



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA ATENUANTE, EN RELACIÓN AL INJUSTO PENAL
DE HOMICIDIO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 243 FRACCIÓN IV DEL CÓDIGO
PENAL EN EL ESTADO DE MÉXICO”.

T E S I S QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO P R E S E N T A

JORGE IGOR OJEDA MARTÍNEZ

Asesor: Licenciado Juan José López Tapia.

Fecha: Enero de 2009.



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.

AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS.

A *Dios* por todas sus bendiciones, por su amor desbordado, por haber situado en mi camino a cada una de las personas que, de manera directa o indirecta, contribuyeron a la consecución de una de las metas más importantes para mí; por permitirme llegar a esta etapa cobijado por el amor de mis padres, de mi esposa y de mi hermano, sin ser menos importante el cariño de todos y cada uno de los miembros de mi familia así como del de mis mejores y mas grandes amigos.

A la *Universidad Nacional Autónoma de México*, así como a la *Facultad de Estudios Superiores Acatlán*, por contribuir de manera importante, no solo en mi formación profesional, sino también en la personal, pues el pertenecer a la máxima casa de estudios, además de ser motivo de orgullo, representa un compromiso especial para todos sus egresados. Por mí raza hablará el espíritu.

A los miembros integrantes del Sínodo, Licenciados *Aida Míreles Rangel*, *Enrique Ramírez Hernández*, *Víctor Manuel Serna Thome* y *Ernesto Aníbal Rivas Romero*, en principio por sus finas atenciones, así como también por el tiempo invertido en la revisión del presente trabajo, por sus consejos y por las acertadas observaciones que sin lugar a dudas aportaron diversos enfoques y perspectivas relacionadas con el tema de que se trata, y que además fueron de suma utilidad en el estudio del sustentante. Gracias.

Al Licenciado *Juan José López Tapia* por compartir conmigo sus conocimientos en la materia, por su apoyo incondicional, por su entera confianza, por la atención que tuvo desde el momento en que le sugerí ser la persona que asesorara y dirigiera mi Tesis, pero sobre todo, por brindarme su amistad y por alentarme de la manera en que lo hizo, es decir, a través de su ejemplo, para culminar con mis estudios a nivel licenciatura. Gracias.

Especialmente a **Jorge Ojeda Gándara** y a **Rebeca Martínez Arias**, a quienes en principio debo mencionarles son principales partícipes de este logro, deben estar seguros que sin su apoyo, y sobre todo, sin su amor, no hubiésemos podido alcanzarlo; gracias además por los principios y valores que desde pequeño me han inculcado, por los regaños, por los castigos, por los permisos negados, por los malos momentos, por sus consejos, por sus abrazos reconfortantes, por su cariño, por su comprensión, por su ejemplo, por ser como son; ojalá todos y cada uno de los sacrificios que, tanto económicos como personales, en su momento tuvieron que realizar para llegar hasta este punto, así como los múltiples sinsabores, que no dudo con mi andar ladino, en diversas ocasiones les hice pasar, se vean en parte recompensados con el esfuerzo reflejado y materializado en este trabajo; se que ustedes lo anhelaban tanto como yo, que Dios los bendiga. Gracias papás, los amo.

Quiero darle las gracias también a la Licenciada **Adriana Ivett Morales Chávez** por todo su apoyo, por su tolerancia, pero sobre todo por su gran paciencia demostrada durante el tiempo de elaboración de esta Tesis, agradeciéndole además sus constantes llamadas de atención que en mucho ayudaron para hacer a un lado la decidía que nos impedía acelerar el paso para finalizar este proyecto, que además, es una pequeña muestra del inmenso amor que siento por la persona que elegí para compartir todos los días de mi vida. Gracias por creer en mí, te amo y te admiro.

A mi hermano **Omar Ojeda Martínez** por ser siempre mejor amigo que hermano, por tu fuerza de voluntad, por demostrarme que a pesar del peor de los problemas o de la más dura adversidad, se puede salir adelante siempre y cuando busquemos el apoyo incondicional de la familia, por esa gran lección de vida que te hace un hombre admirable y respetable, por enseñarme a perdonar. Te amo.

Al Maestro **Ricardo Ojeda Gándara** por el soporte brindado durante mi experiencia laboral, por ser el primer eslabón en la cadena que hizo me adentrara

en el Derecho Penal, por predicar con el ejemplo, por tus enseñanzas, por que quizá sin tu apoyo hubiese sido sumamente difícil comenzar con el pie derecho. Gracias.

A mis tíos *Yolanda Ojeda Gándara* y a *Ezequiel Gutiérrez Moreno* por reiterarme una y mil veces, cuál es la piedra angular en la que deben cimentarse todos y cada uno de los proyectos que en la vida pretendemos culminar satisfactoriamente, por todas y cada una de las palabras de aliento y de orientación que en momentos difíciles han tenido a bien compartir conmigo, ahora se que no se equivocaron. Gracias.

Al Doctor *R. Alejandro Senties Carriles* por su sencillez, por su humildad, por su humanidad, por que en el tiempo que tuve la oportunidad de colaborar con Usted, siempre estuvo dispuesto a disipar mis dudas, por qué aún sin que su investidura lo obligara, fomentaba en sus colaboradores la constante actualización en el Derecho Penal, por creer en mí, y darme la primer oportunidad de elaborar proyectos de sentencia; sin lugar a dudas su ejemplo y su persona se constituyen como modelos a seguir para todos aquellos que elegimos desempeñarnos en el Servicio Público, por su invaluable amistad. Mil gracias.

Debo además agradecerle a la actual plantilla que integra el *Juzgado Cuadragésimo Cuarto Penal del Distrito Federal*, por todo el apoyo que siempre me han brindado, porque de cada uno de ustedes he obtenido un aprendizaje que probablemente en otro lugar no hubiera conseguido, porque es en ese sitio en el que encontré algo que es de suma importancia en mi vida, la amistad; así también es mi deseo darle las gracias, en el mismo sentido, a quienes en algún momento formaron parte del personal integrante de dicha institución, y quienes por diversas circunstancias, la vida los ha puesto en otro lugar, especialmente a la Licenciada *G. Marisol Zecua Muñoz*, quien en su momento también tuvo a bien confiar y creer en mis capacidades.

Quiero dedicar también el presente trabajo a quienes ya no están presentes en este mundo, pero desde algún lugar me observan y se que estarían gustosos de compartir conmigo esta gran alegría, principalmente a mis abuelas ***Francisca Gándara*** y ***Gloria Arias***, así como a mi compañera y amiga ***Matilde Toledo Loza***, además de ellas a ***Leo***, a ***Líen***, a ***Jacobo***, a ***Nahomi*** y a ***Norma***, como el mas modesto ejemplo, para que ustedes también realicen su más anhelados sueños, sabedores que el único camino para lograrlo, es el esfuerzo y la perseverancia, y que los triunfos que logren harán sumamente felices a sus familias, sobre todo a sus padres y a sus abuelos, nunca dejen de luchar por alcanzarlos.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO

	Página.
Introducción.	1
1.1. Antecedentes históricos del tipo penal de homicidio.	3
1.1.1. Roma.	6
1.1.2. España.	8
1.1.3. México.	11
1.2. Antecedentes legislativos del tipo penal de homicidio.	14
1.2.1. El Código Penal del Estado de México de 1875.	15
1.2.2. El Código Penal del Estado de México de 1916.	16
1.2.3. El Código Penal del Estado de México de 1937.	16
1.2.4. El Código Penal del Estado de México de 1956.	17
1.2.5. El Código Penal del Estado de México de 1961.	17
1.2.6. El Código Penal del Estado de México de 1986.	19
1.2.7. El Código Penal del Estado de México de 2000.	19

CAPÍTULO SEGUNDO. MARCO TEÓRICO SOBRE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

2.1. El delito.	24
2.2. Elementos positivos y negativos del delito.	27
2.2.1. Conducta y ausencia de conducta.	28
2.2.2. Tipicidad y atipicidad.	40
2.2.3. Antijuridicidad y causas de justificación.	48
2.2.4. Imputabilidad e inimputabilidad.	56
2.2.5. Culpabilidad e inculpabilidad.	61

	Página.
2.2.6. Condiciones objetivas de punibilidad y falta de condiciones objetivas de punibilidad.	70
2.2.7. Punibilidad y excusas absolutorias.	72

CAPÍTULO TERCERO.

ESTUDIO JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 241 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, EN RELACIÓN A LA ATENUANTE QUE PREVEÉ EL NUMERAL 243 FRACCIÓN IV DE DICHA LEY SUSTANTIVA.

3.1. Concepto del delito de homicidio.	75
3.2. El delito de homicidio previsto en el numeral 241 del Código Penal del Estado de México, y sus tipos.	77
3.3. Análisis de los elementos positivos y negativos del tipo penal de homicidio, en relación a la atenuante que prevé el numeral 243 fracción IV del Código Penal del Estado de México.	82
3.3.1. Conducta y ausencia de conducta en el tipo penal a estudio.	84
3.3.2. Tipicidad y atipicidad en el tipo penal a estudio.	90
3.3.3. Antijuricidad y causas de justificación en el tipo penal a estudio.	94
3.3.4. Imputabilidad e inimputabilidad en el tipo penal a estudio.	97
3.3.5. Culpabilidad e inculpabilidad en el tipo penal a estudio.	98
3.3.6. Condiciones objetivas de punibilidad y falta de condiciones objetivas de punibilidad en el tipo penal a estudio.	101
3.3.7. Punibilidad y excusas absolutorias en el tipo penal a estudio.	103

CAPÍTULO CUARTO.

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA ATENUANTE, EN EL TIPO PENAL DE HOMICIDIO, QUE DESCRIBE EL ARTÍCULO 243 FRACCIÓN IV DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

4.1. “Madre que diere muerte a su propio hijo”.	105
---	-----

	Página.
4.2. “Dentro de las 72 horas de nacido”.	106
4.3. “Mala fama”.	107
4.4. “Embarazo oculto”.	108
4.5. “Nacimiento oculto”.	108
4.6. “Sin inscripción en el registro civil”.	109
4.7. “Infante no legítimo”.	110
 CONCLUSIONES.	 112
BIBLIOGRAFÍA.	119
LEGISLACIÓN CONSULTADA.	121

INTRODUCCIÓN

Dentro de la gama de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal del Estado de México, encontramos varios y de diversos tipos, sin embargo, la integridad corporal y la vida, desde un particular punto de vista, son quizá los más importantes de ellos.

Resulta inverosímil aceptar, jurídicamente, que en el tipo penal que se describe en el artículo 241 de la Ley Sustantiva Penal en el Estado de México, exista una atenuante, a favor de la madre que prive de la vida a su hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, siempre que concurren las siguientes circunstancias, en relación a aquella: a) Que no tenga mala fama; b) Que haya ocultado su embarazo; c) Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil y d) Que el infante no sea legítimo.

Las circunstancias especiales tanto del sujeto activo como del pasivo en el tipo penal a estudio, en relación a la atenuante prevista en la fracción IV del numeral 243 del Código Penal para el Estado de México, resultan ser totalmente desiguales en todos sentidos, siendo ello razón suficiente para que el legislador de dicha entidad federativa, lejos de atenuar la penalidad a la madre que prive de la vida a su hijo, acreditándose las circunstancias arriba mencionadas, considerara incrementar la misma, tomando en cuenta, hasta cierto punto y con las limitaciones pertinentes, los lineamientos a seguir para la imposición de una pena similar a la correspondiente al Homicidio Calificado.

Con el presente trabajo de investigación, al realizar un análisis jurídico de la atenuante prevista en el artículo 243 fracción IV del Código Penal del Estado de México, la finalidad primordial para el sustentante, radica básicamente, en la creación de argumentos, firmes y debidamente sustentados, para establecer que las circunstancias a que se hace referencia en la fracción IV del numeral que se cita, concretamente de los incisos a) al d), lejos de atenuar la penalidad a imponer a la sujeto activo del delito de Homicidio, debería por el contrario de agravarla, para de esta forma proporcionar al recién nacido la seguridad jurídica de que la ley sustantiva de la

materia, salvaguardará su integridad corporal, y como consecuencia su vida, sin importar, en este caso concreto, las horas transcurridas después de su nacimiento.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO.

La vida humana es el bien jurídico que actualmente ocupa el primer lugar entre los valores tutelados penalmente, puesto que de ella proceden, estando a la cabeza claro está como bien supremo, todos los bienes materiales de los que el hombre goza.

“La vida humana ocupa pues, el primer rango en la escala ideal de los valores jurídicos de magnitudes constantes, habida cuenta de que cuando se pierde la vida salen sobrando todos los demás valores humanos”.¹

En este mismo sentido, el autor Jesús Orlando López Gómez dice: “Con el homicidio no solo se afecta al individuo en particular sino que se ataca a la especie, y por ello produce una reacción psicológica de terror y desconfianza en la sociedad; el homicidio desequilibra a la familia de la víctima, corta de tajo una serie de posibilidades para el futuro de otras personas...”.²

Desde que el hombre comenzó a organizarse en grandes civilizaciones que indudablemente atendieron a su carácter social innato, ha sido el Derecho la herramienta más útil de la que se ha echado mano para lograr la imprescindible convivencia social, pues su objetivo es siempre buscar un adecuado equilibrio, regulando aspectos eminentemente de justicia, atendiendo siempre a la exigencia de la observación de un patrón de conducta creado por la sociedad, logrando entre sus integrantes, óptimas condiciones de convivencia y armonía, imperando

¹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. *Derecho Penal Mexicano Tomo II. La Tutela Penal de la Vida y la Integridad Humana*. Editorial Porrúa, 7ª edición. México 1986. p. 18.

² GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *El Homicidio Tomo I*. Editorial Temis S.A., 2ª edición, Bogota Colombia 1997. p. 14.

así la concordia que les permita su pleno desarrollo tanto en lo individual como en lo colectivo, para así favorecer la vida en sociedad y con ello lograr mejores condiciones de existencia.

Desde la más remota antigüedad hasta los tiempos modernos, el homicidio ha sido el hecho antijurídico que ha chocado con mayor violencia contra los sentimientos morales de los hombres, siendo esta la razón por la cual las penas más crueles y las más elevadas sanciones se han desarrollado de manera progresiva en contra de los homicidas.

La vida como bien fundamental que es hoy, no siempre tuvo la misma valoración en las comunidades primitivas puesto que no se respetaba ni tenía idéntico valor. La historia ha sido testigo de situaciones tales como la antropofagia (canibalismo) y los sacrificios humanos, la vida dependía en su valoración de la clase social a la que se pertenecía, y fue necesario un largo proceso de evolución gradual para lograr que hoy en día sea cada vez más protegida la vida humana, y llegar a considerarla como bien supremo y fundamento de la actividad social.

“El canibalismo y la antropofagia eran actividades usuales en muchos pueblos antiguos, y la muerte de uno por otro era un acto de fuerza y de poder. Es solo en la medida de la consolidación de la sociedad que el valor de la vida comienza a evolucionar para despertar el gradual interés hacia su protección y castigo al homicida”.³

Desde los tiempos más remotos en los que los hombres comenzaban a agruparse en un medio de promiscuidad, manifestándose el individualismo animal en conflictos sangrientos, vemos que la muerte era solo un reflejo de aquel individualismo zoológico heredado de los antepasados animales, desprovisto de cualquier carácter inmoral; cada individuo luchaba por existir, la lucha era continua y la muerte que el hombre daba a su semejante parecía lo mas natural. Lo que es

³ *Ibíd.*, p. 30.

comprensible si consideramos que para ese entonces la única manera de subsistir significaba dar muerte tanto a los animales depredadores como al enemigo común: el hombre.

La muerte del recién nacido ha sido reprimida de muy diversas maneras dentro de su evolución histórica debido al sentimiento de severidad e indignación contra el que mata a un ser débil y sin defensa. En las primitivas tribus se mataba a los infantes, primordialmente a los inútiles por su edad o por enfermedad, con la intención de disminuir las cargas económicas y las molestias inherentes a la comunidad en sus incesantes migraciones.

Luego de aparecer el lenguaje oral con la evolución “surgen las instituciones sociales primitivas: matrimonio, vínculos de consaguinidad que entran a reconocerse, y así la muerte de un vinculado por sangre entra a cobrar sentido en la comunidad, en razón del nexo de sangre o del grupo o clan”.⁴ En esta época, el hecho de matar, era clasificado en la vida social, simple y sencillamente como una ofensa a la divinidad.

Durante el desarrollo de las clases sociales y cuando la estratificación de éstas es evidente, dar muerte a un esclavo no era considerado como delito, puesto que el soberano administraba justicia unilateralmente, protegiendo sus intereses por sobre todas las cosas.

Alrededor del año 2000 antes de nuestra época, aparece una de las primeras legislaciones escritas que regulaba la figura jurídica del homicidio, nos referimos al Código de Hammurabi, compendio de leyes que describe ya como una acción delictiva el homicidio, sin embargo las penas eran influenciadas por un criterio de clase social, pues encontramos que se sancionaba con menor severidad el cometido en contra de un esclavo.

⁴ *Ibídem*, p. 31.

“Pero en la medida en que transcurre la complejización social, la consolidación en un territorio, surge la ciudad-Estado, y el delito toma el carácter de ofensa a la comunidad y al poder político”.⁵ Ya consolidado el Estado aparece el delito como una ofensa a éste, y la pena como una retribución por el mal causado; en el contexto social aparece la figura del juez, independientemente de los sacerdotes y del poder político central.

No podemos dejar de mencionar en este apartado lo que en el Antiguo Oriente prevalecía respecto a la persona que efectuaba un homicidio, pues a éste se le imponía la ley del talión “vida por vida, ojo por ojo, diente por diente”, esta práctica se realizaba principalmente entre los hebreos y babilonios, así como en Grecia.

Con el paso del tiempo, y sobre todo con la evolución de la sociedad, el Derecho Penal ha buscado a través de la imposición de penas proteger la vida humana, amenazando con sanciones a los sujetos que con su actuar atenten en contra del bien jurídico mas valioso para el hombre tanto en lo individual como en lo colectivo.

1.1.1. ROMA.

A diferencia de los griegos, un fenómeno contrario ocurrió con los romanos, que, aunque menos especulativos en filosofías y peculiaridades abstractas del delito, fueron mas aventajados en la concreción de leyes penales.

“Aunque no se conoce su contenido y alcance, los historiadores estiman que la ley mas antigua referente al homicidio, entres los romanos, fue la llamada Ley Numa, a la que algunos dan un significado singular, al considerar que el delito constituía un atentado a la comunidad e incluso pretende dársele, a la represión

⁵ *Ibídem*, p. 32.

penal, carácter religioso...”.⁶ En esta ley se castigaba al homicida con la pena de muerte, “pero esta sanción solo era para el homicida de un hombre libre o ciudadano porque, el homicidio del siervo a manos de su amo, o la del hijo realizada por el pater familias, durante largo tiempo no constituyeron hechos punibles, hasta que en los períodos de Justiniano y Constantino perdieron su impunidad”.⁷ Ya con Justiniano, se establecen penas severas para la muerte de un hijo desapareciendo el derecho de vida y muerte del padre.

Ordenamiento más avanzado lo fue la Ley Cornelia (*Lex Corneliae de Sicariis et venefiis*), dictada en los tiempos de Cornelio Sila, la cual castigaba en forma especial el homicidio cometido por dinero o precio y el homicidio por medio de veneno, incluso se sancionaba a quienes preparaban los venenos o conjuros. En esta ley se delegó a un jurado presidido por los magistrados, denominado “*quaestiones*”, el conocimiento y el castigo de este delito, que para los esclavos era la muerte.

En la época de los emperadores Valentiniano y Valente se retiró a los padres de familia el derecho de vida o muerte de sus descendientes, que en la antigüedad se derivaba del derecho de propiedad.

Debemos hacer hincapié que “en la época de los emperadores, se suprimió en Roma el derecho de los padres sobre la vida de los hijos, sancionándose el infanticidio como delito de los más graves, catalogándolo como caso de parricidio en la Constituciones de Constantino, en donde cobro realidad la prohibición, a los ascendientes, de privar de la vida a la descendencia, prohibición que se arraigó con el tiempo sancionándose el hecho con pena de muerte”.⁸

⁶ PAVON VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Delitos contra la vida y la integridad corporal*. Editorial Porrúa, 7ª Edición. México 1993. p. 6.

⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular. Tomo I*. Editorial Porrúa, 5ª Edición. México 1998. p. 60.

⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Op. cit.* p. 293.

Al hablar de la cultura romana y su legislación, merece destacarse la ley de las Doce Tablas (impuesta por la plebe en los años 451-450 a.C. y que fuera la primera legislación escrita de Roma, grabada sobre doce tablas de bronce), la cual reglamentaba el ejercicio de la venganza privada, estableciendo jueces para la aplicación de la pena capital al “parricida”, denominados *quaestores parricidí*, sin embargo, en esta ley no existía propiamente una tipificación clara de los hechos delictivos. Conforme a esta ley era lícito matar a los hijos deformes, así como al ladrón nocturno.

En otras palabras, una vez instaurada la República romana, como consecuencia del desarrollo insospechado de la milicia, “existían diversas leyes penales y reglamentos sobre aspectos procesales, como la apelación para la pena de muerte; y finalmente, como consecuencia de la lucha encarnizada entre el patriarcado y la plebe romana se obtuvo la conquista de la ley escrita, y así, una comisión formada por patricios y plebeyos redactó un código grabado en doce tablas de bronce que recogía el derecho consuetudinario, y en derecho criminal estableció el principio del talión”.⁹ En la República, se penalizó como homicida al que diera muerte a su hijo de manera secreta o alevosa.

1.1.2. ESPAÑA.

La ley que rigió en toda España en la primera mitad del Siglo VII, fue el Fuero Juzgo, consta de un título preliminar y doce libros subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y 578 leyes, refiriéndose los libros 6, 7 y 8 al Derecho Penal.

“El Fuero Juzgo... que dedicaba un capítulo a las “muertes de los hombres”, distinguía el homicidio voluntario del involuntario, la muerte a consecuencia de la herida se castigaba como homicidio, lo mismo que la muerte ejecutada como resultado de un juego o riña”.¹⁰

⁹ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Op. cit.* p. 37.

¹⁰ GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Op. cit.* p. 38.

En esta ley se preveía ya la legítima defensa y el estado de necesidad, y en el caso concreto, respecto del delito de homicidio, encontramos que el marido que diera muerte a los adúlteros sorprendidos *in fraganti* no tenía responsabilidad alguna.

El Fuero Juzgo es sin discrepancias, superior a todas las leyes que le precedieron en el sentido de que se destaca por las exigencias de la publicidad en el juicio, probanza y ejecución de las sanciones, y que puede ser considerada en la historia del derecho, como la primera piedra legislativa de un verdadero Derecho Penal Público.

