



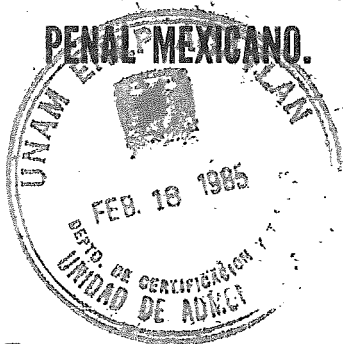
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ACATLAN"



**EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO
PENAL MEXICANO.**



7224570-7

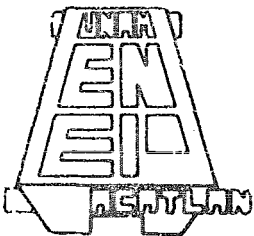
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
EMILIO PEREZ ALVAREZ

110036867

Acatlán, Edo. de México.

Febrero de 1985.





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

IN MEMORIAM

A MI MADRE:

SRA. MA. GUADALUPE ALVAREZ DE PEREZ

Porque aunque no esté presente,
su recuerdo fue un aliciente -
imprescindible para llegar a -
este momento.

A MI PADRE:

SR. PEDRO PEREZ PACHECO

Con devoción y cariño, por su
infinita comprensión, ternura
y enormes sacrificios, ya que
ésto me impulsó para que hi -
ciera posible la culminación -
de mi carrera universitaria.

A MI ESPOSA:

MA. LUISA TORRES DE PEREZ

Con mucho amor, porque -
gracias a su valioso apo-
yo, colaboración, desve-
los y estímulos, logré -
llegar a este momento --
tan decisivo en nuestras
vidas.

A MIS HIJOS:

CLAUDIA SELENE

Y

LUIS EMILIO

Porque ellos son mi motivo
de superación y lucha día-
con día.

A MIS HERMANOS:

ROMAN JAVIER
BERTHA
MA. ELENA
PEDRO

Con fraternal cariño.

A LA FAMILIA:

VARGAS RUIZ

Por la desinteresada ayuda
que me brindaron.

AL LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ

Con aprecio y admiración, por haberme guiado con sus valiosos conocimientos y profesionalismo, en la elaboración de esta tesis.

AL H. JURADO:

LIC. EDUARDO VILLARREAL MORO

LIC. CARLOS ORONoz SANTANA

LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ

LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA

LIC. RENE ARCHUNDIA DIAZ

Mi eterno agradecimiento por su valiosa intervención para llegar a obtener mi título profesional.

AL LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ:

Con aprecio y admiración, por haberme guiado con sus valiosos conocimientos y profesionalismo, en la elaboración de esta tesis.

AL H. JURADO:

LIC. EDUARDO VILLARREAL MORO
LIC. CARLOS OROÑOZ SANTANA
LIC. GILBERTO TRINIDAD GUTIERREZ
LIC. JOSE DIBRAY GARCIA CABRERA
LIC. RENE ARCHUNDIA DIAZ

Mi eterno agradecimiento por su valiosa intervención para llegar a obtener mi título profesional.

I N D I C E

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO

PAG.

PROLOGO

1.- Evolución del delito	1
2.- Concepto	5
3.- Elementos positivos y negativos	16

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS Y CONCEPTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

1.- Derecho Indú	66
2.- Derecho Romano	69
3.- Derecho Germánico	72
4.- Derecho Medieval	76
5.- Derecho Español	78
6.- Concepto de estado de necesidad	80

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ESTADO DE NECESIDAD EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

1.- Código Penal de 1871	88
2.- Código Penal de 1929	96
3.- Código Penal de 1931	105

M 0030 867

CAPITULO CUARTO

PAG.

TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA
DEL ESTADO DE NECESIDAD

1.- Teoría de la neutralización	113
2.- Teorías subjetivas del estado de necesidad ..	126
3.- Doctrinas intermedias o mixtas	141
4.- El estado necesario como causa de justificación	154
5.- El estado de necesidad supralegal	157

CAPITULO QUINTO

ANALISIS DEL ARTICULO 15 FRACCION IV DEL
CODIGO PENAL MEXICANO

1.- Concepto	161
2.- Elementos que integran el estado de necesidad	162
3.- Diferentes casos de necesidad y su extensión- en el propio artículo	183

CAPITULO SEXTO

CASOS ESPECIALES DEL ESTADO DE NECESIDAD DES
CRITOS EN EL CODIGO PENAL Y SU CRITICA EN RE
LACION CON EL ARTICULO 15 FRACCION IV

1.- El aborto necesario o terapéutico	202
2.- El robo de indigente o de famélico	214
3.- Nuestro punto de vista	228
CONCLUSIONES	238
BIBLIOGRAFIA	249

P R O L O G O

Necesariamente un egresado de una Licenciatura a fin de concluirla, debe de llegar a realizar una tesis en la que exprese sus inquietudes y demuestre que efectuó una buena investigación para dicho propósito.

Es así que como egresado que soy de la Escuela Nacional de Estudios Profesionales, Unidad Acatlán, de la Licenciatura en Derecho, a fin de concluirla y -- obtener mi título profesional, escogí el tema del Estado de Necesidad, en virtud de que dentro de las corrientes doctrinarias existe divergencia de criterios, situación que provocó mi inquietud sobre el tema.

Por eso dentro de la institución jurídica que analizo en este trabajo, pretendo incluir dentro de la norma general, ésto es el artículo 15 fracción IV del Código Penal, los casos específicos de estado de necesidad contemplados en los artículos 334 y 379 relativos al aborto necesario y robo de familiar respectivamente, dado que en el artículo citado en primer término caben todos los posibles casos de necesidad, siendo innecesaria la redacción de los casos específicos en el Código Penal.

El ensayo que presento pretende estudiar, aunque no exhaustivamente, en primer término, los aspectos generales del delito, pues considero que para un entendimiento de la figura jurídica que me ocupa, es necesario conocer dentro de qué elemento del delito se encuentra consignada.

En segundo término, procedo al estudio de los antecedentes históricos del estado de necesidad y su definición en la Doctrina Penal.

Continúo con un breve análisis de la evolución que ha tenido dicha institución en los Ordenamientos Penales desde la creación del Código Penal de 1871-al vigente.

Para seguir con las diversas teorías que han tratado de aclarar la naturaleza jurídica del tema en estudio.

Posteriormente me avoco al análisis del artículo 15 fracción IV del Código Penal.

Por último hago un análisis de los dos casos-específicos de estado de necesidad y un juicio crítico-

a estos casos, para concluir esta tesis con las necesarias conclusiones.

Con la anterior reseña que hago del contenido de la tesis, no he pretendido una estricta investigación personal, ni mucho menos presumir de originalidad, dado que el estado de necesidad es un tema que en el Derecho Penal ha sido tratado de manera pormenorizada, -- por tanto, sólo espero que en algo sirva el presente -- estudio que he llevado a efecto.

CAPITULO PRIMERO

ASPECTOS GENERALES DEL DELITO

- 1.- EVOLUCION DEL DELITO
- 2.- CONCEPTO
- 3.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

1.- EVOLUCION DEL DELITO.

El delito ha sido concebido a través de la -- historia como una valoración cultural. Recogemos al -- respecto el pensamiento del insigne jurista Eugenio Cuello Calón, quien enseña: "Se ha pretendido dar una noción filosófica del delito en sí, en su esencia; pero -- estos esfuerzos han resultado estériles, pues la noción del delito se halla en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo y por ende, es muy posible que lo penado ayer como delito, se considere hoy como lícito y viceversa". (1)

A su vez el jurista mexicano Ricardo Abarca -- afirma: "La más antigua concepción del delito lo caracteriza como conducta contraria a la norma social y por ende, a los sentimientos colectivos. Para nosotros son indiferentes muchos actos que antaño tenían categoría -- de crímenes pues contravenían la costumbre, la cual fue el primer vínculo de solidaridad. Muchos actos eran -- castigados en torno del tabú con las penas más severas,

(1) Derecho Penal, Tomo I, Parte General, 3a. Edición -- considerablemente aumentada y adaptada al Código -- Penal de 1932, Editorial Bosch, Barcelona 1935, -- Págs. 248 y 249.

en torno de los sacerdotes, únicos oráculos de la divinidad y de las costumbres familiares; así, en las siete partidas, notable monumento jurídico, aún advertimos la punición de la blasfemia, de la circuncisión de los judíos y de las prácticas mosaicas". (2)

Se atiende originaria y rudimentariamente al aspecto objetivo, castigando con penas por la sólo producción del efecto dañoso, con total abstracción de - - cualquier consideración de naturaleza subjetiva, según se advierte en la lectura del maestro Jiménez de Asúa, quien acertadamente escribe: "En el Derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia Legendaria y aún en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Priosteo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, etcétera.- Esquines decía: arrojamos lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente, y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. Platón en -- "Las Leyes" afirma lo mismo, exceptuando el rayo y de - más meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad-

(2) El Derecho Penal en México, Publicaciones de la -- Escuela Libre de Derecho, Serie B., Vol. III, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, D.F. Pág. 117.

Media se castigó profusamente a los animales y hasta -- hubo un abogado que se especializó en la defensa de las bestias. Es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndonos ya a las personas, vemos también -- cómo la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía a través del tiempo. Hasta las proximidades del Siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para -- quemar a las brujas. Acaso fue entonces la hechicería -- el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron -- en la hoguera sus excentricidades en holocausto a la -- valoración de la época". (3)

En este orden de ideas, manifiesta el maestro Francisco Pavón Vasconcelos: "Que desde los pueblos más antiguos castigaron hechos objetivamente dañosos y la --

(3) La Ley y El Delito, Principios de Derecho Penal, - Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1978, 5a. Edición, Págs. 201 y 202.

ausencia de preceptos jurídicos constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo social o del individuo lesionado contra su autor, fuera éste hombre o bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y - la aparición de los cuerpos de leyes reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción respectiva". (4)

Dé lo anterior se observa claramente que desde la antigüedad imperaba la deshumanización para el -- castigo de delitos y sobre todo que sólo se contemplaba el daño más no los elementos subjetivos que dieron lugar al mismo y no es sino con el transcurso de los años y como consecuencia de la excesiva crueldad que se aguzó hasta los albores de la segunda mitad del Siglo XIX, con la quema de las brujas, que surgió una tendencia -- totalmente humanizadora en la cual se pugna por la exclusión de todos los suplicios y crueldades innecesarias y se orienta tal humanización tomando como base la peligrosidad del delincuente como punto de origen para-

(4) "Manual de Derecho Penal Mexicano", Parte General, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México - 1974, Pág. 139.

la determinación de las sanciones aplicables.

Es así como ya no únicamente se ve el carácter del daño, sino que deja a un lado tal criterio y se sigue el de determinar la peligrosidad del delincuente para aplicar las sanciones, razonamiento que a todas luces tiende a ser totalmente humanizador y que resulta relevante para no castigar injustamente o por las solas apariencias, como fue el caso de las brujas, ya que en realidad nunca se tuvo certeza de que fuera por la realización de sus actos.

Esta nueva forma de valoración del delito, -- constituye, indudablemente, un paso decisivo de superación en la vida jurídico práctica de la humanidad, contribuyendo a evitarle sufrimientos innecesarios e injustos, y a elevarla hacia su perfección integral.

2.- CONCEPTO.

Siguiendo la tendencia de la mayoría de tratadistas, se puede decir que el concepto del delito puede considerarse bajo los siguientes aspectos:

- a).- El delito como un ente jurídico.
- b).- El delito natural.
- c).- El delito dentro de la dogmática jurídica, y
- d).- El delito formalmente.

- a).- El delito como ente jurídico.

El delito considerado como fenómeno jurídico, se halla en la concepción dicotómica de Francisco Carrara. Este ilustre pensador de la escuela clásica define al delito como: "La infracción de la Ley del Estado, -- promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o -- negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso" (5)

De esta definición destaca, como esencial, -- que el delito es una violación a la ley, no pudiéndose concebir como tal cualquiera otra no dictada precisamente por el Estado, con lo cual separa definitivamente, -

(5) Programa del Curso de Derecho Criminal, Editorial-Temis, Bogotá 1956, Pág. 21.

la esfera de lo jurídico, de aquellas otras pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues sólo esta ley se dicta en consideración a la seguridad de los ciudadanos.

b).- El delito natural.

La escuela positiva con Rafael Garófalo, define al delito natural como "La lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad". (6)

De dicha definición se puede observar que el citado autor considera la existencia de los delitos de creación política, en donde no se advierte la lesión a dichos sentimientos, y los cuales pueden rotularse como no naturales, legales o positivos por estar definidos -

(6) Citado por Francisco Pavón Vasconcelos, Ob. Cit., - Pág. 139.

como acciones punibles por la ley, creó el delito legal, para comprender todos aquellos hechos estimados como -- delictuosos y a los cuales los antiguos llamaban malos-- por estar prohibidos.

Además tal definición resultó estrecha e inútil pues no se adecuó al orden jurídico de esa época, -- sino que únicamente se refirió al ámbito natural y social de esa época, por lo que resultó obsoleta para -- aplicarse en el ámbito jurídico.

Se puede ver que el concepto del delito parte con la iniciación de las escuelas penales dando conceptos formulados, uno desde el ámbito jurídico pero -- que no correspondió a las necesidades de la época y el otro desde el ámbito natural y social y no desde el orden jurídico, así podemos ver que esos conceptos fueron estrechos e inútiles.

c).- El delito dentro de la dogmática jurídica.
ca.

Dentro de la dogmática jurídica, se puede ver

que existen diversas definiciones sobre el delito que dan los estudiosos del Derecho, entre las cuales pueden citarse las de los siguientes autores:

Ha sido definido el delito por Giuseppe Maggiore como "Toda acción legalmente punible". (7)

Para Franz Von Liszt, el delito "Es un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena". (8)

Dentro del pensamiento jurídico, en Alemania, Ernesto Von Beling ha elaborado una definición considerada por los juspenalistas como un monumento conceptual y define al delito como "La acción típica, antijurídica, culpable, sometible a una sanción adecuada y que llene las condiciones de la sanción penal". (9) Esta

(7) "Derecho Penal", El Derecho Penal-El Delito, Vol.-I, Editorial TEMIS, Bogotá 1954, Pág. 351.

(8) "Tratado de Derecho Penal", Traducido de la 20a. Edición Alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano-Saldaña, 2a. Edición, Tomo II, Editorial Reus, Madrid 1927, Pág. 254.

(9) Citado por Luis Jiménez de Asúa, "La Ley y El Delito", Ob. Cit., Págs. 205 y 206.

ca en este concepto la tipicidad como característica -- independiente de los demás elementos mencionados antijuridicidad, culpabilidad, sanción penal, etc.

Por su parte, Max Ernesto Mayer define al delito como "El acontecimiento típico, antijurídico e -- imputable". (10)

Obsérvese que en esa definición se emplea la palabra imputable en el amplio sentido de culpabilidad, y por ello, en este punto, no difiere esencialmente del concepto que expone Beling.

Por otra parte para Edmundo Mezger el delito es considerado como "La acción típicamente antijurídica y culpable". (11)

Para este pensador, la tipicidad no es un elemento independiente, sino íntimamente vinculado a la -- antijuridicidad, hasta llegar a constituir su "ratio --

(10) Citado por Luis Jiménez de Asúa, Ob.Cit., Pág.206.

(11) "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Nueva Edición Revisada y puesta al día por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, Pág. 156.

essendi".

Para el jurista español Luis Jiménez de Asúa define al delito estimándolo como "el acto típicamente-antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones -objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (12)

En esta definición aparecen dos nuevos elementos que los otros autores no incluyen en sus conceptos de delito, son las condiciones objetivas de penalidad y la imputabilidad.

Como se puede observar de las diversas definiciones que se han citado con antelación, la mayoría de los autores citados considera que los elementos integrantes y esenciales del concepto del delito, son la --conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, --pero no obstante que para la mayoría de los autores, --estos son los elementos esenciales, a criterio del redactor, considera que no puede haber culpabilidad si no hay imputabilidad, pues es necesario que un sujeto sea-

(12) Ob. Cit., Pág. 207.

imputable para llegar a ser culpable y como consecuencia es necesario el elemento de las condiciones de penalidad, ya que si el sujeto es culpable, éste está sujeto a una pena o sanción por la conducta delictuosa, por lo tanto, me adhiero a la definición del jurista Luis Jiménez de Asúa por parecerme la más completa y adecuada al anterior razonamiento.

d).- El delito formalmente.

El delito es, y ha sido siempre, materia de preocupación para el hombre, para la sociedad actual y de todos los tiempos, por ser un hecho dañino a su existencia y a su conservación. Más los autores no han podido llegar a elaborar una definición filosófica del delito, valedera universalmente, por tener sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la consiguiente mutación moral y jurídico-política.

Inclusive, para algunos autores, la definición del delito es innecesaria.

Y es así, que en cuanto al concepto jurídico-del delito en nuestro Derecho Penal, el venerable monumento jurídico del Código Penal de 1871 de Antonio Martínez de Castro, definía al delito en su artículo 4o. - de la siguiente manera:

"Art. 4o.- Delito es: la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella -- prohíbe o dejando de hacer lo que manda".

Esta definición se encuentra con defectos que son de gravedad ya que la vician radicalmente y son:

"I.- El delito no es la infracción de la ley penal, sino de los principios que informan esa ley, -- pues ley penal es la que define y castiga los actos u omisiones punibles, y no es esa ley la que el delincuente viola, sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella. En rigor, la ley penal sólo puede ser violada por los Tribunales encargados de aplicarla; violación que están destinados a reparar los recursos legales y especialmente el de casación.

II.- El término voluntaria hace muy confusa la definición. Por voluntario no se puede entender in-

tencional en este caso, pues que hay delitos de culpa, o sea no intencionales, y sería implicate definir el delito diciendo que es la infracción intencional. El único sentido en que parece posible entender el término voluntaria, es el de consciente y libre; pero entonces aparece que se ha incurrido, por lo menos en consecuencia, pues introduciendo en la definición un elemento de la imputabilidad, igualmente debería encontrar lugar en ella el discernimiento o razón moral que es el otro elemento, según la teoría clásica, seguida por el Código...". (13) Y se termina en la exposición, asentando: "Estos defectos de la definición parecen provenir, sobre todo, de que su autor se colocó en un punto de vista rigurosamente doctrinario, como si hubiera querido definir al delito legal en la cátedra o en un tratado jurídico. El objeto de la definición que se haga en la ley debe limitarse a facilitar la aplicación de los preceptos de la misma ley, fijando el sentido en que se emplea el término delito, y por eso no es necesario elevarse a las alturas filosóficas". (14)

(13) Trabajos de Revisión del Código Penal, Tomo IV, - Pág. 265, México 1914.

(14) Trabajos de Revisión del Código Penal, Ob. Cit., - Pág. 267.

El Código Penal de 1929, en su artículo 11, - definía al delito como: "La lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal".

Se puede ver que esta definición es incompleta por cuanto no circunscribe el delito dentro del radio de las acciones humanas y porque mira exclusivamente a sus efectos, así como porque no comprende a los -- delitos de peligro y porque hay delitos que no atacan - derechos, sino los bienes que éstos protegen.

Así el Código Penal vigente en el artículo -- 7o. preceptúa que: "El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

Sobre el particular se puede decir que dicha definición es puramente formal al caracterizarse la san ción.

Al respecto el maestro Celestino Porte Petit expresa: "Que en los anteproyectos de Código Penal de - 1949 y 1958, para el Distrito y Territorios Federales - y del Código Penal Tipo para la República Mexicana, no incluyen la definición del delito por considerarla irrelevante e innecesaria, dado que si en la parte especial

del Código Penal se reglamentan conductas o hechos constitutivos del delito es superfluo establecer el concepto del mismo en la parte general de dicho ordenamiento". (15)

En México, ha sido un punto discutido y casi-uniformemente resuelto el de si debe o no definirse el delito, al respecto la mayoría de los juristas mexicanos están de acuerdo en que desaparezca dicha definición de nuestro ordenamiento penal y así el maestro Arilla Bas, se pronuncia por la no definición del delito diciendo que: "En realidad, definiciones de esta clase, generalmente tautológicas, no son necesarias en los Códigos". (16)

3.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO.

Existen esencialmente dos criterios para es--

(15) "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", 4a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1978, Pág. 245.

(16) Citado por José Angel Ceniceros y Luis Garrido, "La Ley Penal Mexicana", Ediciones Botas, México-1934, Pág. 39.

tudiar el delito; se trata de concepciones diversas, -- las cuales son la concepción totalizadora o unitaria y la analítica o atomizadora.

La corriente unitaria considera al delito como un todo orgánico; como una unidad en sí, sin dividir lo en sus componentes, ni como la suma o yuxtaposición de los mismos. Puede ser presentado en aspectos diversos, pero en ninguna forma ser fraccionado. Dice Bettiole al respecto: "El delito es una entidad que no se deja escindir en elementos diversos, que no se deja, -- para usar una expresión vulgar, rebanar". (17)

A diferencia del sistema unitario, para la corriente analítica o atomizadora, debe estudiarse el delito analizando sus elementos esenciales, pero considerándolos en íntima relación unos con otros, por la indisoluble vinculación existente entre los mismos, en razón de la unidad del delito.

Al respecto el maestro Celestino Porte Petit expresa textualmente: "Por otra parte, reconocemos las-

(17) Guiseppe Bettiol, "Derecho Penal", Parte General, Editorial Temis, Bogotá 1965, Pág. 166.

más importantes consecuencias derivadas de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica".(18)

El gran jurista italiano Francisco Antolisei, a nuestro modo de ver muy acertadamente afirma; "Está fuera de duda que el delito no debe ser estudiado sólo-sintéticamente, como hemos hecho hasta ahora, es decir, en su unidad y en las notas comunes que lo caracterizan; es menester también proceder al análisis del mismo; esto es, a la individualización y al examen de los elementos que lo componen.

En los últimos años, la doctrina ha seguido este sistema analítico para el estudio del delito, pero desgraciadamente en su orientación metodológica ha confundido las ideas al crear abstracciones que llegan a la exageración, al considerar las partes integrantes del delito como entidades independientes unas de las

(18) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Ob. Cit., Pág. 241.

otras". (19)

En mi opinión, sostengo el mismo criterio de la mayoría de los juristas, entre ellos, Luis Jiménez de Asúa, Francisco Pavón Vasconcelos, Celestino Petit de que la concepción unitaria o totalizadora, es totalmente errónea ya que si bien el delito es un todo orgánico y homogéneo, en el cual sus notas esenciales se encuentran estrechamente vinculadas entre sí, también es necesario analizar cada uno de los elementos integrantes del mismo, por lo que me adhiero al sistema analítico o atomizador, por considerarlo el más apropiado para un correcto estudio del delito, ya que mediante él podemos analizar cada uno de los elementos integrantes, para llegar a una conclusión respecto a ese todo homogéneo.

Sin embargo, no obstante las naturales dificultades que presenta el problema, intentaré en este primer capítulo caracterizarlo jurídicamente, analizando brevemente los elementos esenciales que lo integran.

(19) "Manual de Derecho Penal", Parte General, Traducción directa del italiano por Juan del Rosal y -- Angel Torio, Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, Argentina Buenos Aires 1960, Pág. 153.

Así siguiendo el itinerario trazado por la --
 concepción heptatómica a la cual me he afiliado por pa-
 recerme dotada de amplitud, y que a la vez permite uti-
 lizar más cómodamente el método analítico, considero --
 conveniente transcribir el esquema ilustrado por el --
 jus-filósofo Guillermo Sauer y completado por el juris-
 ta Luis Jiménez de Asúa, quienes presentan frente a la-
 faz positiva de los caracteres del delito, su aspecto -
 negativo:

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
a) Actividad	a) Falta de acción
b) Tipicidad	b) Ausencia de tipo
c) Antijuricidad	c) Causas de justificación
d) Imputabilidad	d) Causas de inimputabilidad
e) Culpabilidad	e) Causas de inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva.	f) Falta de condición ob-- jetiva.
g) Punibilidad	g) Excusas absolutorias (20)

(20) Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Pág. 209.

A.- La actividad.

La acción, conducta, hecho o acontecimiento, es el primer carácter del delito. Es considerado aquél como punto de partida y como base de toda la teoría del ente punible. En rigor técnico, me parece más correcto llamar conducta a este elemento a fuerza de que implica voluntariedad en el sujeto y exteriorización de la misma, y reservar hecho para los delitos de resultado material; por su parte, acontecimiento tiene una connotación muy amplia y se refiere también al mundo de la naturaleza.

Ahora bien, por conducta o hecho o acción lato sensu, entiendo como acertadamente lo describe el maestro Jiménez de Asúa: "La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior o que, por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo cuya modificación se aguarda". (21)

Se advierte de la lectura de la anterior definición la existencia de tres requisitos en la conducta

(21) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 211.

ta: 1.- Voluntad, 2.- Exteriorización de la misma, y 3.- Violación de un deber jurídico de obrar o de abstenerse.

A su vez, el hecho consta de tres elementos - que son los siguientes: I.- Conducta, II.- Resultado material, y III.- Nexo causal entre ambos.

La actividad humana, con relevancia penal, se comprende en dos formas bien diferenciadas: como un proceder positivo violatorio de un precepto prohibitivo, o como una omisión conculcatoria de un mandato preceptivo, esto es en una acción o en una omisión o también en un hacer o en un dejar de hacer.

Puede verse que la conducta consiste en un --hacer o dejar de hacer, que sólo corresponde al hombre, porque únicamente él es posible sujeto de responsabilidad penal, esto es que sólo es el único ser capaz de --voluntad.

Así, en la doctrina penal los sujetos de la conducta se pueden clasificar de la siguiente manera:

a).- Sujeto Activo.

b).- Sujeto Pasivo.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo define al sujeto activo del delito diciendo: "Que el sujeto activo (ofensor o agente) del delito es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete recibe el nombre de sujeto activo primario; el que participa, es el sujeto activo secundario". (22)

También los animales fueron considerados en otro tiempo como sujetos capaces de delinquir, pero en la actualidad dentro de nuestro Derecho Penal sólo se reconoce a la persona humana como único sujeto activo de la infracción, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable, así se puede ver expresado en el Código Penal en sus artículos 7o. y 10o. al establecerlo siguiente:

"Artículo 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Artículo 10o. La responsabilidad penal no pa-

(22) Derecho Penal Mexicano, Parte General, 13a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1980, Pág. - 249.

sa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley".

Por lo que se puede decir que sólo la persona tiene voluntad y capacidad para delinquir y así con su acción y omisión puede violar las leyes penales.

Otro problema que surge es reconocer si la persona moral puede ser sujeto activo del delito a lo cual sobre este punto se puede decir que la persona moral no delinque pues no tiene voluntad y capacidad para ello, además de que como podemos ver no hay una disposición reguladora dentro de nuestro Código Penal que establezca su responsabilidad penal.

El artículo 11 de nuestro Código Penal del Distrito, establece:

"Art. 11. Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica o de una sociedad, corporación o empresa de cualquier clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen,

de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública".

Del propio precepto se desprende claramente que quien comete el ilícito penal específicamente es un miembro o algún representante o varios miembros de una persona moral, pero en ningún momento es la persona jurídica, de donde se puede advertir esencialmente que únicamente las personas físicas son los sujetos capaces de delinquir.

Al respecto el maestro Ignacio Villalobos escribe:

"Se ha llegado a pretender, con apariencia lógica, que supuesto que la ley autoriza la imposición de penas a la persona jurídica, es claro que considera a ésta como responsable. La verdad es que, tomando en conjunto los términos de la disposición y se admitiera que se impone la sanción a la sociedad, lo único que --

resultaría sería un precepto absurdo y anticonstitucional (artículos 14, 16, 19 y 20 de la Constitución) pues en resumen se prevendría en él que, cuando delinca una persona (el miembro o representante de una sociedad se sancione a otra (la corporación)". (23)

El maestro Eusebio Gómez señala que: "El acto como elemento esencial del ente punible sólo es susceptible de emanar de la persona física, nunca de la moral. Esta en todo caso, podría llegar a considerarse como un instrumento peligroso en manos de individuos delincuentes y por ende, puede ser objeto de medidas de seguridad, de prevención, por parte del poder político, como lo son el suspender o disolver a las sociedades".(24)

Sobre este punto, tan controvertido como lo es sobre quien recae la responsabilidad al igual que los juristas antes mencionados, comparte también la misma idea de que son sujetos activos del delito sólomente

(23) "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., 2a. Edición, México 1960, Pág. 263.

(24) "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Editorial Cía. Argentina de Editores Sociedad de Responsabilidad Limitada, Tucumán Buenos Aires 1969, Pág. - 386 y siguientes.

las personas físicas, entre otros, el maestro Francisco González de la Vega.

En opinión contraria puede mencionarse la del profesor Carlos Franco Sodi, quien dice: "Que de conformidad con el artículo 13 del Código Penal, las sociedades resultan prestando auxilio o cooperación a sus miembros en la comisión de un delito que además a ellas -- aprovecha y por lo mismo la responsabilidad penal de -- las personas morales sin duda existe en nuestro Derecho Positivo, pues de acuerdo con el mencionado precepto, -- son responsables de los delitos no sólo los autores materiales e intelectuales, sino quienes prestan auxilio o cooperación de cualquier especie". (25)

A mi criterio, supongo al igual que los autores que están de acuerdo con que es sujeto responsable únicamente las personas físicas, en virtud de que si la persona moral es considerada una persona ficticia y que depende directamente de sus miembros es fácil concluir que son éstos los sujetos activos del delito, toda vez que al carecer de voluntad la persona moral es imposi -

(25) "Nociones de Derecho Penal", Ediciones Botas, 2a. Edición, 1950, Pág. 65.

ble que ésta delinca pues sólo delinque la persona física que es la que tiene voluntad para poder realizar -- cualquier acto delictivo, por lo tanto estoy en contra de lo señalado por el maestro Franco Sodi por las razones ya expuestas, máxime que no puede decirse que una -- persona moral presta auxilio o cooperación, porque más -- bien la persona física se está aprovechando de la misma para la realización de sus fines delictivos.

En resumen, sólo es punible el hombre como -- ser individual.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo define al sujeto pasivo del delito "como la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito". (26)

Como la ley tutela bienes no sólo personales -- sino colectivos se pueden clasificar los sujetos pasivos en los siguientes:

- a) La persona física, sin limitaciones, des-

(26) Ob. Cit., Pág. 255.

pués de su nacimiento y aún antes de él.

b) La persona moral o jurídica.

c) El Estado.

d) La sociedad en general.

Siguiendo con el análisis acerca de los elementos del delito, y concretamente con la conducta o hecho, participo del sentir de tratadistas como Von Hippel, Eusebio Gómez y Luis Jiménez de Asúa, quienes afirman ser propio de todos los actos delictuosos el producir un resultado, ya material, ya jurídico.

El aspecto negativo de la acción, es su ausencia, dogmáticamente se considera a la fuerza física vis absoluta, fuerza mayor o vis mayor, el sueño, la sugestión hipnótica, los actos reflejos, el sonambulismo, los actos instintivos, etc., como falta de conducta.

En los supuestos de perpetración de eventos dañosos en cualesquiera de las circunstancias mencionadas, no es posible imputar causalmente dichos resultados al sujeto, pues la voluntariedad del mismo no inter

viene, y es así que al configurarse cualquiera de estos supuestos no existirá delito.

En la fracción I del artículo 15 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, se considera -- como una circunstancia excluyente de responsabilidad -- penal, "el obrar el acusado impulsado por una fuerza -- física exterior irresistible". (27) Hipótesis sintetizada en el conocido principio "nullum crimen, nulla poena sine actione".

