislador previendo estas posibles combinaciones y situaciones, decide legislarlas para efecto de no dejar opción a las personas para que cometan delitos que no sean castigados.

Estas situaciones previstas por el legislador, las podemos encontrar redactadas en la parte general de nuestra legislación sustantiva.

5.2.1 LA TENTATIVA.

El artículo 18 del Código Penal Vigente en el Estado define a la tentativa diciendo, que hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si

el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.¹²¹

De la antecitada definición que nos da el Código Penal de nuestro Estado, podemos señalar como elementos que integran a la tentativa los siguientes:

De manera primaria y en concordancia con el criterio que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias, diremos que son dos los elementos que la integran:

El primero lo compone el elemento subjetivo: Éste consiste en la intención del sujeto dirigida a cometer el delito.

Como segundo elemento tenemos al objetivo: Éste lo constituye la realización de actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo y la falta de producción del resultado o su interrupción de la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.

Cardona Arizmendi menciona con relación a uno de los elementos de la tentativa, que se rechazó el criterio de basar la tentativa punible en un principio de ejecución, en virtud de los graves problemas para determinar cuales son los actos ejecutivos encuadrables en la tentativa y cuales son los meramente preparatorios que se encuentran fuera de la punición, o cuales son aquellos actos que penetran al núcleo del tipo y cuales se encuentran en su periferia; en fin, se estimó que el criterio de la univocidad es el que mas claramente resuelve el problema, ya que desplaza la indagación de determinar si el acto es ejecutivo o preparatorio, para

¹²¹ Guanajuato. Actual Código Penal.

indagar si inequívocamente se encaminaba a la ejecución de un delito y una vez demostrado esto, poco interesa si se trata de actos preparatorios o ejecutivos, remotos o inmediatos a la consumación, habida cuenta que no interesa tanto aquí el peligro corrido por el bien jurídico tutelado, sino la peligrosidad revelada por el agente.¹²²

El antecitado criterio es el que actualmente rige a nuestra legislación penal del Estado, pues como vemos, en la definición que nos da, no se refiere a los actos ejecutivos, sino que se enfoca a los actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente.

5.2.1.1 TIPOS DE TENTATIVA.

5.2.1.1.1 TENTATIVA ACABADA.

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.¹²³

La tentativa acabada se entiende como aquella ejecución completa de la conducta realizada por el activo encaminada hacia un resultado delictivo, pero éste no acontece por causas ajenas a su voluntad.¹²⁴

¹²² Cardona Arizmendi Op Cit. Supra (53). p.10.

¹²³ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 289.

¹²⁴ Betancourt López Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 10ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. p.169.

Como podemos apreciar, no existe conflicto entre los autores con respecto a este tema, pues de manera coincidente mencionan en sus definiciones las mismas características.

Es necesario remarcar que en este tipo de tentativa, la falta de consumación del delito pretendido se da, no porque el sujeto activo lo haya deseado, pues todo lo encamino perfectamente al resultado delictivo, sino porque las causas ajenas a su voluntad influyeron de tal manera que el resultado no pudo verificarse conforme a los intereses del activo.

5.2.1.1.2 TENTATIVA INACABADA.

En este tipo de tentativa, el sujeto activo erró por olvido o por falta de previsión la realización de alguno de los actos necesario para la consumación, siendo éste el motivo por el cual el delito sólo queda en tentativa.

Castellanos Tena considera que en la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución; v. gr.: si se tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido. Se dice que el delito intentado no se consume ni subjetiva, ni objetivamente; en tanto el delito frustrado se realiza subjetiva pero no objetivamente; por ejemplo, cuando alguien administró veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no

ocurrió por causas ajenas a su voluntad, como la inesperada intervención del médico.¹²⁵

5.2.1.1.3 TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.

Nuestra actual legislación penal para el Estado establece en su artículo 19 párrafo primero a la tentativa de delito imposible, mencionando que: hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando por error del agente considera que existía el objeto en que quiso ejecutarlo o que el medio utilizado no era el adecuado.¹²⁶

