

## CAPÍTULO PRIMERO

### TEORÍA DEL DELITO

En este capítulo el lector podrá acceder de forma breve a los conocimientos estratégicos de la teoría del delito que deberá dominar para procesarlos como juez, Ministerio Público, asesor jurídico o defensor, y que deberá exponer, de forma oral<sup>1</sup> y lógica para establecer la existencia o inexistencia de un delito. Este capítulo se desarrolla fuera de toda discusión dogmática privilegiando la visión pragmática que buscan quienes van a operar jurídicamente el nuevo sistema de justicia penal.

#### I. DERECHO PENAL Y TEORÍA DEL DELITO

El abogado penalista en esta nueva era de la justicia penal, para tener una comprensión completa de su actuar como juez, Ministerio Público, asesor jurídico y defensor, debe de conocer primeramente los conceptos fundamentales que estarán ligados con su actuar diario en el sistema de procesamiento penal acusatorio.

<sup>1</sup> El artículo 44 del Código Nacional de Procedimientos Penales respecto a la oralidad en las audiencias menciona lo siguiente: “Las audiencias se desarrollarán de forma oral, pudiendo auxiliarse las partes con documentos o con cualquier otro medio. En la práctica de las actuaciones procesales se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan darle mayor agilidad, exactitud y autenticidad a las mismas, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido.

El Órgano jurisdiccional propiciará que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de sus actuaciones que demuestren falta de argumentación y desconocimiento del asunto. Sólo se podrán leer registros de la investigación para apoyo de memoria, así como para demostrar o superar contradicciones; la parte interesada en dar lectura a algún documento o registro, solicitará al juzgador que presida la audiencia, autorización para proceder a ello indicando específicamente el motivo de su solicitud conforme lo establece este artículo, sin que ello sea motivo de que se reemplace la argumentación oral”.

Así que primeramente partiremos de las definiciones de derecho penal y teoría del delito.

Tenemos que el derecho penal es “el conjunto de normas jurídicas, de derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social”.<sup>2</sup> Se divide en dos: la parte general y la parte especial. La parte especial se ocupa del estudio de los delitos y las penas o medidas de seguridad que se determinan para los mismos, mientras que la parte general comprende la teoría de la ley, la teoría del delito, la teoría del delincuente y la teoría de las penas y medidas de seguridad.

Independientemente de que una conducta esté establecida como delito en una norma penal, se requerirá de la teoría del delito para determinar, en el caso concreto, si tal conducta integra o no un delito. Es por ello que la teoría del delito es el conjunto de lineamientos sistematizados que determinan la integración o la desintegración de una conducta que es considerada como delito por la norma penal.<sup>3</sup>

Así, la teoría del delito se convierte en uno de los instrumentos jurídicos más importantes para los operadores del nuevo sistema de justicia penal, y aunque se encuentra contemplada a nivel normativo en la reforma de justicia penal del 18 de junio de 2008 no está en operación. De ahí la enorme importancia de que los nuevos operadores del sistema de justicia penal tengan conciencia sobre la necesidad de consolidar los conocimientos que integran la misma, como son: la definición de delito, sus presupuestos, sus elementos positivos y negativos, su clasificación, la tentativa y la autoría y participación.

<sup>2</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, 20a. ed., México, Porrúa, 2008, p. 17.

<sup>3</sup> Por su parte, Muñoz Conde menciona que la teoría del delito es “un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito”. Véase Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 6a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 205.

## II. LA ESTRUCTURA DEL DELITO

En la dogmática penal se han presentado diversos posicionamientos sobre la estructura del delito;<sup>4</sup> sin embargo, la estructura que consideramos más eficaz para el estudio dogmático de los casos penales, deriva de la teoría pentatómica de cinco elementos; de acuerdo con ésta podemos definir al delito como una conducta o hecho, típico, antijurídico, culpable y punible con su respectivo aspecto negativo.

<i>Aspecto positivo</i>	<i>Aspecto negativo</i>
1. Conducta o hecho	1. Ausencia de conducta
2. Tipicidad	2. Atipicidad
3. Antijuridicidad	3. Causas de justificación
4. Culpabilidad	4. Inculpabilidad
5. Punibilidad	5. Excusas absolutorias

Esta estructura es retomada por el artículo 60. del Código Penal del Estado de México,<sup>5</sup> el artículo 60. del Código Penal del Estado de San Luis Potosí,<sup>6</sup> y el artículo 14 del Código Penal del Estado de Tamaulipas.<sup>7</sup> Independientemente que otras entidades de la República no retomen en la parte general de sus códigos penales la estructura mencionada, es la más pragmática para que jueces, ministerios públicos y defensores puedan rea-

<sup>4</sup> Franco Guzmán, Ricardo, *Delito e injusto*, México, Porrúa, 2012, pp. 13-27.

<sup>5</sup> Menciona que “el delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible”. Véase <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/16/627/7.htm?s=>.

<sup>6</sup> Menciona que “delito es la acción u omisión, antijurídica, típica, culpable y punible sancionada por las leyes penales”. Véase <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/25/1017/7.htm?s=>.

<sup>7</sup> Menciona que “Delito es la conducta típica, antijurídica y culpable, a la que se atribuye una o varias sanciones penales”. Véase <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/29/1187/15.htm?s=>.

lizar un estudio dogmático breve y preciso en los casos penales que les toque intervenir, sobre todo si la argumentación jurídica ahora deberá de realizarse de forma oral en un proceso penal en el que se deberán respetar los principios de inmediación,<sup>8</sup> contradicción,<sup>9</sup> publicidad,<sup>10</sup> continuidad<sup>11</sup> y concentración.<sup>12</sup>

Antes de realizar una crítica a esta propuesta, no hay que perder de vista que los operadores del nuevo sistema de justicia penal requieren una estructura estratégica para analizar los casos concretos sin empantanarse en discusiones dogmáticas que en la pragmática de la procuración e impartición de la justicia se deben dejar a un lado y ser propias del mundo académico.

La Suprema Corte de Justicia del Nación, respecto a la estructura que proponemos, menciona:

RESPONSABILIDAD PENAL. Para que una conducta humana sea punible conforme al derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal esto es,

<sup>8</sup> El artículo 9o. del Código Nacional de Procedimientos Penales dice: “Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva”.

<sup>9</sup> El artículo 6o. del Código Nacional de Procedimientos Penales menciona: “Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, salvo lo previsto en este Código”.

<sup>10</sup> El artículo 5o. del Código Nacional de Procedimientos Penales establece: “Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento sino también el público en general, con las excepciones previstas en este Código”.

<sup>11</sup> El artículo 7o. del Código Nacional de Procedimientos Penales prescribe: “Las audiencias se llevarán a cabo de forma continua, sucesiva y secuencial, salvo los casos excepcionales previstos en este Código”.

<sup>12</sup> El artículo 8o. del Código Nacional de Procedimientos Penales regula: “Las audiencias se desarrollarán preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión, en los términos previstos en este Código, salvo los casos excepcionales establecidos en este ordenamiento”.

que la acción sea *típica, antijurídica y culpable*, y que no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir, por ejemplo, tratándose de homicidio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real y grave, desaparece la antijuridicidad del acto inculminado y consecuentemente, al concurrir la causa justificativa de la acción, resulta no culpable o si tratándose del segundo de los delitos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos. Tesis 2614, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, Primera Sala, t. CXVII, junio de 1953, p. 731.

### III. LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO

Los operadores jurídicos antes de comenzar a realizar el estudio dogmático del delito deben de concentrarse primeramente en los presupuestos del mismo, en donde posiblemente encontrarán una respuesta breve para decidir sobre la estrategia respectiva de acuerdo al rol que desempeñen en el proceso penal acusatorio.

Existen varias doctrinas sobre la cuestión de los presupuestos del delito, pero recomendamos utilizar la desarrollada por Vincenzo Manzini.<sup>13</sup> De acuerdo con este autor los presupuestos se dividen en:

#### 1. *Presupuestos del delito*

Son los antecedentes jurídicos necesarios para la existencia de un determinado tipo delictivo; si falta ese presupuesto no deja de haber delito, sólo cambia el tipo delictivo aplicable al caso concreto.

<sup>13</sup> Véase la obra de Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1948, t. II, pp. 37-40.

El Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 273, contempla el delito de peculado que sanciona “al servidor público que disponga o distraiga de su objeto, dinero, inmuebles o cualquier otra cosa, si los hubiere recibido en razón de su encargo”.<sup>14</sup> De acuerdo con lo que prevé el tipo penal citado, ¿podría proceder una denuncia formulada por el representante legal de una empresa privada, por el citado delito, en contra de su director de publicidad por haberse llevado cinco millones de pesos que la citada empresa puso a su disposición para promover la imagen de la misma en los medios de comunicación?

La respuesta es no; en el caso concreto falta el antecedente jurídico que solicita el delito de peculado, denominado “servidor público”, es decir, se requiere acreditar la calidad en el sujeto activo. Como el director de publicidad no es servidor público porque labora en una empresa privada, operaría el delito de abuso de confianza regulado en el artículo 227 del Código Penal del Distrito Federal, que sanciona “al que con perjuicio de alguien disponga para sí o para otro de una cosa mueble ajena, de la cual se le haya transmitido la tenencia pero no el dominio”.<sup>15</sup>

Por lo tanto, en este caso no deja de haber delito, simplemente cambia el tipo delictivo. No procederá la denuncia por el delito de peculado, pero operará el delito de abuso de confianza.

## 2. *Presupuestos del hecho*

Son los antecedentes jurídicos o materiales indispensables para la existencia del delito; si faltan en el hecho no habrá delito, ningún delito.

El delito de bigamia regulado en el artículo 206 del Código Penal para el Distrito Federal en la fracción I menciona que se sancionará “al que se encuentre unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, y contraiga otro matrimo-

<sup>14</sup> Código Penal Para el Distrito Federal, 2014.

<sup>15</sup> *Idem*.

nio”. El presupuesto del hecho en este caso sería la existencia legal de un matrimonio anterior o posterior. Si la mujer X casada con el sujeto Y sospecha que su marido le es infiel con una mujer Z, pero aquél no se ha casado con ésta, ¿podría denunciar a su marido por el delito de bigamia? La respuesta es no, puesto que en el caso concreto falta el presupuesto del hecho, es decir, el antecedente jurídico de que el sujeto Y contrajo un matrimonio posterior con la mujer Z y, por lo tanto, no se integra el delito, ningún delito.

Respecto al antecedente material tenemos el que se solicita en el delito de aborto contemplado en los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal.<sup>16</sup> En este delito el antecedente material del presupuesto del hecho es que la mujer esté embarazada, es decir, la existencia del bien jurídico protegido que es la vida del producto. En caso que una mujer con embarazo psicológico denuncie a su médico por haberle dado una sustancia abortiva sin su consentimiento, no procederá la misma, en virtud de que no existe el bien jurídico protegido y, por lo tanto, la conducta desplegada por el médico no integrará ningún delito.

La Suprema Corte de Justicia del Nación respecto a los presupuestos del delito menciona:

DELITO, NATURALEZA DEL. El delito es ante todo acción antijurídica, pero típicamente antijurídica. La decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del derecho punitivo, resulta de la consideración de que como fundamento de la exigencia de la ley, no es suficiente cualquiera acción antijurídica sino que se precisa una antijuridicidad especial, típica y culpable, es decir, el tipo en sentido técnico especial y conforme a la teoría general del derecho aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, Primera Sala, t. CXXV, 8 de junio de 1953, p. 1709.

<sup>16</sup> *Idem*.

#### IV. CONDUCTA O HECHO<sup>17</sup>

##### 1. *La conducta*

Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta, este es el elemento básico del delito, consistente en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre.<sup>18</sup>

La *conducta* es una actividad o inactividad voluntaria, que está compuesta por dos elementos:

- *Elemento psíquico*. Se presenta cuando el sujeto activo ha querido mentalmente hacer u omitir algo. Por ejemplo, querer accionar un arma de fuego, lanzar un golpe a otra persona o querer apoderarse de una cosa mueble ajena, etcétera.
- *Elemento físico*. Consiste en hacer u omitir algo; en el caso de la omisión debe ser respecto a una conducta obligatoria. Por ejemplo, disparar el arma de fuego, no pagar la pensión alimenticia, etcétera.

##### *Formas de la conducta*

La voluntad del sujeto puede exteriorizarse a través de una acción o una omisión. El artículo 15 del Código Penal para el Dis-

<sup>17</sup> El maestro Javier Jiménez Martínez respecto a su posicionamiento relativo a la importancia de la acción menciona: “A reserva de ulteriores desarrollos, para nosotros, el concepto de acción, ‘representa el eslabón irrenunciable entre la persona y el resultado’, y por ello, es tan indispensable no solo desde el punto de mira dogmático, sino el de la práctica misma.

Empezar el estudio del delito por la tipicidad, por la antijuridicidad o por la culpabilidad, es actuar contra las leyes de la lógica y, más aún, del sentido común”. Véase Jiménez Martínez, Javier, *Estrategias de litigación en el nuevo sistema procesal penal acusatorio en México*, México, Editorial Flores, 2013, p. 175.

<sup>18</sup> Véase Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, pp. 227-236.



trito Federal hace referencia al *principio de acto* y menciona que “El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión”.<sup>19</sup>

- a) *Delitos de acción*. En los delitos de acción el sujeto activo realiza un movimiento físico que encuadra en un tipo penal determinado. Por ejemplo, el tipo penal de turismo sexual establece diversas conductas que puede realizar el agente para incitar a una persona que viaje al territorio del Distrito Federal o de éste al exterior, con la finalidad de realizar o presenciar actos sexuales con una persona menor de dieciocho años, entre una de sus hipótesis. Entonces si el agente ofrece, promueve, publicita, invita, facilita o gestiona lo anterior será sancionado penalmente.<sup>20</sup>
- b) *Delito de omisión*. La voluntad del sujeto también puede ser manifestada a través de una omisión. Esta omisión puede ser simple o de comisión por omisión.
  - i) *La omisión simple*. Los delitos de omisión simple tienen solamente un resultado formal o jurídico, la omisión se encuadra y violenta el bien jurídico de un tipo penal específico, como en el delito de incumplimiento de pensión alimenticia. Este tipo penal en el Distrito Federal menciona que “al que incumpla con su obligación de dar alimentos a las personas que tienen derecho a recibirlos se le impondrá...”. Entonces, el Ministerio Público deberá de tener datos de prueba que establezcan que la omisión del sujeto obligado se ha desplegado al no dar los alimentos que debe proporcionar, sin que sea necesario establecer una transformación en el mundo exterior que se identifica con el resultado material. Es decir, no es necesario establecer que las víctimas han sufrido algún perjuicio.

<sup>19</sup> Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

<sup>20</sup> *Ibidem*, artículo 186.

- ii) *La comisión por omisión*. En los delitos de comisión por omisión el agente genera un resultado material al no realizar una acción que le es obligatoria jurídicamente. Respecto a este tema la legislación penal del Distrito Federal menciona:<sup>21</sup>

En los delitos de resultado material será atribuible el resultado típico producido a quien omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo, si:

- I. Es garante del bien jurídico;
- II. De acuerdo con las circunstancias podía evitarlo, y
- III. Su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida en el tipo.

Es garante del bien jurídico el que:

- a) Aceptó efectivamente su custodia;
- b) Voluntariamente formaba parte de una comunidad que afronta peligros de la naturaleza;
- c) Con una actividad precedente, culposa o fortuita, generó el peligro para el bien jurídico, o
- d) Se halla en una efectiva y concreta posición de custodia de la vida, la salud o integridad.

Pensemos en el caso del escolta que de acuerdo con su contrato laboral tiene la obligación de custodiar a su empleador, es decir, es garante de la vida y de la integridad física de aquél. Si al momento en que el empleador está siendo secuestrado el escolta no evita el delito pudiéndolo hacer de acuerdo a las circunstancias, y su inactividad es, en su eficacia, equivalente a la actividad prohibida por el delito de secuestro, será responsable penalmente del mismo, en virtud de que su inactividad produjo un resultado material que consiste en la afectación de la libertad de una persona que es perceptible en el mundo exterior.

<sup>21</sup> *Ibidem*, artículo 16.

## 2. *El hecho*

El *hecho* se presenta cuando la conducta que despliega el agente produce un resultado material, y se integra por tres elementos: a) una conducta que puede ser de acción o de omisión; b) un resultado material que es la consecuencia que deriva del actuar de un sujeto, y c) el nexo causal que es el vínculo que existe entre la conducta y el resultado.<sup>22</sup>

Por ejemplo, cuando una persona es acusada de privar de la vida a otro.<sup>23</sup> En este caso tenemos una conducta: el sujeto disparó el arma; un resultado material: la privación de la vida de un persona, y el nexo causal: que es la relación entre la conducta y el resultado material que se va a construir con las pruebas que se tengan en cada caso en concreto. Cabe destacar que para que un tipo penal constituya un delito de hecho, el resultado material debe estar establecido en la descripción típica y, si no se solicita en el mismo, el delito será de mera conducta.