“Leyes posteriores fueron el Fuero Viejo de Castilla del siglo XIII; el Fuero Real, de 1225, que regulaba el homicidio cometido en legítima defensa, el homicidio cometido cuando la víctima era encontrada yaciendo con la mujer, la hija o la hermana del homicida, y la muerte legítima sobre el ladrón nocturno...”.¹¹

En el período comprendido de los años 1256 a 1263, tienen vigencia en España, la Siete Partidas de Alfonso X “El Sabio”. La Séptima Partida de esta Ley es la que se relaciona de manera directa con el Derecho Penal, aquí se establecían y regulaban parte de las acciones consideradas como contrarias a la norma así como la pena que les correspondía; sin embargo, no podemos hablar de que en esta Partida se encontraran previstas y sancionadas todas esas conductas, puesto que se tiene conocimiento que algunas de ellas se encontraban dispersas en otras.

Respecto al delito de homicidio, se hace distinción en tres tipos: homicidios voluntarios, homicidios justificados y homicidios cometidos por imprudencia. Los voluntarios se castigaban con la pena de muerte, entre estos se asimilaban como tal el hecho de entregar armas al suicida o al homicida, el que un Juez condenara injustamente a la pena de muerte y que un testigo declarare con falsedad y como

¹¹ *Idem* p. 38.

consecuencia se le impusiera pena al acusado. Entre estos, existían también los homicidios considerados como agravados, por ejemplo: el cometido con traición, castigado también con la pena capital; el cometido contra el padre, hijo, abuelo, marido o mujer, tío o sobrino, etcétera, penado con el *cuellum* romano, y el de envenenamiento, penado con el abandono del criminal a los animales fieros.

En relación a los homicidios justificados, tenemos que son el cometido en defensa propia, la muerte de la adúltera, o de la hija o de la hermana sorprendida en unión sexual ilícita, el del ladrón o incendiario nocturno y el del ladrón conocido.

“Y como homicidios cometidos por imprudencia, se citan los casos tomados del Derecho Romano: del podador que deja caer la rama sin avisar, del jinete que se sale del camino, del sonámbulo que no advierte de su enfermedad, del médico inexperto y del padre o maestro que se excede en el derecho de corrección. En estos casos no se impone pena, pero el acusado debe prestar juramento de purificación, y además debe probar con 12 hombres buenos que no tenía ningún resentimiento con la víctima”.¹²

En la época de los de los Reyes Católicos, destacan la Santa Hermandad y la Inquisición. La Santa Hermandad encontró sustento en las llamadas Vieja y Nueva Hermandad (la primera creada en el reinado de Alfonso VIII y la segunda en el de los Reyes Católicos) y básicamente se constituía por un grupo de personas armadas y organizadas para combatir a los salteadores de caminos. La Inquisición aplicó un sistema de impartición de justicia inquisitiva y privada, opuesto al acusatorio y público que hasta ese momento prevalecía; el único medio de control del que se disponía, recaía en manos de la Iglesia representada por el Papa.

¹² REYNOSO DAVILA, Roberto. *Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología*. Editorial Cárdenas, 4ª Edición. México 1992. p. 51.

En el año 1532 surge el Código Carolino, publicado por el Emperador Carlos V, en el cual se hace una distinción a las variantes del homicidio (alevoso, voluntario, en duelo, en riña, etc.).

El 14 de marzo de 1567 en la Real Cédula, Felipe II publica la Nueva Recopilación de las Leyes de España en donde las disposiciones en materia penal se preveían en el Título 10 del documento que se cita; sin embargo no se realiza aportación novedosa en cuanto a la regulación y sanción del homicidio.

Finalmente Carlos II, el 18 de mayo de 1680, promulgó la Recopilación de Las Leyes de Indias, que no es más que un compendio de la ambulante labor legislativa de los dos primeros siglos de la dominación española, lo que hizo que se convirtiera en el Código Español con mayor número de Leyes, pues contiene 6,447, pero a la vez, una compilación en gran desorden, que desde un ángulo de justicia, generaba gran desigualdad puesto que permitía juzgar a los hombres atendiendo a su posición social, siendo legislativamente un caos, cimentarse sobre un conglomerado incontrolable de leyes, algunas de ellas ya demasiado arcaicas, y como consecuencia de ello un órgano generador de grandes injusticias y desigualdades frente a la ley.

En el antiguo derecho español, la muerte del infante no mereció mayor legislación ni categoría especial para este delito, puesto que el mismo debería juzgarse, como se ha dicho, conforme a las reglas del homicidio o parricidio. La única ley en que dicho delito se previó, fue el ya citado Fuero Juzgo, en donde se castigaba al padre o a la madre que lo cometiera, con la ceguera e incluso con la muerte.

1.1.3. MÉXICO.

Muy pocos datos se tienen sobre el Derecho Penal en nuestro país anterior a la llegada de los conquistadores debido a que no existía una verdadera y

efectiva división política entre los grupos aborígenes existentes, no había una sola nación y cada grupo se regía por sus propias leyes, lo cual significó una diversidad de ordenamientos penales.

Entre los mayas, las leyes penales se caracterizaban por su severidad, los juzgadores aplicaban como pena primordial la muerte a los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas, y la esclavitud la reservaban para los ladrones.

Respecto a los tarascos, poco se sabe de sus leyes penales, sin embargo se tiene noticia de la crueldad de sus penas.

En cuanto a los aztecas podemos decir que aún cuando fue una de las civilizaciones más aventajadas, su legislación no ejerció influencia en la posterior; y al igual que con los mayas y los tarascos, el Derecho Penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano; en la cultura de los aztecas, ya existía una clasificación de los delitos, entre los cuales se estipulaban los cometidos en contra de la libertad y seguridad de las personas, siendo éste el antecedente del delito de homicidio a estudio.

En el período prehispánico el homicidio se castigaba con la pena de muerte, en esta época el derecho establecía que los individuos no estaban facultados para hacerse justicia por sí mismos, porque esto equivaldría a tomar el lugar del rey, quien era el único facultado para la imposición de las penas. Esta pena se aplicaba incluso al hombre que daba muerte a su mujer o al amante de esta, aún en el caso que se les sorprendiera en flagrante delito.

“Respecto de los delitos contra las personas, el homicidio se castigaba con la muerte, y si se hacía con veneno morían el homicida y quien dio el veneno. La mujer que tomaba con qué abortar, moría y también la curandera que le había

dado el brebaje. El marido que mataba a la adúltera moría porque usurpaba las funciones de la justicia... Si el homicidio era de hombre que tuviese mujer e hijos podría trocarse la muerte si la esposa del occiso lo perdonaba, y entonces quedaba por esclavo de ésta”.¹³

La conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes surgiendo así en nuestro país el llamado Derecho Penal Colonial, en donde en nada de consideración influyeron las legislaciones de los grupos indígenas que hasta antes de la conquista prevalecían, situación ocurrida a pesar de la disposición ordenada por Carlos V, en el sentido de que se debían respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe y a la moral, por lo tanto la legislación de la Nueva España fue netamente Europea, y puede afirmarse que mantenía las diferencias de castas; por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los indígenas.

En la época colonial en México se aplicaban las Leyes de Indias y las Leyes de España, como por ejemplo el Fuero Juzgo, en el que se sancionaba con ceguera o la muerte al padre o a la madre que privara de la vida a su descendencia. “A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, la Nueva y la Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios”.¹⁴

El autor Eduardo López Betancourt, al hacer una reseña histórica del delito de homicidio dentro de nuestro territorio, señala que uno de los antecedentes de pena que tenía aplicación en nuestro país durante la época colonial a los

¹³ *Ibidem*, p. 100.

¹⁴ CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa, 39ª Edición. México 1998, p. 44.

culpables del delito señalado respecto de algún familiar, era primero el azote público, después se introducía al culpable en un costal con un perro, un gallo, una víbora y un mono o simio, se cosía, con la finalidad de que ninguno de ellos pudiera salir, y con posterioridad se arrojaba el costal al mar o al río más cercano de donde hubiera ocurrido el deceso. Otra pena a imponer en la época colonial, también lo era el destierro por 5 años, pero en general esta les correspondía a los padres o maestros que por medio de la severa llamada de atención provocaban la muerte del infante o del discípulo aun sin la intención de matar, cuando la intención de los primeros era privar de la vida, se les castigaba como homicidas.

Ya en el México independiente, lo que existía era una legislación penal fragmentada y dispersa que encontraba sustento y motivación en los delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos. No existió ningún intento de formación de un orden jurídico penal total, el humanismo se dejaba ver en la imposición de penas, y la muerte era la sanción que como arma se utilizaba para combatir a los enemigos políticos.

1.2. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO.

Toca el turno de hacer mención a las diversas legislaciones penales que han tenido vigencia en el Estado de México, y en específico, ocuparnos del delito de homicidio cometido en contra del menor.

El Estado de Veracruz fue la entidad que primeramente contó con un Código Penal local (expedido el 8 de abril de 1835), sin embargo en el Estado de México se había redactado ya en el año de 1831 un Bosquejo General de Código Penal, que si bien no llegó a tener vigencia, en su Parte Segunda, correspondiente a los delitos entre particulares, se preveía el homicidio, el envenenamiento y el aborto, entre otros, constituyéndose así como piedra angular y de cimentación sólida para los códigos posteriores que cobraron vigencia en esta entidad federativa.

En la parte segunda del proyecto de Código Penal para el Estado de México de 1831, titulada “Delitos contra los Particulares”, en su capítulo primero, se estipulaban los delitos contra la existencia y seguridad de las personas, entre los cuales ya figuraba el homicidio, siendo este el primer antecedente legislativo con que cuenta la entidad federativa arriba mencionada.

1.2.1. EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DE 1875.

Este Código fue publicado el 12 de enero de 1875 por el Gobernador Constitucional del Estado de México, José Vicente Villada, comenzando a regir en la entidad, el 15 de agosto del mismo año; su base fue sin lugar a dudas el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1871.

“En el Código Penal de 1871 los delitos contra la vida y la integridad corporal se encontraban enumerados en el Título de “Delitos contra las personas, cometidos por particulares”, que comprendía no solo las lesiones, el homicidio, el parricidio, el aborto, el infanticidio y el duelo...”¹⁵

El Código Penal de 1875 hacía una distinción ya, entre el homicidio simple y el calificado, al igual que en el Código Penal para el Distrito Federal de 1871; dichas conductas típicas las preveía la sección número 45. Se regula también en esta Ley Penal el delito de infanticidio, al que definía como la muerte causada a un infante en el momento de su nacimiento, o dentro de las setenta y dos horas siguientes, y del cual hacía una distinción también entre culposo e intencional.

Cabe destacar que en la Ley Sustantiva Penal del Distrito Federal de 1871, el tipo penal de infanticidio, ya contemplaba elementos tales como: 1. Mala fama; 2. Embarazo oculto; 3. Nacimiento Oculto; 4. Sin inscripción en el Registro Civil y 5. Hijo no Legítimo. La falta de cualquiera de los primeros cuatro elementos

¹⁵ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. *Derecho Penal Mexicano “Los Delitos”*. Editorial Porrúa, 4ª. Edición. México 1955. p. 15.

mencionados, aumentaban la penalidad a imponer al delincuente, en un año por cada una de las que hiciera falta. Si el hijo fuere legítimo aumentaba también la pena de prisión a la madre infanticida concurrieran o no las cuatro primeras.

1.2.2. EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DE 1916.

El Código Penal del Estado de México de 1916 abrogó el de 1875. Fue publicado el 3 de octubre de 1916, en cumplimiento al decreto número 1, emitido por el Gobernador interino Rafael Cepeda, y comenzó a regir en la misma fecha. Es importante aclarar que la Ley Sustantiva Penal vigente en el Estado de México en 1916, fue en realidad la del Distrito Federal, puesto que fue adoptada por el Gobierno Mexiquense, al quedar abrogadas todas las disposiciones legales anteriores a la vigencia de esta ley.

A diferencia del Código Penal del Estado de México de 1875, ésta ley sustantiva definía al infanticidio como la muerte causada por sus padres o por sus abuelos maternos, a un infante en el momento de su nacimiento o dentro de las 72 horas siguientes.

Esta Legislación Penal delimitó la calidad del sujeto activo en la conducta antes descrita, si el delito era cometido por los padres del menor o por los abuelos maternos, había infanticidio, de lo contrario la ley no lo contemplaba como tal.

1.2.3. EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DE 1937.

Este Código Penal fue publicado el 21 de julio de 1937 y tuvo vigencia a partir del 01 de agosto del mismo año.

En relación a los delitos de homicidio e infanticidio, esta ley penal no aportó algún elemento innovador o trascendente en su tipificación, puesto que a pesar de ser uno de los Códigos de la entidad que más fueron modificados, no se pronunció

decreto alguno en los años en que tuvo vigencia para modificar los tipos penales antes señalados.

Durante el período de tiempo que rigió en el territorio del Estado de México el Código Penal de 1937, no hubo circunstancia alguna que impulsara al legislador mexiquense a realizar trabajo alguno inherente al tópico que se analiza.

1.2.4. EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DE 1956.

Fue publicado el 07 de abril de 1956, e inició su vigencia 30 treinta días después de esta fecha.

En su Título Décimo Sexto, correspondiente a los Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal, concretamente en su capítulo II, el artículo 253 establecía lo que se debía entender en aquellos tiempos como homicidio (definición legal que prevalece hasta nuestros días), y al respecto señalaba que cometía el delito de homicidio el que privaba de la vida a otro. No obstante, al haber definido este hecho típico antijurídico en uno solo de sus numerales, es importante destacar que en artículos posteriores al señalado, se estipulaban los tipos o clases de homicidios así como las sanciones a imponer a quienes los cometieran.

Ya el delito de infanticidio, a diferencia de los Códigos antes mencionados, se contemplaba como la muerte causada, por alguno de sus ascendientes consanguíneos (y no solo por los padres o por los abuelos maternos), a un niño dentro de las 72 horas después de su nacimiento.

En esta legislación podemos observar que al igual que en las ya citadas con antelación, en su artículo 277, se contemplaban los mismos elementos que se enumeraron al hablar del Código Penal del Estado de México de 1875.

1.2.5. EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DE 1961.

La vigencia de este Código surtió efectos a partir del 05 cinco de febrero de 1961; fue publicado el 04 de enero del mismo año por el Gobernador del Estado, Doctor Gustavo Baz Prada, abrogando el Código Penal del Estado de México de 1956.

En relación a la tipificación del delito de homicidio, el artículo 229 señalaba:

“Artículo 229. Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro...”.¹⁶

En este Código Penal no encontramos tipificado como tal el delito de infanticidio ni tampoco los elementos a que se ha hecho referencia, sin embargo los artículos 240 y 241, establecían al respecto:

“Artículo 240. Al que prive de la vida dolosamente a cualquier ascendiente o descendiente consanguíneo y en línea recta, sean legítimos o naturales, sabiendo el delincuente ese parentesco o al cónyuge, se le aplicarán de quince a treinta años de prisión.

Artículo 241. Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que, para ocultar su deshonor, priva de la vida a su hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido...”.¹⁷

Lo anterior se constituye como la reforma más significativa que el legislador del Estado de México realizó en lo concerniente al delito de infanticidio, al desaparecerlo e incorporarlo, con elementos distintos y novedosos al de parricidio, sin embargo siguió conservando elementos subjetivos como la *mala fama*, al sustituirla en el último de los artículos ya mencionados, por la *deshonra*.

¹⁶ Instituto Nacional de Ciencias Penales. *Leyes Penales Mexicanas*. México 1980. p. 282.

¹⁷ *Ibidem*, p. 283.

1.2.6. EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DE 1986.

El 16 de enero de 1986 es publicado diverso Código Penal del Estado de México, que abroga el de 1961, entrando en vigor a los 5 cinco días de publicado.

En esta ley se conserva como hasta la fecha, la definición respecto del injusto penal de homicidio, al considerar que lo comete aquel que priva de la vida a otro, conducta que se tipifica en su artículo 244 correspondiente al Título Tercero “Delitos contra las Personas”, Subtítulo Primero “Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal”, Capítulo II. En este sentido se continuó con la línea de una definición ya establecida por legislaciones anteriores, que desde un particular punto de vista, atiende al hecho de que resulta imposible, tan solo con el devenir del tiempo, modificar la concepción que tiene la sociedad de dicho ilícito por ser como se dice en líneas anteriores, uno de los que chocan de manera directa y profunda con los sentimientos y valores del hombre.

En su artículo 256, que continúa inmerso dentro de la figura legal del parricidio, se establece que la pena a imponer a la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, será de 3 a 5 años de prisión; sin embargo, para imponer esta pena, y al regresar a las primeras legislaciones de la entidad, deberían de concurrir las siguientes circunstancias: 1. Que la madre no tenga mala fama (se incorpora nuevamente este elemento subjetivo), 2. Que la madre haya ocultado su embarazo, 3. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil y, 4. Que el infante no sea legítimo.

1.2.7. EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO DE 2000.

Finalmente, el Código Penal vigente en el Estado de México, publicado el 20 de marzo del año 2000, y que entrara en vigor a los 5 días de su publicación, observa la misma línea heredada por las leyes que le precedieron, y a las cuales

ya se hizo alusión, atendiendo a que la concepción y definición legal del delito de homicidio, hasta la fecha, continúa siendo la misma.

Ahora bien, siendo esta legislación la que analizaremos en este trabajo de investigación en lo que al delito de homicidio se refiere como tema de estudio, y su atenuante prevista en el numeral 243 fracción VI, se transcribe enseguida y de manera literal lo que esta Ley Sustantiva comprende o define como tal, así como algunos otros aspectos inherentes.

“CAPÍTULO II

Homicidio

ARTÍCULO 241.- Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro...

ARTÍCULO 242.- El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos:

I. Al responsable de homicidio simple, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa;

II. Al responsable de homicidio calificado, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa; y

III. Al responsable de homicidio cometido en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa.

ARTÍCULO 243.- Son circunstancias que atenúan la penalidad en el delito de homicidio y se sancionarán de la siguiente forma:

I. Cuando el delito se cometa en riña o duelo se impondrán de tres a diez años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa, tomando en cuenta quien fue el provocado, quien el provocador y el grado de provocación;

II. Cuando el delito se cometa bajo alguna de las siguientes circunstancias, se impondrán de cinco a veinte años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

a) En estado de emoción violenta;

b) En vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes, hermanos, tutor, pupilo, adoptante o adoptado;

c) Por móviles de piedad, mediante súplicas notorias y reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar su vida.

III. Cuando dos o más personas realicen sobre otra u otras actos idóneos para privarlos de la vida y este resultado se produzca ignorándose quién o quiénes de los que intervinieron lo produjeron, a todos se impondrán de diez a quince años de prisión y de ciento setenta y cinco a trescientos veinticinco días multa; y

IV. A la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, se le impondrán de tres a cinco años de prisión y de setenta y cinco a ciento veinticinco días multa, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que no tenga mala fama;*
- b) Que haya ocultado su embarazo;*
- c) Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil;*
- d) Que el infante no sea legítimo.*

Si en este delito tuviere participación un médico cirujano, comadrona o partera, además de la pena privativa que corresponda, se le suspenderá de uno a tres años en el ejercicio de su profesión.

CAPÍTULO III

Reglas comunes para Lesiones y Homicidio...

ARTÍCULO 245.- Las lesiones y el homicidio serán calificados cuando se cometan con alguna de las siguientes circunstancias:

- I. Premeditación: cuando se cometen después de haber reflexionado sobre su ejecución;
- II. Ventaja: cuando el inculpado no corra riesgo alguno de ser muerto o lesionado por el ofendido;
- III. Alevosía: cuando se sorprende intencionalmente a alguien de improviso o empleando asechanza; y
- IV. Traición: cuando se emplea la perfidia, violando la fe o la seguridad que expresamente se había prometido a la víctima, o

la tácita que ésta debía esperar en razón del parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza...”.¹⁸

Las disposiciones legales que se transcriben en este último apartado, serán materia de estudio en el presente trabajo de investigación.

El objetivo es analizar, desde un punto de vista jurídico, el tipo penal de homicidio previsto en el numeral 241 del Código Penal del Estado de México, en relación a la atenuante que precisa su artículo 243 fracción IV, tomando en consideración la trascendencia no únicamente jurídica, sino también social, de tan importante precepto legal.

¹⁸ Legislación Penal Procesal para el Estado de México. Editorial Sista. p. 92-93.

CAPÍTULO SEGUNDO.

MARCO TEÓRICO SOBRE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

2.1. EL DELITO.

La palabra “delito”, deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

Desde un punto de vista social se dice que los delitos constituyen acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad de un pueblo en un momento determinado.

Los estudiosos de la materia han tratado de elaborar una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares; sin embargo, esto no ha sido posible tomando en cuenta que para poder definir un concepto generalizado de lo que debe entenderse por delito, es indispensable considerar de manera globalizada no solamente las necesidades y costumbres de cada pueblo en las diversas épocas, sino también el desarrollo y grado cultural de cada uno de ellos, incluso sus creencias o dogmas religiosos, que, como la historia lo ha testificado y puesto de manifiesto, han sido estos los factores que primordialmente determinan la vida en sociedad como base para estructurar sus propias normas tanto sociales como morales y legales. De ahí el por qué lo que antes fue delito, probablemente ahora no lo sea y viceversa.

En este intento de elaboración de un concepto universal de delito, diversos autores han plasmado sus ideas y argumentos, válidos en cada una de sus definiciones, por ejemplo “para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible; para Beling es la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llene las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Meyer define al delito como acontecimiento típico,

antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable; para Jiménez de Asúa es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.¹

La dogmática penal mexicana considera que existe delito, no importando si ha sido cometido por acción o por omisión, cuando la conducta que lo motive, sea típica, antijurídica y culpable, sin tomarse en cuenta el elemento punibilidad por considerar que ésta es una consecuencia y no un elemento propio del delito.

Es así que para que exista delito, de acuerdo a lo establecido en el párrafo que antecede, primeramente deberá ejecutarse una acción o una omisión. Esa conducta de acción o de omisión exteriorizada por el agente, deberá ser típica, esto es, encontrarse descrita en algunos de los tipos penales que la ley penal prevea en su parte especial. A su vez, para que dichas conductas constituyan delito, deberán ser antijurídicas, esto es, contrarias a derecho, y que en su realización no concurren algunas causas de justificación que autoricen o permitan la conducta de las mismas. Finalmente para que las conductas, ya sea de acción o de omisión, constituyan delito, se requiere que sean culpables, es decir, el reproche que personalmente se hace a quien ha realizado alguna de ellas, siempre que se trate de una persona que por su condición, se trate de un sujeto imputable, es decir, que al momento del evento haya tenido la posibilidad de comprender el carácter ilícito de ese acto y de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Resumiendo lo anterior, es preciso establecer que la culpabilidad presupone la antijuridicidad del hecho, y que ésta a su vez implica la tipicidad del mismo, en consecuencia estos elementos son los que ineludiblemente se requieren para declarar la existencia de un determinado delito, constituyéndose así en forma idónea la definición precisa del mismo.

¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Teoría del Delito*. Editorial Porrúa, 7ª Edición. México 1999. p. 65.

