



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

CLAVE: 8793-09

“DEROGACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN
ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
MAURICIO RAMOS SOTO

ASESOR: LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE

CELAYA, GTO.

ABRIL, 2012.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIAS.

A DIOS.

Por estar siempre conmigo ayudándome en mis necesidades, por todo lo que me ha dado en esta vida gracias.

A MIS PADRES, FLOR E INDALECIO.

Por su gran esfuerzo incansable año tras año, durante toda mi vida, por sacar a sus hijos adelante, sobre todo el apoyo incondicional que me han dado, por ser los mejores padres del mundo.

A MI ESPOSA, KARLA.

Por darme ánimo en momentos tristes, así como su apoyo, y en especial por nuestro hijo. Te amo.

A MI HIJO, DIEGO.

Por ser esa luz y alegría en mi vida todos los días.

A MIS HERMANOS, BERNARDO E INDALECIO.

Por ser un buen ejemplo de profesionistas y su apoyo incondicional.

A MI ASESOR. LIC. FRANCISCO GUTIÉRREZ NEGRETE.

Por su conocimientos y su ayuda cuando lo necesite, muchas gracias.

ÍNDICE.

Pág.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO I.

1.1	EL DERECHO PENAL EN GENERAL.-----	1
1.2	DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL.-----	1
1.3	EL DERECHO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO Y SUBJETIVO.-----	4
1.4	EL DERECHO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO Y ADJETIVO.-----	5
1.5	IDENTIFICAR A LA LEY COMO ÚNICA FUENTE DEL DERECHO PENAL.-----	7
1.6	LA LEY PENAL.-----	8
1.7	CARACTERÍSTICAS DE LA LEY PENAL.	9
1.8	LA NORMA PENAL.-----	9
1.9	NOCIONES Y DEFINICIONES DEL DELITO.-----	12
1.9.1	NOCIÓN JURÍDICO FORMAL DEL DELITO.-----	14
1.9.2	NOCIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL DEL DELITO.-----	15
1.9.3	CORRIENTES UNITARIA O TOTALIZADORA Y ATOMIZADORA O ANALÍTICA DEL DELITO.-----	15
1.9.4	LA DEFINICIÓN DEL DELITO.-----	16

CAPÍTULO II.

LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

2.1	LA CONDUCTA.-----	19
-----	-------------------	----

2.1.1	LA DEFINICIÓN DE CONDUCTA.-----	19
2.1.2	CLASES DE CONDUCTA.-----	22
2.1.3	LA ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS.-----	23
2.1.4	ELEMENTOS DE LA ACCIÓN.-----	23
2.1.5	LA OMISIÓN Y SUS ELEMENTOS.-----	24
2.1.6	ELEMENTOS DE LA OMISIÓN Y COMISIÓN POR OMISIÓN.-----	26
2.2	AUSENCIA DE CONDUCTA.-----	27
2.2.1	CAUSAS DE AUSENCIA DE CONDUCTA.-----	28
2.2.2	TIPICIDAD.-----	30
2.2.3	LOS ELEMENTOS DEL TIPO.-----	33
2.2.4	LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.-----	33
2.2.5	LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.-----	35
2.2.6	CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.-----	36
2.2.7	ATIPICIDAD Y AUSENCIA DEL TIPO.-----	38
2.3.	LA ANTIJURIDICIDAD.-----	40
2.3.1	TIPOS DE ANTIJURIDICIDAD.-----	41
2.3.2	CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.-----	42
2.4.	LA LEGÍTIMA DEFENSA.-----	43
2.4.1	LOS ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.-----	44
2.4.2	ESTADO DE NECESIDAD.-----	46
2.4.3	ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.-----	47
2.4.4	LAS DIFERENCIAS ENTRE LEGÍTIMA DEFENSA Y ESTADO DE NECESIDAD.-----	48
2.5.	EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.-----	50
2.6.	EL EJERCICIO DE UN DERECHO.-----	51

CAPÍTULO III.

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO.

3.1.	CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD.-----	52
3.2.	LA RESPONSABILIDAD.-----	54
3.3.	INIMPUTABILIDAD.-----	54
3.3.1	CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.-----	55
3.4.	LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.-----	57
3.4.1	NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.-----	57

3.4.2	TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD DEL SISTEMA CLÁSICO.-----	58
3.4.3	TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD DEL SISTEMA NEOCLÁSICO.-----	58
3.4.4	FORMAS DE CULPABILIDAD.-----	59
3.4.5	DOLO.-----	59
3.4.6	ELEMENTOS DEL DOLO.-----	60
3.4.7	CLASES DE DOLO.-----	60
3.4.8	EL DOLO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.-----	61
3.5.	CULPA.-----	62
3.5.1	ELEMENTOS DE LA CULPA.-----	62
3.5.2	CLASES DE CULPA.-----	63
3.5.3	CULPA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.-----	64
3.6.	INculpABILIDAD.-----	64
3.6.1	CAUSAS DE INculpABILIDAD.-----	65
3.6.2	EL ERROR.-----	65
3.6.3	LA COACCIÓN.-----	66
3.6.4	LA INculpABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.-----	67
3.7	EL ERROR DE HECHO ESENCIAL Y LA COACCIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.-----	68

CAPÍTULO IV.

PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA.

4.1	LA PUNIBILIDAD Y SU CONCEPTO.-----	69
4.2	LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.-----	70
4.3	LAS CONDICIONES SUBJETIVAS DE LA PUNIBILIDAD.-----	71
4.4	AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.-----	72
4.4.1	EXCUSAS ABSOLUTORIAS.-----	73
4.5	NOCION DE PENA.-----	75
4.5.1	CONCEPTO DE PENA.-----	75
4.5.2	DIFERENCIA ENTRE PUNICIÓN Y PUNIBILIDAD.-----	76

4.5.3	CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.-----	76
4.5.4	PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.-----	77

CAPÍTULO V.

5.1	EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA.-----	78
5.2	NOCIÓN DEL MATRIMONIO.-----	78
5.3	CONCEPTO DE MATRIMONIO.-----	78
5.4	DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL MATRIMONIO.-----	79
5.5	NOCIÓN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.-----	83
5.6	CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.-----	83

CAPÍTULO VI

6.1	EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, NOCIONES GENERALES.-----	84
6.2	CONCEPTO DE VIOLACION.-----	87
6.3	CONDUCTA TÍPICA DE LA VIOLACIÓN.-----	87
6.4	ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.-----	87
6.5	CONCEPTO DE CÓPULA.-----	88
6.6	LA VIOLENCIA.-----	89
6.7	LOS ELEMENTOS DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS.-----	91
6.8	EFFECTOS DE LA VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS.-----	92

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

Los cambios dentro de una sociedad a lo largo de la historia de la humanidad son múltiples que por lo general traen mejoras para los integrantes de la misma, mas sin embargo por los cambios que sufre la sociedad y la reincidencia de conductas delictivas, como lo es el Delito de Violación, que desde la antigüedad ha causado diversos efectos en la sociedad, por lo que debe ser sancionada por El Estado esa conducta y podemos entender como Delito de Violación, el imponer la copula mediante la violencia física o moral a un sujeto pasivo, sin consentimiento de este último.

Sin embargo existe actualmente en el Código Penal para el Estado de Guanajuato un delito que deriva del Delito de Violación, el cual es la " Violación entre cónyuges o concubinos", el cual, al igual que el delito básico o fundamental de Violación, no solo afecta a la célula de la sociedad que es la familia sino, que va más allá afectando a la sociedad en general ya que si bien es cierto uno de los fines del matrimonio es el débito carnal, lo mismo es que debe de existir libertad sexual, y por lo cual esa unión o cópula o, en todo caso relación sexual, debe de ser consentida, de manera tácita o expresa puesto que al negarse cualquiera de los cónyuges o concubinos y se le impusiera la copula, mediante la violencia se actualizaría el delito de violación, ya que lo que se intenta proteger dentro de este delito de Violación como el delito de Violación entre Cónyuges o concubinos, no es otra cosa que la Libertad Sexual de las personas.

Tomando en cuenta lo manifestado, el Delito de Violación entre Cónyuges o concubinos, no es considerado como Delito Grave, ya que incluso su forma de persecución del Delito en mención, es la Querrela, lo que a mi punto de vista muy particular y sobre lo que trata el presente trabajo es la derogación del tipo penal de violación entre cónyuges o concubinos, y considero que basta simplemente el delito ya creado como Básico o fundamental de "Violación", sin que se tenga que distinguir la calidad del sujeto pasivo, que en este caso puede ser el cónyuge o concubino, *considero que se da la misma conducta, el mismo resultado y se intenta proteger la libertad sexual del sujeto pasivo*, (independientemente de la calidad que tuviera la víctima en el Delito de Violación entre Cónyuges o Concubinos), y que incluso puede afectar más a la sociedad y la familia, porque puede ser una conducta reiterada sin que el o los culpables tengan una sanción alguna.

CAPÍTULO I

1.1 EL DERECHO PENAL EN GENERAL.

La vida del hombre no es estática, sino mudable. Los cambios acontecidos a lo largo de la historia de la humanidad son múltiples y variados. En ocasiones han significado adelantos, pero no pocas veces han entrañado retrocesos.

La técnica, la ciencia, las costumbres, los valores, la sociedad y la actividad cultural nunca permanece igual, sino que va mudando con las distintas concepciones que el hombre tiene del mundo.

Dentro de ese contexto, el derecho no es la excepción. El Derecho tiene como finalidad la realización de valores. La actividad cognitiva del hombre, limitada y defectible, no logra la aprehensión exacta y completa de estos valores. Por esta razón la actividad legislativa es siempre un intento humano, luego imperfecto, de acercarse en la mayor medida posible a esos valores. Tal labor legislativa adolece de efectos, de carencias. Además de que intenta regular una realidad social siempre cambiante.

1.2 DEFINICIÓN DEL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal es tan viejo como la humanidad. El surgimiento del Derecho Penal obedece a la necesidad de regular el comportamiento del hombre en sociedad.

El crimen nace con el hombre, cuando todavía no existe un orden jurídico, ni una sociedad organizada; ya el delito se manifestaba en su forma más rudimentaria al inferirle daño a bienes ajenos.

El hombre aún no articulaba palabras, pero ya desarrollaba conductas que afectaban a otros, por ejemplo el apoderamiento ilegítimo del algún animal cazado por otro, las violencias físicas ejercidas sobre la mujer, etc. De ahí la necesidad de regular conductas y señalar castigos para lograr el orden y al convivencia pacífica.

De la noción anterior el Derecho Penal pretende preservar un equilibrio que de seguridad a los miembros que integran sociedad.

El Estado es el titular del Derecho Penal, ya que este define los delitos, determina las penas y las medidas de seguridad, así como imponerlas y ejecutarlas, esta es facultad exclusiva del Estado.

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

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

Para definir al Derecho Penal, los estudiosos del derecho han dado diversas definiciones y cada grupo social, según el tiempo y lugar, crea sus propias normas penales con rasgos propios, los cuales varían conforme se modifican las condiciones sociales.

Al definir el derecho nos referimos a que el Derecho Penal tiene por fin el mantenimiento del orden jurídico y la protección social contra el delito.

Cuello Calón, define al Derecho Penal como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente¹

Por su parte Raúl Carranca y Trujillo define al derecho penal como: "El conjunto de Leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los casos de incriminación."²

En sí, se ha definido al Derecho Penal 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.³

Por Derecho Público entiéndase el conjunto de normas que rigen las relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho Privado que regula las relaciones entre particulares.

Comúnmente se afirma que el Derecho Penal es Público por cuanto solo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer estas y ejecutarlas, más tal criterio no es certero, pues todo derecho (también el privado) lo dicta y aplica El Estado. Hay necesidad en consecuencia, de atender a los términos de la relación jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece El Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al Derecho Público; en cambio, si la disposición rige solo las relaciones entre particulares formará parte del Derecho Privado.

Por ende, el Derecho Penal es una rama del Derecho Público no por emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni tampoco corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo derecho positivo emerge del estado y por este se impone, sino porque al

¹CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Apud CUELLO CALON, EUGENIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 10° ed. Ed. Porrúa. Mexico 1972. p. 16

² LOPEZ BETANCOURT EDUARDO. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL. 5ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1997. p. 47.

³CATELLANOS, FERNANDO.LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. 44ª ed. Ed. Porrúa. México 2003.p.19

cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido.

En concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público por normar las relaciones entre el poder y los gobernados.

Como por otra parte el Derecho Penal está dirigido a los súbditos, dentro de los límites jurisdiccionales del Estado se le considera una rama del Derecho Interno, sin constituir excepción los convenios celebrados entre los países para resolver cuestiones de naturaleza penal, pues los tratados no sino actos de voluntad soberana de quienes los suscriben.

1.3 EL DERECHO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA OBJETIVO Y SUBJETIVO.

Derecho Penal objetivo “lo constituye el conjunto de normas jurídicas emanadas del poder público que establecen los delitos, señalan las penas y las medidas de seguridad, así como su forma de aplicación.”

Derecho Penal subjetivo es “la potestad jurídica del estado de amenazar, mediante la imposición de una pena al merecedor de ella.”⁴

El primero es la ley y el segundo es la coercibilidad del Estado.

Sentido objetivo: es el conjunto de normas jurídicas dictadas por el estado estableciendo los delitos y sus penas, en una palabra, es la ley penal.

Sentido subjetivo: Es la facultad o derecho de castigar (*ius puniendi*); función propia del estado por ser el único que puede reconocer válidamente a las conductas humanas el carácter de delitos conminar con penas y ejecutar estas por

⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA. Derecho Penal. Ed. Harla. México, 1998. p. 14

medio de los organismos correspondientes. Pero esta facultad no es limitada. Se ha llegado incluso a negar la existencia de un Derecho Penal subjetivo por decirse que no es tal derecho, sino un atributo de la soberanía del Estado.

Raúl Carranca y Trujillo definen al Derecho Penal en sentido objetivo, como el conjunto de leyes mediante las cuales el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación.⁵

De igual manera Carranca define al Derecho Penal en sentido subjetivo como la facultad o derecho de castigar (jus puniendi); función propia del Estado por ser el único que puede reconocer válidamente a las conductas humanas el carácter de delitos, conminar penas y ejecutar estas por medio de organismos correspondientes.⁶

En realidad, el Derecho Penal Subjetivo es el conjunto de facultades del Estado emanadas de normas, para determinar los casos en que deben imponerse las penas y las medidas de seguridad. Es decir, es el derecho a castigar aquellas acciones u omisiones que el sujeto activo del delito lleva a cabo al transgredir el conjunto de normas constitutivas del derecho objetivo-sustantivo.

1.4 EL DERECHO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO Y ADJETIVO.

El Derecho Penal Sustantivo, se refiere a las normas relativas al delito, al delincuente y a la pena o medida de seguridad. También se le conoce como derecho material.