## 3. *Clasificación del delito*

Para el análisis de la prescripción del delito se deberá tener precisa la diferencia entre los delitos, instantáneos, continuos o permanentes y continuados.

<sup>22</sup> El maestro Urosa Ramírez respecto al hecho menciona: “Siguiendo el hilo conductor de pensamiento del influyente tratadista mexicano Celestino Porte Petit, otro sector prefiere denominar al presupuesto en estudio como «la conducta o hecho», dependiendo del resultado típico producido. Según esta corriente, el término «conducta» debe de utilizarse cuando se trate de un dispositivo penal de resultado formal o de mera conducta; y de un «hecho» si estamos frente a un ilícito de resultado material o sea, cuando el tipo prevé una mutación en el mundo fáctico”. Véase Urosa Ramírez, Gerardo Armando, *Teoría de la ley penal y del delito*, México, Porrúa, 2011, p. 118.

<sup>23</sup> El artículo 123 del Código Penal para el Distrito Federal de 2014 tipifica el homicidio simple al mencionar que: “Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión”.

### A. *Instantáneo*<sup>24</sup>

Cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal. Como en el caso de un homicidio, el sujeto dispara el arma de fuego e inmediatamente priva de la vida a su víctima, o bien en el caso del robo, cuando el agente se apodera ilegalmente de la cartera de su víctima, al momento de que la cartera salió de la esfera jurídica del propietario y entró en la del agente, el robo se consumó en su totalidad.

### B. *Permanente o continuo*<sup>25</sup>

Cuando se transgrede el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo, como en el caso del secuestro. En este delito la víctima está privada de su libertad y la violación de ese bien jurídico se prolonga en el tiempo hasta que aquélla es liberada.

### C. *Continuado*<sup>26</sup>

Cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto activo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal. Esta clase de delito es una ficción legal porque se comenten varios delitos, pero por la unidad en el sujeto activo, pasivo y propósito delictivo se puede decir que solamente se realizó un delito.

Como ejemplo tenemos el delito de robo cuando el agente se apodera en diversos días de artículos electrónicos de una misma tienda de electrónica. En virtud de que el sujeto que comete el de-

<sup>24</sup> Código Penal del Distrito Federal, 2014, artículo 17, fracción I.

<sup>25</sup> *Ibidem*, artículo 17, fracción II.

<sup>26</sup> *Ibidem*, artículo 17, fracción III.

lito es el mismo, quien además tiene el mismo propósito delictivo y la víctima es la misma, el delito es continuado y, por lo tanto, se entenderá que el agente solamente ha cometido un solo delito de robo y no varios robos.

#### 4. *Ausencia de conducta*<sup>27</sup>

Son situaciones en las que el sujeto dañó o puso en peligro un bien jurídico protegido, pero en virtud de que la voluntad del agente es inexistente, el delito se excluirá. Como causas de ausencia de conducta tenemos: *a*) la fuerza mayor (*vis major*); *b*) fuerza física exterior e irresistible (*vis absoluta*), y *c*) el sueño, el sonambulismo, el hipnotismo, los actos reflejos, instintivos y repetitivos.

La norma penal en el Distrito Federal menciona que el delito se excluye cuando “la actividad o la inactividad se realice sin la intervención de la voluntad del agente”.<sup>28</sup> Como se puede observar la norma penal no menciona los casos específicos en los que procedería dicha excluyente del delito, sin embargo, los supuestos anteriormente mencionados son los que aplicarían para argumentar la ausencia de conducta en un caso concreto.

Por ejemplo, tenemos el caso del vehículo A que está detenido esperando la luz verde del semáforo y al momento que está cruzando un peatón frente a él, llega por detrás el vehículo B que lo impacta y, en consecuencia, el vehículo A atropella al peatón quien pierde la vida. En este caso, se presenta la ausencia de conducta a favor del vehículo A, porque el vehículo que conducía recibió una fuerza física exterior e irresistible al momento que fue impactado. Por lo tanto, opera el aspecto negativo de la conducta o hecho, porque en el caso concreto no intervino la voluntad del conductor.

<sup>27</sup> Véase Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, pp. 331-334.

<sup>28</sup> Véase el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

## V. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

### 1. *La tipicidad*<sup>29</sup>

En los códigos penales modernos existe lo que se denomina la *tipo delictivo*, que es la descripción que la ley hace de una conducta o hecho que estima antijurídicos y dignos de una sanción penal; este concepto debe tenerse claro para poder entender el significado de la *tipicidad*.

El tipo y la tipicidad<sup>30</sup> son totalmente diferentes; el primero es sólo la descripción de la conducta o hecho delictuoso, y la tipicidad es la adecuación exacta de una conducta o un hecho con el tipo descrito en la ley.

Si una conducta, por muy reprochable que sea, no encuadra de manera exacta en algún tipo, no habrá ningún delito, y operará la denominada *atipicidad*, que más adelante explicaremos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto a la tipicidad menciona que “...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 que se trata”.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> La *tipicidad* es la adecuación de una conducta o hecho a la descripción legal; así, Carrancá y Trujillo apunta que “Aceptado en nuestro derecho el dogma *nullum crimen sine lege* y correlativamente el de que no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción (véanse núms. 78 y 81) puede afirmarse que la tipicidad es el elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería inculparable la acción”. Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal mexicano*, 10a. ed., México, Porrúa, 1974, p. 217.

<sup>30</sup> Castellanos Tena expresa que “No debe confundirse el tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto”. Véase Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales del derecho penal*, 40a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 167.

<sup>31</sup> Artículo 14 de la Constitución Política, 2014.

## 2. *Los elementos del tipo*

Los elementos del tipo son aquellos factores, estados, referencias y modalidades que rodean al tipo penal, y que forman parte de la descripción legal.

### A. *Elementos objetivos*

*Los elementos objetivos* de acuerdo con Pavón Vasconcelos son: “aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que puede ser materia de imputación y de responsabilidad penal”.<sup>32</sup> Entre los *elementos objetivos* tenemos:

- a) *Calidad en el sujeto activo.* Excluye la posibilidad de ejecución de la conducta por cualquier sujeto. Como ejemplo tenemos el tipo del artículo 123<sup>33</sup> que contiene el delito de traición a la patria, en el que se exige en el sujeto la calidad de ser mexicano por nacimiento o por naturalización.
- b) *Calidad en el sujeto pasivo.* No todo sujeto puede ser víctima del delito. En el homicidio en razón del parentesco, tipificado en el artículo 323,<sup>34</sup> el sujeto pasivo debe ser ascendiente o descendiente del autor del delito.
- c) *Referencias de lugar.* Son condiciones de referencias de lugar, de manera que la ausencia de estas referencias en el tipo tiene como consecuencia la inexistencia de la tipicidad. Al respecto tenemos que el delito de allanamiento de morada, contenido en el artículo 285,<sup>35</sup> únicamente se puede realizar en departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitación.
- d) *Referencia de los medios de comisión.* La exigencia de la ley del empleo de determinado medio, lo hace esen-

<sup>32</sup> Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 318.

<sup>33</sup> Véase el Código Penal Federal, 2014, artículo 123.

<sup>34</sup> *Ibidem*, artículo 323.

<sup>35</sup> *Ibidem*, artículo 285.

- cial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravante de la pena. Así sucede en el delito de violación contenido en el artículo 265<sup>36</sup> que exige que la cópula sea obtenida por medio de la violencia física y moral.
- e) *Referencia al objeto material*. En algunos tipos se hace referencia al objeto material protegido, así tenemos el artículo 367<sup>37</sup> que tipifica el delito de robo en el que se hace referencia a la *cosa ajena mueble*.
  - f) *Bien jurídicamente protegido*. El bien jurídico es aquello que el tipo penal está protegiendo, que puede ser la vida, la libertad, el patrimonio, la salud, el medio ambiente, etcétera. En el delito de aborto se requiere de la existencia del producto con vida; en este caso el bien jurídico protegido es la vida del mismo.
  - g) *Referencias de tiempo*. Algunos tipos penales solicitan referencias de tiempo para que la conducta del sujeto activo se pueda encuadrar, como sucede en el delito de aborto regulado en el Distrito Federal en el artículo 144,<sup>38</sup> que menciona que se consumará cuando se interrumpa el embarazo de la mujer después de la décima segunda semana de gestación.