El artículo anterior habla de la tentativa de delito imposible, estableciéndose dos clases, a saber:

- a) Cuando utilizándose los medios idóneos para consumar el delito, resulta de imposible realización por inexistencia del objeto material o jurídico en que se quiso cometer;
- b) Cuando la imposibilidad deriva de la utilización de medios inidóneos que el agente usa confundiéndolos con idóneos.¹²⁷

Castellanos Tena menciona que no hay que confundir a la Tentativa acabada o delito frustrado con la tentativa de delito imposible. En ésta tampoco se produce

¹²⁵ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1).p. 289 y 290.

¹²⁶ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹²⁷ Cardona Arizmendi Op. Cit. Supra (53). p.11 y 12.

el resultado y no surge no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por ser imposible. En el delito imposible, no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. tal sucede cuando se administra un aborto a una mujer no embarazada o se pretende matar a un muerto.¹²⁸

5.2.1.2 DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO DEL DELITO.

El desistimiento es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su voluntad de abandonar el designio criminal que se había propuesto.¹²⁹

Cardona Arizmendi menciona que se establece la impunidad para el desistimiento voluntario o arrepentimiento en la tentativa ya que en tales casos una sana política criminal recomienda la no punición, habida cuenta que de esta manera se invita al agente a no consumir el delito y así se consigue la salva guarda del bien jurídico tutelado. Es claro en el desistimiento y en el arrepentimiento se presupone que existe la espontaneidad de la conducta cuando había la posibilidad de consumación.¹³⁰

El Código Penal vigente en el Estado, establece en el artículo 18 párrafo tercero que si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción del

¹²⁸ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p. 290 y 291.

¹²⁹ Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Parte General. ed. Decimaquinta. Ed. Porrúa. México 2000. p.534.

¹³⁰ Cardona Arizmendi. Op. Cit. Supra (53). p.12.

resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por si mismos delito.¹³¹

El antecitado artículo contempla tanto al desistimiento como al arrepentimiento, pues en lo concerniente al desistimiento no queda lugar a duda ya que de manera expresa así lo menciona el dispositivo legal, pero por lo que hace al arrepentimiento se hace necesario para resaltarlo citar la mención que de éste nos da el autor Pavón Vasconcelos, la cual reza: el llamado arrepentimiento activo, por su naturaleza, sólo puede presentarse en la tentativa acabada cuando el agente ha agotado todo proceso ejecutivo del delito y el resultado no se produce por causas propias. Ello supone no un simple desistimiento sino una actividad desarrollada por el mismo autor que *impide la consumación del delito* interrumpiendo el curso causal de la acción.¹³²

Edmund Mezger al mencionar la literatura de Schönke señala que: El prevé, además de la atenuación de la pena en el caso de falta de consumación del hecho, una especial causa personal de supresión de la pena: el desistimiento de la tentativa en sentido estricto y el llamado arrepentimiento activo. Esta disposición le quiere “ofrecer al autor un puente de oro para que abandone su tentativa”.¹³³

¹³¹ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹³² Pavón Vasconcelos. Op. Cit. Supra (113). p.535.

¹³³ Mezger Edmund. Op. Cit. Supra (116). p.291.

5.2.2 PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN SENTIDO AMPLIO.

Se hace necesario para entender la participación criminal, citar previamente la clasificación del delito con relación al número de personas que intervienen. De esta forma tenemos que los delitos con relación a las personas pueden ser unisubjetivos y plurisubjetivos, según requiera el tipo penal la intervención de uno o varios sujetos en la comisión del delito.

Cuando la descripción legal sea omisa en señalar el número de personas que deben intervenir, se entenderá como unisubjetivo, pues como se ha dicho, los tipos penales están redactados en forma singular.