B.- La tipicidad.

Ahora bien, antes de entrar al estudio de la tipicidad, es necesario analizar primeramente el tipo, -- sus elementos y su clasificación, por lo que principiaré diciendo que no obstante que ha sido definido por la mayoría de tratadistas, me apego a la definición del -- maestro Luis Jiménez de Asúa que define al tipo en es -- tos términos: "La abstracción concreta que ha trazado -- el legislador, descartando los detalles innecesarios --

(27) Ob. Cit., Pág. 11.

para la definición del hecho catalogado en la ley como delito". (28)

En efecto, existen actos especialmente lesivos para la convivencia humana, razón por la cual, el legislador forma los tipos haciendo una operación seleccionadora para describir en la ley, los actos conminados con la especial represión penal, de lo cual se puede observar que el tipo sólo describe una conducta o un hecho previstos por la norma penal.

Por otra parte se puede considerar como elementos del tipo los siguientes:

Siguiendo la doctrina jurídico-penal me refiero a elementos típicos objetivos o descriptivos del tipo, éstos pueden ser como lo precisa el maestro Celestino Porte Petit:

"a).- Estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley

(28) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 235.

por el legislador en forma descriptiva.

b).- Estados y procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor.

Forma parte del tipo, el elemento material, - que está constituido por la conducta o el hecho, originándose los delitos de mera conducta o los de resultado material". (29)

Igualmente forman parte del tipo, las referenencias temporales, ésto es que en ocasiones el tipo reclaama alguna referencia en orden al tiempo y de no concu-rrir, no se dará la tipicidad.

Otro elemento del tipo es el relativo a las - referencias espaciales, ésto es según Edmundo Mezger, - "que la ley fija exclusivamente como típicos determina-dos medios locales de comisión del delito, y que la ejecución del acto en otro lugar no cae bajo el tipo".(30)

(29) Ob. Cit., Págs. 431 y 432.

(30) Ob. Cit., Pág. 383.

Asimismo se consideran como elementos del tipo también, a los elementos del juicio cognitivo, elementos normativos, que pueden ser de dos clases, es decir elementos con valoración jurídica y elementos con valoración cultural, otro elemento del tipo son los elementos subjetivos del injusto, así como el sujeto activo, sujeto pasivo exigido por el tipo y el objeto jurídico y material.

En cuanto al objeto del delito, como elemento del tipo, el maestro Raúl Carrancá y Trujillo lo define: "El objeto del delito es la persona o cosa, o el bien o el interés jurídico, penalmente protegido". (31)

La doctrina distingue entre objeto jurídico y objeto material.

Por el primero se entiende el bien jurídico tutelado a través de la ley penal mediante la amenaza de sanción.

Esto es que no hay delito sin objeto jurídico

(31) Ob. Cit., Pág. 256.

por ser esencial para el delito, por ejemplo: la vida, la libertad sexual, etc.

El objeto material es la persona o cosa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, pudiendo ser cualquiera de los sujetos pasivos o bien las cosas animadas o inanimadas.

Sobre el objeto del delito puede decirse que por ser un tema concreto del mismo no presenta mayor investigación y los juristas contemporáneos no entran a fondo sobre el particular.

Se puede clasificar al tipo de la siguiente manera:

1.- Por su composición, éstos pueden ser anormales o normales.

2.- Por su ordenación metodológica, éstos pueden ser fundamentales o básicos, especiales y complementados.

3.- En función de su autonomía o independencia, se integran en autónomos o independientes y subor-

dinados.

4.- Por su formulación pueden ser casuísticos o amplios.

Existe una clasificación más por lo que toca al daño y al peligro, pero se puede considerar al daño y al peligro como situaciones que ya están determinadas en el tipo, por lo que me parece innecesaria esta clasificación por lo que respecta al daño y al peligro.

Una vez habiendo dado el concepto del tipo, - clasificación y elementos que lo integran, sólo me queda por decir que hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal, esto es que la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de -- una conducta no descrita en la ley incluso aunque sea - antijurídica.

En relación con la figura jurídica de la tipicidad, no deja de ser controvertido el criterio de considerarla como elemento constitutivo de la infracción - punible. Celestino Porte Petit endereza su torrencial-crítica y su consistente lógica jurídica contra tal pa-

recer; en su concepto, si el elemento es una parte del todo, nunca lo puede ser la tipicidad, pues ésta sólo viene a ser la comprobación de como una conducta o hechos reales, encajan en el tipo legal.

Así la tipicidad ha sido definida por la mayoría de los tratadistas penales como la adecuación de la conducta al tipo.

En la doctrina se discute el carácter de la tipicidad, considerándola como una función meramente descriptiva y en total independencia respecto de los restantes elementos del ente delictivo; sin embargo, tal criterio no es justo, pues se hace notar como no existe la descripción de una conducta incolora, de una acción cualquiera, sino sólo de aquella que por ser nociva en alto grado para la solidaridad social y por ende, de subida estimación desvaliosa, se acuña en figuras legales para su punición.

Es así como se verifica la existencia de una interdependiente relación entre la tipicidad y la anti-juridicidad. Esta última, constituye la ratio essendi de aquella cuando de acuñar los tipos se trata, y una vez formados, la tipicidad es asimismo "ratio essendi"-

de la antijuridicidad, pues para estimar una conducta - como ilícita y castigarse con una pena, debe engranar, - adecuándose en algún tipo legal.

El profesor Max Ernesto Mayer atribuye a la - tipicidad un valor indiciario; según su sentir, el he - cho de ser típica una conducta es ya un indicio de su - antijuridicidad.

Por su parte el tratadista Edmundo Mezger con - cibe a la tipicidad tan íntimamente ligada con aquella - que llega a constituir su ratio essendi. Este maestro - germano, al respecto expone: "El delito es acción anti - jurídica pero al mismo tiempo y siempre, típicamente -- antijurídica". (32)

En síntesis, en mi opinión, la tipicidad sin - llegar a ser un elemento del delito, sino una mera veri - ficación cognoscitiva de la adecuación de la conducta o hecho a un tipo legal, sólo se independiza lógicamente - de los demás elementos del delito, con fines de análi - sis, pero debe relacionarse con ellos, especialmente --

(32) Ob. Cit., Pág. 364.

con la antijuridicidad para concretarla en el ámbito -- penal.

La función de la tipicidad no es sino la ga -- rantía de estricta legalidad consagrada como dogma en -- el Derecho Penal liberal: "nullum crimen, nulla poena -- sine tipo", "nulla poena, sine previa lego".

Tal principio se encuentra recogido por nues -- tra máxima ley suprema en su artículo 14 que previene: -- "En los juicios de orden criminal queda prohibido impo -- ner, por simple analogía y aún por mayoría de razón, -- pena alguna que no esté decretada por una ley exactamen -- te aplicable al delito de que se trata".

El aspecto negativo de la tipicidad está cons -- tituído por su ausencia. La atipicidad se presenta -- bien por falta total de tipo o por ausencia de uno o -- varios de sus elementos, es decir, en el primer supues -- to, por absoluta imprevisión de la ley; y en el segun -- do, la ley si prevé como delito a una cierta conducta o hecho, pero puede darse la no perfecta adecuación en -- todos sus perfiles dentro de la figura preestablecida,

Habrá atipicidad por falta de calidad en el --

sujeto activo o pasivo; como cuando el protagonista de un pretendido delito para cuya integración se requiere en el tipo una determinada calidad de funcionario público, no tiene esa calidad; o cuando en el supuesto delito de estupro, el sujeto pasivo es una mujer carente de castidad, de honestidad o bien si es mayor de 18 años, edad establecida como límite en el tipo.

También hay atipicidad si faltan referencias al objeto, como cuando la cosa robada no es ajena sino propia; o por referencias espacio-temporales. Cuando éstas faltan se está contemplando otro caso de atipicidad, digamos, si en guerra extranjera, un individuo toma las armas contra México sirviendo en filas enemigas; asimismo es causa de atipicidad la ausencia de elementos subjetivos del injusto requeridos por el tipo normal; ejemplo, si en un hipotético delito de atentados al pudor, falta en el agente el ánimus erótico, como en las palpaciones efectuadas por el médico en el paciente.

Por último, se verifica la existencia de la atipicidad por falta de los medios señalados en la figura delictiva, cuya utilización es precisa para perpetrar el delito, como cuando el agente no utilice de la violencia física o moral o de la seducción o el engaño-

en los supuestos delitos de violación o de estupro. En todos los casos de comprobación de causas específicas - de atipicidad, no es posible jurídicamente proceder contra el autor de la conducta o el hecho en donde los elementos del tipo falten, y con mucha mayor razón, la acción será impune ante el caso de atipicidad general o ausencia total de tipo.

De lo expuesto anteriormente, se puede concluir que se verifica la existencia de la atipicidad -- por las siguientes causas:

a).- Cuando falte la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.

b).- Cuando falte la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto pasivo.

c).- Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste, no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.

d).- Por falta de las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo.

e).- Por falta de los medios de comisión señalados en la ley, y

f).- Por falta de los elementos subjetivos -- del injusto requeridos expresamente por el tipo penal.

C.- La antijuridicidad.

Otro elemento positivo del delito es la antijuridicidad. En términos de generalidad, "ésta es entendida como la oposición o contradicción objetiva de la conducta o hecho, frente a los intereses de la convivencia humana elevados a la categoría de bienes jurídicos por el Derecho". (33)

Generalmente se acepta el sistema negativo -- formal de la excepción regla para fijar el concepto de la antijuridicidad; según él, será calificada una -- acción como injusta, cuando estando definida en la ley, no esté amparada por una causa impositiva del nacimiento

(33) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 267.

to de la antijuridicidad; ello es, por una causa de justificación.

En suma escribe el jurista Luis Jiménez de Asúa "No se nos dice lo que es antijurídico, sino aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejecución de un derecho, estado necesario, etc." (34)

Acerca de lo injusto, se han elaborado sutiles y sucesivas teorías; entre ellas, la de la norma de Carlos Binding. En opinión de este penalista alemán, "descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto: ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código Penal. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero si se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por cima y detrás de la Ley. El Decálogo es un libro de normas: "No matarás" "no robarás". Si se mata o se roba, se quebranta la --

(34) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 268.

norma; más no la Ley. Por eso Binding decía: "La norma crea lo antijurídico dice el citado autor, la ley, la acción punible, o dicho de manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe". Esta constituye la disposición penal que se compone del "precepto", en que se describe y define el acto o la omisión, y la "sanción", en que se determina la pena con que el hecho está conminado". (35)

Al respecto el maestro Luis Jiménez de Asúa opina que: "nos encontramos, entonces, con que en la vida del Derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección jurista eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y he aquí que el delito, que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por eso, en vez de hablar de antijuridicidad, será preferible decir Normwidrig Keit; es decir, lo contrario a la norma". (36)

Franz Von Liszt distingue entre la antijuridi

(35) Citado por Jiménez de Asúa, La Ley y El Delito, - Ob. Cit., Pág. 269.

(36) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 269.

cidad material y la formal. La primera consiste en la oposición de la conducta con los fines de la convivencia humana. La segunda, es la acción contraria al precepto legal.

Con este autor, quien fue maestro de la Universidad de Berlín, surge la cuestión de la dualidad de la antijuridicidad al afirmar: "En la infracción recae una doble reprobación jurídica: la formal, por cuanto ha transgredido una norma establecida por el Estado (acto ilegal); y la material, por cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (acto ilegítimo)".(37)

En síntesis, según este pensar, la lesión de un bien jurídico se califica como legítima si coincide con los fines del Derecho, ello es, si se ostenta, en última instancia, como no antisocial.

En resumen, concebimos a la antijuridicidad como un juicio estimativo, de valoración objetiva de la conducta o hecho en relación con la norma. Cuando se formule un juicio axiológico sobre un comportamiento --

(37) Tratado de Derecho Penal, Ob. Cit., Págs. 323 y 324.

humano, y se verifique la vulneración de los derechos - subjetivos, intereses medios o bienes jurídicos, la violación de las normas jurídicas primarias, o de las normas de cultura, se estará contemplando una acción injusta.

La faz negativa de la antijuridicidad está -- constituida por las causas de justificación, al respecto el jurista Luis Jiménez de Asúa las define así: "Son las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal". (38)

Como causas impeditivas del nacimiento de lo injusto, cabe mencionar a la legítima defensa, al estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de un deber, el impedimento legítimo y la obediencia jerárquica.

D.- La imputabilidad.

Otro aspecto positivo del delito es la imputa

(38) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 284.

bilidad; ésta se encuentra íntimamente vinculada a la culpabilidad. Aquella se puede describir como la capacidad para ser culpable y responder por consiguiente de sus actos, sufriendo las consecuencias de los mismos. La culpabilidad y la responsabilidad sólo podrán fincar se sobre la base de que el sujeto activo sea imputable.

La imputabilidad es pues el presupuesto de la culpabilidad "si ésta, escribe el maestro Celestino Porte Petit, viene a ser el nexu psíquico que une al resultado con el autor, evidentemente, éste para actuar como causa psíquica de la conducta, ha de gozar de la facultad de querer y conocer, pues sólo queriendo y conociendo será susceptible de captar los elementos ético e intelectual del dolo". (39)

A su vez el maestro Carrancá y Trujillo afirma que "Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo cual no puede darse sin éste alguien; y para el Derecho Penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Ahora-

(39) "Importancia de la Dogmática Jurídico Penal", --- Gráfica Panamericana, S. de R. L., México 1954, - Pág. 45.

bien, por voluntad se entiende en las escuelas liberoarbitristas, la libertad de elegir, que con la libertad de obrar en lo que se ha llamado concurso de la voluntad (Carrara); en las escuelas deterministas, aún reconociéndose como base de la imputabilidad el conocimiento y la previsibilidad del hecho, se entiende la conducta humana determinada por fines antisociales, ajenamente en todo al libre albedrío, cuestión abstracta que no interesa, pues lo único que importa a la sociedad humana es si la conducta causó el hecho objetivo voluntariamente o no, a fin de adecuar el tratamiento al sujeto. Será, pues, imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (40)

El aspecto negativo de la imputabilidad es la inimputabilidad. Será inimputable el sujeto, cuando sea incapaz de conocer el deber y querer el acto; no

(40) Ob. Cit., Págs. 414 y 415.

podrá ser culpable y por ende, la acción será inincriminable. Como la ley no puede ignorar los hechos dañosos producidos por los inimputables, se les somete a medidas de seguridad atendiendo a su peligrosidad, pues la sociedad debe defenderse de cualquier agresión.

El maestro Luis Jiménez de Asúa define a las causas de inimputabilidad como "la falta de desarrollo y salud en la mente, los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber". (41) Esto es 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.

Tradicionalmente son reconocidas como causas de inimputabilidad, la minoría de edad, la sordomudez, el trastorno mental transitorio y el trastorno mental permanente dentro del cual se encuentran los locos, idiotas e imbéciles.

(41) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 339.

E.- La culpabilidad.

Otro aspecto positivo del delito es la culpabilidad, la cual ha de distinguirse en su más amplio -- sentido y en su significación estricta.

La primera, la define el profesor Edmundo Mezger como "El conjunto de aquellos presupuestos de la -- pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (42)

En este sentido lato, la culpabilidad incluye a la imputabilidad. La segunda, es decir, en su sentido estricto, es la atribución o imputación al agente, - de una conducta típica, antijurídica y punible, a título de dolo o de culpa.

La culpabilidad como elemento dentro de las - concepciones de la dogmática jurídico-penal, sólo aparece en estadios superiores de la cultura jurídico crimi-

(42) "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Traducción - de la 2a. Edición Alemana (1933) y Notas de Derecho Español por José Arturo Rodríguez Muñoz, 3a.- Edición Adicionada y puesta al día por Antonio -- Quintano Ripollés, Editorial Revista de Derecho - Privado, Madrid 1957, Págs. 9 y 10.

nal; antes fue general la responsabilidad sin culpabilidad; se atendía a la producción del resultado sóloamente, fuera cual fuese el sujeto, animal o cosa causante del mismo; haciendo total abstracción de la voluntad -- consciente y de la libertad patrimonio exclusivo.

Actualmente no es posible prescindir de la -- culpabilidad en la estructuración dogmática del delito. Es una conquista que no se perderá para el futuro. Puede resumirse en el conocido principio nullum crimen, -- nulla poena sine culpa.

Sobre el elemento en cuestión se han elaborado dos teorías para fijar su naturaleza jurídica:

1.- La teoría psicológica de culpabilidad.

2.- La teoría normativa de la culpabilidad.

Para la primera teoría, opina el jurista Fernando Castellanos que: "La culpabilidad radica en un -- hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración -- jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volutivo desarrollado en el autor. El estudio de-

la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso". (43)

Acerca de dicha teoría el maestro Porte Petit, manifiesta que "Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo y como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres; de la conducta y del resultado; y el segundo el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". (44)

"Por otra parte la teoría normativa de la culpabilidad (Frank Freudenthal Mezger) sostiene que para que exista ésta no basta dicha relación de causalidad psíquica entre el autor y el resultado, sino que es preciso que ella dé lugar a una valoración normativa a un-

(43) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S. A., Décima Cuarta Edición, México 1980, Pág. 232.

(44) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Ob. - Cit., Pág. 49.

juicio de valor que se traduzca en un reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. La culpabilidad es, por tanto, una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma". (45)

En suma, en términos generales, se puede definir a la culpabilidad como el nexo o relación intelectual y afectiva, entre el sujeto y el acto típicamente antijurídico, o mejor es la oposición subjetiva del agente con la norma. Es aquí donde se advierte su diferencia con la antijuridicidad; ésta es la oposición objetiva a la norma.

Tradicionalmente se admiten como formas, especies o grados de la culpabilidad al dolo y a la culpa, últimamente se agrega la preterintencionalidad o ultraintencionalidad generalmente considerada como una mezcla de los dos anteriormente mencionados.

Sobre la distinción entre el dolo y la culpa así como las sub-especies de los mismos, el maestro Por

(45) Carrancá y Trujillo Raúl, Ob. Cit., Pág. 413.

te Petit la ilustra por medio de una figura compuesta -- por cuatro círculos concéntricos correspondiendo el primero y central al dolo directo y sucesivamente hacia -- afuera los demás: dolo eventual, culpa con representa -- ción y la inconsciente. El primero, dolo directo, se -- caracteriza por haber dirección de la voluntad al acto -- y al resultado.

En el segundo, dolo eventual, hay dirección -- de la voluntad a la conducta y representación del resul -- tado, el cual se presenta sólo como posible, pero se -- acepta o admite tal posibilidad en la voluntad del agen -- te.

En la culpa con representación o consciente, -- hay voluntariedad de la acción y representación del re -- sultado, también como posible, pero a diferencia del -- anterior, es decir, del dolo eventual no se acepta tal -- probabilidad, sino que el sujeto actúa esperando o con -- fiando en su no producción.

En el último círculo, culpa inconsciente o -- sin representación, hay voluntariedad de la acción y no existe representación del resultado, siendo éste previ -- sible.

Fuera del mencionado círculo, está el caso -- fortuito, en el cual hay voluntariedad de la acción y no existe representación del resultado, el cual es im -- previsible; por ello, el caso fortuito es el límite de la culpabilidad.

La cuestión más ardua se presenta al deslin -- dar el dolo de la culpa, y más correctamente, el dolo -- eventual de la culpa con representación. La diferencia se encuentra en la diversa posición de la voluntad fren -- te al resultado. En el primero se manifiesta como indi -- ferente, y en la segunda, el sujeto actúa con la espe -- ranza de que el resultado no se produzca.

Es en la culpabilidad donde el Derecho Penal -- se torna eminentemente individualizador al aplicarse a -- una situación en particular. Merced a ella, es posible considerar las útiles distinciones existentes entre los diversos grados del aspecto espiritual del delito; así, si a un sujeto se le procesa por haber perpetrado una -- conducta delictiva, tiene derecho a que el juez ciña -- ponderadamente sus armas al emitir el juicio de repro -- che y así, obsequie las exigencias de los valores más -- elevados que se conjugan en el crucial momento: La jus -- ticia y la defensa social.

El aspecto negativo del elemento en cuestión, lo constituyen las causas de inculpabilidad.

Estas han sido definidas por el tratadista -- Luis Jiménez de Asúa como "las que absuelven al acusado en el juicio de reproche". (46)

Dentro de la doctrina del Derecho Penal, la inculpabilidad se encuentra integrada por:

a) La ignorancia.

b) El error, el cual se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho se clasifica en esencial y accidental; este último abarca la aberratio iustitiae, aberratio in persona y aberratio delicti.

Para tener efectos eximentes, el error ha de ser de hecho y además invencible, pues en caso contrario deja subsistente la culpa.

c) La obediencia jerárquica.

(46) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 389.

d) Las eximentes putativas, considerándose dentro de éstas, la legítima defensa putativa, el estado necesario putativo, deber y derechos legales putativos.

Las eximentes putativas, son definidas por el maestro Fernando Castellanos como "las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho -- insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho -- típico del Derecho Penal, hallarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica (permitida, - lícita), sin serlo". (47)

Se consideran como eximentes putativas a la legítima defensa putativa, estado necesario putativo, ejercicio de un derecho putativo y cumplimiento de un deber putativo.

Se puede decir que en las eximentes putativas el sujeto estima que su conducta o hecho son jurídicos -- no por desconocimiento o inexacto conocimiento de la -- norma penal sino porque el sujeto cree encontrarse ante

(47) Ob. Cit., Pág. 260.

una causa de justificación.

e) La no exigibilidad de otra conducta.

f) El temor fundado.

g) El encubrimiento de parientes y allegados

y

h) El estado necesario tratándose de bienes-
de la misma entidad.

F.- Las condiciones objetivas de punibilidad.

Siguiendo el orden de la concepción heptatómica a la cual me he adherido, se llega en este momento a hacer el análisis de la condicionalidad objetiva.

Suscribo, desde luego, la vertiente doctrinaria que asevera con abundancia de razones, que las condiciones objetivas de punibilidad, no son elementos o caracteres del delito. El elemento forma parte de la esencia; las condiciones objetivas son contingentes, --

adventicias, se presentan en un corto número de infracciones delictivas y no en todas como debería ser para estar autorizados a considerarlas partes esenciales del todo.

Al respecto, se recoge la opinión del profesor Sebastián Soler, quien certeramente señala: "La naturaleza de las condiciones objetivas de punibilidad, se ve muy claramente, en especial con referencia a las condiciones negativas o excusas. Son circunstancias que no afectan ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad de la acción, sino sólo se vinculan a la aplicación de la pena. Son propiamente causas de impunidad establecidas por razones de utilidad, pues la injusticia del hecho y la culpabilidad del autor permanecen intactas. Por eso, son causas personales, intransferibles y dejan subsistente la responsabilidad civil por el hecho. El cómplice de quien robó a su padre es punible aún cuando no lo sea el autor principal; para éste subsiste la responsabilidad civil. Como se ve, es muy distinta la situación, según la pena sea excluida por una causa de justificación, por una causa de inculpabilidad, o por una mera excusa absolutoria". (48)

(48) "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Tipográfica - Editora, Argentina Buenos Aires 1970, Pág. 201.

Como se advierte, el citado penalista argentino relaciona los institutos jurídico penales de la condicionalidad objetiva, en su doble aspecto positivo y negativo, con la punibilidad y su ausencia.

En suma, las condiciones objetivas de punibilidad, dejando subsistente el carácter delictivo del acto, suspenden la aplicabilidad de la pena hasta llenar los requisitos exigidos.

G.- La punibilidad.

El último elemento del delito es la punibilidad, se discute en la doctrina acerca de su naturaleza, ya que algunos dogmáticos le niegan el carácter de elemento, concibiéndola sólo como una simple consecuencia del delito y por ende, ajena a su noción conceptual. Tal criterio es alentado dentro de la doctrina mexicana por el maestro Fernando Castellanos.

No obstante la aseveración de algunos tratadistas, según la cual en realidad los elementos de la infracción punible pueden reducirse a tres: la conducta

o hecho, la antijuridicidad y la culpabilidad, sobre los cuales puede edificarse toda la teoría del delito, me inclino a aceptar también como elemento a la punibilidad.

Para los fines de este estudio, sólo interesa, después de somero análisis, dejar sentada la opinión que comparto: "La punibilidad, escribe Jiménez de Asúa, es el carácter específico del crimen. Lo característico propiamente del delito es ser punible. Los demás elementos del delito estudiados anteriormente, son genéricos de lo civil y lo penal; sólo la pena es carácter específico de éste... Es delito el hecho humano que al describirse en la Ley, recibe una pena". (49)

A su vez, el maestro Raúl Carrancá y Trujillo afirma: "La noción del delito se integra, no con la pena, aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar" (50)

(49) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 426.

(50) Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ob. Cit., Pág. 408.

Por otra parte, se concibe a la punibilidad - como carácter del delito, por estar expresamente exigida en el artículo 7o. del Código Penal.

El carácter negativo de la punibilidad, está integrado por las excusas absolutorias, las cuales son definidas por el jurista Luis Jiménez de Asúa de la siguiente manera: "Son las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública". (51)

Las excusas absolutorias, se pueden clasificar según el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, desde el punto de vista subjetivo, tomando en cuenta la escasa temibilidad que el sujeto revela en las siguientes especies:

"a).- Excusas en razón de los móviles afectivos revelados;

b).- Excusas en razón de la copropiedad fami-

(51) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Págs. 465 y 466.

liar;

c).- Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;

d).- Excusas en razón de la maternidad consiente;

e).- Excusas en razón del interés social preponderante; y

f).- Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima, revelada". (52)

Siguiendo el itinerario del maestro Carrancá y Trujillo se citan algunos casos de excusas absolutas que se encuentran regulados en el Código Penal y que se ajustan a la clasificación anterior:

"Excusas en razón de los móviles afectivos -- revelados.- En nuestro Derecho se aceptan estas excusas toda vez que la acción desarrollada por el sujeto acre-

(52) Ob. Cit., Pág. 630.

dita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble. Las relaciones de familia, los lazos de la sangre, la comunidad del nombre familiar, el afecto en una palabra, que ata entrañablemente a los hombres entre sí, al mismo tiempo que el respeto a la opinión pública, que en cierto modo justifica al infractor que favorece a los de su propio linaje, o a los que ama o respeta, llevan al Estado a otorgar el perdón legal de la pena; pues si la familia es una amistad de la sangre que la naturaleza misma impone a los hombres, la amistad es una consanguinidad del espíritu que la sociedad y los hombres necesitan para subsistir". (53)

Dentro de este tipo de excusas absolutorias, se hallan la contenida en el artículo 15 fracción IX y 151 del Código Penal.

Otra excusa absoluta es la contenida en el artículo 377 del Ordenamiento Punitivo que se refiere al robo entre ascendientes y descendientes, el cual no produce responsabilidad, dicha excusa absoluta contenida

(53) Ob. Cit., Pág. 630.

nida en dicho precepto legal dentro de la clasificación anterior, el autor de referencia la clasifica como una excusa en razón de la copropiedad familiar. Asimismo - también pueden considerarse dentro de esta clasificac - ción las señaladas en los artículos 385 y 390 del mismo Ordenamiento legal que se refieren al fraude y al abuso de confianza cometido entre ascendientes y descendien - tes.

En cuanto a las excusas en razón de la patria potestad o de tutela, se pueden considerar las señala - das en los artículos 294 y 347 del Código Penal que en forma terminante señalan:

"Art. 294.- Las lesiones inferidas por quie-- nes ejerzan la patria potestad o la tutela, - y en ejercicio del derecho de corregir, no -- serán punibles si fueren de las comprendidas-- en la primera parte del artículo 289, y, ade-- más, el autor no abusare de su derecho, corri-- giendo con crueldad o con innecesaria frecuen-- cia".

"Art. 347.- Los golpes dados y las violencias simples nechas en ejercicio del derecho de --

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES HISTORICOS Y CONCEPTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

- 1.- DERECHO INDU
- 2.- DERECHO ROMANO
- 3.- DERECHO GERMANICO
- 4.- DERECHO MEDIEVAL
- 5.- DERECHO ESPAÑOL
- 6.- CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD

corrección, no son punibles".

En razón de la maternidad consciente, se encuentran las contenidas en el artículo 333 del Código en cuestión, el cual se refiere a dos tipos de excusas-absolutorias, la primera cuando el aborto es causado -- por imprudencia de la mujer embarazada y el segundo -- cuando el embarazo sea resultado de una violación.

En relación a las excusas en razón del interés social preponderante, se puede citar la señalada en el artículo 351 del Código Penal, relativa a la no punibilidad en casos de injurias, difamación y calumnias.

Por último, se encuentra el tipo de excusas absolutorias por razón de la temibilidad específicamente mínima revelada, en este género de excusas pueden -- citarse las contenidas en los artículos 349 y 375 del Código Penal, los cuales de su simple lectura se podrá observar porqué se consideran dentro de esta clasificación, por lo tanto creo que no necesitan mayor comentario sobre el particular.

Comenzaré el estudio de este capítulo haciendo un bosquejo general de los diferentes pueblos que -- cuentan con antecedentes sobre el tema a tratar, entre los cuales se encuentran los siguientes:

1.- DERECHO INDU.

En la India las Leyes de Manú contemplan ciertos pasajes interesantes, que declaran impunes los más-diversos actos delictivos cuando se cometen en estado de necesidad.

Algunos de estos casos de estado de necesidad que se encontraban regulados por estas leyes fueron el robo de famélico y el falso testimonio, el primero para superar el peligro representado por el hambre y el segundo como medio de salvación de un brahamán.