El Derecho Penal Adjetivo, es el complemento necesario del derecho sustantivo. Se trata del conjunto de normas que se ocupan de señalar la forma de

⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Op. cit. p. 17

⁶ ibidem, p. 19

aplicar las normas jurídico penales en los casos concretos. Se le llama también derecho procesal o instrumental.

El Derecho Penal sustantivo y adjetivo coexisten necesariamente; ya que uno el otro pierde su razón de ser: sin el derecho procesal las disposiciones normativas se convierten inmediatamente en letra muerta por que no hay posibilidad de que los particulares puedan excitar la maquinaria judicial correspondiente a exigir el respeto de sus derechos; en tanto que sin Derecho Sustantivo, se convierte en un formalismo absolutamente hueco.

Algunos autores definen al Derecho Penal sustantivo y adjetivo a los que de igual manera solo se hará mención de algunos.

Según Eusebio Gómez el Derecho Penal sustantivo concreta la noción del delito y determina sus consecuencias⁷.

Las normas del Derecho Penal sustantivo no deben aplicarse en forma arbitraria o caprichosa, sino de manera sistemática y ordenada; para ello existe otra regulación cuyo objeto es señalar el camino a seguir en la imposición del Derecho Adjetivo o también llamado Derecho Procesal Penal.

El Derecho Procesal Penal, suele definirse como el conjunto de normas relativas a la forma de aplicación de las reglas penales a los casos particulares.⁸

El Derecho Penal Sustantivo o llamado Material, son las normas relativas al delito, al delincuente y a la pena o medida de seguridad.

El Derecho Penal Adjetivo o instrumental, son las normas que se ocupan de aplicar el derecho sustantivo.

⁷ CATELLANOS, FERNANDO. Op. cit. Supra (3) p. 22

⁸ ibidem. p.23

La diferencia es que el primero es la norma aplicable al delincuente, la pena o medida de seguridad y el segundo es la forma de aplicarlo.

1.5 IDENTIFICAR A LA LEY COMO ÚNICA FUENTE DEL DERECHO PENAL.

Por la naturaleza especial u delicada del Derecho Penal, solo la Ley puede ser fuente de Derecho. Es común escuchar que la doctrina y la jurisprudencia son fuente del Derecho Penal, pero ambas sólo sirven para profundizar en el, para desentrañar el sentido de la norma, para aclarar las lagunas de la ley, en general, para, llevar a cabo una correcta interpretación de aquellas.

Las investigaciones de los doctrinarios y la jurisprudencia son útiles para que, en un momento dado el legislador eleve a ley su contenido, con lo cual reformará las leyes penales; pero en cualquier caso, sólo la Ley es fuente del Derecho Penal. Esto es una consecuencia de lo que dispone la constitución en el art. 14 que establece la garantía de legalidad, conocida por las expresiones latinas *nullum crime sine lege* (no hay crimen sin ley) y *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley).

Para el Derecho Penal, la ley es la única fuente y deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en artículo 14 párrafos segundo y tercero que dicen de la siguiente manera:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14 párrafo 2° Nadie podrá ser privado 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 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 14 párrafo tercero menciona que en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no

esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trate.⁹ Este Principio previene que no hay delito ni pena ninguna si no existe una ley anterior que así lo disponga.

Sólo se puede considerar delito o pena lo que la ley expresamente determina como tales.

Lo que indica que la ley es la única fuente del Derecho ya que nadie podrá ser castigado sino por los hechos que la ley defina como delictuosos ni con otras penas que las establecidas legalmente; es decir que solo se puede imponer una pena, si existe previamente definido el delito por la ley.

1.6 LA LEY PENAL.

Se entiende por "Ley" en forma general, la norma de Derecho dictada, promulgada y sancionada por la autoridad pública, aún sin el consentimiento de los individuos; tienen como finalidad el bien común.¹⁰

Mientras que la Ley Penal, es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas y medidas de seguridad.¹¹

Con La Ley penal se garantiza plenamente al individuo que supuestamente haya cometido un delito, que se le demuestre previamente antes de que sea sancionada su plena responsabilidad. De esta forma la Ley Penal es poseedora de una garantía individual de primer orden, al exigir, para imponer sanciones, el que se tenga probada su responsabilidad.

La Ley Penal tiene la misión de proteger bienes jurídicos vitales para la convivencia humana como lo son: la vida humana, la integridad corporal, el

⁹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

¹⁰ Moto Salazar, Efraín. Elementos de Derecho. 18ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1974. p.12.

¹¹ Amuchategui. op.cit. supra (4). p.22.

patrimonio, la libertad personal, la paz pública, la seguridad interior y exterior de una nación; esa protección se hace a través del poder coactivo del Estado, valiéndose de las penas y medidas de seguridad.¹²

1.7 CARACTERÍSTICAS DE LA LEY PENAL.

La Ley penal también tiene sus características y al efecto tenemos las siguientes:

General. Porque la Ley es para todos los individuos que reúnan las condiciones previstas en ella.

Abstracta. Ya que la Ley está hecha para aplicarse en un número indeterminado de casos, para todos aquellos que caen en los supuestos establecidos por las normas.

Impersonal. La Ley está creada para aplicarse a un número indeterminado de personas, y no a alguna en específico.

Permanente. Porque tiene vigencia la ley mientras ésta no sea abrogada por otra.

1.8 LA NORMA PENAL.

Por norma se entiende toda regla de conducta, pero en el derecho Penal no sólo es una regla de conducta, sino además es aquella que contiene mandatos y prohibiciones, así como la respectiva sanción.

¹² Ibidem. 67.

La palabra norma que significa la regla que se debe seguir o a la que se deben ajustar las conductas o encauzarlas hacia ciertos objetivos, suele usarse en dos sentidos, uno amplio y otro estricto: en lato sensu aplicase a toda relación de comportamiento obligatoria o no y en strictu sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos, puesto que a las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de norma¹³.

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

La norma penal, contiene valores básicos o fundamentales de una sociedad para su subsistencia, que son reconocidas por el estado. (Vida, libertad, seguridad, propiedad, etc.).

La norma penal, es una disposición jurídica que determina el delito y la sanción respectiva.¹⁴

Sus elementos son:

- a) el precepto y
- b) la sanción.

¹³ GARCIA MAYNEZ EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO. Ed. Porrúa. México 1979. Pág., 4.

¹⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. ed. 15° Ed. Porrúa México 1993. p.109

a). El precepto, consiste en la descripción del hecho prohibido o exigido, es decir que manda u ordena o que prohíbe determinada conducta, es el supuesto, presupuesto de hecho, o hipótesis;

b). La sanción, que puede ser una pena o una medida de seguridad. La consecuencia jurídica que se traduce en sanción.

En consecuencia la Norma penal está estructurada por el Precepto y la sanción; el primero contiene la prohibición o el mandato según sea el delito de acción u omisión, en tanto que la sanción contiene la pena o medida de seguridad, la cual sería la consecuencia jurídica.

El supuesto jurídico comúnmente ha sido definido como un hecho que produce un efecto jurídico siendo este la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas por la norma, consecuencias a que da origen a la producción del supuesto que puede consistir en la transmisión, modificación o extinción de facultades y obligaciones, de esta forma podemos definir al supuesto jurídico *“como el conjunto de condiciones de cuya realización depende la vigencia de la disposición normativa, esta indica que consecuencias normativas se encuentran determinadas por la realización del supuesto”*¹⁵. Podemos resumir que la Norma Jurídica tiene ciertas características que las distingue de las demás tales como la bilateralidad, exterioridad, coercibilidad y heteronimia.

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

Es exterior porque la conducta humana que ordenan se traduce en actos exteriores de la voluntad, tanto del punto de vista positivo como del punto de vista

¹⁵ GARCIA MAYNEZ, Op. Cit. p. 172.

negativo siendo manifestación de voluntad hacia el exterior, o sea que la Norma Jurídica regula la conducta externa del hombre.

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

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

1.9 NOCIONES Y DEFINICIONES DEL DELITO.

A lo largo del tiempo se han dado distintas definiciones por autores que han tratado de dar una definición de Delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, mas sin embargo, el delito, está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, los hechos que han tenido el carácter de delitos, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido erigidas en delitos. A pesar de las dificultades, como se verá después, es posible caracterizar al delito por sus atributos esenciales.

Dentro de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, principal exponente, define al delito como: "La infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante un acto externo del hombre positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso." Para Carrara el delito es un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación del derecho. Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando va contra la ley emitida por el Estado, agregando que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad.

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

Dentro de la Dogmática Penal Alemana encontramos una evolución de la Definición del Delito, comenzando por Franz Von Liszt quien, en 1881, trata de describir los conceptos fundamentales del delito del código sustantivo penal alemán donde descubrió que todo lo establecido en la parte especial eran acciones, y estas acciones eran contrarias a Derecho, es por eso que las llamó antijurídicas, y esas acciones eran atribuibles a los sujetos a título de dolo o a título de culpa, y a esto lo llamo culpabilidad. Por lo tanto, para Franz, delito es: "Acción antijurídica y culpable."

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

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

En 1915, aparece Ernesto Von Mayer en donde hace estudios y define al delito de la misma forma como lo hace Beling, es decir, como la acción típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, el mérito que tiene la definición de Mayer es que este estudioso empieza a relacionar el elemento tipicidad con el juicio de valor de la antijuridicidad, dándole a la tipicidad un carácter de indiciario ante la juridicidad.

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

La definición del delito es una definición dogmática y ésta: es un conjunto de principios valederos para la ciencia de derecho penal, que no necesita demostración, constituyendo todo esto un conjunto de conocimientos sistemáticos del delito, de la pena organizados y universales.

1.9.1 NOCIÓN JURÍDICO FORMAL DEL DELITO.

Para distintos autores la verdadera noción formal del delito la aporta la ley positiva mediante la amenaza de una pena en la ejecución u omisión de ciertos actos, pues formalmente expresan que el delito se caracteriza por su sanción penal; pues sin una ley que la sancione una determinada conducta no es posible hablar de delito.

Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una sanción; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena

1.9.2 NOCIÓN JURÍDICO SUSTANCIAL DEL DELITO.

La noción jurídica del delito, en este sentido, se refiere a todos los elementos sustanciales del mismo, es decir, aquellos que comprenden todo su contenido. Es así como el propio Mezger también elabora una definición jurídico-sustancial, al expresar que el delito es: La acción típicamente antijurídica y culpable.

Esta noción se refiere a la propia naturaleza del delito y de esta forma Jiménez de Asúa al efecto expresa que: "Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".¹⁶

En la noción jurídico sustancial se encarga de realizar un estudio jurídico esencial del delito, es decir, de estudiar al delito como un todo o en hacer referencia a los elementos de que consta el delito.

Para lo cual existen dos corrientes: Unitaria o Totalizadora y Atomizadora o Analítica.

1.9.3 CORRIENTES UNITARIA O TOTALIZADORA Y ATOMIZADORA O ANALÍTICA DEL DELITO.

1.- Unitaria o totalizadora. Los partidarios de esta tendencia afirman que el delito es una unidad que no admite divisiones.

2.- Atomizadora o Analítica. Para los seguidores de esta tendencia el delito es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran al delito.

¹⁶CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Supra (3).p. 130.

1.9.4 LA DEFINICIÓN DEL DELITO.

Para el autor Jiménez de Asúa, define al delito como el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de la penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.¹⁷

La raíz latina de la palabra Delito deriva del verbo latino "delinquere" que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

En el actual Código Penal Sustantivo Vigente del Estado de Guanajuato no menciona definición alguna del Delito solo en su artículo 8° menciona que el delito puede ser cometido por acción o por omisión.

Mas sin embargo acuerdo al artículo 33 del mismo código donde se encuentran establecidos los aspectos negativos del Delito podemos inferir los elementos positivos de los que se presumen como elementos del Delito la Conducta, la Tipicidad, la Antijuridicidad, la Imputabilidad, la Culpabilidad y punible; clasificados como Elementos Objetivos y Elementos Subjetivos.

Así de ésta forma los Elementos Objetivos del Delito son la Conducta, la Tipicidad y la Antijuridicidad y los Elementos Subjetivos del mismo son la Imputabilidad y la culpabilidad. La Punibilidad para la mayoría de los autores es un punto de controversia toda vez que dentro de las escuelas doctrinarias algunas consideran a la Punibilidad como elemento esencial del delito y otras difieren en que ésta sería una consecuencia del Delito.

A continuación se hará mención de los aspectos positivos y negativos del Delito.

¹⁷ CATELLANOS TENA, FERNANDO. Apud. JIMÉNEZ DE ASUA. Op. cit. supra (3) p.130

LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE DELITO.

Elementos positivos	Elementos negativos
Conducta	Ausencia de conducta
Tipicidad	Atipicidad y Ausencia del tipo
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Imputabilidad	Inimputabilidad
Culpabilidad	Inculpabilidad
Punibilidad	Excusas Absolutorias

Así se tiene a los elementos objetivos y subjetivos del Delito, teniendo como a los primeros en mención a la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad y respectivamente a la Imputabilidad y culpabilidad así como a la punibilidad.

Para el principal exponente de la escuela Clásica, Francisco Carrara, el delito lo define como la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.¹⁸

Para Francisco Carrara el delito es un ente jurídico (una infracción) porque su esencia consiste en la violación del derecho.

Llama al Delito infracción a la ley del estado, ya que el acto se convierte en delito solo cuando choca con ella, la cual es dictada por el Estado, para la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad.

También preciso en su definición que la Infracción a de ser resultante de un acto externo del hombre positivo o negativo, para significar que solo el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones.

¹⁸ CATELLANOS TENA, FERNANDO. Apud. CARRARA, FRANCISCO. Op. cit. supra (3) p. 126

Estima al acto o a la omisión moralmente imputable (responsabilidad) por estar el individuo sujeto a las leyes criminales y políticamente dañosas en sentido de la infracción de la ley.

Para Ernesto Von Beling, el delito es una acción (conducta humana) típica, antijurídica, culpable, sancionada con una pena adecuada y suficiente a las condiciones objetivas de la penalidad.¹⁹

Otros autores consideran al delito como una acción típicamente antijurídica e imputable. Para estos autores la penalidad es una consecuencia del delito y no una característica.

Jiménez de Asúa, define al delito como el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de la penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.²⁰

Actualmente en el Código Penal Federal en el artículo 7 primer párrafo establece: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.²¹

En el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 8, menciona que el delito puede ser cometido por acción o por omisión.²²

¹⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. Apud. BELING VON ERNESTO. DERECHO PENAL. Op. cit p.172

²⁰ CATELLANOS TENA, FERNANDO. Apud. JIMÉNEZ DE ASUA. Op. cit. supra (3) p.130

²¹ CÓDIGO PENAL FEDERAL.

²² CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

CAPÍTULO II.

LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO.