Jurídicamente el Código Penal Federal, en su artículo 7º, define al delito como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Definición que a todas luces resulta insuficiente para efectos de estudio, puesto que carece de algunos de los elementos esenciales que dan estructura al delito, pues establece solo dos.

Por otra parte, el artículo 6º de la Ley Sustantiva Penal del Estado de México, contempla al delito como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. En ésta definición se refleja que el legislador de la entidad consideró al menos cuatro de los siete elementos, que para efectos del presente trabajo, han de estudiarse, atendiendo a lo que señala la teoría heptatómica.

El Código Penal para el Distrito Federal, refiriéndose al principio de acto, establece en su artículo 15 la forma de comisión del delito, al describir que sólo puede ser realizado por acción o por omisión. Denotándose que este precepto no contiene como en el caso de la norma penal federal ni estatal antes mencionadas, una definición de lo que debe entenderse por delito; sin embargo, contempla la acción y la omisión como requisitos formales del principio de acto para que pueda hablarse de la realización de aquel, siendo en este sentido los preceptos legales antes señalados convergentes en lo sustancial, puesto que son precisamente dichos elementos los que como punto de partida dan estructura al delito, ya que sin la existencia de ellos no tendríamos bases para hablar de su tipicidad, tampoco de su antijuridicidad, ni mucho menos de la culpabilidad.

Podemos establecer entonces que el delito, en *lato sensu*, tiene diversos elementos que conforman un todo, y su concepto ha ido evolucionando a través de la historia de nuestra ciencia, pasando desde las teorías biatómica o dicotómica, hasta la heptatómica.

Numero de Elementos	Corriente	Elementos
2	Biatómica o Dicotómica	Conducta y Tipicidad
3	Triatómica	Conducta, Tipicidad y Antijuridicidad

4	Tetratómica	Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad
5	Pentatómica	Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad y Punibilidad
6	Hexatómica	Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad, Punibilidad e Imputabilidad
7	Heptatómica	Conducta, Tipicidad, Antijuridicidad, Culpabilidad, Punibilidad, Imputabilidad y Condiciones Objetivas de Punibilidad.

2.2. ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Sin lugar a dudas este tema constituye la columna vertebral del derecho penal; el adecuado y exacto manejo de los elementos del delito permitirá no solamente tener una mayor claridad en el estudio de cada uno de ellos, sino también un panorama más amplio de lo que representa en sí la problemática del delito. Los elementos del delito son al derecho penal lo que la anatomía es a la medicina.

El autor Espinosa Nolasco al respecto menciona: “El delito se compone de diversos elementos o aspectos positivos, pero también cada uno de ellos tiene un aspecto negativo que en caso de comprobarse alguno, desecha de plano la existencia del delito”.²

Los elementos positivos del delito son las partes que lo conforman, si alguno de ellos falta, simple y sencillamente no hay delito, además de que a cada uno de ellos le corresponde otro en sentido negativo, que como su nombre lo indica, no es otra cosa que la negación de aquél, su anulación o su inexistencia, y con ello evidentemente la del delito.

² ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Apuntes de Derecho Penal*. México 2004. p. 91.

En este aspecto “...es esencial destacar la importancia de aplicar una adecuada sistemática jurídica en la comprobación de los elementos que configuran el delito, de tal manera que el primer elemento que se debe estudiar y comprobar es la conducta y solo en el caso de que la misma se encuentre acreditada se procederá a analizar el siguiente elemento que es la tipicidad, pero si se llegase a encontrar acreditada una causa de ausencia de conducta (hechos de la naturaleza, vis absoluta, vis mayor, etc.) en tal caso ya no tiene sentido continuar con el análisis del siguiente elemento...”.³

En párrafos anteriores se hizo mención de que para efectos del presente trabajo se consideraran como materia de estudio los elementos positivos (y negativos) que señala la corriente Heptatómica, y que a saber son:

ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO	ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO
1. Conducta	1. Ausencia de Conducta
2. Tipicidad	2. Ausencia del Tipo o Atipicidad
3. Antijuridicidad	3. Causas de Justificación
4. Imputabilidad	4. Inimputabilidad
5. Culpabilidad	5. Inculpabilidad
6. Condicionalidad Objetiva de Punibilidad	6. Ausencia de Condicionalidad Objetiva de Punibilidad
7. Punibilidad	7. Excusas Absolutorias.

2.2.1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir, es decir, analizada dentro del ámbito del Derecho Penal, es la esencia en la estructura de aquél, la que da vida al delito, ya que sin ella, seria nulo hablar de éste.

³ *Ibídem*, p. 90.

De las diversas ideas de juristas destacados y expertos en la materia, es notorio observar que a este primer elemento suelen aplicarse términos tales como “acto”, “hecho”, “acción”, etcétera; sin embargo, compartiendo criterios con los autores José Feliciano Espinosa Nolasco, Miguel Ángel Cortes Ibarra, Eduardo López Betancourt y Fernando Castellanos, se considera que el término más adecuado lo es el de **conducta**, pues es un concepto más amplio que abarca a las dos formas de comisión de la misma, la acción y la omisión.

Al respecto López Betancourt precisa: “La conducta es el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito...”.⁴

Irma Griselda Amuchategui Requena define este primer elemento como: “... un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta involuntaria puede tener ante el derecho penal, responsabilidad culposa o preterintencional), activo (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer), que produce un resultado”.⁵

Por su parte Fernando Arilla Bas señala: “La conducta, en primer término del binomio conducta punibilidad, consiste en el obrar espontáneo y motivado del ser humano”.⁶

El autor Espinosa Nolasco dice de la conducta que es: “un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario)”.⁷

“Para el maestro Luis Jiménez de Asúa, el acto es una conducta humana voluntaria que produce un resultado; para el maestro González Quintanilla es un comportamiento en el cual media un movimiento de la psique”.⁸

⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 83.

⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Derecho Penal*. Editorial Oxford. 2ª Edición. México 2000. p. 49.

⁶ ARILLA BAS, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Porrúa. 1ª Edición. México 2001. p. 211.

⁷ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 94.

El Doctor en Derecho Fernando Castellanos al respecto escribe: “La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito”.⁹

Existen tantas definiciones del elemento positivo que se estudia en este apartado, como juristas en el mundo; no obstante, todos ellos coinciden en que la conducta tiene un denominador común que siempre será un comportamiento humano, lo que quiere decir que para el derecho penal son irrelevantes los hechos de la naturaleza o el comportamiento de los animales; entendiéndose entonces por conducta toda aquella actividad o movimiento corporal humano (fase externa u objetiva) producido por el dominio del cuerpo, esto es, la voluntad o voluntariedad (fase interna o subjetiva) de la conducta, con lo que se manifiesta una acción positiva, es decir, un movimiento corporal; en tanto que con la omisión nos encontramos en presencia de una acción negativa por dejar de hacer o un no hacer aquello que jurídicamente era nuestro deber, la abstención misma de una obligación formal o legal.

“Es muy importante no confundir la voluntad de la conducta con el dolo, toda vez que aquella no es delictiva, el querer manejar un vehículo automotor no constituye el dolo de causar lesiones o la muerte del transeúnte; la voluntad de escribir una carta no es delictiva, sino solamente cuando esta contiene afirmaciones difamatorias en contra de otra persona, incluso, cuando un sujeto tiene la voluntad de disparar un arma de fuego y lo lleva a cabo, esta conducta no es delictiva cuando va encaminada a cazar un animal para satisfacer el hambre, pero cuando va encaminada a privar de la vida a otra persona ya resulta delictiva. Luego entonces, la voluntad de la conducta

⁸ *Idem*. p. 94.

⁹ CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 42ª Edición. México, 2001. p. 149.

*encaminada a disparar un arma de fuego no pertenece al dolo.
El dolo tendrá que ser analizado posterior a la conducta”.¹⁰*

En un sentido sumamente simplista la conducta constituye un proceder voluntario activo u omisivo, encaminado a la consecución de un fin, definición de la cual se desprenden tres elementos que son:

Un elemento material, externo u objetivo.	Es el comportamiento, actividad o movimiento corporal humano
Un segundo elemento volitivo, interno o subjetivo	Es la voluntad del agente que se traduce en el querer realizar ese o esos comportamientos, actividades o movimientos corporales.
Proposición de un fin	Se constituye por la finalidad que tiene esa conducta capaz de modificar el mundo exterior o en el peligro que se produzca

Ahora bien, la conducta, como ha quedado señalado, puede manifestarse de dos formas, por acción y por omisión. López Betancourt precisa: “El acto, es el comportamiento humano positivo o negativo que produce un resultado. Positivo será una acción, que consiste en una actividad, en un hacer, mientras la omisión es una inactividad, es cuando la ley espera una conducta de un individuo y éste deja de hacerla...”¹¹

a) Conducta de Acción.

La acción como su nombre lo indica consiste en un hacer, un comportamiento, un movimiento corporal. La acción contradice una norma prohibitiva, es decir, el sujeto hace lo que no debía de hacer, por ejemplo, no debía robar y robó; violando en consecuencia un deber jurídico de abstenerse.

¹⁰ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 95.

¹¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 87.

“El acto o la acción, stricto sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano capaz de modificar el mundo exterior o de poner en peligro dicha modificación. Según Cuello Calón, la acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca. Para Eugenio Florián, la acción es un movimiento del cuerpo humano que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando sea ligera o imperceptible”.¹²

Para Miguel Ángel Cortés Ibarra la acción “consiste en un hacer, en una actividad voluntaria, expresada mediante movimientos corporales, con violación a una norma prohibitiva penal...”.¹³ El artículo 241 del Código Penal del Estado de México establece que comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, en un caso concreto, “JUAN”, con la detonación de una pistola, mata a “PEDRO”, es decir, realiza una conducta activa (acción) con la que evidentemente viola el precepto penal que prescribe el delito de homicidio; lo mismo sucede con quien realiza diversos movimientos para apoderarse de una joya que no le pertenece o quien falsifica un documento público o privado.

Los autores Jiménez de Asúa y López Betancourt coinciden en que son tres los elementos de la acción, siendo éstos:

ELEMENTOS	DEFINICIÓN
1. Manifestación de la voluntad, movimiento o actividad	Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito

¹² CASTELLANOS, Fernando. *Op. cit.* p. 152.

¹³ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. *Derecho Penal (Parte General)*. Editorial Cárdenas. 4ª Edición. México, 1992. p. 139.

2. Resultado	Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado del agente y previsto en la ley penal
3. Nexo de causalidad	Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material (el medio o los medios elegidos para la consecución del fin deben ser objetivos e idóneos)

b) Conducta de Omisión.

Al definir Eduardo López Betancourt la conducta de omisión señala: “Esta omisión es la conducta inactiva, es la manifestación de la voluntad exteriorizada pasivamente en una inactividad; para que esta omisión le interese al Derecho Penal, debe existir el deber jurídico de hacer algo”.¹⁴

Postura con la cual se está de acuerdo parcialmente, en razón de que por conducta de omisión debe entenderse no solamente una determinada inactividad, es decir un acto de abstención por parte del agente ante un deber jurídico, lo que formalmente se conoce como un no hacer, sino que debe incluirse el otro aspecto no menos importante que aquél, que es el de dejar de hacer aquello que jurídicamente le imponían las condiciones y circunstancias, para a partir de ahí, considerar que esta es la definición mas acertada de lo que debe comprenderse por conducta de omisión.

Amuchategui Requena, en este mismo sentido, establece: “La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. Constituye el modo o forma negativa del comportamiento”.¹⁵ Quien no denuncia un delito, quien no proporciona alimentos a sus menores hijos, o aquel que abandona a una persona herida, cuando era un deber denunciar, dar alimentos o prestar ayuda, por citar algunos ejemplos, llevan a cabo una conducta de omisión.

¹⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 100.

¹⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 51.

Este tipo de conducta se exterioriza por medio de un comportamiento negativo, contradice una norma preceptiva (el sujeto no hace lo que debería haber hecho, por ejemplo debía comparecer ante la autoridad para declarar en relación a la comisión de un determinado acto ilícito del que fue testigo presencial y no compareció), violando así un deber jurídico de obrar.

Los elementos de la omisión son los siguientes:

ELEMENTOS	DEFINICIÓN
1. Manifestación de la voluntad	Al tratarse de una forma de conducta, se requiere también de la voluntad del sujeto (inactividad voluntaria)
2. Conducta pasiva	Consiste en un no hacer
3. El deber jurídico de obrar	Es la obligación que nos impone la norma para actuar de una manera determinada.
4. Resultado	Es la consecuencia de la conducta en relación a la ley penal, que puede ser formal o material respecto del bien protegido.

“Estos delitos se clasifican en delitos de omisión simple o propios, y delitos de comisión por omisión o impropios, respondiendo a la naturaleza de la norma, los primeros consisten en omitir la ley, violan una norma preceptiva, mientras los segundos, en realizar la omisión con un resultado prohibido por la ley. La primera no produce un resultado material, la segunda sí.”¹⁶

En otras palabras, en los delitos de omisión simple existe una inactividad encaminada a un no hacer lo que es debido, en este tipo de delitos no se produce un resultado material, por ejemplo, el que no denuncia un delito estando obligado a hacerlo, al que omite auxiliar a una persona que por cualquier circunstancia estuviese amenazada de un peligro, cuando pudiera hacerlo sin riesgo alguno, o al

¹⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Loc. cit. p. 100.*

que estando en condiciones de llevarlo a cabo, no diere inmediato aviso a la autoridad. La omisión simple o propia radica en una abstención voluntaria, en un no hacer aquello que se debe de ejecutar por imponerlo así la Ley Penal.

Por su parte, se habla de comisión por omisión u omisión impropia cuando como consecuencia de una conducta con estas características, se provoca un resultado material o un resultado formal, es decir, un dejar de hacer voluntario, produciendo con ellos un cambio en el mundo fáctico, por ejemplo el no cumplir con la obligación de proporcionar los alimentos a los menores hijo, de cuya conducta podría derivarse un resultado material si es que se produce la muerte de éstos, o en todo caso un resultado formal, si solamente se puso en peligro la vida de los mismos por la carencia de alimentos.

Pavón Vasconcelos en este sentido opina: “A diferencia de la omisión propia o simple, en la cual no existe mutación del mundo fenomenológico, por ser el resultado puramente jurídico o típico, en la omisión impropia la inactividad del agente produce un cambio material en el exterior”.¹⁷

“Para explicarlo basta un simple ejemplo; los delitos de omisión simple como el BANDONO (sic) DE PERSONA no traen como consecuencia un resultado material sino únicamente uno formal, es decir basta con que se deje abandonada a una persona que no pueda cuidarse por sí misma, poniendo en peligro su integridad corporal, para que surta la hipótesis delictiva, aún cuando el pasivo no resulte muerto o lesionado, pero si como consecuencia de esta conducta omisiva el sujeto pasivo resulta muerto o lesionado, ya estamos en presencia de un resultado material y el delito de HOMICIDIO o LESIONES, será cometido en la forma de comisión por omisión”.¹⁸

¹⁷ PAVON VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Editorial Porrúa, 18ª Edición. México 2005. p. 224.

¹⁸ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 100.

En síntesis, en un delito de comisión por omisión se produce un resultado material o un resultado formal, típicos como consecuencia de un no hacer.

Toca el turno ahora de estudiar lo inherente al aspecto negativo del soporte naturalístico del ilícito penal (conducta), es decir, de la AUSENCIA DE CONDUCTA, definiéndola el jurista López Betancourt como: “el elemento negativo de la conducta, abarca la ausencia de acción o de omisión de la misma, en la realización de un ilícito”.¹⁹

Antes de entrar de lleno al análisis del elemento negativo del primer elemento del delito, es importante destacar y recordar lo que a bien Amuchategui Requena señala al exponer: “En algunas circunstancias, surge el aspecto negativo de la conducta, o sea, la ausencia de conducta. Esto quiere decir que la conducta no existe y, por tanto, da lugar a la inexistencia del delito”.²⁰ Es precisamente dicha circunstancia en donde radica la importancia del ya referido aspecto negativo de la conducta, puesto que si estamos en presencia de algunas de las circunstancias que a continuación se mencionan, simple y sencillamente, no importando el resultado provocado por aquella, no hay delito; en otras palabras, cuando se acredita en la comisión de un delito, la ausencia de conducta, ésta última no es trascendente para el Derecho Penal.

Es uniforme el criterio de los autores al señalar que la ausencia del delito se presenta por:

- a) Vis Absoluta.
- b) Vis Maior.
- c) Movimientos Reflejos.
- d) El Sueño.
- e) El Hipnotismo.

¹⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 106.

²⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 53.

f) El Sonambulismo.

a) Vis Absoluta. Es una fuerza física, material, superior e irresistible proveniente de un tercero cediendo a ella él que la sufre.

En relación a dicho tópico Eduardo López Betancourt expone: “Esta fuerza física irresistible es un aspecto negativo de la conducta; el sujeto a través de ésta va a realizar una acción u omisión, que no quería ejecutar, por lo tanto esta situación no puede constituir una conducta, por faltar la voluntad del sujeto, elemento esencial de la conducta”.²¹

“Una persona camina por el Zócalo de la Ciudad de México, se detiene a observar unas artesanías, en ese momento pasa un tercero en su bicicleta y propina un empujón a aquel, quien cae encima de las artesanías causando diversos daños o encima del bebé que se encuentra durmiendo en un guacal de madera lesionándolo, no puede sancionarse al sujeto como responsable de DAÑO EN PROPIEDAD AJENA y LESIONES, toda vez que aplica la excluyente de la ausencia de conducta por carecer esta del elemento VOLITIVO, es decir, el hecho se realizó sin la voluntad del sujeto”.²²

b) Vis Maior. Es igualmente una fuerza mayor, pero a diferencia de la Vis Absoluta, esta fuerza proviene de la naturaleza. No existe tampoco voluntad del sujeto al realizar acción u omisión, y por ser la voluntad uno de los elementos de la conducta, al faltar aquella no se acredita esta.

“Un ejemplo sería que en un terremoto, alguien, impulsado por un movimiento brusco de la tierra, lanza al vacío a una persona que tiene cerca”.²³

²¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 107.

²² ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 103.

²³ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Loc. cit.* p. 53.

c) Movimientos Reflejos. “Son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico”.²⁴

Al ser provocados por transmisores nerviosos, los actos reflejos, carecen también del elemento VOLITIVO esencial en la conducta, puesto que su realización o no, no depende de manera consciente del agente en virtud de que estos son derivados de estímulos fisiológicos corporales.

*“Un sujeto viaja en un vagón del metro, un viernes las 18:00 horas, por lo que hay una gran cantidad de gente, al encontrarse en la estación Pino Suárez, otro sujeto se encuentra de frente a él, el sujeto estornuda y con el movimiento realizado, le propina un cabezazo al que se encuentra enfrente ocasionándole una lesión en su nariz. Su conducta no puede ser constitutiva del delito de lesiones puesto que no existió la voluntad para realizar el movimiento corporal”.*²⁵

d) El Sueño. Definido por Pavón Vasconcelos como un estado fisiológico de descanso normal del cuerpo y de la mente consciente, en el cual se pueden realizar actos involuntarios con resultados dañosos.

“Si una mujer de agitado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre sin conocimiento de aquella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer, más faltara el coeficiente psíquico

²⁴ *Idem* p 53.

²⁵ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 104.

necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho".²⁶

e) El Hipnotismo. Es un estado de inconsciencia, considerado también como una hipótesis para establecer la ausencia de conducta, puesto que a favor de quien cometiere un delito en estado hipnótico, opera el elemento negativo de la conducta, argumentando que el sujeto actúa sin voluntad, movido por una orden externa.

Se dice del Hipnotismo también que se constituye de un conjunto de situaciones especiales del sistema nervioso, producidas por maniobras artificiales en las que se pueda dar la sugestión intra o post hipnótica.

No obstante ser considerado como una circunstancia excluyente de la conducta, ahondar en el tema resulta inoperante, puesto que el hipnotismo requiere, al parecer de este sustentante, un estudio serio y profundo realizado por verdaderos conocedores de la materia para poder delimitar la influencia que durante éste estado de inconsciencia se tiene en la voluntad del hipnotizado.

f) El Sonambulismo. Consiste en la deambulación de persona con cierta aptitud para realizar, aún dormido, ciertas actividades, sin perder de vista que ésta son realizadas de manera inconsciente e involuntaria, puesto que estas las realiza en un estado fisiológico de descanso normal del cuerpo y de la mente consciente.

Finalmente debe asentarse que la fracción I del artículo 15 del Código Penal del Estado de México, preceptúa que la ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible, es una causal excluyente del delito y de la responsabilidad penal.

²⁶ PAVON VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Op. cit. p. 296.*

2.2.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD.

Una vez abordado el tema de la **conducta y su aspecto negativo**, corresponde ahora examinar el segundo elemento del delito que lo es la **tipicidad**, así como su aspecto negativo, la **atipicidad o ausencia del tipo**, sin embargo el estudio de estos elementos hace necesario previamente el análisis del **tipo**, debiendo precisar entonces su concepto y contenido.

“El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; esto es, incluyendo el dolo o la culpa. Era lo que para los antiguos escritores españoles figura del delito. En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; considera el tipo como una mera descripción. Posteriormente Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal (1915) asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuridicidad. En otras palabras: no toda conducta típica es indiciaria de antijuridicidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuridicidad. El concepto se modifica en Edmundo Mezger, para quien el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuridicidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento. No define al delito como conducta típica, antijurídica y culpable, sino como acción típicamente antijurídica y culpable. Opinión semejante sustenta en la Argentina Sebastián Soler”.²⁷

Para la autora Irma Griselda Amuchategui Requena el tipo es “la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de una

²⁷ CASTELLANOS, Fernando. *Op. cit.* p. 168-169.

figura delictiva”.²⁸El tipo supone conductas, que de realizarse o actualizarse en el mundo real, traen como consecuencia una correspondiente sanción penal.

En tanto que Alfonso Reyes Echandía define al tipo penal como “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”.²⁹En este sentido es necesario acotar que la finalidad principal del Estado, es la de conservar el orden social y al mismo tiempo constituirse en tutor de los valores mas importantes para sus gobernados, siendo ésta circunstancia la que impulsa al Poder Legislativo a la creación y descripción de tipos o supuestas conductas, previstas de sanción atendiendo a la prevención general del delito.

Fernando Arilla Bas señala que el tipo “es resultado de la función creadora del Derecho Penal... es la descriptiva del delito”.³⁰

En nuestro sistema penal mexicano hoy en día “cualquier conducta a la que se pretenda asociar una pena, en forma previa debe estar estrictamente descrita en la ley. Esa descripción es en lo que consiste el tipo penal”.³¹

Así entonces, el tipo es la descripción de conductas abstractas realizadas por el legislador, incluidas en leyes sustantivas, que lesionan o hacen peligrar los bienes jurídicos protegidos por la norma penal y de los cuales el Estado como ente supremo se erige como su tutor, y a las que además se les asocia una pena.

