



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"ACATLAN"

REFORMA AL ARTICULO 15-IV DEL CODIGO
PENAL PARA EL D. F. RELATIVO AL ESTADO
DE NECESIDAD COMO EXCLUYENTE DE
RESPONSABILIDAD

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FERNANDO CRUZ BELLO

M-0064127

No. de Cuenta
8003155-2



Acatlán, Noviembre de 1987



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.

A MI ABUELITA:

ELVIRA LOPEZ AGUILAR (Q.E.P.D.)

MUJER INOLVIDABLE, con todo mi amor y admiración, a -----
quien la muerte me arrebató cuando yo más la necesitaba.

Recuerdo que desde pequeño me brindó cariño y protección
sinigual, y con su ejemplo de lucha y superación me enseñó --
que el más grande obstáculo siempre será insignificante si se
cuenta con la voluntad inquebrantable de salir adelante.

Se fue ... sin tener la satisfacción de ver a su primer
nieta recibido.

Dios no me permitió, tan sólo por unos meses, dársela.

Pero estoy seguro que allá donde ella se encuentra com---
parte conmigo la felicidad de este día.

SIRVA ESTE TRABAJO COMO UN HUMILDE HOMENAJE A SU BENDITA MEMORIA.

A quienes me trajeron al mundo y me mostraron a él con orgullo, haciendo de mí un hombre de bien.

A ellos, que además de darme todo su amor y su apoyo sin comparación, guiaron mis pasos por un camino de justicia y verdad, haciendo posible el alcance de uno de los más grandes anhelos de mi vida.

A MIS PADRES:

Que han sido luz en mi oscuridad, alegría en mi tristeza, razón en mi existir, y porque aún pueden saberlo.

J U A N C R U Z A R C E .

HOMBRE DE FIRMES CONVICCIONES E INQUEBRANTABLE VOLUNTAD, pues con la fortaleza que siempre me ha mostrado, pudo guiarme por este difícil sendero sin importar los sacrificios que sólo los dos sabemos tuvo que pasar para que yo lograra llegar a esta meta.

A TI PAPA que supiste siempre motivarme y darme la confianza y amor que sólo de un hombre como tú se pueden obtener.

R O S A B E L L O D E C R U Z .

MUJER DE MIL DESVELOS E INCONTABLES SACRIFICIOS, a quien no sólo la vida debo, sino también la paciencia, estímulo y gran amor que a mí han sido prodigados a lo largo del azaroso y extenuante camino que significa la formación de un hijo.

Con la más ferviente adoración de quien tiene la ENORME DICHA de ser SU HIJO.

¿ Cómo expresar con palabras mi agradecimiento, respeto y amor hacia ellos; cuando estos sentimientos han sido producto de una vida llena de esfuerzo, sacrificio, cariño, ejemplo y amistad; cuando de manera tan profunda invaden todo nuestro ser ?

Sólo sé de un medio: SEÑOR ... BENDICELOS. Y ayúdame a ser DIGNO DE ELLOS.

A TI BEATRIZ:

NOVIA EJEMPLAR, con todo mi amor.

Per haber compartido conmigo todos aquellos momentos tan amargos y difíciles unos y tan alegres otros, brindándome tu apoyo y tu gran ayuda desinteresada con la dedicación y el cariño que sólo tú sabes dar.

Nunca olvidaré tus palabras ni todo lo que has hecho por mí para ver realizados mis sueños.

Per esto y muchas cosas más quiero que sepas que te estaré ETERNAMENTE AGRADECIDO y que siempre serás en mi vida -----
ALGUIEN MUY ESPECIAL.

A MIS HERMANOS:

LUCIA

GUILLERMO

ARMANDO

JORGE LUIS

Así como a mis cuñados JESUS e IRMA.

Y muy especialmente a mi querido sobrino NETZI y a ALBERTO.

Con fraternal cariño.

Per la suerte de convivir con ellos y demostrarme a cada momento, en su máxima expresión, el maravilloso significado de lo que es ser un HERMANO.

Deseo de todo corazón que, al igual que yo, lleguen a --
ver cumplidas sus más bellas ilusiones.

A MIS TIOS:

MANUEL Y ANA

Como muestra de mi más profundo agradecimiento por lo -- que han significado para mí su apoyo, sus valiosos consejos y su ejemplo.

Por haberme enseñado que en la vida todo lo que uno quiere se consigue a base de esfuerzo y sacrificio; y que el verdadero valor de una persona radica en la " sencillez ".

A MIS TIAS:

SARA Y ESTELA BELLO

Con el cariño de quien las quiere como un hijo; esperando que también ese puedan ver en mí.

Porque es muy bonito saber que desde siempre nos han amado y se han preocupado por nosotros. MUCHISIMAS GRACIAS.

A LA FAMILIA CRUZ:

ANGELA Y MAGDALENO

ERNESTO Y ORALIA

RAUL

ARTURO Y LUPE

VIRGINIA

MARTIN

Gran ejemplo de VALOR Y DECISION.

Quienes se han abierto camino en la vida a base de trabajo, sacrificio y lo más importante: HONRADEZ.

Porque aun a pesar de que MI ABUELITA, que es EL PILAR -- de esta familia, ya no está físicamente con nosotros, se ha -- mantenido unida como muy pocas.