2.1. LA CONDUCTA.

Es precisamente la conducta, el elemento básico que deberá de gozar de varias características para que entonces sea punible, entendiendo por características a los demás elementos que componen la definición del delito y por tal el delito es una conducta humana, y como tal es el elemento básico del delito, a este elemento del delito se le ha denominado a lo largo del tiempo como: acto, acción, hecho, actividad, pero para la mejor comprensión se le llamara *conducta*, debido a que con este término podemos comprender tanto su aspecto positivo, que es la *acción*, como su aspecto negativo, que es la *omisión*, siendo los dos constitutivos de un comportamiento humano.

2.1.1 LA DEFINICIÓN DE CONDUCTA.

La conducta es el primer elemento objetivo del delito en el que Fernando Castellanos ha definido como:

*Comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.*²³

En tanto para otros autores consideran a este elemento objetivo como:

*El movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.*²⁴

²³ CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Op. Cit. Supra (3) p. 147.

²⁴ MORENO, MOISES. "TEORÍA DEL DELITO". 2ª. ed. Ed. Porrúa. México. 1975. p. 116.

Siguiendo al respecto de ese elemento del delito, la conducta o llamada por algunos autores acción, tiene un factor principal que es la voluntad, es decir, para que exista este llamado elemento objetivo del delito es necesario que el comportamiento o movimiento corporal del agente o sujeto activo, obedezca siempre a una manifestación de la voluntad, solamente así podremos hablar de conducta o acción.

Se tiene entonces a la conducta, como un comportamiento humano, positivo o negativo encaminado a un propósito, fundado en la voluntad del sujeto activo donde en ocasiones la conducta humana involuntaria puede tener consecuencias en el derecho Penal como es el caso de los delitos culposos donde nuestro actual Código Penal Sustantivo marca que el delito puede ser cometido por acción o por omisión y en el artículo 12 de dicho ordenamiento marca que dichas acciones y omisiones delictivas pueden realizarse en forma culposa o dolosa.

Mientras que el Maestro Jiménez de Azua²⁵ la define como: "La manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda".

Para el Maestro Alemán Franz Von Liszt la Conducta ha sido definida como:

Un movimiento corporal voluntario positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior.

De la definición anterior podemos afirmar que la Conducta es: "*El movimiento corporal que se traduce en una tracción de los músculos del ser humano, esta tracción debe de ser totalmente voluntaria, es decir que realmente se trata de una manifestación de voluntad expresada hacia el exterior, considerándose a la voluntad como la capacidad de autodeterminación del ser humano que es el único capaz de voluntariedad*"; el movimiento corporal voluntario se debe de traducir entonces en dos puntos de vista que constituyen las

²⁵ JIMENEZ DE AZUA, LUIS "LA LEY Y EL DELITO", 11ª ed. Ed. Losada. Sudamérica Buenos Aires, 1980, p.210

clases de conducta como son el punto de vista positivo y el punto de vista negativo de la conducta, es decir que el movimiento corporal voluntario desde el punto de vista positivo, es un hacer, es un llevar a cabo, es una acción; y desde el punto de vista negativo se trata de un no hacer, no llevar a cabo, se trata pues de una abstención; este movimiento corporal voluntario positivo o negativo debe de ser desencadenante del proceso causal, esto es, debe de dar lugar a la relación de causa efecto, en donde la causa es el movimiento corporal voluntario y el efecto consiste en la consecuencia que se traduce en la modificación del mundo exterior, o de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado denominándose a esto como el resultado de la conducta unidos siempre a través del nexo causal, el cual en el artículo 9 primer párrafo de nuestro Código Penal para el Estado de Guanajuato menciona lo siguiente:

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

El nexo causal, es el vínculo que une a la conducta (causa) con el resultado (efecto), y delimita hasta dónde un sujeto es responsable de un resultado por la conducta desplegada

A este respecto del nexo causal existen diversas teorías Como las generalizadoras, Señalan que todas las causas o condiciones productoras del resultado se consideran causas del mismo, pero la más aceptada es la *Teoría Conditions sine qua non*. Es la teoría de la equivalencia de las condiciones, conocida como Teoría Conditions sine qua non. Todas las condiciones productoras del resultado son equivalentes y, por ende, todas son causa de aquél (resultado). La causa de la causa es causa de lo causado.

En donde para demostrar el vínculo de causalidad en un hecho delictuoso basta quitar mentalmente la conducta y sí de esta manera mentalmente desaparece el resultado quiere decir que la conducta será considerada como la causa del resultado o efecto.

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

2.1.2 CLASES DE CONDUCTA.

Por lo anterior, la conducta puede ser positiva (acción) o negativa (omisión), y por ende, puede haber delitos de acción o de omisión, y estos últimos pueden ser de omisión simple o de comisión por omisión.

POSITIVA.

Son normas prohibitivas, es cuando se hace o se lleva a cabo una acción que está prohibida es decir, se viola una norma que prohíbe.

NEGATIVA.

Son delitos llamados de omisión u omisión simple, en los que se realiza una abstención, cuando no hacemos lo que la ley nos ordena, en los delitos de omisión se viola una norma dispositiva.

2.1.3 LA ACCIÓN Y SUS ELEMENTOS.

La acción consiste en un actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleve a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la Ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

La Acción es todo hecho voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior.

La Acción en sentido estricto es el movimiento corporal voluntario dirigido a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca.

2.1.4 ELEMENTOS DE LA ACCIÓN.

Así pues los elementos de la Acción son:

a) *La voluntad*: Es el querer, la intención del sujeto activo de cometer un delito la que implica siempre una finalidad o fin.

b) *La Actividad*: Consistente en hacer o actuar, siendo un hecho positivo o movimiento humano dirigido a cometer un ilícito.

c) *El Nexo Causal*: Que es el vínculo que une a la conducta con el resultado.²⁶

²⁶ AMUCHATEGUI. op.cit.supra (4).p.50

d) Resultado: No es otra cosa más que la modificación del mundo exterior que es el daño o de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el sujeto activo o agente.

2.1.5 LA OMISIÓN Y SUS ELEMENTOS.

La Omisión es una forma de Conducta, ya que en la Omisión existe una manifestación de voluntad que se traduce en un no actuar, radica en abstenerse de obrar, dejar de hacer lo que se debe ejecutar, es una forma negativa de la acción, simplemente es una abstención.

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer²⁷

Lo que significa que los tipos de acción individualizan la conducta prohibida a través de su descripción, como es el caso del homicidio, el cual prohíbe matar, en cambio los tipos Omisivos, exigen ser descritos señalando la conducta debida y consecuentemente, estableciendo la prohibición de realizar cualquier conducta que sea diferente de lo que expresamente ordena, como es el caso del delito de omisión de auxilio, donde se ordena prestar el auxilio necesario y como consecuencia, se prohíbe realizar cualquier otra conducta que no sea precisamente lo que se ordena.

La Omisión, se divide en Omisión Simple y Comisión por Omisión.

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

²⁷ ibidem p.51

de causalidad²⁸. Hemos dicho que la conducta para que sea considerada como tal debe de contener un factor rector que es la voluntad y que esta debe de ser manifestada hacia el exterior con movimientos corporales (voluntarios positivos o negativos), pues supuesto que sí no existiese la voluntad no podría haber conducta; el segundo elemento de la acción es el resultado que como ya lo hemos dicho no es otra cosa más que la modificación del mundo exterior o de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado; esos dos elementos primeros de la acción deben de estar vinculados a través de una relación de causalidad, es decir vinculados a través de un nexo causal que como elemento objetivo del tipo, se demuestra su existencia a través de la teoría de la *condictio sine qua non* o teoría de la *equivalencia de las condiciones*, que según varios autores es la más aceptada y en donde para demostrar el vínculo de causalidad en un hecho delictuoso basta quitar mentalmente la conducta y sí de esta manera mentalmente desaparece el resultado quiere decir que la conducta será considerada como la causa del resultado o efecto.

Respecto del punto de vista negativo de la conducta, que según dijimos se trata de un no hacer, de un no llevar a cabo, de una abstención, antes que nada debemos de decir que la omisión es una forma de conducta también debe de estar regida por la voluntad siendo esta el primer elemento de la omisión; el segundo elemento de esta forma de conducta es la inactividad en la cual la voluntad debe de estar dirigida a no efectuar la acción ordenada, es la no ejecución voluntaria del movimiento corporal que debiera haberse efectuado; en lo relativo a la relación de causalidad en la omisión algunos autores afirman que este elemento debe de existir en la omisión y otros afirman que no, no obstante el Maestro Fernando Castellanos afirma que en los delitos de omisión también llamados de simple omisión u omisión simple no emerge resultado material por ello no es dable ocuparse de la relación causal y que únicamente existe relación causal en los llamados delitos de Comisión por Omisión.²⁹

Así pues la Omisión simple consiste en no hacer lo que se debe de hacer, sea voluntario o imprudencial con lo cual se produce un delito aunque no haya un resultado material sino formal como es el caso de una potación de arma de prohibida.

²⁸ CASTELLANOS TENA Op. Cit. Supra (5) p. 156

²⁹ ibidem, p. 161

En los delitos de Comisión por Omisión en los cuales a través de la violación de una norma dispositiva se viola una norma prohibitiva tal es el caso del ejemplo de los padres que no les dan de comer a los hijos y estos mueren de inanición.

Y la Comisión por Omisión aquí se viola una norma prohibitiva y también la dispositiva con un no hacer voluntario.³⁰

Es un no hacer voluntario o imprudencial cuya abstención produce un resultado material y que infringe una norma prohibitiva y otra preceptiva que tiene como resultado un daño o afectación al bien jurídico. Como es el caso de privar de la vida a alguien por no administrar un medicamento.

2.1.6 ELEMENTOS DE LA OMISIÓN y COMISION POR OMISION.

En consecuencia los elementos de la Omisión son: la Voluntad y la Inactividad, éstos dos elementos aparecen tanto en la Omisión Simple como en la Comisión por Omisión, no obstante el Maestro Fernando Castellanos afirma que en los delitos llamados de simple omisión u omisión simple no emerge resultado material por ello no es dable ocuparse de la relación causal y que únicamente existe relación causal en los llamados delitos de Comisión por Omisión.³¹

Como elementos de la omisión pueden señalarse a la:

Voluntad: Es el querer, la intención encaminada a un no efectuar la acción ordenada por el derecho.

Inactividad: Consistente abstenerse, en no hacer o actuar, a cuya realización está obligado.

³⁰ AMUCHATEGUI. op.cit. supra (4).p.51.

³¹ CATELLANOS, FERNANDO. Op. cit. supra (3) p. 161

Cabe hacer mención que el resultado y nexo causal son los mismos que los de la acción, con la aclaración de que los delitos de simple omisión no cabe hacer un análisis sobre el nexo causal, pues no se produce ningún resultado, porque evidentemente no puede darse, ya que no puede existir la causación de la nada, solo en los delitos de omisión impropia puede producir un resultado físicamente perceptible, en los delitos de comisión por omisión, en la que se produce un resultado a causa de la actividad, se debe dar y consecuentemente comprobar el nexo causal.

2.2. AUSENCIA DE CONDUCTA.

Como se ha quedado asentado la conducta, es el comportamiento humano o movimiento corporal voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito que modifica el mundo exterior o pone en peligro dicha modificación, tiene un factor principal a la voluntad, siendo entonces la falta o ausencia de conducta el aspecto negativo de la misma, que se da en casos donde no se da la voluntad de la persona, en el que se produce un resultado como efecto de un mero proceso causal en el que el sujeto participo como un mero instrumento.

Como se menciono la ausencia de conducta es el elemento negativo de la conducta que abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito.

Siendo la ausencia de la conducta un impeditivo para la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

La falta de conducta se refiere a los casos en que habiendo movimiento corporal (acción) o abstención (omisión), estas no obedecen a la voluntad, o sea, que no hubo voluntad. El Código Penal Vigente en el Estado de Guanajuato, en su artículo 33 fracción I, establece la ausencia de conducta al decir que el delito se excluye cuando: El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

Lo cual nos establece como ausencia de conducta a cualquier causa que nulifique la voluntad, o sea que con esta sola disposición se comprende a todas las causas.

La voluntad es la capacidad consciente que posee el ser humano para realizar algo con intención, en el ámbito jurídico, la voluntad se define capacidad de autodeterminación del hombre. Es uno de los requisitos de la existencia de los actos jurídicos.

2.2.1 CAUSAS DE AUSENCIA DE CONDUCTA.

Es de resaltar que la ausencia de Conducta tiene su base en la Ausencia de Voluntad.

Cada aspecto positivo del delito tiene su aspecto negativo y ante la presencia de su aspecto negativo se elimina el correspondiente elemento y consecuentemente no habrá delito por faltar un elemento de definición. Pues bien, el elemento objetivo conducta tiene su aspecto negativo que se traduce en las causas de Ausencia de Conducta.

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

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

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

Lo cual nos establece como ausencia de conducta a cualquier causa que nulifique la voluntad, o sea que con esta sola disposición se comprende a todas las demás causas y ausencia de conducta que establecía nuestro Código anterior y de esta manera debemos de mencionar la existencia de eximentes de responsabilidad, supraleales, llamadas así porque a pesar de que no estén mencionadas específicamente en la ley dándose cualquiera de ellas en el tiempo y en el espacio, surten sus efectos como eximentes de responsabilidad, o sea que aunque no estén mencionadas en nuestro Código actual:

Vis Maior: Conocida como fuerza mayor proveniente de la naturaleza y provoca en el sujeto un movimiento corporal involuntario.

El sujeto se mueve obligado por las fuerzas de la naturaleza obteniéndose así un resultado ilícito que constituye una ausencia de conducta, como consecuencia de que el sujeto se ha movido pero no por su voluntad sino por una fuerza superior proveniente de la naturaleza.

Vis Absoluta: Es la fuerza física exterior e irresistible derivada del hombre.

Es un movimiento corporal producido por la fuerza de otra persona, al presentarse la Vis Absoluta se considera que hay Ausencia de conducta, puesto que el sujeto no tiene la voluntad de realizar la conducta, pues solamente es usado por quien ejerce la fuerza sobre él para cometerlo quien es tomado como un instrumento del que se vale el verdadero sujeto activo.

Actos Reflejos: Son movimientos corporales involuntarios, el sujeto debe estar impedido para controlarlos.

Son movimientos que realiza el ser humano que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por lo que el sujeto esta fuera de control, entendiéndose por inconsciencia la falta de voluntad que originan un aspecto negativo de la conducta.

Cabe hacer mención que si estos actos reflejos pueden ser controlados o retardarlos, ya no funcionan como factores negativos de la conducta y por lo tanto existirá el delito.

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

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

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

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

2.2.2 TIPICIDAD.

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

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

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

La Tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito y su ausencia impide su configuración. Así pues a la Tipicidad el autor Fernando Castellanos la define como el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley.³²

Para el autor Celestino Porte Petit la Tipicidad es la adecuación de la conducta al Tipo, que se resume en la formula *nullum crimen sine tipo*³³ es decir, no hay delito sin tipo.