Y de manera inversa, por mas inmoral y antisocial que se considere determinada conducta, si no se encuentra contemplada en un tipo penal, simple y sencillamente, no será delito, ya que de no existir tipo, aún cuando en el mundo fáctico se realice una conducta con la que se afecte a otro, no podrá decirse que

²⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 56.

²⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso. *Tipicidad*. Editorial Temis, 6ª Edición. Bogota 1999. p. 7.

³⁰ ARILLA BAS, Fernando. *Op. cit.* p. 238.

³¹ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Las Causas de Exclusión del Delito*. Colegio de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas. 1ª Edición. México 2006. p. 56.

existe delito ni mucho menos se podrá castigar a quien la realice (Ausencia del Tipo).

El Maestro Ricardo Ojeda Gándara señala tres funciones que desempeña el tipo penal dentro de nuestro sistema penal, y que resumidas en el cuadro siguiente son:

Funciones del Tipo Penal.	Lo que debe entenderse.
1. Función de Selección	El legislador, de todas las conductas posibles escoge solo las más graves y penalmente relevantes para asociarlas con una pena, en tanto que la sanción de otras no tan delicadas las deja a los ámbitos de la justicia cívica, civil, laboral o de alguna otra clase.
2. Función Motivadora	El asociar a la conducta tipificada una amenaza de pena, se pretende lograr en la colectividad la abstención de realizarla, pues de lo contrario el que la ejecute sufrirá la desagradable consecuencia de ello.
3. Función de Garantía	Opera a favor de los gobernados en el sentido de que nadie puede ser privado ni molestado en la esfera de libertad, cuando no se haya incurrido en alguna de las conductas descritas en los tipos penales.

Una vez establecido lo que debe entenderse por **tipo**, toca el turno de hacer referencia al segundo de los elementos del delito, la **tipicidad**, la cual es concebida por Fernando Castellanos como “el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa”.³²

³² CASTELLANOS, Fernando. *Loc. cit. p. 168.*

Tanto para Amuchategui Requena así como para Espinosa Nolasco la tipicidad es la adecuación de la conducta a la descripción legal o al tipo penal, es decir, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal.

“La parte especial de Derecho Penal se encarga del estudio de los tipos legales... y cuando un sujeto realiza una conducta que se adecua a esa descripción legal, se dice que la misma es típica”.³³

La tipicidad consiste en el encuadramiento o adecuación de la conducta desplegada por el sujeto al tipo previsto en la ley. “Debemos tener cuidado de no confundir tipicidad con tipo; la primera se refiere a la conducta y el segundo pertenece a la ley, a la descripción o hipótesis plasmada por el legislador sobre un hecho ilícito; es la formula legal a que se debe adecuar la conducta para la existencia de un delito”.³⁴ Así entonces el tipo es la hipótesis de una conducta y la tipicidad es la actualización de tal conducta.

La tipicidad se encuentra fundamentada en nuestra Carta Magna 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 este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata”,³⁵ es decir, en tanto no exista una norma o tipo que establezca el comportamiento específicamente, no podrá imponerse pena alguna al sujeto que la ejecute.

Cabe mencionar que en nuestro ya referido sistema penal mexicano la tipicidad se rige por cinco principios generales que constituyen una garantía de legalidad para los gobernados frente al Estado, dichos principios son:

³³ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 112.

³⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 118.

³⁵ O. RABASA, Emilio. Mexicano Esta es tu Constitución. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. 10ª Edición. México 1995. p. 63.

- a) *Nullum crimen sine lege*. (No hay delito sin ley).
- b) *Nullum crimen sine tipo*. (No hay delito sin tipo).
- c) *Nulla poena sine tipo*. (No hay pena sin tipo).
- d) *Nulla poena sine crimen*. (No hay pena sin delito).
- e) *Nulla poena sine lege*. (No hay pena sin ley).

El elemento positivo del delito que aquí se estudia, es esencial para su estructura, puesto que la ausencia de éste impide su configuración.

Antes de avocarse al estudio del aspecto negativo de la tipicidad (atipicidad), es importante destacar lo siguiente:

*“Pasando a otra cuestión, si sabemos que la tipicidad requiere un exacto encuadramiento entre el hecho fáctico acaecido, con la descripción que de esa clase de hechos se hace en la ley penal, de manera que el hecho verificado debe coincidir o satisfacer a la perfección todos y cada uno de los elementos del tipo en cuestión (algo así como un “rompe-cabezas” al que no le deben faltar piezas, ni debe colocarse una en lugar de otra, porque eso haría que la figura que hay que formar se altere o se distorsione), es obvio que los penalistas debemos saber, con precisión milimétrica, cuáles y cuántos son los elementos de que consta un tipo penal, pues solo así podremos resolver acertadamente –con justicia- un punto tan delicado como dar por afirmada o no la tipicidad de una conducta”.*³⁶

En ese orden de ideas, son tres los elementos de los que consta el tipo penal: objetivos, normativos y subjetivos. Lo anterior encuentra su fundamento legal en lo que establece el numeral 121 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México al señalar que el cuerpo del delito (tipo penal) se tendrá

³⁶ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Loc. cit.* p. 57.

por comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos objetivos del tipo; así como los normativos y los subjetivos, cuando aparezcan descritos en éste.

Los elementos objetivos son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y su función es describir la conducta o el hecho que puede ser materia de imputación mediante la simple actividad cognoscitiva.

“Los elementos objetivos son los sujetos activo y pasivo (a veces requieren calidad o cantidad específica), la forma de participación de aquél, la conducta desplegada, el resultado producido y el nexo causal entre la conducta y dicho resultado, el objeto material, el bien jurídico que se haya lesionado o puesto en peligro, en ocasiones se requiere de ciertos medios de comisión y de referencias, que pueden ser de tiempo, de lugar, de modo o de ocasión”.³⁷

Los elementos normativos son presupuestos del tipo que se determinan mediante una especial valoración de la situación de hecho, dicho de otro modo, son aquellos conceptos a los que hace alusión el tipo y de los cuales se requiere hacer una apreciación desde un punto de vista jurídico o cultural, por ejemplo, en el tipo de robo los elementos normativos son: “cosa”, “mueble”, “ajena”, entre otros.

Al respecto Eduardo López Betancourt precisa que los elementos normativos “ofrecen una mayor libertad al juez, ya que requieren una valoración para ser completados con un contenido capaz de ser aplicado”.³⁸

Finalmente toca el turno de hablar de los elementos subjetivos del tipo, respecto de los cuales el Maestro Ojeda Gándara dice: “se traducen en el dolo o la culpa, siendo que en los delitos dolosos adicionalmente pueden presentarse

³⁷ *Ibídem*, p. 59.

³⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 131.

elementos subjetivos específicos, distintos al dolo, que indican ánimos, deseos, propósitos, intenciones o finalidades específicas que el sujeto pretende alcanzar con su conducta dolosa”.³⁹

En otras palabras los elementos subjetivos atienden únicamente al ánimo o a la intención que se tiene para la realización del ilícito por parte del sujeto activo (se dan en el interior de psique del actor), el dolo y la culpa serían elementos subjetivos ya que implican la causación de un resultado donde se requiere la voluntad de realizarlo, es decir, es aquél motivo o fin que el propio tipo señala para su integración y en la que la conducta del delincuente encaja.

Eduardo López Betancourt señala que los elementos subjetivos del tipo “van a atender a la intención, al ánimo que tuvo el sujeto activo o debe tener, en la realización de algún ilícito penal, es decir, atienden a circunstancias que se dan en el mundo interno, en la psique del autor”.⁴⁰

“Una vez enunciados todos los elementos que indefectiblemente deben reunirse para legalmente poder decir que hay tipicidad, lo que queremos enfatizar superlativamente –aunque seamos redundantes- es que podemos ser tolerantes en muchos aspectos de la vida, por ejemplo: esperar 5 minutos más al amigo que se retrazó en una cita, perdonar al comerciante 2 o 3 pesos que nos debía dar de cambio al comparar la despensa, aguantar un empujón que nos dio un peatón que iba de prisa, convivir con los compañeros de trabajo, aunque no nos resulten agradables, soportar la pérdida de tiempo en un embotellamiento vehicular, etc., pero en lo que de ninguna manera y bajo ningún pretexto debemos ser laxos, sino que, al contrario, hay que ser no sólo estrictos, sino súper, mega exigentes, es en el acreditamiento de

³⁹ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Op. cit.* p. 60.

⁴⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 134.

todos, absolutamente todos, sin que falte ninguno, pero de verdad ninguno de los elementos que el tipo exija en cada caso particular.”⁴¹

Ahora bien, estudiado el aspecto positivo del segundo de los elementos del delito, que lo es la tipicidad, es menester referirse a su aspecto negativo: la **ausencia del tipo o atipicidad**.

La ausencia del tipo o atipicidad, suele definirse en sentido contrario a su aspecto positivo, es decir, si por tipicidad debe entenderse la adecuación de la conducta al tipo, este elemento negativo se entenderá como la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

Es importante distinguir y diferenciar la atipicidad de la ausencia de tipo, en la primera no existe aquella adecuación de la conducta al tipo, en tanto que en la segunda, dicha ausencia de adecuación se deriva de una inexistente descripción de la conducta o hecho, en la norma penal.

La **ausencia del tipo**, como su nombre lo indica, se produce cuando al realizar una conducta cualquiera, no existe norma penal que la regule. “Evidentemente, la ausencia del tipo viene de la mano con el principio *nullum crimen sine lege*, (no hay delito sin ley), el cual se encuentra previsto en el artículo 14 de nuestra Carta Magna”.⁴²

El prefijo “a”, significa “sin” o “ausencia de”, luego entonces, cuando se habla de **atipicidad** se refiere a la ausencia de la misma.

El autor Espinosa Nolasco menciona lo siguiente: “Hay atipicidad cuando, existiendo el tipo legal, la conducta no se adecua plenamente al mismo o cuando

⁴¹ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Op. cit.* p. 61.

⁴² ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 151.

no se acredita alguno de los elementos objetivos o externos que conforman el cuerpo del delito”.⁴³

“Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos... En cambio, la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada”.⁴⁴

2.2.3. ANTIJURIDICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

El tercer elemento del delito es la **antijuridicidad o antijuricidad**, concepto utilizado de manera indistinta por los diferentes autores que la definen, considerando que cualquiera de las dos acepciones es correcta, sin embargo para efectos de estudio en el presente trabajo nos referiremos a la antijuricidad.

La antijuricidad, es obviamente, un concepto negativo, como todo *“anti”*, presupone una contradicción, un choque, y precisamente por denotar gramaticalmente oposición o contrariedad, constituye sin excepción alguna, la negación de la afirmación; en otras palabras, dicho elemento debe ser entendido como lo contrario a derecho.

Al conceptualizar el elemento del delito que se estudia en este apartado el autor Fernando Castellanos, al respecto escribe: “Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.”⁴⁵ En el mismo sentido la define Max Ernesto Meyer al precisar que es la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

⁴³ *Ibídem*, p. 152.

⁴⁴ CASTELLANOS, Fernando. *Op. cit.* p. 174.

⁴⁵ *Ibídem*, p. 178.

La antijuricidad debe ser estudiada desde su doble aspecto, formal y material. “Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique trasgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico cuando signifique contradicción a los intereses colectivos.”⁴⁶

En otras palabras, habrá antijuridicidad formal cuando una conducta es contraria a lo estipulado en una ley, debido a que es en la ley en donde encontramos inmersas las normas que deben regir la conducta de un individuo en sociedad, es decir, es la violación a una norma que emana del Estado, en tanto que la antijuridicidad material es lo socialmente dañoso (antisocial).

Según Cuello Calón la rebeldía contra la norma jurídica constituye la antijuridicidad formal y el daño o perjuicio causado por esa rebeldía lo es la antijuridicidad material.

Ahora bien, para la comprobación de este elemento se debe acudir a su aspecto negativo, es decir, si se demuestra que no se encuentra acreditada ninguna de las causas de justificación que la ley establece, luego entonces la conducta es antijurídica.

“La antijuridicidad carece de entidad propia, ya que se acredita negativamente o a la inversa, verificando que no se presente ni una sola causa de licitud y, únicamente cuando esto suceda, hasta entonces, al concluir que la conducta no está justificada, se estará en aptitud de afirmar que la misma - además de típica- deviene antijurídica.”⁴⁷

Podemos concluir que una conducta puede ser típica por encontrarse en aparente oposición a lo preceptuado por la norma penal, sin embargo, puede ser

⁴⁶ *Ibidem*, p. 180.

⁴⁷ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Op. cit.* p. 67-68.

que no sea antijurídica, por acreditarse alguna causa de justificación a favor del sujeto activo, y con lo que queda de manifiesto también, que las **causas de justificación** son el elemento negativo de la antijuricidad.

La antijuricidad es lo contrario a derecho, mientras que lo contrario a la antijuricidad es lo conforme a derecho, es decir las **causas de justificación**, que en términos generales, imponen o autorizan, en sus respectivos casos el comportamiento típico.

Cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuridicidad, podemos decir entonces que no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha actuado de determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales impuestas en un estado de derecho. Si un hombre mata a otro, en defensa de su vida injustamente atacada, se actualiza una causa de justificación prevista por la ley, excluyéndose así la antijuridicidad en la conducta del homicida.

Al respecto el autor Arilla Bas señala: “El sujeto que obra típicamente, pero al amparo de una causa de justificación, no hace otra cosa, en definitiva, que obrar conforme al orden jurídico estatal, pero debe hacerlo dentro de los límites que señalan la necesidad y la proporcionalidad.”⁴⁸

“Dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a Derecho”.⁴⁹

La legislación penal mexicana contempla las siguientes causas de justificación: 1. legítima defensa, 2. estado de necesidad, 3. ejercicio de un

⁴⁸ ARILLA BAS, Fernando. *Op. cit.* p. 263.

⁴⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 153.

derecho, 4. cumplimiento de un deber y 5. consentimiento del titular del bien jurídico.

1. Legítima Defensa.

Para Fernando Arilla Bas la legítima defensa es “la repulsa de una agresión actual, violenta, injusta, imprevista e inevitable, de la que resulta un peligro eminente para un bien jurídico, llevada a cabo por el agredido o por un tercero, dentro de los límites necesarios para prevenir el daño al bien jurídico puesto en peligro y de la protección racional de los medios defensivos.”⁵⁰

Por su parte el autor Fernando Castellanos dice al respecto: “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”.

51

Legalmente la legítima defensa debe entenderse como el hecho de repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Al descomponer la definición legal que antecede, tenemos entonces que para que la conducta típica de un sujeto activo encuadre dentro de la hipótesis de la legítima defensa se requieren los siguientes elementos:

- a) Repeler una agresión.*
- b) Que sea real, actual o inminente.*
- c) Que dicha agresión sea sin derecho.*

⁵⁰ ARILLA BAS, Fernando. *Op. cit.* p. 273.

⁵¹ CASTELLANOS, Fernando. *Op. cit.* p. 192.

- d) En protección de bienes jurídicos.*
- e) Que sean defendibles.*
- f) Donde exista una necesidad de defensa.*
- g) Con racionalidad en los medios empleados.*
- h) Y, que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte de la persona a quien se defiende.*

2. Estado de necesidad.

“El estado de necesidad consiste en obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, respecto 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 tuviera el deber jurídico de afrontarlo.”⁵²

La doctrina establece que el estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados pertenecientes a otra persona, es decir, solo uno de ellos puede salvarse mediante la violación del otro.

*“Estrictamente hablando, la legítima defensa, es un estado de necesidad, solamente que en aquella la conducta consiste en defenderse de una agresión, mientras que el estado de necesidad consiste en un contrarrestar un peligro. Otra gran diferencia consiste en que, en la legítima defensa, la conducta defensiva va dirigida contra el agresor, mientras que en el estado de necesidad la acción se dirige a un tercero que no ha cometido conducta ilícita alguna, pero que por la circunstancias del hecho está obligado a soportar el mal”*⁵³

⁵² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 74.

⁵³ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 164-165.

Para comprender en que consiste la figura jurídica del estado de necesidad “existe un ejemplo de cátedra manejado por años, consistente en dos marineros que naufragan, quienes, ante la circunstancia de tener que salvar sus vidas, y como solo existe una tabla que servirá para una sola persona, uno de ellos arroja al mar a otro” ⁵⁴, siendo entonces que la conducta del marino que arroja al mar a su compañero, aunque en su momento pueda llegar a ser típica, la misma no será antijurídica al actualizarse en su favor la hipótesis del estado de necesidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que el estado de necesidad es una causa de justificación que por su propia y especial naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico tutelado para salvaguardar otro bien jurídico, igualmente protegido dolosa o culposamente por el agente.

Los elementos del estado de necesidad son:

- a) Necesidad de salvaguardar un bien jurídico.*
- b) Que sea propio o ajeno.*
- c) Que exista un peligro real, actual o inminente.*
- d) Que no sea ocasionado dolosamente por el agente.*
- e) La lesión de otro bien jurídico de menor o igual valor.*
- f) Que el peligro no sea evitable por otros medios.*
- g) Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo.*

Para concluir hay que puntualizar que el estado de necesidad se va a diferenciar de la legítima defensa, en que en el primero existe un conflicto entre intereses legítimos, mientras en la segunda, habrá uno legítimo y otro ilegítimo.

3. Ejercicio de un derecho.

⁵⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Loc. cit. p. 74.*

Consiste en la acción u omisión que se realiza, como su nombre lo indica, en el ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo y que no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro. Como se puede observarse, al igual que en la legítima defensa y en el estado de necesidad, se exige también la racionalidad del medio empleado.

“Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado... el daño se causa en virtud de ejercer un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etcétera.”⁵⁵

El médico que amputa alguna extremidad con fines estrictamente necesarios y de salud para su paciente, evidentemente le infiere una lesión, pero su conducta a pesar de ser típica, no es antijurídica por que actúa en el ejercicio de un derecho; a su vez obra en ejercicio de un derecho quien se apodera de diversos objetos ajenos muebles, en cumplimiento de una orden de embargo.

En la actividad deportiva resulta frecuente que entre los competidores o participantes resulte algún lesionado o incluso que alguno de ellos pierda la vida, existiendo al respecto tres situaciones posibles:

1. En los que la práctica es individual. (Gimnasia, natación, golf, clavados, equitación, etc.).	De lesionarse el deportista o resultar muerto, sería imposible fincar responsabilidad penal alguna, ya que se trataría de un mero accidente.
2. En los que se implica la participación directa de dos o más individuos. (Fútbol, voleibol, béisbol, etc.).	En esta hipótesis, de resultar lesiones u homicidio, quien los infiera se vera beneficiado por la causa de justificación correspondiente al ejercicio de un derecho, con lo cual se elimina la antijuricidad del hecho típico resultante, a menos que se pruebe el dolo por parte del activo.
3. En los que si implica combate. (Boxeo, artes marciales, lucha, esgrima, etc.).	De producirse algún tipo de lesión o inclusive la muerte del contendiente, existiría la causa de justificación

⁵⁵ *Ibídem*, p. 76-77.

	derivada del ejercicio de un derecho.
--	---------------------------------------

En el caso de los deportes, se presupone que el ejercicio de un derecho implica una autorización oficial por parte del Estado. “La violación o el acatamiento del reglamento de juego constituyen el punto de partida para determinar la ilicitud o ilicitud del hecho...”.⁵⁶

4. Cumplimiento de un deber.

El cumplimiento de un deber consiste en causar un daño a un bien jurídicamente tutelado por la ley, obrando en forma legítima en cumplimiento de aquél, siempre que exista necesidad racional del medio empleado; dicho deber puede derivar de una norma jurídica o de una orden de autoridad, por ejemplo, el policía, al detener a una persona en cumplimiento o acatamiento a una orden de aprehensión decretada por un Juez, no priva ilegalmente al acusado.

“En ese orden de ideas, aquí se da por reproducido todo lo manifestado en el apartado relativo al ejercicio de un derecho, pues la ley penal los iguala al definirlos en el mismo precepto. La única diferencia radica en que el primer caso consiste en ejercitar un derecho, mientras que en el segundo a cumplir un deber...”.⁵⁷

5. Consentimiento del titular del bien jurídico.

Otra causa de justificación que se puede actualizar a favor de la persona que realiza afectación a un bien jurídico, es cuando éste actúa con el consentimiento de su titular o con el de quien este legitimado para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un bien jurídico disponible,

⁵⁶ PAVON VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Op. cit. p. 411.*

⁵⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit. p. 78.*

- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.*

En la Teoría del Delito, el “consentimiento” se matiza con un aspecto de ambivalencia; cuando éste se encuentra contemplado de manera literal en el tipo penal en los siguientes términos: “... *y sin consentimiento de quine legalmente pueda otorgarlo...*”, su ausencia, será causa de atipicidad, en cambio cuando el correspondiente tipo penal no lo requiera, deberá ser estudiado como causa de justificación.

2.2.4. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.

Mientras algunos autores separan la **imputabilidad** de la **culpabilidad**, estimando ambas como elementos autónomos del delito; hay quienes también dan amplio contenido a la culpabilidad y comprenden en ella la imputabilidad. Una tercera posición, a criterio personal mas acertada, sostiene que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad y bien precisa en este sentido el Maestro Ricardo Ojeda Gándara al escribir: “Para ser culpable, antes que nada hay que ser imputable: la imputabilidad es la puerta por la que se entra a la culpabilidad”.⁵⁸

En general, la doctrina penal se muestra inclinada a considerar a la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad; debe decirse entonces que para que un sujeto sea culpable tiene que ser imputable, de lo contrario no puede haber la culpabilidad si previamente no se acredita que el sujeto de referencia es imputable.

⁵⁸ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Op. cit.* p. 87.

La jurista Amuchategui Requena dice en relación a la **Imputabilidad**: "... es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal. Implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito...".⁵⁹

El maestro López Betancourt refiere: "Imputabilidad es la capacidad de querer y entender, en el campo del Derecho Penal. Querer es estar en condiciones de aceptar o realizar algo voluntariamente, y entender es tener la capacidad mental y edad biológica para desplegar esa decisión.". ⁶⁰

"Imputabilidad es la posibilidad, condicionada por la salud y la madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y de obrar de acuerdo con ese conocimiento"⁶¹, es la definición que transcribe el penalista argentino Sebastián Soler respecto de este elemento del delito que se estudia.

Por su parte el autor José Feliciano Espinosa Nolasco la define como: "...la capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta y de conducirse de acuerdo a esa comprensión...". ⁶²

Luego entonces, adhiriéndose a la conceptualización anterior, podemos concluir que son dos los elementos de la imputabilidad: 1. La capacidad de comprender el carácter antijurídico de la conducta (por ejemplo: el sujeto que tiene 18 dieciocho años, encontrándose mentalmente sano y tiene la capacidad intelectual para comprende que apoderarse con ánimo de dominio y sin consentimiento de quien legalmente puede darlo es contrario a la norma) y, 2. Tener la capacidad de conducirse de acuerdo a esa comprensión (por ejemplo: la persona que padece claustrofobia y se queda encerrada en un cuarto, sabe que romper el cristal de un bien inmueble ajeno es antijurídico, pero no se puede

⁵⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 81.