A todos ellos mi más sincera admiración.

A LAS MEJORES AMIGAS:

ROSA MARIA Y MARIA ELENA CHAVEZ

Por su invaluable y desinteresada ayuda.

Con nada podré pagarles tan noble gesto.

AL ILUSTRE JURISTA:

JORGE HUITRON MARQUEZ

Ejemplo de amistad, sabiduría y conocimiento, por su valiosa colaboración y ayuda, bajo cuya dirección fue posible la realización del presente trabajo.

AL LICENCIADO:

JORGE PERALTA SANCHEZ

Con especial estimación por la espontánea amistad, apoyo y ayuda que me brindó.

AL HONORABLE JURADO:

LIC. JORGE HUITRON MARQUEZ

LIC. RENE ARCHUNDIA DIAZ

LIC. JORGE PERALTA SANCHEZ

LIC. MIGUEL GONZALEZ MARTINEZ

LIC. MOISES MORENO RIVAS

Por su confianza y atenciones para conmigo.

" INDICE "

| | Página |
|---|--------|
| INTRODUCCION..... | 1 |
| CAPITULO I: NOCION DEL DELITO. | |
| A) GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICION DEL DELITO..... | 4 |
| B) EL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA..... | 5 |
| C) DEFINICION SOCIOLOGICA DEL DELITO..... | 6 |
| D) NOCION VULGAR DEL DELITO..... | 10 |
| E) CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO..... | 11 |
| 1. Noción Jurídico Formal..... | 11 |
| 2. Noción Jurídico Substantial..... | 12 |
| a) Concepción Totalizadora o Unitaria..... | 12 |
| b) Concepción Analítica o Atomizadora..... | 13 |
| F) ELEMENTOS DEL DELITO..... | 14 |
| 1. La Prelación Lógica entre los Elementos del Delito..... | 15 |
| 2. Punibilidad..... | 16 |
| 3. Aspectos Negativos del Delito..... | 17 |
| CAPITULO II: LA CULPABILIDAD. | |
| A) CONCEPTO..... | 20 |
| B) TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD..... | 22 |
| 1. La Teoría Psicológica..... | 23 |
| 2. La Teoría Normativa..... | 27 |
| C) FORMAS DE LA CULPABILIDAD..... | 31 |
| CAPITULO III: LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD. | |
| A) LA INCULPABILIDAD..... | 33 |
| B) CAUSAS DE INCULPABILIDAD..... | 34 |
| 1. Noción | |
| 2. Clasificación..... | 35 |
| CAPITULO IV: LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA DE - INCULPABILIDAD. | |
| A) SU FUNDAMENTACION..... | 38 |

M-0064127

| | |
|--|----|
| 1. El No Deber Omitir la Conducta..... | 41 |
| 2. El No Poder Evitar la Conducta..... | 44 |
| B) EL ESTADO DE NECESIDAD TRATANDOSE DE BIENES DE IGUAL ENTIDAD COMO CASO ESPECIFICO DE NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA..... | 49 |

CAPITULO V: LA ANTIJURIDICIDAD.

| | |
|--|----|
| A) CONCEPTO..... | 56 |
| B) NATURALEZA..... | 60 |
| C) CRITERIOS SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD..... | 68 |
| 1. Criterio objetivo..... | 68 |
| 2. Criterio Subjetivo..... | 72 |
| D) CLASES DE ANTIJURIDICIDAD..... | 75 |
| 1. Antijuridicidad Formal..... | 76 |
| 2. Antijuridicidad Material..... | 77 |

CAPITULO VI: LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

| | |
|---|----|
| A) AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD..... | 82 |
| B) CONCEPTO..... | 83 |
| C) DIFERENCIA CON OTRAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD..... | 86 |
| D) EXCLUSION FORMAL Y MATERIAL DE LA ANTIJURIDICIDAD..... | 87 |
| E) SU FUNDAMENTACION..... | 89 |

CAPITULO VII: EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACION.

| | |
|--|-----|
| A) CONCEPTO..... | 93 |
| B) NATURALEZA..... | 94 |
| C) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL D.F. DE 1931 | 96 |
| D) PROYECTOS DE CODIGO PENAL PARA EL D.F. DE 1949 y 1958, Y DE- CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963..... | 96 |
| E) ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD..... | 98 |
| F) EXTENSION DEL ESTADO DE NECESIDAD EN CUANTO A LOS BIENES..... | 101 |
| G) DIFERENCIAS CON LA LEGITIMA DEFENSA..... | 102 |
| H) PELIGRO PROVOCADO..... | 105 |
| I) EXTENSION DEL ESTADO DE NECESIDAD EN CUANTO A LAS PERSONAS... | 106 |
| J) EXCEPCION LEGAL..... | 107 |
| K) CASOS ESPECIFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD REGULADOS EXPRESA-- MENTE EN LA LEY..... | 108 |
| 1. El Aborto Terapéutico..... | 108 |
| 2. El Robo de Famélico..... | 111 |

CAPITULO VIII: DERECHO COMPARADO.

| | |
|--|-----|
| A) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL..... | 115 |
| B) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ALEMAN..... | 116 |
| C) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ITALIANO..... | 117 |
| D) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO..... | 119 |
| E) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE_ GUANAJUATO..... | 120 |
| F) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE_ MEXICO..... | 122 |
| CONCLUSIONES..... | 123 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 128 |

*** INTRODUCCION ***

El Estado de Necesidad es una excluyente de responsabilidad - en la que los tratadistas no se han puesto de acuerdo todavía con -- respecto a su naturaleza jurídica.