Es importante destacar que la conducta, el resultado material y el nexo causal también son parte de los elementos objetivos en virtud de que se pueden apreciar en el mundo exterior.

## B. Elementos subjetivos

En algunos tipos penales se exigen los *elementos subjetivos del injusto*, que constituyen el contenido de la voluntad que rige la acción dirigida a una finalidad, al conocimiento o al ánimo del sujeto activo. Franco Guzmán dice que

<sup>36</sup> *Ibidem*, artículo 265.

<sup>37</sup> *Ibidem*, artículo 367.

<sup>38</sup> Artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.



Los delitos con elementos subjetivos de la antijuridicidad se encuentran en todos aquellos casos caracterizados por el *animus lu-cr-andi*, en los cuales la ley requiere un objeto especial, una intención particular, una dirección subjetiva toda dirigida hacia el propio proyecto o de algún otro.<sup>39</sup>

No en todos los tipos de delitos existen elementos subjetivos del injusto sino sólo en los que el legislador los ha señalado con determinadas palabras; estos elementos se refieren al motivo y al fin que persigue el sujeto activo, y se expresan a través de palabras como: *el fin de, para lograr, con el deseo de*, etcétera, y sólo algunos tipos penales los contienen.

En el delito de secuestro el agente puede tener diversas finalidades que lo motivan a privar de la libertad a una persona. Puede cometer el delito con la finalidad de realizar un acto sexual,<sup>40</sup> obtener un rescate,<sup>41</sup> robar o extorsionar<sup>42</sup> a una persona.

### C. Elementos normativos

Respecto a los *elementos normativos*, fue Max Ernst Mayer quien primero habló de ellos, y quien menciona que son aquellas partes esenciales de un resultado típico, que no tienen más que importancia valorativa determinada.<sup>43</sup> En relación con los *elementos normativos*, basta un conocimiento profano asequible al común de las gentes para comprender su significado.<sup>44</sup> Los elementos normativos forman parte de la descripción de los tipos penales; se

<sup>39</sup> Véase Franco Guzmán, Ricardo, *La subjetividad en la ilicitud*, México, Editorial José M. Cajica Jr., 1959, p. 149.

<sup>40</sup> Artículo 162 del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

<sup>41</sup> *Ibidem*, artículo 163.

<sup>42</sup> *Ibidem*, artículo 164.

<sup>43</sup> Véase Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5a. ed., Buenos Aires, Losada, 1992, t. III, p. 900.

<sup>44</sup> Véase Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 239.

valoran de acuerdo con la experiencia y al conocimiento que proporcionan.

Existen dos clases de elementos normativos: los de valoración jurídica y los de valoración cultural. Los de *valoración cultural* tendrán su contenido de acuerdo a los usos y costumbres de una sociedad específica, como ejemplo tenemos el abrir o interceptar *indebidamente* una comunicación escrita;<sup>45</sup> así como la valoración de lo ajeno en el delito de robo.<sup>46</sup> Los de *valoración jurídica* siempre nos remitirán a una norma jurídica para entender su contenido, como al que *sin excusa legal* se negare a comparecer;<sup>47</sup> la cópula en el delito de violación, el secreto industrial en el delito de violación del secreto industrial; la cosa mueble en el delito de robo, etcétera.

### 3. Atipicidad

La *atipicidad* es la no adecuación de una conducta al tipo descrito por la ley. Como ya se ha señalado, el tipo es la creación legislativa; es la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. En relación con la atipicidad, Jiménez de Asúa escribe

La atipicidad específicamente considerada puede provenir de la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del sujeto pasivo, del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto, así como de la ausencia en la conducta de los elementos subjetivos de lo injusto y hasta de los elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Artículo 173, fracciones I y III, del Código Penal Federal, 2014.

<sup>46</sup> *Ibidem*, artículo 367.

<sup>47</sup> *Ibidem*, artículo 179.

<sup>48</sup> Véase Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, p. 940.

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 29, fracción II,<sup>49</sup> menciona que el delito se excluye cuando “falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate”.

La hipótesis de atipicidad se origina:

- Cuando falta la *calidad* exigida por el tipo en cuanto al *sujeto activo*.
- Cuando falta la *calidad* exigida por el tipo en cuanto al *sujeto pasivo*.
- Cuando hay *ausencia de objeto*; o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o especiales exigidas por el tipo.
- Cuando no se dan en la conducta o hecho, los *medios de comisión* señalados por la ley.
- Cuando están ausentes los *elementos subjetivos del injusto*, requeridos expresamente por el tipo legal.
- Cuando están ausentes los *elementos normativos*, requeridos expresamente por el tipo legal.

Una conducta puede ser reprobable socialmente, pero si no encuadra exactamente en el tipo legal descrito con todos sus elementos, ya sean objetivos, subjetivos o normativos, operará la atipicidad.

## VI. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

### 1. *La antijuridicidad*

La antijuridicidad es el juicio de valor objetivo que se hace de una conducta o hecho típico que lesiona o pone en peligro el bien

<sup>49</sup> Artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

jurídicamente protegido, es lo contrario a derecho. Por lo tanto, no basta que el hecho sea típico, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario a la norma penal.<sup>50</sup>

El juicio de valoración recae únicamente sobre la conducta desplegada, por tanto, para que una conducta pueda ser considerada delictiva debe lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma penal; entonces, se entiende que la conducta además de típica debe ser antijurídica.<sup>51</sup>

Entonces al adecuarse una conducta a un tipo penal, se presenta el indicio de la existencia de la antijuridicidad, y por dicho indicio la conducta debe ser valorada por los juzgadores, en tanto no esté probada una causa de justificación, que más adelante analizaremos. Por ende, si se presenta alguna causa de justificación, la conducta que fue encuadrada en el tipo descrito por la ley penal resultaría intrascendente para el derecho penal, y por lo tanto, la antijuridicidad no se integraría.

## 2. Las causas de justificación

Las causas de justificación son aquellas circunstancias que rodean a los actos u omisiones, y que eliminan el juicio objetivo de la antijuridicidad, es decir, estas causas impiden que una conducta que se encuadra exactamente en un tipo penal sea antijurídica o contraria a derecho. Dichas causas de justificación deberán aparecer expresamente en los ordenamientos penales, sólo así pueden tener el carácter de justificantes.<sup>52</sup>

Para una mejor comprensión de las causas de justificación, debemos tener claro que toda conducta jurídicamente regulada puede ser legal o ilegal. Por lo tanto, toda conducta legal pertenece al grupo de las *conductas libres o potestativas*, que son las que se realizan en el *ejercicio de un derecho*, o al grupo de las *conduc-*

<sup>50</sup> Véase Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, p. 958.

<sup>51</sup> Véase Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 346.

<sup>52</sup> Véase Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, p. 1035.

*tas obligatorias*, que son las que se realizan en el *cumplimiento de un deber*.

- 1) Las conductas *libres o potestativas* son aquellas que un sujeto puede realizar o no; su no realización no trae aparejada consecuencia jurídica alguna porque son libres, y se realizan en el ejercicio de un derecho.
- 2) Las *conductas obligatorias* se realizan en el cumplimiento de un deber jurídico, pues hay una obligación de hacer o no hacer algo. Su no realización o su omisión tiene una consecuencia legal, es decir, pasan automáticamente a formar parte de las conductas ilícitas.

Entonces las causas de justificación o licitud se presentan en: el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber.

Las causas de justificación reguladas en la mayor parte de los códigos penales son las siguientes: 1) consentimiento del titular, 2) legítima defensa, 3) estado de necesidad, y 4) cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho.

#### A. *Consentimiento del titular*

En algunos casos acontece que la persona a la que se le imputa un delito actuó con el permiso o autorización del titular del bien jurídicamente protegido; cuando se presenta esta situación se considerará que el sujeto actuó bajo una causa de justificación, denominada *consentimiento del interesado*.<sup>53</sup>

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en la fracción III menciona que el delito se excluirá cuando:

se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

<sup>53</sup> Véase Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 430.

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien, y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.<sup>54</sup>

Por ejemplo, el sujeto A, dueño de un taxi, consiente que su trabajador, el sujeto B, todos los días se lleve el vehículo a su domicilio particular después de su jornada laboral y un buen día presenta una querrela por el delito de abuso de confianza. El sujeto B puede defenderse aduciendo que el dueño del taxi, quien está legitimado para disponer de su patrimonio, que además es un bien jurídico disponible, autorizó expresamente la posibilidad que tenía de llevarse el vehículo a su domicilio después de su jornada laboral. Por lo tanto, la conducta del sujeto B no será antijurídica porque operaría en su favor la causa de justificación denominada consentimiento del interesado. Obviamente tal circunstancia deberá de acreditarse mediante las pruebas correspondientes.