⁶⁰ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 180.

⁶¹ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino. Tomo II*. Editorial Tipográfica Editora Argentina, 4ª edición. Buenos Aires, 1973. p. 35.

⁶² ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 177.

adecuar su conducta a esa comprensión y ocasiona diversos destrozos por su afán de salir). Comúnmente se afirma que la imputabilidad esta determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental.

Para concluir, tenemos entonces que es “...el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo”.⁶³

La **Inimputabilidad** entonces, será el aspecto negativo de la Imputabilidad y simple y sencillamente consiste, a la inversa que el aspecto positivo, en la ausencia de capacidad para querer y entender en el campo del Derecho Penal, en otras palabras, es la ausencia de comprensión del carácter ilícito del hecho típico o de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

Jiménez de Asúa sostiene que: “Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer del deber; esto es aquellas causas en las que si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró”.⁶⁴

Puede decirse, unificando criterios de distintos juristas, que las causas de inimputabilidad son las siguientes:

1. Trastorno Mental.	Incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas que impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde a esa comprensión. Puede ser transitorio o
----------------------	---

⁶³ CASTELLANOS, Fernando. *Op. cit.* p. 218.

⁶⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Editorial Sudamericana, 3ª edición. Buenos Aires, 1990. p. 339.

	permanente.
2. Desarrollo Intelectual Retardado.	Es un proceso tardío de la inteligencia que provoca incapacidad para entender y querer.
3. Minoría de Edad.	No se trata de enfermos mentales, tiene la capacidad de comprensión del hecho típico, así como de conducirse de acuerdo a esa comprensión, sin embargo están fuera del Derecho Penal y sujetos a una acción tutelar por parte del Estado.

“En la práctica, cuando se debaten cuestiones de imputabilidad, el tópico del cuerpo del delito, que normalmente es el punto central del proceso, palidece y pasa a un lugar secundario, en razón de que lo que acapara la atención es, precisamente, la imputabilidad, donde las pruebas periciales respectivas juegan un papel fundamental, por lo que se recomienda que los jueces, como peritum peritorum del proceso, ahondemos en los temas relativos”.⁶⁵

Es por lo anterior que estas causas de inimputabilidad deben ser determinadas por personal especializado, siendo por ello necesaria la intervención de peritos en la materia, quienes a partir, en cada caso en concreto, de las especiales características generales presentadas por el agente, determinen si estamos ante la presencia de un inimputable.

Es importante destacar que, tratándose de inimputables, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México establece las reglas generales del procedimiento especial que se ha de seguir en contra de aquellos, a quienes también se les considera como socialmente responsables, y no penalmente responsables como a quien delinque teniendo la capacidad de entender lo ilícito de su conducta y de conducirse de acuerdo a ella, imponiéndoseles una medida de seguridad y no una pena, con el segundo caso.

⁶⁵ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Op. cit.* p. 90.

En relación a los menores de edad, cada entidad federativa señala la edad que considera adecuada conforme a la libertad y soberanía con que legislan las localidades, sin embargo, sin excepción alguna e independientemente la edad biológica que estipulen, lo menores de edad quedan al margen de la Ley Penal, de manera que es aplicable para ellos una medida de seguridad y no un pena. “Cuando un menor comete una conducta delictiva, se le sigue un proceso ante Tribunales especiales, que para el caso tiene cada uno de los Estados, y si al final se acredita que cometió un delito tampoco se le considera penalmente responsable sino como infractor y la sanción consiste en una medida de seguridad”.⁶⁶

Tópico el antes citado que es susceptible de desmenuzar atendiendo a un sin fin de percepciones particulares; sin embargo, de la literatura consultada, resulta importante considerar lo que precisa el Maestro Ricardo Ojeda Gándara, quien en relación a la minoría de edad dice:

*“Hay quienes han opinado que la imputabilidad debería determinarse caso por caso, prescindiendo de pautas predeterminadas; sin embargo, nuestro ordenamiento recogió un criterio biológico y marcó la frontera de los 18 dieciocho años para tal efecto, que aunque no deja de ser discutible que una persona de 17 años 364 días de edad se duerma inimputable y despierte imputable, ¡como si durante la noche una especie de hada hubiera entrado a su recámara y lo hubiera tocado con su varita mágica!, parece que encierra un mayor grado de seguridad jurídica”.*⁶⁷

Aunque si bien, nuestra legislación penal ha dejado de contemplar al “miedo grave” y al “temor fundado”, como causantes de inimputabilidad, no esta

⁶⁶ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 194.

⁶⁷ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Loc. cit.* p. 90.

por demás conceptualizarlos y tenerlos como precedentes del tema que se estudia, haciéndose ello en los términos siguientes:

A. Miedo Grave.	Circunstancia interna subjetiva, en que el individuo se encuentra marginado por la misma para actuar razonadamente, en una situación subjetiva que lo obliga a actuar de manera distinta a condiciones normales.
B. Temor Fundado.	Es el conjunto de circunstancias objetivas que obligan al individuo a actuar de cierta manera.

Finalmente, en este apartado, se debe hacer referencia a las “*acciones libres en su causa*”, que también son contempladas en derecho y que “dice la legislación vigente que la incapacidad de comprensión del carácter ilícito de un hecho típico, no actúa como excluyente del delito cuando el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible...”.⁶⁸

2.2.5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD.

El delito entonces, como se ha hecho mención en el presente trabajo terminal, es un complejo rompecabezas que se integra de siete elementos, si solo uno de estos falta, aquel no existirá; la **Culpabilidad** es el quinto de dichos elementos y respecto del cual dice Vela Treviño: “es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta...”.⁶⁹

El autor José Feliciano Espinosa Nolasco, al comenzar a desarrollar el tema de la culpabilidad, cita de manera textual:

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 192.

⁶⁹ VELA TREVIÑO, Sergio. *Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito*. Editorial Trillas. México, 1985. p. 337.

“Tema sin duda complejo, pero el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni lo explica magistralmente en forma sencilla y digerible... Culpabilidad “es la reprochabilidad del injusto a su autor. ¿Qué se reprocha? El injusto. ¿Por qué se reprocha? Por que no se motivo en la norma. ¿Por qué se le reprocha no haberse motivado en la norma? Por que le era exigible que se motivase en ella. Un injusto, es decir, una conducta típica y antijurídica, es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivo en la norma siéndole exigible, en las circunstancias en que actúo, que se motivase en ella. Al no haberse motivado en la norma cuando podía y le era exigible que lo hiciese, el autor muestra una disposición interna contraria a derecho”.⁷⁰

Jiménez de Asúa conceptualiza a la culpabilidad como “...el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica...”⁷¹, en tanto que la autora Irma Griselda Amuchategui Requena la define como “...la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.”⁷²

De acuerdo a las anteriores definiciones, la culpabilidad se integra de cuatro elementos sumamente importantes, que lo son: una ley, una acción, una contraposición entre la ley y la acción y finalmente, el conocimiento de esta situación que se refleja en el quebrantamiento del Estado de Derecho. La culpabilidad es entonces el nexo intelectual que une al sujeto con el acto delictivo, sin perder de vista las circunstancias especiales que rodean el hecho con el que se quebranta la norma penal.

⁷⁰ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 173.

⁷¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La Ley y el Delito*. Editorial Témis, Segunda Edición. Buenos Aires, 1954. p. 379.

⁷² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 85.

Se puede establecer entonces que la culpabilidad, en un hecho concreto, es eminentemente graduable dependiendo de diversas circunstancias tales como: 1. La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados para ejecutarla, 2. La magnitud del daño causado al bien jurídico y del peligro a que hubiere sido expuesto el ofendido, 3. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión, 4. La forma y grado de intervención del agente en la comisión del hecho, así como la calidad de éste y del ofendido, 5. La edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir (señala el Código Penal del Estado de México que en el caso de que el sujeto perteneciere a un grupo indígena, deberán considerarse también sus usos y costumbres), 6. El comportamiento posterior del sujeto con relación al delito cometido, 7. Las condiciones especiales y personales en que se encontraba el sujeto al momento de cometer el delito, 8. Si el sujeto del que hablamos es delincuente primario, reincidente o habitual.

Una vez asentado lo anterior, es prudente hacer un pequeño estudio de dos partes medulares dentro del elemento del delito que nos ocupa: El Dolo y La Culpa.

“Carmignani definió al dolo como el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores. Carrara... define al dolo como la intensión más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contrario a la ley...”⁷³

“El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho”⁷⁴, y sus elementos son:

⁷³ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 218.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 86.

a) COGNOSCITIVO	Es saber que se infringe una norma
b) VOLITIVO	Es la voluntad de realizar la conducta antijurídica

Existe dolo cuando se obra conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, queriendo o aceptando la realización del hecho descrito por la ley, en otras palabras, quien actúa con dolo sabe lo que hace y aún consciente de ello, quiere hacerlo.

Dos son los tipos de dolo en nuestra legislación: el Directo y el Eventual, en el primero “el autor, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, quiere directamente la producción del resultado típico...”⁷⁵, es decir, cuando el sujeto tiene la intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico; en tanto que en el segundo “hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, por que no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca...”⁷⁶.

“La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, cuando pudo ser previsible y evitable...”⁷⁷

Cuello Calón expresa: “Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.”⁷⁸

“El maestro Pavón Vasconcelos define a la culpa como “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una

⁷⁵ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 184.

⁷⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 225.

⁷⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 87.

⁷⁸ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal, Tomo I*. Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., Décimo Octava Edición. Barcelona, 1980. p. 466.

acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres”.⁷⁹

En esa tesitura entonces, 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; en consecuencia, la esencia de la culpa radicar en obrar sin la cautela o precaución exigida para evitar que se causa un daño de cualquier especie.

Los elementos de la culpa son: a) Conducta, b) Ausencia de una intención delictiva, c) Un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional, d) Carencia de cuidado, cautela o precaución, e) Tipificación del resultado, f) Nexos de relación o causalidad entre la acción u omisión involuntaria y el resultado típico.

Al igual que el dolo, en nuestra legislación se contemplan dos clases de culpa: 1. consciente o con representación y 2. inconsciente o sin representación; en la primera el sujeto activo prevé la posibilidad de provocar un resultado delictivo, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá, en tanto que en la segunda el sujeto activo no prevé el resultado que era previsible.

No debe perderse de vista que el órgano jurisdiccional, al momento de dictar sentencia y fijar la pena correspondiente, estimara en la comisión de delitos culposos: 1. La mayor o menor posibilidad de prever y evitar el daño que resultó, 2. El deber de cuidado del sentenciado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan, 3. Si el sujeto ha delinquido con anterioridad en circunstancias similares, 4. Si tuvo tiempo para desplegar el cuidado posible y adecuado para no producir o evitar el daño que se produjo, 5. El estado y funcionamiento mecánico del objeto que manipulaba el agente y 6. El estado del medio ambiente en el que actuaba.

⁷⁹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 83.

Finalmente, para precisar la naturaleza del elemento positivo del delito que aquí se analizo, existen dos teorías: la psicológica y la normativa.

TEORÍA PSICOLÓGICA	TEORÍA NORMATIVA
La culpabilidad se funda en el aspecto psicológico del sujeto activo. El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el del sujeto por cuanto hace al elemento volitivo.	Según esta teoría, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tiene capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

La **Inculpabilidad** es el aspecto negativo del elemento que nos ocupa. Ha quedado debidamente asentado con anterioridad que la imputabilidad, para los efectos del presente estudio, constituye en si una parte importantísima de la culpabilidad, pues se han precisado cuáles son las causas que excluyen la culpabilidad por no darse en el sujeto la capacidad de culpabilidad, esto es, las razones que impiden al sujeto conocer la ilicitud del hecho o poderse determinar en forma espontánea conforme a dicha comprensión, en esa tesitura, solo nos resta hacer referencia, de manera genérica, a las otras causas de **Inculpabilidad**, como lo son: a) El error, y b) La no exigibilidad de otra conducta.

“La inculpabilidad solamente es concebible en el sujeto imputable. La causa de inculpabilidad se condicionan a la existencia en el sujeto de la capacidad de entender y querer.”⁸⁰

Para los efectos de nuestra legislación, hablar de ignorancia o error es prácticamente lo mismo, ya que si bien en la primera existe un total desconocimiento de un hecho, una carencia amplísima de noción respecto de una cosa, en tanto que en el segundo de dichos conceptos, existe una falsa apreciación, una equivocada concepción de la realidad, es un conocimiento deformado, lo cierto es que en Derecho Penal, los conceptos se identifican, pues tanto vale ignorar como conocer falsamente.

⁸⁰ ARILLA BAS, Fernando. *Op. cit.* p. 293.

El error (causa de inculpabilidad), como género, comprende como especies al *error de hecho* y al *error de derecho*, conocidos hoy en día y de acuerdo a la doctrina alemana contemporánea como *error de tipo* y *error de prohibición*. ¿En qué consisten?, el primero “recae sobre la conducta realizada por el sujeto, de manera que le veda conocer la relación de asunción entre ellos y el tipo”⁸¹, en tanto que el segundo “recae sobre una causa de justificación, de suerte que el sujeto, sabiendo que obra típicamente, cree hacerlo amparado por una causa de esa especie.”⁸²

*“El error –ya sabemos-, es el falso concepto que el sujeto tiene de la realidad, y será invencible cuando, aún empleando una gran diligencia, no hubiere podido salir de el; en cambio y a la inversa, cuando era fácil salir del error o cuando el sujeto, con elementales cuidados, hubiera podido superarlo, estaremos ante un error vencible. El único error que tiene efectos eximentes es el invencible, en cuanto al vencible, el mismo es punible, pero de distinta manera...”*⁸³

Corroborando lo anterior, Irma Griselda Amuchategui Requena, al estudiar el tema sostiene: “El error recae en condiciones del hecho; así, puede ser de tipo o de prohibición. El primero es un error respecto a los elementos del tipo; en el segundo, el sujeto cree que no es antijurídico obrar.”⁸⁴ En ese sentido, el error de tipo consiste en que el agente obra bajo un error sobre alguno de los elementos del tipo penal; el error de prohibición se refiere a que el agente cree, erróneamente, que su actuación esta amparada por una causa que lo justifica.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 294.

⁸² *Idem* p. 294.

⁸³ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Op. cit.* p. 92.

⁸⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p. 907.

Traslademos lo anterior a nuestra legislación al citar textualmente el contenido del artículo 15 del Código Penal del Estado de México, que en su parte conducente dice:

“ARTÍCULO 15.- Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:...

IV. Las causa de inculpabilidad:...

b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1 Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2 Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que esta justificada su conducta.”⁸⁵

Evidentemente, el número uno se refiere al error de tipo, mientras que el número dos se refiere al error de prohibición que no es un problema que afecte al elemento subjetivo del delito, sino a la culpabilidad. Así las cosas, es preciso destacar en este momento, que para los finalistas el elemento subjetivo pertenece al tipo penal, por lo que el error de tipo afecta, precisamente al *tipo penal*, en tanto que para los causalistas, el elemento subjetivo pertenece a la culpabilidad y por lo tanto es a ésta a la que afecta.

En relación al tercer elemento que acreditaría la Inculpabilidad, y que lo es la *No exigibilidad de otra conducta*, dice la doctrina fue introducida en Alemania por la Jurisprudencia del Tribunal del Impero, al resolver dos casos profusamente citados en la literatura penal.

⁸⁵ Legislación Penal Procesal para el Estado de México. Editorial Sista. p. 24-25.

“La doctrina nos enseña que esta figura puede presentarse tanto en los delitos dolosos como en los culposos, en los ejemplos bien conocidos de “la cigüeña en los Juzgados” y “el caballo resabiado”, respectivamente. En el primero, una comadrona alteraba la fecha de nacimiento de los bebés, afirmando que habían nacido en domingo, aunque en realidad hubiera sido cualquier otro día de la semana, ante la amenaza que los pueblerinos le hacían de no volverla a contratar para atender los alumbramientos que hubiera en la familia, todo porque los patrones daban un día de asueto a los trabajadores cuando sus hijos nacían los domingos. En el segundo, un anciano carretonero, ante la advertencia de ser despedido del empleo si no obedecía, prácticamente fue obligado a transportar a un cliente, valiéndose de un caballo que aun no estaba domando y solía jalar con el hocico las riendas, lo que ocasiono una volcadura y lesiones al pasajero. En ambos casos el jurado estimo que cualquier persona en sus mismas condiciones hubiera hecho lo mismo razón por la que, de forma suprallegal, puesto que esta cuestión no se encontraba regulada por la ley, absolvieron a los involucrados”.⁸⁶

En términos generales, el autor Fernando Arilla Bas dice: “...esta causa de inculpabilidad opera, de acuerdo a la tesis normativa de la culpabilidad en aquellos casos en que la conducta no puede ser reprochada al sujeto, por no serle exigible otra”.⁸⁷ Eduardo López Betancourt, por su parte escribe: “Se trata de infracciones culpables, cuyo sujeto, por una indulgente conducta de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta antisocial”.⁸⁸

⁸⁶ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Op. cit.* p. 97.

⁸⁷ ARILLA BAS, Fernando. *Op. cit.* p. 299.

⁸⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 242.

“En nuestros tiempos, tampoco les fue exigible otra conducta a los jóvenes deportistas conocidos como “los sobrevivientes de los andes”, cuya avioneta se estrelló en las heladas montañas, y que, después de consumir los pocos víveres con los que contaban, tuvieron que comer la carne de los que, de ellos mismos, paulatinamente iban muriendo, hasta que dos de los muchachos se aventuran a caminar entre la nieve y logran conseguir ayuda para rescatar a los que permanecían en el lugar del accidente... A quienes sí que se les puede –y se les debe- exigir otra conducta, es a quienes privan de la vida a otros para terminar una discusión, para desapoderarlos de sus pertenencias, o porque iban distraídos al manejar; a quienes pretenden sustraer mercancía de centros comerciales sin hacer el pago correspondiente, o abordan vehículos de transporte público para amagar a los pasajeros y despojarlos de sus bienes; a quienes imponen la cópula violentamente a las mujeres, etc.”⁸⁹

Hablamos entonces de conductas que no pueden considerarse culpables, porque a quien la realiza, dadas las circunstancias de su situación, no se le puede exigir una conducta distinta a la observada.

2.2.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

La existencia misma de las condiciones objetivas de punibilidad, dice Francisco Pavón Vasconcelos, “ha sido materia de amplio debate en la doctrina penal, pues mientras unos la niegan otros la afirman con convicción, otorgándole un lugar destacado en la dogmática del delito. Todo lo relacionado con ellas es

⁸⁹ OJEDA GÁNDARA, Ricardo. *Loc. cit.* p. 97-98.

motivo de controversia e incluso su concepto y la función que desempeñan es objetos de investigación en el momento actual de la dogmática penal”.⁹⁰

Para Ernesto Beling, las condiciones objetivas de punibilidad son “ciertas circunstancias exigidas por la ley penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen carácter de culpabilidad”.⁹¹

Por su parte, Eduardo López Betancourt, las conceptualiza como: “requisitos que la ley exige en delitos específicos y son situaciones que deben realizarse, por que en caso de que se incumplieren, el hecho no sería punible”.⁹²

En términos generales puede afirmarse que dichas condiciones constituyen verdaderos presupuestos de la pena y su carácter objetivo elimina toda vinculación con elementos subjetivos referidos a la ilicitud de la acción o a la culpabilidad del autor.

Las condiciones objetivas de punibilidad entonces, son requisitos que impone el legislador solo en algunos delitos como condición para la procedencia de la pena; en consecuencia la condicionalidad objetiva no es necesariamente parte integrante y necesaria del delito, éste puede existir sin aquellas, puesto que solo son un presupuesto de la pena. Si no se verifica la condición de punibilidad, el delito no es punible, ni siquiera como tentado.

“Se ha podido observar que algunos juristas asocian a las condiciones objetivas de punibilidad con el requisito de procedibilidad, sin embargo, no tienen relación unas con el otro, puesto que este pertenece al derecho procesal penal y tiene

⁹⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Op. cit.* p. 581.

⁹¹ BELING, Ernest Von. *La Doctrina del delito tipo. Traducción de Soler*, Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1994, p. 31.

⁹² LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 257.

como función la de condicionar la persecución de un delito a su existencia, mientras que la condición objetiva de punibilidad pertenece al derecho sustantivo y condiciona la imposición de la pena cuando, existiendo una conducta que sea típica, antijurídica y culpable, no se satisfaga dicha condición... ”⁹³

Como ejemplo de lo anterior tenemos al delito de FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS, en el que aun existiendo una conducta que se adecue a la descripción típica contenida en la ley, que la misma sea antijurídica, así como quien cometió dicha conducta es imputable y actuó con dolo, sin embargo, para que se le pueda imponer la pena, es necesario que se satisfagan los requisitos del artículo 169 del Código Penal para el Estado de México; apreciándose entonces que estos requisitos no condicionan la existencia ni la perseguibilidad del delito sino solamente la procedencia de la pena.

En esa tesitura es factible establecer que la ausencia de las condiciones objetivas de punibilidad, es el aspecto negativo de las mismas. Cuando en la conducta falta la condición objetiva de punibilidad no podrá sancionarse aquélla, puesto que, como ha quedado debidamente asentado, la condicionalidad objetiva es un presupuesto necesario y determinante para imponer pena alguna. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue

En conclusión, el impedimento de las condiciones objetivas de punibilidad, traerá consigo el impedimento de la aplicación de la sanción correspondiente.

2.2.7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

Finalmente, es tiempo de realizar un breve análisis respecto del último elemento del delito (según lo afirma la teoría de los siete elementos), que lo es la **punibilidad**.

⁹³ ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. *Op. cit.* p. 179.

Para Fernando Castellanos, la punibilidad consiste “en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta...”⁹⁴, siendo por ello entonces que una conducta es punible, cuando por su naturaleza, amerite ser penada.

Francisco Pavón Vasconcelos la conceptualiza como “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social.”⁹⁵

El autor Rodrigo Quijada, al hacer alusión a la punibilidad como uno más de los elementos del delito, establece primeramente de dónde es que se desprende dicho elemento para considerarlo como tal, y señala para ello, la definición que el Código Penal del Estado de México da, de lo que debe entenderse por delito, siendo este la conducta típica, antijurídica, culpable y *punible*. Desprendiéndose entonces de tal conceptualización que la punibilidad es uno más de los elementos del delito y respecto de la cual señala que se debe de entender como la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

En ese sentido, entonces la punibilidad es la amenaza o conminación de una pena que contempla la ley para aplicar a aquellos sujetos que cometan un delito o violen una norma penal.

El aspecto negativo del elemento antes señalado, lo son las **excusas absolutorias**, a las que se les define como “aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena...”⁹⁶ Al estar ante la presencia de una excusa absoluta, los elementos del

⁹⁴ CASTELLANOS, Fernando. *Op. cit.* p.275.

⁹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Op. cit.* p.569.