Hay quienes la consideran como una causa de justificación o - como una causa de inculpabilidad, según sea el caso; mientras que -- otros la consideran como una excusa absolutoria.

La primera corriente es la más aceptada por nuestros penalistas. Se argumenta que debe realizarse una estimación valorativa entre los bienes que se encuentran en conflicto para poder determinar_ cuándo estamos frente a una causa excluyente de responsabilidad y - cuándo frente a la otra.

El presente trabajo de investigación pretende dejar sentadas_ las bases para poder afirmar que el Estado de Necesidad deber operar " UNICAMENTE" como causa de justificación, cuando se sacrifica un - bien de menor valor para intentar salvar otro de mayor valor, fundamentándose en el principio del interés preponderante; o como causa - de inculpabilidad, cuando el conflicto surge entre intereses de -- igual valor, de acuerdo a la no exigibilidad de otra conducta, reconocida ampliamente por nuestro Derecho.

Para lograr lo anterior principiamos haciendo un análisis sobre la Noción del Delito para señalar dentro de cuáles elementos se halla incluida la figura jurídica que nos ocupa. Es decir, pretendemos fijar el lugar que le corresponde al Estado de Necesidad dentro_ de la teoría general del delito.

Damos a conocer las diferentes definiciones que se han elaborado del delito a través del tiempo por algunas Escuelas, como son:- la Escuela clásica y la Escuela Sociológica. Hasta llegar al actual_ concepto jurídico del mismo.

Establecemos cuáles son los elementos constitutivos del delito así como sus aspectos negativos y la prelación lógica que existe_ entre ellos.

Ofrecemos algunos argumentos para explicar por qué no consideramos la Punibilidad como elemento esencial del delito.

En el Segundo Capítulo nos ocupamos de estudiar lo relativo a la teoría de la Culpabilidad, que si bien dentro de la prelación lógica entre los elementos del delito se presenta después de la Antijuridicidad y, por lo tanto tendríamos que analizar en primer lugar a ésta última, no lo hacemos así por esta única vez por convenir a los fines de mi trabajo de Tesis, pues de esta manera puedo terminar elaborando un análisis lo más completo posible sobre el tema central de la misma, a saber: El Estado de Necesidad.

El Tercer Capítulo lo dedicamos, siguiendo un riguroso orden, a establecer la noción y el fundamento de aquellas causas que eliminan la Culpabilidad (Aspecto Negativo de este elemento).

En el siguiente Capítulo hacemos un análisis sobre el fundamento de la No Exigibilidad de otra Conducta y sobre el Estado de Necesidad, como caso específico de aquélla, considerado así doctrinalmente cuando el conflicto surge entre bienes de igual valor.

Es hasta el Capítulo Quinto donde incluimos el estudio sobre la teoría de la Antijuridicidad por las razones anteriormente expuestas.

En el Capítulo Sexto, al tratar sobre las Causas de Justificación (Aspecto Negativo de la Antijuridicidad), pretendemos establecer algunas diferencias entre éstas y otras exluyentes de responsabilidad, al igual que su fundamentación.

El Capítulo Séptimo lo dedicamos a realizar un análisis exhaustivo, hasta donde nos es posible, sobre la fracción IV del Artículo 15 del Código Penal para el D.F. referente al Estado de Necesidad, tratando de dar un concepto lo más aceptable que se puede del mismo, de establecer su naturaleza jurídica de acuerdo a la valoración de los bienes que se encuentran en conflicto, de estudiar sus elementos constitutivos, de fijar su extensión en cuanto a los bienes y personas que ampara, de señalar algunas diferencias que existen entre éste y la legítima defensa, entre otras cuestiones.

También incluimos dentro del Capítulo comentado a los dos Casos Específicos del Estado de Necesidad que se encuentran regulados de manera expresa en nuestra Legislación Penal, a saber: El Aborto Terapéutico y el Robo de Fideicomiso.

Por último el Capítulo Octavo lo consagramos al estudio de algunos Códigos Penales Extranjeros y Nacionales en lo que se refiere a la figura jurídica motivo de nuestro estudio.

Hemos tratado de abordar cada capítulo del presente trabajo de Tesis de la manera más completa, abundando sobre los criterios más conocidos al respecto, con la intención de poderles ofrecer un panorama bastante amplio y detallado de la circunstancia excluyente de responsabilidad a estudio.

No descartamos la posibilidad de que, durante el desarrollo de la presente Tesis Profesional, la cual desde este momento sometemos a su fina consideración, hayamos incurrido en algunos errores analíticos, por lo que de antemano hacemos patente nuestro sincero agradecimiento a la indulgencia que se sirva concederle.

CAPITULO PRIMERO
" NOCION DEL DELITO "

A) GENERALIDADES SOBRE LA DEFINICION DEL DELITO.