Al respecto el maestro Luis Jiménez de Asúa, cita una fábula india que muestra un esquema mítico fabulístico del estado de transición a la necesidad. "He aquí la dicha fábula, que se contiene en Hitopadesa, -- 4,11, con el título de la compañía del león y el camello. En cierta selva vivía un león llamado Madotkata -- (que quiere decir corajoso) que tenía tres seguidores:--

un tigre, un chacal y un cuervo. Un día que andaban vagando de acá para allá, se encontraron con un camello, extraviado de una caravana. Preguntáronle de dónde venía. El camello les contó, por respuesta, toda su historia, y ellos acogieron en la compañía del león, el cual le prometió su protección y le puso por nombre Chitrakarna (que, traducido, significa Orejifeo). Con esto el camello alcanzó categoría de acompañante del león. Poco después éste cayó enfermo. Y, además, vinieron las grandes lluvias y se encontraron en una extrema dificultad para obtener alimento. En tal situación, el tigre, el chacal y el cuervo urdieron una treta para hacer que el león, su señor, matase a Chitrakarna, el camello. Dijéronse entre sí: "¿qué hemos de hacer para deshacernos de ese roedor de zarzas?" El cuervo replicó "Incluso en esta sazón en que mesamo está pereciendo de necesidad, no querrá cometer el crimen. (Y eso que una madre atormentada por el hambre se deshace de su propio hijo. Una serpiente atormentada por el hambre devorará hasta sus propios huevos. ¿Qué crimen no cometerá un hombre hambriento? El atacado de hambre no conoce piedad.)". En esto se dirigieron todos juntos a donde estaba el león, el cual les dijo: —"¿Qué me traéis de comer?" "Señor —respondió el cuervo— hemos hecho todo lo que estaba en nuestras manos; mas no he

mos podido encontrar nada". —"Entonces —dijo el león —¿cómo hemos de vivir? Todos los recursos están agotados". El cuervo replicó: —"No otra cosa sino la condición de tu Alteza es lo que nos ha traído a este estado de necesidad. Tu condición es lo que te impide aprovecharte de lo que está bajo tu poder". —"¿Qué alimentos están bajo mi poder?", —respondió el león. —"Chitrakarna el camello" —dijo el cuervo, pronunciando el nombre temerosamente. El león se inclinó hasta la tierra en señal de reverencia (a lo sagrado de sus pactos) y dijo: —"¡Ah!, pero le tengo dada mi palabra de seguridad, ¿Cómo puedo yo contravenir a ella? (Porque la donación de tierra, de ganado, de dinero, no es donación tan perfecta como la que se llama la mayor de todas: la donación de la seguridad. Aquel que proteja aun fugitivo gana una bendición tan grande como la que se obtiene del sacrificio Asvamedha, la cual colma todo deseo)". El cuervo dijo (aparte) a sus amigos el tigre y el chacal: —"No hay duda que nuestro amo no quiere sacrificarle, pero acaso podamos hacerle que se ofrezca —él mismo para el propio sacrificio". Pasadas estas cosas, el cuervo, espionando siempre la ocasión, y aprovechando una en que estaba toda la compañía delante del león, —"Señor —le dijo—, ya hemos agotado todas las fatigas y seguimos sin encontrar qué comer. Tu alteza-

está consumida de necesidad. Yo mismo me ofrezco en -- bien tuyo para tu vianda. (Porque el Estado entero descansa en su soberano, y toma de él sus raíces. Los hombres deben aplicar su trabajo a empresas que traigan su origen de algún alto designio)". --"Mi fiel consejero-- replicó el león--: antes quisiera morir que cometer -- el crimen que me propones". El chacal hizo el mismo -- ofrecimiento seguido del tigre; y ambos a dos se encontraron con la misma respuesta que el cuervo en términos semejantes. Chitrakarna, el camello, pensando que el -- ofrecimiento era una mera formalidad, confiadamente lo hizo a su turno, y por su propia cuenta; pero pronto se apercibió de su desatino, porque apenas las palabras le habían salido de la boca, cuando el tigre cayó sobre él y le descuartizó. Y todos juntamente se lo comieron".(54)

2.- DERECHO ROMANO.

Es de gran importancia hacer mención a la ma-

(54) "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, Segunda Edición, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, -- Págs. 281 y 282.

nera como se consideró en Roma la actuación del hombre, cuando ésta era impelida por la necesidad.

En la organización jurídica de Roma los preceptos más conocidos sobre este tema son los que se hallan en la Lex Aquilia, en la Lex Rohdia de Jactu y en la De Incendio, Ruina, Naufragio rate nave expugnata.

La Lex Rohdia de Jactu contemplaba el caso de un navío que transportando mercaderías fuera sorprendido por una tempestad, y su comandante, para salvarla -- ordenara arrojar el cargamento al mar. En este caso el interés del propietario cedía a otro interés mayor, o sea la salvación del navío y el capitán quedaba libre de responsabilidad.

Otro caso que se encontraba en estas leyes -- era aquél en que se establecía que no debe exigirse responsabilidad al capitán que hiciera cortar las cuerdas del ancla de otro buque, cuando la suya se hubiese enredado en ellas.

De igual manera se puede mencionar aquel en que la mujer que hubiese cometido adulterio quedaba excusada cuando se encontraba entre los enemigos y la que

por pudor no rebelase al marido la afrenta sufrida.

"Un pasaje de Ulpiano ofrece gran interés --- por la controversia que ha originado. Es aquel en que se declara que el individuo para escapar a una acusa- - ción capital corrompe a su adversario, debe quedar impu- ne, por ser preciso perdonar al que salva su vida, cual- quiera que sea los medios de que haga uso". (55)

Dé esta manera se puede desprender que en el Derecho Romano numerosos casos iban teniendo cavidad en el rol de ciertos actos cuya ejecución consideraban inminente, circunstancia que excluía su punibilidad, ésto se debía bien a la ausencia de dolo o bien al carácter- lícito del acto.

"No podían ampararse en el estado de necesi- dad los que hubieren causado por sí mismos el mal ni -- los que por deber, tenían que afrontar el peligro, como los soldados, los esclavos, que ni aún estando heridos- podían abandonar a su dueño en riesgo, y los mensajeros que ni aún para sustraerse a la muerte se le permitía -

(55) Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Pág. 284.

rebelar los secretos". (56)

3.- DERECHO GERMANICO.

En el Derecho Germánico aparece más precisa - la situación de quien ejecuta el hecho necesario, con - el reconocimiento de dos principios fundamentales para - otorgarle su justificación.

El primer principio en que se basa la legisla - ción germánica es el siguiente: "La Necesidad No Tiene - Ley, era el primer postulado por medio del cual conside - raban que debido a circunstancias especiales y extraor - dinarias, las normas regulares de las leyes, dejaban de obligar, y en esa forma, hechos que generalmente se ten - drían como ilícitos se reputaban lícitos.

El otro postulado era un cierto sentido de -- solidaridad, tan amalgamado entre ellos, que la existen - cia jurídica, la convirtieron en un deber jurídico, cu -

(56) Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Pág. 285.

ya violación era sancionada fuertemente". (57)

Esto se aplicaba primordialmente a los viajeros, quienes podían, en tierras ajenas pasturar sus animales y cortar maderas para resguardarse contra el - - frío.

Así los casos de necesidad reglamentados por los textos germánicos se referían a tres categorías de personas siendo éstas los viajeros (a los cuales ya se hizo referencia), las mujeres embarazadas y los pobres.

Un caso citado por el jurista Jorge Abisambra Gallegos, es el que se refiere: "A las mujeres embarazadas, a quienes se les permitía la satisfacción de sus - caprichos sin protestas ni reclamaciones". (58)

Sobre este punto se considera que es un estado de necesidad pues no se toma en cuenta la irresistibilidad del deseo de la mujer, sino el mal que resulta-

(57) Abisambra Gallego, Jorge, "El Estado de Necesidad en el Derecho Civil", Editorial Kelly, Universidad Javeriana, Bogotá 1946, Pág. 23.

(58) Ob. Cit., Pág. 24.

ría de no satisfacerle.

En relación a los pobres y en base a la idea de solidaridad que se alude en el segundo postulado, el maestro Luis Jiménez de Asúa cita lo siguiente: "Estos-
tenían los mismos derechos que el viajero sobre los fru-
tos del prójimo, y hasta parece que no se limitó a -
ellos la tolerancia, pues, a juzgar por la ley de los -
Lombardos, cualquier persona podía usar de esta facul-
tad. Incluso el robo cometido secretamente quedaba im-
pune cuando era perpetrado por un hombre pobre, que no
encontraba trabajo, y recaía sobre alimentos teniendo -
por objeto calmar su hambre o la de los suyos; pero pa-
recía que se trataba de evitar la habitualidad, puesto-
que ciertas leyes penaban el tercer robo". (59)

El Derecho Canónico aplica constantemente el principio de la necesidad.

"En los libros penitenciales, antiguos o re-
cientes tanto en el de Teodoro del Siglo VII, como en -
el Civitatense, del Siglo XVI se encuentra, a cada mo -

(59) Ob. Cit., Pág. 286.

mento, la palabra necessitas, que desempeña el papel de una verdadera excusa para todos los delitos, salvo los pecados de fornicación, que jamás la hallan. Esta excepción se debe a que tal vez la iglesia se haya visto obligada a tratarlos con la mayor severidad, bien por ser los más inveterados en países bárbaros, o porque no pueden ser cometidos en estado de necesidad, pues si se han ejecutado por amenazas o violencia, el que ha cedido a ellas será considerado como víctima, más que como autor de un hecho delictivo". (60)

Así el Derecho Canónico hizo aplicación de -- que la necesidad sea inevitable y presente, además se precisa que ésta sea verdadera y no simulada, y que no se deba a culpa de quien la sufre.

Entre algunos casos de estado de necesidad se pueden mencionar la inobservancia de los ayunos y vigili-
lias en cuaresma, el mantenimiento de relaciones con un excomulgado y el más importante estado de necesidad que los canonistas consideraron, fue el robo familiar.

(60) Ob. Cit., Pág. 286.

4.- DERECHO MEDIEVAL.

"Durante la Edad Media, los criminalistas se ocupan, casi exclusivamente, en el gran problema del -- hurto y robo famélico que constituían el tipo de estado de necesidad, por ser frecuentísimos a causa de las ham**u** bres que asolaban los pueblos en la época medieval, -- cuestión que continúa tratándose por los escritores de los siglos XVII y XVIII". (61)

Así durante la Edad Media, la costumbre general de Prusia, de 1115, ordenaba que en caso de que alguien se apoderara ilegítimamente de alguna cosa, para salvarse él mismo o salvar a otras personas de un peligro actual que amenazase el cuerpo o la vida, que el -- hecho se comunicara a un Tribunal Superior para que se acordase una medida de gracia.

En referencia al derecho estatutario de las -- ciudades italianas en los Siglos XII y siguientes, hasta el XVI, dice Tancredo Gatti, citado por el jurisc**o** sulto Luis Jiménez de Asúa, lo siguiente: "Que el esta-

(61) Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Pág. 288.

do de necesidad se basaba en dos puntos fundamentales:--
1o.- Satisfacción de una necesidad urgente, como los --
casos de los viajeros, pobres, enfermos, inválidos, --
etc.; cuyas disposiciones provienen del Derecho Germán
co; 2o.- Necesidad de evitar un peligro, como en los --
casos de calamidad pública, incendio o inundación".(62)

Dentro de este punto cabe señalar que fueron-
los teólogos quienes se ocuparon con mayor detalle, del
hurto famélico o del cometido en cualquier otro caso de
inanición para alimentarse o vestirse.

A su vez los filósofos trataron de elevarse a
sus propios principios buscando la causa de exención de
pena, que en unos fue la vuelta al estado de naturaleza,
en otros, la violencia moral o impulso que origina, la-
colisión de derechos o de bienes que sirvieron como fun-
damento a esta figura jurídica y que posteriormente tra-
taré en capítulo por separado.

Algunos prácticos recurrieron a la tesis de -
la violencia moral para eximir o atenuar el delito nece-

(62) Ob. Cit., Pág. 288.

sario, pero otros sólo encararon la necesidad en referencia a la salvación de la vida propia o ajena, o del pudor, ésto se llevaba a cabo con sacrificio de la propiedad de otro.

5.- DERECHO ESPAÑOL.

"En el Derecho histórico de España se hallan escasas muestras del estado de necesidad. Las partidas ofrecen algunos ejemplos. En la ley 3a., Título XV, de la Partida Séptima, se establece que se excusa de la obligación de enmendar al que causó un daño en los bienes de otro, por defenderse o defender sus cosas; y luego, en la ley 12, del mismo título, se reconoce, más particularmente, el caso de necesidad con relación al fuego de la casa contigua, a la vecina absolviéndose de toda responsabilidad al que derribase la que está entre la suya y la que arde, porque además de evitar el perjuicio a su casa, libra del fuego a la villa; quia bone intentione fecit, comenta Gregorio López. Pero el fuego ha de ser grave: "que lo non pueden amatar a menos de destruir las casas que son cerca della".

Los teólogos, juristas y prácticos españoles se ocuparon, sobre todo, del hurto famélico. Por eso - al tratar de él invocaré sus opiniones. Un práctico -- tardío que escribe al iniciarse el Siglo XIX, José Marcos Gutiérrez, establece en tres de sus "Axiomas" del - Discurso añadido a la Práctica (cuya primera edición -- fue de 1804), Principios Generales de bastante importancia: No es punible la elección entre dos o más males -- iguales. "Entre dos o más males desiguales no es punible la elección del menor; pero lo es la del mayor, - - cuando no media interés personal". "Entre dos o más -- males desiguales, el menor de los cuales cede en perjuicio de la persona precisada a elegir, no puede ser punible la preferencia dada al mayor mal, sino en el único caso de ser muy pequeño y soportable el que se evita, y por el contrario, el que se elige, muy grave y perjudicial a todo el estado o a alguno de sus individuos".(63)

De lo anteriormente expuesto se puede llegar a la conclusión de que los ordenamientos jurídicos más antiguos que han hecho una elaboración de la figura del estado de necesidad son el Derecho Romano, el Derecho -

(63) Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Págs. 289 y 290.

Germánico y consecuentemente el Derecho Canónico; los dos primeros de modo más fragmentario y casuístico hacen el estudio relativo y el último de manera más sistematizada aunque limitadamente referida al hurto familiar.

Con este breve recuento histórico, se puede afirmar que el estado de necesidad, si bien no aparece delineado con sus características propias, por lo menos fue considerado en cierta forma, que rechazaron su ilicitud o en que sus efectos fueron atenuados.

6.- CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD.

Dentro de los aspectos negativos de la acción punible, el denominado estado de necesidad, tiene indudablemente una gran importancia, tanto en la dogmática como en la doctrina, sea por la dificultad de precisar su delimitación conceptual o por los interesantes y complejos problemas que suscita su constante aplicación a los casos concretos.

Aún cuando, como se verá posteriormente, el -

status necessitatis ha llegado a cobrar autonomía frente a otros institutos como la legítima defensa y la vis compulsiva, con los cuales a menudo fue confundido, da ocasión a debate doctrinal todavía, el problema de su ubicación dentro del marco negativo del delito.

En efecto, el estado de necesidad tiene en la actualidad, según la opinión de los doctos, el carácter de una justificante en caso de colisión de bienes o deberes cuya entidad, rango o jerarquía sea diferente y se inmolen a los menos significativos para la convivencia social, y en la hipótesis de conflicto de intereses, bienes o valores de la misma entidad o importancia, se estará contemplando una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Esta doble naturaleza del acto necesario, sólo es sostenida por los partidarios de la doctrina diferenciadora, auspiciada entre otros, por Max Ernst Mayer y Luis Jiménez de Asúa.

El estado de necesidad ha sido definido de muy diversas formas; pero a pesar de las diferencias del lenguaje, los tratadistas coinciden en señalar los mismos conceptos fundamentales que le han dado claridad a sus perfiles y le han hecho adquirir personalidad propia frente a las demás figuras jurídico-penales con las

cuales guarda semejanza.

Eugenio Cuello Calón define al estado de necesidad en los siguientes términos:

"Es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, la cual sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos pertenecientes a otra persona". (64)

Por su parte René Garraud afirma que:

"El delito se comete en estado de necesidad, cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión delictiva, para escapar él mismo o hacer escapar a otro, de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo". (65)

El maestro Sebastián Soler, en su obra Dere -

(64) Ob. Cit., 9a. Edición, Pág. 342.

(65) Citado por Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Pág. - 277.

cho Penal Argentino, define al estado de necesidad diciendo: "Llámesse en general, estado de necesidad a una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico". (66)

Ahora bien, no obstante los conceptos anteriormente citados, me adhiero a la definición sustentada por Franz Von Liszt. Este penalista germano, concibe al estado de necesidad en esta forma: "Es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos". (67)

En esta fórmula tan amplia y comprensiva, quedan alojados los más variados casos, las más complejas situaciones, desde las hipótesis más delicadas donde se colisionen vidas humanas, hasta los supuestos menos dramáticos como matar a una bestia cuando nos embiste; ro-

(66) "Derecho Penal Argentino", 3a. Edición, Tomo I, - Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1956, Pág. 419.

(67) "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, 3a. Edición, Ob. Cit., Pág. 352.

bar alimentos o vestidos para evitar la muerte por inanición o por frío; robar para cubrirse la desnudez cuando la corriente del río se haya llevado las ropas y por ende, se encuentra el pudor en peligro; allanar la morada ajena o dañar la propiedad de otro para salvar a una persona, a un cuadro de cierto valor o para apoderarse de un extintor de incendios y así, evitar lesiones a -- los diversos bienes jurídicos en caso de incendio, terremoto, inundación, etc.

Así, entre otros juristas, Raúl Carrancá y -- Trujillo define el concepto jurídico del estado de necesidad tomándolo de Von Liszt en los siguientes términos, que aceptan Jiménez de Asúa, Saldaña, Cuello Calón, y -- entre nosotros Garrido y Geniceros en su obra la "Ley Penal Mexicana": "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos". (68)

(68) El Estado de Necesidad, Revista Criminalia, Año -- II, Septiembre de 1934-Agosto de 1935, Editorial-Botas-México, Págs. 137 y 138.

Las transcritas definiciones caracterizan con exactitud, la situación de la cual surge el estado de - necesidad; circunstancia de conflicto de intereses, sin otra solución que el sacrificio de los unos o los otros; en consecuencia, es un caso de colisión de intereses, - bienes o deberes jurídicos.

Para dejar aún más claras las definiciones -- anteriores, es necesario esclarecer el origen de la - - acepción estado de necesidad, encontrándose que tiene - sus raíces según el Diccionario de la Lengua Española - en las palabras: "Estado, del latin status, en romance- significa la situación en que está una persona o cosa.- Situación es la disposición de una cosa respecto del -- lugar que ocupa.- Necesidad es un impulso irresistible- que hace que las causas obren infaliblemente en cierto- sentido". (69)

Del origen de la palabra estado de necesidad, se puede observar claramente que la misma se sitúa en - las hipótesis que han dado los diversos autores que se-

(69) Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua - Española, Editorial Ramón Sopena, S. A., Barcelona - 1972, Págs. 466, 714 y 912.

han citado con antelación y que son específicamente que sea una situación actual de peligro, y que en la cual -- no queda otro remedio que la de actuar violando el Derecho.

Por otra parte el concepto de estado de necesidad en sentido jurídico penal, es la situación de peligro real, actual o inminente para bienes jurídicos, -- la cual sólo puede ser evitada mediante la lesión de -- otros bienes igualmente tutelados por el Derecho, siempre y cuando la acción lesiva se ejercite dentro de los límites impuestos por la racionalidad o proporcionalidad que debe existir entre los intereses en conflicto; -- el agente no debe tener a su cargo el deber legal de -- sufrir el peligro y no haberlo provocado intencionalmente.

Independientemente de que me adhiero con la -- mayoría de los juristas mexicanos al concepto de estado de necesidad dado por el tratadista Von Liszt, se puede definir al concepto de estado de necesidad, como aquel conjunto de circunstancias de hecho que obligan al individuo, ante la alternativa o predicamento de que un -- bien valioso para él inclusive la vida misma sucumba o -- siga subsistiendo, aunque a consecuencia de esa deci- --

sión se origine la comisión de un acto que las leyes penales consideraran como delito.

En cuanto a este intento de definir el estado de necesidad, se puede concluir que tiene como característica esencial un conflicto de bienes ya sea de igual o menor valor en el cual uno de los dos deberá subsistir ante un hecho irreparable, el cual debe de ser real, grave e inminente y que sea por un verdadero estado de necesidad en el cual no haya otra alternativa practicable y menos perjudicial para salvar la vida o bienes, o la persona o bienes de otro, considerándose con esto que aún cuando se llegare a originar la comisión de un acto delictivo, éste sería considerado como una verdadera causa de justificación en virtud de que las leyes penales otorgan dicha garantía al que actúa por estado de necesidad independientemente de que se haya cometido un ilícito a las leyes penales, ya que las mismas le otorgan al estado de necesidad la no responsabilidad penal.

CAPITULO TERCERO

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ESTADO DE
NECESIDAD EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

- 1.- CODIGO PENAL DE 1871
- 2.- CODIGO PENAL DE 1929
- 3.- CODIGO PENAL DE 1931

Indudablemente que dentro de nuestra Legislación Mexicana, un aspecto muy importante es el relativo a la evolución que ésta ha ido teniendo con el correr de los años, y es así que dentro de este capítulo, procederé al estudio y análisis de la transición legislativa que ha tenido el estado de necesidad en los diversos Ordenamientos Penales, desde la aparición del Código Penal de 1871, creado por el insigne maestro Antonio Martínez de Castro, para posteriormente seguir con el Código Penal de 1929, que abrogó al de 1871, hasta llegar al Código Penal de 1931, que es el que se encuentra vigente.

1.- CODIGO PENAL DE 1871.

Siendo Presidente de la República el Lic. Don Benito Juárez (1867) y al organizar su gobierno, llevó a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública al Licenciado Antonio Martínez de Castro, al cual le correspondió presidir la comisión redactora del primer Código Penal Mexicano Federal para toda la República y Común para el Distrito y Territorios Federales.

La finalidad primordial del Código Penal fue-
la de considerar al delito como entidad propia y doctri-
nalmente aceptó el dogma del libre albedrío, así como -
miró la pena con un doble objeto ejemplar y correctivo,
inspirándose en la Escuela Clásica, tales consideracio-
nes se pueden dilucidar perfectamente de la exposición-
de motivos del Código que se analiza que al respecto --
señala que: "El plan de esta Comisión se reduce á em- -
plear en el castigo de los delitos, y como medios efica-
ces de impedir que se cometa otros, los dos resortes --
más poderosos del corazón humano, a saber, el temor y -
la esperanza, haciendo palpar á los reos que si tienen-
una conducta arreglada, sólomente sufrirán la tercia --
parte de la pena que sufrirían en caso contrario, que -
se ahorrará no pocas privaciones y padecimientos, que -
de hombres despreciables y aborrecibles, se convertirán
en miembros útiles de nuestra sociedad". (70)

Tratándose sobre las circunstancias que exclu-
yen la responsabilidad criminal, donde se encuentra com

(70) "Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal
y Territorio de la Baja California Sobre Delitos-
del Fuero Común y para toda la República Sobre De-
litos contra la Federación, Editorial J. S. Ponce
de León, Impresor, México 1871, Pág. V.

prendido el estado de necesidad, la exposición de motivos del citado Ordenamiento señalaba:

"La materia de este Capítulo ha dado lugar a serias y detenidas discusiones en la Comisión, por haberse tenido que decidir cuestiones de grave importancia y de suma dificultad.

La primera que se resolvió para formar el artículo 34, dio mucho que pensar porque se trataba, nada menos que de fijar reglas para determinar con precisión los casos en que no resultaba ni debe resultar responsabilidad criminal de un delito, por hallarse privado de la razón el que lo cometió, y para esto hubo necesidad de ocuparse de todas las afecciones mentales que perturban la razón.

Las ideas de la Comisión en este punto, están consignadas en las fracciones 1a. y 2a. del citado artículo 34, y aunque no se lisonjea de haber evitado todos los inconvenientes, se tranquiliza con haber obrado de acuerdo con los muy ilustrados médicos D. Luis Hidalgo y Carpio, D. José Barragán y D. José Barceló Villagrán, con quienes ha discutido todas las cuestiones médico-legales que ha habido que tratar, como auxiliares -

nombrados por el Supremo Gobierno.

Parecerá excusado fijar un precepto especial sobre la embriaguez, puesto que con ella se perturba la razón, pero se hizo así, tanto para evitar dudas y controversias, como para dejar expresamente consignado que sólo cuando es completa debe tenerse como circunstancia excluyente.

Respecto de los sordo-mudos, los ha equiparado la Comisión á los menores, considerándolos exentos de responsabilidad criminal, en los casos y con las condiciones de que habla la fracción 7a. del citado artículo 34, siguiendo en esto las doctrinas de los mejores criminalistas.

En la fracción 8a. se trata de la excepción de defensa, y sobre esta importante materia se dan las reglas que se han creído más seguras.

En la fracción 15 se habla de la obediencia pasiva punto delicado y que ofrece graves dificultades. En algunos Códigos se pone la obediencia pasiva como circunstancia excluyente, sin distinción ninguna, pero esto es considerar al agente como un verdadero autómató,

y dar ocasión á muchos crímenes porque sabiendo que el que obedece es irresponsable, se prestarían los inferiores á cometer los mayores atentados, como viles instrumentos de sus jefes, seguros de la impunidad. En otros Códigos se ha creído salvar la dificultad, exigiendo -- simplemente que la obediencia sea legítima. Pero esto es lo mismo que no resolver nada, porque lo que se trata de averiguar es, precisamente, cuándo es legítima y obligatoria la obediencia.

La Comisión, adoptando en este punto las doctrinas del célebre Ortolan, ha puesto como un principio, que la obediencia pasiva á un superior legítimo, en el orden jerárquico, no es punible aunque el mandato constituya un delito, sino cuando esta circunstancia sea notoria, ó se pruebe que el acusado la conocía, porque la presunción está siempre á favor del que obedece las órdenes de su legítimo superior". (71)

Por lo que se refiere al estado de necesidad, éste se encontraba regulado en el Título Segundo de la Responsabilidad Criminal.- Circunstancias que la Exclu-

(71) Ob. Cit., Págs. VI y VII.

yen, la atenúan o la agravan. Personas Responsables. -
Capítulo II.- De las circunstancias que excluyen la res-
ponsabilidad criminal en su artículo 34 fracción 11a. -
del Código Penal de referencia en cuanto que señalaba:

"Art. 34.- Las circunstancias que excluyen la
responsabilidad criminal por la infracción de
leyes penales, son:

11a.- Causar daño en la propiedad ajena por -
evitar un mal grave y actual, si concurren --
estos dos requisitos:

I.- Que el mal que cause sea menor que el que
trata de evitar;

II.- Que para impedirlo no tenga otro medio -
practicable y menos perjudicial que el que --
emplea". (72)

Como se puede observar son dos los requisitos
que la ley exige expresamente, pero hay que hacer notar
que en realidad son tres, si se incluye la gravedad y -
actualidad del mal.

Analizándolos brevemente se tiene:

Primer requisito.- El mal que se trata de evitar ha de ser grave y actual. Es decir, que el mal - - exista efectivamente, no debe de ser éste ni futuro, ni probable, sino por el contrario ha de ser real y positivo.

Segundo requisito.- Que el mal que se cause - sea menor que el que se trata de evitar. Es necesario- que exista una proporcionalidad. Esto se podría inter- pretar diciendo, que el bien que se salva sea de mayor- valor que el que se destruye.

Tercer requisito.- Como tercero y último re - quisito exige la ley que el que obra no tenga otro me - dio practicable y menos perjudicial.

Esta condición puede interpretarse desde el - punto de vista adoptado por mi. El medio ha de ser el- adecuado. El agente antes de causar un mal para evitar otro que se enfoca hacia él, debe meditar sobre el me - dio, y no debe aceptarlo hasta que no se haya convenci- do de que es éste del que única y efectivamente se pue- de valer rechazando otros posibles medios.

Aún cuando en la fracción 11a. del artículo -- aludido no señala expresamente los derechos y bienes -- que protege, se puede pensar que en las palabras "para evitar un mal" quedan comprendidas la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, el pudor, etc.

Asimismo, en este precepto sólo se permite -- causar daño en la propiedad ajena para evitar un mal al agente, pero este precepto no hace extensiva la facultad para causar daño en la vida y demás derechos de -- otras personas.

De donde se desprende que el tema que se trata ya se encontraba de una manera no total la regulación del estado de necesidad, ya que el mismo se encontraba en el Ordenamiento creado por el jurista Antonio-Martínez de Castro, limitándose únicamente el estado de necesidad sólo a los bienes y no así tratándose de las personas, situación que fue determinada por las legislaciones posteriores, así como también en dicho Ordenamiento todavía no había indicios de que se encontrara -- regulado el robo de familiar y por lo que toca al aborto terapéutico o necesario como estado de necesidad, -- éste se encontraba en el Título Segundo bajo el rubro -- de los delitos contra las personas, cometidos por par --

ticulares, en el capítulo IX relativo al aborto en su artículo 570 que disponía lo siguiente:

"Art. 570.- Sólo se tendrá como necesario un aborto:

Cuando de no efectuarse corra la mujer embarazada peligro de morir, á juicio del médico que la asista oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que ésto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Demostrándose de lo anterior que aunque éste se encontraba ya regulado se consideraba un verdadero estado de necesidad, pero dentro del capítulo IX que se refiere a la parte especial de los delitos, cabe advertir que desde la creación del Código Penal que se analiza, éste ya adolecía del error al instituir por separado dichas figuras.

2.- CODIGO PENAL DE 1929.

Cabe hacer mención que como todas las legisla

ciones con el acontecer de los años traen como consecuencia el ser modificadas, y tal suceso ocurrió con el Código de 1871 al formarse una comisión redactora en el año de 1912 que presidió Don Miguel S. Macedo al revisar el citado Ordenamiento.

Se puede decir acerca del capítulo de excluyentes que aunque trató de reformar el sistema del ordenamiento de 1871 todavía perduró el criterio clásico, por lo que siguen siendo condiciones fundamentales de responsabilidad, los atributos de libertad e inteligencia en el momento de obrar y considera a los locos como irresponsables y a la enajenación mental como causa excluyente de responsabilidad y ésto es debido a que es una copia fiel del Código de 1871, dichos trabajos de la comisión revisora no recibieron consagración legislativa, al no contener en su totalidad la regulación que debería de existir en ese momento.

En 1925 se designó las condiciones revisoras de Códigos, que en 1929, traduciendo el anhelo de reforma penal sustentado por todos los sectores cultos del país, concluyeron sus trabajos, promulgando el Código Penal de 1929, derogatorio del del 1871, el cual fue promulgado por el entonces Presidente de la República

Emilio Portes Gil.

Así el maestro Francisco González de la Vega señala al respecto que: "Nació el Código de 1929 bajo el desideratum de "aplicar en toda su pureza la doctrina del estado peligroso", fundándose para ello en el principio de "no hay delitos, sino delincuentes"; pero como la Constitución "no permite realizar todas las consecuencias que lógicamente se derivan de la adopción de la defensa social", se acordó "tomar como base la moderna escuela positiva de la defensa social, ajustando las reformas a los preceptos constitucionales que no era posible modificar previamente". (73)

En estas condiciones expresa el jurista mexicano Jesús Manuel Bosque Ballesteros que: "el Código de 29 adoptó el principio de responsabilidad de acuerdo con la escuela positivista para lo cual son socialmente responsables todos los individuos que manifiestan su estado peligroso, y realmente parece que sí está inspirado en ese criterio". (74)

(73) "El Código Penal Comentado", 5a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1981, Pág. 23.

(74) "Consideraciones Sobre Algunas Excluyentes de Responsabilidad", Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM, México 1941, Pág. 51.

No obstante que el tema a tratar únicamente - se debe de centrar en cuanto al estudio del estado de - necesidad, fue preciso hacer mención a la creación del - citado Código y a su proyección jurídica.

Por lo que toca al estado de necesidad el Or - denamiento en cita figuraba en dos fracciones del ar - tículo 45, es así que dentro del capítulo VI de las cir - cunstancias que excluyen la responsabilidad penal, ar - tículo 45 fracción VI se reglamenta el estado de nece - sidad.

"ARTICULO 45.- Las circunstancias que exclu - yen la responsabilidad penal, es decir, las - de justificación legal, son:

VI.- Causar daño en propiedad ajena por evi - tar un mal grave y actual, siempre que para - inferirlo el causante no tenga otro medio - - practicable y menos perjudicial que el que -- empleó;".

Analizando esta fracción, se encuentra, como - se puede comprobar, que transcribe la fracción 11a. del artículo 34 del Código anterior, sóloamente que olvidó -

hacer alusión a "que el mal que cause sea menor que el que se trate de evitar".

El artículo es diferente en cuanto a las palabras más no en lo que se refiere a su contenido, pues éste, es enteramente el mismo.

Conviene aclarar que el Código Penal de 1929- que a diferencia del Código de 1871, que aunque las consideran circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, hace la distinción expresa al señalarlas como -- causas de justificación legal.