⁹⁶ CASTELLANOS, Fernando. *Op. cit.* p.278.

delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) subsisten, pero siempre estará excluida la posibilidad de punición.

En relación a lo anterior Pavón Vasconcelos refiere “las causas de impunidad de la conducta o del hecho típico, antijurídico y culpable, denominadas excusas absolutorias, constituyen el aspecto negativo de la punibilidad y originan la inexistencia del delito.”⁹⁷

Generalmente, las excusas absolutorias que el legislador contempla, se establecen por razones de utilidad pública, dado que en determinadas ocasiones, no se sancionan ciertas conductas atendiendo a principios elementales como lo son la justicia y la equidad, y que los mismos pueden estar contemplados en una determinada política criminal.

Algunos ejemplos de excusas absolutorias que el Código Penal del Estado de México contempla, se señalan en los artículos 112, 251 y 293.

⁹⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Herberto. *Op. cit.* p.575.

CAPÍTULO TERCERO.

ESTUDIO JURÍDICO DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 241 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, EN RELACIÓN A LA ATENUANTE QUE PREVÉ EL NUMERAL 243 FRACCIÓN IV DE DICHA LEY SUSTANTIVA.

3.1. CONCEPTO DEL DELITO DE HOMICIDIO.

Como ha quedado señalado en el primer capítulo de este trabajo, desde los tiempos más remotos, la vida como tal, ha sido el bien jurídico más afanosamente protegido por el Estado, castigando severamente a quien atente en contra de ella.

Eduardo López Betancourt al entrar al estudio de esta figura delictiva manifiesta: “Gramaticalmente, homicidio es la muerte causada a una persona por otra. Es la acción de matar a un ser humano.”¹

Dice la autora Amuchategui Requena: “Sin lugar a dudas, el homicidio es el más grave de los delitos. Contemplado en todas las legislaciones, constituye la más grande ofensa a la sociedad, ya que la vida humana es el bien tutelado de mayor jerarquía.”²

Marco Antonio Díaz de León, coincide de manera esencial con los autores que se señalan al manifestar que “la noción más justa del homicidio sería: la muerte de un hombre voluntariamente causada por otro hombre...”³, sin embargo, respecto de esta definición se precisa que el autor también contempla esta misma figura penal realizada no de manera voluntaria, sino también de forma culposa.

¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 57.

² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit.* p.129.

³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal comentado*. Editorial Porrúa, 1ra edición. México 2001. p. 876.

Por su parte la ley sustantiva de la materia, vigente en el Estado de México, precisa lo que debe entenderse por homicidio al señalar: “Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro...”.⁴

Basado en tal definición legal los autores Barradas y García aseveran que “el delito se define como la muerte de una persona cometida injustamente por otra; por lo que el objeto que se persigue en este ilícito es la privación de la vida, mediante la realización de una acción o de una omisión.”⁵

De lo expuesto, en opinión personal, el delito de homicidio es la conducta de acción u omisión impropia, mediante la cual se priva de la vida a otro ser humano, cualesquiera que sean sus características y la forma de consumación del mismo.

Siendo en esta tesitura prudente destacar, puesto que en nuestra definición legal se contempla, que por *muerte* debe entenderse “la cesación definitiva y permanente de las funciones vitales del ser humano...”.⁶ Otras definiciones establecen al respecto que se acepta que hay muerte cuando se verifican los siguientes signos que deberán persistir ininterrumpidamente seis horas después de su constatación: ausencia irreversible de respuesta cerebral con pérdida absoluta de conciencia, ausencia de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos y pupilas fijas no reactivas además de inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas.

Sobre este mismo tema se establece que existe muerte celular o tisular al presentarse el proceso mediante el cual se pierden en forma total e irreversible las funciones vitales de las células o tejidos. Otra definición señala que muerte de la

⁴ Legislación Penal Procesal para el Estado de México. Editorial Sista. p. 92.

⁵ BARRADAS GARCÍA, Francisco y GARCÍA DORANTES, Ramón. *Comentarios Prácticos al Código Penal para el Distrito Federal*. Editorial Sista. México 1989. p. 274.

⁶ QUIJADA, Rodrigo. *Código Penal del Estado de México, comentado y anotado*. Ángel Editor, 1ra edición. México 2006. p. 513.

persona se comprende al proceso mediante el cual se pierden en forma total e irreversible las funciones psíquicas, sociales y biológicas básicas del individuo.

3.2. EL DELITO DE HOMICIDIO PREVISTO EN EL NUMERAL 241 DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO, Y SUS TIPOS.

Es necesario, antes de entrar de lleno al estudio correspondiente, citar de manera literal los preceptos legales, contenidos en el Código Penal del Estado de México, materia de este trabajo.

“CAPÍTULO II

Homicidio

ARTÍCULO 241. Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.

Se sancionará como homicidio a quien a sabiendas de que padece una enfermedad grave, incurable y mortal, contagie a otro o le cause la muerte.

ARTÍCULO 242. El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos:

I. Al responsable de homicidio simple, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa;

II. Al responsable de homicidio calificado, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa; y

III. Al responsable de homicidio cometido en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa.

ARTÍCULO 243. Son circunstancias que atenúan la penalidad en el delito de homicidio y se sancionarán de la siguiente forma:

I. Cuando el delito se cometa en riña o duelo se impondrán de tres a diez años de prisión y de cincuenta a doscientos cincuenta días multa, tomando en cuenta quien fue el provocado, quien el provocador y el grado de provocación;

II. Cuando el delito se cometa bajo alguna de las siguientes circunstancias, se impondrán de cinco a veinte años de prisión y de cincuenta a trescientos días multa.

a) En estado de emoción violenta.

b) En vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes, hermanos, tutor, pupilo, adoptante o adoptado;

c) Por móviles de piedad, mediante súplicas notorias y reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar su vida.

III. Cuando dos o más personas realicen sobre otra u otras actos idóneos para privarlos de la vida y este resultado se produzca ignorándose quién o quiénes de los que intervinieron lo produjeron, a todos se impondrán de diez a quince años de

prisión y de ciento setenta y cinco a trescientos veinticinco días multa; y

IV. A la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, se le impondrán de tres a cinco años de prisión y de setenta y cinco a ciento veinticinco días multa, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que no tenga mala fama;

b) Que haya ocultado su embarazo;

c) Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil;

d) Que el infante no sea legítimo.

Si en este delito tuviere participación un médico cirujano, comadrona o partera, además de la pena privativa que corresponda, se le suspenderá de uno a tres años en el ejercicio de su profesión.

CAPÍTULO III

Reglas comunes para Lesiones y Homicidio

ARTÍCULO 244. Riña es la contienda de obra entre dos o más personas con intención de dañarse.

ARTÍCULO 245. Las lesiones y el homicidio serán calificados cuando se cometan con alguna de las siguientes circunstancias:

I. Premeditación: cuando se cometen después de haber reflexionado sobre su ejecución;

II. Ventaja: cuando el inculpado no corra riesgo alguno de ser muerto o lesionado por el ofendido;

III. Alevosía: cuando se sorprende intencionalmente a alguien de improviso o empleando asechanza; y

IV. Traición: cuando se emplea la perfidia, violando la fe o la seguridad que expresamente se había prometido a la víctima, o la tácita que ésta debía esperar en razón del parentesco , gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza...”.⁷

Como se puede deducir del texto legal que se transcribe en los párrafos anteriores, la legislación penal sustantiva del Estado de México contempla solo dos clases de homicidio: simple y calificado; no obstante ello, puede apreciarse también, existen varias modalidades (más no clases), a las cuales también se les sanciona de diversas maneras.

Homicidio Simple: Es aquel que se comete sin que concurren circunstancias calificativas o agravantes.

Homicidio Calificado: Es aquel en el cual se actualizan conceptos tales como premeditación, alevosía, ventaja y traición.

PREMEDITACIÓN.	Reflexión previa sobre la comisión del delito en cuanto a la forma y medios de ejecución.
VENTAJA.	Se presenta cuando el activo no corre el riesgo de ser muerto o herido, atendiendo a las circunstancias especiales que rodean el hecho.
ALEVOSÍA.	Es la sorpresa intencional, la acechanza o el empleo de cualquier otro medio que no le de lugar a la

⁷ *Ibídem*, p. 511-522.

	víctima de defenderse ni de evitar el mal que se le quiere hacer.
TRAICIÓN	Se actualiza cuando se emplea la perfidia, violando la fe o la seguridad que expresamente se había prometido a la víctima, o la tácita que ésta debía esperar en razón del parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza.

Homicidio en Razón del Parentesco: Es aquel que como su misma denominación lo indica se comete en contra de personas que están ligadas al activo por lazos de afección (cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos), debiendo acreditarse siempre, que el agresor tenía previo conocimiento de dicho parentesco.

Homicidio en Riña o Duelo: Se comete en circunstancias especiales que se definen, la primera, como la contendida de obra y no de palabra entre dos o mas personas, siempre con la intención de dañarse, y la segunda, como el combate entre dos personas, generalmente a muerte, en presencia de testigos, sujeto a ciertas reglas preestablecidas que es procedido de un reto o desafío, consecuencia de una injuria o una ofensa.

Homicidio en Estado de Emoción Violenta: Diversos juristas coinciden y señalan generalmente como ejemplo en esta clase de homicidio, por el estado emocional en que el activo lo ejecuta, la infidelidad conyugal y la corrupción de la hija, en la idea de que los grandes afectos traicionados o los actos que dañan la pureza de los seres queridos, generan siempre emociones violentas e incontrolables. Jurídicamente puede decirse que es una alteración psicológica severa que conlleva a actuar de una determinada forma, es lo que técnicamente se conoce como estado de ira, lapso en el cual por el efecto colérico en que se encuentra el sujeto en esos momentos, la sangre fluye a sus manos, su ritmo cardiaco se eleva generando un ritmo de energía lo suficientemente capaz de originar una acción vigorosa, y por lo mismo su alteración emocional es tal que en

muchas de las veces en que esto ocurre, concluye con efectos fatales como puede ser el homicidio.

Homicidio en Vindicación: Es aquel que se comete en venganza, como consecuencia de una ofensa grave y cercana, realizada en contra únicamente del activo, y no de nadie más.

Homicidio por Móviles de Piedad: Se ejecuta cuando existe en el actor un motivo de piedad o caridad, respecto del pasivo del delito; ejemplo claro, la eutanasia; considerado también como homicidio altruista, o bien por compasión.

Homicidio cometido por Varios: Es aquel en el que dos o más personas realizan sobre otra u otras, actos idóneos para privarlos de la vida.

Y finalmente tenemos el **Homicidio Honoris Causa**, materia de análisis en el presente trabajo y al cual brindaremos toda nuestra atención en los temas subsecuentes.

3.3. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL TIPO PENAL DE HOMICIDIO, EN RELACIÓN A LA ATENUANTE QUE PREVÉ EL NUMERAL 243 FRACCIÓN IV DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

Trataremos ya en este capítulo de aterrizar todos y cada uno de los siete elementos del delito que no solo se enunciaron, sino también se analizaron en el capítulo que antecede, y que aunque ya han sido mencionados con anterioridad, no esta por demás hacer referencia a ellos de nueva cuenta en este momento.

ELEMENTOS POSITIVOS DEL DELITO	ELEMENTOS NEGATIVOS DEL DELITO
1. Conducta	1. Ausencia de Conducta
2. Tipicidad	2. Ausencia del Tipo o Atipicidad
3. Antijuridicidad	3. Causas de Justificación
4. Imputabilidad	4. Inimputabilidad

5. Culpabilidad	5. Inculpabilidad
6. Condicionalidad Objetiva de Punibilidad	6. Ausencia de Condicionalidad Objetiva de Punibilidad
7. Punibilidad	7. Excusas Absolutorias.

Recordando un poco, dentro de la Teoría del Delito existen diversas corrientes respecto de las cuales se determina el numero de elementos, positivos y negativos, que integran el delito; si solo uno de los primeros falta, o si en su caso se logra acreditar algún elemento negativo, como se ha señalado, no estaremos en presencia de hecho delictivo alguno.

Así las cosas, en los siguientes subtemas que integran este tercer capítulo, trataremos de trasladar y aplicar todas y cada una de las definiciones proporcionadas con anterioridad, ya al tipo penal que nos ocupa, siendo éste el de Homicidio, en relación a la atenuante prevista en la fracción IV del artículo 243 del Código Penal del Estado de México, delimitando nuestro tema, única y exclusivamente a éstos preceptos legales:

“...ARTÍCULO 241. Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro...”

ARTÍCULO 243. Son circunstancias que atenúan la penalidad en el delito de homicidio y se sancionarán de la siguiente forma:...

IV. A la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, se le impondrán de tres a cinco años de prisión y de setenta y cinco a ciento veinticinco días multa, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que no tenga mala fama;

b) Que haya ocultado su embarazo;

c) Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil;

d) Que el infante no sea legítimo...”⁸

3.3.1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA EN EL TIPO PENAL A ESTUDIO.

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito de *Homicidio Honoris Causa* para existir, ya que como ha quedado asentado, sin ésta, sería nulo hablar de aquél.

La conducta en cualquier hecho delictivo, necesariamente debe manifestarse en cualquiera de estas tres formas: acción, omisión propia o comisión por omisión u omisión impropia. En el *Homicidio Honoris Causa*, atendiendo a las argumentaciones que proporcionan destacados juristas en sus respectivas obras, se concluye que solo son viables dos: la acción propiamente dicha y la comisión por omisión u omisión impropia.

a) Conducta de Acción.

El artículo 241 del Código Penal del Estado de México establece que comete el delito de *Homicidio Honoris Causa*, la madre que priva de la vida a su hijo; en un caso concreto, “ANA”, madre del recién nacido “PEDRO”, con la detonación de una pistola lo priva de la vida, es decir, realiza una conducta de

⁸ *Ibídem*, p. 511-522.

acción con la que evidentemente viola el precepto penal que prescribe el delito arriba señalado.

El autor Marco Antonio Díaz de León, bajo el mismo tenor, establece: “...se trata de un delito generalmente de acción, dado, el tipo esta concebido como un delito de actividad: “privar de la vida a otro”; en este caso la conducta se despliega como ejecución de un movimiento corporal dirigido por el fin de producir en el mundo externo un resultado: el fin conocido, querido y, aún, aceptado... de privar de la vida al pasivo como alteración de la realidad externa, a consecuencia, normalmente de una actividad física del agente...”⁹

Hablemos ahora de los elementos de la conducta de acción, basándonos en el ejemplo citado con anterioridad por el sustentante.

ELEMENTOS	DEFINICIÓN
1. Manifestación de la voluntad, movimiento o actividad	Consiste en el hacer o actuar, “ANA” disparo el arma de fuego con la intención de producir el ilícito
2. Resultado (Material)	Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado del agente y previsto en la ley penal. “ANA”, detona el arma de fuego deseando privar de la vida a su vástago, como consecuencia de ello, el pequeño y recién nacido “PEDRO”, muere. El resultado típico consecuencia de la conducta, es la privación de la vida, siendo entonces que con la cesación de los signos vitales, y por ende, de la vida humana, se consuma el delito de que se habla.
3. Nexo de causalidad	Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material (el medio o los medios elegidos para la consecución del fin deben ser objetivos e idóneos). Debe,

⁹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal para el Distrito Federal Comentado*. Editorial Porrúa, 1ra. edición. México, 2001. p. 879.

	necesariamente, ser jurídicamente probado con medios de prueba idóneos, estableciendo, en este caso, que la muerte del infante fue consecuencia de hechos ejecutados por la madre de este último.
--	---

b) Conducta de Omisión.

Se ha dicho que es la forma negativa que adopta la conducta, es decir, el no hacer o el dejar de hacer, respecto del deber jurídico de ejecutar un hecho determinado; consiste en realizar la conducta típica basándonos en la abstención de actuar.

En los delitos de omisión simple no se produce un resultado material, es decir una manifestación física en donde las cosas pasan a un estado distinto al que se encontraban originalmente, por ende, cabe precisar que en el delito de *Homicidio Honoris Causa*, al existir necesariamente un resultado de este tipo, no es posible hablar de que la comisión en éste delito este fundamentada en una conducta de omisión simple.

Complementando lo anterior, es decir, por qué en el delito materia de estudio en el presente trabajo, no puede actualizarse la hipótesis de que el mismo sea cometido a través de una conducta de omisión simple, el autor Pavón Vasconcelos, atinadamente señala lo siguiente:

“Se señalan, como diferencias fundamentales entre la omisión simple y la comisión por omisión, las siguientes: a) En la omisión simple se viola únicamente una norma preceptiva penal, en tanto que en los delitos de comisión por omisión, se violan una norma preceptiva penal o de otra rama del Derecho y una norma prohibitiva de naturaleza estrictamente penal; b) en los delitos de omisión simple sólo se da un resultado

*jurídico; en los de comisión por omisión, se produce un resultado tanto jurídico como material, y c) en la omisión simple es la omisión la que integra el delito, mientras en la comisión por omisión es el resultado material lo que configura el tipo punible.*¹⁰

Acorde a lo anterior, encontramos la siguiente Tesis Aislada que a continuación se transcribe: *“INFANTICIDIO POR ACTOS NEGATIVOS (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES). La muerte de un recién nacido puede ocasionarse por actos negativos de la madre ilegítimamente fecundada, con el fin de salvar su honor o de evitar inminentes sevicias; actos negativos que pueden consistir en que deliberadamente no ligue el cordón umbilical, o no solicite auxilio médico, lo que pone de relieve la intención de dejar morir a la criatura debido a falta de atención oportuna. 1a. Amparo directo 1405/74. Hermelinda Cervantes Ibáñez. 22 de agosto de 1974. 5 votos. Ponente: Abel Huitrón y a. Sexta Época, Segunda Parte: Volumen LXIV, Pág. 20. Amparo directo 5518/62. Francisca León Trejo. 24 de octubre de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 68 Segunda Parte. Pág. 32. Tesis Aislada.”*

c) Conducta de Comisión por Omisión.

En nuestro delito, materia de estudio, atendiendo al contenido de la literatura consultada y a las conceptualizaciones antes señaladas, se puede admitir también, aparte de la conducta de acción, la forma de omisión impropia o comisión por omisión, recordando en este sentido el ejemplo didáctico por excelencia, que lo es, el de la madre que deja de proporcionar alimento a su menor hijo, y a consecuencia de ello lo priva de la vida.

¹⁰ Diferencias que establece Francisco Herberto Pavón Vasconcelos, en su obra Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, sin embargo, se desprende que las mismas son aportaciones del también destacado jurista Celestino Porte Petit.

ELEMENTOS	DEFINICIÓN
1. Manifestación de la voluntad, movimiento o actividad	Consiste en el hacer o actuar, pero respecto de una conducta omisiva; en el ejemplo anterior, se acredita cuando la madre deja de proporcionar el alimento a su menor hijo.
2. Resultado (Material)	Es la consecuencia de la inactividad. En este ejemplo la madre deja de proporcionar el alimento a su hijo. El resultado típico, es la privación de la vida, basándonos en este caso, en una conducta de comisión por omisión.
3. Nexo de causalidad	Ha quedado señalado que es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material (el medio o los medios elegidos para la consecución del fin deben ser objetivos e idóneos). Debe, necesariamente, ser jurídicamente probado con medios de prueba idóneos, estableciendo, en este caso, que la muerte del infante fue consecuencia de hechos ejecutados por la madre de este último, respecto de una conducta omisiva, como lo es el dejar de proporcionar los alimentos con el fin de privar de la vida a su menor, y recién nacido, hijo.

No debe pasar por alto, en este sentido, lo que señala el artículo 7 de la ley sustantiva de la materia, al precisar: "...Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión. En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello..."¹¹

Cuando el *Homicidio Honoris Causa*, es cometido mediante una conducta de comisión por omisión, debe acreditarse un cuarto elemento que lo es, el "deber

¹¹ Legislación Penal Procesal para el Estado de México. Editorial Sista. p. 21.

jurídico” de evitar el resultado típico que nos marca la ley, recayendo dicho elemento, en este caso en concreto y de manera natural, en la madre que deja de proporcionar el alimento, puesto que es ella la garante del bien jurídico tutelado, como lo es la vida del recién nacido.

Ahora bien, estructuralmente, es tiempo de hacer referencia al elemento negativo del primer elemento del delito, es decir, la ausencia de conducta, puesto que si se logra acreditar alguna de las circunstancias que a continuación se mencionan, sencillamente, no importando el resultado provocado, no habrá delito.

Dichas circunstancias, a las cuales hemos conceptualizado oportunamente son las siguientes: 1. Vis Absoluta; 2. Vis Maior; 3. Movimientos Reflejos; 4. El Sueño; 5. El Hipnotismo y, 6. El Sonambulismo. Si solo una de estas circunstancias especiales logra acreditarse, en cualquiera de los ejemplos enumerados en el cuerpo de la presente investigación, no habrá delito.

En el caso concreto del *Homicidio Honoris Causa*, la presencia de aquellas, será una causa de exclusión del delito aplicada única y exclusivamente, por a la naturaleza del mismo, a la madre que privó de la vida a su recién nacido hijo, fundamentándose lo anterior, al dar lectura íntegra al contenido del numeral 15 fracción I, del Código Penal del Estado de México.

Cuando se logra acreditar el aspecto negativo de la conducta, como lo es la ausencia de la misma, no estaremos posibilitados jurídicamente para hablar sobre la existencia del delito que nos ocupa, y en ese sentido, por ejemplo “no se puede atribuir a alguien la muerte de quien por un susto muere, ni a quien, con la esperanza de que un rayo en medio de una tormenta mate a alguien, lo colocara en despoblado bajo un árbol, pues dicho acontecimiento aun cuando ocurra conforme al deseo del supuesto sujeto activo, es un hecho derivado de la

naturaleza, en el cual la voluntad del hombre no interviene de manera material y directa...”.¹²

Finalmente es preciso hacer mención que el jurista, Rodrigo Quijada, resume a la perfección lo que hemos tratado de explicar en estos últimos párrafos, al mencionar en su obra lo siguiente: “Si la actividad o la inactividad se realiza sin intervención de la voluntad del agente no hay delito. Se incluyen así los casos de movimientos reflejos, de fuerza física exterior irresistible y de estados de inconsciencia.”.¹³

3.3.2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD EN EL TIPO PENAL A ESTUDIO.

En su momento preciso, estudiamos ya lo que es la tipicidad, y concluimos que no es otra cosa, más que el encuadramiento de la conducta al tipo, es decir, la adecuación de un comportamiento real a la hipótesis legal; habrá tipicidad cuando la conducta, encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Nuestro delito a estudio, al igual que muchos otros, está integrado por diferentes elementos; entonces, si la tipicidad es la adecuación de la conducta desplegada a la hipótesis normativa, en el *Homicidio Honoris Causa*, tendremos que acreditar lo siguiente:

1. Un hecho de muerte.

2. Que el elemento anterior, haya sido provocado por la madre respecto de su propio hijo.

3. Que solo hayan transcurrido setenta y dos horas después de su nacimiento.

Además de que.