La palabra delito deriva del supino dilictum del verbo latino delinquere, a su vez compuesto de "linquere", dejar, y el prefijo - " de ", que en la connotación peyorativa significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.

A través del tiempo, delito ha sido entendido como una valoración objetiva y subjetiva, que encuentra su fundamento en las relaciones surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Los tratadistas han tratado de buscar una definición del delito que tenga validez universal, pero como está íntimamente ligado a la manera de pensar de cada país y a las necesidades de cada época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter lo han perdido en función de situaciones diversas, y viceversa, acciones que no eran delictuosas se han constituido como delitos.

Delito se ha convenido en llamar a todo atentado grave al orden jurídico; y si la finalidad de éste es lograr la justicia, la seguridad y el bien común, el delito es tal porque lesiona o pone en peligro alguno de estos tres valores.

El derecho vigente trata de interpretar las necesidades del bien común, de la seguridad jurídica y los alcances de la justicia. En distintas épocas y en distintos lugares pueden ofrecerse diversas interpretaciones, acertadas o erróneas, acerca del orden jurídico, aplaudiendo a veces lo que en ocasiones se reprueba; o bien, sobrees

timando la importancia de algunas infracciones, erigiéndolas en delitos; o por el contrario, considerando de poca trascendencia al orden colectivo determinados desacatos que, así, quedarán en la esfera del derecho privado.

En otras palabras, el concepto que se trate de elaborar acerca del delito está sometido tanto a las condiciones cambiantes de cada época como a los criterios divergentes de cada nación.

Pero a pesar de lo expuesto en las líneas precedentes, puede ensayarse una definición del delito jurídicamente atendiendo a sus elementos esenciales.

B) EL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA.

El principal exponente de esta escuela es Francisco Carrara, quien con su concepto de " ente jurídico ", distinguiéndolo del " ente de hecho " porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho, define al delito como " la infracción a 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 ". (1)

Se destaca que el delito es una violación a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito cuando choca contra ella; y para no confundirla como cualquiera otra perteneciente al ámbito de la conciencia del hombre, afirma que debe ser dictada precisamente por

(1) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. 18a Ed. México. 1983. Pág. 125

el Estado, precisando así su naturaleza penal, pues sólo esta ley se dicta en consideración a la seguridad de los ciudadanos.

Precisa, además, que tal infracción deber ser resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, excluyendo de la tutela penal las simples opiniones, deseos y pensamientos, significando también que solamente el hombre puede ser agente activo del delito, tanto en sus acciones como en sus omisiones. La imputabilidad moral fundamenta la responsabilidad del sujeto en virtud de su naturaleza.

Y por último, la calificación de políticamente dañoso da su verdadero sentido a la infracción de la ley.

El delito no lo ha definido como una acción, sino como una infracción, porque su concepto no se deriva del hecho material ni de la prohibición de la ley, considerados aisladamente, sino del conflicto entre aquél y ésta; es decir, en la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley.

Esta definición es fuente de múltiples progresos porque puede encontrarse en ella la base de los conceptos actuales constituidos por una serie de elementos, como son: la conducta, la antijuridicidad, la imputabilidad, entre otros.

C) DEFINICION SOCIOLOGICA DEL DELITO.

Durante largos años los positivistas se limitaron a repetir - que el delito era un hecho natural, fruto de factores antropológicos, físicos y sociales, pero sin definirlo. Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, define el delito natural como " La violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida me

dia indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".
(2)

Como consecuencia de esta concepción no forman parte de la criminalidad natural los hechos que lesionan el sentimiento religioso, los que atañen al pudor, los atentatorios al buen orden de la familia, los delitos políticos, etc.. Pero esto no quiere decir que quedarán impunes, pues según el propio autor, es necesaria una sanción penal para toda desobediencia a la ley, hiera o no los sentimientos altruistas. Los que no atacan esos sentimientos de piedad y probidad, punibles a pesar de todo, son los delitos legales o de creación política.

" Según Garófalo, los delitos naturales se dividen en dos categorías.:

- Ofensas al sentimiento de piedad.- Comprenden, en primer lugar, agresiones contra la vida de las personas y toda clase de actos que tiendan a producir un mal físico (lesiones, mutilaciones, etc.); en segundo lugar, los actos físicos que producen un dolor a la vez físico y moral, como la violación de la libertad individual, el rapto sin consentimiento, la detención arbitraria, etc.; por último, los actos que por un medio directo producen necesariamente un dolor moral, como la calumnia, la difamación, etc..

- Ofensas al sentimiento de probidad.- Comprenden, en primer término, las agresiones violentas contra la propiedad, como el robo, el incendio, etc..; después las agresiones llevadas a cabo sin violencia, como el abuso de confianza, el fraude, y toda clase de falsificaciones

(2) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manuel de Derecho Penal Mexicano.
Parte General. Edit. Porrúa. 5a Ed. México. 1982. Pág. 157

dañosas a los derechos de los autores y fabricantes; y por último, las lesiones indirectas a la propiedad o a los derechos civiles de las -- personas por medio de mentiras solemnes, como los falsos testimonios, -- las falsificaciones de documentos auténticos, la supresión del estado_ civil, etc..