Así analizando esta fracción VI del artículo- en comento; se encuentra, como puede comprobarse, que -- transcribe la fracción XI del artículo 34 del Código -- anterior, sólomente que olvidó hacer alusión a que el -- mal sea menor que el que se trate de evitar.

Este artículo es diferente en cuanto a las -- palabras más no en lo que se refiere a su contenido, -- pues tanto en el Código Penal de 1871 como en el de -- 1929, se enfoca el estado de necesidad a que sólo se -- permitía causar daño en la propiedad ajena para evitar- un mal al agente, pero esos preceptos no hicieron exten

siva la facultad para causar daño en la vida y demás -- derechos de otras personas.

Por otra parte el Código Penal de 1929 en el artículo de referencia, considera al estado de necesidad como causa de justificación, y no sólo le atribuyese carácter a esta eximente, sino a todas las circunstancias excluyentes de responsabilidad que comprenden -- en el capítulo relativo.

De lo anterior, se puede afirmar que los Códigos Penales de 1871 y 1929 en esencia no tuvieron ninguna diferencia específica en cuanto al texto mediante el cual se definía el estado de necesidad.

Existe un caso típico incluido dentro de este artículo y es el referente al robo por hambre, el cual ha sido necesario reglamentarlo para no considerarlo -- como absolutamente lícito.

En el Código Penal citado figuraba como excluyente de responsabilidad, ésto es como estado de necesidad el robo por hambre.

"ARTICULO 45.- Las circunstancias que exclu--

yen la responsabilidad penal, es decir, las -
de justificación legal, son:

VII.- La indigencia no imputable al que sin -
emplear engaño ni medios violentos, se apode-
ra una sola vez del alimento estrictamente --
indispensable para satisfacer sus necesidades
personales o familiares de alimentación del -
momento". (75)

Conviene destacar que a diferencia del Código
Penal vigente, el de 1929 sólo se limitaba a reglamen -
tar lo relativo a alimentos "habiendo tenido que conde-
narse en muchos casos al que medio desnudo, expuesto a
morir de frío se apoderaba de mantas para abrigarse, lo
cual era inhumano, pues no sólo el hambre impulsa al --
estado de necesidad, sino también la miseria, el frío y
la dificultad de ganar el sustento propio o el de los -
miembros de la familia". (76)

(75) Ob. Cit., Pág. 18.

(76) Garrido Luis y Ceniceros José Angel, "La Ley Pe -
nal Mexicana", Ediciones Botas, Sin Edición, Mé--
xico 1934, Pág. 76.

Se puede ver "que el Código Penal de 1929 sólo agregó que el mal pudiera gravitar también sobre los ascendientes y descendientes o afines, cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo, o los que estuvieran ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud, o estrecha amistad y que no hubiera sido "provocado el peligro origen del temor o dado causa inmediata y suficiente para él o tenido obligación de afrontarlo -- por deber profesional o de su ejercicio". (77)

Tal situación que fue agregada por el Código de 1929 se encuentra plasmada en el diverso artículo 44 del citado Ordenamiento, que establece lo siguiente:

"ARTICULO 44.- No se considerarán como encubridores, aunque oculten al delincuente o impidan que se averigüe el delito, siempre que no lo hicieren por interés bastardo ni emplearen algún medio que por sí sea delito:

I.- A los ascendientes y descendientes consan

(77) Carrancá y Trujillo Raúl, "Código Penal Anotado", 2a. Edición, Antigua Librería Robredo, México - - 1966, Pág. 105.

guíneos o afines;

II.- Al cónyuge y parientes colaterales por -
consanguinidad hasta el cuarto grado, y por -
afinidad hasta el segundo; y

III.- A los que estén ligados con el delincuente
por amor, respeto, gratitud o estrecha - -
amistad".

Ahora bien respecto al aborto necesario se su
prime la palabra necesario para quedar de la siguiente-
manera:

"ARTICULO 1001.- No se aplicará sanción: Cuando
de no provocarse el aborto, la mujer emba-
razada corra peligro de muerte a juicio del -
médico que la asista, oyendo, éste el dicta -
men de otro médico, siempre que éste fuere --
posible y no sea peligrosa la demora...".

Al respecto sobre el aborto no hubo modifica-
ciones, pues tanto el Código de 1871 como el de 1929, -
no alteraron en nada la redacción del citado aborto ne-
cesario.

Se puede ver en este Ordenamiento Punitivo -- que ya existía una duplicidad del estado de necesidad -- al regularse en dos fracciones, tanto el estado de necesidad genérico como el estado de necesidad específicamente en cuanto al robo necesario y al aborto por causas de necesidad, los cuales fueron considerados por el Código vigente como casos especiales de estado de necesidad y los cuales serán tratados posteriormente.

3.- CODIGO PENAL DE 1931.

"El Código Penal de 31 en su artículo 15 considera como circunstancias excluyentes de responsabilidad, otras tantas causas consideradas en sus diez fracciones y que amparan al sujeto activo del delito siempre que su manera de obrar al cometer el acto delictivo, encuadre perfectamente, llenando todos los requisitos de su particular eximente.

Entre los elementos intrínsecos del delito -- dos de los más importantes son la imputabilidad y la -- antijuridicidad, elementos que como los demás son constitutivos del delito y sin los cuales se considera que-

la acción deja de ser incriminable; de aquí que las causas que excluyen estos dos elementos constitutivos del delito, se considera que excluyen también la responsabilidad penal de su autor, llamándose a unas causas de -- inimputabilidad porque excluyen ese elemento, y de justificación a las que excluyen el de antijuridicidad, -- existiendo además un tercer grupo que se añade a los -- anteriores y que son los casos en los que se absuelve -- por utilitatis causa, lo que ha hecho surgir en la doctrina una división tripartita por todos aceptada". (78)

Así nuestro Código Penal de 1931 vigente, --- conserva en esencia la denominación tradicional de los Códigos Penales de 1871 y 1929 de circunstancias excluyentes de responsabilidad.

Por otra parte "Nuestro Código desconoce directamente la división entre: a), causas de inimputabilidad; b), causas de justificación, y c), excusas absolutorias, por las que determinados sujetos alcanzan remisión de la pena. Preferible en este silencio actual -- que la confusión, producto de increíble ignorancia del-

(78) Jesús Manuel Bosque Ballesteros, Ob. Cit., Pág. - 57.

Código Penal de 1929 al llamar causas de justificación a todas las eximentes; su artículo 45 decía: "Las circunstancias que excluyen la responsabilidad, es decir, las de justificación legal..." (79)

Ahora bien, conforme al Código vigente el estado de necesidad se encuentra descrito en la segunda parte de la fracción IV del artículo 15 que a la letra dice: "...IV... la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un -- peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial". (80)

Interpretando lo anterior para que exista el estado de necesidad se requiere de determinados medios para lograrlo.

En efecto exige:

Primer requisito.- La necesidad de salvar su-

(79) González de la Vega Francisco, "Las Eximentes de Responsabilidad", Revista Criminalia, Ediciones - Botas-México, Año IV, 1937-1938, Pág. 339.

(80) Leyes y Códigos de México, "Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S. A., México 1975, Vigésima Séptima Edición, Pág. 12.

propia persona o sus bienes o la persona o bienes de --
otro.

Hay que señalar que nuestro legislador admite que el mal se cause no sólo por el que trata de salvar su vida o sus bienes, sino también por terceras perso -
nas para salvar la vida o bienes de otro. Asimismo, --
acepta no sólomente que se cause en la propiedad sino -
también en la vida.

En este punto se encuentra una diferencia mar
cada entre nuestro Ordenamiento vigente y los dos ante-
riores, pues éstos como anteriormente se ha visto sólo-
admiten que el daño se cause en la propiedad ajena, más
no en la vida.

Segundo requisito.- Es necesario que exista -
un peligro real e inminente.

Se podría repetir aquí lo anteriormente ex---
puesto en tratándose del estado de necesidad en el Códi
go Penal de 1871.

El peligro no debe ser imaginario, sino real,
además debe ser inminente, de realización inmediata.

Tercer requisito.- No debe existir otro medio practicable y menos perjudicial.

Se puede decir al respecto, que la forma como está redactado este supuesto del estado de necesidad, - permite pensar que el legislador se refirió a la reflexión del necesitado, exigiendo que el medio que se pone en práctica sea el menos perjudicial y más idóneo.

Como se ha visto, el estado de necesidad integrado con los supuestos que se han señalado, fue considerado desde el Código Penal de 1871 aún cuando su nombre no estaba bien definido. El Código de 1929 reprodujo el texto del anterior, sin eludir el valor del bien que se destruye y al que se salva, pero ambos sólo permitían que el daño se causara en la propiedad más no en la vida ajena.

Por último el Código actual lo perfeccionó -- refiriéndose a él expresamente, autorizando causar el - daño tanto en la propiedad como en la vida, admitiendo, además, la intervención de terceros, no amparando a - - aquellas personas que tienen el deber jurídico de su- - frir el daño.

En resumen, los Códigos han exigido los mismos requisitos que la doctrina fija para la existencia de esta eximente. Pudiendo pensar, que tanto el legislador de 1871, como el de 1929 y el de 1931 se refirieron al elemento interno del estado de necesidad, al exigir al agente que el medio utilizado sea el menos perjudicial y que no exista otro practicable.

Puede verse que el Código no hace expresa referencia al valor de los bienes en conflicto, respecto a esto, se siguió el camino trazado por el Código de 1929, que suprimió la calificación sobre el valor entre el bien salvado y el sacrificado. La Ley de 1871 sí hablaba de que el mal evitado fuera mayor que el causado para salvarlo, limitando el estado de necesidad a la posibilidad de causar daño en propiedad ajena.

Como casos específicos del genérico estado de necesidad el Código Penal de 1931 vigente, consagra el robo de indigente o famélico y el aborto necesario, los cuales se encuentran previstos en los artículos 379 y 334 respectivamente.

La situación que guardan estos preceptos en el Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo y Décimo Nove

no del Código Penal, han hecho suponer a algunos de - - nuestros tratadistas, que se trata de verdaderas excu--sas absolutorias, aspecto sobre el que versará este trabajo y que se tratará en un capítulo por separado, porlo que no se entra a su estudio en este capítulo.

Ahora bien dichos casos específicos del gené--rico estado de necesidad, por su naturaleza misma, ya - que los elementos integrantes de estos dos casos se encuentran establecidos dentro de la redacción de la se--gunda parte de la fracción IV del artículo 15, se puede afirmar que no hubiera sido necesario reglamentarlos --aisladamente ya que podían integrarse dentro del genérico estado de necesidad señalado en la fracción IV del - artículo antes citado, supuesto que también se analiza--rá posteriormente.

CAPITULO CUARTO

TEORIAS SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESTADO DE NECESIDAD

- 1.- TEORIA DE LA NEUTRALIZACION
- 2.- TEORIAS SUBJETIVAS DEL ESTADO DE NECESIDAD
- 3.- DOCTRINAS INTERMEDIAS O MIXTAS
- 4.- EL ESTADO NECESARIO COMO CAUSA DE JUSTIFICACION
- 5.- EL ESTADO DE NECESIDAD SUPRALEGAL

La naturaleza jurídica del estado de necesidad es un tema controvertido pues no ha sido fijada con precisión y los diversos autores que del tema se han ocupado no se han llegado a poner de acuerdo respecto de su verdadera esencia.

De esta suerte, teólogos, filósofos y prácticos del Derecho fundamentan el estado necesario con mayor o menor amplitud en los Siglos medios y en los albores de la Edad Moderna, pero es en el Siglo XVII cuando empieza el estudio general del tema.

Se puede establecer tres grandes grupos de teorías que a este respecto se han elaborado y que más se acercan a la realidad jurídica y que son aquellas que dividen la naturaleza jurídica del tema que me ocupa en teorías neutralistas; teorías subjetivas y teorías objetivas; es decir, las primeras son aquellas que colocan al estado de necesidad fuera del campo del Derecho; en segundo lugar las que lo estiman intrínsecamente dentro de lo injusto, pero lo disculpan por consideraciones subjetivas y las terceras son aquellas que admiten al estado de necesidad como un acto plenamente justificado.

Procederé a continuación a hacer un análisis de estas teorías que han tratado de establecer la naturaleza jurídica de la figura que me ocupa.

1.- TEORIA DE LA NEUTRALIZACION.

Dentro de la denominación de las teorías neutralistas, ágrupo juntamente con el maestro Luis Jiménez de Asúa tres órdenes de pensamiento que han tratado de neutralizar el estado de necesidad en su referencia con la norma. La primera tratándose de volver a la comunidad de bienes y al estado de naturaleza; la segunda situando el estado de necesidad fuera del Derecho Penal y la última amparándolo en la inutilidad práctica de la represión. Por este orden se procederá al examen de -- estos criterios.

a).- Teoría de la vuelta a la comunidad de -- bienes y al estado de naturaleza.- Esta teoría tiene su origen en la antigua escuela de Derecho natural, la -- cual es representada por Grocio, Puffendorf y Santo Tomás de Aquino, esta escuela sostenía: "Que el estado de necesidad producía el efecto de abolir y desvanecer el-

orden jurídico, por cuyo motivo se retornaba a la comunidad de bienes y al estado de naturaleza". (81)

Así la teoría que se analiza es enunciada con gran precisión por Hugo Grocio, el cual parte de la base de que "la propiedad privada no absolvió por entero el derecho que nacía de la propiedad primitiva y común de las cosas. Y dice "...en la necesidad gravísima revive aquel primitivo derecho de usar las cosas como si quedasen comunes, porque en todas las leyes humanas y - por consiguiente también en la ley de dominio, parece - exceptuada aquella suma necesidad". (82)

De lo que se trata de acuerdo con esta doctrina, dice el maestro Luis Jiménez de Asúa es que "Estas doctrinas tratan exclusivamente de justificar el apoderamiento de alimentos y vestidos, ejecutado bajo la imperiosa necesidad de aplacar el hambre o de cubrir la desnudez". (83)

(81) Carreras Raúl Eduardo, "Las Causas de Justificación en el Código Penal", Editorial Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires - - 1978, Pág. 27.

(82) Citado por Eduardo Raúl Carreras, Ob.Cit., Pág.28.

(83) Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, Ob. Cit., Pág. 312.

Expresa en relación con esta teoría el maestro Ignacio Villalobos lo siguiente: "¿Qué es lo que pasa en un estado de necesidad?, El hombre que en la soledad se ve acosado por una fiera que ha escapado de sus custodios, y no tiene otro medio para salvar su integridad o su vida que el de herir o matar aquel animal que se le echa encima, tiene ante sí el concurso de dos intereses jurídicos: el de su propia vida y el de la propiedad ajena que representa la bestia que le ataca; no es posible salvar ambos intereses y entonces el derecho sin rehuir la cuestión, sin cruzarse de brazos y atento a sus propios fines, declara conveniente, lícito, perfectamente jurídico sacrificar el bien menor y autoriza para usar de tal medio y salvar así la vida humana en peligro, excluyendo la responsabilidad penal por el daño producido". (84)

Esta doctrina, tiene como primordial objeto - hacer que prevalezca la ley natural ante la ley escrita, por virtud de que ante la presión de necesidad, se puede violar el Derecho, es decir que esta teoría sitúa al estado de necesidad cuando el sujeto al actuar ante la-

(84) Ob. Cit., Págs. 366 y 367.

presión de necesidad producido por la naturaleza, carece de responsabilidad penal por el daño ocasionado en bienes jurídicos ajenos, por ese actuar, dejando a un lado lo prescrito en el derecho positivo, en virtud de que ante la presión de necesidad se puede excluir o viollar el derecho.

b).- Teoría que sitúa al estado de necesidad fuera del Derecho Penal.

Esta teoría representada fundamentalmente por Fichte es la más radical de todas ya que sitúa al estado de necesidad fuera del Derecho Penal, es decir, fuera de sus límites.

De conformidad con esta tesis señala Fichte - que hay estado de necesidad "cuando dos seres libres -- caen por simple casualidad natural y no por ataque de -- uno de ellos, en una tal posición que ninguno de los -- dos puede salvar su vida más que sacrificando la de su -- compañero, sin cuyo sacrificio los dos perecerían. El -- Derecho tiene por objeto determinar el modo de que va -- rios seres libres puedan vivir como tales, unos al lado de los otros; supone la posibilidad de relaciones que -- quiere regular, es decir, la posibilidad de coexisten --

cia de los hombres. Cuando cesa esta posibilidad ya no puede haber asunto de Derecho. Por tanto; inmolarse a -- otro a su propia vida no es ni conforme ni contrario al Derecho; no puede, pues hablarse aquí de Derecho. La naturaleza ha retirado a los dos individuos, que están frente a frente, el derecho de vivir y la decisión se remite a la fuerza física. Pero como estos individuos están, sin embargo, sometidos a una ley positiva, bajo el imperio de la cual recaen después del acontecimiento, se puede considerar el derecho de necesidad, como la facultad de considerarse exento de toda legislación". (85)

Esta teoría fue abandonada; pero por la misma época en que los continuadores de Fichte hacen brillar sus últimos destellos, aparece una opinión que, no sin forzar la sistemática, se trata aquí. Luden y Malschner la sostienen "Se basa sobre el conflicto de bienes, pero niegan el derecho de necesidad y consideran al acto necesario como un delito, pero no de naturaleza penal, sino civil. Así se sustrae el hecho a las normas-

(85) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. -- Cit., Pág. 312.

penales y se le sujeta a reparaciones civiles". (86)

Los juristas Luis Jiménez de Asúa, Fernando--
Díaz Palos, Federico Puig Peña, entre otros autores que
del tema se han ocupado, consideran que la teoría en --
cuestión es inadmisibile, pues limita el estado de necesi
dad al supuesto de colisión entre dos vidas humanas, --
silenciando otras hipótesis de indiscutible interés ju-
rídico; al respecto se considera que dicho criterio es-
justificable, pues el hecho de que sólo se limite la --
institución que se estudia, simplemente al supuesto de-
colisión entre dos vidas humanas es restrictivo, pues -
se olvida esta teoría por completo de que existen infi-
nidad de casos de estado de necesidad, en los cuales el
supuesto de colisión no sólo puede ser la vida humana,-
sino también los bienes patrimoniales, el honor, etc.,-
por tanto, si sólo se limita a un solo supuesto no pue-
de considerarse como válida para determinar la naturale
za del estado necesario.

En esta teoría se ve que hay estado necesario
cuando por casualidad natural dos sujetos están en pre-

(86) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. --
Cit., Pág. 313.

sencia de sacrificar la vida de alguno para salvar la propia, olvidándose por completo del derecho, se observa que esta doctrina propiamente tiene su origen en el derecho del más fuerte. Al respecto se considera que esta teoría no presenta mayor debate, dado que en la actualidad es irrelevante la idea del derecho del más fuerte, ya que ha sido delegada definitivamente por el derecho positivo. Debe señalarse que esta doctrina tiene su origen en el derecho natural o el derecho del más fuerte.

c).- Teoría de la inutilidad práctica de la represión.

"Los partidarios de esta teoría, desenvuelven una fórmula propiamente subjetiva; creen contemplar en el acto necesario, el elemento de la antijuridicidad, pero afirman su impunidad con base en la inutilidad de la pena, la cual por ser inútil es injustificable, y lo es precisamente por carecer de eficacia la sanción penal; si ésta no logra su desiderata propia de enmienda, intimidación, defensa y prevención, no tiene razón de ser". (87)

(87) Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob.Cit., Pág. 315.

"Su principal exponente fue Kant y es seguida por Bentham, Feuerbach y Garcón señalando que "La necesidad no hace legal la injusticia pero que la amenaza de la pena no surtiría ningún efecto para quien se encuentra en un peligro real e inminente ya que en tal situación el individuo siempre desobedecería la ley y por tal situación no es cometido por una persona inocente sino que el mismo es incastigable e impune puesto que no sería correcto señalar para el mismo una sanción que nunca será obedecida". (88)

"La idea es de que la pena impuesta en contra de un acto ejecutado por necesidad estaría desprovista de utilidad social ya que no lograría el fin que se propone o por que los objetivos se alcanzarán sin haber tenido que recurrir a medios represivos y se ha dicho que una pena inútil es injustificable por esa razón - quien obra en estado de necesidad debe quedar impune y se piensa que más bien se trata de la equidad que es un derecho sin coacción y de la necesidad que es coacción sin derecho por lo que la necesidad no hace legal la injusticia ya que sería inútil mantener una sanción pa-

(88) Carreras Raúl Eduardo, Ob. Cit., Pág. 28.

ra respaldar un precepto que no sería obedecido". (89)

Anselmo Feuerbach citado por el jurista Luis-Jiménez de Asúa, sostiene la tesis señalando que "el -- delito debe ser impune siempre que el efecto intimidable de la ley sea nulo como cuando la persona ha sido -- constreñida al acto por un mal presente, cierto superior o a lo menos igual al mal de la pena. También se ha señalado que un hombre privado de medios de subsistencia llega por el más irresistible de los motivos a -- cometer todos los crímenes y entonces la intimidación -- penal es inútil porque por más impresionante que parezca, no puede ser mayor que el sufrimiento de morir de -- hambre y que por tanto la sociedad no debe castigar sino los actos en que tenga interés en reprimir. El acto cometido en estado de necesidad es realizado por un hombre que no es peligroso y que la sociedad juzga susceptible capaz de enmienda y su impunidad no influirá para intimidar más a los perversos". (90)

De lo anterior puede verse que la tesis se --

(89) Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. Cit., Pág. 315.

(90) Ob. Cit., Pág. 316.

formula así: "Como quiera que el hombre en estas situaciones se decide siempre por evitar el mal inmediato -- causando un daño ajeno sin pensar en el mal remoto (pena), la sanción que se establezca carece en absoluto de finalidad y una pena inútil es injustificable". (91)

Para esta teoría, la pena resulta inútil cuando se obra en estado necesario, tomando en consideración que el agente carezca de temibilidad y que se esté en presencia de un daño inmediato, cierto y superior o igual a la pena; se advierte que esta doctrina parte de un punto de vista meramente subjetivo pues considera al sujeto que no tiene ninguna responsabilidad penal si obra ante una amenaza real e inmediata, y en consecuencia la pena se vuelve inútil.

Pero es necesario señalar que tal posición -- si bien también contribuye a definir y a desentrañar la naturaleza jurídica del estado necesario, considerando que quien actúa en estado necesario no puede ser castigado, no menos cierto lo es, que limita la aplicación -

(91) Puig Peña Federico, "Derecho Penal", Parte General, Tomo I, Volumen I, 5a. Edición, Ediciones Nauta, S. A., Barcelona 1959, Pág. 416.

de la pena al reunirse entre otros requisitos que el --
daño y la pena sea igual para que se obre en estado ne-
cesario, lo cual es totalmente erróneo, pues indudable-
mente ante la presencia de un daño presente y cierto, -
no importa ni puede pensarse si el daño es igual o supe-
rior a la pena, ya que lo importante es salvaguardar un
derecho o el bien jurídico puesto en peligro.

Por otra parte, considero también errónea la-
teoría en comento al considerar inútil e injustificable
la pena, pues si no existieran penas, sería un caos la-
organización social entre los humanos, pues no habría -
normas que regularan las actuaciones de los hombres y -
no se podría determinar si un sujeto actuó antijurídica-
mente o justificadamente.

Además, no se hace injustificable la pena, --
pues como se delinea esta doctrina se remite a casos --
excepcionales en los que exista una verdadera necesidad
para que el agente actúe en estado necesario.

El jurista mexicano Ramos Juan P., señala en-
cuanto a esta teoría que "constituye un válido fundamen-
to del estado de necesidad. La ley, presumiblemente, -
obra con amenaza sobre la mayor parte de los hombres. -

Pero cualquiera que sea la pena que la ley aplique al hombre que en trance de morir mata a otro para salvarse, tal medida represiva no va a estar presente en la mente del agente en el momento del peligro. Por ello toda represión resultaría prácticamente inútil ante el temor de perder la vida, nada puede significar la amenaza fría de la ley dictante.

Sigue manifestando el autor en comentario que -- "la escuela positiva italiana afirma que el fundamento de la no represión en el estado de necesidad reside en que el agente carece en absoluto de temibilidad.

Es exactísimo este fundamento. La sociedad no tiene interés en reprimir a quien ha delinquido en circunstancias excepcionales que no revelan en modo alguno tendencias peligrosas.

Continúa diciendo que "en general podríamos-- afirmar que la base de la institución consiste en un -- conflicto entre bienes o dos derechos. Sin la idea de conflicto no existe la idea de estado de necesidad.

Considerando dentro de este conflicto la única hipótesis para que se considere estado de necesidad,

cuando se salva un bien mayor mediante el sacrificio de un bien menor". (92)

"La fundamental crítica que puede hacerse a la doctrina anterior es que si el acto necesario siguiere siendo injusto tratándose de bienes desiguales en el -- que el sacrificado es de mejor rango que el salvado, -- para los seguidores de tal doctrina la consecuencia lógica sería la de aumentar el mal que se pretende evitar; se trata de una posición abandonista por parte del derecho en el que existe una claudicación legal ante la necesidad y en la que se toma la repercusión de la pena -- conminada en el ánimo del agente desde un punto de vista puramente subjetivo buscando la explicación de la -- conducta subjetiva del necesitado y buscando un fundamento en la inimputabilidad o inculpabilidad". (93)

(92) Curso de Derecho Penal, Tomo Segundo, 3a. Edición, Biblioteca Jurídica, Argentina Buenos Aires 1943, Págs. 174 y 175.

(93) Díaz Palos Fernando, "El Estado de Necesidad", -- Editorial Bosch, Sin número de edición, Pág. 23.

2.- TEORIAS SUBJETIVAS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Dentro de las teorías subjetivas quedan comprendidas las que se refieren a la calificación jurídica de la necesidad haciéndolo como una causa de inimputabilidad o de la violencia moral, como causa de impunidad y como causa de inculpabilidad, pero también dentro de esta serie debe de incluirse en este grupo la tesis sustentada por la escuela positiva, estas teorías se pasarán a analizar a continuación, exponiendo sus principales fundamentos respecto a la institución que me ocupa en el presente trabajo.

a).- Como causa de inimputabilidad o de la violencia moral.

En cuanto a esta teoría el maestro Jiménez de Asúa, dice que: "Esta doctrina es de carácter subjetivo y, afirmando la naturaleza injusta del delito necesario, le deja impune, por estimarle cometido en una situación en que el hombre tuvo que elegir coaccionado por la amenaza de un mal.

Su creación filósófica se puede encontrar en Aristóteles, quien estudió los actos que deben ser con-

siderados como voluntarios y libres y aquellos otros -- que son de carácter forzoso, pero aún Aristóteles tiene dudas de que si el acto ejecutado por violencia debe -- ser considerado como voluntario o forzoso, diciendo -- "aquellas cosas, pues parecen ser forzosas, que por violencia se hacen o por ignorancia. Violento es aquello -- cuyo principio procede de afuera, de tal suerte que no -- pone de suyo cosa alguna el que lo hace ni el que lo -- padece, como si el viento llevase algo a alguna parte, -- o los hombrés que son señores dello. Más las cosas que se hacen por temor de algunos males mayores, o por causa de algún bien... hay disputa si son cosas voluntarias o forzosas. En las cuales acontece lo mismo que -- en las tormentas y borrascas de la mar, cuando se alivian en ellas los navíos. Porque allí ninguno de su -- voluntad echa al hondo su hacienda, pero hacerlo todos -- los que buen seso tienen, por salvar su vida y la de -- los que van con ellos. Son pues, los hechos semejantes mezclados, aunque más parecen voluntarios, porque, -- cuando se hacen, consiste en nuestra mano y elección. -- Y hacerlo voluntariamente, pues las partes que son instrumento de aquel movimiento y su principio en tales -- acciones, están en el mismo que lo hace, y cuando en el que lo hace está el principio del hacerlo, también está en mano del mismo el hacerlo o dejarlo de hacer. De --

manera que tales obras son voluntarias. Aunque generalmente hablando, por ventura son forzosas, pues ninguno-
por sí mismo aceptaría el hacer ninguna cosa como aque-
llas... Pero en algunos hechos destos... nos dolemos-
dello cuando por causa desto hace uno lo que no debería
y lo que a la natura humana excede, lo que, en fin, nin-
guno sufriría". (94)

La teoría en comento señala el jurista argen-
tino Ramos Juan P. "Se basa en que cuando el agente rea-
liza un hecho en estado de necesidad, su voluntad no es
libre, no obra de manera normal, porque pesan sobre él-
causas que disminuyen el poder electivo de su libertad.
La coacción psicológica que sufre el agente proviene --
del temor de un mal de otro modo inevitable. De manera
que cuando realiza el hecho no se halla en estado de --
libertad, sino que obra coaccionado moralmente por el -
temor de perder la vida o por el peligro de sufrir un -
grave mal. En esas condiciones el agente no es punible,
ya que no ha actuado como ser inteligente y libre".(95)

"Dicha teoría se inicia en el Siglo XVI por -

(94) Ob. Cit., Tomo IV, Pág. 318.

(95) Ob. Cit., Pág. 173.

el francés Tiraqueau, seguido por los prácticos italianos y desarrollan esta teoría, pero ni siquiera llegan a considerar la figura dentro de la impunidad completa, estableciéndose que si el sujeto se haya en la disyuntiva de elegir entre dos males, actúa voluntariamente pero impulsado a elegir el mal ajeno y no el propio ya -- que moralmente se encuentra coaccionado en virtud de la debilidad humana. Mathaus, criminalista holandés, para formular su famosa doctrina en las acciones mixtas, señala que el acto es ejecutado entre la violencia externa y la libertad interna y que en síntesis en cada -- acción en parte voluntaria y en parte involuntaria!(96)

"La teoría de las acciones mixtas o violencia moral se encuentra en función de la debilidad humana señalándose que hay ciertas acciones que parecen -- proceder al mismo tiempo de la violencia y de la libertad, acciones que deben quedar impunes porque si bien las leyes civiles deben inspirar la perfección moral -- no tienen el derecho de exigirla y que si bien se puede dar el caso de un mártir al heroísmo como la religión los ha dado a la fe, no se puede sancionar a los-

(96) Díaz Palos Fernando, Ob. Cit., Pág. 25.

que no tienen el valor que exige un esfuerzo de esta especie y se ha dicho y comentado que el acto de necesidad debe quedar impune por la violencia moral ya que la ley no tiene como finalidad hacer héroes". (97)

"Esta teoría alcanzó gran predicamento entre los autores franceses puesto que englobaban el estado de necesidad dentro de la fórmula de la contraite moral. En Italia Carmignani invoca también la coacción y su discípulo Carrara, ya sabemos que incluyó dentro del mismo concepto la legítima defensa y el estado de necesidad, siquiera asuman formas distintas. Y, en fin son decididos partidarios Filangieri y Pessina y es con el primero con el cual la doctrina en cuestión alcanza su máximo desenvolvimiento cuando afirma: ciertas acciones parecen proceder al mismo tiempo de la violencia y de la libertad. Estas acciones deben quedar impunes, en razón de estimar que si bien, las leyes civiles deben inspirar la perfección moral, no tienen el derecho de exigirla. Pueden dar mártires al heroísmo como la religión los ha dado a la fe, pero no puede penar a los que no tienen el valor que exige un esfuerzo de esta especie

(97) Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. Cit., Pág. 319.

pecie". (98)

Se ha criticado a la doctrina fundada en la violencia moral diciéndose: "que la teoría de las acciones mixtas es absurda, pues como dice atinadamente -- Moriaud, toda la acción humana es mixta, pues se debe a una fuerza personal, y al mismo tiempo en mayor o menor medida, a una circunstancia exterior. La violencia moral, propiamente, recibe un golpe terrible con la doctrina de la libertad absoluta de Hegel y con los principios deterministas. Los argumentos de la debilidad humana y de la imposibilidad de exigir el heroísmo, pueden conmover a los jurados, pero no sirven para cimentar un convencimiento científico, porque son falsos en su base y sumamente peligrosos en la práctica, bien -- porque, fuera del caso de necesidad, obligarían a excusar delitos que no es posible dudar que deben ser castigados, bien porque, en lo que respecta al estado de necesidad, no proporcionan más que un criterio insuficiente de los actos punibles y de los que deben dejarse impunes". (99)

(98) Díaz Palos Fernando, Ob. Cit., Pág. 25.