Castellanos Tena sostiene que si en la descripción típica no se precisa como necesaria la concurrencia de dos o mas personas, el delito sigue siendo monosubjetivo aún cuando en forma contingente intervengan dos sujetos.¹³⁴

En los delitos plurisubjetivos la ley expresamente señala que para que se cometa el delito, es requisito indispensable que intervengan en su comisión dos o más sujetos, tal como sucede en los delitos de pandillerismo y la asociación delictuosa, pues en el primero de ellos, la ley exige que las personas que se reúnan de manera habitual, ocasional o transitoriamente sean tres o más. En el segundo caso, es decir, en la asociación delictuosa se exige que sean dos o más personas...

Podemos definir a la participación criminal, como la voluntaria colaboración de más de una persona en la perpetración de un delito.

¹³⁴ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 293.

Para Castellanos Tena, la participación criminal consiste en la voluntaria participación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.¹³⁵

Una vez definidos tanto los delitos plurisubjetivos como la participación criminal, podemos comprender que estos términos no deben ser empleados para referirse a una misma cosa, pues mientras en los delitos plurisubjetivos la norma requiere la intervención de dos o mas sujetos, en la participación criminal son dos o mas las personas que intervienen de manera voluntaria en la realización de un delito sin que la ley así lo requiera.

La participación criminal prescinde según SANTANIELLO de los siguientes requisitos:

- a) Pluralidad de agentes;
- b) Realización de la acción prevista en la norma ;
- c) Nexo causal entre la acción de cada concurrente y el resultado, y
- d) Voluntad de cooperar a la comisión del delito.¹³⁶

¹³⁵ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p. 293.

¹³⁶ Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Parte General. ed. Decimaquinta. Ed. Porrúa. México 2000. p.545.

5.2.2.1 AUTORIA.

5.2.2.1.1 AUTORIA SIMPLE.

Podemos definir a al autoría simple o material diciendo que es quien físicamente realiza los actos señalados en la descripción legal.

Para Abarca, el autor material es “el que por sí mismo ejecuta los actos externos descritos por la ley como elementos del delito”.¹³⁷

La autoría simple no representa gran controversia ya que como ha quedado debidamente apuntado, es la persona que ejecuta los actos necesarios para la concretización del delito.

5.2.2.1.2 AUTORIA MEDIATA.

Se le denomina autor mediato al que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable.¹³⁸

Nuestra actual legislación penal del Estado, en la parte conducente de la definición de autoría, señala que es autor del delito quien lo realiza “... por medio de otro que actúa sin incurrir en delito...”

¹³⁷ Betancourt López Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 10ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. p.205.

¹³⁸ Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Parte General. ed. Decimaquinta. Ed. Porrúa. México 2000. p.551.

La doctrina es plenamente coincidente en el sentido de que el autor mediato lo constituye la persona que se vale de otro dolosamente para realizar un delito, es decir el que utiliza a otro como instrumento o medio para lograr la concreción de un tipo penal.¹³⁹

Uno de los elementos que salta a la vista por la importancia que reviste dentro de la autoría mediata, es sin duda el usar como objeto a otra persona que se sabe por las circunstancias que lo afectan no puede incurrir en delito.

5.2.2.1.3 COAUTORIA.

Coautor es quien en unión de otro u otros autores responsables, ejecuta el delito, realizando conductas señaladas en la descripción penal. Todos los coautores son igualmente punibles.¹⁴⁰

La definición de coautoría la podemos encontrar inmersa en la definición legal de autoría que contempla en el artículo 20 de nuestra actual legislación penal para el Estado, la cual a la letra dice: "Es autor del delito quien lo realiza por si, por medio de otro que actúa sin incurrir en el delito o con varios en común".¹⁴¹

Como podemos observar, la antecitada definición de autoría contempla no solo a la autoría simple, sino también la autoría mediata y la coautoría, los cuales para efecto de un mejor entendimiento separo y señalo de la siguiente manera:

¹³⁹ Plascencia Villanueva Raúl. Teoría del Delito. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2000. p.214.

¹⁴⁰ Betancourt López Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 10ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. p.207.

¹⁴¹ Guanajuato. Actual Código Penal.