### B. *Legítima defensa*

La legítima defensa está contemplada como una conducta que está excluida de responsabilidad, y consiguientemente ni está prohibida ni sancionada, entonces es una conducta jurídicamente permitida. La legítima defensa posee, por lo tanto, el *atributo* de la licitud, porque pertenece a la *clase* de los procederes jurídicamente lícitos.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> Artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

<sup>55</sup> Véase Franco Guzmán, Ricardo, “La legítima defensa y su expresión simbólica según la ontología formal del derecho”, *El Foro*, México, cuarta época, núm. 11-12, enero-junio de 1956, p. 147.

El Código Penal Federal respecto a la legítima defensa menciona que el delito se excluye cuando:

Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.<sup>56</sup>

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal hace a un lado el elemento *racionalidad en los medios empleados*, y respecto a esta causa de justificación señala que el delito se excluirá cuando

Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

De las definiciones legales se desprende que la legítima defensa está compuesta por dos elementos: en primer lugar debe existir una *agresión o ataque*, en segundo lugar una *defensa*.

#### a. Elementos de la agresión

- *Debe de ser una agresión real.* La agresión debe ser verdadera, cierta, efectiva, y no falsa o aparente. Por ejemplo, cuando un sujeto le apunta a otro con un arma de fuego.
- *Debe ser actual.* La agresión es actual cuando ocurre en el presente, es decir, que se esté realizando simultáneamente a la defensa; no debe ser pretérita o futura, por ejemplo, que un sujeto A le lance un cuchillo a un sujeto B, éste lo esquiva y se le va a golpes al sujeto A para

<sup>56</sup> Artículo 15, fracción IV, del Código Penal Federal, 2005.

quitarle dos cuchillos más que pretendía lanzarle, produciéndole lesiones al sujeto A.

- *Debe ser inminente.* En el supuesto de que la agresión no sea actual, deberá ser inminente, es decir, que esté próxima a acontecer en un lapso de tiempo muy breve. Por ejemplo, cuando un automóvil sospechoso con varios sujetos encapuchados se le atraviesa a otro automóvil evitando que siga su trayecto, es inminente que lo van a matar, secuestrar, robar, etcétera.
- *Debe ser sin derecho.* Tiene que ver con el círculo de las conductas jurídicamente reguladas que ya explicamos; la agresión debe encontrarse en el hemisferio de las conductas ilícitas, es decir, la agresión debe ser antijurídica, ilegal, injusta. Por ejemplo, cuando una banda de secuestradores priva de la libertad a un famoso político, esa privación de la libertad es ilegal.

#### b. Elementos positivos de la defensa

- *Protección de bienes jurídicos.* Debe repelerse la agresión en protección de bienes jurídicos propios o de terceros que tutela la ley penal. Por ejemplo, cuando un sujeto salva su propia vida o la de algún pariente o extraño.
- *Necesidad de la defensa.* Significa que la repulsa en contra de la agresión debe darse por necesidad. Si un automóvil sospecho es tripulado con sujetos encapuchados que le corta el paso a otro vehículo evitando que continúe su trayecto, el conductor de este vehículo está autorizado por la ley para matar a esos sujetos si es el único medio necesario para evitar que lo secuestren, lo maten, etcétera.
- *Racionalidad de la defensa.* Debe haber racionalidad en la defensa respecto a la agresión, es decir, que el contraataque o repulsa debe contener un acto razonable, de sentido común. Por ejemplo, un sujeto A observa que otro sujeto B le va a lanzar un piedra, por lo que el sujeto A le



dispara con un arma de fuego; de lo anterior se desprende que el sujeto A no actuó con racionalidad.

c. Elementos negativos de la defensa

- *Provocación dolosa*. Que no medie provocación dolosa; es decir, que el agredido no debe haber provocado al agresor con una agresión que se pueda considerar suficiente e inmediata.

C. *Estado de necesidad*

El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho y no queda otro remedio que la violación de los intereses jurídicamente protegidos de otra persona.<sup>57</sup> Sólo es posible una invocación del estado de necesidad cuando “*la tolerancia de la situación de peligro desencadenante de la colisión no sea exigible para el autor*”.<sup>58</sup>

El artículo 29, fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal regula que el delito se excluye cuando:

...se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Véase Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 18a. ed. de Luis Jiménez de Asúa y Quintanillo Saldaña, Madrid, Reus, 1929, t. II, p. 341.

<sup>58</sup> Maurach, Reinhart, *Derecho penal, parte general*, trad. de la 7a. ed. por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Buenos Aires, Astrea, 1994, t. I, pp. 568 y 569.

<sup>59</sup> Artículo 29, fracción V, del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

El estado de necesidad se compone de los siguientes elementos:

- a) *La existencia de un peligro real, actual e inminente.* El peligro debe ser verdadero, cierto, efectivo, y no falso o aparente. Además, debe ser un peligro presente o próximo a acontecer en un lapso de tiempo muy breve.
- b) *Que el peligro recaiga en bienes jurídicos.* El bien jurídico comprende tanto la vida como la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, es decir, todo bien tutelado por el derecho penal.
- c) *Que el peligro no haya sido ocasionado dolosamente por el sujeto.* El peligro no debe haber sido causado voluntariamente por el agente, es decir, que el propio sujeto hubiere determinado la situación de peligro mediante una acción consciente y voluntaria.
- d) *Que se lesione otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado.* La consecuencia lógica del conflicto o colisión de bienes se traduce en la salvación del bien en peligro a expensas del sacrificio de otro de menor o igual valor al salvado. Siendo evidente que la superación del peligro sólo puede obtenerse lesionando un bien jurídico ajeno.
- e) *Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para superar el peligro.* La procedencia del estado de necesidad, al lesionar un bien jurídico de menor o de igual valor al salvado, queda siempre condicionada a que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

Para comprender mejor el estado de necesidad supongamos que una persona se percata que una mujer se está ahogando en una piscina y no encuentra medio alguno para salvarla, pero observa que dentro de una cabaña hay un salvavidas, entonces dicha persona tira la puerta de la cabaña, entra en ella, toma el salvavidas y salva a la mujer. En este caso, la persona que salvó a la mujer, objetivamente cometió el delito de allanamiento de morada, daño en propiedad ajena y robo; sin embargo, actuó amparada

bajo la causa de justificación denominada *estado de necesidad*, porque obró para salvaguardar la vida de la mujer de un peligro real y actual. Es decir, la mujer se estaba ahogando porque no sabía nadar; dicho peligro no fue ocasionado por el agente puesto que él sólo pasaba por el lugar; dañó bienes materiales y salvó un bien jurídico mayor que se encarna en la vida de la mujer salvada, y no podía evitar el peligro por otros medios puesto que no sabe nadar y él no tenía el deber jurídico de afrontarlo.

#### D. *Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho*

El cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho operan bajo la fórmula “cuando se obra en ejecución del derecho no se delinque”, por tanto, el derecho está interesado en que las personas ejerzan sus derechos, a pesar de la posibilidad de que al hacerlo infrinjan la norma penal.

Toda conducta o hecho tipificados en la ley constituyen, de *ordinario*, situaciones *prohibidas*, por contenerse en ellas mandatos de no hacer (de abstención), mas cuando se realizan en el *cumplimiento de un deber* o en el *ejercicio de un derecho* adquieren carácter de licitud, excluyendo la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal. Según se ha venido reconociendo desde el derecho romano hasta nuestros días.<sup>60</sup>

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 29, fracción VI,<sup>61</sup> regula estas figuras al decir que el delito se excluye cuando: “la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo”.

##### a. *Cumplimiento de un deber*

Dentro de la noción de *cumplimiento de un deber* se comprende, por ello, tanto la realización de una conducta ordenada, por

<sup>60</sup> Véase Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 403.

<sup>61</sup> Artículo 29, fracción VI, del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas.<sup>62</sup>

Lo expresado demuestra que los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad puede derivar de:

- *Una norma jurídica.* Por ejemplo, según el artículo 400, fracción V, de la legislación federal, se sancionará al particular que:

No procure, por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo para su persona, impedir la consumación de los delitos que sabe van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga la obligación de afrontar el riesgo, en cuyo caso se estará a lo previsto en este artículo o en otras normas aplicables.<sup>63</sup>

- *Una orden de la autoridad.* Por tal entendemos la manifestación de voluntad del titular de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento de derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado. Por ejemplo, la policía ministerial que procede a una detención en cumplimiento a una orden de aprehensión decretada por un juez, no priva ilegalmente de su libertad al imputado.