(99) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. Cit. Pág. 322.

Igualmente opina el letrado Ramos Juan P. que esta teoría es "científicamente infundada, no se aplica a infinidad de casos ¿cuál es la violencia moral en que se encuentra el jefe de un destacamento de bomberos que ordena echar abajo una casa para salvar a una manzana entera de la propagación? No la hay!, ese jefe de bomberos la olvidó tranquilamente, ha analizado fríamente las consecuencias de ese incendio basado en la dirección y en la fuerza del viento. ¿Cuál es la violencia moral que existe en quien decide romper una compuerta en un campo para provocar una inundación que salve de un incendio de bosques?". (100)

Respecto de esta teoría opino que dicha teoría es inaplicable, dada la evolución de las instituciones penales, pues si bien dicha tesis tiene su base en una acción mixta, ésto es, una fuerza personal o exterior y una fuerza interior o moral, consistente en un temor fundado y un miedo grave, estas figuras han encontrado su autonomía frente a la institución que se analiza, de donde se concluye que no puede ser posible confundir el estado de necesidad con estas figuras, ya que

(100) Ob. Cit., Págs. 173 y 174.

la primera de ellas constituye una causa de inculpabilidad y la segunda una causa de inimputabilidad, luego entonces difieren para considerarla como forma de integración del estado necesario, razón por la cual resulta obsoleta la teoría que se analiza.

b).- Como causa de impunidad.

Igualmente de naturaleza subjetiva esta teoría también funda la eximente de estado de necesidad, sobre principios en los cuales deja subsistente la naturaleza injusta de la acción y califica a la misma como una verdadera excusa absolutoria.

"Esta teoría asume un criterio propio rechazando la creencia de que el estado de necesidad lo constituye únicamente una causa personal que excluye la pena, según el criterio sustentado por Beling señalando que: los instigadores y auxiliadores del agente serían punibles, cosa inconcebible pues la debilidad humana que explica la impunidad también impera en cuanto a ellos. Sigue argumentando este autor que la causa de necesidad es una causa de justificación en cuanto a las formas reguladas en el Código Civil pero no puede ser considerada como caso justificante ya que no se refiere

ni por su letra ni por su sentido a los extremos que -- delimitan el derecho y lo injusto en el estado de necesidad. Su significado es más bien, hacer impunes, en -- ciertos límites las acciones necesarias antijurídicas a pesar de su antijuridicidad.

El autor que se viene comentando lleva al estado de necesidad a un grupo especial de eximentes al -- que denomina causas materiales de exclusión de pena y -- entre ellas figuran además la impunidad declarada por -- regla general en los crímenes y delitos cometidos en el extranjero". (101)

En la compleja concepción de Vincenzo Manzini, se advierte como fundamento para dejar sin castigo algu -- no el acto necesario, "el criterio político en virtud -- del cual se considera oportuno no castigar a quien ha -- cometido un hecho previsto por la ley como delito, ba-- -- jo el instinto de conservación, aún cuando tal hecho -- lesione injustamente legítimos intereses ajenos". (102)

(101) Citado por Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Pág.- 323.

(102) "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Santiago -- Sentis Melendo, Buenos Aires 1949, Traducción de la obra italiana *Tratatto di Diritto Penale Ica-* -- *liano*, Torino, Unione, Tipográfico, 1941, Pág. -- 122.

A mi criterio, la admisión de esta posición doctrinaria, omite por completo de hacer la impuesta -- diferencia de la entidad valiosa de los bienes en conflicto; de acuerdo con ella, quedaría sin pena alguna -- el sujeto, si produce un daño determinado para evitar -- otro de menor importancia.

c).- Como causa de inculpabilidad.

La culpabilidad, según como se ha señalado en el primer capítulo de este trabajo, es un juicio de reprobación que recae sobre el elemento psíquico del delito. Ahora bien cuando se constata la existencia de -- ciertas circunstancias negativas, como lo son el error-esencial y accidental de hecho, el error de derecho, la obediencia jerárquica, las eximentes putativas, el te -- mor fundado y la exigibilidad de otra conducta acontece que la conducta del agente sea inculpable.

Es así que dentro de esta teoría como causa -- de inculpabilidad para fundar el estado de necesidad se encuentran los autores alemanes según los cuales "no -- existe una acción punible cuando ésta ha sido cometida -- en un estado de necesidad no producido culpablemente y -- no evitable de otro modo para salvarse el autor o sal --

var a otra persona de un peligro actual para el cuerpo o la vida y las circunstancias que lo determinan son en su análisis que constituya un peligro para el cuerpo o para la vida; que ese peligro amenace al autor, a un pariente o a otra persona y que sea actual además de que como requisito indispensable el estado de necesidad el peligro debe de ser no culpable; por lo tanto la culpabilidad no sólo origina el deber de resarcimiento sino que niega la causa de exclusión de la culpabilidad ya que dicha culpabilidad debe de ser referida a la puesta en peligro de intereses ajenos protegidos jurídicamente, no siendo necesario que se trate de intereses jurídicos penalmente protegidos ni los intereses que el autor posteriormente lesiona; por lo tanto el estado de necesidad puede considerarse culpablemente producido cuando el autor ha hecho sentir la situación de necesidad por no tomar en cuenta, de modo reprobable sobre los intereses ajenos con lo que los principios básicos generales sobre la culpabilidad encuentran aquí su aplicación, especialmente los principios fundamentales sobre la delimitación de la culpa y la no exigibilidad.

La acción cometida en estado de necesidad no tan sólo es conforme a derecho sino a su vez y en virtud de una excluyente de culpabilidad, una acción no --

culpable". (103)

"La teoría del estado de necesidad como causa de inculpabilidad debe encuadrarse dentro del principio de la no exigibilidad de otra conducta en aquellos casos en que la limitación del precepto no permitiría eximir la conducta conforme a su letra, señalándose que no se trata de una causa de justificación sino de inculpabilidad.

No creemos que la índole justa de una causa - de exclusión de pena no tenga efecto, porque la ley ordene que si la situación de que nace el peligro se provoca voluntariamente, eximente no puede alegarse, ya -- que si así fuera la legítima defensa que exige la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, es decir que no sea culpable de la agresión, no podría calificarse como causa de justificación, aspecto - que nadie discute". (104)

(103) Mezger Edmundo, "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Traducción de la Segunda Edición Alemana por José Arturo Rodríguez Muñoz y Tercera Edición Adicionada por Antonio Quintano Ripollés, Madrid 1957, Pág. 214.

(104) Luis Jiménez de Asúa, Ob.Cit., Tomo IV, Pág.342.

Otros autores señalan que el estado de necesidad tiene su fundamento "en que las circunstancias que lo caracterizan derivan de que ya no es exigible una -- conducta conforme a los presupuestos establecidos en la norma y que definitivamente debe considerarse el estado de necesidad como una causa de inculpabilidad sobre la base, como ya se ha dicho, de la no exigibilidad. La ley no es capaz tratándose del conflicto de intereses -- de aprobar la ingerencia. En resumen el acto permanece antijurídico pero es presumiblemente ausente de responsabilidad." (105)

De acuerdo con esta teoría, pueden distinguir se dos zonas. En una de ellas, se ubican todos aquellos casos de necesidad en los cuales, el bien jurídico salvado sea de rango superior; en la otra zona, se ubican todos aquellos supuestos de choque entre bienes jurídicos de la misma importancia. La calificación, será entonces de justificación en la primera zona y de inculpabilidad en esta última.

(105) Luis Jiménez de Asúa, Ob. Cit., Tomo IV, Págs. -- 342 y 343.

d).- La teoría de la escuela positiva.

Emparentada con las teorías subjetivas, la escuela positiva, señala el maestro Florián "parte de la base de que el delito necesario no pretende ofender a otro sino el de salvarse a uno mismo, y que el sujeto se encuentre en condiciones tales que suprimen su temibilidad por razón de móvil no antisocial, que le guía; en tal caso el sujeto pretende no ofender a otros, sino conservarse a sí mismo". (106)

Tal criterio, es sustentado por el jurista Fernando Díaz Palos, en su obra "El Estado de Necesidad", al afirmar: "Al ver la escuela positiva, en el delito necesario, ausencia de temibilidad y de móvil antisocial, su criterio está teñido también de subjetivismo, siquiera sea de signo distinto hasta el aquí expuesto y, en cierto modo, se vincule con el pensamiento neutralista de la inutilidad de la represión.- En efecto, sabida es la importancia que otorga el positivismo al móvil de la conducta criminal, pues bien, tanto Ferri como Florián estiman que en el delito necesario el mó-

(106) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. -- Cit., Pág. 324.

vil determinante no es antisocial, lo cual conduce a --
suprimir la temibilidad en el agente. Si como también--
es sabido, la temibilidad suplanta la imputabilidad mo--
ral de los clásicos, es claro que la pena queda sin ba--
se. Esta es la idea central, siquiera alguno de los --
secuaces de la scuola se pierdan luego en enmarañadas -
contradicciones entre una supuesta antijuricidad subje--
tiva ausente en el sujeto y la persistente antijurici -
dad del acto". (107)

En cuanto a esta posición doctrinaria no se --
realiza un estudio íntegro de la misma ya que como se --
verá en el otro grupo de doctrinas intermedias o mix --
tas, que se estudiarán a continuación, esta tesis dá --
nacimiento a la teoría de la propia conservación susten--
tada por la escuela positiva, misma que se origina en -
razón de la necesidad nacida del instinto de conserva -
ción atendiendo a que el agente se encuentra en condi -
ciones que suprimen su temibilidad, en vista del móvil--
no antisocial que le guía, tal y como se ha expresado -
anteriormente.

(107) Ob. Cit., Pág. 26.

3.- DOCTRINAS INTERMEDIAS O MIXTAS.

Dentro del campo de las doctrinas intermedias o mixtas, se encuentra la teoría de la propia conservación, la teoría de la colisión de intereses y la teoría objetiva de la colisión de derechos o bienes, se dice - que son intermedias o mixtas, porque se encuentran colocadas entre las teorías subjetivas y las de justificación, de las cuales hablaré más adelante y que específicamente objetivas, se dice que son teorías mixtas porque "se basan en el derecho a la vida, o mejor dicho, a la evolución que han experimentado. Parten de la debilidad humana y mantienen su naturaleza subjetiva cuando invocan la propia conservación; asumen carácter ambivalente en la colisión de intereses sensu stricto, expuesta por Von Buri, y sobre todo por Janka, con marcadas derivaciones hacia el grupo de causas de justificación - en el que al fin se afilia el conflicto de bienes resoluble por la preponderancia del más valioso". (108)

Indiscutiblemente se puede decir que este tipo de teorías de carácter mixto, basan su fundamento en

(108) Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. Cit., Págs. - 325 y 326.

cuanto al estado de necesidad propiamente en el conflicto de intereses de la vida, bienes o derechos, lo cual se acreditará a continuación exponiendo los fundamentos de cada una de las teorías que forman este grupo:

a).- Teoría de la propia conservación.

De conformidad con esta doctrina representada fundamentalmente por Pufendorf se señala que tiene su apoyo por cuanto al estado de necesidad "en la irresistibilidad del instinto de conservación, es decir, la impotencia de la naturaleza humana ante la fuerza de ciertos instintos (imbecillitas humana, había dicho Grocio también). Según Jiménez de Asúa "II" el gran mérito de Pufendorf es haber sido el primero que hizo de la necesidad un motivo general de impunidad, excusando no sólo los conflictos entre los bienes patrimoniales y la vida, sino también el homicidio necesario.

Con más audacia, Thomasius habla de la legitimidad del instinto de conservación, por ser instinto que Dios ha puesto en la naturaleza humana. Se ha pasado, pues, de lo puramente subjetivo a un principio de justificación. La Teoría sigue reposando en la naturaleza o disposición humana, pero se atisba ya el camino-

de la objetivación. Por ello puede decirse que esta doctrina de la propia conservación sigue de tránsito a las teorías de la colisión de intereses y colisión de derechos o bienes". (109)

"La crítica de la doctrina de la conservación propia es fácil, pues se funda en el estado de coacción subjetiva motivado por el instinto de conservación de otras situaciones delictivas, en actos que no son producto de la necesidad y declarar legítimo el instinto de la naturaleza humana corre el peligro de consagrar como derecho actos inmorales y antisociales como por ejemplo: el cajero infiel que comete un hurto para llenar la caja de caudales a la que previamente había desfalcado a fin de evitar la denuncia correspondiente"(110)

En realidad esta tesis, resulta un tanto cuanto inexacta para delinear la naturaleza jurídica del estado necesario, en virtud de que como sostiene dicha tesis se basa primordialmente en el instinto de conser-

(109) Díaz Palos Fernando, Ob. Cit., Pág. 24.

(110) Díaz Palos Fernando, Ob. Cit., Pág. 25.- En igual sentido Luis Jiménez de Asúa, Tomo IV, Ob. Cit., Pág. 327.

vación, olvidándose por completo de que por virtud de -- dicho instinto puede producir situaciones delictivas, -- en actos que propiamente no son producidos por la necesidad, de tal manera que se puede caer en el caso de -- considerar como estado necesario actos antijurídicos, -- estos actos que realmente merecen un castigo por haberse violado normas jurídicas sin existir una causa necesaria que obligue a actuar al agente.

Además de que esta doctrina, únicamente se -- encamina a la conservación sin precisar si este instinto de conservación debe realizarse en casos excepcionales y en los que verdaderamente exista una verdadera -- necesidad de salvar la vida, bienes o derechos, por tanto, considero que es inexacta para fundar la naturaleza jurídica de la figura jurídica que me ocupa en este trabajo.

b).- Teoría mixta de la colisión de intereses -- ses.

Se sostiene de acuerdo con esta teoría que -- el hecho necesario es lícito en su ausencia, motivado -- "por un conflicto de intereses o deberes jurídicamente protegidos, de distinto valor en el que sólo puede ser-

conservado un interés mediante el sacrificio del otro, considerando lícito el sacrificio del bien menos valioso, para salvar el interés jurídicamente preponderante". (111)

Esta teoría considera que existe el verdadero estado de necesidad, motivado por un conflicto de intereses, en el que si se sacrifica el de menor importancia surge el estado necesario, debe tenerse en cuenta que esta posición doctrinaria en ningún momento se refiere al conflicto de intereses iguales, pero debe de señalarse como en páginas posteriores se expresará, que si se trata de intereses iguales se considera no como una causa de justificación sino como excusa absolutoria, como lo sostiene el maestro Ricardo Abarca, que manifiesta que "cuando se trata de conflicto entre intereses iguales, no existe una causa de justificación, sino una excusa absolutoria". (112)

El propio docto Luis Jiménez de Asúa, sigue argumentando que "esta teoría tiene su origen con las -

(111) Carreras Eduardo Raúl, Ob. Cit., Págs. 29 y 30.

(112) Ob. Cit., Pág. 257.

ideas de Janka, quien ha sido el expositor más relevante de esta tesis, enfoca el problema en un sentido marcadamente objetivo, ya que la conservación de sí mismo - se dice, es la ley suprema de la naturaleza y siempre - se combate por la existencia sin que pueda sustraerse - a esta ley ni el mundo social ni el mundo físico e in - cluso el Derecho mismo oponiéndose a la injusticia lu - cha por la vida. Cuando es necesario el mantenimiento - de la existencia individual cualquier acto criminal que - da sin eficacia cualquiera que sea la violación e inclu - so cuando se obtiene la conservación a expensas de la - existencia ajena". (113)

La doctrina en comentario es mixta porque --- "el impulso de conservación es de arranque subjetivo, - el acto que es su consecuencia entra en pugna con otro - interés ajeno y pierde su carácter criminal si es nece - sario para mantener la propia existencia. No ha de ne - garse el crudo naturalismo, a lo Darwin, que impera en - esta tesis. Lo demuestra la invocación a la lucha por - la existencia, de modo que la ley de la propia conserva - ción vendría a tornarse en norma jurídica en los casos - extremos. Quiérase o no se consagra así la victoria --

(113) Ob. Cit., Tomo IV, Pág. 328.

del más fuerte, del mejor dotado, lo mismo que acontece entre las especies animales inferiores, lo que siempre ha de merecer nuestro repudio. Con frase d'orsiana podríamos decir el derecho cae verticalmente en la subhistoria, o lo que es lo mismo, en un mundo infrajurídico que es la negación nihilista de la misma idea del derecho". (114)

Otro representante de esta teoría lo es Von Buri quien acude a la comparación de los intereses en juego poniéndolos en relación con sus titulares dando un fundamento mixto al estado de necesidad y dice: "Una acción, cometida para la salvaguarda de un bien jurídico importante, no es punible más que cuando la pérdida-amenazada hubiera debido soportarse, según la naturaleza de sus relaciones con la lesión ocasionada". (115)

Esta concepción de Von Buri no dista de la de Bernardino Alimena, citado por el jurista Luis Jiménez-de Asúa, quien de manera más clara ha señalado que "dado que en el estado de necesidad el hombre que no quie-

(114) Díaz Palos Fernando, Ob. Cit., Pág. 28.

(115) Ob. Cit., Tomo IV, Pág. 328.

re ofender a otro debe sacrificarse, y todo se reduce - si el Estado tenía derecho de pretender tal sacrificio, por lo que el estado de necesidad no es imputable si se trata de un bien al cual no se puede renunciar sin heroísmo, por lo que se coloca entre los casos de justificación". (116)

A su vez Manzini, citado por el maestro Luis-Jiménez de Asúa señala que "el estado de necesidad se funda en un criterio político en el cual se considera oportuno no castigar a quien ha cometido un hecho previsto por la ley como delito bajo el impulso del instinto de conservación aún cuando tal hecho lesione injustamente derechos ajenos, imperando la colisión de intereses originada por el instinto de conservación, pero aunque se declare injusta la lesión que se causa y la ley declare al autor del hecho como no punible, se encuentra justificado por el estado de necesidad reconociéndose se los efectos de una facultad legítima. Es decir, el acto necesario es una colisión de intereses, nacida a impulsos del instinto de conservación en el que la índole objetiva justificante parece dominar". (117)

(116) Ob. Cit., Tomo IV, Pág. 328.

(117) Ob. Cit., Tomo IV, Pág. 329.

Por otro lado el maestro Sergio Vela Treviño señala "que el estado de necesidad se presenta cuando existe un conflicto de intereses resultante de una situación de hecho y el peligro que cause el conflicto debe ser real, grave e inminente. Tal conflicto de intereses debe entenderse también desde el punto de vista de la naturaleza, es decir bienes o intereses que entran en conflicto sin abandonar su legitimidad absoluta y el choque de los intereses lo es jurídicamente de los protegidos lo que hace la diferencia con la legítima defensa, ya que en ésta última dichos intereses se encuentran en el campo de lo ilícito, en cambio, el estado de necesidad presupone bienes o intereses que se encuentran en el campo de lo justo o de lo lícito, sin embargo en el estado de necesidad no funcionan los criterios cualitativos o cuantitativos para determinar la preponderancia de los intereses, sino que es un criterio subjetivo que corresponde al que se encuentra en estado de necesidad junto a un criterio objetivo subjetivo que norma el criterio de la preponderancia de un interés sobre otro. Ese doble criterio funda la valoración de un interés sobre otro en la real y verdadera naturaleza del hombre puesto que la ley no puede exigir de los hombres conductas que no corresponden al común denominador humano pues no puede pedirse al hombre que-

actúe como un héroe porque los héroes son los menos y - los débiles los más". (118)

"Por otra parte y para una correcta interpretación de los criterios preponderantes de los intereses, debe complementarse la idea con una valoración cuantitativa, que permitirá ubicar los casos particulares en el campo de la teoría del delito que les corresponda. Cuando el bien o interés que se salva es superior cuantitativamente al que se sacrifica, opera el estado de necesidad, o sea el aspecto negativo de la antijuridicidad que provoca inexistencia de delito; en cambio cuando el bien sacrificado es superior al salvado, puede presentarse un caso de inculpabilidad, como aspecto negativo de la inculpabilidad". (119)

En este sentido se expresa el maestro Celestino Porte Petit diciendo: "Si el bien sacrificado es de menor entidad que el salvado, es decir cuando son de desigual valor, estamos frente a una causa de justificación, y cuando son del mismo valor, ante una causa de

(118) "Antijuridicidad y Justificación", Editorial Porrúa, S. A., México 1976, Pág. 368.

(119) Vela Treviño Sergio, Ob. Cit., Pág. 369.

inculpabilidad". (120)

c).- Teoría objetiva de la colisión de derechos o bienes.

El Maestro Luis Jiménez de Asúa expresa que:-
"Esta doctrina fundamenta el estado de necesidad condicionándolo a la preponderancia del bien superior.

De cuna alemana, la doctrina en cuestión encuentra su génesis, en el pensamiento de Hegel, perfeccionado por Berne, Stammler y Moreaud. Para el filósofo primeramente mencionado, la determinación de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, debe mirarse desde el ángulo visual objetivo; en su concepto, en tal situación se trata de un derecho de necesidad, es decir, de una causa de justificación; a su parecer la acción necesaria es un conflicto de derechos del cual nace un derecho; la vida es un derecho absoluto, superior a todos los demás: la salud, la libertad, el honor, el pudor, el patrimonio, etc.; en consecuencia cualquier acto dañoso para aquélla "es una lesión infinita de la --

(120) "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", Ob. Cit., Págs. 540 y 541.

existencia y produce una pérdida total de derechos".(121)

Rodolfo Stammler, dentro de la teoría unitaria, propugna por una valoración objetiva de los intereses en conflicto, para fijar la naturaleza esencial del acto necesario señalado; en tal caso, siendo incompatibles los bienes jurídicos, se autoriza el sacrificio de los menos significativos, en aras de los más importantes. Así el citado autor, adopta como criterio para -- determinar la prevalencia de un interés incompatible -- con otro, el resultado efectivo del combate, aduciendo: "Cuando dos bienes del mismo valor se hallan en un conflicto que el orden social es impotente para resolver, es preciso decidir, según el resultado efectivo del combate, según la fuerza de la que han dado prueba los bienes teóricamente iguales, cuál es aquel cuya conservación tiene y en especie, más valor para la sociedad y debe, en consecuencia, ser aprobado por la ley. El vencido ha sucumbido con aprobación del derecho, porque se ha mostrado el más débil, y por tanto, el menos precioso para el derecho". (122)

(121) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. -- Cit., Pág. 330.

(122) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. -- Cit., Pág. 331.

"Esta concepción sólo es admitible en tratándose de conflicto entre bienes de diverso valor; ella afirma la índole justificante del acto necesario, con base en el principio del interés preponderante, pero deja sin solución los casos clásicos más importantes de estado de necesidad; éstos son aquellos en los cuales se perciba la colisión de bienes jurídicos iguales, principalmente dos vidas humanas; por otra parte, la vida no es un derecho absoluto, "pues si lo fuera -dice Berner-, se elevaría infinitamente sobre los demás y no se podría concebir la obligación de sacrificarla. El Estado, no podría tener la facultad de imponer a los soldados el deber de afrontar la muerte". (123)

De igual modo, es de rechazarse la postura stammleriana por razones evidentes: "Es repugnante y absurdo admitir -dice Alimena-, la superioridad entitativa de un derecho, sólo por estar poseído por quien está dotado de una fuerza brutal y salvaje. El derecho de la fuerza es distinto de la fuerza del derecho".(124)

(123) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Tomo IV, Ob. Cit., Pág. 330.

(124) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Ob. Cit., Pág., 331.

Actualmente se entiende que el estado de necesidad es una institución de dos caras, ya que puede ser una causa de justificación o una causa de inculpabilidad, tal y como lo afirma el maestro Sergio Vela Treviño, al decir: "En efecto, cuando el conflicto se presente entre bienes o intereses de desigual valor, si el sacrificio es el de menor jerarquía, su afectación quedará cubierta por justificación de haberse actuado en estado necesario; en cambio, el sacrificio del bien mayor o de igual valor, puede ampararse en ciertas condiciones, por imposibilidad de reprochar la conducta a su autor, lo que significa una causa de inculpabilidad"(125)

4.- EL ESTADO NECESARIO COMO CAUSA DE JUSTIFICACION.

Se ha señalado con anterioridad que el estado de necesidad considerado como colisión de bienes o intereses jurídicamente protegidos se sitúa en la cúspide de las causas de justificación excluyéndolo de lo injusto y el principio del bien preponderante es decisivi

(125) Ob. Cit., Pág. 372.

vo para adoptar la calificación jurídica y que es una acción objetivamente realizada conforme a Derecho y que las doctrinas explicativas son variadas y encontradas - por cuanto a su naturaleza jurídica, ya que otros autores señalan que la índole justificativa de los casos de necesidad son mucho más reducidos considerándolo como - una causa de justificación y otras veces dentro del grupo de causas de que excluyen la pena y así algunos autores adoptan las teorías de la diferenciación al reducir a mera causa de inculpabilidad a esta figura.

Dice el maestro Luis Jiménez de Asúa, en relación con esta teoría que: "Ha sido Francisco Alimena, - quien ha planteado más claramente, entre los modernos penalistas italianos, la índole justificante del estado de necesidad, destacando su carácter objetivo y combatiendo la idea de que sea una simple causa de inculpabilidad, basada en que "no se podría exigir a un hombre - el sacrificio que supere ciertos límites". Continúa -- manifestando el autor de referencia que conforme a esta doctrina, "el agente debe de permanecer hasta el fin -- hombre honrado y no únicamente a pesar del acto, sino - en el momento mismo en que lo realizaba". (126)

(126) Jiménez de Asúa Luis, Ob.Cit., Tomo IV, Pág.335.

De conformidad con E. Tawfik Hazan, el estado de necesidad debe de ser diferenciado como causa de justificación pero separando su naturaleza de su fundamento "ya que éste consiste en que la sociedad no tiene -- interés en la represión, pues el acto no revela perversidad alguna". (127)

Así el estado de necesidad debe de considerarse como "una causa de justificación cuando el conflicto se plantea entre bienes desiguales aunque completándose con la falta de peligrosidad. En el caso de que existiera colisión entre bienes de valor igual, debe neutralizarse la norma jurídica frente a actos tan desgraciados, pero siendo necesario en todo caso para evitar confusiones que la conducta haga prevalecer el bien superior para estar planamente justificado resolviéndose la cuestión, conforme a los criterios objetivos bajo el -- eterno principio de que siempre la vida es superior en relación a uno mismo, lo que decide la índole objetiva de lo injusto y de su aspecto negativo de la justificación, no pudiendo adoptarse otro criterio y menos aún -- el subjetivo si se dispone de otros medios para resol -

(127) Citado por Jiménez de Asúa Luis, Ob. Cit., Tomo-IV, Pág. 335.

ver el conflicto en justicia". (128)

5.- EL ESTADO DE NECESIDAD SUPRALEGAL.

"Siguiendo las teorías diferenciadoras encontramos aquella que se refiere a la causa supralegal para determinar la naturaleza jurídica del estado de necesidad, señalándose que debe diferenciarse entre el caso de que la colisión de conflictos sea conmensurable y -- aquel otro en que el acto gire en torno a hechos subsumibles con pretensiones de valor igual. Así se considera como una causa de inculpabilidad en los casos previstos por el Código Penal y causa de justificación en los hechos subsumibles en los preceptos del Código Civil y en el supuesto de estado de necesidad supralegal".(129)

"La idea de considerar al estado de necesidad supralegal, no es nueva aunque la denominación lo sea -- relativamente, puesto que ya Franz Von Liszt al estu--

(128) Ob.Cit., Luis Jiménez de Asúa, Tomo IV, Pág.339.

(129) Luis Jiménez de Asúa, Tomo IV, Ob.Cit., Pág.344.

diar la diferencia entre acto justo y acto antijurídico establece que si falta la determinación legal de lo que se ordena o permite, es decir, si el hecho no encajara en el repertorio legal de las causas que excluyen la -- pena, y si es inaplicable el primer recurso que propone que el acto ejecutado sea el medio justo para la consecución de un fin reconocido como justificado, ha de -- "examinarse la conveniencia del acto en consideración -- al fin (existente empíricamente), de la convivencia regulada por el Estado. A este respecto sigue argumentando el autor de referencia, que también se ha comentado de un estado de necesidad consuetudinario precisamente respecto del hecho de que con motivo del estado de necesidad se haya puesto a debate cuestiones que rebasan la estricta noción de lo antijurídico como excepción-regla, y haya sido preciso elevarse al conflicto de intereses, para demostrar la importancia de enfocar el tema de lo injusto de un modo material o real. El estado de necesidad supralegal se basa en el principio de valuación de los bienes jurídicos, es decir del principio de balanceamiento de bienes". (130)

"No actúa antijurídicamente el que lesiona o-

(130) Jiménez de Asúa Luis, Ob. Cit., Pág. 345.

pone en peligro un bien jurídico si sólo por ello puede ser salvado otro bien de mayor valor, ya que los tipos penales muestran diferentes bienes jurídicos a los que el Derecho Penal concede su protección, tipos que elevan la lesión o el peligro en que se ponen esos bienes a la categoría de acción típicamente antijurídica, pero sin embargo no puede impedir que aparezcan a veces en conflicto, que se produzca una colisión entre los mismos, conflicto que surge cuando una determinada conducta si bien salvaría un bien jurídico, produciría consecuentemente la destrucción de otro y por lo tanto la decisión o la solución no puede encontrarse en los tipos penales, pues éstos sólo se ocupan de uno de los bienes jurídicos que aparecen en conflicto y cuya tutela ha sido expresamente reconocida por el legislador, pero que no hablan o se refieren para nada al otro bien que entra en conflicto faltando por lo tanto preceptos legales en el Derecho vigente, cuestión que sólo puede resolverse tomando en cuenta todos los bienes jurídicos representativos de valores de naturaleza jurídica y que se encuentran en una determinada relación valorativa. Por lo tanto, el valor de menor importancia debe ceder al de mayor importancia, por lo que la solución radica en un principio general de valuación de los bienes.

Lo que importa en la presente teoría es el -- principio de valuación de los bienes jurídicos que por-- ser el fundamento de todas las causas justificantes, -- servirá de norte para decidir sobre aquellos hechos que deben ser justificados, aunque no figuren en el catálogo de las leyes escritas". (131)

(131) Ob. Cit., Luis Jiménez de Asúa, Tomo IV, Págs. - 347 y 348.

1.- CONCEPTO.

No obstante que en capítulos anteriores se ha definido el estado de necesidad conforme a la doctrina penal, sosteniendo el criterio seguido por el tratadista Franz Von Liszt en el sentido de que el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos. Es necesario señalar, que la Legislación Penal vigente, en su artículo 15 reconoce el estado de necesidad como circunstancia excluyente de responsabilidad, en general, denominación que ha sido mal utilizada, toda vez que en su caso no excluye la responsabilidad, sino lo que excluye es la antijuridicidad, por considerarse lícita la actuación del agente que obra en estado necesario, ésto es que obre en concordancia con la ley.