Nuestra Constitución en su artículo 14, nos habla de la tipicidad, estableciendo que: *“...en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”*. Lo que significa no existe delito si no existe tipicidad.

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

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

³² CASTELLANOS. *op.cit.supra* (3).p.168.

³³ *Idem*.

La tipicidad, se ha definido como: *“La adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en el tipo penal”*.

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

Es necesario no confundir el tipo con la tipicidad. El tipo penal, es la creación legislativa, la descripción que el estado hace de una conducta en los preceptos legales.

Por lo que se dice que el tipo *“consiste en la descripción legal de un delito,”* es decir la descripción de lo que se considera delito.

Etimológicamente, tipo significa modelo, que aplicado a la materia jurídico penal se refiere al modelo legal que prescribe las conductas delictivas.³⁴

Es decir que la palabra *“Tipo”* la entendemos como la descripción que hace el legislador de lo que es un delito

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

Típico o Típica.- Es el resultado del juicio de valor de la tipicidad, una vez que se ha efectuado el estudio para determinar si la conducta reúne los elementos

³⁴ ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO. CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. ed.2ª. Ed. Porrúa. México. 1999. p. 215.

que el tipo penal exige, de tal manera que si esto es así podemos decir que existe la tipicidad y consecuentemente la conducta será típica.

2.2.3. LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

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

Los elementos de la descripción típica son los objetivos (apreciables por los sentidos) y subjetivos (se encuentran dentro del sujeto) así como los elementos normativos.

2.2.4. LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO.

Son aquellos en términos o conceptos que aparecen en el tipo, que son de naturaleza real, material, apreciables por los sentidos.

Los Elementos Objetivos del Tipo están constituidos por:

Conducta, Resultado, Nexo Causal, Especiales medios o formas de ejecución, Modalidades de lugar, tiempo, modo u ocasión, Los sujetos activo y pasivo, La calidad y número, El Objeto Material y el Objeto Jurídico.

Conducta. Es la manifestación de la voluntad que se traduce en movimientos corporales voluntarios positivos o negativos desencadenantes del proceso causal que modifica el mundo exterior.

Resultado.- La modificación del mundo exterior o la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Nexo Causal.- Es la relación que une a la conducta y el resultado.

Especiales Formas o medios de Ejecución.- Son los medios comisivos, en algunos tipos penales se exige que la conducta se desarrolle a través de un medio especial que el tipo requiere como es el caso del delito de violación, que necesita la violencia (física o moral) para que se tipifique el delito.

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

Sujetos.- Son los individuos que tienen la voluntad de actuar o abstenerse de un hacer y que se dividen a su vez en: Sujeto Activo y Sujeto Pasivo. En los dos hay que tomar en consideración la calidad y el número.

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

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

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

Respecto a la calidad.- En los tipos penales hay algunos que requieren necesariamente que el sujeto activo o pasivo ostenten una calidad como por ejemplo; El delito de Violación entre cónyuges en el que se requiere la calidad en el sujeto pasivo y activo al ser cónyuges o concubinos.

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

Objeto Jurídico.- Es el bien jurídico tutelado entendiéndose por este el interés social jurídicamente protegido como lo son la vida, propiedad, libertad sexual etc.

2.2.5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO.

Son elementos que se encuentran dentro del sujeto activo fueron descubiertos por Mayer en 1915 al percatarse que algunos tipos penales exigían ciertas características referidas a la intelectualidad del sujeto como son los siguientes:

- Ánimos.
- Propósitos.
- Conocimientos, Saberes o sabiendas.
- Fines.

ÁNIMOS. Es la intención, la voluntad del activo para realizar la conducta delictiva.

PROPÓSITOS. Siendo esto la finalidad que se persigue con la realización de la conducta delictiva.

CONOCIMIENTO, SABERES O SABIENDAS. Refiere al conocimiento de algo con seguridad y a pesar de esto se comete el delito.

FINES. Es lo que se pretenden alcanzar con la comisión del delito.

Dentro de los elementos subjetivos del tipo existen otros que se llaman Normativos. Siendo los elementos normativos juicios de valor, que se dejan a la interpretación subjetiva del Juez tomando en consideración lo que se entiende por ellos en la sociedad. Así pues tenemos como ejemplo de ellos: la honestidad, la castidad, el honor, la propiedad, la posesión, la ajeneidad de la cosa, la relación de parentesco entre otros.

2.2.6. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.

NORMALES Y ANORMALES. Los primeros son aquellos en que las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, por ejemplo el homicidio es un tipo normal y los segundos se establece una valoración, ya sea cultural o jurídica así tenemos el engaño en el delito de Fraude.³⁵

FUNDAMENTALES O BÁSICOS. Según Luis Jiménez de Azua el tipo es básico cuando tiene plena independencia³⁶, los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del código. Y éstos pueden ser:

³⁵ CASTELLANOS TENA. Op.cit. supra (67).p.171.

³⁶ Íbidem.p.172.

ESPECIALES. Son los formados por el Tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia dice Jiménez de Azua, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el Tipo especial, así tenemos el homicidio en razón de parentesco o relación.³⁷ Y los identificamos por que se encuentran alejados del básico o fundamental, con capítulo y nombre especial.

COMPLEMENTADOS. Se integra con el Tipo fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta, así por ejemplo tenemos al homicidio calificado, por premeditación, alevosía, etc.³⁸ Y tienen una característica especial siendo ésta el estar en el mismo capítulo que el tipo penal básico.

Según Jiménez Huerta, se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad.³⁹

Los especiales y complementados pueden ser agravados o privilegiados, así tenemos que en el homicidio en razón de parentesco o relación constituye un tipo especial agravado por sancionarse más severamente y el infanticidio que estaba establecido en el Código Penal anterior era un delito especial privilegiado, por tener una punibilidad menos enérgicamente que el básico de homicidio. El privar de la vida a otro con alguna de las calificativas de premeditación, ventaja, etc. Integra un homicidio calificado, cuyo tipo resulta ser complementado agravado y el homicidio en riña puede clasificarse como complementado privilegiado.

AUTÓNOMOS E INDEPENDIENTES. Son los que tienen vida propia sin depender de otro Tipo como en el robo simple.⁴⁰

SUBORDINADOS. Dependen de otro tipo, por su carácter circunstanciado respecto al Tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ Ibidem.p.173.

cual no solo complementan, sino se subordinan, un claro ejemplo es el homicidio en riña.

DE FORMULACIÓN CASUÍSTICA. Son aquellos en los cuales el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito. Y éstos a su vez se clasifican en alternativamente formados y acumulativamente formados; los primeros prevén dos o más hipótesis comisivas y el tipo se colma con cualquiera de ellas, así para la tipificación del adulterio establecido en el Código Penal anterior y derogado en el Código Penal Vigente, precisa su realización en el domicilio conyugal o con escándalo y los acumulativamente formados se requiere el concurso de todas las hipótesis, como el delito de Usurpación de funciones donde el tipo exige dos circunstancias, atribuirse el carácter del funcionario público sin serlo y ejercer una de las funciones del mismo.⁴¹

DE FORMULACIÓN AMPLIA. A diferencia de los de Formulación Casuística, en éstos se describe una hipótesis única, en donde caben todos los modos de ejecución, como el apoderamiento en el robo. Algunos autores llaman a esos tipos de “formulación libre” por considerar posible que la acción típica se verifique mediante cualquier medio idóneo, al expresar la Ley sólo la conducta o el hecho en forma genérica, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías como el privar de la vida en el homicidio.⁴²

DE DAÑO Y DE PELIGRO. Es de daño si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, en éste caso tenemos al homicidio y al fraude y de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (omisión de auxilio).⁴³

2.2.7. ATIPICIDAD Y AUSENCIA DEL TIPO.

El Código Penal Vigente en su artículo 33 fracción II menciona que el delito se excluye cuando falte alguno de los elementos del tipo que se trate.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

⁴³ Idem.

La atipicidad existe cuando la conducta realizada, no encuadra en el tipo penal, por faltar alguno de los elementos que el mismo tipo exija.

La Atipicidad, es la ausencia de adecuación o encuadramiento de la conducta al tipo penal. Es decir, no se adecua la conducta al tipo, consiste en la falta total o parcial de encuadramiento o adecuación de la conducta al tipo de que se trate, y por tal al no haber una conducta típica esta no será delito.

Causas de Atipicidad:

- Ausencia de calidad o número exigidos por la ley en cuanto a los sujetos (activo, pasivo u ofendido).
- Si falta el objeto material o el objeto jurídico.
- Cuando no se dan las modalidades de tiempo, lugar u ocasión, requeridas en el tipo.
- No realizarse el hecho por los medios especiales o formas de ejecución.
- Si falta algún elemento subjetivo del tipo legalmente exigido.
- Por la ausencia de algún elemento normativo del tipo legalmente exigido.
- Si la conducta realizada por el sujeto no afecta el bien jurídicamente protegido, o bien, si la conducta que supone ser delictuosa no recae sobre persona o cosa, siendo este un elemento objetivo del tipo.

La Ausencia del tipo, es la carencia del tipo, lo significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción típica de una conducta determinada. Si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello. En cambio se está en la presencia de la atipicidad, cuando existiendo tipo, la conducta no encuadra al tipo porque falta algún elemento del tipo penal.

2.3. LA ANTIJURIDICIDAD.

Este es el tercer elemento objetivo del delito, proviene del latín *Anti* que significa *Contra* y por lo que se acepta como antijurídico a lo contrario al Derecho, lo contrario al orden jurídico.

El Jurista Alemán Carlos Binding puntualizo que el delincuente no viola la ley Penal, sino que se ajusta perfectamente a ella (encuadra la conducta al tipo) ya que el Código Penal no prohíbe conductas sino las describe en el tipo penal (descripción legal del delito o descripción de lo que se considera delito) por lo que menciona este autor que el delito no es lo contrario a la ley, sino mas bien, "Es el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal". Por eso el citado Maestro decía "La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible."

De lo anterior se menciona que el delincuente no viola la ley, se ajusta o encuadra a ella, sino lo que viola es la norma, valor o bien que está inmerso y que protege el tipo penal respectivo.

En los tipos penales se señalan los valores que es necesario proteger; una conducta es antijurídica cuando vulnera dichos bienes o valores.

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

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

Por todo lo anterior debemos decir que la antijuridicidad se ha definido como:

La relación de contradicción entre la conducta típica y el orden jurídico. Lo antijurídico es un concepto negativo basado en el análisis de contradicción que realiza un sujeto con su actuar violando una norma cultural reconocida por el Estado.

2.3.1. TIPOS DE ANTIJURIDICIDAD.

El Maestro Franz Von Liszt⁴⁴ elaboró la teoría dualista de la antijuridicidad la cual dice que el acto será Formalmente Antijurídico cuando implique una transgresión a una norma establecida por el Estado.

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

La Antijuridicidad puede ser Formal o Material:

a) Antijuridicidad Formal, es el hecho de que la conducta encuadre en el tipo.

b) Antijuridicidad Material, es la contradicción de la conducta con los valores sociales o culturales que protege la norma.

⁴⁴ CASTELLANOS TENA, Op. Cit. Supra (5). p. 181

Por lo que la primera (formal) es indiciaria de la antijuridicidad y la segunda (Material) es la esencia de la antijuridicidad.

Von List distinguía que el acto es formalmente contrario a derecho cuando transgrede la norma que describe un mandato o una prohibición; y ese acto resulta materialmente opuesto a la norma, por cuanto significa una conducta contraria a la sociedad al bien jurídico que protege la norma.

2.3.2 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las Causas de Justificación anulan lo antijurídico o lo que es contrario al Derecho, ya que desaparece el delito por considerarse a la conducta lícita o justificada por el Derecho.

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

- El consentimiento de sujeto pasivo.
- La legítima defensa.
- El estado de necesidad.
- El ejercicio de un derecho.
- Cumplimiento de un deber.

El consentimiento del sujeto pasivo. A esta causa de justificación se le reconoce en el Código Penal del Estado en el artículo 33 fracción IV que dice;

El delito se excluye cuando:

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

De esta manera se entiende por consentimiento el acuerdo de voluntades y en el derecho penal se entiende como la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo para que el activo dañe o afecte los bienes jurídicos tutelados que se encuentran a su disposición.

Esa manifestación de voluntad o consentimiento deberá ser válida, que provenga de una persona capaz y que la voluntad no esté viciada, de un sujeto imputable (capacidad de querer y entender).

Por lo que respecta el bien jurídico que se encuentran a disposición del sujeto pasivo (o el bien jurídico afectado sea de aquellos de que pueden disponer lícitamente los particulares) son los llamados de querrela donde solo el sujeto pasivo puede permitir que se afecten dichos bienes como es el caso del delito de lesiones levísimas y leves, abuso de confianza, fraude, etc.

2.4. LA LEGÍTIMA DEFENSA.

La Legítima defensa se define como: Repeler una agresión injusta actual o inminente para defender bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando el repeler se realice en la medida razonable de rechazar la acción. La agresión deberá ser en el momento actual, presente o inminente; en cuanto a la acción de repeler existe la necesidad de que se de en la medida razonable de la defensa, esto es, que dicha acción debe ser en la medida de la agresión.

La legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.⁴⁵

El artículo 33 en su fracción V del código penal para el estado de Guanajuato señala que el delito se excluye cuando:

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

La legítima defensa consiste en obrar defendiendo bienes jurídicos, propios o ajenos, en contra de una agresión ilegítima, actual o inminente en la medida necesaria para repeler o impedir dicha agresión.

La Ley permite a los particulares actuar en defensa de una agresión o la puesta en peligro de bienes jurídicos, esto se traduce que al obrar en legítima defensa en contra de la persona para evitar o repeler la agresión, esta sea en el momento mismo de dicha agresión, o bien, en un momento anterior, pero que sea inminente. No necesitamos esperar el ataque efectivo, podemos defender bienes jurídicos en contra de agresiones evidentes, pero jamás en forma posterior. Este repeler, impedir, obrar, debe ser en la medida necesaria razonable para repeler o impedir la agresión.

2.4.1. LOS ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

De acuerdo a lo mencionado respecto del estudio de la legítima defensa y el artículo 33 en su fracción V del código penal para el estado de Guanajuato se desprenden los siguientes conceptos.

⁴⁵ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (3) p. 191.

A) Agresión. Es todo ataque a un bien jurídico, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o dañar intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.

Acto por el cual se amenaza dañar o afectar a alguien, la cual debe de ser real.

B) Agresión Ilegítima. Esto quiere decir, que cuando el sujeto pasivo repele o impide una agresión esta debe de ser contraria a derecho es decir antijurídica, injusta, y hace necesaria la violencia por quien la repele o impide, puesto que si la agresión no es contraria a derecho no podrá ser una agresión ilegítima.