¹² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit. p. 132.*

¹³ QUIJADA, Rodrigo. *Op. cit. p. 67.*

1. *La madre no tenga mala fama.*
2. *Que haya ocultado su embarazo.*
3. *Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil.*
5. *Que el infante no sea legítimo.*

Si tenemos bien conjuntados estos elementos, estaremos en presencia de un *Homicidio Honoris Causa*; es decir, las piezas de este complejo rompecabezas deberán estar perfectamente ensambladas para de ese modo, poder conjuntar un todo, y así establecer que existe tipicidad en la conducta desplegada por el sujeto activo.

Son tres los elementos de los que consta el tipo penal a estudio: objetivos, normativos y subjetivos.

Como se ha hecho mención en el apartado correspondiente de este trabajo, los elementos objetivos son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y su función es describir la conducta que puede ser materia de imputación mediante la simple actividad cognoscitiva.

Trataremos de ejemplificar lo anterior, haciendo referencia a los elementos objetivos del tipo de *Homicidio Honoris Causa*, que a consideración del sustentante, lo integran:

1. Sujeto activo. Es quien despliega la conducta sancionada por la ley penal; en este caso, necesariamente, es la madre que priva de la vida a su menor hijo, siendo claro entonces, que en el delito a estudio, es preciso que en el sujeto activo recaiga una calidad especial para que se configure el mismo. Con independencia de lo anterior, atendiendo al contenido del párrafo final del artículo

243 del Código Penal del Estado de México, podrán ser considerados también, como sujetos activos del delito, siempre y cuando tengan participación en él y hayan auxiliado a la madre en su comisión, el médico cirujano y la comadrona o partera.

2. Sujeto pasivo. Es el titular del bien jurídico lesionado, en nuestro delito a estudio lo es el recién nacido que es privado de la vida a consecuencia de hechos, positivos o negativos, ejecutados por su propia progenitora.

3. Forma de participación del sujeto activo. La forma de participación, conforme al artículo 11 fracción I del Código Penal del Estado de México, es de autoría material, respecto de la madre que comete el delito; sin embargo, es de considerarse también, por cuanto se refiere al médico cirujano, comadrona o partera que auxilien a aquella en su comisión, que a estos se les tendrá como partícipes en el delito.

4. El objeto material. Por objeto material debemos entender, toda persona o cosa sobre la que recae la conducta delictiva; en el caso del *Homicidio Honoris Causa*, lo constituye el cuerpo del recién nacido privado de la vida.

5. El bien jurídico tutelado. Quizá es el elemento más sencillo de identificar en nuestro delito a analizar, pues a lo largo de la historia de la humanidad, ha sido la “vida”, el bien jurídico que con más celo el Estado ha protegido, reprimiendo severamente a quien atente en su contra, habida cuenta de que cuando se pierde la vida salen sobrando todos los demás valores.

6. Medios de comisión. En algunos delitos, la propia norma precisa de qué forma debe ejecutarse, o los medios que el activo deberá emplear para cometer el delito. En el caso del *Homicidio Honoris Causa*, la ley no exige ninguna forma o medio especial, de modo que puede cometerse por cualquier medio, siempre que sea idóneo para causar la muerte.

7. Circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión. En el delito materia de estudio en el presente trabajo, no es necesario acreditar ninguna circunstancia de lugar, modo y ocasión, sin embargo, por el contrario, si es preciso determinar y comprobar que el delito fue cometido por el sujeto activo, dentro del lapso de las 72 horas que establece la legislación sustantiva penal del Estado de México, puesto que en el caso de que la conducta se exteriorizará fuera de dicho lapso de temporalidad la conducta encuadraría dentro de un tipo diverso.

En relación a los elementos objetivos del delito, tales como, la **conducta desplegada**, el **resultado producido** así como el **nexo causal**, ya hemos hecho referencia a los mismos en el apartado inmediato que antecede, por ello consideramos que no resulta necesario hablar de ellos en este apartado, evitando con ello inútiles repeticiones.

Los elementos normativos se determinan mediante una especial valoración, son aquellos conceptos a los que hace alusión el tipo que se estudia y de los cuales se requiere hacer una apreciación desde un punto de vista jurídico o cultural. De dichos elementos, nos ocuparemos en el capítulo siguiente, puesto que su análisis reviste gran importancia para el sustentante, debido a que son puntos medulares en los que el legislador se basa para la imposición de la pena.

Así también en su oportunidad, y con la amplitud necesaria, hablaremos de los elementos subjetivos del tipo de *Homicidio Honoris Causa*, que no atienden a otra cosa sino únicamente al ánimo o a la intención que se tiene para la realización del ilícito por parte del sujeto activo.

Ahora bien, una vez señalada la tipicidad en el delito atenuado que nos ocupa, es preciso señalar su aspecto negativo: la **atipicidad**; si por tipicidad se entiende la adecuación de la conducta al tipo, este elemento negativo se entenderá como la ausencia de adecuación de la conducta al tipo.

En ese sentido, existe atipicidad cuando, la conducta no se adecua plenamente al tipo penal o cuando no se logra acreditar alguno de los elementos objetivos o externos que lo conforman.

Entonces es bien sabido, como se ha manifestado, que si solo uno de los elementos antes señalados no se logra acreditar, es decir, por ejemplo, si el sujeto activo que privo de la vida al menor recién nacido, es el abuelo de este, habrá atipicidad; si la madre priva de la vida a su menor hijo, después de las 72 horas de nacido, y esta circunstancia se acredita, entonces habrá atipicidad; y, si el sujeto pasivo en el delito, es el sobrino del sujeto activo, también existirá atipicidad.

Sin tipicidad no puede haber delito y ello ocurre, como lo señala el legislador, cuando falta alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trata, esto es, sus distintos elementos objetivos, normativos y subjetivos.

3.3.3. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL TIPO PENAL A ESTUDIO.

El tercer elemento a analizar en el tipo penal a estudio es la **antijuricidad**, conceptualizándose esta, desde un punto de vista formal, como aquello que es contrario a derecho; se actualiza cuando una conducta implica trasgresión a una norma establecida por el Estado, cuando va en contra de la ley.

Dice Amuchategui Requena: “En el homicidio habrá antijuricidad cuando al privarse de la vida a otro ser humano, este hecho sea contrario a derecho, esto es, que no este amparado por una causa de justificación o licitud.”¹⁴

En relación a ello, el autor Eduardo López Betancourt, refiere: “En el homicidio, el hecho además de ser típico, debe ser antijurídico, o sea, que para

¹⁴ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. *Op. cit. p. 135.*

considerar como delito la muerte de una persona, es menester que el hecho haya sido antijurídico.”.¹⁵

Evidentemente, la madre que priva de la vida a su hijo dentro de las setenta y dos horas después de nacido, realiza una conducta que trasgrede los lineamientos que impone el Estado, para lograr una convivencia armónica y de respeto, entre los sujetos, y los bienes jurídicos que tutela.

Siendo notorio entonces, que la conducta desplegada por la madre en el delito de *Homicidio Honoris Causa*, es una conducta formalmente antijurídica, toda vez que el legislador protege, en este tipo penal, el bien jurídico más importante para sus gobernados, como lo es la vida.

Para comprobar entonces que una conducta es antijurídica, debemos acreditar la inexistencia de las causas de justificación (elemento negativo de la antijuricidad) que la ley sustantiva penal de la materia señala, y que como hemos asentado con oportunidad lo son:

1. Legítima Defensa. Repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados y que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

2. Estado de necesidad. Se ha definido como una situación de peligro actual o inminente que experimentan intereses jurídicamente protegidos frente a la que no hay otra opción que violar los intereses jurídicamente protegidos de otro.

¹⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Delitos en Particular. Tomo I*. Editorial Porrúa, 5ª Edición. México 1998. p. 77.

3. Ejercicio de un derecho. Consiste en la acción u omisión que se realiza, en el ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional de la conducta empleada para ejercerlo y que no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

4. Cumplimiento de un deber. Es el causar un daño a un bien jurídicamente tutelado por la ley, obrando en forma legítima en cumplimiento de aquél, siempre que exista necesidad racional del medio empleado; dicho deber puede derivar de una norma jurídica o de una orden de autoridad.

5. Consentimiento del titular del bien jurídico. Se actualiza cuando el agente actúa con el consentimiento de su titular o con el de quien este legitimado para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible,*
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y*
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.*

Desde un muy particular punto de vista, coincidiendo con el autor Eduardo López Betancourt, al analizar todas y cada una de las causas de justificación que se definieron someramente con antelación, resulta prácticamente inverosímil que en el delito materia de estudio, concorra alguna de éstas, puesto que como lo hemos puntualizado, en este tipo se requiere una calidad específica en el sujeto activo, es decir, será forzosamente la madre quien deberá privar de la vida a su menor hijo, dentro de las 72 setenta y dos horas después de nacido, y por esta simple y sencilla razón, se reitera, difícilmente podría actualizarse alguna causa de justificación.

3.3.4. IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD EN EL TIPO PENAL A ESTUDIO.

Tema de estudio lo constituye en el presente trabajo el cuarto elemento del delito: La **imputabilidad**, a la cual hemos definido como el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.

Aterrizando la definición anterior a nuestro delito en especial, debemos considerar entonces, que la madre que priva de la vida a su menor hijo, bajos las circunstancias que la ley sustantiva de la materia nos señala, al momento de ejecutar su conducta típica y hasta ese instante antijurídica, debe tener la capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal, es decir poseer la facultad de desarrollar mediante un proceso de la conciencia el hecho que ejecutó, así como de comprender y analizar todos y cada uno de los motivos y causas que la guiaron en su conducta, al gozar en todo momento de una apta capacidad mental.

La **Inimputabilidad** es el aspecto negativo del elemento anterior, es la ausencia de capacidad para querer y entender en el campo del derecho penal, es la ausencia de comprensión del carácter ilícito del hecho típico o de conducirse de acuerdo a esa comprensión.

En relación a este tópico, el numeral 16 del Código Penal del Estado de México, literalmente señala: “Es inimputable el sujeto activo cuando padezca: I. Alienación u otro trastorno similar permanente; II. Trastorno mental transitorio producido en forma accidental o involuntaria; y III. Sordomudez, careciendo totalmente de instrucción...”¹⁶

Causas de inimputabilidad, que para operar a favor de la madre que priva de la vida a su hijo, dentro de los parámetros de temporalidad que la ley señala,

¹⁶ Legislación Penal Procesal para el Estado de México. Editorial Sista. p. 25.

deben ser determinadas por peritos en la materia, quienes determinaran en su caso si estamos ante la presencia de un sujeto activo inimputable o no.

En este punto, también debe hacerse mención a las llamadas “*acciones libres en su causa*”, que también son contempladas en el Código Penal del Estado de México, y respecto de las cuales podemos señalar que en el delito de *Homicidio Honoris Causa*, si pueden presentarse, ya que como hemos visto, es una situación en la que el agente, voluntariamente se coloca en algún estado de inimputabilidad para cometer el delito, y en cuyo caso, también responderá por el resultado típico.

3.3.5. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD EN EL TIPO PENAL A ESTUDIO.

En el Derecho Penal no hay crimen sin culpa. Para que la culpabilidad exista, se requiere de la realización de un acto típico, antijurídico, que pueda ser imputable al sujeto.

Al hablar de culpabilidad en este apartado, y en especial respecto del ilícito materia del presente estudio, es preciso acotar que debemos referirnos ya a los elementos subjetivos que integran dicho injusto penal, elementos que no son otra cosa sino más que la conexión que asocia lo material del acontecimiento con la subjetividad del autor de la conducta. Este quinto elemento es sinónimo de reprochabilidad hacía el autor de la conducta.

También, necesariamente, ahora debe hacerse referencia a las dos partes medulares de la *culpabilidad*: el Dolo y la Culpa; esta vez ya no se conceptualizaran los mismos, es tarea ahora, ocuparnos en saber si pueden o no, actualizarse dentro del ilícito de *Homicidio Honoris Causa*, es decir, saber si en el injusto que se analiza cabe la posibilidad de cometerlo de manera dolosa o culposa.

Al respecto señala López Betancourt: “Respecto al infanticidio honoris causa algunos autores se inclinan por considerarlo doloso exclusivamente, ya que hay una causa por la cual se perpetra, siendo esta la intensión de la madre porque no sea dañado su honor, y al existir intensión en su realización resulta imposible su presentación culposa.”.¹⁷

La mayor parte de la doctrina es unánime en admitir en el injusto penal de *Homicidio Honoris Causa*, como forma única de la culpabilidad, la del dolo, excluyéndose en absoluto la culpa, siendo la razón de esto el requerimiento inevitable de ocultar la deshonra de la madre privando de la vida a su menor hijo para ello, duplicidad de intensiones que impiden entonces una realización culposa.

En ese mismo orden de ideas, y coincidiendo con el pensamiento del autor citado en el párrafo que antecede, consideramos entonces que en la comisión de dicho ilícito penal, debe acreditarse un dolo genérico (querer privar de la vida) y un doble dolo específico (hacerlo respecto de un descendiente, con la finalidad de que no sea dañado el honor de la madre sujeto activo), entendiendo como dolo genérico, la intensión de causar un daño determinado y hacerlo, y por dolo específico, la intensión también de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige.

La muerte del recién nacido ha de obedecer al deseo de suprimir las huellas de su existencia, esto es, no solamente al deseo de destruir la existencia material de la criatura, sino primordialmente al ocultar su nacimiento a los ojos de los demás.

Concluyendo en éste sentido que más que tratarse de un tipo especial debería tipificarse el delito que se estudia en el presente trabajo de titulación, como un delito doloso dada las características del mismo y sobre todo que el móvil que impulsa a la madre a cometerlo es el ocultar su deshonra, dando en la

¹⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Op. cit.* p. 139.

actualidad el legislador mexiquense, más importancia a la honorabilidad de la madre que a la vida del recién nacido, olvidándose por completo que por ese solo hecho éste adquiere lo máspreciado que es el derecho a la vida, a ser respetado en su integridad.

El delito a estudio entonces, no es configurable por culpa, dado que se caracteriza por la existencia del elemento subjetivo que liga el resultado con la conducta: matar a un descendiente para ocultar la deshonra; por lo tanto, la madre que conociendo el carácter antijurídico de su obrar, lo ejecuta voluntariamente con el propósito de ocultar su deshonra, estará obrando dolosamente, ya que este propósito es incompatible con la ausencia de malicia o intensión, propia del delito culposos.

La **Inculpabilidad** es entonces, como se ha ya establecido, el aspecto negativo de la culpabilidad, es decir la falta del nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto.

El artículo 15 del Código Penal del Estado de México, en su fracción IV, establece con precisión cuales son las causas de inculpabilidad que se contemplan.

1. Trastorno mental transitorio. Si la sujeto activo al momento de realizar el hecho típico que se estudia, padece algún trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito de su proceder o de conducirse de acuerdo a esa comprensión. No opera la exclusión si el agente se provocó por sí mismo tal trastorno.

2. Error invencible. Si la sujeto activo incurre en error invencible, ya sea sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal o, en su caso respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque desconozca el alcance de la ley o porque crea que esta justificada su conducta.

3. No exigibilidad de otra conducta. En este caso faltaría la culpabilidad cuando la agente del delito carece de libertad para actuar de otra manera que cometiendo el ilícito.

4. Caso fortuito. Se trata de un acontecimiento imprevisto e inevitable; puede presentarse en el caso de que la madre, al tomar todas precauciones necesarias para evitar ocasionar la muerte de su hijo, esta se presenta.

Desde un muy particular punto de vista, consideramos que dentro de la gama de posibilidades que nos presenta el Código Penal del estado de México, en el delito que se estudia, solo podría en su caso, actualizarse la inherente al trastorno mental, resultando sumamente difícil acreditar las demás, si consideramos que el móvil que impulsó a la madre a cometer el delito, lo fue el de ocultar su deshonra, generando en su mundo interior ineludiblemente tanto dolo genérico como específico, al querer producir el resultado jurídicamente prohibido que concluyó con el deceso del hijo, obteniendo el fin deseado que es el ocultar su deshonra ante la sociedad y así justificarse ante las leyes.

3.3.6. CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y FALTA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD EN EL TIPO PENAL A ESTUDIO.

Las condiciones objetivas de punibilidad, ha quedado establecido, son requisitos que el legislador impone solo en algunos delitos como condición para la procedencia de la pena, y si esta no se verifica (ausencia de dichas condiciones), el delito no es punible.

Nuevamente en este punto es preciso citar el texto legal del que se desprende nuestro tema, para de esa forma determinar lo conducente, respecto de las condiciones objetivas de punibilidad.

Homicidio

ARTÍCULO 241.- Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro...

IV. A la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, se le impondrán de tres a cinco años de prisión y de setenta y cinco a ciento veinticinco días multa, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que no tenga mala fama;*
- b) Que haya ocultado su embarazo;*
- c) Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil;*
- d) Que el infante no sea legítimo.*

Si en este delito tuviere participación un médico cirujano, comadrona o partera, además de la pena privativa que corresponda, se le suspenderá de uno a tres años en el ejercicio de su profesión...”.¹⁸

De la lectura integral de los preceptos legales que anteceden, no se desprende ningún requisito que el legislador haya impuesto, en este tipo penal en especial, como condición para la procedencia de la pena, ya que si bien es cierto se desprenden elementos tales como *que la madre no tenga mala fama, que haya ocultado su embarazo, que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil, además de que el infante no sea legítimo*, también lo es que la acreditación o no de estas, no impide al órgano jurisdiccional imponer pena alguna a quien prive de la vida a su menor hijo, hasta antes de las 72 setenta y dos horas después de su nacimiento.

¹⁸ Legislación Penal Procesal para el Estado de México. Editorial Sista. p. 92-93.

Si alguno de estos elementos se acredita, existirá a favor de la madre una atenuación en la pena de prisión que le corresponda, pero en caso de no acreditarse alguna de ellas, la pena a imponer al sujeto activo será la que corresponda a la conducta tipificada.

3.3.7. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL TIPO PENAL A ESTUDIO.

Una conducta es punible cuando por sí misma, amerita ser penada, ello **se determina cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.**

En el delito de *Homicidio Honoris Causa*, de acuerdo al artículo 243 fracción IV del Código Penal para el Estado de México, la pena a imponer a la madre que diere muerte a su propio hijo dentro de las setenta y dos horas de nacido, es de tres a cinco años y de setenta y cinco a ciento veinticinco días multa, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) que no tenga mala fama, b) que haya ocultado su embarazo, c) que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil y d) que el infante no sea legítimo.

Atendiendo a la noción de culpabilidad que se enuncia al inicio de este apartado, se considera que en el hecho ilícito que se analiza, por la clase del bien jurídico tutelado, como lo es la vida del menor, y respecto de la cual la madre es garante de dicho bien, naturalmente, por las condiciones inherentes al menor indefenso, así como la por la magnitud del bien y del ataque a éste, se considera que la pena impuesta por el legislador es definitivamente insuficiente, por las consideraciones que más adelante se mencionaran.

Además de lo anterior, señala el artículo base de nuestro análisis, que si en este delito participa un médico cirujano, comadrona o partera, además de la pena privativa que corresponda, se le suspenderá de uno a tres años en el ejercicio de

su profesión; suspensión que se considera obsoleta, respecto a las comadronas o parteras, puesto que la labor que éstas desempeñan no es una profesión como tal, por lo tanto, no existe coherencia entre la sanción de suspensión que la ley nos marca y los sujetos a los cuales la misma esta dirigida.

El aspecto negativo del elemento antes señalado, lo son las **excusas absolutorias**, mismas que en este delito en específico, no se actualizan al no ser contempladas por el legislador del Estado de México.

CAPÍTULO CUARTO.

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN LA ATENUANTE EN EL TIPO PENAL DE HOMICIDIO, QUE DESCRIBE EL ARTÍCULO 243 FRACCIÓN IV DEL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE MÉXICO.

4.1. “MADRE QUE DIERE MUERTE A SU PROPIO HIJO”

Este es el primer elemento al que tenemos que referirnos, un hecho de muerte, una cesación definitiva y permanente de las funciones vitales del ser humano, todo ello respecto, obviamente, de un recién nacido.

El sujeto activo, como lo hemos puntualizado, deberá ser forzosa y necesariamente la madre, dado que si la conducta típica, a través de la cual se prive de la vida al recién nacido, la ejecuta el padre, el abuelo, el tío o cualquier otra persona, no existirá posibilidad alguna en la que a favor de éstos últimos opere la atenuante prevista por la ley. Destacando en este sentido que la madre es garante del bien jurídico más importante que el Estado protege al tipificar el hecho del que se habla, de ahí, una de las notorias incongruencias que han de señalarse en líneas subsecuentes.

El sujeto pasivo del delito ha de ser un recién nacido, y su muerte, deberá ser provocada dentro del espacio temporal que el artículo 243 nos señala, es decir, hasta setenta y dos horas después de su nacimiento. Otro aspecto no menos importante, es que además de corroborar y acreditar todos y cada uno de los elementos del tipo penal que se examina, se tiene la obligación también de comprobar que el recién nacido nació vivo, dado que si el infante nace muerto no habrá delito, pues haría falta uno de los elementos del delito, como lo es el bien jurídico que se protege.

El hecho de muerte entonces, será respecto de un recién nacido vivo, sin que para los efectos penales importe el concepto de viabilidad; ya que éste último,

es decir, el menor, por el solo hecho de existir merece la protección y tutela que el Estado le debe proporcionar, a través de las normas penales que sancionan su supresión; la viabilidad es la aptitud para la vida pero no la vida misma, que puede existir momentáneamente sin aquella. Se dice que el *Homicidio Honoris Causa* consiste en el hecho de privar de la vida a un recién nacido que ha salido vivo del seno de su madre.

Es también necesario señalar que la relación de parentesco que deberá acreditarse, será de descendencia entre la víctima y el victimario, puesto que como hemos visto, cuando la muerte es provocada, no por la madre sino por extraños, el delito consumado no será el de *Homicidio Honoris Causa*, sino el de un Homicidio Calificado.

4.2. “DENTRO DE LAS 72 HORAS DE NACIDO”

En este apartado son dos los elementos a analizar, uno temporal y otro normativo.

El término que debe computarse en este tipo penal, momento a momento, inicia con el nacimiento del menor sujeto pasivo y concluye setenta y dos horas después, constituyendo esto, un problema médico legal para determinar la edad de la víctima, así como la existencia previa de la vida que se trastoca.

La muerte del recién nacido entonces, deberá ser provocada por la madre de éste hasta setenta y dos horas después de nacido, si esto no se acredita, la atenuación no será viable entonces para la sujeto activo del delito. En este mismo sentido encontramos otra incongruencia respecto del tipo penal del que se habla, toda vez que el Estado no solo garantiza la seguridad jurídica del bien que se tutela, como lo es la vida misma, hasta las setenta y dos horas después de su nacimiento, ni tampoco la madre deja de ser garante de dicho bien, con el solo hecho de que el menor cumpla setenta y tres horas de nacido, siendo ello por lo

que desde una particular perspectiva, este elemento temporal debería ser eliminado al no tener razón de ser, siempre y cuando se aumentara la penalidad a imponer por la comisión de este hecho.