El precepto legal que es materia del presente análisis, define dicha figura en la segunda parte de la fracción IV, de la siguiente manera:

"Art. 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

CAPITULO QUINTO

ANALISIS DEL ARTICULO 15 FRACCION IV DEL CODIGO PENAL MEXICANO

- 1.- CONCEPTO

- 2.- ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL ESTADO DE NECESIDAD

- 3.- DIFERENTES CASOS DE NECESIDAD Y SU EXTENSION EN EL PROPIO ARTICULO.

IV.- ...la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

No se considerará que obra en estado de necesidad aquél que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro;"

2.- ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL ESTADO DE NECESIDAD

De la transcripción del numeral antes referido, destacan los elementos que a continuación se estudiarán y que integran la institución jurídica que me ocupa.

a).- La existencia de un peligro real, grave e inminente.

El peligro es el primero de los elementos que tienen que existir a fin de configurarse el estado de necesidad.

La palabra peligro proviene del latín periculum y significa "Riesgo y contingencia inminente de que suceda algún mal". (132)

Este elemento ha sido definido por el jurista Maurach de la siguiente manera: "Se entiende por peligro una situación en que dadas las circunstancias concurrentes, se considera probable la producción de un daño, una situación que, conforme a los principios generales de la experiencia, debe ser entendida como causantes de un perjuicio". (133)

El maestro Giuseppe Bettiol, por su parte define al peligro diciendo: "Que por peligro se entiende la probabilidad de un daño, es decir una situación objetiva que permita formular un perjuicio acerca de la probabilidad de que se verifique una lesión". (134)

De las anteriores definiciones se puede ver -

(132) Real Academia Española "Diccionario de la Lengua Española, 19a. Edición, Editorial Espasa-Calpe, - S. A., Pág. 998.

(133) Citado por Vela Treviño Sergio, Ob. Cit., Pág. - 373.

(134) Ob. Cit., Pág. 295.

que para que, verdaderamente se esté ante la presencia del peligro, debe existir una situación de hecho objetiva, en la cual los bienes jurídicamente tutelados se -- encuentren sujetos a la producción de un daño.

Debe tenerse en consideración que no cualquier situación de peligro puede provocar la conducta que se justifique por el estado necesario, ya que para que este elemento forme parte integrante del tema que me ocupa, es necesario que el peligro sea real, grave e inminente.

La realidad del peligro tiene que entenderse de acuerdo a la objetividad de los hechos y acontecimientos que concurren con la situación peligrosa, pues si el peligro no es cierto, objetivo, es decir si en el sujeto sólo es una apreciación irreal, subjetiva, surge entonces, un estado de necesidad putativo.

Esto es, que mientras el sujeto suponga únicamente que se halla ante un peligro real, pero éste es -- imaginario, obvio es que la conducta realizada con motivo del supuesto peligro, debe estimarse como inculpable, aunque conserva su carácter antijurídico, pues la conducta ejercida es contraria a derecho, así cuando el --

agente cree actuar jurídicamente, pero no puede tenerse como culpable por la ausencia del elemento intelectual-del dolo.

Se debe entender por real "(Del lat. res, -- rei.) adj. que tiene existencia verdadera y efectiva"(135)

Luego entonces, el maestro Celestino Porte -- Petit Candaudap, dice que por real, se debe comprender "aquello que tiene positiva y verdadera existencia. -- Por tanto, si no tiene realidad el peligro, el sujeto - no puede ampararse en el estado de necesidad". (136)

Acerca del requisito en cuestión, el jurista-mexicano Francisco González de la Vega expone: "El peligro -posibilidad de un daño, de un mal-, debe ser real, no simplemente imaginativo, sino apoyado en hechos exteriores que lo confirmen". (137)

A su vez el maestro Ricardo Abarca refiriéndos

(135) Diccionario de la Lengua Española, Ob. Cit., -- Pág. 1108.

(136) Apuntamientos de la Parte General, Ob. Cit., -- Pág. 545.

(137) Ob. Cit., Pág. 77.

se a la realidad del peligro escribe: "Los requisitos -- del mal cuya amenaza hace surgir el estado de necesidad, son: la realidad del peligro, lo cual implica una objetividad fuera de la conciencia del agente". (138)

El jurista Julio Klein, sostiene: "El peligro ha de ser real, reza también nuestro Código, queriendo -- probablemente con ello que no ha de ser imaginario. Sin embargo es pertinente recordar el tema, de fundamentalí -- sima importancia en Derecho Penal, de lo putativo en -- materia de causas de exclusión de responsabilidad (cuando conforme a su morfología admiten esta posibilidad) -- consistente lo putativo en la existencia de una situación objetiva de la que razonablemente pueda inferirse la creencia de que esa apariencia objetiva encierra los requisitos de una excluyente de responsabilidad penal -- sin que ésta exista realmente. Así, puede hablarse de la legítima defensa putativa, así puede hablarse del -- estado de necesidad putativo. Aún cuando el problema -- no es resuelto expresamente en nuestro Código Penal, -- considero que por vía de interpretación cabe afirmar la procedencia de las excluyentes putativas, puesto que el

(138) Ob. Cit., Págs. 263 y 264.

error esencial del hecho, que no otra cosa es lo putativo en examen, excluye el dolo y, por tanto impide la -- configuración del delito". (139)

De lo anterior se concluye que el peligro debe ser cierto y tener una realidad objetiva y no fundarse en una creencia errónea del sujeto sino que debe deapoyarse en hechos exteriores que lo confirmen ya que - de otra manera no se daría la institución que se estu - dia.

Para que se integre el estado de necesidad, - se requiere o exige además, que el peligro sea grave, - para el jurista José Almaraz, grave es "aquello que es - importante, debiendo apreciarse teniendo en cuenta la - personalidad del sujeto y las circunstancias del caso - concreto". (140)

Sobre la gravedad del peligro, el maestro Ser

(139) "El Estado de Necesidad", Revista El Foro Organo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Diciembre de 1949, 2a. Epoca, Tomo VI, No. 4, Pág.363.

(140) Almaraz José, "Tratado Teórico y Práctico de - - Ciencia Penal, Tomo II, El Delincuente, México - 1948, Pág. 551, S/Edit.

gio Vela Treviño expresa: "La gravedad es requisito indispensable en la situación peligrosa. El conflicto o colisión entre intereses jurídicamente protegidos provoca la necesidad del sujeto que se encuentra en peligro; sólo ante una situación que pueda calificarse como grave, podrá el Derecho autorizar el sacrificio de un bien que tiene obligación de proteger. La gravedad la valora inicialmente el necesitado, pero será el juicio que el juzgador realice, tomando en consideración los elementos objetivos concurrentes, el que determinará si en cada caso concreto el peligro manifestaba tal gravedad que quedara justificado el sacrificio del bien jurídicamente protegido. Debe también destacarse que la gravedad que la ley requiere tiene que entenderse en función de la jerarquía de los valores, ya que sería ilógico pretender que la gravedad para un interés valuable en inferioridad, justificara el sacrificio de la vida ajena para salvar el patrimonio propio, suponiendo una colisión entre ellos y reconociendo la extrema gravedad del peligro para el interés patrimonial. Es en consecuencia, una delicada misión que debe realizar el juzgador, la determinación de la gravedad del peligro para los efectos justificantes del estado necesario".(141)

(141) Ob. Cit., Págs. 374 y 375.

También, el jurista Maggiore Giuseppe señala en cuanto a la gravedad que: "La gravedad del daño será apreciada por el juez, usando sus facultades discrecionales y de su criterio irrecusable. Y debe referirse siempre a las condiciones del que se halla en peligro, a la opinión (buena fe) del sujeto, y a las consecuencias, aún indirectas, del evento dañoso. Manzini trae el caso de la niña -a quien le robaron las ropas mientras se bañaba- que hurta (con hurto de uso) los vestidos de otra persona, para no exponerse al peligro de regresar al pueblo desnuda". (142)

Igual criterio siguen entre otros juristas, - Ricardo Abarca, Mariano Jiménez Huerta, Francisco Pavón Vasconcelos, Raúl Carrancá y Trujillo y Francisco Antolisei, al considerar que corresponde al juzgador mediante su discrecionalidad determinar la gravedad del peligro.

De acuerdo a lo expresado por el maestro Sergio Vela Treviño en la transcripción anterior, respecto a la gravedad, éste expresa que la gravedad debe enten-

(142) Ob. Cit., Pág. 425.

derse en función de la jerarquía de valores, pero debe señalarse que el problema a la situación de los bienes en conflicto no constituye un inconveniente para que -- tenga plena aplicación la figura en estudio, tal y como lo manifiesta el jurista mexicano Francisco González de la Vega al decir: "La categoría de daño que puede causar el agente en estado de necesidad no se menciona ni limita en la ley; no precisa entonces establecer un criterio de proporcionalidad o de valoración o de que el mal causado sea mayor, igual o menor que el que se tiende a evitar". (143)

En conclusión se puede decir que el requisito de la gravedad debe ser apreciado en atención tanto al sujeto activo como a las especiales circunstancias en que se encuentre.

Por otro lado el peligro debe ser igualmente inminente, es decir la posibilidad de que se verifique de inmediato el daño cuya consumación hace prever la -- situación objetiva manifestada.

Así "inminente, del latín imminens, imminen -

(143) Ob. Cit., Pág. 77.

tis; imminere, amenazar, que amenaza o está para sucederse prontamente. La inminencia se determina como -- aquel acontecimiento que esté por sucederse prontamente". (144)

Conforme al precepto en estudio el maestro -- Julio Klein señala que el peligro ha de ser inminente, -- "ésta es una noción necesariamente derivada de la idea -- misma del estado de necesidad; si no hay inminencia, no puede haber lógicamente, necesidad actual de dañar un -- bien para salvar a otro. El peligro continúa diciendo, no es menester para el que va a actuar en estado de necesidad espere a que éste se haya actualizado. Basta -- que el daño potencialmente implícito en el peligro sea -- de actualización inmediata (inminencia) para que ya sea lesionable el derecho ajeno por estado de necesidad. -- Igualmente, si ese daño empezó ya a actualizarse, es -- susceptible de provocar la salvaguardia del bien propio, a pesar de que ya haya un principio de actualización, -- siempre y cuando ese principio de actualización no sea -- tal que haya dañado el bien que va a salvaguardarse de -- modo que ya su valoración quede muy por debajo de la --

(144) Diccionario de la Lengua Española, Ob. Cit., -- Pág. 748.

del bien que resultaría dañado en caso de ejercitarse - el derecho de necesidad, como algunos tratadistas lo llaman". (145)

Por ello, no existe debate alguno en la doctrina al tratar este punto y se admite llanamente tal requisito. Este dá realmente la base para la situación necesitada. Si el mal es remoto o eventual, pasado o futuro y meramente posible, pero no inmediato y seguro, no llegará a configurarse el estado de necesidad.

b).- El peligro para los efectos de este estudio debe recaer en bienes jurídicamente protegidos pudiendo afectar no sólo la vida e integridad corporal -- sino también el honor, la libertad, el pudor y el patrimonio.

Según algunos autores "el peligro debe ser -- únicamente un daño para la persona, para la vida o la integridad física pero como se ha mencionado ya con anterioridad existen otros muchos valores o bienes jurídicamente protegidos que pueden ser objeto de tutela para

(145) Ob. Cit., Págs. 363 y 364.

quien obra en estado de necesidad; es decir que el peligro debe recaer precisamente sobre bienes jurídicos, es decir entendiéndose por tales la vida y el patrimonio -- de las personas o la vida o bienes de otro. El criterio para valorar a tales bienes no es simple ni absoluto y la cuestión puede ser solucionada de manera simple y sencilla como por ejemplo cuando se rompe un vidrio -- para penetrar al lugar de un incendio o salvar la vida -- o patrimonio de otra persona o para alejarse del peligro pero en el mayor de los casos la solución es difícil ya que no es posible dar normas generales para establecer una escala de valores según su importancia. La comparación debe ser efectuada de manera concreta y en cada caso en particular de manera en que se confronten los bienes en conflicto no siendo suficiente la invocación genérica de una situación necesitada. Es preciso establecer concretamente la situación de peligro y la existencia de la relación entre el acto realizado y el mal evitado. Cuando se trata de daño de cosas, el estado de necesidad no requiere la proporcionalidad absoluta entre el daño causado y el que se trató de evitar. -- No es fácil decidir si se opone una vida contra otra o contra varias cuál de ellas era la de mayor valor ni -- siquiera es posible determinar si la acción se cumple -- con el fin de causar un mal o de evitarlo, siendo lo --

normal que se actúe en todos los supuestos bajo una ame
naza o una supuesta amenaza de sufrir un daño grave e -
inminente con la consecuente perturbación del ánimo y -
quebrantamiento de la voluntad". (146)

El daño no es otra cosa que la lesión del - -
bien protegido por la norma por eso a continuación con-
sideraré que el estado de necesidad cuando se produce -
una lesión o destrucción de un bien protegido por el --
Derecho, por tanto éste es otro de los elementos que --
integran el estado de necesidad.

c).- Que se lesione o destruya un bien prote-
gido por el Derecho.

He dicho que el Código Penal vigente en su --
artículo 15 fracción IV, expresamente considera como --
bienes jurídicamente protegidos por el Derecho, no sólo
la vida, sino también los bienes, de donde se desprende
que los bienes protegidos pueden ser la vida e integri-
dad corporal, el honor, la libertad, el pudor y los bie

(146) Fontán Balestra Carlos, "Tratado de Derecho Pe -
nal", Tomo II, Parte General, Editorial Abeledo-
Perrot, Buenos Aires 1966, Págs. 174, 175 y 176.

nes patrimoniales.

Luego entonces, es necesario para que se constituya el estado de necesidad que los bienes que se encuentran en conflicto sean legítimamente protegidos por el Derecho, ya que según he determinado, esta figura se presenta cuando existe una situación de peligro para -- bienes jurídicamente protegidos y sólo puede ser evitada mediante la destrucción de otros bienes igualmente protegidos por el Derecho pertenecientes a otra persona.

He dicho ya que la categoría del daño no puede ser calificada ni se encuentra limitada en la ley y que por lo tanto se requiere de un criterio de proporcionalidad o de valoración y que el mal causado sea mayor, igual o menor que el que se tiende a evitar y que los bienes protegidos y que se encuentran en colisión -- lo son la vida, o el patrimonio ya sea que el sujeto que actúa o de un tercero en el que la acción destruye un bien legalmente protegido, es decir que los bienes o -- intereses que se encuentran en conflicto tanto el que se salvaguarda como el que se destruye se encuentran -- legalmente protegidos sin lo cual no tendría aplicación la figura del estado de necesidad.

d).- Que el peligro no haya sido provocado -- dolosamente.

Otro de los requisitos exigidos para que se surta el estado de necesidad es aquel que se refiere a la exigencia de que el peligro no haya sido provocado por el sujeto que destruyó el bien jurídicamente protegido de otra persona; es decir que el sujeto debe encontrarse ante la necesidad de salvar sus intereses o de salvar los ajenos, pero sin que el sujeto haya provocado dolosamente el peligro de que se destruya el bien -- jurídico protegido.

Se ha denominado tal requisito también como aquel en que el agente no dá voluntariamente causa al peligro, es decir que la situación de peligro no sea -- causada voluntariamente por el agente, ya que voluntariamente equivale en esta materia al dolo, pues quien -- en tal forma actúa no podrá invocar el estado de necesidad en el caso de que para salvarse se vea obligado a -- sacrificar los bienes o la vida de otro.

"La creación dolosa del riesgo por parte del autor del hecho no es un factor indiferente para el aspecto negativo de la antijuridicidad.

La sola causación del riesgo por el agente, - en determinados casos puede justificar la inevitable -- actitud posterior; pero toda duda desaparece cuando se persigue un pretendido fin justo con un medio evidentemente injusto. En este sentido ha manifestado la Suprema Corte de Tucumán que no se encuentra justificada la violación de domicilio que realiza un evadido de la cárcel con el propósito de quebrantar una legítima privación de su libertad.

Puede el autor haber sido la causa material - del hecho necesario y ser sin embargo, extraño al mismo, según el concepto legal, como lo es quien por negligencia o imprudencia al manejar un aparato, origina el incendio en cuyo curso, para salvarse, destruye cosas - ajenas. En realidad, lo que vuelve propio del autor y, por lo tanto, hace reprochable el mal inminente, es la previsión y voluntariedad del evento del peligro".(147)

Sobre el particular, considero que tratándose de una conducta culposa, el estado de necesidad no debe operar, pues si por una conducta imprudente o negligente

(147) Carreras Raúl Eduardo, Ob. Cit., Págs. 48 y 49.

te el sujeto se encuentra en peligro y para librarse de él, viola un derecho o un bien ajeno a pesar de que pudo prevenirlo o evitarlo, es incuestionable que la situación de peligro puede considerarse voluntaria del agente, pues éste tenía conocimiento de la producción del daño por su impericia, negligencia o imprudencia.

e).- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

Otro de los requisitos exigidos para la integración de la figura jurídica que se analiza es peligro del daño que no pueda ser evitado por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, pues si existiera otro medio menos perjudicial de evitarlo el estado de necesidad no se presentaría.

"Este es un requisito negativo, que resulta obvio, para la configuración del estado de necesidad, ya que si el mal amenazante puede evitarse por otro medio inofensivo o menos dañoso para los bienes ajenos, el sujeto debe valerse y recurrir a ese otro medio.

Por ello, se exige no una mera necesidad, sino que sea absolutamente inevitable, o sea, que no debe

ser posible de ninguna manera esquivar el peligro con - otros hechos, si quien, al afrontar el mal, se encontra - ra en situación de salvarse con la fuga, no podrá invo - car la causal de justificación de que tratamos". (148)

Siguiendo el movimiento reformador que existe del tema, el jurista Eugenio Cuello Calón se expresa -- así: "Se requiere la imposibilidad de evitar el mal por otro medio que no sea el sacrificio del bien ajeno, - - pues si existiera otro medio menos perjudicial de evi - tarlo, el estado de necesidad desaparecería". (149)

Por su parte, el maestro Luis Jiménez de Asúa, escribe: "Debe exigirse la condición de que el necesita - do no pueda evitar el peligro de otro modo. La inevita - bilidad, tiene su origen en la doctrina carrariana y es por demás conocida". (150)

El jurisconsulto Mariano Jiménez Huerta sobre el requisito que se analiza dice que: "El requisito de-

(148) Carreras Raúl Eduardo, Ob. Cit., Pág. 46.

(149) Ob. Cit., Pág. 346.

(150) La Ley y El Delito, Ob. Cit., Pág. 317.

la necesidad, inevitabilidad o inexcusabilidad, significa la elección del medio más idóneo y menos dañoso para conjurar el peligro. En consecuencia, la amenaza constitutiva de peligro para los bienes jurídicos, no ha de ser evitable sino produciendo una lesión a otros bienes ajenos.

Continúa diciendo que dicha acción lesiva, -- sólo puede emprenderse, cuando ante la realidad, gravedad e inminencia del peligro, resulta necesaria para -- salvaguardar el bien jurídico... Y como la acción lesiva sólo es necesaria cuando fuere inevitable, es obvio que en el concepto de necesidad, hállese insito el de inevitabilidad.

Por ello, la fracción IV del artículo 15 del Código Penal incide en redundancia al exigir dos requisitos de idéntico significado, ésto es, la necesidad y la no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial". (151)

Esta misma crítica la endereza el tratadista-

(151) La Antijuricidad, Imprenta Universitaria, México - co 1952, Pág. 330.

Maggiore Guiseppe contra la redacción del artículo 54-- del Código Penal Italiano, cuando afirma: "El concepto de necesidad, se refuerza dos veces con las palabras -- "necesidad de salvar" y "no evitable de otra manera"(152)

En síntesis, la lesión producida por la conducta o hecho, no debe traspasar, los límites prescritos en forma rigurosa por la necesidad; si los supera, no podrá afirmarse su licitud o inculpabilidad, según el conflicto de bienes.

Efectivamente, éste se caracteriza por un conflicto de bienes jurídicos igualmente tutelados por el Derecho, por tal razón, se sacrifica el interés de un inocente y por ello, "la lesión debe representar --dice-- Jiménez Huerta--, el último medio, el postrer recurso, -- la extrema ratio para salvarse". (153)

A mi juicio por la naturaleza jurídica del -- estado de necesidad, considero que resulta redundante -- la exigencia de dos requisitos de idéntico significado,

(152) "Derecho Penal", Tomo I, Bogotá, Temis 1954, -- Pág. 425.

(153) La Antijuricidad, Ob. Cit., Pág. 331.

como lo son, la necesidad y la no existencia de otro -- medio practicable y menos perjudicial, que propiamente -- este último requisito es la necesidad misma, por ende -- deberá de suprimirse este requisito del numeral 15 frac -- ción IV del Código Penal, dada su repetición.

En el Código Penal Tipo para la República Me -- xicana, se asienta lo siguiente:

"En el proyecto de 1958, se logra un adelanto técnico, al suprimir este requisito negativo y, mante -- niéndose únicamente la exigencia de "la necesidad". Y -- el proyecto del Código Penal tipo para la República Me -- xicana en el artículo 23, fracción V, nos dice "Obrar -- por la necesidad de salvar un...", afirmándose en la -- exposición de motivos que se consideró innecesario ha -- cer referencia a que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, o sea, a la inevitabilidad, pues bas -- ta señalar el requisito de la necesidad para la proce -- dencia de este aspecto negativo del delito (sic)".(154)

(154) Candaudap Porte Petit Celestino, Ob. Cit., Pág.- 547.

3.- DIFERENTES CASOS DE NECESIDAD Y SU EXTENSION EN EL PROPIO ARTICULO.

Se ha visto a lo largo del presente trabajo - que para que se origine un estado necesario, es indispensable que exista un conflicto de intereses, es por ello que dentro de este apartado, tocará estudiar estos casos de conflictos de intereses.

Principiaré señalando lo que opina al respecto el insigne maestro Sergio Vela Treviño, manifestando dicho autor, que puede establecerse como presupuesto de esta causa legitimadora, el concepto de conflicto de -- intereses. Unicamente habrá obligación de estudiar la existencia o inexistencia del estado de necesidad cuando exista un conflicto de intereses, entendiendo por -- tal el resultante de una situación de hecho que coloca frente a frente a los intereses jurídicamente tutelados. Como se verá al ocuparme de los requisitos del estado de necesidad, el peligro causa conflicto, pero no cualquier peligro es suficiente, sino que de acuerdo con la ley se requiere que se trate de un peligro real y además grave e inminente; destaca en este momento el calificativo de real, porque es precisamente él, el que proporciona la certeza de la existencia del conflicto; la-

razón de la desprotección en que los bienes tutelados - se encuentran respecto del Estado, es, en estos casos, - de absoluta certeza de la existencia del conflicto y -- únicamente así podrá entenderse que sea la propia ley - la que autorice el daño a un bien o interés que normalmente estaría obligada a preservar, tanto más que ese - interés se encuentra en el campo de lo lícito, es decir, en ningún momento ha merecido o provocado la desprotección que le resulta y el daño que se autoriza causarle.

El conflicto de intereses, como presupuesto - del estado de necesidad, debe entenderse también desde el aspecto de la naturaleza de ellos; es decir, que se trata de bienes o intereses que entran en conflicto, -- sin abandonar en ningún momento su legitimidad absoluta. El choque de los intereses lo es de intereses jurídicamente protegidos. He aquí la más notable diferencia -- entre legítima defensa y estado de necesidad; en la primera, uno de los intereses (el del agresor) está en el campo de lo ilícito, en cambio en el estado de necesidad, todos los bienes o intereses permanecen en el campo de lo justo o de lo lícito. Así lo dice la Suprema-Corte.

"Estado de necesidad. En dicho estado se jus

tifica el sacrificio de un bien legítimamente tutelado para salvar otro que también debe ser protegido, siempre que el peligro sea grave, real e inminente y no exista otro medio menos perjudicial...".

A. D. 7072/1958.- Samuel Lord Chavarría. Resuelto el 20 de marzo de 1959. Unanimidad de 4 votos".(155)

Por otro lado el jurista Carlos Fontán Balestra señala que el criterio para apreciar el valor relativo de los bienes no es simple ni puede ser absoluto, existiendo para el caso una doctrina que considera que debe estimarse el valor desde un punto de vista objetivo ya que una valoración subjetiva sólo puede conducir a la disculpa de la acción sea por virtud de la ley o por la concurrencia de un estado de necesidad putativo fundado en los principios generales en materia de error que pertenecen al campo de la culpabilidad pero si se estima objetivamente la cuestión, el valor relativo de los bienes en conflicto aparece a través de la exigencia de que el mal causado sea menor del que se trata de evitar. (156)

(155) Ob. Cit., Págs. 366 y 367.

(156) Ob. Cit., Pág. 174.

Así también el jurista mexicano Mariano Jiménez Huerta, expresa que "es preciso por lo tanto que el daño acarreado sea menor pero nunca mayor al amenazado-- salvo la relatividad inherente a juicios de esta natu-- raleza y como en el estado de necesidad la acción se -- dirige contra un tercero inocente, el juicio sobre la - proporcionalidad debe ser adecuado y no tan riguroso -- como en la legítima defensa". (157)

Es requisito esencial del estado de necesidad que exista proporcionalidad entre el bien que se salva y el que se sacrifica, tal y como opina Fernando Díaz Palos, al decir que "no existe problema alguno cuando - los bienes en conflicto son de valor desigual y que tam-- poco lo habrá cuando dichos bienes son de igual valor - sino que el problema se encuentra en razón de que no -- siempre es fácil determinar cuál es el bien de mayor -- valor y entonces la valoración puede hacerse desde un - punto de vista objetivo o desde otro subjetivo según lo hemos mencionado". (158)

El Derecho Positivo no limita el auxilio necese

(157) Ob. Cit., Pág. 335.

(158) Ob. Cit., Pág. 42.

sario a las personas a las cuales se hará referencia --
enseguida, sino que se extiende a cualquiera, "a la per
sona o bienes de otro, es decir que la extensión del --
estado de necesidad es tanto a las personas como a los-
bienes.

Es así que la Legislación Penal Mexicana dis-
tingue las diversas situaciones o casos en cuanto al --
conflicto de intereses de la institución que analizo, --
tal y como lo señala el maestro Raúl Carrancá y Truji -
llo, siendo éstas, las siguientes:

1) Cuando el mismo necesitado resuelve el --
conflicto entre bienes:

a) De valor desigual, b) Del mismo valor.

2) Cuando un tercero interviene para dirimir
el conflicto suscitado entre bienes:

a) De valor desigual, b) Del mismo valor.

Sobre los anteriores supuestos dice el autor-
que se viene comentando: "La primera hipótesis, surge -
cuando el agente cuyos bienes jurídicos se encuentren -

amenazados por un daño real y actual o inminente, está jurídicamente facultado para emprender un ataque a intereses ajenos si éstos exhiben una categoría, jerarquía o rango de inferior estimación, en cuyo caso se puede afirmar la existencia de una causa de justificación a su favor, es decir, de un derecho de necesidad verdadero, como asevera la doctrina alemana.

Cuando la lesión a los bienes jurídicos ajenos sea inferida sólo para salvar otros de la misma importancia, la acción lesiva necesaria, si bien es indig^ucutiblemente antijurídica, es inculpable por no exigibi^llidad de otra conducta.

En la hipótesis de intervención de terceros para salvar bienes de superior entidad, sacrificando otros de inferior significación, se acepta, por razones obvias, la justificación de tal conducta o hecho, pues la causa impeditiva del nacimiento de lo injusto, gira en torno a la misma conducta o hecho, es decir, en consideraciones objetivas; éstas autorizan la producción de un daño determinado, para eliminar otro de superior importancia, de acuerdo con el principio de la valoración de los bienes o interés preponderante. Para la aplicación de este principio, no existe problema en los

casos de notoria desproporción, vida contra propiedad - por ejemplo, pero no siempre será tan fácil la determinación del valor de los bienes en colisión". (159)

"La valoración -señala Fernando Díaz Palos-, puede entonces hacerse con criterio subjetivo (valor individual), pero como advierte Moriaud, el juez no puede reconocer todo lo que el individuo estima por la propia tendencia a sobrevalorar lo propio. Más importante es el criterio objetivo (valor social), del cual es índice la pena asignada por la ley al respectivo ataque de los bienes en conflicto, pero sabemos que la pena no siempre responde con exactitud al valor social. (la pena, dice Ihering, es el precio corriente, pero puede ocurrir que sea igual para dos bienes, y el valor social muy diferente). Por ello, dice el profesor Sánchez Tijerina, será menester recurrir a otros criterios, además de los señalados, y el juez deberá tener en cuenta el valor moral, la cantidad de los bienes en peligro, grado en que el bien fue lesionado, la mayor o menor reparabilidad, etc. A veces será más fácil para el juez invertir los términos del problema: ¿Cuál de los -

(159) Ob. Cit., Págs. 552 y 553.

dos males es más llevadero, el que amenaza o el que se causa?". (160)

Así las cosas se puede ver que la justificación por lo que hace a terceros es universalmente admitida cuando se trata del ejercicio del derecho de necesidad porque haya que salvar un bien de mayor valoración.

Pero ahora tratándose de bienes de igual valor, en este caso, a los titulares de los bienes en conflicto los ampara la causa de inculpabilidad, sosteniéndose que esto no debe amparar también al tercero, salvo si se trata de personas que caigan dentro de cierto círculo parentesco, dicho criterio es sostenido por el maestro Raúl Carrancá y Trujillo quien manifiesta: "Por ello precisamente se limita el derecho de necesidad sólo hasta determinados sujetos, no hasta todos: los que estarían dispuestos a sacrificarse ellos mismos por la persona en cuyo favor inmolar a otro, los amigos íntimos, los ascendientes y descendientes, las personas unidas por lazos de reconocimiento (Janka, Moriaud). Pero

(160) Ob. Cit., Págs. 42 y 43.

como en el estado de necesidad no hay ni el tiempo ni la presencia de espíritu suficiente para investigar si se encuentra uno en la lista de los allegados a quienes el Código faculta para intervenir, con criterio realista y justo pudiera estimarse que sólo el arbitrio judicial puede reconocer qué terceros han estado capacitados para intervenir y aún si fuere procedente el perdón judicial.

Sólo que en nuestro Derecho no corresponde a la autoridad jurisdiccional establecer si ha sido legítima o no la intervención de terceros; lo es siempre, dentro de la fórmula legal adoptada en la redacción de la excluyente, la que a nuestro entender amerita ser perfeccionada". (161)

El jurista mexicano Julio Klein, sostiene que "la titularidad en cuestión, la limitamos al agente o a personas ligadas a él por sentimientos legítimos suficientes... Esta restricción se justifica; es indebido permitir la intervención a favor de persona a quien no se está unido por tales sentimientos. Por ser igualmente

(161) Ob. Cit., Págs. 553 y 554.

te legítimos el interés sacrificado y el salvado, nos parece ilícito erigir a un tercero en árbitro de un conflicto que sólo la fatalidad ha creado... Esta intervención salvadora de un interés y sacrificadora de otro, debe ser permitida exclusivamente cuando se hace en favor de sí mismo o de alguien al cual se está unido por sentimientos bastante a justificarla". (162)

El Derecho Positivo no limita el auxilio necesario a las personas a las cuales se ha hecho referencia; por el contrario, lo extiende a cualquiera a la persona o bienes de otro. En mi opinión, la ley penal mexicana debe ser perfeccionada la extraña intervención como proponen las doctrinas citadas.