Es autor del delito quien lo realiza:

a) *Por si.* (autoría simple).

b) *Por medio de otro que actúa sin incurrir en el delito.* (autoría mediata)

c) *Por varios en común.* (coautoría)

Cardona Arizmendi en concordancia con lo anterior, cuando hace referencia a la autoría en nuestra anterior legislación del Estado de Guanajuato señala que: El autor se define como el que comete el hecho punible por si, es decir, quien realiza la conducta prevista en el tipo respectivo, o bien la conducta productora del resultado cuando el tipo exija esa producción. La autoría mediata se conceptúa como aquella en la cual se comete el hecho por medio de otro inculpable o inimputable, es decir, cuando se vale de otro sujeto incapaz o que obra sin dolo, culpa ni preterintención, destacándose con ello que el autor mediato se vale de otro sujeto sin responsabilidad penal, utilizándole como un instrumento. Por último, cuando varios en común ejecutan el hecho, todos se consideran autores del delito, mas propiamente co-autores.¹⁴²

¹⁴² Cardona Arizmendi y Ojeda Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato. 3ª. ed. Ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1998. p.13.

5.2.2.2 PARTICIPACIÓN CRIMINAL EN SENTIDO ESTRICTO.

5.2.2.2.1 INSTIGACIÓN.

Es instigador quien dolosamente determina a otro a la comisión dolosa de un delito.¹⁴³

En la instigación existe una labor de convencimiento por parte de una persona a la que se le denomina instigador, quien tiene la finalidad de que la persona instigada cometa producto del convencimiento una conducta tipificada como delito.

Se define la instigación, destacando sus elementos esenciales, inducción psicológica que determina a otro a cometer un delito. la inducción, es decir, el influjo psicológico que se ejerce para determinar a otro, está implícito en la fórmula, no importando el medio que se utilice para determinar: promesas, dádivas, consejos, amenazas, etc., salvo que en este último caso la coacción psicológica utilizada determine la inculpabilidad del autor, ya que en tal supuesto se trataría de una autoría mediata, habida cuenta que el delito se comete por medio de un inculpable.

Por último, se exige que el inculpado sea determinado a delinquir dolosamente, pues como ya se dijo, la participación requiere convergencia subjetiva que no puede existir en la infracción culposa y, por otro lado, aquí cabe también el argumento de insuficiencia de antisocialidad.¹⁴⁴

¹⁴³ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹⁴⁴ Cardona Arizmendi y Ojeda Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato. 3ª. ed. Ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1998. p.13 y 14.

5.2.2.2.2 COMPLICIDAD

Es cómplice quien dolosamente presta ayuda a otro a la comisión dolosa de un delito.¹⁴⁵

La complicidad se distingue del encubrimiento, ya que en la primera existe una contribución causal al delito cuando el auxilio se ofrece y conviene con anterioridad a su ejecución, en tanto que en el encubrimiento no existe aporte causal.¹⁴⁶

Como elementos de la complicidad tenemos:

- 1.- Que exista un acuerdo previo a la comisión del delito entre el cómplice y el autor o autores.

- 2.- Que el acuerdo sea únicamente para prestar auxilio con las medidas e instrumentos o cualquier otra forma en la realización del delito.

Edmund Mezger considera que cómplice en un hecho punible es el que auxilia, con voluntad de cómplice, el hecho del autor. El cómplice actúa con voluntad de cómplice, con "anumus socii". No quiere el hecho como propio, sino "como de otro"; allí esta la diferencia entre el cómplice y el autor; la actitud subjetiva, la dirección de la voluntad son distintas.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹⁴⁶ Cardona Arizmendi. Op. Cit Supra (144) . p.15.

¹⁴⁷ Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. ed. Segunda. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1990. p.317.

5.2.3 CONCURSO DE DELITOS.

En tanto que en la participación interviene una pluralidad de personas en un solo hecho punible, en el concurso se mantiene la unidad de la persona del autor, pero existe o bien una pluralidad de enjuiciamientos jurídico-penales frente a un solo hecho punible del autor, o bien una pluralidad de hechos punibles que esta sola persona ha cometido.¹⁴⁸

Nuestra legislación penal actual para el Estado de Guanajuato en sus artículos 28 y 29 distingue dos clase de concurso de delitos, el primero denominado concurso real y el segundo concurso ideal.