Los delitos legales o de creación política son: primeramente, - las acciones que van contra el Estado, como las que pueden provocar la guerra entre las potencias, insurrecciones, sediciones, etc.; después, las acciones que atacan al poder social sin fin político, como la re-- sistencia a los agentes de la ley, la usurpación de títulos, de funciones, sin propósito de lucro ilícito, negación de un servicio que se debe al Estado, el contrabando, etc.; luego, las acciones que atacan a - la tranquilidad pública, a los derechos políticos de los ciudadanos, - al respeto debido al culto o al pudor público, como las violaciones de domicilio, las riñas y los duelos en público, el ejercicio arbitrario_ de un derecho, la evasión de prisioneros, las detenciones arbitrarias, las ofensas a la religión, los actos obscenos en público, etc.; por - último, las transgresiones de la legislación particular de un país, como usar armas prohibidas sin autorización, la prostitución clandestina, las contravenciones a las leyes de ferrocarriles, telégrafos, aduanas, - caza, etc. ". (3)

Garófalo sentía la necesidad de observar algo e inducir de - ello una definición, y no pudiendo actuar sobre los delitos mismos, - no obstante que esa era la materia de su estudio, dijo haber observado los setimientos afectados por los delitos. El error era exactamente -

(3) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. III. Edit. Losada. 4a Ed. Buenos Aires. 1963. Pág. 46

el mismo, pues las variantes en los delitos debían traducirse en variabilidad de los sentimientos afectados.

Al respecto Villalobos argumenta que " de haber una noción sociológica del delito, no se definiría éste como hecho natural, sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales. La esencia de la luz se debe buscar en la naturaleza, pero la del delito como concepto a priori, es fruto de una valoración de ciertas conductas, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, según determinados criterios de utilidad social, de altruismo, de orden, etc. Por lo tanto, no se puede investigar en la naturaleza qué es el delito, porque por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar como delito. Y no podía ser de otra manera ya que la conducta del hombre puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico, y de sus especialísimos mecanismos, pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por estimaciones jurídicas ". (4)

Resulta ser que ni Garófalo -que trató de encontrar algo común al hecho ilícito en todos los tiempos y lugares, de manera que no estuviera sujeto a la constante variedad de su estimativa, según la la evolución cultural de los pueblos- ni toda los que siguieron sus pasos en el propósito de formular una definición del delito natural, --llegaron a ofrecer definición alguna. Se procuró desarrollar el con--

(4) Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. 2a Ed. México. 1960. Pags. 198-200

cepto de la antijuridicidad, fijando su contenido material, y nada más.

D) NOCION VULGAR DEL DELITO.

En la mente popular, la primera noción que se tiene del delito es la que se refiere a un acto u omisión sancionado por las leyes penales. Sin embargo, el estar sancionado por la ley con una pena no conviene a todo lo definido, como se requiere de una definición, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria, es decir, no se sancionan, y no por ello pierden su carácter delictuoso. Y no señala los elementos de lo definido -esenciales o descriptivos-, puesto que estar sancionado con una pena es un dato externo por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación. La sanción con penas es sólo un medio de represión extrínseco al hecho reprimido, empleado para la mayor parte de los delitos y no para todos ellos; todo lo cual lo inhabilita como dato para integrar la definición que se busca.

Una definición descriptiva puede no desentrañar directamente la esencia de lo definido sino acumular datos o propiedades de la misma para su reconocimiento; pero esos datos o esas propiedades deberán radicar en el objeto que se define o relacionarse con él de manera que, a través del tiempo y del espacio, exista la certeza de poder identificarlo.

CO
CO
5

L DELITO.

Para encontrar y elaborar una verdadera teoría del delito, -- los estudiosos del Derecho volvieron los ojos a la dogmática, único -- camino eficaz para lograrlo, sin incluir ingredientes causales expli-- cativos.

Se trata de lograr una noción completa, que no sólo abarque -- todos los elementos esenciales, de manera que pueda considerarse como una verdadera definición del objeto que trata de conocerse sino que, en una fórmula simple y concisa, lleve consigo lo formal y lo mate-- rial del delito, y permite un desarrollo conceptual por el estudio -- analítico de cada uno de esos elementos.

Desde éste punto de vista se han elaborado definiciones de ti po formal y de tipo substancial.

1. NOCION JURIDICO FORMAL.

Varios autores sostienen que la verdadera noción del deli-- to la suministra la ley positiva mediante la amenaza de una san--- ción penal para determinadas acciones u omisiones; pues sin una -- ley que sancione la ejecución u omisión de ciertos actos, no es po-- sible hablar de delito.

Si bien numerosos códigos modernos no definen lo que es de lito, pues la definición nada enseña a los doctos y nada aclara a los profanos, nuestros códigos penales han procedido distintamen-- te.

Sólo el proyecto de 1949 ha optado por no definir lo que -- debe entenderse por delito.

El Código Penal de 1871; nutrido en el Español de 1870, lo definía como " la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo

lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda " (artículo - primero); concepto sustancialmente idéntico al previsto en el mismo artículo del Código Penal Español de 1870 que a la letra dice: " Delitos son las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley "; aunque más imperfecto que él, pues el delito no viola la -- ley penal, sino al contrario, hace posible su aplicación.