En virtud de que ha quedado meridianamente -- esclarecido el tema de extensión del estado de necesidad en lo concerniente al ámbito subjetivo, pasaré a -- determinar el ámbito de extensión en cuanto a los bienes.

Ahora bien como se ha señalado con antelación

(162) Las Excluyentes de Responsabilidad, en el Proyecto de Código de Morelos, Revista Criminalia, Tomo XI, Editorial Botas, México 1945, Pág. 665.

que son salvaguardables por estado de necesidad conforme al derecho mexicano todos los bienes jurídicos, puesto que el propio artículo 15 en su fracción IV del Código Penal, establece que es excluyente de responsabilidad "la necesidad de salvar su propia persona el agente, o sus bienes, o la persona o bienes de otro", considerando en estos términos todos los bienes o intereses legítimamente protegidos que puedan en un momento determinado entrar en conflicto con otros; persona y bienes.

Puede jurídicamente lesionarse un bien inferior para salvaguardar otro de mayor importancia, en cuyo caso se estará dentro del ámbito de la teoría del derecho de necesidad; asimismo, si se daña un bien jurídico ajeno para salvar otro de la misma entidad valiosa, si bien la acción lesiva es injusta, también es inculpable, no se integra el ente delictivo y como consecuencia, debe absolverse al acusado en el juicio de reproche.

Por último, en el supuesto donde se ataque un bien de superior importancia para salvar otro de inferior jerarquía, la acción será plenamente antijurídica y culpable integrándose la infracción punible y a su autor debe aplicarse la pena correspondiente.

"Algunos Códigos exigen que el peligro se califique por la gravedad del mal que encierra, pero tal requisito no tiene cabida en el Proyecto; éste admite el estado de necesidad sin restricción alguna, en lo referente a la entidad valorativa del interés jurídico-amenazado. El establecer en un ordenamiento la exigencia de la gravedad del peligro, sólo se explica cuando aquél restrinja la excluyente a la salvación de los bienes de más alta valoración. En consecuencia, no importa que el peligro recaiga sobre bienes de poco valor -- (sólo a este supuesto puede referirse, para excluirlos, la calificación de grave), a condición de que los sacrificados por la infracción sean también de escasa o de menor estimación". (163)

Por las consideraciones vertidas anteriormente, ha de admitirse la existencia del estado de necesidad, sea cual fuere la categoría de los bienes amenazados, siempre y cuando se satisfagan sus demás elementos y condiciones constitutivas; es decir, la existencia de un peligro real, inminente o actual, no causado dolosamente, no tener un especial deber legal de sacrificar -

(163) Klein Julio, Ob. Cit., Pág. 664.

sus propios intereses sufriendo el daño, y siempre y -- cuando se utilicen los medios necesarios y proporcionados para conjurarlo.

Un caso que no podría pasar desapercibido es el contemplado en el último párrafo de la fracción IV del artículo 15 del Código Punitivo, consistente en que "no se considerará que obra en estado de necesidad -- aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro".

Sobre esta excepción de estado de necesidad, el jurista mexicano Ignacio Villalobos en su obra Derecho Penal Mexicano, Parte General, señala:

"En términos cuya claridad desgraciadamente no es muy satisfactoria, dice nuestra Ley: "No se considera que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro". Nadie está obligado a sufrir "el peligro", así, en general; y de allí la confusión y las dudas que resultan en el uso de este precepto. El bombero que se introduce a un edificio para los fines de su cargo y se ve circuido por las llamas, ¿no tendrá derecho como todos los demás hombres a romper una puerta, una ventana-

o un muro para salvarse cuando no le queda otra salida?
¿No podrá salir por la casa vecina sin incurrir en responsabilidad penal?

Cada empleado o funcionario público, cada empresario, negociante o empleado particular, y aún cada persona simplemente, puede tener la obligación de afrontar determinados peligros hasta donde lo requieran los fines de su cargo, su estado civil o su posición social, y claro está que no puede eludirlos dejando abandonadas sus obligaciones simplemente por cobardía; pero aún los peligros obligatorios deben sufrirse dentro de límites razonablemente humanos (de aquí las retiradas de los --ejércitos), y el problema que nace en esos casos, por no resistir al temor natural dentro de los límites obligatorios, es más bien el de una deserción o de un abandono del servicio, del cual apenas si es una consecuencia o un anexo la desaparición de la excluyente por un estado de necesidad que, jurídicamente, habrá de considerarse inexistente". (164)

A su vez el jurista Mariano Jiménez Huerta --

(164) Ob. Cit., Págs. 375 y 376.

piensa "que el deber legal de sufrir el peligro por razón de empleo o cargo a que hace referencia el párrafo in fine de la fracción IV, no agota, ni con mucho, las situaciones en las que quien se halla ante un peligro debe soportarlo, pues el Código con acusado casuismo -- limita estos deberes a los que surgen de empleo o cargo, no obstante que el deber jurídico de sufrir el peligro puede fundarse en razones diversas". (165)

De las anteriores opiniones, se advierte que dichos autores consideran que no sólo aquel que tiene un empleo o cargo tiene el deber de sufrir el peligro, sino también las personas que no lo tengan y que deben de afrontar determinados peligros hasta donde lo requieran los fines de su deber.

Un ejemplo de ello es el que cita el maestro-Mariano Jiménez Huerta al decir: "La embarazada tiene el deber jurídico de soportar los peligros normales que para su salud se deriven de la gravidez. Aquí el deber legal de sufrir el peligro tiene su origen en razones diversas de las de empleo o cargo". (166)

(165) La Antijuricidad, Ob. Cit., Pág. 334.

(166) Ob.Cit., Pág. 334.

Es pertinente señalar que la redacción del párrafo final de la fracción IV del artículo 15 del Ordenamiento Penal vigente, es reducida pues sólo se refiere a las personas que tengan un empleo o cargo, por lo tanto considero que debería de ampliarse dicha redacción o en su caso modificarla quedando de la siguiente manera: no se considerará que obra en estado de necesidad aquel que tiene el deber jurídico de sufrir el peligro, con ello obviamente se amplía el radio de acción de dicha disposición y en ella pueden entrar un gran número de casos en los cuales no podía alegarse el estado de necesidad.

Finalmente hablaré del exceso en el estado de necesidad diciendo que existe exceso en la institución que me ocupa, si no se guarda la debida proporcionalidad entre la magnitud del peligro y la extensión del ataque emprendido para tramarlo, en este caso se estará en presencia de un exceso en la figura materia de la presente tesis.

Sobre el exceso en el estado de necesidad, el maestro R. Aristeo Martínez Licona, dice: "Cuando el necesitado ofende derechos o bienes desproporcionadamente superiores para salvaguardar sus derechos y bienes -

insignificantes, no se sitúa dentro de los presupuestos del estado de necesidad, puesto que dicha figura jurídica se funda en el principio del interés preponderante; - por eso, cuando para salvaguardarnos empleamos medios - desproporcionados al peligro que corremos, incurrimos - en el exceso en el estado de necesidad". (167)

El maestro Celestino Porte Petit al respecto - escribe que: "El exceso en el estado de necesidad puede ocurrir al igual que en la legítima defensa y que por - tanto, es necesaria su reglamentación en la ley positiva" y agrega: "siempre he estimado que esto constituye - una omisión del legislador de 1931 que el de Veracruz, - prevé". (168)

El letrado José Almaraz al referirse al artículo 15 fracción IV de la Ley penal Mexicana y en especial sobre el exceso en el estado de necesidad, afirma: "La fracción IV, peca, además, porque no considera el - exceso en el ataque como lo hacen las legislaciones mo-

(167) "Dogmática del Delito en la Legislación Penal -- Veracruzana y en la del Distrito y Territorios - Federales", Ensayo, México 1963, Pág. 79.

(168) "Apuntes de la Cátedra de Derecho Penal", Escuela Libre de Derecho.

dernas, no obstante que los requisitos del estado de -- necesidad deben ser más rigurosos que los de la legítima defensa, ya que en este estado se lesiona el derecho de un inocente y no el de un agresor". (169)

Estimo que el criterio de los autores antes mencionados es totalmente acertado, pues efectivamente la Ley Penal en ningún momento regula la situación de -- exceso en el estado de necesidad.

Además debe tenerse en cuenta que muchas veces el sujeto que se encuentra en presencia del peligro, a fin de salvarse, emplea medios desproporcionados al -- peligro que corre, y obviamente que con dicha conducta -- está lesionando el derecho de un inocente, olvidándose -- por completo que podía evitar el peligro de otro modo.

Esto es si el agente dispone de una variedad -- de medios para salvaguardar el bien amenazado, debe uti -- lizar el menos dañoso, en caso contrario, su acción se -- rá excesiva.

(169) Tratado Teórico y Práctico de la Ciencia Penal, -- Tomo II, El Delincuente, Ob. Cit., Pág. 552.

Estimo que el exceso en el estado de necesidad, se refiere a los medios utilizables para salvaguardar el bien amenazado y no al resultado del peligro, -- puesto que si se atendiera al resultado, daría lugar a la configuración de una conducta delictiva.

Una vez que he tratado de analizar la figura-jurídica materia de la presente tesis en su forma más amplia, en los capítulos anteriores, a la luz de la doctrina penal así como dentro del campo legal, esto es, dentro del marco jurídico del artículo 15 fracción IV de la Ley Penal Mexicana, justo es, que en este último capítulo estudie los casos o figuras específicas de estado de necesidad, que se encuentran contenidas en la parte especial del Ordenamiento Punitivo vigente.

Es así que en este capítulo me avocaré al análisis de las dos figuras específicas de estado de necesidad, siendo éstas el aborto necesario y el robo de famélico, contempladas en el Código Penal en los artículos 334 y 379, respectivamente, las cuales han sido motivo de debate entre los juristas contemporáneos, pues algunos las consideran causas de justificación y otras verdaderas excusas absolutorias.

1.- EL ABORTO NECESARIO O TERAPEUTICO.

Principiaré el examen de este caso especial de estado de necesidad, diciendo que ya desde el Orde -

CAPITULO SEXTO

CASOS ESPECIALES DEL ESTADO DE NECESIDAD DES
CRITOS EN EL CODIGO PENAL Y SU CRITICA EN RE
LACION CON EL ARTICULO 15 FRACCION IV

- 1.- EL ABORTO NECESARIO O TERAPEUTICO
- 2.- EL ROBO DE INDIGENTE O DE FAMELICO
- 3.- NUESTRO PUNTO DE VISTA

namiento creado por el insigne jurista Antonio Martínez de Castro en el año de 1871, esta figura ya se encontraba regulada y contemplada en el capítulo noveno relativo al aborto en su artículo 570, considerándose como un verdadero estado de necesidad, pero dentro de la parte especial de los delitos, tal y como se ha señalado en capítulos anteriores.

Posteriormente el Código Penal de 1929, la -- figura que me ocupa también fue prevista en el artículo 1001, observándose que no hubo modificaciones tanto en el Código Penal de 1871 como en el de 1929, pues dichos Ordenamientos no alteraron en nada la redacción del citado aborto necesario o terapéutico.

Se ha dicho en el capítulo tercero de este -- trabajo que con la inclusión de este caso por separado en los Códigos penales referidos, existía ya una duplicidad del estado de necesidad al regular por una parte el genérico estado de necesidad, como casos específicos -- como el que me ocupa y que el Código Punitivo vigente los ha seguido tratando de la misma manera.

Es menester señalar que en el Código Penal de 1931, el aborto necesario o terapéutico denominado así-

por los juristas contemporáneos, se encuentra regulado dentro del Libro Segundo, Título Décimonoveno, relativo a los delitos contra la vida y la integridad corporal, - Capítulo VI referente al aborto, en su artículo 334 que dice:

"Art. 334.- No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste, oyendo éste el dictamen de - - otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Respecto de la redacción del numeral de referencia, el maestro Sergio Vela Treviño en su Libro Antijuricidad y Justificación expresa que los elementos que integran el genérico estado necesario se encuentran incluidos en esta figura al decir: "Como es de verse, los elementos que integran el concepto genérico del estado-necesario se encuentran incluidos en esta figura el artículo 334 ya que existe un conflicto de intereses jurídicamente protegidos (la vida de la madre y la del producto de la concepción), del que resulta un peligro grave para uno de ellos ("Corra peligro de muerte") y es - la ley la que resuelve el sacrificio de uno de los inte

reses en conflicto, autorizando la provocación del abor-
to, con la consiguiente muerte para el feto;..." (170)

Asimismo, el jurista que se viene comentando-
expresa: "Es de notoria importancia destacar que los --
autores de la conducta típica son, en estos casos de --
aborto necesario, la mujer cuando consiente y el médico
que interviene en el acto de provocación de aborto y --
eventualmente alguna otra persona que pudiera tener re-
lación directa con los hechos (v.gr. el marido de la --
mujer y padre del producto). La conducta que se reali-
za por ellos, tiene todas las características típicas, -
pero es el conflicto de intereses lo que la vuelve jurí
dica, no obstante su tipicidad. Respecto del conflicto
de intereses, hemos visto que en el estado de necesidad
se requiere, para la procedencia del interés preponde -
rante, que el sacrificado sea menor que el que se pre -
tende salvar; en el aborto, aparentemente la entidad es
similar, pues se salva la vida de la mujer sacrificando
la del producto". (171)

Sobre el particular, el jurista mexicano Franu

(170) Ob. Cit., Pág. 383.

(171) Ob. Cit., Pág. 384.

cisco González de la Vega comenta que: "La causa especial de justificación del aborto por un estado de necesidad, deriva de un conflicto entre dos distintos intereses protegidos ambos por el Derecho: la vida de la madre y la vida del ser en formación. Cuando la embarazada, víctima de una enfermedad incompatible con el desarrollo normal de la gestación, como ciertas formas de la tuberculosis, vómitos incoercibles, afecciones cardíacas o males renales, se encuentra en peligro de perecer de no provocarse un aborto médico artificial con sacrificio del embrión o del feto, la ley mexicana resuelve el conflicto autorizando al médico para que, a su juicio, y oyendo el dictamen de otro facultativo, siempre que éste fuera posible y no sea peligrosa la demora, provoque el aborto". (172)

Por su parte el jurista Francisco Pavón Vasconcelos señala: "El conflicto de bienes surgido con motivo de la situación de peligro, característico de la justificante, entre la vida transitoria del producto y la de la futura madre, se resuelve en la ley mediante

(172) "Derecho Penal Mexicano", Los Delitos, Décima Tercera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1975, Págs. 134 y 135.

el criterio de la preponderancia de intereses, admitiendo el sacrificio del bien menor, representado por la vida del feto, para salvaguardar la vida de la mujer. -- La muerte del producto de la concepción es lícita, justificada en la ley, en virtud del estado de peligro corrido por la futura madre, requiriéndose únicamente que el juicio del médico que la asista se apoye en el dictamen de otro, de ser ésto posible y no peligrosa la demora, con lo cual preténdese acreditar indubitadamente la necesidad de la práctica del aborto". (173)

El maestro Guillermo Cabanellas respecto del caso específico de estado de necesidad que me ocupa, -- de que la vida de la madre tiene absoluta preferencia sobre la del ser concebido, pues éste no constituye más que una esperanza de vida mientras que aquélla es una realidad; si el concebido tiene derechos, éstos son inferiores a los que ha adquirido la madre". (174)

El maestro Luis Jiménez de Asúa, por su parte

(173) "Lecciones de Derecho Penal", 1a. Edición, Zacatecas 1962, Pág. 206.

(174) "El Aborto", Editorial Atalaya, Buenos Aires, -- Pág. 203.

considera: "Qué la vida del producto no llega a ser tal si no que corresponde a una ficción jurídica, ya que no podrá ser persona sino hasta que se produzca el abandono del claustro materno". (175)

A su vez el maestro Mariano Jiménez Huerta, - haciendo suya la opinión del tratadista español, señala: "que en el aborto necesario no se establece un conflicto entre bienes o intereses idénticos, puesto que - el aborto no tiene como objeto jurídico la vida del embrión, sino el derecho de la sociedad a propagarse, con siderando que este interés demográfico es muy inferior a la vida humana de la madre". (176)

De las anteriores transcripciones se puede -- apreciar que los juristas consideran que existe un conflicto de intereses en el cual debe preponderar el de - mayor jerarquía, criterio que no comparto porque creo - que existen dos bienes jurídicos iguales en los que no debería de existir dicha preponderancia y por ello debe considerarse dicha figura como una excusa absolutoria,-

(175) "La Ley y El Delito", Ob. Cit., Págs. 388 y 389.

(176) Ob. Cit., Pág. 343.

punto de vista que expondré con mayor detenimiento más adelante.

A fin de dar una mayor extensión sobre el tema que se viene analizando, reproduciré el comentario - que al respecto el maestro Francisco González de la Vega, hace: "La iglesia católica se opone a la embriotomía por estado de necesidad, imponiendo a la mujer como obligación una maternidad heroica con peligro de su misma vida si es menester, fundándose originalmente en consideraciones espirituales sobre la redención del nuevo-ser. El Derecho, ante el conflicto de bienes, ante lo inevitable de sacrificar una vida para que la otra se conserve, ante este estado de necesidad, debe resolverlo protegiendo la vida más importante para la sociedad, que objetivamente es la de la madre, de la que generalmente necesitan otras personas, como sus anteriores hijos o familiares.

Algunos opinan que el aborto terapéutico no debe practicarse sin que el médico obtenga previamente el consentimiento de los padres. La ley mexicana claramente confía la solución del conflicto al juicio de la única persona capacitada por sus conocimientos técnicos, el médico. "Demandar -dice Jiménez de Asúa- el consen-

timiento de los padres para la práctica del aborto científico me parece un escrúpulo exagerado y casi contraproducente. El desmedido amor maternal puede hacer que la madre prefiera morir ella a que impidan el nacimiento de su hijo, y un móvil concupiscente puede guiar al marido, que, para asegurar la transmisión de una cuantiosa herencia de su esposa, opte por la muerte de ella mejor que por el despedazamiento del futuro sucesor. Cuando el médico constate un verdadero caso de peligro para la vida de la madre y no haya medio hábil para practicar una pubiotomía o una cesárea sin riesgo, debe apelar al otro procedimiento, sin previa autorización de los padres. Lo que hace el médico es dirimir un estado de necesidad, en que no es preciso consentimiento alguno de las partes cuando se salva un interés superior, como es la vida de la madre, que prepondera sobre la existencia del feto". A estas claras razones podemos agregar otra de índole psíquica, si se confía a los padres la resolución del conflicto, cualquiera que sea su determinación, gravarán permanentemente su conciencia con la cruel decisión tomada de sacrificar a un ser familiar". (177)

(177) Ob. Cit., Pág. 135.

Es pertinente señalar que la mayoría de los juristas mexicanos que tratan el tema, consideran que es requisito indispensable que intervenga un médico, -- tal y como lo expresa entre otros el maestro Sergio Valle Treviño al decir: "No debe sin embargo, olvidarse -- que en el aborto necesario es requisito normativo que -- intervenga un profesionista médico, ya que la gravedad del conflicto queda supeditada al juicio de índole médica, que servirá de guía y fundamento al posterior juicio valorativo a cargo del juzgador". (178)

Otra opinión similar, es la que manifiesta el maestro Raúl Carrancá y Trujillo al decir: "Por nuestra parte, encontramos que la práctica misma del aborto no tiene que ser entregada inexcusablemente al médico para que sea justificada, dados los términos del art. 334 c. p., pues cualquier persona puede realizarla (caso de -- justificada intervención de tercero del art. 15 fr. IV-c.p.). La exigencia técnica del médico, garantía de -- justificación y su condición misma, se reduce tan sólo al dictamen sobre la necesidad de hacer abortar a la -- mujer embarazada, no a la resolución o acuerdo del caso,

(178) Ob. Cit., Pág. 385.

y menos a la práctica misma del aborto; la garantía de justificación radica en el dictamen médicopericial; el que no es de obligatoria aceptación para los afectados". (179)

De los comentarios antes transcritos, así como de la redacción del artículo 334 del Código Penal, es posible desprender que efectivamente el precepto legal en estudio, exige la intervención de un médico, que previamente emita su dictamen de que efectivamente era necesario el aborto, pues de no provocarse surgiría la muerte de la madre, para así de esa manera determinar si se está ante la presencia de un verdadero estado de necesidad.

No es obstáculo para considerar si se está ante el caso de un aborto necesario, el que lo practique cualquier persona, entendiéndose por ésta la intervención de un tercero ejecutando el aborto, puesto que el numeral en cita, no limita la ejecución a una determinada persona, pero si es necesario aún cuando éste haya sido ya practicado, el dictamen del médico para

(179) Ob. Cit., Pág. 562.

que sea justificada la práctica del aborto.

Por último es conveniente precisar que la mayoría de los penalistas contemporáneos, entre ellos, -- Francisco Pavón Vasconcelos, Mariano Jiménez Huerta, -- Ignacio Villalobos, Fernando Castellanos Tena, Francisco González de la Vega, Celestino Porte Petit Candaudap consideran que el precepto absorbe de manera innecesaria la fórmula prevista en la fracción IV del artículo 15, por lo que no hay razón técnica alguna para su reglamentación específica.

Criterio contrario es el que expresa el juris consulto, Raúl Carrancá y Trujillo, al indicar: "Se trata en el caso del art. 334 c.p. de una reglamentación específica del aborto en estado de necesidad, desprendida de la fórmula legal incluida en la fr. IV del art. 15". (180)

En mi opinión considero que resulta innecesaria la regulación específica del caso específico de estado de necesidad en estudio, puesto que, si existe una

(180) Ob. Cit., Pág. 562.

norma que reglamenta todos los posibles casos de estado de necesidad, resulta obsoleta su reglamentación específica, ya que ésta se incluye totalmente dentro del precepto legal que reglamenta en forma genérica todos los posibles casos de estado de necesidad.

2.- ROBO DE INDIGENTE O DE FAMELICO.

La otra figura específica del estado de necesidad, que es considerada de suma importancia por el Ordenamiento Punitivo vigente, es el robo de indigente o de famélico.

Este otro típico caso, entre los juristas que han tratado el tema, lo han denominado de diversas formas, como son hurto necesario, robo en estado de necesidad, robo de indigente o bien robo de famélico, considerando que la acepción por la que es conocido tradicionalmente, es por las dos últimas.

Sobre el particular es necesario señalar que el antecedente más remoto del robo de famélico o indigente, se encuentra en el artículo 714 del Código Penal

de 1835, para el Estado de Veracruz, el cual dice:

"Art. 714.- Se eximen de pena al reo de hurto, siempre que probare haber concurrido copu lativamente las circunstancias siguientes: ---
1.- Haberse hallado en absoluta carencia de lo estrictamente necesario para vivir él y su familia el día en que se verifique el robo. -
2.- Haber antes agotado todos los medios de adquirir honestamente con que cubrir su necesidad. 3.- Haber limitado el robo a sólo lo indispensable para ocurrir a la necesidad del día. 4.- No haber inferido lesión alguna a la persona robada, y 5.- Ser hombre de buena vida y reputación".

Continuando con los Ordenamientos Legales que rigieron hasta la vigencia del Código Penal actual, se puede citar que el Código Punitivo de 1871, creado por el insigne jurista Antonio Martínez de Castro, en el -- cual como ha quedado precisado en el capítulo tercero de este trabajo, no fue reglamentado el caso específico de estado de necesidad que me ocupa.

En el Código Penal de 1929, se ha dicho tam -

bién en el capítulo antes mencionado que el robo de fármaco, se encontraba incluido en la fracción VII del artículo 45, del Código en cita, al decir: "La indigencia no imputable al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares, de alimentación del momento".

Con ello, se observa que éste es el antecedente inmediato de la regulación en la Ley penal mexicana del caso específico de estado de necesidad y su estudio.

Por otro lado en el Código Penal vigente se encuentra considerada dicha figura específica de estado de necesidad, dentro del Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, relativo a los delitos en contra de las personas en su patrimonio, Capítulo I, referente al robo, en su artículo 379, el cual a la letra dice:

"Art. 379.- No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento".

De la anterior reseña histórica que se ha hecho de los referidos Ordenamientos, donde se ha plasmado el robo de famélico, se puede advertir que tanto el Código Penal Veracruzano como el Código Penal de 1931, no limitan el robo únicamente a los alimentos, sino que en sentido amplio se refiere a todos aquellos objetos necesarios para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento; pero en cambio se puede ver que el Código Penal de 1929, única y exclusivamente limitadicha justificante a apropiarse de alimentos.

De la transcripción hecha anteriormente del artículo 379 del Código Penal, dice el maestro Celestino Porte Petit que se desprenden los siguientes requisitos:

- "a) Apoderamiento
- b) Por una sola vez
- c) De los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades, personales o familiares del momento, y
- d) Sin emplear engaño ni medios violentos".(181)

(181) "Robo Famélico", Revista Mexicana de Derecho Penal, Cuarta Epoca, Número Uno, Septiembre-Octubre de 1971, Pág. 12.

Sobre el primer requisito, consistente en el apoderamiento, dice el jurista antes citado que: "Tiene que existir de parte del agente un apoderamiento de los objetos a que se refiere el artículo 379 del Código Penal". (182)

Entendiéndose por estos objetos, aún cuando el tratadista citado no los menciona, los alimentos, el abrigo, el apoderamiento de medicinas, etc.

Respecto del requisito relativo a que dicho apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables, sea por una sola vez, mencionaré algunos criterios.

El tratadista Raúl Carrancá y Trujillo sostiene que "desaparecida la circunstancia de ser "la primera vez" que se cometa el robo por los medios pacíficos y para los fines que el artículo 379 enumera; o cuando se emplee engaño o violencia; o cuando el robo sea sobre objetos no estrictamente indispensables para satisfacer necesidades perentorias, y si sólo sobre objetos-

necesarios por no existir otro medio practicable y menos perjudicial para salvarse del peligro real, grave e inminente, entonces la excusa absolutoria desaparece -- con su restricto ámbito legal para hacer posible la -- aplicación de la fracción IV del art. 15 del Código Penal". (183)

El maestro Francisco González de la Vega en su obra Derecho Penal Mexicano, de los delitos, dice en relación al requisito que se viene comentando: "en segundo lugar, el precepto que reglamenta el robo de indigente, como lo llama Francisco Argüelles, limita la justificación a una sola vez. Desgraciadamente --agregamos nosotros--, la realidad de los hechos desmiente el optimismo del legislador, pues es indudable que el estado de hambre o el de necesidad, manifestaciones del instinto de conservación, no se remedian en muchos casos con el apoderamiento singular de los elementos estrictamente indispensables. ¿Qué razón existe, si se repiten -- las condiciones de verdadera necesidad, para no justificar un segundo o tercer robo? Afortunadamente, no obstante la literalidad del precepto que comentamos --que --

(183) Ob. Cit., Págs. 558 y 559.

parece dar una contestación negativa a la justificación de la reincidencia del indigente-, la solución puede -- encontrarse en la redacción de la fracción IV del ar-- tículo 15 del Código Penal, dentro de cuyos amplísimos- términos caben todos los casos de necesidad". (184)

El penalista mexicano Antonio de P. Moreno co menta en cuanto al requisito que se analiza que: "El -- artículo sólomente concede la causa de justificación a- un UNICO caso de robo en estado de necesidad, como si - las necesidades, por su misma naturaleza, fueran limita- das en número.

La excluyente de responsabilidad que consigna la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, es invocable no en uno UNICO, sino en todos los casos que en la realidad de la vida sean de hurto necesario..." (185)

Por su parte el maestro Paulino Machorro Narvaez, se pregunta, tocante al requisito de que el robo-

(184) Ob. Cit., Págs. 215 y 216.

(185) "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial de los- Delitos en Particular, Editorial Porrúa, S. A.,- México 1968, Pág. 166.

se ejecute sólo una vez, lo siguiente: "¿Una sola vez?. ¿En cuánto tiempo?, ¿En un día, en un mes, etc.?", y -- contesta: "La necesidad es renaciente y la limitación, -- muy difícil de establecer, el reciente Código Penal --- del Estado de Morelos, Art. 374, mejora la solución, -- suprimiendo esa limitación de tiempo por una sola vez, -- y exigiendo, que el agente justifique que no le es impu table el estado de necesidad". (186)

Criterio idéntico al expuesto por los juris -- tas citados con antelación, lo sostienen también Igna -- cio Villalobos, Francisco Pavón Vasconcelos, Mariano Ji -- ménez Huerta, Ricardo Abarca y Sergio Vela Treviño.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido en relación con el artículo 379 del Có-- digo Penal, mismo que se viene analizando y especialmen te sobre el requisito de que el robo se ejecute por una sola vez, que: "La excluyente consignada en el artículo 379 del Código Penal del Distrito Federal que establece que no se castigará al que sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera, una sola vez, de los objetos es--

(186) "Derecho Penal Especial", Pág. 208, México.

trictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o del momento, es inaplicable si el delincuente cometió diversos robos, pues la ley limita la excluyente al apoderamiento singular y no al plural y - por otra parte, el reo debe probar plenamente el estado de necesidad que lo determinó a cometer el delito".(187)

Por lo que toca al elemento consistente en -- que los objetos sean estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento, el maestro José Almaraz señala que: "El artículo 379 del Código vigente desvirtúa por completo el concepto jurídico del robo famélico, pues traspasa el límite aceptado y esencial de la alimentación, pues al referirse a "objetos" para satisfacer necesidades "personales y familiares del momento", crea una figura delictiva que deja impunes muchos verdaderos delitos y suministra argumentos de defensa a los criminales", y "comparándose este precepto con el del Código de 29 que introdujo como innovación el robo famélico, se apreciará el cambio radical", ya que "la disposición de 31 se refiere a objetos para satisfacer necesidades personales y -

(187) Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXI, Págs. 3504 y 3505.

familiares del momento y al borrar los límites (indigencia no imputable, una sola vez, sin emplear engaño ni - violencia, alimentos estrictamente indispensables y ham bre), autoriza el engaño, la violencia y el robo en numerosos casos". Y agrega, que "como el artículo 379 se refiere a necesidades y a objetos en general, no señala límite alguno y de este modo permite que yo tome un au tomóvil ajeno para trasladar a mi familia a otro lugar- para satisfacer una necesidad del momento, o que tome - un paraguas ajeno en tiempo de lluvias con fin pareci - do, y como las necesidades se sienten, nadie podrá pro - bar que el ladrón o el ratero no siente la necesidad de tomar violentamente un tranvía o un camión para ver a - su madre enferma y robar una planilla o pasaje de ferro carril, y los toxicómanos y los alcohólicos -que sien - ten desesperadamente la necesidad de intoxicarse- pue - den robar una botella de cognac o lo que tan urgentemen te les falte, y esto no es robo famélico, pero sí es -- autorizar a que un necesitado -so protexto de necesidad haga de un ciudadano pacífico un verdadero necesitado - al que no se le escucha en sus justas quejas", pregun - tándose el autor: ¿Se calculan los desórdenes, la anar - quía y los atropellos que resultarían de aplicar el pre cepto con alguna frecuencia? Así, contesta Almaraz, no se lucha eficazmente contra el delito, sino se le fomen

ta legalmente". (188)

Otro sentido le da el jurista Mariano Jiménez Huerta a la expresión necesidades personales o familiares, al decir que "Son aquellas que, de no satisfacerse, afectan a la vida o a la salud de la persona que realiza el apoderamiento o a las de sus familiares, como las que engendran el hambre, la sed, el frío, la miseria y la enfermedad". (189)

Respecto al requisito que se estudia, el maestro Celestino Porte Petit, expresa: "En realidad, el cambio de "alimentos" por "objetos" y la supresión de la frase: "de alimentación", nos hace pensar que es correcto el juicio que hace José Almaraz, sobre este particular, ya que la fórmula se amplía, comprendiendo el apoderamiento no únicamente del "alimento" sino de cualquier otro objeto, estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento". (190)

(188) "Algunos Errores y Absurdos de la Legislación Penal de 1931, México 1941, Págs. 58 a 60.