C) Agresión Actual. Es decir que repeler o impedir se dé en el momento mismo de dicha agresión, que debe ser real, concreto y efectivo, pues resulta evidente que el peligro debe ser actual, que exista en la realidad en un tiempo presente que subsiste mientras subsiste el peligro, puesto que no se acepta que el peligro sea pasado o futuro pues siendo pasado se estaría en presencia de un venganza, cuando ha cesado totalmente el peligro que origino el peligro, y futuro no se puede defender, puesto que como menciona esta fracción el peligro debe ser actual o inminente, es decir en el presente.

Esta deberá ocurrir en el mismo instante de repelerla, esto es que la agresión y la repulsa deberán darse en mismo lapso temporal (en el presente), para evitar o repeler la agresión.

D) Agresión inminente. Inminente que significa lo más próximo o cercano lo cual quiere decir que la agresión sea lo más próxima o cercana posible a causar un daño. Puede ser que no sea posible repeler o impedir en el momento mismo de la agresión, pero al igual que la agresión actual debe ser presente y existir en la realidad.

E) Repeler. Se entiende por rechazar, impedir, evitar, y ante tal circunstancia implica que el sujeto pasivo rechace la agresión con un contraataque y este ejerza alguna agresión contra el sujeto activo, sin que el pasivo la haya provocado.

F) Necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla.

Lo que implica que es indispensable que en la racionalidad de la defensa exista una cierta proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa con las características de la agresión sufrida, esto es, que dicha acción debe ser en la medida de la agresión, puesto que no sería racional y proporcional el hecho de que una persona robe a otro y este detiene al delincuente golpeándolo hasta que quede inconsciente provocándole lesiones gravísimas, a esto se le llama *exceso de legítima defensa* por que traspasa la racionalidad y proporcionalidad de la defensa, es decir va mas allá de lo necesario para repeler o impedir la agresión.

G) No haya provocación.

En la defensa empleada es necesario que no haya provocación que para recibir la agresión, ya sea de su parte o de un tercero a quien se pretende proteger.

La legítima defensa ampara a cualquier bien jurídico ya que la ley no distingue de los bienes jurídicos por lo que respecta a que se obre en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos.

2.4.2. ESTADO DE NECESIDAD.

En la fracción VI del artículo multicitado encontramos la siguiente causa de justificación.

El delito se excluye cuando:

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

- a) que el peligro sea actual o inminente;
- b) que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro;
- c) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

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

Generalmente, se admite con Franz Von Liszt, que "el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en que no queda otro remedio que la violación de intereses de otro, jurídicamente protegidos".⁴⁶

2.4.3. ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Peligro. Se entiende la posibilidad de que un bien jurídico preponderante reciba la lesión o la posibilidad de que reciba un daño.

Actual. Que se dé en el momento mismo que exista el peligro, en un lapso de tiempo presente.

⁴⁶ VILLALOBOS IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO. 5ª ed. Ed. Porrúa, México, 1990, p. 373

Inminente. Que el peligro está próximo o cercano a causar un daño.

Que el titular del bien jurídico salvado no haya provocado dolosamente el peligro. Que la posibilidad de que un bien jurídico reciba la lesión (peligro) no haya sido ocasionado intencionalmente por el agente, es decir los participantes, este puede ser surgido por terceras personas ajenas a cuestiones fenomenológicas o que sea creado culposamente.

Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial. Que ante tal situación el sujeto pasivo deberá optar por proteger sus bienes jurídicos por uno de los medios en los que el daño que cause pueda ser el menor posible, es decir que se evite un mal mayor.

Esta causa de justificación tiene su base en la teoría llamada interés preponderante, la cual dice que cuando ante el peligro existente entre dos bienes jurídicamente tutelados y ante la posibilidad de que se puedan salvar ambos bienes, el Estado autoriza a dañar el bien de menor valía para que se salve el de mayor valía o interés preponderante, siempre y cuando no exista algún otro medio menos perjudicial para salvarse ese valor.

2.4.4. LAS DIFERENCIAS ENTRE LEGÍTIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD.

En ambas causas de justificación suele haber confusión por la similitud de algunos de sus elementos, siendo estos distintos.

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

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

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

Una de las diferencias más importantes es:

Que en la legítima defensa se lesión bienes jurídicos de un injusto agresor, mientras que en el estado de necesidad la lesión recae en bienes jurídicos de un inocente.

El Código Penal del estado de Guanajuato, en el artículo 33 fracción III precisa que el delito se excluye cuando:

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

Al hablar de alguna de estas dos causas de justificación se entiende que con ello se anula el elemento de la antijuridicidad.

Estas acciones que privan a la conducta del elemento de antijuridicidad, y, por esto, no se puede integrar un delito como tal. Hay derechos que el Estado a través de la norma jurídica le otorga a los particulares, los cuales solamente podrán ejercer en determinadas ocasiones, ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados o para ayudarlo en sus funciones de trabajo.

Formalmente se dice que es una causa de justificación mientras que Materialmente no está justificada porque hay hechos, daños y lesiones. El Estado justifica por el Interés Preponderante Social, porque se pretende controlar los delitos en la sociedad.

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

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

En cuanto a las lesiones consecutivas de tratamientos médico quirúrgicos, González de la Vega afirma: que la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor. La justificación formal deriva de la autorización oficial, la material de la preponderancia de intereses.⁴⁷

2.5. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

El Cumplimiento de un Deber consiste en causar un daño obrando en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico, siempre que exista necesidad

⁴⁷ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra(3), p. 215

racional del medio empleado.⁴⁸ El cumplimiento de un deber deriva del ejercicio de ciertas profesiones o actividades.

2.6. EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

Cuando al ejercer un derecho se causa algún daño cuando obra de forma legítima, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el derivado de una relación familiar.

Por otra parte, el ejercicio de un derecho se reglamenta precisando que se obra en forma legítima y habiendo necesidad del medio empleado, se estará en presencia de un permiso que da la propia ley para obrar en tal sentido y consecuentemente no se llega a constituir el delito.

Vemos que los derechos no siempre emanan de la ley penal, sino que también de otras instituciones jurídicas. Por eso corresponderá al juzgador precisar si el deber o el derecho son legales o legítimos, no solamente en el ordenamiento penal sino dentro del total orden jurídico.

⁴⁸ AMUCHATEGUI. op.cit. supra (4).p.76.

CAPÍTULO III

LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DELITO

3.1. CONCEPTO DE IMPUTABILIDAD.

Al analizar este elemento subjetivo del delito, se debe determinar si el sujeto que realizó la conducta, típica, antijurídica, la realizó con conciencia y voluntad y si poseía las condiciones mínimas de salud y desarrollo mental exigido por la ley, en el tiempo de realizar dicha conducta.

Para el autor Fernando Castellanos, la imputabilidad, es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal, Implicando las condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.⁴⁹

Pues sería absurdo pensar que se le aplique a un infante o persona carente de sus facultades mentales pena alguna; si no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y la cual merece un castigo.

La imputabilidad es la capacidad del sujeto activo para responder de sus actos ante el Derecho Penal; es la posibilidad de ejercer las facultades de conocimiento y voluntad; es la capacidad de querer y entender de un sujeto, tendiente a conocer la ilicitud de su hecho y querer realizarlo; es la aptitud intelectual y volitiva de un sujeto para querer y entender y determinarse en función de aquello que conoce.

Un sujeto imputable tiene capacidad intelectual y volitiva, es decir, tiene conocimiento y voluntad, que se traduce en la aptitud de entender, querer y de comprender la ilicitud del hecho y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

⁴⁹ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (1) p. 218.

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

De ésta forma se afirma que *la Imputabilidad está determinada por un mínimo físico, el cual está representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental*. Así el sujeto será imputable si ha cumplido la mayoría de edad establecida por las leyes penales y que el mismo no presente problemas psicológicos, mentales, algún desarrollo intelectual retardado o bien que exista miedo grave que influyan en la realización de sus actos. Es decir requiere de dos aspectos:

- Un físico, representado por la edad del sujeto.
- Psicológico, interpretado como el desarrollo y salud mentales. (capacidad de querer entender y comprender)

Ambos requeridos por la ley para poder responder ante el derecho penal, dicho de otra manera como *la capacidad de entender, querer, y comprender la ilicitud de una conducta*.

Para algunos autores la Imputabilidad es la Capacidad exigida por la ley para que una persona pueda ser responsabilizada por la comisión de un delito.

Los Elementos de la Imputabilidad son:

Elemento intelectual: Es el saber, entender y conocer la licitud del hecho.

Elemento Volitivo: Es el querer la ilicitud del hecho o la conducta realizada.

3.2 LA RESPONSABILIDAD.

En antaño, generalmente, la responsabilidad penal se fincaba sobre el resultado dañoso, era una responsabilidad objetiva tal y como lo dice Cuello Calón, el tránsito para fundar la responsabilidad en la causalidad psíquica “debiese principalmente al influjo del cristianismo y al resurgimiento del Derecho romano cuyas influencias convergentes abrieron en el campo de la penalidad un nuevo periodo, el de la responsabilidad moral”, constituyéndose como punto central del Derecho Penal el libre albedrío.⁵⁰

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

3.3. INIMPUTABILIDAD.

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

Las causas de Inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea en el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad. De esta forma tenemos como

⁵⁰ REYNOSO DÁVILA ROBERTO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO. Ed. Porrúa. México. 1995. p. 175

Causas de Inimputabilidad las establecidas en el Código Penal Vigente en el artículo 33 fracción VII, que al efecto establece:

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

3.3.1. CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

- Perturbación grave de la conciencia con base patológica.
- Perturbación grave de la conciencia sin base patológica
- Desarrollo mental retardado o incompleto
- Minoría de edad.

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

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

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

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

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

Por lo que respecta a la disposición del Código Penal, que en su artículo 37 establecía la Inimputabilidad de los menores de 16 años es menester afirmar que en la actualidad y conforme a la nueva ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato, esta inimputabilidad de los menores de 16 años, ya no es tal, pues con la disposición establecida en el artículo 2 del nuevo ordenamiento que se menciona se establece que los sujetos adolescentes que caen bajo el mencionado ordenamiento serán los menores de 18 años, disposición que establece: “ *Son sujetos de esta ley las personas que al cometer una conducta tipificada como delito por las leyes del estado tengan entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad*”.

Por lo que debemos de decir que la Inimputabilidad por lo que se refiere a la aplicación del Código Penal ha variado y ahora resultan Inimputables para los efectos que estamos mencionando los menores de 18 años.

3.4. LA CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA.

DEFINICIÓN DE CULPABILIDAD.

La culpabilidad, como se estableció en el estudio del elemento anterior, que la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad refiriéndose a la capacidad del sujeto para entender querer y comprender en el derecho penal, estableciéndose el orden lógico de la definición del delito, Por tanto, si una conducta fuese delito debe ser típica, si es típica es antijurídica, si es antijurídica, es imputable y si es imputable es culpable.

Para Sergio Vela Treviño⁵¹ define a la culpabilidad como el resultado del juicio por el cual se reprocha a un sujeto imputable haber realizado un comportamiento típico y antijurídico, cuando le era exigible la realización de otro comportamiento diferente, adecuado a la norma.

Jiménez de Azua ha definido a la culpabilidad como *el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica*, Asimismo Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto.⁵²

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

3.4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CULPABILIDAD.

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

⁵¹ ibidem, p. 201

⁵² CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5). p. 233

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

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

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

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

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

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

Para Reinhart Maurach, la culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a Derecho, el que se ha decidido a favor del injusto, aun cuando podía decidirse a favor del Derecho.⁵³

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

3.4.4 FORMAS DE CULPABILIDAD.

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

- DOLO
- CULPA

3.4.5 DOLO.

El dolo como acto intencional, es la primera forma conocida de la culpabilidad.

Es la intención o voluntad consciente dirigida a la realización de la conducta que es delictuosa o simplemente en la intención de ejecutar un hecho tipificado en la ley como delito. El agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla. Para Cuello Calón el dolo consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la

⁵³ ibidem. P. 236

intención de ejecutar un hecho delictuoso. En resumen, el dolo consiste pues en el actuar, consiente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento de la antijuridicidad del hecho, llamándose en la doctrina actual como delito intencional o doloso. El agente que actúa con Dolo tiene la notoria voluntad dirigida a la ejecución de un delito o bien, simplemente intención de ejecutar un hecho delictuoso, para producir un resultado antijurídico.

3.4.6 ELEMENTOS DEL DOLO.

Elemento intelectual o ético: Está constituido por la conciencia o el saber que se quebranta el deber.

Elemento volitivo o emocional: Consiste en la voluntad de realizar el acto, que se traduce en querer el resultado, es tener la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

3.4.7 CLASES DE DOLO.

- Dolo Directo
- Dolo Indirecto
- Dolo Eventual
- Dolo Indeterminado

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

Dolo Indirecto.- Conocido también como dolo de consecuencia necesaria, es aquel en que se quiere la obtención de un resultado, pero también, se tiene la certeza de que además del resultado querido se va a obtener otros resultados penalmente tipificados y estos se prevén como ciertos y si se consienten también son queridos (al que para dar muerte a una persona determinada coloca una bomba en el camión donde viaja, donde perderán la vida otras personas), se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aun previéndolo ejecuta el hecho.

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

Dolo Indeterminado.- Se presenta cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir, sin proponerse causar un delito en especial, es decir el agente delinque por delinquir sin que el agente se proponga un determinado delito es especial.

3.4.8 EL DOLO EN EL CODIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

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

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

3.5. CULPA.

Como ya se estableció el Dolo es la primer especie de la culpabilidad, y la Culpa, es la segunda especie de la culpabilidad.

La distinción fundamental entre del Dolo y la Culpa, consiste en que en la primera el agente si quiere la conducta y su resultado, en cambio en la segunda el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas delictuosas.

A pesar de este argumento, lo lesivo que pueden resultar las conductas culposas ha inclinado a la mayoría de los penalistas a aceptar la culpa como una especie de la culpabilidad, y por ende punir dichas conductas culposas.

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

Algunos autores definen en sentido más amplio y general a la culpa como, la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso.

Por anterior si existe ausencia de Dolo o culpa no hay culpabilidad y sin esta el delito no se puede integrar.

3.5.1. ELEMENTOS DE LA CULPA.

Al igual que el Dolo, la Culpa posee ciertos elementos que son los siguientes:

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

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

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

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

3.5.2. CLASES DE CULPA.

- Culpa Consciente o con previsión.
- Culpa inconsciente o sin previsión.

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

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

3.5.3. CULPA EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

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

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

3.6. INCULPABILIDAD.

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

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

3.6.1. CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

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

3.6.2. EL ERROR.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.6.3. LA COACCIÓN.

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

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

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

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

Artículo 33: El delito se excluye cuando:

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

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

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

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

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

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

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

El error de hecho esencial y la coacción se encuentran en la fracción IX del artículo 33 de Nuestro código penal para el estado de Guanajuato, en donde señala a la coacción y al error de hecho esencial como exclusión del delito, por la inexigibilidad de la norma, en virtud de que el sujeto de acuerdo a las circunstancias en que se encontraba no podía obrar de manera diferente, constituyéndose el error de hecho esencial y la coacción como generadoras de inculpabilidad, no porque se afecte el dolo y la culpa, sino por afectarse el elemento exigibilidad, entrando a formar parte de las eximentes supraleales, mismas que aunque no estén mencionadas en la ley al darse en el tiempo y en el espacio surten sus efectos de eximente o de exclusión del delito.