En cuanto al Código Penal de 1929, lo definió como " la -- lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal " y fijó como tipos legales de los delitos los catalogados en el mismo código (artículo 11); definición 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.

El Código Penal de 1931, volviendo al de 1871 y tomando ejemplo del argentino, define el delito como " el acto u omisión - que sancionan las leyes penales " (artículo 7). Lo anterior sugiere de inmediato la cuestión de saber por qué lo sancionan o --- cuál es la naturaleza de ese acto para merecer las sanciones penales.

Esta definición es exclusivamente formalista, pero suficiente a los fines prácticos de la ley penal.

2. NOCION JURIDICO SUBSTANCIAL.

Existen dos concepciones en la doctrina para realizar el estudio jurídico substancial del delito:

a) CONCEPCION TOTALIZADORA O UNITARIA.

Según esta corriente, el delito no puede dividirse, ni aun para su estudio, por integrar un todo orgánico, un concepto indisoluble.

Sostienen que el delito es una especie de bloque monolítico

tico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en modo alguno fraccionable.

Que su verdadera esencia no está en cada uno de sus componentes ni tampoco en su suma, sino en el todo y en su intrínseca unidad. Y solo mirando el delito bajo éste aspecto es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea.

b) CONCEPCION ANALITICA O ATOMIZADORA.

Esta concepción estudia el delito desintegrándolo en -- sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, de manera - que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento.

El análisis no es la negación de la unidad sino que es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una concepción analítica.

Parece una verdad indiscutible que para que algo, sea - lo que fuere, se conozca y aprehenda en plenitud, se requiere - el conocimiento exacto y preciso de todos sus componentes, de - donde resulta que para el mejor entendimiento del delito, es necesario el análisis de sus partes integrantes, lo que equivale a decir que el método analítico es siempre preferible a cual---quiera otro.

Evidentemente, para poder entender el todo, se precisa el conocimiento cabal de sus partes, y ello no implica la negación de que el delito integra una unidad, pues sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que éste consiste.

En cuanto a los elementos que integran al delito no existe en la doctrina uniformidad de criterio, pues mientras algunos tratadistas señalan un número, otros lo configuran con --

. más elementos, surgiendo así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, etc..

F) ELEMENTOS DEL DELITO.

Para Cuello Calón el delito es " la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible ".(5)

Como puede verse, este tratadista considera que los elementos del delito son: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

Jiménez de Asúa lo define como " el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal ".(6)

En la definición anterior se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

Para Franz Von Liszt el delito es " un acto humano, culpable, antijurídico y sancionado con una pena ".(7)

Edmundo Mezger lo considera como " una acción típicamente antijurídica y culpable ".(8)

- (5) Derecho Penal. I. Parte General. Vol. 2. Edit. Bosch. 17a Ed. Barcelona. 1975. Pág. 236
- (6) La Ley y el Delito. Edit. Hermes. 2a Ed. Buenos Aires. 1954. Pág. 223
- (7) Tratado de Derecho Penal. II. Edit. Reus. Madrid. 1927. Pág. 254. Trad. Luis Jiménez de Asúa
- (8) Tratado de Derecho Penal. I. Edit. Rev. de Der. Privado. Madrid. 1955. Pág. 156. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz

Nos adherimos a éste último concepto, señalando, por lo tanto, como elementos esenciales del delito a los siguientes: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, más ésta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario; por las ideas expuestas arriba se deduce que sugerimos una concepción tetra--tómica del delito.

La imputabilidad debe aceptarse como un tecnicismo que se refiere a la capacidad del sujeto: capacidad para dirigir sus actos dentro del orden jurídico y que, por tanto, hace posible la culpabili---dad.

Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquélla; y aun cuando gramaticalmente pueda decirse que un acto es --imputable a un sujeto, la imputabilidad no se refiere a calidades del acto sino del sujeto. La imputabilidad es algo que lleva implícita --una verdadera capacidad de entender y de querer, puesto que entender y querer, al ejecutar un acto antijurídico, es lo que sirve de base -para constituir la culpabilidad.

En el delito se observa una rebeldía del hombre contra el Derecho legislado; tal oposición presenta dos aspectos: el objetivo y -el subjetivo.

La oposición objetiva es llamada antijuridicidad, porque el -hecho, en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico po--sitivo. El antagonismo subjetivo o culpabilidad, consiste en la rebellda anímica del sujeto frente al Derecho.

1. LA PRELACION LOGICA ENTRE LOS ELEMENTOS DEL DELITO.

Desde un punto de vista cronológico, concurren a la vez --

todos los elementos esenciales del delito, por ello suele afirmarse que no guardan entre sí prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos a la vez.

Mas en un plano estrictamente lógico, procede observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica -- está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró culpablemente.

La prelación lógica que existe entre esas partes integrantes del delito ha permitido el indiscutible mejoramiento del método de estudio, ya que el delito va adquiriendo paulatinamente su verdadera significación conforme se van enlazando armónicamente -- sus elementos integrantes, pero para lograr ese enlace se requiere de un método de trabajo, que no puede ser otro sino el del análisis, sin que en momento alguno se pierda de vista que se está ante la presencia de un todo, fragmentado sólo para efectos de lograr -- una mejor comprensión de la naturaleza intrínseca del delito.