Mir Puig por su parte explica: “ Existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o mas delitos o cuando varios hechos de un mismo sujeto constituyen otros tantos delitos. En el primer caso se habla de concurso ideal, mientras que en el segundo se produce un concurso real.”¹⁴⁹

Graf Zu Dohna señala que el legislador parece sobreentendido que quien ha ejecutado una acción, sólo debe cargar con una pena, también cuando esta acción “lesiona varias leyes penales” (caso de la concurrencia ideal); que, en cambio, quien ha ejecutado varias acciones independientes, de las cuales cada una

¹⁴⁸ Mezger Edmund. Derecho Penal Parte General. ed. Segunda. Ed. Cardenas Editor y Distribuidor. México 1990. p.325.

¹⁴⁹ Betancourt López Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 10ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. p.224 y 225.

constituye un delito, sea o no de la misma naturaleza, debe sufrir tantas penas como acciones ha ejecutado (caso de la concurrencia real).¹⁵⁰

5.2.3.1 CONCURSO REAL.

Hay concurso real cuando una persona cometa varios delitos ejecutados, dolosa o culposamente, en actos distintos.¹⁵¹

Este tipo de concurso se presenta cuando existiendo varias acciones, cada una de ellas por separado conforma un delito, pues se presentan una pluralidad de conductas con una pluralidad de delitos; es decir, que hay tantas conductas como delitos.¹⁵²

Podemos señalar como requisitos imprescindibles del concurso real de delitos los siguientes:

- a) Pluralidad de conductas realizadas por un sujeto.
- b) Pluralidad de delitos.

Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de concurso real o material, a saber:

¹⁵⁰ Graf Zu Donha Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Ed. Abeledo Perrot. Argentina 1958. p.99 y 100.

¹⁵¹ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹⁵² Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I. Ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 448.

- a) *Acumulación material*. En el sistema de acumulación material se suman las penas correspondientes a cada delito.
- b) *Absorción*. En el de la absorción, sólo se impone la pena del delito mas grave, pues se dice que éste absorbe a los demás.
- c) *Acumulación jurídica*. En el de la acumulación jurídica se toma como base la pena del delito de mayor importancia, pudiéndose aumentar en relación con los demás delitos y de conformidad con la personalidad del culpable.¹⁵³

5.2.3.2 CONCURSO IDEAL.

Hay concurso ideal cuando con una sola conducta, dolosa o culposa, se cometen varios delitos.¹⁵⁴

En el concurso ideal, el sujeto activo con la sola realización de una conducta delictiva produce como resultado la comisión de varios delitos; en otras palabras podemos decir que en este tipo de concurso se da la unidad de conducta y la pluralidad de delitos.

Díaz de León señala como requisitos del concurso ideal los siguientes:

¹⁵³ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. Supra (1). p.311.

¹⁵⁴ Guanajuato. Actual Código Penal.

- a) Unidad del hecho;
- b) Violación de varias disposiciones penales y;
- c) Unidad de resolución.¹⁵⁵

Tanto el concurso real como en el concurso ideal pueden ser *homogéneos* y *heterogéneos*.

Los homogéneos son aquellos en los que los delitos son de la misma naturaleza.

Los heterogéneos son aquellos en los que los delitos son de diferente naturaleza.

La identidad o diversidad de las lesiones jurídicas distinguen el concurso ideal homogéneo del concurso ideal heterogéneo. En el primero como expresa Maurach, la misma conducta cumple repetidamente el mismo tipo, en tanto en el concurso ideal heterogéneo la única conducta infringe varios tipos penales.

Con toda razón, Porte Petit ve como requisitos del concurso ideal homogéneo:

- a) Una conducta;

¹⁵⁵ Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal Tomo I. Ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. p. 444.

- b) Varias lesiones jurídicas iguales, y
- c) Compatibles entre sí.