Por las ideas expuestas, es posible afirmar que el *cumplimiento de un deber* no es exclusivo de los funcionarios, empleados, agentes o comisionados del gobierno, sino también incluye a los particulares obligados legalmente a actuar en determinada forma de acuerdo con lo establecido en la ley.

#### b. Ejercicio de un derecho

Derívase, como consecuencia lógica, que quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley autoriza, no comete

<sup>62</sup> Véase Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 404.

<sup>63</sup> Artículo 400 del Código Penal Federal, 2014.

acción antijurídica alguna, aun cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege.<sup>64</sup>

Se puede decir que el ejercicio de un derecho se origina:

- a) *En el reconocimiento realizado por la ley sobre el derecho ejercitado.* Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos autoriza a un particular a detener a un persona si está cometiendo un delito o inmediatamente después de cometerlo.
- b) *En una facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente.* Esta autorización requiere que derive de una autoridad que actúe dentro del marco de su competencia, y que reúna los requisitos legales.

## VII. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

### 1. *La imputabilidad*

Es la capacidad que tiene un sujeto para conocer el significado de su conducta frente al orden jurídico. Esto significa que únicamente puede ser culpable el sujeto que tiene la capacidad de transgredir el orden jurídico por propia voluntad, es decir, dicho sujeto debe ser imputable.<sup>65</sup>

Entonces la *imputabilidad* es una doble capacidad:<sup>66</sup> capacidad de entender (elemento intelectual) y capacidad de querer (elemento volitivo).

Se presenta la *imputabilidad*, cuando un sujeto tiene capacidad de entender y querer las consecuencias de sus actos. Por ende, cuando estos dos elementos se reúnen se dice que un sujeto

<sup>64</sup> Jiménez Huerta, Mariano, *La antijuricidad*, México, Imprenta Universitaria, 1952, p. 209.

<sup>65</sup> García Ramírez, Sergio, *La imputabilidad en el derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 17.

<sup>66</sup> Véase Manzini, Vincenzo, *op. cit.*, t. II, p. 125.

es imputable, esto significa que si el sujeto no cuenta con dichas capacidades es *inimputable*.

Ahora bien, los doctrinarios del derecho penal aún no se ponen de acuerdo en relación con la naturaleza jurídica de la *imputabilidad*. Algunos la consideran como un presupuesto general del delito; otros como un elemento integral del mismo y otros más como el presupuesto de la culpabilidad.

La doctrina dominante se muestra inclinada a considerar la *imputabilidad* como un presupuesto de la culpabilidad, al identificar la culpabilidad con la relación psicológica existente entre el hecho y su autor.

Nosotros consideramos que *la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad*, porque el sujeto que infringe la ley penal necesita de una previa aptitud de entender y querer ese acto ilícito, o sea, que por su desarrollo psíquico tenga la capacidad para delinquir, por lo que será culpable de su conducta. Esto significa que si no existe una relación psicológica entre el hecho y el autor, aquel no puede ser culpable de su acto antijurídico.

Para evitar confusiones es importante tener clara la distinción entre imputabilidad e imputación. El primero es un juicio que recae sobre el sujeto, en cuanto afirma que alguien es culpable; mientras que el segundo es un juicio que tiene por contenido una posibilidad de afirmar que algún sujeto está en condiciones de ser declarado culpable de la conducta ilícita cometida.

#### A. *Las acciones libres en su causa*

Con esta institución jurídica se trata de regular ciertos estados o situaciones en que un sujeto se coloca voluntariamente en un estado de inimputabilidad; situación que disminuye su capacidad de comprensión y su voluntad al momento en que comete el acto antijurídico.

El artículo 29, fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal regula la acción libre en su causa y menciona que el

sujeto que hubiese provocado su trastorno mental, es decir, su inimputabilidad, para en ese estado cometer el hecho, responderá por el hecho típico producido en tal situación.

### B. *La inimputabilidad*

Si la imputabilidad, según el criterio más generalizado, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho o determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la *inimputabilidad* supone, consecuentemente, la ausencia de dicha capacidad y por ello incapacidad para conocer la ilicitud del hecho, o bien para determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.<sup>67</sup>

Los casos de inimputabilidad los establece el artículo 29, fracción VII, del Código Penal para el Distrito Federal,<sup>68</sup> comprendiendo a quienes actúan bajo trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, situación que les impide comprender el carácter ilícito del hecho, o bien conducirse de acuerdo con dicha comprensión, salvo las acciones libres en su causa.

## 2. *La culpabilidad*

La culpabilidad consiste en la posibilidad de reprochar a un sujeto imputable y con conciencia de antijuridicidad, la realización de una conducta delictiva o haber producido un resultado dañoso, cuando le era exigible otra conducta que podía y debía desplegar.<sup>69</sup> Es decir, la culpabilidad es una actitud subjetiva del agente que se le reprocha al sujeto por haber realizado una conducta o hecho típico y antijurídico.

<sup>67</sup> Véase Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 454.

<sup>68</sup> Artículo 29, fracción IV, del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

<sup>69</sup> Véase Quintino Zepeda, Rubén, *Diccionario de derecho penal*, México, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, 2004, p. 147.

### *Formas de la culpabilidad*

Las formas de culpabilidad son dos: *el dolo y la culpa*; sin embargo, algunas entidades de la República regulan también la preterintencionalidad, que es una especie de mezcla entre el dolo y la culpa, dolo respecto al resultado querido y culpa por lo que hace al resultado producido.

#### *a. El dolo*<sup>70</sup>

Debemos considerar al dolo como la intención prevista y querida por el agente, dirigida a la obtención de un resultado delictuoso,<sup>71</sup> por ejemplo, cuando un sujeto acciona un arma de fuego con la intención de matar a una persona determinada.

El Código Penal Federal en su artículo 9o. establece que “obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley”.<sup>72</sup> Mientras el Código Penal para el Distrito Federal establece que “obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización”.<sup>73</sup>

Entonces obra dolosamente quien con su conducta consciente y voluntaria, quiere la producción de un hecho típico que realizará antijurídicamente, para la obtención de un resultado determinado. Cabe señalar que la normativa del dolo es diversa en virtud de que cada entidad de la República mexicana tiene su propio código penal. Para exhibir esta situación podemos apreciar que

<sup>70</sup> Para profundizar sobre el tema véase la obra de Liszt, Franz von, *op. cit.*, t. II, p. 399.

<sup>71</sup> Véase Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general*, t. I: *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2a. ed. por Diego-Manuel Luzón Peña *et al.*, Madrid, Civitas, 1977, p. 415.

<sup>72</sup> Artículo 9o. del Código Penal Federal, 2014.

<sup>73</sup> Artículo 18 del Código Penal para el Distrito Federal, 2014.



mientras que a nivel federal se solicita que el sujeto conozca los elementos del tipo penal, en el Distrito Federal se requiere únicamente que conozca los elementos objetivos del hecho típico.

### b. La culpa

La culpa se presenta cuando no se quiere producir el resultado, que era previsible y evitable, pero por haber actuado con falta de pericia que debía observar se produce un resultado que no se quería.<sup>74</sup> Supongamos que un sujeto está limpiando su arma y ésta se dispara lesionando a otra persona, el sujeto actuó con culpa porque debió cerciorarse que el arma estuviera descargada antes de comenzar a limpiarla.

El Código Penal Federal en el artículo 9o., segundo párrafo, menciona que “obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales”.<sup>75</sup> Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 18, menciona que la culpa se integra cuando, “obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”. Respecto a esta figura también la regulación es diversa en este caso el ordenamiento del Distrito Federal solicita un cuidado objetivo, mientras que la norma penal federal no lo solicita.

<sup>74</sup> Graf Zu Dohna, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, 4a. ed. trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Frikeiz, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 82. En este mismo sentido Castellanos Tena escribe: “Por nuestra parte, consideramos que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas”. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 248.

<sup>75</sup> Artículo 9o. del Código Penal Federal, 2014.

Son dos las especies principales de la culpa: consciente o con representación, e inconsciente o sin representación.