Repetimos, entre los elementos constitutivos del delito no existe prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica.

2. LA PUNIBILIDAD.

La punibilidad, como merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento.

Una conducta humana es sancionada cuando se le califica -- como delito, pero no es delictuosa porque se le sancione penalmente.

La conducta se tiene como ilícito penal por chocar contra las exigencias impuestas por el Estado para la conservación del orden social y por ejecutarse culpablemente, es decir, con conocimiento y voluntad; mas no es dable tildarla de delictuosa por ser punible; pues sí es cierto que el acto es delito por su antijuridicidad típica y por ejecutarse culpablemente; la punibilidad va implícita en éstas como su consecuencia.

La pena es la reacción de la sociedad o el medio de que ésta se vale para tratar de reprimir el delito; es algo externo al mismo y, dados los sistemas de represión vigentes, su consecuencia ordinaria.

Puede agregarse a estas razones, tratándose de las excusas absolutorias, que se sanciona a los coautores en virtud de su participación en la comisión de un delito. Ello confirma que puede existir éste sin la punibilidad. Al amparado por la excusa no se le sanciona, pero sí a quienes intervienen de alguna forma en la realización del acto, porque cooperan en el delito; de lo contrario, tampoco se les sancionaría.

3. ASPECTOS NEGATIVOS DEL DELITO.

Teniendo como base el concepto dogmático del delito en su aspecto positivo, procederemos a la enunciación de la concepción dogmática de su aspecto negativo.

- Ausencia de Conducta.- Al hacer referencia al artículo 7 del Código Penal al "acto u omisión..." como necesarios para que el delito exista, es indudable que interpretándolo "a contrario sensu", no habrá delito cuando falte la conducta, por ausencia de voluntad.

La fracción I del artículo 15 del Código Penal para el D.F. hace alusión al respecto en forma exhaustiva, es decir, no existirá delito en cualquier caso en que haya ausencia de voluntad del sujeto.

- Ausencia de Tipicidad.- Estaremos frente a este aspecto cuando no haya adecuación de la conducta a alguno de los tipos de

critos por la ley.

- Causas de Justificación.- Una conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de licitud.

Se consideran como tal, las siguientes:

- = La Legítima Defensa (artículo 15 fracción III).
- = El estado de Necesidad, cuando el bien sacrificado sea de menor importancia que el salvado (artículo 15 fracción IV).
- = El Cumplimiento de un Deber (artículo 15 fracción V).
- = El Ejercicio de un Derecho (artículo 15 fracción V).
- = El Impedimento Legítimo (artículo 15 fracción VIII).

- Inimputabilidad.- Se prevé en el Código Penal una hipótesis de inimputabilidad, es decir, de incapacidad de culpabilidad, en la fracción II del artículo 15, a saber: El Transtorno Mental o Desarrollo Intelectual Retardado.

- Causas de Inculpabilidad.- El Código Penal del D.F. no reglamenta en forma general este aspecto.

Sin embargo, las hipótesis que se desprenden del ordenamiento penal son las siguientes:

- = Por Error de Hecho Esencial e Invencible (artículo 15 fracción XI):

La Obediencia Jerárquica (artículo 15 fracción VII).

- = Por No Exigibilidad de Otra Conducta:

El Estado de Necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor que el bien salvado (artículo 15 fracción IV).

La Coacción o Violencia Moral (artículo 15 fracción VI).

A pesar de que la ley limita el caso anterior las excluyentes de responsabilidad en orden a la culpabilidad por error de hecho esencial e invencible, es obvia la posibilidad de multitud de situaciones de la misma índole en que puede funcionar ésta sin requerir regulación expresa en aquélla.

También es un problema de gran importancia resolver si dog

máticamente podemos desprender la inculpabilidad con apoyo tanto - en el criterio psicológico como en el normativo, o bien, con base únicamente en el primero e independientemente de que existan en el Código Penal algunos casos de no exigibilidad de otra conducta; -- considerando nosotros que puede sostenerse la inculpabilidad con - base no solamente psicológica, sino también con base normativa, -- teniendo cabida, por tanto, la inexigibilidad.

CAPITULO SEGUNDO
" LA CULPABILIDAD "

A) CONCEPTO.

La culpabilidad es una posición del sujeto, valorada jurídicamente, que lo liga con su acto.

Esta definición no presenta exclusivos aspectos psicológicos, sino que tiene algo de normativismo. Debe contemplarse jurídicamente. De ahí que no podamos hablar de culpabilidad penal sin relacionar el hecho psicológico con la norma jurídico penal.

La culpabilidad así entendida, y dentro de la estructura orgánica del delito, supone una conducta típica y antijurídica. Es superfluo proceder al análisis del elemento culpabilidad sin justificarse previamente la existencia de los restantes ingredientes esenciales -- del ilícito penal. Si un sujeto se apodera de una cosa mueble con el consentimiento de su dueño; si obra bajo el instituto de la legítima defensa, carece de absoluto sentido la indagación de su culpabilidad, porque hablar jurídicamente de ella en un hecho lícito es ilógico.