(189) "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial, La Tutela Penal del Patrimonio, Tomo IV, Editorial Antigua Librería Robredo, México 1963, Págs. 100 y 101.

(190) "Robo Famélico", Ob. Cit., Pág. 15.

Considero que la redacción del artículo 379 - del Código Penal, en relación con la expresión necesidades personales o familiares del momento, es sumamente amplia y efectivamente origina que muchos casos en los cuales no se surta realmente el supuesto estado de necesidad, como consecuencia, de la amplia fórmula del numeral citado, se alegue que fueron cometidos por el estado necesario, por lo tanto el legislador al redactar el dispositivo legal en comento, debió especificar concretamente que las necesidades personales o familiares, -- únicamente serían las relativas a los alimentos, la salud o el abrigo, pues éstas son las necesidades primordiales para la sobrevivencia de la gente y de su familia.

Por lo que respecta a la exigencia legal estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido que: "No puede configurarse la eximente de robo de indigente si, dada la naturaleza de lo que fue objeto del robo, no aparece que fuera lo estrictamente indispensable para satisfacer de momento sus necesidades personales y familiares, y si, a mayor abundamiento, confesó el agente ser poseedor de bienes idénticos al motivo de la ilicitud en que se colocó, lo cual des-

carta la necesidad que hace valer". (191)

Siguiendo con el orden cronológico de los requisitos que integran la redacción del artículo 379 del Código Punitivo, veré por último el relativo a que no se deben emplear el engaño ni medios violentos.

En cuanto a este elemento el maestro Mariano-Jiménez Huerta anota, que "si la situación de necesidad individual o familiar es real y auténtica, no hay por qué exigir que el apoderamiento se realice "sin emplear engaño ni medios violentos...", pues la licitud de dicha conducta emerge de la cristalina fontana donde se gesta el Derecho, aún cuando el apoderamiento se hiciera por la fuerza ó por engaño, cuantas veces existiera una auténtica necesidad que obligare a salvar un interés preponderante". (192)

En mi opinión, considero que dada la naturaleza del robo famélico, como estado de necesidad, como --

(191) Boletín de Información Judicial Tomo XII, Pág. - 24.

(192) "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial, La Tutela Penal del Patrimonio, Tomo IV, Ob. Cit., -- Pág. 99.

sustentan los juristas que del tema se han ocupado, no se puede dejar de prescindir del engaño o de medios violentos, ante la presencia de una auténtica necesidad, debiéndose tener en cuenta que si se utilizan dichos medios, toca al juzgador considerar si los mismos fueron empleados como consecuencia de un verdadero estado de necesidad, en el cual se utilizaron a fin de que se salvara el interés de mayor preponderancia.

Independientemente del análisis que se ha hecho del precepto legal en comento, debe destacarse que la mayoría de los penalistas mencionados en este apartado, consideran que se trata de un verdadero estado de necesidad, luego entonces como consecuencia, existe un conflicto de bienes en el que se permite el sacrificio del interés de menor jerarquía, para salvar el más preponderante, ello en atención a que sostienen que en dicho caso específico, se dan los supuestos del genérico estado de necesidad, contemplado en el artículo 15 fracción IV del Ordenamiento Punitivo vigente.

Criterio totalmente contradictorio, es el sostenido por el jurista Raúl Carrancá y Trujillo, quien sostiene que se trata de una excusa absolutoria al decir que: "A su juicio lo que contiene el Art. 379 del -

Código Penal es una causa de impunidad fundada en la --
 utilidad social que se revela en presencia de un estado
 de necesidad específico, y de aquí que veamos en el Art.
 379 del Código Penal una real excusa absolutoria, de --
 círculo por tanto más restringido que el amplísimo de --
 los estados necesarios previstos por el Art. 15 frac- -
 ción IV del Código Penal". (193)

Ahora bien, después del breve análisis que he
 hecho de las figuras específicas de estado de necesidad,
 contempladas en la parte especial del Código Penal, és-
 to es, del aborto terapéutico o necesario y del robo de
 indigente o famélico, a fin de terminar el presente traba
 bajo, expondré mi punto de vista sosteniendo el porqué--
 considero que las mencionadas figuras específicas, de -
 ben ser consideradas como excusas absolutorias, puesto-
 que éste es el motivo principal de la presente tesis.

3.- NUESTRO PUNTO DE VISTA.

Este es el último punto que tocaré en este --

(193) "Derecho Penal Mexicano", Parte General, Ob. Cit.
 Pág. 558.

trabajo y es precisamente donde expondré las razones -- por las cuales considero que las figuras específicas -- de estado de necesidad que se analizaron con antelación constituyen verdaderas excusas absolutorias, para ello -- comenzaré en la forma en que fueron presentadas en este capítulo.

En relación con el aborto necesario, contenido en el artículo 334 del Código Penal, diré que lo hace suponer una excusa absoluta, en primer lugar el -- hecho de que se encuentre contemplada dicha disposición legal, en la Parte Especial del Código Penal, como todas las excusas absolutorias, resaltando ésto a simple vista, dado que las excusas absolutorias que regula la Ley Penal Mexicana, están contenidas en el Libro Segundo de la ley citada.

En segundo lugar por la redacción que contiene el precepto jurídico en comento al señalar: "No se aplicará sanción:...", pues dicha redacción evidentemente suprime la pena, y si la finalidad específica de las excusas absolutorias es la supresión de la pena, es in-- cuestionable que se trata de una excusa absoluta.

En tercer lugar, el hecho de que si en el es-

tado de necesidad siempre hay un conflicto de bienes en el cual subsiste el de mayor jerarquía, tratándose de bienes desiguales, y si en esta figura se advierte se está frente al concurso de dos intereses iguales como son la vida de la madre y del embrión, de ésto, es evidente que no se surten los supuestos del estado de necesidad como causa de justificación.

Se dice que son dos bienes iguales, porque si se toma en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 del -- Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice:

"Art. 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra -- bajo la protección de la ley y se le tiene -- por nacido para los efectos declarados en el presente Código".

De dicha redacción, se observa claramente que para la ley desde el momento en que un ser es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene -- por nacido, obviamente que si la ley le otorga a ese -- ser el derecho de considerarlo como nacido, es incues--

tionable que aún cuando no es todavía viable o consiga sobrevivir, para la ley civil es una vida y por lo tanto se encuentra protegido por la misma.

Atendiendo a ésto, se está terminantemente en presencia de dos vidas iguales, mismas que están en peligro y que el sujeto que actúa en esas condiciones, obra en función de la no exigibilidad de otra conducta, puesto que no puede exigírsele otro modo de obrar, considerando lá conducta de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo valor delictuosa, con ello se observa que el carácter delictivo del aborto es permanente, pero por cuestiones sociales debe suprimirse la pena.

Finalmente en mi opinión considero que si dentro del concepto amplísimo que se contiene en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, se encuentran todos los posibles casos de estado de necesidad, resulta ociosa y por demás innecesaria la redacción del artículo 334, pues si se establecieran todos los posibles casos de necesidad, entonces no sería necesaria la redacción del primer numeral citado. Además de que si sucediera lo dicho en primer término, el Código Penal sería totalmente inadmisibile puesto que contendría una-

infinidad de casos de necesidad, que harían que el agente o sujeto activo alegara a su favor esos estados de necesidad aún cuando cometiera un delito, por tanto al estar reglamentado en su forma amplia, queda al arbitrio del juzgador determinar si el sujeto se encuentra dentro de dicha justificante.

En lo tocante al robo de famélico, también se manifiesta que al ubicarlo el legislador de 1931, dentro de la parte especial destinada a los delitos, Libro Segundo, Título Vigésimo Segundo, Capítulo I, Artículo 379, quiso eliminar las hipótesis de ese hurto en forma general, para circunscribirlo a una propia circunstancia de excusa absoluta, sobre todo en los apoderamientos realizados por vez primera, puesto que el propio numeral antes mencionado, sólo se refiere al apoderamiento por una sola vez, ya que de suceder repetidamente dicho hurto, éste será considerado como una causa de justificación por estado de necesidad, invocándose para ello el artículo 15 fracción IV del Código Penal, mismo que consagra todos los posibles casos genéricos de necesidad.

De lo anterior se concluye que el robo de indigente es una real excusa absoluta, de tal manera

que su círculo es más restringido que el amplísimo de los estados de necesidad previstos en la fracción IV -- del artículo 15 del Código Penal vigente.

La naturaleza excusante que se determina en el robo de famélico se encuentra con el solo hecho de advertir el estado de circunstancias que el artículo -- 379 del Código Punitivo reseña, como son: que el robo sea por una sola vez; no emplear ninguna clase de engaños ni medios violentos; apoderarse de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades propias o familiares cuyo imperio presenta peligro momentáneo de perecer. De todas las circunstancias anteriores, ampliamente se justifica la impunidad del robo, pero si por cualquier motivo desobedeciera alguna de estas circunstancias, por consecuencia la excusa absolutoria desaparece para hacer posible la aplicación del genérico estado de necesidad consignado en el artículo 15 fracción IV de nuestro Ordenamiento Penal.

En apoyo a las consideraciones anteriores, se transcribe la parte relativa de la Ejecutoria dictada en el juicio de Amparo Directo número 5630/54.- Quejo so: JOSE HERNANDEZ MACRINO Y COAGRAVIADOS.- Resuelto el 12 de abril de 1956, por unanimidad de 4 votos, y que a

la letra dice:

"e).- Ahora bien, el robo por estado de necesidad pudo ser considerado como circunstancia excluyente de responsabilidad conforme al Código Penal de mil novecientos veintinueve (artículo 45 fracción VII) pero al ubicarlo el legislador de treinta y uno, dentro de la parte especial destinada a los delitos (Libro II, -- Título Vigésimosegundo, Capítulo I, artículo 379), quiso eliminar las hipótesis de ese hurto en forma general, para circunscribirlo a una propia circunstancia de excusa absolutoria, sobre todo en los apoderamientos realizados por vez primera de ahí que, tomando como modelo -- el Código de la Entidad al del Distrito Federal, no es aplicable en la especie, por ser robo ocasional, la causa de justificación que señalan los quejosos.

f).- Por lo que mira el robo de indigente, -- previsto en el precepto 341 del Código Sustantivo de -- Durango, que sigue el 379 del Cuerpo de Leyes Punitivas del Distrito Federal, requiere, para integrar excusa -- absolutoria, la reunión de los siguientes requisitos -- conformadores:

1).- Una cualidad: que el hurto sea ordinario

o no violento y sin empleo de medios engañosos;

2).- Limitación: que sea por una sola vez;

d).- Finalidades: que los objetos satisfagan las necesidades estrictamente indispensables del agente o familiares; y

4).- Condición: que esa satisfacción sea momentánea o no permanente.

g).- En estas condiciones, si alguno de los supuestos no se surten, la excusa absolutoria no opera y por ende, no se libra el sujeto activo de la sanción correspondiente a la clase de robo que ejecute, por lo que, si bien en el caso concreto se ignora el valor del semoviente, por ausencia de datos que así lo determinen (peritaje, señalamiento del pasivo etc.), sin embargo, dadas las características peculiares de la cosa mueble, que los mismos inculpados proporcionaron, o sea, de que se trata de una vaca y que ésta tenía una edad de seis años, estos datos son bastantes para evidenciar que por la cantidad de kilos de carne que lograron obtener de su sacrificio, no sólo satisficieron las necesidades personales de los agentes, sino que incluso tuvieron --

para repartirlá entre sus amigos como asevera uno de -- ellos".

Es pertinente señalar por último, que por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación - el día 13 de enero del presente año, se reformó, adición y derogaron diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y -- para toda la República en Materia de Fuero Federal de - 1931.

Pero dichas reformas, adiciones y derogaciones al Código en cita, entrarían en vigor a los 90 días de haber sido publicado el Decreto de referencia, tal y como se estableció en su artículo primero transitorio, - que al efecto dice:

"ARTICULO PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor a los 90 días de su publicación - en el Diario Oficial de la Federación".

Una vez expuesto lo anterior, es conveniente-manifestar que la institución jurídica del estado de -- necesidad, apreciada en su norma genérica, ésto es en - el artículo 15 fracción IV del Código Punitivo vigente,

no sufrió modificación alguna, por tanto no requiere -- mayor ampliación, dado que sigue conservando su misma -- esencia.

Iguualmente los casos específicos de estado de necesidad contemplados en los artículos 334 y 379 de la Ley Penal Mexicana, referentes al aborto necesario y al robo de famélico, respectivamente, tampoco sufrieron -- modificación alguna con motivo del Decreto anteriormente citado.

En conclusión, se ve que el legislador todavía no alcanza a comprender que si existe una norma general que regula todos los posibles casos de estado necesario, con el Decreto aludido, debió de haber derogado los casos específicos antes reseñados.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El delito a través de los siglos ha evolucionado a tal grado que muchos de los delitos considerados en la antigüedad como tales, han desaparecido con la integración de las leyes que rigen el orden social. Además de que en realidad nunca fueron actos antijurídicos.

SEGUNDA.- Se puede ver que el carácter delictivo en la antigüedad sólo se refería al efecto dañoso que se producía, sin tomar en cuenta los elementos subjetivos que originaron el mismo y no es sino en los albores de la mitad del Siglo XIX que se toma como base para la determinación del daño y la pena a aplicar, la peligrosidad del delincuente.

TERCERA.- Las definiciones que se han tratado de dar al delito desde la iniciación de las escuelas penales, han sido vagas e imprecisas, además de que sólo se ajustaron al momento en el cual se redactaron.

CUARTA.- Considero que la definición dada por el jurista Luis Jiménez de Asúa es la más completa y acertada para analizar todos los elementos integrantes-

del delito, al decir que es: "El acto típicamente anti-jurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputables a un hombre y sometido a una sanción penal".

QUINTA.- Doctrinariamente el estado de necesidad tiene raíces muy antiguas, concretamente los países y ordenamientos jurídicos que cuentan con antecedentes del estado necesario son: El Derecho Hindú, el Derecho Romano, El Derecho Germánico, El Derecho Medieval y El Derecho Español.

Siendo que los ordenamientos legales que han hecho una elaboración más exhaustiva de la figura del estado de necesidad, son El Derecho Romano, El Derecho Germánico, y consecuentemente el Derecho Canónico, este último limitándolo al hurto famélico.

SEXTA.- En mi opinión el estado de necesidad, conforme a la doctrina y siguiendo la definición formulada por el maestro Franz Von Liszt se concibe en esta forma:

"Es una situación de peligro actual de los -- intereses protegidos por el Derecho, en la cual no que-

de otro remedio que la violación de los intereses de -- otro jurídicamente protegidos".

SEPTIMA.- Para el redactor, el estado de necesidad se define como aquel conjunto de circunstancias - de hecho que obligan al individuo, ante la alternativa- o predicamento de que un bien valioso para él inclusive la vida misma sucumba o siga subsistiendo, aunque a consecuencia de esa decisión se origine la comisión de un acto que las leyes penales consideran como delito.

OCTAVA.- Dentro de la evolución que ha tenido el estado de necesidad dentro de la Legislación Penal - Mexicana, se tiene que desde el Código Penal de 1871, - ya se contenía un precepto legal que regulaba el estado necesario, encontrándose en el artículo 34 fracción -- 11a. del Código de referencia, precepto que aún cuando- de manera expresa no señalaba los derechos y bienes protegidos se entendía que estaban comprendidos la vida, - la integridad corporal, la libertad, el honor, el pudor, limitando el daño única y exclusivamente a la propiedad y no así a las personas.

Además se puede notar que el Código en cita - limita el valor del bien sacrificado siempre y cuando -

sea menor el salvado.

NOVENA.- El estado de necesidad en el Código Penal de 1929, cambia literalmente la redacción del Ordenamiento de 1871, pero conserva su contenido.

En efecto, el Código Penal de 1871 lo definía como el "causar daño en la propiedad ajena por evitar un mal grave y actual, siempre que el mal que se cause sea menor que el que se trate de evitar y que para impedirlo no se tenga otro medio practicable y menos perjudicial que el que se emplea".

El Código Penal de 1929 en su artículo 45 - - fracción VI lo definía como "el causar daño en propiedad ajena para evitar un mal grave y actual siempre que para inferirlo el causante no tenga otro medio practicable y menos perjudicial que el que se emplea".

De lo anterior advertimos que sólo cambia en cuanto a las palabras, pero su contenido no varía, puesto que el enfoque del estado de necesidad se circunscribe únicamente a causar el daño en la propiedad ajena, - no haciendo extensiva la facultad para causar daño en la vida y demás derechos de otras personas, como lo ha-

ce el Código Penal vigente.

Se puede observar que lo único que olvidó el Código Penal de 1929 al transcribir la redacción que da el Código Penal de 1871 del estado de necesidad, es hacer referencia a que el mal sea menor que el que se trate de evitar.

DECIMA.- El Código Penal de 1931 como se puede advertir de la lectura de la segunda parte de la - - fracción IV del artículo 15, sigue conservando propia - - mente el contenido de los dos ordenamiento señalados -- con anterioridad, pero autoriza a causar el daño no sólo en la propiedad, sino en la vida también, admitiendo además la intervención de terceros y no amparando a - - aquellas personas que tienen el deber jurídico de su- - frir el daño.

DECIMA PRIMERA.- Los casos específicos de estado de necesidad que regula el Ordenamiento Penal vigente, se puede observar que sus antecedentes legislativos más remotos, se encuentran, del aborto necesario -- desde el Ordenamiento de 1871 y del robo por hambre, -- su antecedente se consigna desde el Código Penal de - - 1929, conservándose hasta la actualidad en los artícu -

los 334 y 339 del Código Penal de 1931.

DECIMA SEGUNDA.- En los Códigos Penales de 1871 y 1929 ya existía una duplicidad del estado necesario, pues por un lado existe una norma general y por otro una particular y si dentro de la norma general entran todos los posibles casos de estado necesario, no era imprescindible la redacción específica de estos casos especiales de necesidad, por tanto ya era obsoleta la redacción de los mismos desde los Ordenamientos citados con antelación.

DECIMA TERCERA.- La institución jurídica que me ocupa, doctrinalmente empieza a desentrañar su naturaleza jurídica en el Siglo XVII, tratando de ubicarla en un principio fuera del campo del Derecho, con las teorías neutralistas, en las que se encuentran tres órdenes de pensamiento, siendo éstos, el de volver a la comunidad de bienes y al estado de naturaleza; situándolo fuera del Derecho Penal o bien amparándolo en la inutilidad práctica de la pena o también buscando un origen de índole subjetivo, fundándolo como una causa de inimputabilidad o de la violencia moral, como causa de impunidad, como causa de inculpabilidad o dentro de la teoría de la propia conservación que sustentó la Escue-

la Positiva.

Finalmente otorgándole un nacimiento puramente objetivo, con las teorías mixtas o intermedias, en las que se encuentran la de la propia conservación en su pleno auge, la de colisión de intereses y la de colisión de derechos o bienes.

DECIMA CUARTA.- La Legislación Penal Mexicana define al estado de necesidad, en la segunda parte de la fracción IV del artículo 15, como la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

DECIMA QUINTA.- Los requisitos integrantes de la definición anterior son: que exista un peligro real, grave e inminente; que se lesione o destruya un bien protegido por el Derecho; que el peligro no sea provocado dolosamente y que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

DECIMA SEXTA.- El estado de necesidad propiamente se encuentra sujeto al requisito de que no exista

otro medio practicable y menos perjudicial para que se origine, puesto que aún cuando se de la realidad, gravedad e inminencia del peligro, si éste puede ser evitado por un medio que sea menos perjudicial no se estaría en presencia de la figura jurídica del estado necesario.

DECIMA SEPTIMA.- El Código Penal vigente, incide en una redundancia al exigir dos requisitos de idéntico significado, éste es la necesidad y la no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial, puesto que este último requisito es indiscutiblemente la necesidad en su amplia extensión, por lo tanto debe suprimirse dicho requisito.

DECIMA OCTAVA.- El estado de necesidad descansa básicamente en un conflicto de intereses, haciendo notar que la fracción IV del artículo 15 del Ordenamiento Punitivo no hace distinción alguna al valor del bien sacrificado y el subsistente. Pero la mayoría de los penalistas, sostienen que cuando se sacrifica un bien menor, sobreviviendo el mayor, se está en presencia de una verdadera causa de justificación y cuando se trata de un conflicto de bienes iguales se está en presencia de una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

DECIMA NOVENA.- De acuerdo a la doctrina penal, el Ordenamiento Punitivo no limita el auxilio necesario sólo a la persona que sufre el daño, sino que además lo amplía a terceras personas, pero es de señalarse que dicha norma debe ser perfeccionada, de tal manera que sólo sea extendida a personas que se encuentren íntimamente ligadas, para determinar que actuaron verdaderamente en estado de necesidad.

VIGESIMA.- Respecto de la figura específica del aborto necesario que regula el Código Penal en su artículo 334, sostengo que se trata de una excusa absolutoria, porque se encuentra contemplada dicha disposición legal en la parte especial del Código Penal como todas las excusas absolutorias y también porque suprime la pena y si la finalidad específica de las excusas absolutorias es la supresión de la misma, es evidente que se trata de una excusa absolutoria.

Asimismo por el hecho de que si en el estado de necesidad siempre hay un conflicto de bienes en el cual subsiste el de mayor jerarquía, tratándose de bienes desiguales, si en esta figura existen dos intereses iguales como son la vida de la madre y del embrión, es incuestionable que no se surten los supuestos del esta-

do de necesidad como causa de justificación.

Lo anterior es así, puesto que si el artículo 22 del Código Civil le otorga la protección de la ley - al individuo desde el momento en que es concebido, lógicamente debe ser considerado una vida aún cuando toda - vía no sea viable.

En estas condiciones, se puede afirmar que -- jurídicamente se está en presencia de la no exigibili - dad de otra conducta, puesto que no puede exigírsele a - la madre otro modo de obrar, considerando la conducta - de quien sacrifica un bien para salvar otro del mismo - valor antijurídica, pero que por cuestiones sociales -- debe suprimirse.

VIGESIMA PRIMERA.- En lo tocante al robo de - famélico, considero que no puede ubicarse como una ver - dadera causa de justificación, ya que el legislador de - 1931, limitó el apoderamiento a una sola vez, circuns - tancia que excluye su justificación, y que por ello se - circunscribe a una circunstancia de excusa absolutoria, - pues de repetirse dicho hurto varias veces, se caería -- en una causa de justificación.

VIGESIMA SEGUNDA.- Por último deben suprimirse del Código Penal los casos específicos de estado de necesidad consignados en el mismo, puesto que si dentro de la fracción IV del artículo 15 del citado Código, -- existe un concepto amplísimo, en el que se encuentran -- todos los posibles casos de estado de necesidad, resulta ociosa y por demás innecesaria la redacción de los -- artículos 334 y 379, de la Ley Penal.

B I B L I O G R A F I A

OBRAS CONSULTADAS

- 1.- ABARCA, RICARDO.- "El Derecho Penal en México", Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, Serie B. Vol. III, Revista de Derecho y - Ciencias Sociales, México, D. F.
- 2.- ABISAMBRA GALLEGOS, JORGE.- "El Estado de Necesidad en el Derecho Civil", Editorial Kelly, Universidad Javeriana, Bogotá 1946.
- 3.- ALMARAZ, JOSE.- "Algunos Errores y Absurdos de la - Legislación Penal de 1931", México 1941.
- 4.- ALMARAZ, JOSE.- "Tratado Teórico y Práctico de Ciencia Penal", Tomo II, El Delincuente, México 1948, S/E.
- 5.- ANTOLISEI, FRANCISCO.- "Manual de Derecho Penal", - Parte General, Traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Angel Torio, - - Unión Tipográfica, Editorial Hispano Americana, Argentina Buenos Aires 1960.
- 6.- BETHIOL, GUISEPPE.- "Derecho Penal", Parte General, Editorial Temis, Bogotá 1965.
- 7.- BOSQUE BALLESTEROS, JOSE MANUEL.- "Consideraciones - Sobre Algunas Excluyentes de Responsabilidad", Escuela Nacional de Jurisprudencia, - UNAM, México 1941.
- 8.- CABANELLAS, GUILLERMO.- "Lecciones de Derecho Penal", 1a. Edición, Zacatecas 1962.

- 9.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- "Código Penal Anotado", 2a. Edición, Antigua Librería Robredo, México 1966.
- 10.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.- "Derecho Penal Mexicano", Parte General, 13a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1980.
- 11.- CARRARA, FRANCISCO.- "Programa del Curso de Derecho Criminal", Editorial Temis, Bogotá 1956.
- 12.- CARRERAS, RAUL EDUARDO.- "Las Causas de Justificación en el Código Penal", Editorial Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1978.
- 13.- CASTELLANOS TENA, FERNANDO.- "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa, S. A., 14a. Edición, México 1980.
- 14.- CUELLO CALON, EUGENIO.- "Derecho Penal", Tomo I, - Parte General, 3a. Edición, Considerablemente emitida y adaptada al Código Penal de 1931, Editorial Bosch, Barcelona 1935.
- 15.- DE P. MORENO, ANTONIO.- "Derecho Penal Mexicano", - Parte Especial de los Delitos en Particular, Editorial Porrúa, S. A., México 1968.
- 16.- DIAZ PALOS, FERNANDO.- "El Estado de Necesidad", - Editorial Bosch, S/E.
- 17.- FONTAN BALESTRA, CARLOS.- "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Parte General, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966.
- 18.- FRANCO SODI, CARLOS.- "Nociones de Derecho Penal", Ediciones Botas, 2a. Edición, 1950.

- 19.- GARRIDO, LUIS Y CENICEROS JOSE ANGEL.- "La Ley Penal Mexicana", Ediciones Botas, México 1934.
- 20.- GUISEPPE, MAGGIORE.- "Derecho Penal", El Derecho Penal-El Delito, Vol. I, Editorial Temis, - Bogotá 1954.
- 21.- GOMEZ, EUSEBIO.- "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Editorial Cía. Argentina de Editores Sociedad de Responsabilidad Limitada, Tucumán Buenos Aires 1969.
- 22.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- "Derecho Penal -- Mexicano", Los Delitos, 13a. Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1975.
- 23.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO.- "El Código Penal-Comentado", 5a. Edición, Editorial Porrúa, - S. A., México 1981.
- 24.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- "El Aborto", Editorial Atalaya, Buenos Aires.
- 25.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- "La Ley y El Delito", Principios de Derecho Penal, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1978, 5a. Edición.
- 26.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS.- "Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, 2a. Edición, Editorial Lozada, S.- A., Buenos Aires.
- 27.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial, La Tutela Penal del Patrimonio, Tomo IV.
- 28.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO.- "La Antijuricidad", Imprenta Universitaria, México 1952.
- 29.- MACHORRO NARVAEZ, PAULINO.- "Derecho Penal Especial Mexicano".

- 30.- MARTINEZ LICONA, R. ARISTEO.- "Dogmática del Delito en la Legislación Penal Veracruzana y en la del Distrito y Territorios Federales", - Ensayo, México 1953.
- 31.- MEZGER, EDMUNDO.- "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Nueva Edición Revisada y puesta al día - por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial-Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.
- 32.- MEZGER, EDMUNDO.- "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, - Traducción de la 2a. Edición Alemana por -- José Arturo Rodríguez Muñoz y 3a. Edición - adicionada por Antonio Quintano Ripollés, - Madrid 1957.
- 33.- PAVON VASCONCELOS FRANCISCO.- "Manual de Derecho - Penal Mexicano", Parte General, 3a. Edición, Editorial Porrúa, México 1974.
- 34.- PORTE PETIT, CELESTINO.- "Apuntes de la Cátedra de Derecho Penal", Escuela Libre de Derecho.
- 35.- PORTE PETIT, CELESTINO.- "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", 4a. Edición,- Editorial Porrúa, S. A., México 1978.
- 36.- PORTE PETIT, CELESTINO.- "Derecho Penal Mexicano", Parte Especial, La Tutela Penal del Patrimonio, Tomo IV, Editorial Antigua Librería-Robredo, México 1963.
- 37.- PORTE PETIT, CELESTINO.- "Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal", Gráfica Panamericana, S. de R. L., México 1954.
- 38.- PUIG PEÑA, FEDERICO.- "Derecho Penal", Parte General, Tomo I, Vol. I, 5a. Edición, Ediciones Nauta, S. A., Barcelona 1959.
- 39.- RAMOS, JUAN P.- "Curso de Derecho Penal", Tomo II, 3a. Edición, Biblioteca Jurídica, Argentina Buenos Aires 1943.

- 40.- SOLER, SEBASTIAN.- "Derecho Penal Argentino", 3a.- Edición, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1956.
- 41.- SOLER, SEBASTIAN.- "Derecho Penal Argentino", Tomo II, Tipográfica Editora, Argentina Buenos Aires 1970.
- 42.- VELA TREVIÑO, SERGIO.- "Antijuridicidad y Justificación", Editorial Porrúa, S. A., México -- 1976.
- 43.- VICENZO, MANZINI.- "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, Santiago Melendo, Buenos Aires 1949, Traducción de la Obra Italiana Trattato di Diritto Penale Italiano Torino, Unione, Tipográfica.
- 44.- VILLALOBOS, IGNACIO.- "Derecho Penal Mexicano", -- Editorial Porrúa, S. A., 2a. Edición, México 1950.
- 45.- VON LISZT, FRANZ.- "Tratado de Derecho Penal", --- Traducido de la 2a. Edición alemana por --- Luis Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña, 2a. Edición, Tomo II, Editorial Reus, Madrid 1927.

L E G I S L A C I O N

- 46.- Código Penal de 1871 para el Distrito Federal y -- Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos Contra la Federación.

- 47.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.
- 48.- Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931.
- 49.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 50.- Trabajos de Revisión del Código Penal de 1871, Tomo IV, México 1914.

R E V I S T A S

- 51.- Revista Criminalia "El Estado de Necesidad", Año II, Septiembre de 1934-Agosto de 1935, Editorial Botas, México.
- 52.- Revista Criminalia, "Las Eximentes de Responsabilidad", Año IV, 1937-1938, Ediciones Botas, México.- González de la Vega Francisco.
- 53.- Revista "El Foro", Organo de la Barra Mexicana, -- Colegio de Abogados, "El Estado de Necesidad", Diciembre de 1949, Segunda Epoca, Tomo VI, No. 4.
- 54.- Revista Criminalia "Las Excluyentes de Responsabilidad en el Proyecto de Código de Morelos", Tomo XI, Editorial Botas, México 1945.
- 55.- Revista Mexicana de Derecho Penal "Robo Familiar", 4a. Epoca, No. 1, Septiembre-Octubre de 1971, Porte Petit, Celestino.

- 56.- Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXI.
- 57.- Boletín de Información Judicial, Tomo XII.
- 58.- Diccionario de la Lengua Española Real Academia --
Española, 19a. Edición, Editorial Espasa --
Calpe, S. A.
- 59.- Nuevo Diccionario Ilustrado Sopena de la Lengua -
Española, Editorial Ramón Sopena, S. A., --
Barcelona 1972.

M-0030867