Entonces, el hecho de muerte causado por la madre respecto de su hijo recién nacido, deberá de realizarse hasta setenta y dos horas después del nacimiento de éste, por ello es indispensable saber también lo que debe entenderse por “nacimiento”, y que lo es cuando el producto de la concepción es separado de la madre, es decir con el comienzo de la vida fuera del vientre de ésta, cuando cesa la respiración placentaria y comienza la pulmonar.

En esa tesitura, se dice que hay nacimiento cuando principia la vida extrauterina y autónoma del nuevo ser, es decir, cuando el producto vive a expensas de su fisiología cuando los pulmones comienzan a cumplir con sus funciones respiratorias.

4.3. “MALA FAMA”

Se considera que el término “mala fama” es una expresión subjetiva y teñida de ambigüedad atendiendo a las especiales características de la sociedad en la cual nos desarrollamos, pero para los efectos del injusto penal que se analiza, referida a la actividad sexual más o menos pública de una mujer, así entonces, una mujer de mala fama, atendiendo a la idea plasmada en la ley adjetiva penal del Estado de México, es una mujer no casta ni honesta.

El elemento que en este punto se señala, se refiere a la conducta sexual precedente de la sujeto activo en el delito de *Homicidio Honoris Causa*, es decir, la mala fama es relativa a la vida sexual de aquella; si una madre que priva de la vida a su menor hijo recién nacido, por móviles de honor, no acredita, a contrario sensu, que goza de buena fama y reputación, no aplicaría en su favor la atenuante

a estudio, dado que el sacrificio del niño no podría ser idóneo para evitar la afectación que su nacimiento acarrearía al honor de la madre.

Según nuestros tribunales, tratándose del delito de infanticidio, no puede considerarse como mala fama el hecho de que la madre haya tenido relaciones con un hombre, siendo viuda, máxime si se acredita que dichas relaciones no fueron conocidas de las personas de su medio ambiente.

Atendiendo a lo plasmado por el legislador en la atenuante que aplica a favor de la madre que mata a su menor hijo, hasta setenta y dos horas después de nacido por móviles de honor, se cuestiona lo siguiente: ¿Quién, en lato sensu, tendría “mala fama” y sería señalada por la sociedad en la que convive, la mujer que realiza el hecho típico con el que se priva de la vida a un recién nacido para ocultar su deshonor, o quien da a su hijo en adopción conforme a la legislación aplicable en la materia?.

4.4. “EMBARAZO OCULTO”

Como ha quedado con oportunidad plasmado, el delito de *Homicidio Honoris Causa* se comete para proteger el honor de la “madre”, debiendo actualizarse tanto el dolo específico como el dolo genérico, siendo indispensable además por ello acreditarse que la mujer haya procedido al ocultamiento del embarazo, puesto que de otro modo no se aplica la atenuación. Eximida de atenuación, es la mujer que se haya exhibido en lugares públicos, haciendo conocer su previa gravidez.

La mujer que no oculta su embarazo pone en relieve la ausencia de interés (dolo genérico), respecto de ocultar a su menor hijo recién nacido, y con ello el conocimiento público de su supuesto “deshonor”.

4.5. “NACIMIENTO OCULTO”

Por la misma consideración anterior, también el nacimiento debe ser oculto, dejando de serlo cuando el infante es inscrito en el Registro Civil.

De tal modo entonces, la penalidad a imponer que completa nuestro artículo estudiado, increíblemente, está reservada para aquellas madres que privan de la vida a sus menores hijos recién nacidos, hasta setenta y dos horas después de su muerte, únicamente con la finalidad de que la sociedad ignore lo inherente a sus anteriores relaciones amorosas y sexuales, para que de este modo pueda salvar su honor.

4.6. “SIN INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL”

Las actas del Registro Civil extendidas conforme a las disposiciones legales de la materia, hacen prueba plena en todo lo que el Juez del Registro Civil, en el desempeño de sus funciones, de testimonio de haber presenciado; de ahí que la prueba idónea y suficiente para demostrar el nacimiento de una persona física, sea el acta de nacimiento expedida por el Registro Civil conforme a la ley, por tratarse de un documento público a través del cual quedan plenamente acreditados tanto el hecho del nacimiento como el acto jurídico del registro respectivo.

Esta acción referente a la no inscripción del infante en el hace patente el propósito de la mujer de ocultar su deshonor, pues logrado el éxito de ocultar su embarazo, ha persistido en esconder el nacimiento, tanto en el orden material como el jurídico, al haber omitido inscribirlo en el Registro Civil.

Inscribir al niño en el Registro Civil se considera es una huella indeleble y pública de manifestar la deshonor de la mujer sujeto activo, y por ende incompatible con la finalidad que integra la esencia específica de este delito; por ello al actualizarse este supuesto, se excluye el ocultamiento del nacimiento, por

que la sola inscripción del recién nacido al Registro Civil hace público el nacimiento de este y de manera lógica también, el embarazo de la madre.

4.7. “INFANTE NO LEGITIMO”

La doctrina nos señala que el hijo es legítimo cuando es fruto o producto de la unión de hombre y mujer en legítimo matrimonio, por ello entonces no existe deshonor alguno con el advenimiento del hijo legítimo, es decir nacido durante el matrimonio. La mujer legalmente casada, por deducción, no podrá solicitar entonces se le aplique la atenuación que contempla el artículo 243 fracción IV del Código Penal del Estado de México, simple y sencillamente por el estado civil que posee.

En ese sentido entonces debemos entender por hijo legítimo al nacido de una mujer que está unida en legítimo matrimonio, pues si el producto de la concepción ha sido dentro del vínculo matrimonial, no existirá la deshonor de la madre, por lo tanto, como se ha dicho, si el hijo es legítimo no podrá alegarse la atenuante.

En relación a ello, encontramos las siguientes tesis aisladas, que a la letra dicen: “HIJOS LEGÍTIMOS. PRUEBA DE SU FILIACIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Los artículos 302 y 318 del Código Civil del Estado de Puebla, deben entenderse en el sentido de que, si bien la filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento, la prueba de esa filiación no basta por si sola, para justificar la legitimidad, si, no que se necesita el acta de matrimonio de los padres. 3a. Amparo directo 7524/61. Eulalia Gallo vda. de Pérez, Sucesión. 24 de abril de 1964. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Tesis relacionada con jurisprudencia 154/85. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen LXXXII, Cuarta Parte. Pág. 99. Tesis Aislada.”.

“HIJOS LEGÍTIMOS, COMPROBACIÓN DE LA CALIDAD DE. Si mediante las declaraciones recibidas por las autoridades judiciales, éstas estimaron acreditado un matrimonio, la calidad de hijos legítimos de aquél, es una consecuencia del precitado matrimonio, con tanta más razón, cuando constan las actas de nacimiento de los hijos habidos entre los contrayentes, que hacen indiscutible su filiación legítima, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 308 del Código Civil de 1884, y 340 y 341 del actualmente en vigor. 3a. TOMO LIV, Pág. 2051.- Saavedra Lagunas Melitona Lilia.- 18 de noviembre de 1937. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época. Tomo LIV. Pág. 2051. Tesis Aislada.”.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. *En la escala de valores tutelados por las leyes, la vida debe ser y es, el bien jurídico que ocupa el rango más elevado, puesto que si no existe la vida, tampoco existe derecho a proteger; el Estado, a través de las normas que impone y la política criminal que adopta, el encargado de salvaguardarla. El constante desarrollo de la humanidad ha atestiguado la evolución ideológica y social respecto a este tópico; el homicidio hoy en día, es uno de los delitos de mayor impacto social, solo basta echar un vistazo a los encabezados de los periódicos de mayor circulación nacional o sintonizar los programas noticiosos de radio y televisión para darse cuenta de ello.*

SEGUNDA. *En relación a lo que la doctrina llama “Homicidio Honoris Causa”, es preciso acotar que dicho ilícito ha estado siempre bajo la sombra de los elementos que en la actualidad contempla la ley sustantiva de la materia para su acreditamiento; la ciencia del Derecho debe ser cambiante, estar en constante movimiento atendiendo a las características especiales de la sociedad receptora de sus preceptos y normatividad, siendo entonces absurdo, desde una perspectiva jurídica y social, que dichos elementos, contemplados de una u otra manera desde 1871, sean los que rijan y determinen en la actualidad, la pena a imponer a la madre que comete el delito de que se trata el presente trabajo terminal; evidenciándose de ésta manera que nuestros actuales legisladores, probablemente no han captado la esencia de su quehacer; no se trata de suprimir o adicionar conductas tipificadas a nuestras leyes penales, el espíritu del poder legislativo radica en adecuar la norma a su tiempo y a su espacio. No debe pasar inadvertido el hecho de que la sociedad en la cual vivimos, ha evolucionado, se ha transformado, todo se ha adecuado en atención al entorno psicosocial que nos rodea, esta sociedad no es la misma que la de 1916 o la de 1937, por ejemplo; el punto a destacar es que es inadmisibles que hoy día, los elementos que contiene nuestro numeral 243 fracción IV del Código Penal del Estado de México, que datan desde 1871, no hayan sido reformados y que concomitante a ello, la*

honorabilidad de la madre se sitúe en un plano muy superior que la vida de un recién nacido, situación que quizá no era difícil de entender hace mas de ciento veinte años.

TERCERA. *Existen solo de dos clases de Homicidio, el Homicidio Simple y el Homicidio Calificado; sin embargo, la ley sustantiva del Estado de México contempla varias modalidades: Homicidio en Razón del Parentesco, en Riña o Duelo, en Estado de Emoción Violenta, en Vindicación, por Móviles de Piedad, el Homicidio cometido por Varios y finalmente, el Homicidio Honoris Causa; dichas modalidades (excepto la primera, que se sanciona con la misma pena prevista para el Homicidio Calificado), únicamente fijan ciertos requisitos legales, que de acreditarse debidamente en un caso concreto, solo atenúan la penalidad que deberá imponer el Órgano Jurisdiccional al sujeto activo que lo cometa; circunstancia que deberá permanecer en la mente del lector para comprender las consideraciones siguientes, pues no se debe perder de vista que la pena a imponer a quien cometa Homicidio Calificado, es la misma que contempla nuestra legislación sustantiva de la materia para quien cometa Homicidio en Razón del Parentesco.*

CUARTA. *Para demostrar que estamos en presencia de un delito de Homicidio Honoris Causa, es necesario acreditar todos y cada uno de los siguientes elementos: 1. Un hecho de muerte; 2. Que el elemento anterior, haya sido provocado por la madre respecto de su propio hijo; 3. Que solo hayan transcurrido setenta y dos horas después de su nacimiento; 4. Que la madre no tenga mala fama; 5. Que haya ocultado su embarazo; 6. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y que no se hubiere inscrito en el Registro Civil y 7. Que el infante no sea legítimo; en el supuesto de que la sujeto activo del delito de que se habla, comprobara a través de los medios de prueba idóneos para tales efectos la existencia de dichos elementos ante el Órgano Jurisdiccional, obviamente procedería en su favor la atenuación de la pena contemplada por la ley penal, atenuación que por las reflexiones siguientes se considera inadmisibles, y que*

además contrasta de manera radical con la penalidad que sanciona conductas como el Homicidio Calificado o el Homicidio en Razón del Parentesco.

QUINTA. *Cuando la conducta desplegada por la madre que priva de la vida a su menor hijo, en los términos que señala la fracción IV del artículo 243 del Código Penal del Estado de México, esté amparada por alguna causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber o consentimiento del titular del bien jurídico), no existirá entonces antijuricidad en el hecho; sin embargo, resulta complejo pensar con qué elementos probatorios de convicción se demostraría dicha circunstancia, pues atendiendo a la propia y especial naturaleza intrínseca del sujeto pasivo, sus características de indefensión que por su edad son inherentes, lo hacen sumamente vulnerable a sufrir en su persona cualquiera de las calificativas previstas y señaladas por el Código Penal del Estado de México, respecto al delito de Homicidio.*

SEXTA. *Es importante también destacar que en el delito de Homicidio Honoris Causa, la culpabilidad, está representada por el dolo; este tipo especial no acepta la realización culposa, ya que para configurarlo, debe acreditarse no solo un dolo genérico, consistente en el hecho querer privar de la vida a determinada persona, sino además un doble dolo específico, puesto que a quien se pretende matar es al recién nacido hijo de la madre sujeto activo en el delito, y de querer hacerlo única y exclusivamente con el propósito de proteger la honra de la madre; por ello entonces se reitera, no cabe en este delito la realización culposa.*

SÉPTIMA. *El legislador responsable de la redacción del Código Penal del Estado de México que actualmente rige, aunque si bien es cierto, no expresa con claridad la causa de la atenuación en la pena a imponer a quien comete el delito de Homicidio Honoris Causa, también lo es que dicha atenuación, puede deducirse, obedece única y exclusivamente, como la Teoría lo señala, a ocultar la deshonra de la sujeto activo, al suprimir el producto de conductas sexuales previas*

fuera del matrimonio; situación que por demás se considera injusta debido a que en la escala de valores que nuestras normas protegen, la vida de cualquier persona, aún la del recién nacido, debe estar muy por encima de la deshonra de la mujer, contraponiéndose además dicha atenuación de la pena, con el espíritu garantista de los derechos y protecciones de la familia que se plasmó en la exposición de motivos correspondiente a la “LIII” Legislatura del Estado.

OCTAVA. *Sin lugar a dudas el recién nacido es un sujeto indefenso a todas luces, carece de los mecanismos de defensa adecuados para salvaguardar su integridad y más aún su propia vida; quien ha cumplido setenta y dos horas de nacido, no puede aún llevar el alimento a su boca, beber por sí solo agua para saciar su sed, tomar la cobija para cubrirse del frío, menos aún vestirse ni asearse; por lo anterior, surge aquí la siguiente interrogante: ¿es congruente qué exista legislada la atenuante de la pena a favor de la madre homicida, si es precisamente ésta la garante del bien jurídico protegido por la norma penal?.*

NOVENA. *El Código Penal del Estado de México señala que la pena a imponer a quien cometa Homicidio Simple, será de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa; al responsable de Homicidio Calificado, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa, siendo ésta misma pena la que se le impondrá también a quien cometa Homicidio en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco, entonces, ¿por qué no suprimir la fracción IV del artículo 243 del Código Penal del Estado de México, si la conducta desplegada por la sujeto activo en el delito que se analiza, ya se encuentra prevista y sancionada?, dejando con ello de lado los falsos prejuicios y señalamientos sociales, que no solo son manejados a conveniencia de la madre, sino que además se encuentran respaldados por la ley sustantiva penal del Estado de México, desde el momento en que la ley ubica el supuesto prejuicio social que*

atenta contra la honorabilidad de la homicida, por encima de la vida del recién nacido.

DÉCIMA. *Evidentemente la madre que priva de la vida a su menor hijo conforme a lo previsto en el numeral 243 del Código Penal del Estado de México, califica su conducta al actualizarse, a consideración del sustentante, la premeditación (reflexión previa), la ventaja (la activo no corre el riesgo de ser muerta o herida), la alevosía (sorpresa intencional o asechanza) y la traición (violación de la seguridad tacita en relación del parentesco), insisto, por el natural y continuo estado de indefensión que presenta el menor sujeto pasivo de la conducta.*

DÉCIMA PRIMERA. *Cabe destacar además que si una mujer, previa la concepción de una nueva vida, es honesta y casta respecto de la sexualidad que le precede, sería imposible entonces situarla en el supuesto del delito Homicidio Honoris Causa; además, si dicho supuesto se actualizara, hoy en día, en la sociedad en la cual nos desarrollamos, no se le señala ni se le discrimina a quien tiene un hijo ilegítimo o fuera del matrimonio con la gravedad que quizá se hacía hace cincuenta años o más; desde una perspectiva personal, merece todos mis respetos y debe ser considerada además como una mujer sumamente honorable, quien proporciona los satisfactores necesarios para impulsar en la vida a sus hijos sin el apoyo de una pareja, y no así quien para evitar su deshonor y ocultar conductas sexuales previas, atenta en contra de la vida de su menor e indefenso hijo.*

DÉCIMA SEGUNDA. *Actualmente existe una gama enorme de posibilidades para evitar embarazos no deseados y no deshonorar a la mujer con el advenimiento de un hijo concebido fuera del matrimonio; resulta lógico pensar entonces, que en vez de atenuarle la pena a la sujeto activo en el delito a estudio, a quien se le presentan a su alcance abundantes métodos anticonceptivos, se le sancione con más dureza y no imponiéndole una pena privativa de libertad de tres*

a cinco años de prisión; ahora bien, otra figura viable posterior al embarazo, que exime de obligaciones ulteriores a la madre respecto de su menor hijo, lo es la adopción.

DÉCIMA TERCERA. *Se considera también que la gravedad del delito no únicamente radica en el hecho de privar de la vida al hijo recién nacido, hecho por demás deshonroso, sino que también, se vive una época en la cual los valores cada vez son menos inculcados a los integrantes de una sociedad, siendo la familia el núcleo social primario y más importante para ello, en ese sentido, la madre al realizar la conducta contraria a derecho de la cual se ha hablado a lo largo de este trabajo, atenta de manera directa en contra de dicha célula fundamental, siendo por ello que al atacar la sujeto activo el núcleo social primario más sólido, no puede ser considerada más que como un ser antisocial y dañino para la comunidad.*

DÉCIMA CUARTA. *Resulta también inadmisible que en el delito a estudio, el legislador contemple un marco de temporalidad para poder determinar si opera o no a favor de la sujeto activo la atenuación de la pena, esto es las setenta y dos horas después de nacido el sujeto pasivo; con ello, lo único que se denota es que la ley penal de la materia protege y escudriña con mayor celo la vida de un sujeto de, por ejemplo, cuarenta y cinco años de edad, que la vida de un recién nacido; para determinar esto solo hace falta observar las penalidades que contempla el artículo 242 del Código Penal del Estado de México; ahora bien, ¿Qué pena se le impondría entonces a quién prive de la vida a su recién nacido hijo, si se demuestra que éste último, al fallecer, había cumplido ya setenta y tres horas de nacido?.*

DÉCIMA QUINTA. *Llama la atención la redacción de los incisos b) y c) que contempla el artículo 243 fracción IV, en virtud de que el legislador no define que debe entenderse por embarazo oculto y que por nacimiento oculto; ¿Qué sucedería si la madre embarazada se exhibe en reuniones familiares y lugares*

públicos, pero por sus propias condiciones fisiológicas e incluso por el uso de prendas de vestir no ajustadas, no denota su estado de preñez?, ¿El embarazo es oculto para efectos legales?, o bien ¿Si la madre da a luz en presencia de un médico, un anestesiólogo y una enfermera, como generalmente ocurre, el nacimiento del producto deja de ser oculto?; se considera entonces que para entender con mayor precisión estas conceptualizaciones, la misma ley debería proporcionarlas de manera tal que no quepa lugar a dudas de que es lo que debe acreditarse en ese sentido.

DÉCIMA SEXTA. *La finalidad primordial para el aspirante, después de realizar un estudio jurídico de la atenuante prevista en la fracción IV del artículo 243 del Código Penal del Estado de México, culmina entonces argumentando, lastimosamente, que existen consideraciones de peso, tanto jurídicas como sociales, razonables y suficientes, para establecer que lejos de atenuar la pena a imponer a quien actualice su conducta a la descripción legal del delito de Homicidio Honoris Causa, debería por el contrario agravarla, para de esta forma proporcionar al recién nacido la seguridad jurídica de que la ley sustantiva de la materia, salvaguardará su integridad corporal, y como consecuencia su vida. Existen diferencias extremas que se relacionan con la penalidad que se contempla para quienes cometen Homicidio Calificado u Homicidio en Razón del Parentesco (de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa), a la que se establece para quien actualice su conducta respecto del Homicidio Honoris Causa (de tres a cinco años de prisión y de setenta y cinco a ciento veinticinco días multa); sin embargo, en esta última figura delictiva, convergen elementos que se relacionan con las dos primeras, no obstante lo anterior, debe destacarse que de acuerdo a las penalidades antes señaladas, parece ser que en la escala de valores, de la cual ya se hizo alusión, el honor u la honorabilidad de la madre esta muy por encima de la vida del recién nacido.*

BIBLIOGRAFÍA

1. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Oxford. 2ª Edición. México 2000.
2. ARILLA BAS, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa. 1ª Edición. México 2001.
3. BARRADAS GARCÍA, Francisco y GARCÍA DORANTES, Ramón. Comentarios Prácticos al Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista. México 1989.
4. BELING, Ernest Von. La Doctrina del delito tipo. Traducción de Soler. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1994.
5. CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 42ª Edición. México, 2001.
6. CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. Derecho Penal (Parte General). Editorial Cárdenas. 4ª Edición. México, 1992.
7. CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Tomo I. Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A., 18ª Edición. Barcelona, 1980.
8. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal para el Distrito Federal comentado. Editorial Porrúa, 1ª Edición. México 2001.
9. ESPINOSA NOLASCO, José Feliciano. Apuntes de Derecho Penal. México 2004.
10. GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. El Homicidio Tomo I. Editorial Temis S.A., 2ª Edición, Bogotá Colombia 1997.
11. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano "Los Delitos". Editorial Porrúa, 4ª. Edición. México 1955.
12. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Leyes Penales Mexicanas. México 1980.
13. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Témis, 2ª Edición. Buenos Aires, 1954.
14. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana, 3ª Edición. Buenos Aires, 1990.

15. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo II. La Tutela Penal de la Vida y la Integridad Humana. Editorial Porrúa, 7ª Edición. México 1986.
16. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos en Particular. Tomo I. Editorial Porrúa, 5ª Edición. México 1998.
17. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, 7ª Edición. México 1999.
18. O. RABASA, Emilio. Mexicano esta es tu Constitución. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa. 10ª Edición. México 1995.
19. OJEDA GÁNDARA, Ricardo. Las Causas de Exclusión del Delito. Colegio de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas. 1ª Edición. México 2006.
20. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Herberto. Delitos contra la vida y la integridad corporal. Editorial Porrúa, 7ª Edición. México 1993.
21. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco Herberto. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Editorial Porrúa, 18ª Edición. México 2005.
22. QUIJADA, Rodrigo. Código Penal del Estado de México, comentado y anotado. Ángel Editor, 1ª Edición. México 2006.
23. REYES ECHANDIA, Alfonso. Tipicidad. Editorial Temis, 6ª Edición. Bogotá 1999.
24. REYNOSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. Editorial Cárdenas, 4ª Edición. México 1992.
25. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo II. Editorial Tipográfica Editora Argentina, 4ª Edición. Buenos Aires, 1973.
26. VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito. Editorial Trillas. México, 1985.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. Código Penal del Estado de México.
2. Código Penal Federal.
3. Código Penal para el Distrito Federal.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
5. Jurisconsulta SCJN. Marzo 2008.