Artículo 33.- El delito se excluye cuando:

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

CAPÍTULO IV.

PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

4.1. LA PUNIBILIDAD Y SU CONCEPTO.

La Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción también se utiliza para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas (ejercicio del *Ius Puniendi*).

Para Castellanos Tena la Punibilidad, es la sanción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes, mientras que para Francisco Pavón Vasconcelos la punibilidad, es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.

Para Celestino Porte Petit dice: "La penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo"

Por su parte Amachutegui define a la punibilidad como la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.

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

En resumen, la punibilidad es: el merecimiento de penas, es la conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales y aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley, es el señalamiento de una pena que va entre el mínimo y el máximo.⁵⁴

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

4.2 LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

Aunque se sigue discutiendo si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Dice Porte Petit: "Para nosotros que hemos tratado de hacer dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo.

En cuanto a los autores que consideran a la punibilidad como elemento del delito, encontramos a Raúl Carranca y Trujillo. Este autor al hablar de excusas absolutorias afirma que con tales causas dejan de subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen solo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es el elemento esencial del delito; si faltan las excusas absolutorias, el delito permanece inalterable.

Por su parte Ignacio Villalobos, no considera a la punibilidad como elemento del delito, para él, "es una acción o una abstención humana que son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero o adquieren este carácter porque se les sancione penalmente.

⁵⁴ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Supra (5).p.275

Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente. Más no se pueden tildar como delitos por ser punibles”.⁵⁵

4.3. LAS CONDICIONES SUBJETIVAS DE LA PUNIBILIDAD.

Las condiciones objetivas de la punibilidad, generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación.

Beling, las definía como los requisitos típicos excepcionales y ajenos a las estructuras ordinarias del delito, a cuya realidad se subordina la punición, aún dando por sentado que el acto es antijurídicamente típico y el agente imputable y culpable.

Fran Von Liszt, afirma que todas estas condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias externas que nada tienen que ver con el acto delictuoso y con sus elementos, debiendo ser más consideradas de manera separada.

Se denominan condiciones objetivas de punibilidad a determinadas circunstancias ajenas o exteriores al delito o independientes de la voluntad del agente que son requisitos necesarios para que el hecho en cuestión sea punible.

Las condiciones objetivas de punibilidad difieren ante todo los presupuestos, porque estos anteceden al delito, mientras aquellas obran después de efectuado el delito, y por esto quedan fuera del proceso ejecutivo de él. Y se diferencian de los elementos, porque si falta uno de estos, no existe delito, en tanto que si las condiciones objetivas de punibilidad no se verifican, el delito existe, aunque no pueda ejercerse la pretensión punitiva del Estado.⁵⁶

⁵⁵ VILLALOBOS IGNACIO Citado por López Betancourt Eduardo. Op. Cit. Supra. (20),p.264-265

⁵⁶ REYNOSO DÁVILA, ROBERTO. Teoría General del Delito. Ed. Porrúa. México. 1995.p.283-285

En estricto rigor el acto de punir se traduce en la concertación que hace el juez de la pena; es decir que punibilidad también se ha entendido el señalamiento de una pena que oscila entre un mínimo y un máximo y entre ese mínimo y ese máximo existe un espacio donde el juez se puede mover y al momento de determinar la pena aplicada estamos en presencia del acto de punir.

Las diferencias entre las condiciones entre las condiciones objetivas del delito y los elementos constitutivos del delito, son:

Los elementos constitutivos integran el hecho vivificado por el elemento psicológico; las condiciones de punibilidad lo presuponen.

Los elementos constitutivos se refieren al precepto contra el cual se realizan; las condiciones de punibilidad se refieren a la sanción cuya aplicabilidad suspenden.

Los elementos constitutivos son esenciales e imprescindibles para todo delito; las condiciones de punibilidad existen solo excepcionalmente.

4.4. AUSENCIA DE PUNIBILIDAD.

Es el aspecto negativo de la punibilidad y lo constituyen las excusas absolutorias, en presencia de estas no es posible la aplicación de la pena; son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad y culpabilidad), permanecen inalterables; sólo se excluye la posibilidad de punición.

Esto significa, que aun cuando se acredite que una persona realice una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable no se le impondrá sanción

alguna atendiendo a intereses sociales, familiares o de política criminal, en donde resultaría con mayor perjuicio imponer una pena para salvar valores sociales más importantes.

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

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

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

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

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

4.4.1 EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Menciona Jiménez de Asúa que las excusas absolutorias son las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.⁵⁷

⁵⁷ JIMÉNEZ DE AZUA. Citado por López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. p. 268

Para Kohler, son circunstancias en las que, a pesar de existir la antijuricidad y la culpabilidad, queda excluida desde el primer momento la posibilidad de imponer la pena al autor.⁵⁸

Así pues las también llamadas excusas legales absolutorias, son las causales de impunidad en cuya virtud, no obstante concurren todos los elementos del delito, el derecho deja de antemano de hacer regir; por razones variadas de utilidad pública, la conminación penal respecto de determinadas personas. Trátese, pues, de casos excepcionales en que se excluye la punibilidad, es decir, desaparece la amenaza de la pena aún cuando el delito se haya cometido.

Así pues, el delito existe, pero no puede castigarse en virtud de causas político sociales a las que el Estado da primordial interés y que considera se verán mayormente afectadas al imponerse la pena.

Son causas personales legalmente previstas que, sin eliminar el carácter delictivo de la acción, excluyen la pena, pues para el Estado no es necesario establecer pena alguna contra tales hechos pues dichas circunstancias revela una mínima peligrosidad.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente señaladas por la ley y por las cuales no se sanciona al agente.

Las excusas en razón de los móviles afectivos revelados, son aceptadas, ya que el sujeto desarrolla, acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble.

⁵⁸ KOHLER citado por López Betancourt Eduardo. Teoría del delito. 6ª ed. Ed. Porrúa. p. 268.

4.5. NOCIÓN DE PENA.

La pena no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser o no ser un mal para el sujeto y obteniendo por fin la defensa social.

Liszt: En el derecho legislado no es todavía la pena un mal infligido al delincuente a causa de su delito y del proceso correspondiente; es un mal que es el juez inflige al delincuente a causa de su delito, para expresar la reprobación social respecto al acto y al actor.

4.5.1 CONCEPTO DE PENA.

El vocablo pena proviene del latín "poena", que significa pena. Se puede definir a la pena, diciendo que es la sanción que establece el derecho, es un castigo impuesto que debe cumplirse, este castigo se impone a un sujeto por ejecutar u omitir una conducta que está tipificada por la ley.⁵⁹

Maggiore Cota: "la palabra pena denota el dolor físico y moral que se impone al transgresor de una ley"

C. Bernardo de Quirós: La pena es la reacción social jurídicamente organizada contra el delito.

Eugenio Cuello Calón: Es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.

⁵⁹ SANTOYO RIVERA, JUAN MANUEL. Introducción al Derecho parte I y II. 2ª ed. Ed. Ulsab. Celaya. 1997.p.195

Fernando Castellanos: La pena es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delinciente, para conservar el orden jurídico.

4.5.2. DIFERENCIA ENTRE PUNICIÓN Y PUNIBILIDAD.

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

4.5.3. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

De acuerdo a su naturaleza podemos dividir las sanciones en: corporales, contra la libertad, pecuniarias, contra ciertos derechos; y aparte las medidas de seguridad.

Según el Código Penal para el Estado de Guanajuato en su artículo 38 señala las penas que podrán imponerse:

1.- Prisión.

2.- Semilibertad.

3.- Trabajo a favor de la comunidad.

4.- Sanción Pecuniaria.

5.- Decomiso de los Instrumentos del delito y destrucción de cosas peligrosas y nocivas.

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

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

8.- Las demás que prevengan las leyes.

4.5.4. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

El fin y la justificación de una condena de privación de la libertad es proteger a la sociedad contra el delito. La privación de la libertad trae como consecuencia inevitable el confinamiento obligatorio y la segregación del recluso de la sociedad normal; su fin debe ser lograr por medio de la readaptación del delincuente el que cuando reingrese a la sociedad no solamente quiera llevar una vida normal bien adaptada y proveer a sus propias necesidades como miembro útil de la sociedad, sino también que se capaz de hacerlo sin compulsión. Para lograr esto el régimen penitenciario debe emplear conforme a las necesidades especiales de cada recluso, todos los medios de que pueda disponer: curativos, educativos, morales, espirituales, de asistencia o de cualquiera otra índole. Debe reducir en cuanto sea posible la diferencia entre la vida de reclusión y la libertad, que contribuyen a debilitar el sentimiento de responsabilidad del recluso y el respeto a la dignidad de su persona. Por lo que antes del cumplimiento de la pena, debe asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida normal en sociedad.

Pena de prisión, es la reclusión en un establecimiento especial y con un régimen especial.

La prisión es seguida de otras penas accesorias que quedan inmersas en la suspensión de derechos.

CAPÍTULO V

5.1 EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA.

En todas las culturas a lo largo del tiempo la familia, ha sido definida de muy distintas maneras; se le ha considerado como la célula primaria de la sociedad, como el núcleo inicial de toda organización social, como el medio en que el individuo logra su desarrollo, tanto físico y psíquico como social, a la cual también se le ha señalado como la unidad económica que constituye la base de la seguridad material del individuo.

5.2 NOCIÓN DEL MATRIMONIO.

La palabra matrimonio se aplica indistintamente a dos situaciones diferentes, si bien unidas entre sí por una relación de causa y efecto: la celebración del matrimonio y el matrimonio en sí (sociedad conyugal), que forman marido y mujer.

El matrimonio en sentido propio es lo que se llama una comunidad conyugal, o sea el matrimonio-estado. A la celebración se le aplica el mismo vocablo de matrimonio por extensión debiendo ser más exactos de nominarlo, como lo hace el lenguaje popular, nupcias, boda o casamiento, lo que ponen de relieve el carácter casual o transitorio del acto que es solo la celebración del matrimonio, el contraer matrimonio.

5.3 CONCEPTO DE MATRIMONIO.

Para el atender el problema de la definición del matrimonio, es necesario tener presente que este término implica fundamentalmente dos acepciones:

Como acto jurídico el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el estado designa para realizarlo.

Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva el acto jurídico originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.

Considerando que el acto jurídico emana el estado matrimonial, lo que los hace indisociables e integrantes de una sola institución que es el matrimonio, que en términos generales, este puede definirse como:

El acto jurídico, complejo estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

Rafael Rogina Villegas, dice que: el matrimonio es la unión de un hombre con una mujer, reconocida por el derecho e investida de ciertas consecuencias jurídicas

Actualmente se ha definido al matrimonio según reformas que se han dado como la unión de dos personas, con sus consecuencias jurídicas reconocidas por el derecho.

5.4 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL MATRIMONIO (EN EL ESTADOD DE GUANAJUATO).

Los deberes impuestos a los cónyuges, que forman el contenido esencial del complejo de relaciones jurídicas de esa comunidad de vida entre los cónyuges, tradicionalmente se designan como:

a).- El deber de cohabitación.

- b).- El deber de Fidelidad.
- c).- El deber de Asistencia.
- d).- El deber del debido carnal.

Los derechos y obligaciones del matrimonio están establecidos en los artículos 159 al 175 del código civil de Guanajuato.

EL DEBER DE COHABITACIÓN.

El deber de cohabitación constituye la esencia del matrimonio; implica un género de vida en común que no podría realizarse si cada esposo pudiera vivir por separado. Obliga a que ambas vivan bajo el mismo techo y compartan mesa y lecho, hechos que ponen de manifiesto la convivencia conyugal.

Así pues cohabitar significa habitar una misma casa, vivir bajo el mismo lecho el marido y la mujer. Por lo que este deber jurídico, la vida común de los cónyuges es esencial en el matrimonio.

El vínculo jurídico por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, se impone a los consortes, porque hace posible en forma natural, el cumplimiento de los deberes de fidelidad y ayuda recíproca.

El cumplimiento del deber de cohabitación, es un supuesto, o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio. La vida en común entre los consortes se convierte en un deber jurídico y esa vida en común que se impone a los cónyuges, en el ordenamiento jurídico encuentra una sanción, y ante el incumplimiento del deber de cohabitación por parte de uno de los cónyuges da lugar a la disolución del vínculo matrimonial.

EL DEBER DE FIDELIDAD.

El deber de fidelidad como concepto de buena fe en los contratos, es un concepto de contenido moral que protege no solo dignidad y el honor de los cónyuges, sino la monogamia de la familia. Y el cumplimiento de los fines del matrimonio.

El deber de fidelidad comprende la obligación de abstenerse de la copula con persona distinta del cónyuge. Su violación constituye adulterio, que da lugar a la disolución del vínculo matrimonial.

Por lo tanto la fidelidad, supone la necesidad de una conducta decorosa, de tal suerte que no implique ataques a la dignidad y a la honra del cónyuge. Cualquier conducta de actividad extramarital con otra persona, aun cuando no se llegue al adulterio, puede constituir una injuria grave al cónyuge, es por ello que se considera que los casados no pueden tener novio o novia.

EL DEBER DE ASISTENCIA O AYUDA MÚTUA.

La ayuda reciproca, es el mutuo auxilio que se deben entre sí, los consortes, constituye sin duda un elemento esencial, muy principal del matrimonio.

El contenido primordial del deber de socorro reside en la obligación alimentaria reciproca. Para cumplir con él, los cónyuges deben constituir económicamente al sostenimiento del hogar, de la forma que libremente establezcan según sus posibilidades. El monto de lo aportado al sostenimiento no altera la igualdad que debe existir en la relación con la autoridad familiar, aun en el caso de que uno solo de los esposos aporte la totalidad de los gastos, por convenio o por encontrarse el otro imposibilitado para trabajar y no contar con bienes propios, la ley concede derecho preferente a los cónyuges sobre los ingresos del otro para el sostenimiento de la familia.

La ayuda mutua igualmente implica la administración de bienes comunes, y solo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen. Cada uno es libre administrador de sus bienes propios sin que pueda cobrarse los servicios que al efecto se prestan.

Dentro del matrimonio los esposos gozan de autoridad, derechos y obligaciones iguales. Cualquiera de los cónyuges puede oponerse a las actividades del otro cuando vayan contra la moral y la estabilidad de la familia.

La violación del deber de asistencia, por su elevada categoría ética, carece de una sanción pecunaria. El pago de obligación alimenticia no sustituye al cumplimiento de deber de asistencia.

EL DEBER DEL DÉBITO CARNAL.

El debito Carnal es el principal y el más importante efecto del matrimonio, constituye su esencia, pues implica los actos propios para la perpetuación de la especie, es considerado como uno de los fines primordiales del matrimonio.