- a) *Culpa consciente o culpa con representación.* Hay culpa consciente cuando el sujeto considera como posible la producción del resultado, pero confía en que no se producirá, y sus elementos son:
- El sujeto se representa el resultado, pero no quiere que se realice.
  - El sujeto realiza un acto con falta de cuidado.
  - Se produce un resultado dañoso.
  - El resultado era previsible, pero se confió en que no se produciría.
- b) *Culpa inconsciente o culpa sin representación.* Se presenta cuando el sujeto no previó el resultado por falta de cuidado, teniendo la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible o evitable; los elementos de esta clase de culpa son los siguientes:
- El sujeto no se representa el resultado material.
  - El sujeto realiza un acto descuidado o con falta de cuidado.
  - Se produce un resultado dañoso.
  - El resultado era previsible.
  - El sujeto no quería ni se representó el resultado.

Ahora bien, de lo expuesto se puede deducir que los elementos de la culpa en general son:

- *Una conducta voluntaria.* Sólo la acción o la omisión voluntaria que ha transgredido el orden jurídico penal puede ser objeto del juicio de culpabilidad.

- *Un resultado típico y antijurídico*. Es decir, que la acción u omisión se adecua perfectamente al hecho comprendido en un tipo penal, y en consecuencia resulta contrario a la norma en el juicio objetivo de valoración.
- *Nexo de causalidad entre la conducta y el resultado*. Para atribuir el resultado a un sujeto debe precisarse la relación causal de aquél con la conducta desplegada.
- *Naturaleza previsible y evitable del evento*. A nadie puede reprochársele su incumplimiento si el evento era imprevisible e inevitable.
- *Ausencia de voluntad del resultado*. En el delito culposo se excluye la posibilidad de la voluntad del sujeto respecto al resultado, en él no existe la intención delictiva para producir el resultado.
- *Violación de los deberes de cuidado*. Es decir, que el sujeto haya actuado con imprudencia, negligencia o impericia.

### c. La preterintencionalidad

Diversos autores niegan la posibilidad del delito *preterintencional*, argumentando que en la misma actitud psicológica del autor no puede coexistir simultáneamente el dolo y la culpa. Por otra parte, surge un controvertido debate entre los doctrinarios del derecho penal en decidir cuál es la naturaleza de la preterintencionalidad; para unos se trata de una forma de dolo, para otros es de culpa, y para un grupo reducido se trata de una combinación entre dolo y culpa.

En opinión de Malo Camacho,

...el denominado delito *preterintencional* se refiere al caso que, en cierta forma, implica la suma de un delito doloso con un delito culposo, en el sentido de que supone dolo respecto del resultado querido y culpa respecto del resultado producido; o lo

que es lo mismo, donde el resultado producido, va más allá del resultado querido.<sup>76</sup>

En estos delitos lo que sucede es que el sujeto que realiza dolosamente un hecho delictivo produce otro más grave no abarcado por su intención. Supongamos que en una pelea callejera A únicamente quiere producirle lesiones a B, y B al ser golpeado, cae y se golpea la cabeza con una piedra y muere.

Los códigos penales que prevén esta tercera forma de culpabilidad mencionan que obra preterintencionalmente el que causa un resultado típico más grave al querido, si el mismo se produce culposamente; es decir, dolo respecto del daño querido y culpa respecto del resultado producido. Se establecen sanciones específicas para los delitos que se comenten con esta forma de la culpabilidad. Entre los estados que regulan la preterintencionalidad tenemos a Sinaloa,<sup>77</sup> Sonora,<sup>78</sup> Nayarit,<sup>79</sup> entre otros.

### 3. *La inculpabilidad*

Se presenta la *inculpabilidad* cuando existe ignorancia o error en el agente al momento de realizar una conducta. Por tanto dicha conducta será irreprochable, es decir, que la inculpabilidad derivará de la ignorancia o error al momento de realizar o no una conducta.

La *ignorancia* es el desconocimiento total de un hecho, o bien la carencia de toda noción sobre una cosa en tanto que el *error* es una idea falsa o errónea respecto a un objeto, cosa o situación.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> Véase Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, pp. 400 y 401.

<sup>77</sup> Artículo 84 del Código Penal del Estado de Sinaloa.

<sup>78</sup> Artículo 73 del Código Penal del Estado de Sonora.

<sup>79</sup> Artículo 76 del Código Penal del Estado de Nayarit.

<sup>80</sup> Castellanos Tena escribe: “Lo cierto es que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: *conocimiento y voluntad*”. Castellanos Tena, Fernando, *op. cit.*, p. 257.

De acuerdo con la doctrina, el error se divide en: <sup>81</sup> 1) error de derecho o de prohibición y 2) error de hecho o de tipo.

### A. *El error de derecho o de prohibición*

El error de prohibición impide siempre que el agente tenga la comprensión de la antijuridicidad de su conducta. Sin embargo, en ocasiones ocurre porque el sujeto no tiene la posibilidad de conocer una prohibición establecida en la ley, a lo que llamamos error de prohibición directo. Pero también se presenta cuando el agente erróneamente cree que su conducta está justificada por alguna causa de licitud.<sup>82</sup>

#### a. Error de prohibición directo

Se presenta cuando el sujeto aun conociendo la conducta que realiza es ignorante respecto de la obligación que tiene de respetar o acatar una norma penal determinada, ya sea porque desconoce la norma que le impone hacer, no hacer algo, o bien porque su conocimiento de ella es imperfecto.<sup>83</sup>

Pero no basta que el sujeto se encuentre inmerso en el error de no conocer la ley o ignorar su verdadero alcance para que se presente la inculpabilidad, pues dicho error tendrá que ser invencible o insuperable, lo que significa que si con diligencia pudo tener información de la ley y de su sentido y no se esforzó en hacerlo, no puede alegar que su error sea invencible.

El *error de prohibición directo e indirecto* está regulado en el artículo 29, fracción VIII, inciso b), del Código Penal del Distrito Federal. El primero se regula al establecer, en su primera parte,

<sup>81</sup> En opinión de Pavón Vasconcelos: “El error, como género, comprende como especies al *error de hecho* y al *error de derecho*, distinción proveniente del Derecho romano y reconocida plenamente en nuestros días”. Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 536.

<sup>82</sup> Malo Camacho, Gustavo, *op. cit.*, p. 567.

<sup>83</sup> Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 539.

que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de “la licitud de la conducta ya sea porque el sujeto desconoce la existencia de la ley o el alcance de la misma”.<sup>84</sup> Por ejemplo, el integrante de una comunidad indígena que derivado de su aislamiento y al no saber hablar español vende huevos de tortuga caguama protegidos por la ley. Aquél desconoce la existencia de la ley derivado de su aislamiento, por lo tanto su conducta si bien es típica y antijurídica no será culpable por presentarse el error de prohibición directo.

### b. Error de prohibición indirecto

Consiste en que el sujeto al realizar una conducta se encuentra en un error invencible; se presenta cuando sabe que si bien su conducta está prohibida en el caso en que se encuentra, cree que su actuar está comprendido dentro de una causa de justificación. Sin embargo, en caso de que el sujeto haya podido prever dicho error, es decir, que el error sea vencible, tal circunstancia eliminará el dolo pero no la culpa.<sup>85</sup>

El *error de prohibición indirecto* está regulado en la segunda parte del artículo 29, fracción VIII, inciso b), del Código Penal del Distrito Federal al mencionar que el delito se excluye cuando se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de “la ilicitud de la conducta porque el agente crea que está justificada su conducta”.<sup>86</sup>

Ahora, imaginemos que tres jóvenes usando pistolas de juguete, bromeando, simulan un robo hacia uno de sus profesores de la preparatoria. Al momento en que se está llevando a cabo la supuesta broma, el maestro saca un arma de fuego y le dispara a uno de ellos causándole la muerte. El maestro actuó creyendo que su conducta estaba justificada bajo la institución jurídica

<sup>84</sup> Código Penal del Distrito Federal, 2014.

<sup>85</sup> Jiménez Martínez, Javier, *Teoría general de la culpabilidad*, México, Instituto Nacional de Desarrollo Jurídico, 2004, p. 145.

<sup>86</sup> Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

denominada legítima defensa; respecto de un error invencible, pues, él no podía saber que se trataba de una pistola de plástico y que el robo era simulado. En el citado ejemplo, la conducta del maestro debe ser inculpable, pues actuó bajo un *error de prohibición indirecto invencible*, bajo la falsa creencia que su conducta estaba justificada por la causa de licitud de legítima defensa.