En cambio, son requisitos del concurso ideal heterogéneo:

- a) Una conducta;
- b) Varias lesiones jurídicas distintas, y
- c) Compatibles entre sí.¹⁵⁶

5.2.3.3 CONCURSO APARENTE.

El concurso aparente se presenta cuando una conducta encuadra en varios tipos penales, pero por diversas relaciones que guardan entre sí las figuras resultan incompatibles y no pueden concurrir, de tal suerte que tratar estos casos como un verdadero concurso entrañaría violar el principio de *non bis in idem*.¹⁵⁷

El artículo 32 de nuestra multicitada legislación penal del Estado, menciona que no hay concurso de delitos cuando:

¹⁵⁶ Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Parte General. ed. Decimaquinta. Ed. Porrúa. México 2000. p.578.

¹⁵⁷ Cardona Arizmendi y Ojeda Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato. 3ª. ed. Ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1998. p.19.

I.- El hecho corresponda a más de un tipo penal, si uno es elemento constitutivo o calificativo de otro.

II.- Un tipo sea especial respecto de otro que sea general.

III.- Un tipo sea principal respecto de otro que sea subsidiario.

IV.- Los tipos penales estén formulados alternativamente, siempre que establezcan la misma punibilidad.

V.- Un tipo penal absorba descriptiva o valorativamente a otro, de tal manera que su aplicación conjunta entrañe sancionar la misma conducta.¹⁵⁸

La fracción V trata la relación de consunción o absorción entre las figuras, en las que existiendo identidad o asimilación de bien jurídico tutelado, guardan una vinculación de medio a fin (uso de documento falso y fraude), de peligro a daño (disparo de arma de fuego y lesiones), de menos a más (homicidio y parricidio), casos en los que la absorción opera de la menos grave a la más grave, sancionándose sólo ésta.

Es claro que en ocasiones la incompatibilidad se presentará encuadrando en más de una fracción, pero lo anterior se explica si se tiene en cuenta que el artículo establece una enumeración exhaustiva o limitativa que contempla los distintos ángulos de la cuestión.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Guanajuato. Actual Código Penal.

¹⁵⁹ Cardona Arizmendi y Ojeda Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato. 3ª. ed. Ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1998. p.21.

En el concurso ideal, un solo acto tipifica dos o mas delitos por violarse en efecto dos o mas disposiciones penales; en el concurso aparente solo se viola una disposición, pero hay dificultad para cuál sea, pues varias tipifican en mismo hecho.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Castellanos Tena Fernando. Op. Cit. p.311.

CONCLUSIONES.

Partiendo del problema consistente en que si los delitos de homicidio en donde se da la figura del aberratio ictus existe la tentativa respecto a la conducta fallida o se subsume en el delito consumado, podemos decir que de manera inicial fue considerado que sólo se penaliza el delito consumado, pues éste subsumía a la tentativa.

Con las investigaciones realizadas a la largo de este trabajo se llegó a la conclusión de que efectivamente la hipótesis planteada inicialmente era correcta, debiendo por tanto ser ésta confirmada, pues de la investigación se desprende que si bien es cierto que existen elementos que de manera primaria pueden hacer pensar que la tentativa debe igualmente ser punible, también lo es que no debemos dejarnos ir con la primera impresión, ya que existe la figura del concurso aparente a la cual debemos adherirnos para tener la correcta interpretación.

Entre los elementos que nos llevan a pensar que la tentativa que se menciona en el caso materia de la investigación debe ser punible tenemos:

En primer término tenemos a la definición legal, que dice que la tentativa es punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo. Situación a la cual la tentativa planteada se adecua a la perfección.

En segundo término tenemos a los elementos de la tentativa sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ejecutorias, los cuales a continuación se señalan:

El primero de ellos lo compone el elementos subjetivo: Éste consiste en la intención del sujeto dirigida a cometer el delito.

El segundo está compuesto por el elemento objetivo: Éste lo constituye la realización de actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo y la falta de producción del resultado o su interrupción de la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.