Los cónyuges deben de decidir de común acuerdo el número y esparcimiento de los hijos. La ley no prevé en caso de controversia; pero cabe considerar que no se podría obligar a ninguno de los esposos a tener más hijos de los que individualmente desee, aunque el otro pretendiera un número mayor.

El amor no puede ser regulado jurídicamente, y por lo tanto, cada pareja es libre de practicarlo de la forma que lo juzgue pertinente. Sin embargo la negativa al trato carnal entre los cónyuges se ha considerado que es sancionada con el divorcio.

5.5 NOCIÓN DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

La disolución del matrimonio es la ruptura del lazo conyugal y la cesación de los efectos que la unión de los esposos producía, ya sea respecto a ellos, o a los terceros.

La disolución del matrimonio supone la validez de este. El matrimonio nulo no se disuelve, al reconocerse su nulidad se reconoce al mismo tiempo que no ha producido efectos, o bien si los había producido, porque únicamente era anulable, se extingue retroactivamente. Todo esto salvo la aplicación de los matrimonios putativos. La disolución del matrimonio pone fin a todos los efectos que producía, sin embargo, la afinidad que estableció subsiste y crea impedimentos para una nueva unión.

5.6 CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

En nuestro derecho el matrimonio solo puede disolverse o terminar por las siguientes causas:

- 1.- Por muerte de alguno de los Cónyuges.
- 2.- Por nulidad.
- 3.- Por divorcio.

CAPÍTULO VI

6.1. EL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, NOCIONES GENERALES.

Podría decirse que la violación es un verdadero acto de barbarie; es a la vez un atentado feroz contra la honra de la mujer y contra la libertad de la misma, de ahí que en todos los tiempos y en todas las legislaciones se haya castigado con particular severidad.

La llamada Violación propia ha sido definida por múltiples autores y códigos como, La violenta imposición de la copula o acceso carnal sobre la víctima⁶⁰.

En efecto, doctrinalmente se ha dicho que la violación es el acceso carnal o copula efectuada mediante la violencia física o moral de persona de cualquier sexo y sin su voluntad; también se define como la copula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de al Vis Absoluta o de la Vis Compulsiva; es el acceso carnal con violencia real; o bien, el acceso carnal obtenido con el uso de la violencia verdadera.

Haciendo un breve repaso en la historia, en las épocas bíblicas al violador se le cegaba y castraba siguiendo el sistema talional de ojo por ojo, diente por diente y rotura por rotura.

En el derecho Romano se castigo por la lex pública, con la pena de muerte.

El derecho Canónico dedico gran atención al stuprum violentum.

⁶⁰ PAVON VASCONSELOS, FRANCISCO y otro. Derecho penal Mexicano parte especial, volumen II, Ed. Porrúa México 2000, pag. 227

El fuero juzgo castigaba al hombre que hiciere por fuerza fornicio o adulterio contra la mujer libre, sancionada la violencia carnal con la pena de azotes, si el violador era un hombre libre, y con la de ser quemado vivo si era un siervo.

En las partidas se aplicaba la pena capital para el violador y la confiscación de sus bienes a favor de la mujer ofendida, si esta fuere casada o viuda de buena fama, virgen o religiosa.

Por otra parte se considera a la violación como el más grave de los delitos contra la libertad sexual y el normal desarrollo psicosexual; en opinión de algunos sobre todo las víctimas, se trata de un delito aun más grave que el propio homicidio, pues se considera preferible perder la vida que ser objeto de tan humillante conducta. Esta deja además del daño directo de la violencia sexual, la afectación psicológica, que en muchas de las ocasiones dura toda la vida, esto sin contar las consecuencias resentidas por la propia familia; así mismo, la conmoción social que ocasiona.

Objeto de innumerables reformas este delito ocupa actualmente un lugar preponderante en el derecho penal. Los estudios e investigaciones al respecto son múltiples; así, son importantes tanto en el aspecto jurídico y legal, como en el social, psicológico e incluso económico, aunque, fundamentalmente el origen de todo delito parte de la educación, pues de esta surgen los inculcados al sujeto, la forma como ha de ver la vida, su respecto hacia los demás, excepto patológicas específicas, tales situaciones se pueden prever y resolver mediante una educación adecuada, con la cual se evite incluso la sobrepoblación, generalmente ocasionada por ausencia de los elementales principios derivados de una educación deficiente

Esta afirmación resulta ser eco del pensamiento tradicional de Francisco Carrara, quien en relación al tema sostiene que: cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona renuente y se logra por el uso de la violencia verdadera o presunta surge el delito más grave de la violencia carnal que absorbe cualquier otro en razón de la doctrina de la prevaecía⁶¹

⁶¹ JIMENEZ HUERTA, MARIANO. Derecho penal Mexicano. 6ª. ed. Ed. Porrúa México 1984, pag. 255

Ciertamente el quit ontológico de los delitos sexuales recae en el modo y en la forma en que se logra el yacimiento carnal, solo que particularmente en el delito de violación dicha contienda se obtiene indefectiblemente a través de la violencia

La violencia es una condición distintiva en la violación respecto de las otras figuras típicas que tutelan la libertad sexual.

Cabe destacar que la violencia convertida en el medio comisivo de esta acción delictiva puede presentarse de forma física e inclusive moral, la condición indispensable en ambos casos lo es que facilite la imposición de la relación carnal y consecuentemente se restringe la voluntad de la víctima.

De esta manera se hace necesario, para efecto de nuestro estudio, describir el panorama enunciativo de la estructura de este delito. Se impone la preferencia a los elementos de conducta, típica, antijurídica, imputable culpable y punibilidad.

En este sentido la conducta en el delito de violación, desde luego se traduce siempre en un actuar positivo, esto es, que el sujeto activo a través de su acción se vuelva está en su reflejo fiel de su voluntad y el resultado propuesto, amén que entre ellos medie una relación causal.

Esta premisa obliga al jurista al análisis sustantivo del hecho penalmente relevante, sobre todo porque la violación no puede existir como producto de una omisión, esto es, que el sujeto actor debe evidenciar suficientemente el propósito al agredir sexualmente al pasivo.

De la anterior para Francisco González de la Vega, el delito de violación es, La imposición de la copula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral. Y según nuestro código penal define al delito de violación como, A quien imponga copula a otra persona, se le impondrá...

La imposición se convierte en un imperativo, mientras que la copula significa en su acepción sexual, la unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas.

Para otros autores la Copula, es el acceso o penetración del miembro viril en cavidad vaginal, anal u oral de la víctima.

6.2. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Diversos autores han definido, a la Violación como La imposición de la copula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral.

Para otros autores como Roberto Reynoso Davila es, *La realización de copula mediante el empleo de violencia física o moral.*⁶²

6.3. CONDUCTA TIPICA DE LA VIOLACIÓN.

La conducta típica consiste en obligar a otro, por medio de la violencia física o la intimidación a aceptar el acceso carnal, por lo que el acceso carnal violento constituye el elemento objetivo del delito, pues meditada la cuestión copula no tiene importancia jurídica alguna, ya que ella debe ir relacionada a los medios empleados si se trata de violación propia, o a otras situaciones en cuanto a la violación impropia.

6.4. ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN.

Los elementos típicos en el delito de violación son los siguientes:

⁶² REYNOSO DAVILA ROBERTO. Delitos sexuales. Ed. Porrúa. México 2000, pag. 110

- a). La Cópula
- b). La Violencia

Al respecto del inciso "a" correspondiente a *Copula* cabe mencionar, que se entiende como la unión o el ayuntamiento que el sujeto activo accede o penetra con su miembro viril en la cavidad vaginal, anal u oral de la víctima. Así entonces esa imposición violenta debe ser suficiente para vencer la voluntad del sujeto pasivo.

Por lo que toca al tema de la antijuridicidad, la imposición violenta de la copula siempre merece el reproche social, sobre todo porque en atención al bien tutelado la libertad de elección de la víctima para yacer carnalmente con otro, es simplemente un ejercicio de libertad.

Así entonces la conducta ejecutiva del delito de violación consiste en que el sujeto activo tenga copula con una persona por medio de la violencia física o moral, de modo que esa expresión, Tenga Copula, se convierte en un imperativo, lo que significa imposición.

Por lo tanto copula significa en su acepción sexual, como la unión de dos cuerpos humanos pertenecientes a personas vivas. Esta debe producirse entre partes somáticas unidas a los cuerpos de los sujetos activo y pasivo.

6.5. CONCEPTO DE CÓPULA.

La Cópula, es el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal u oral de la víctima.

La unión o ayuntamiento que presupone la cópula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del

cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral.

La copula existe en el mismo instante en que se produce la introducción, aunque fuere incompleta, del miembro viril en la abertura vulvar, anal u oral, sin que se preciso que se efectuó la inmisio seminis, ni que la copula que se produzca la ruptura del himen o desfloramiento.

El delito de violación es uno de los delitos en que el verbo activo es, Copular, no constituye el núcleo del tipo, cuando se realiza por el sujeto activo utilizando determinados medios como la violencia física o moral, aprovechándose de la situación especial del sujeto pasivo, como el ser menor de edad o que por razón de diversas circunstancias le impidan conducirse voluntariamente o resistir, como lo sería un estado de inconsciencia, o un estado de embriaguez.

En el delito de violación, el elemento copula debe tomarse en su más amplia acepción o sea cualquier forma de ayuntamiento o conjunción carnal, que como sea descrito con anterioridad, bien que la copula sea normal o anormal, entendiéndose por la primera como la introducción del miembro masculino en el orificio vulvar de la mujer, es decir, coito vaginal; por la segunda se define como la introducción en cualquier cavidad natural que funcionalmente permita el coito.

6.6 LA VIOLENCIA.

Al respecto del inciso "b" correspondiente a la Violencia, constituye la forma en que se va a imponer la copula, cabe decir que esta puede ser:

- Violencia física.
- Violencia moral.

La violencia física implica el uso de la fuerza material sobre la persona del sujeto pasivo al efecto de imponerle la copula en contra de su manifestada voluntad exteriorizada en actos de resistencia inequívoca.

La fuerza física ha de ser eficiente para vencer la resistencia de la víctima y por tanto debe de estar en relación con su constitución anatómica.

Existe violencia autentica cuando la voluntad contraria de la víctima es denominada por la fuerza física, pero es preciso que la resistencia del pasivo se exteriorice en gritos o actos de protesta que evidencien real y verdaderamente una voluntad contraria a la de su gestor oponiendo resistencia la cual ha de ser seria y constante.

La resistencia del pasivo es seria cuando está exenta de simulación y refleja una autentica voluntad contraria y es mantentida has el último momento, excluyéndose aquella en que al comienzo existe al comienzo y después cede para participar en el reciproco goce.

El que la voluntad contraria deba ser, seria y constante, no presuponga que tenga que ser materialmente anulada por una irresistible fuerza; basta que la violencia o la energía física desplegada por el sujeto activo venza la voluntad de su víctima, ante el convencimiento de esta de inutilidad de seguir oponiendo una inoperable resistencia ya debilitada,

La fuerza o violencia ha de recaer sobre la propia persona del sujeto pasivo y no sobre las personas o cosas que circundan, sin perjuicio de que la ejercitada sobre estas puede tener trascendencia contemplada desde el diverso ángulo de la intimidación o violencia moral, por ser enunciativa y demostrativa de lo que el sujeto activo hará con su futura víctima si esta opone resistencia a sus propósitos.

Por lo que respecta a la Violencia Moral o amenaza (coacción), en el delito de violación es la manifestación expresa y tácita, explícita o implícita, real o

simbólica, escrita oral o mímica, directa o indirecta del propósito condicionado de imponer la copula.

La violencia moral o coacción consiste en la amenaza que se hace al ofendido como causarle un mal grave, presente o inmediato en su persona o en la de un tercero, amenaza que tenga la aptitud o fuerza intimidatoria suficiente para vencer su voluntad de oponerse al acceso carnal ilícito.

No cualquier amenaza de un mal basta para constituir la violencia psíquica; sino que es necesario que el mal con el que se amenaza sea grave, presente e irreparable.

El mal con el que se amenaza al pasivo, puede recaer sobre cualquier interés jurídico de naturaleza personal como la vida, integridad corporal, honor libertad o patrimonio.

Solo cabe precisar que en la violencia moral, la advertencia o amenaza ha de ser siempre el anuncio de un mal futuro, cierto y determinado, sobre todo de posible realización.

Distinguiendo entre la violencia física y la moral, que la primera es la energía física ya consumada y la segunda la energía física anunciada.

6.7. LOS ELEMENTOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS.

Artículo 183.- El delito de violación entre Cónyuges o concubinos se perseguirá por querrela.

- Un sujeto activo: Cónyuge o concubino.

- Un sujeto pasivo: Cónyuge o concubino.
- Conducta: Imponer copula a cónyuge o concubino por medio de la violencia
- Finalidad: Realizar la copula
- Delito de violación entre cónyuges o concubinos

Características del Delito:

- Si admite libertad provisional
- Admite tentativa
- Multa de cien a doscientos días multa
- El bien jurídico tutelado es la libertad sexual
- Es un delito Doloso
- Delito que se persigue por Querrela.

6.8 EFECTOS DE LA VIOLACION ENTRE CÓNYUGES O CONCUBINOS.

El consentimiento prestado para la copula entre amantes o concubinos perdura tácitamente entre ellos por su simple naturaleza propia y los usos y costumbres que imperan en la vida social en tanto que, en forma expresa o tacita inequívoca, uno de ellos haga saber su firme voluntad contraria. A partir de ese instante el delito de violación se perpetra si uno de los amantes o concubinos sin respetar la voluntad contraria del otro tercamente le forza u obliga para obtener la copula

El derecho a la relación carnal existe entre aquellos que se han unido en matrimonio, no es ilimitado, pues en ocasiones uno de los cónyuges puede oponerse a la misma, como sería el caso de que su pareja estuviera en estado de ebriedad o drogadicción, pues no solo se advierte el natural rechazo para quien actué en esas condiciones, sino que reviste mayor trascendencia el peligro que implica la posibilidad de engendrar un ser esos momentos; lo que funda la

oposición del pasivo, quien protege la sanidad de su estirpe, por lo que sí es sometido a realizar la copula violentamente; aunque esta sea normal sin duda estaremos en presencia del ilícito de violación.

Al haber contraído matrimonio los cónyuges adquieren el derecho del mutuo debito carnal, pero si el acto sexual se lleva a cabo en público en contra de la voluntad del pasivo ofendiendo gravemente su moral y el derecho a la intimidad, se integra el delito de violación pues no hay duda de que el cónyuge ofendido puede negarse al practica de la relación en tales condiciones.