### B. *El error de hecho o de tipo*<sup>87</sup>

El *error de tipo* se presenta cuando el error recae sobre alguno de los elementos esenciales del tipo, lo que producirá inculpabilidad en el actuar del sujeto; este error se divide en *error accidental* y *error esencial*

El error de hecho está previsto en el artículo 29, fracción VIII, inciso a), del Código Penal para el Distrito Federal al establecer que el delito se excluye cuando “se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de alguno de los *elementos objetivos* que integran la descripción legal del delito de que se trate”.<sup>88</sup> Por su parte, el Código Penal Federal en el artículo 15, fracción VIII, inciso a), en lugar de referirse a los elementos objetivos, solicita que el error recaiga sobre los elementos esenciales del tipo penal.<sup>89</sup>

- 1) *Error accidental*. No es causa de inculpabilidad cuando el error recae sobre algo meramente superficial, no básico y no fundamental, por lo tanto, no se excluye el delito. Dentro de esta categoría tenemos:

— *Error en el golpe* (*aberratio ictus*). En éste hay una desviación en el golpe causando un daño menor o mayor al que se quería producir; por lo que la conducta

<sup>87</sup> Para profundizar más acerca de este tema ver la obra de Nava Garcés, Alberto E., *El error en el derecho penal*, México, Porrúa, 2007, pp. 131-215.

<sup>88</sup> Código Penal para el Distrito Federal, 2014.

<sup>89</sup> Código Penal Federal, 2014.

será reprochable. Supongamos que A dispara su arma de fuego contra B, pero la mala puntería de A hace que la bala lesione a C.

- *Error en la persona* (error in personam). El acto delictivo recae en una persona distinta de la persona destinataria. Por ejemplo, si A queriendo lesionar a B, lo confunde con C, y le causa la muerte, existe un error en la persona.
- *Error en el delito* (aberratio delicti). Es una variante del error en el golpe; en este se quería producir un determinado delito pero por la desviación del golpe se produce otro. Imaginemos que A quiere atropellar a B, pero se da cuenta y esquiva el vehículo de A, por lo que éste se estrella con el automóvil de C, causando daño en propiedad ajena.
- *Error en el proceso causal*. En este se pretende lograr un determinado fin utilizando medios precisos, sin embargo, la finalidad se logra por medios diversos.

2) *Error esencial*. El error esencial se divide en error vencible e invencible.

- *Vencible (culpable)*. Este error se presenta cuando el sujeto puede razonablemente conocer la situación errónea en que se encuentra y pudo y debió prever el error. Dicho error excluye el dolo pero no la culpa.
- *Invencible (inculpable)*. Hay error invencible cuando debido a las circunstancias especiales del caso, el sujeto no podía razonablemente conocer el error en que se encontraba, lo que produce inculpabilidad.

Tenemos el caso del sujeto que por medio del engaño obtiene el consentimiento de una menor de edad de 17 años para tener cópula, a quien conoció en una discoteca a la que sólo asisten personas mayores de edad. En este caso podría operar el delito



de estupro. Pero en virtud de que existe un error en el elemento objetivo de dicho delito, calidad en el sujeto pasivo, el sujeto no será culpable ya que el agente al conocer a la mujer en un establecimiento donde asisten mayores de edad, pensó que era una persona mayor de edad, pero estaba en un error que es invencible porque no tenía las posibilidades de saber que dicha mujer era menor de edad.

### C. *La no exigibilidad de otra conducta*

Esta causa de inculpabilidad se presenta cuando de acuerdo con las circunstancias que ocurren 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 obligar al sujeto a actuar conforme a derecho. Es decir, que debido a la peculiaridad del hecho no se puede pedir al autor que actúe de forma diversa.<sup>90</sup>

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 29, fracción IX, prevé esta causa de inculpabilidad al mencionar que el delito se excluye cuando “en atención a 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”.<sup>91</sup>

El encubrimiento por favorecimiento a que se refiere el artículo 320 es un ejemplo, pues no se le puede exigir a un allegado próximo, a un amigo íntimo, que se niegue a ocultar o a auxiliar a sus padres, cónyuge, hermano o amigo.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, 2a. ed., trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Revista de Derecho Privado, t. II, p. 181.

<sup>91</sup> Código Penal del Distrito Federal, 2014.

<sup>92</sup> *Ibidem*, artículo 320.

## VIII. LA PUNIBILIDAD

La *punibilidad* es la amenaza establecida en el tipo por la comisión del delito, siendo la consecuencia que deriva de una conducta, típica, antijurídica y culpable. Pero no hay que confundir punibilidad con pena, ya que ésta es la sanción correspondiente por la comisión de un delito.<sup>93</sup>

Hay algunos autores que dicen que la *punibilidad* no es un elemento del delito, sino que es una consecuencia del mismo y que por tanto no forma parte de sus elementos. Nosotros pensamos que la punibilidad sí es un elemento integral del delito porque si no fuera punible, por existir alguna excusa absolutoria, el delito no se integraría.<sup>94</sup>

Al considerar a la *punibilidad* como parte integrante del delito, y el último de sus elementos, el delito sólo puede ser aquella conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Es decir, a la que la ley le atribuye una pena.

Las *excusas absolutorias*. Son ciertas situaciones en las que por razones de política criminal se considera pertinente no aplicar una pena en concreto; en consecuencia, si el Estado establece en ciertas circunstancias no aplicar la pena establecida para cierto delito, la conducta o hecho será típica, antijurídica, culpable, pero no punible, lo que originará la inexistencia del delito.<sup>95</sup>

El Código Penal Federal prevé entre otras las siguientes excusas absolutorias:

<sup>93</sup> Ernest von Beling menciona que “La pena, como institución jurídica, es un sufrimiento, que el ordenamiento jurídico hace seguir a un determinado hecho ilícito para el autor de éste”. Beling, Ernst von, *Esquema de derecho penal*, trad. de Sebastián Soler, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 3.

<sup>94</sup> Pavón Vasconcelos al referirse a la punibilidad expone: “Por punibilidad entendemos, en consecuencia, 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”. Pavón Vasconcelos, Francisco, *op. cit.*, p. 569.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 575.

- El artículo 138<sup>96</sup> declara impune a quienes habiendo tomado parte en una rebelión depongan las armas antes de ser tomados prisioneros, siempre y cuando no se haya cometido alguno de los delitos de homicidio, robo, secuestro, despojo, incendio, saqueo u otros delitos para hacer triunfar a la rebelión. En este ejemplo, la excusa absolutoria se basa en el arrepentimiento.
- El artículo 333,<sup>97</sup> en su primera parte, declara impune el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada; el precepto recoge indudablemente una excusa absolutoria al eximir de pena el resultado de muerte del producto de la concepción, cuando es consecuencia de la conducta imprudente de la propia mujer embarazada.

#### IX. ESTRUCTURA PARA EL ANÁLISIS DE LOS CASOS PENALES

Los temas de la teoría del delito antes tratados deben ser aplicados en el análisis de los casos penales y siguiendo nuestra postura de ceñirnos a la teoría pentatómica para estructurar el delito.

A continuación proponemos un estructura clara y pragmática para que los operadores del nuevo sistema de justicia penal puedan organizar su teoría del caso en el procedimiento penal acusatorio acorde a los mismos:

#### *Estudio dogmático*

- 1) Conducta o hecho. Razonar y explicar:
  - a) Por qué el caso concreto es una conducta o es un hecho.
  - b) En caso de que sea un hecho, razonar cada uno de sus elementos: conducta, resultado material y nexo de causalidad.

<sup>96</sup> Código Penal Federal, 2005, artículo 138.

<sup>97</sup> *Ibidem*, artículo 133.

- c) Si opera o no alguna causa de ausencia de conducta.
- 2) Tipicidad. Razonar y explicar:
- a) Por qué el caso concreto encuadra al tipo penal específico, para ello se deberán explicar los elementos objetivos, subjetivos y normativos.
  - b) Las agravantes del delito, si en el caso concreto se llegan a presentar.
- 3) Antijuridicidad. Razonar y explicar:
- a) Por qué la conducta en el caso concreto es antijurídica.
  - b) Por qué operarían o no las causas de justificación del delito.
- 4) Culpabilidad. Razonar y explicar:
- a) Por qué el sujeto activo es imputable o inimputable o si se presenta la acción libre en su causa.
  - b) Por qué la conducta es dolosa, culposa o preterintencional.
  - c) Si opera o no el error de prohibición de tipo o el error de prohibición o la no exigibilidad de otra conducta.
- 5) Punibilidad. Razonar y explicar:
- a) La sanción penal establecida para el caso concreto.
  - b) Si opera o no alguna excusa absolutoria.