Conforme a los elementos antes indicados podemos decir que en la problemática planteada se debe sancionar no sólo al delito consumado, sino también a la tentativa, ya que en esta última se adecua perfectamente a los elementos antes indicados; pues por lo que hace al primero de los elementos, esto es al objetivo, el sujeto activo se adecua a la perfección, ya que tiene la intención de privar de la vida a una persona determinada, de igual forma se llena en toda su extensión el elemento objetivo, pues el activo además de la intención realiza todos los actos idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, pues tanto el arma que empuña es la adecuada para privar de la vida a cualquier persona como los movimientos que ha realizado se encuentran dirigidos inequívocamente a privar de la vida a la persona. Pero por causas ajenas a su voluntad no se da el resultado deseado, pues la persona que fue privada de la vida no fue la pretendida por el homicida sino que por algún movimiento ajeno se privó a otra persona que se encontraba al lado de la persona que se pretendía.

Como podemos ver, de manera inicial todo hace pensar que existe un concurso formal de delitos, en el que tanto el delito de homicidio consumado como la tentativa deben ser penados, pues por lo que se refiere al delito consumado, no cabe la menor duda de su penalización, pero por lo que hace a la tentativa, esta no es tan sencillo de determinar, ya que la situación planteada en el problema satisface en su totalidad los requisitos de la tentativa punible, haciendo con esto creer que debe igualmente ser penalizada, pero al entrar al estudio del concurso aparente señalado en el artículo 32 del actual Código Penal del Estado de Guanajuato, nos podemos percatar que en la fracción V de la legislación en comento señala que no existe concurso cuando un tipo penal absorba descriptiva o valorativamente a otro, de tal manera que su aplicación conjunta entrañe sancionar dos veces la misma conducta.

Como podemos observar, la hipótesis señalada inicialmente es la correcta, pues pese a que la tentativa señalada en el caso materia de la investigación cumpla con todos los requisitos para ser considerada punible, no deberá de penarse, por existir un concurso aparente, en el que el delito de homicidio consumado absorbe a la tentativa.

BIBLIOGRAFÍA

Amuchategui Requena Irma G. Derecho Penal. Ed. Harla. México 1993. págs. 418.

Betancourt López Eduardo. Introducción al Derecho Penal. 10ª. ed. Ed. Porrúa. México 2002. págs.303.

Betancourt López Eduardo. Teoría del delito. ed. Décima. Ed. Porrúa. México 2002. págs.313.

Cardona Arizmendi y Ojeda Cuauhtemoc. Código Penal Comentado para el Estado de Guanajuato. 3ª. ed. Ed. Orlando Cárdenas Editor. México 1998. p.874.

Carrancá y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte General. Ed. Porrúa. México 1977. págs.904.

Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal 39ed. Ed. Porrúa. México 1998. págs.363.

Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo I. ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. págs. 1358.

Díaz de León Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo II. ed. Tercera. Ed. Porrúa. México 1997. págs. De la 1359 a la 2669.

Graf Zu Donha Alexander. La Estructura de la Teoría del Delito. Ed. Abeledo Perrot. Argentina 1958. págs.108.

Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el delito. ed 6ª. Ed. Sudamericana. Buenos Aires 1982. p.572.

Mezger Edmund. Derecho Penal. Parte General. ed. Segunda. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1990.págs.459.

Moto Salazar Efraín. Elementos de derecho. ed. Vigésimo novena. Ed. Porrúa. México 1983. págs.452.

Orellana Wiarco Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal Parte General. Ed. Porrúa. México 1999. págs. 440.

Pavón Vasconcelos Francisco. Derecho Penal Parte General. ed. Decimaquinta. Ed. Porrúa. México 2000. pags. 652.

Plascencia Villanueva Raúl. Teoría del Delito. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2000. pags. 297.

Porte Petit Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. ed. Decimoquinta. Ed. Porrúa. México 1993. p.508.

LEGISLACIONES

Estados Unidos Mexicanos. Constitución Política.

Código Penal Federal

Guanajuato, Anterior Código Penal.

Guanajuato, Actual Código Penal.

Guanajuato. Código de Procedimientos Penales.