Bien es sabido que la institución del matrimonio tiene entre sus principales finalidades, sino que es la más importante, la de la procreación de la especie con el objeto de conseguir la perpetuidad de esta última. De lo anterior puede considerarse que es una obligación de los cónyuges el prestarse el debito carnal; pero hay que considerar en primer lugar, que para que exista el acceso carnal, aun en el caso de los cónyuges, primeramente y sin lugar a dudas el consentimiento para prestarse el mismo, pues sería ilógico decir que por el solo hecho de haber contraído matrimonio la mujer debe prestarse a la relación sexual con su cónyuge, aun y cuando no sea su estado de ánimo hacerlo, ya que absurdamente existe la costumbre de que por el solo hecho de ser esposa, la mujer deba de hacer todo lo que su cónyuge le ordene que haga, es decir se requiere el consentimiento tácito o expreso del cónyuge, ya que de lo contrario, es decir de realizar la copula sin previamente el consentimiento para llevarla a cabo, se ofenden gravemente al moral y la libertad sexual de la mujer, quien en ningún momento consintió prestarse a la prácticas sexuales.

En la figura típica de la violación la acción se convierte siempre ilícita cuando se transgrede a la libertad o consentimiento de la víctima, de modo, que nunca podrá ser legitima la acción de quien en contra de la voluntad o consentimiento del pasivo le impone el ayuntamiento carnal.

Así pues que en delito de violación entre cónyuges el Bien Jurídico Tutelado son la libertad sexual el consentimiento, mismos que los cónyuges convienen en la celebración del matrimonio, y este no es un consentimiento absoluto en el de

libertad de elección sexual en cuanto al momento, sino un consentimiento primero para la elección del esposo y consumada la unión matrimonial, no priva a la mujer de su libertad frente al marido de acceder o de negarse a la copulación.

De lo que se puede decir que cada copulación matrimonial debe de ir precedida o acompañada de un consentimiento expreso o tácito y vencer por la violencia la voluntad contraria del cónyuge de prestarse al acto sexual en un momento o situación dada, es incidir en una conducta lesiva a la libertad sexual de la mujer; por lo cual el acceso carnal violento aun dentro del matrimonio es ilícito y constituye una violencia, ya que la mujer tiene derecho a la abstinencia cuando no desee la copula; e incluso, la institución del matrimonio no puede autorizar los actos violentos entre cónyuges, máxime que la violencia entre estos últimos, va en contra de los fines primordiales del matrimonio como son el respeto y la ayuda mutua.

El delito de Violación entre Cónyuges no solo tiene influencia en la individualidad de la persona afectándola en forma grave, sino que su influencia trasciende mucho más allá.

Es por demás sabido que la Familia es la principal célula y base de la sociedad y es lógico pensar que si la familia es afectada, como en este caso del delito Violación entre Cónyuges, por consiguiente tienda a afectar e influir en la sociedad provocando en ella efectos negativos. Y es que de la célula de la sociedad es la fuente donde han surgido las costumbres y normas que tienden a regirla a esta última; y consecuentemente sin existir ese orden que se supone debe haber en el núcleo familiar, no puede existir a su vez tal orden en la sociedad.

Lo anteriormente manifestado encuentra su relación con lo establecido por el legislador en la exposición de motivos del código penal, respecto de la Violación entre Cónyuges y que estipula lo siguiente:

Se establece como requisito de procedibilidad, la querrela para la violación entre cónyuges o concubinos.

Este tema ha sido de gran debate y por lo mismo ha originado la contradicción de tesis de jurisprudencias. Punto medular de este debate es el que han existido voces autorizadas en la materia que se consideran que en la imposición de la copula a la cónyuge o concubina, existe una causa de justificación, derivada del ejercicio de un derecho, consistente en el cumplimiento por parte de víctima del debito carnal, tesis actualmente superada.

Como atinadamente lo estipulan los legisladores en la exposición de motivos la imposición a la fuerza de la copula a la cónyuge o concubina no puede ser derivada de un derecho, es decir de aquellos que se establecen en la celebración del matrimonio como anteriormente se dijo, y que ello es un causa de justificación para que no sea considerada como delito, pues todo lo anterior va en contravención a las obligaciones que como ya también se dijeron en puntos anteriores, existen entre los cónyuges derivados del vinculo matrimonial, y es que el ejercicio de un derecho no puede existir a costa de provocar un perjuicio a otra persona, como en este caso serian la libertad y la moral sexuales del cónyuge, razón por lo cual no existe ni debe existir tal supuesto derecho de imponer la copula por medio de la violencia o coacción derivado de la relación matrimonial, pues de lo contrario invalida lo moralmente bueno, en términos simples y sencillos, de lo que se supone la Institución del matrimonio aparenta o refleja ser ante la sociedad.

Así mismo el legislador hace referencia además a que en un esquema de protección a la libertad sexual y a la moral de las personas, cada relación sexual en el matrimonio o concubinato debe ser previamente precedida de un consentimiento, tácito o expreso, según el caso, toda vez que, y reiterando nuevamente lo antes expuesto, solamente de esta manera es posible prestarse al debito carnal por parte de dos personas que supuestamente piensan hacer su vida conjuntamente y que para ello han convenido entre otras obligaciones el hecho de que se deben tener un respeto mutuo. Así entonces, con el previo consentimiento dentro de las prácticas sexuales, se lograra evitar lesionar o alterar la moral o libertad sexuales de cualesquiera de los cónyuges, pues en este caso nadie puede

ser obligado a una circunstancia o hecho del que su voluntad se oponga o incluso, como sería en este caso a pasar por alto los valores o sentimientos de cada persona.

Ciertamente ante esta situación el estado debe tener una especial atención y hacer hincapié sobre ese grado o estado de afectación y perturbación, que en este caso en concreto, sería el de la mujer que sufre de la violación, así como el ataque a su dignidad personal que gravemente dañada, tomando en consideración al respecto todas las medidas legales necesarias con objeto de inhibir esas conductas mismas que merecen un castigo severo.

Refiriéndonos en otro punto de exposición de motivos, posiblemente, al establecer el legislador la interposición de la querrela como requisito de procedibilidad de la acción penal y en vista principalmente a parte de la individualidad de la mujer, que como se dijo su trascendencia afecta no solo a ésta última sino también a la familia.

No obstante, Independientemente del requisito de procedibilidad que la ley penal exige para este delito, analizando un poco más a fondo las características de la violación entre cónyuges, encontrándonos dentro de dichas características que este ilícito posee que en primer término establece las mismas sanciones que la violación genérica, por lo cual tomando en cuenta esto, y así mismo lo anteriormente relatado que lo principal que está protegiendo, independientemente, de la trascendencia de alteración de valores a la persona afectada sino que principalmente se protege al núcleo familiar mismo que tiene mayor peso cuando de afectaciones a valores se trata, por lo que se considera y debe ser considerado como delito grave; por lo que en atención a esto, no debe y ni puede ser considerado desde ese punto de vista de afectación que posee la Violación entre Cónyuges, como un delito de los considerados menores, como erróneamente y en forma omisiva se le está clasificando en la actual legislación penal, En consideración a las afectaciones que produce la Violación entre Cónyuges no solo a la persona sino incluso a la sociedad y que por los bienes jurídicos que esta tutelando no pueden ser señalados como aquellos de poca importancia, pues por su misma trascendencia el estado debe considerarlos como de aquellos bienes jurídicos tutelados que no pueden estar en manos de los

particulares, esto debido al grado de afectación, toda vez que independientemente de la persona afectada, incluso tiende a afectarlo al estado mismo, y consecuentemente debe tener una persecución de manera oficiosa.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- se ha definido al Derecho Penal 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. Por derecho público entiéndase el conjunto de normas que rigen las relaciones en donde El Estado interviene como soberano, a diferencia del derecho privado que regula las relaciones entre particulares. Comúnmente se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto solo El Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer estas y ejecutarlas, mas tal criterio no es certero, pues todo derecho (también el privado) lo dicta y aplica El Estado. Hay necesidad en consecuencia, de atender a los términos de la relación jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece El Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al derecho público; en cambio, si la disposición rige solo las relaciones entre particulares formará parte del derecho privado.

SEGUNDA.- El delito es la Conducta, Típica, Antijurídica, Imputable, Culpable, y Punible, que puede ser cometido o realizado por un hacer o no hacer que se traduce en una acción u omisión respectivamente.

TERCERA.- Los Elementos positivos del Delito son la Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Imputabilidad, Culpabilidad y Punibilidad.

CUARTA.- Los elementos negativos del Delito son, Ausencia de Conducta, Ausencia del tipo y Atipicidad, Causas de Justificación, Inimputabilidad, Inculpabilidad, y Excusas Absolutorias.

QUINTA.- Los elementos Objetivos del Delito, son la Conducta típica, entendiéndose por conducta *El movimiento corporal voluntario, positivo o negativo, desencadenante del proceso causal que modifica el mundo exterior* y, Por típica, La adecuación de la conducta dada en la realidad con la descrita en el tipo penal.

SEXTA.- Los elementos Subjetivos del Delito son, antijurídica, imputable, culpable y punible, entendiéndose por antijurídica proviene del latín *Anti* que significa *Contra* y por lo que se acepta como antijurídico a lo contrario al Derecho, De lo anterior se menciona que el delincuente no viola la ley, se ajusta o encuadra a ella, sino lo que viola es la norma, valor o bien que está inmerso y que protege el tipo penal respectivo., por imputable debe entenderse *la capacidad de entender, querer, y comprender la ilicitud de una conducta. La Imputabilidad está determinada por un mínimo físico, el cual está representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental*. Así el sujeto será imputable si ha cumplido la mayoría de edad establecida por las leyes penales y que el mismo no presente problemas psicológicos, mentales, algún desarrollo intelectual retardado o bien que exista miedo grave que influyan en la realización de sus actos.

SÉPTIMA.- Como presupuesto de la culpabilidad refiriéndose a la capacidad del sujeto para entender querer y comprender en el derecho penal, estableciéndose el orden lógico de la definición del delito, Por tanto, si una conducta fuese delito debe ser típica, si es típica es antijurídica, si es antijurídica, es imputable y si es imputable es culpable. La culpabilidad consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo o emocional y otro intelectual. El elemento volitivo contienen tanto a la conducta como el resultado; el elemento intelectual es el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

OCTAVA.- La Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena, tal merecimiento acarrea la conminación legal de aplicación de esa sanción también se utiliza para significar la imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito, es punible una conducta cuando por su naturaleza amerita ser penada, se engendra entonces la conminación estatal para los infractores de ciertas normas jurídicas.

NOVENA.- El acto jurídico, complejo estatal, que tiene por objeto la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer.

DÉCIMA.- Los deberes impuestos a los cónyuges, que forman el contenido esencial del complejo de relaciones jurídicas de esa comunidad de vida entre los cónyuges, tradicionalmente se designan como: El deber de cohabitación, El deber de Fidelidad, El deber de Asistencia, El deber del debido carnal.

DÉCIMA PRIMERA.- En nuestro derecho el matrimonio solo puede disolverse o terminar por las siguientes causas: Por muerte de alguno de los Cónyuges, Por nulidad, Por divorcio.

DÉCIMA SEGUNDA.- Se ha dicho que la violación es el acceso carnal o cópula efectuada mediante la violencia física o moral de persona de cualquier sexo y sin su voluntad; también se define como la cópula realizada en persona de cualquier sexo, por medio de al Vis Absoluta o de la Vis Compulsiva; es el acceso carnal con violencia real; o bien, el acceso carnal obtenido con el uso de la violencia verdadera.

DÉCIMA TERCERA.- La Cópula, es el acceso o penetración del miembro viril en la cavidad vaginal, anal u oral de la víctima. La unión o ayuntamiento que presupone la copula ha de rebasar el simple contacto físico del miembro viril con la parte externa de una cavidad natural del cuerpo ajeno; requiere el acceso o penetración de dicho órgano en la cavidad vaginal, anal u oral.

DÉCIMA CUARTA.- El bien jurídico tutelado del Delito de violación, como básico o fundamental así como el delito de violación entre cónyuges o concubinos es la libertad sexual.

DÉCIMA QUINTA.- Debe de derogarse el tipo penal de violación entre cónyuges y concubinos ya que existe el delito Básico o fundamental de violación, ya que no es considerado como Delito Grave, ya que incluso su forma de persecución del Delito en mención, es la Querrela, lo que a mi punto de vista muy particular y sobre lo que trata el presente trabajo es la derogación del tipo de penal de violación entre cónyuges o concubinos, y considero que basta simplemente el delito ya creado como Básico o fundamental de "Violación", sin que se tenga que distinguir la calidad del sujeto pasivo, que en este caso puede ser el cónyuge o concubino, *considero que se da la misma conducta, el mismo resultado y se intenta proteger la libertad sexual del sujeto pasivo.*

BIBLIOGRAFÍA.

AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA. DERECHO PENAL

Ed. HARLA.

MÉXICO, 1998. p.p. 576.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.

ed. 44^a. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1997. p.p. 363.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL. DERECHO PENAL MEXICANO.

ed. 10^a. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1972. p.p. 338.

GARCÍA MAYNEZ, EDUARDO. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO.

ed. 24^a. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1979. p.p. 482.

JIMÉNEZ DE AZUA, LUIS. LA LEY Y EL DELITO.

ed. 11^a. Ed. LOSADA.

BUENOS AIRES, 1980. p.p. 265.

JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO. DERECHO PENAL MEXICANO.

ed. 6^a. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1984. p.p. 398.

LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. INTRODUCCION AL DERECHO PENAL.

ed. 5^a. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1997. p.p. 432.

MORENO, MOISÉS. TEORÍA DEL DELITO

ed. 2^a. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1975. p.p. 326.

MOTO SALAZAR, EFRAÍN. ELEMENTOS DE DERECHO

ed. 18^a. ED. PORRUA.

MÉXICO, 1974. p.p. 402.

ORELLANA WIARCO, OCTAVIO ALBERTO. CURSO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL.

ed. 2^a. Ed. PORRÚA.

MÉXICO, 1999. p.p. 670.

PAVÓN VASCONSELOS, FRANCISCO. DERECHO PENAL MEXICANO PARTE ESPECIAL.
VOLUMEN II.

Ed. PORRUA.

MÉXICO, 2000. p.p. 830.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO. APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL
DEL DERECHO PENAL.

ed. 15°. EDITORIAL PORRUA.

MÉXICO, 1993. PÁGINAS 440.

REYNOSO DÁVILA, ROBERTO. DELITOS SEXUALES

Ed. PORRUA.

MÉXICO, 2000. p.p. 244.

REYNOSO DÁVILA, ROBERTO. TEORÍA GENERAL DEL DELITO.

ed. 8ª. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1995. p.p. 450.

SANTOYO RIVERA, JUAN MANUEL. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PARTE I Y II.

ed. 2ª. Ed. ULSAB.

CELAYA, 1997. p.p. 300.

VILLALOBOS, IGNACIO. DERECHO PENAL MEXICANO.

ed. 5ª. Ed. PORRUA.

MÉXICO, 1990. p.p. 375

LEGISLACIÓN.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO PENAL FEDERAL.

CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.