La culpabilidad, pues, no es un concepto psicológico puro, -- sino que también lleva inmerso en su profunda esencialidad un inminente carácter jurídico. Sólo se es culpable de conductas reconocidas -- por el derecho penal como delictuosas.

Por lo tanto, a la indiscutible vinculación psicológica hecho-voluntad, debemos, conforme a la teoría normativa, adicionar los conceptos de la reprochabilidad y la exigibilidad para encontrar lo ca--

racterístico de la culpabilidad.

Así pues, para que ésta se presente se requiere, en primer -- término, que un acontecimiento haya sido producido por la conducta de un sujeto imputable y, además, que esa conducta sea reprochable con-- forme a las normas jurídicas, porque había una exigibilidad de reali-- zar otro comportamiento diferente, que tendría que haber sido el ade-- cuado a la pretensión del Derecho.

La vinculación hecho-voluntad es lo que sirve de base, ya que, lo que no es voluntad causal de la conducta, no pertenece al campo de la culpabilidad, sino al de la ausencia de conducta. Pero además en-- tran en juego los elementos normativos derivados de la reprochabili-- dad y la exigibilidad. Se vincula psicológicamente al hecho con su au tor, y posteriormente se resuelve si la voluntad contenida en la con-- ducta era o no reprochable, porque era o no exigible un comportamien-- to diferente, adecuado a la norma.

Hasta que el juicio ha quedado concluido en sentido afirmati-- vo se reprocha a cierto y determinado sujeto porque le era exigible - que adecuara su conducta a la norma, y al no hacerlo así, se le consi dera culpable por el comportamiento que le es psicológicamente atri-- buible y que fue motivo del enjuiciamiento.

Si la culpabilidad se determina con fundamento en la ley vi-- gente, entonces tiene que referirse a una específica norma de derecho que funde la violación imputable al sujeto. Nunca podrá establecerse un caso de culpabilidad sin referencia al tipo especial de norma que se considere violada. La violación resulta del contenido de antijuri-- dicidad que proporciona la conducta típica; lo que nos lleva a preci-- sar que la culpabilidad se encuentra vinculada al tipo y a su pleni-- tud de antijuridicidad; y el tipo es, en éstos casos, la norma que se

violó. En consecuencia, la no exigibilidad también tiene que ser analizada en relación directa con el tipo objetivamente satisfecho.

Partiendo de la base de que se llega al juicio de culpabilidad sólo cuando existe una conducta típica y antijurídica, y que la antijuridicidad la vinculamos en forma ineludible al tipo, tiene que ser en el aspecto normativo de éste donde debe buscarse la existencia o inexistencia de la culpabilidad.

Es decir, de la hipótesis objetivamente satisfecha (conducta típica), se tiene que encontrar si el indicio de antijuridicidad que el tipo proporciona puede convertirse en certeza porque no existe una causa que conforme al derecho a la conducta típica, y después entrar al terreno privilegiado de la culpabilidad, donde debe encontrarse el vínculo entre lo objetivo, que es la conducta, y lo subjetivo, a través de la norma.

B) TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD.

Un problema ampliamente debatido es el que se refiere a las diversas teorías que existen para precisar el contenido de la culpabilidad.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de estudio de éste tema: el Psicologismo y el Normativismo.

La cuestión puede plantearse así: si la culpabilidad significa una vinculación de naturaleza subjetiva entre un hombre y su conducta (psicologismo); o bien, si para su existencia entran en juego como elementos indispensables los eminentemente jurídicos, proporcionados por la norma, que sirven para reprochar a alguien una conducta

contraria al derecho, porque le era exigible una diferente, adecuada al mismo (normativismo).

1. LA TEORIA PSICOLOGICA.

El derecho de los antiguos pueblos fulminaba el castigo -- por la sola producción del resultado dañoso. Todos conocieron la -- responsabilidad sin culpa, e incluso la que surgía sin lazos de -- causalidad material, pues a veces se basó meramente en una rela-- ción de contigüidad o de semejanza efectiva (familiares del suje-- to activo, etc.).

En el derecho sagrado de Roma la infracción jurídica oca-- sionada por azar, provocaba, de igual modo que la causada intencio-- nalmente, la cólera de los dioses, que debía ser aplacada por la -- expiación.

La influencia de los moralistas griegos hizo que el dere-- cho de Roma apreciara, cada vez más, como elemento decisivo, la vo-- luntad antijurídica, y así el sistema romano puso todo el peso de la responsabilidad en la intención (elemento interno), a diferen-- cia del genuino sistema germánico, que la basaba en el resultado -- producido (elemento externo).

De aquéllas épocas en que la culpabilidad sobrevenía sim-- plemente de la producción del resultado dañoso, con una idea de me-- ra causalidad material, se pudo llegar a otra en la cual lo predom-- inante, en orden a la culpabilidad, lo constituía lo que puede -- denominarse causalidad psíquica, que se entiende como la vincula-- ción subjetiva por la cual quedan unidos un hecho y su autor.

No se crea que la evolución, desde la burda responsabili-- dad material a la culpabilidad, se hizo rápidamente, pues muchos -- siglos han transcurrido para lograrla.

Esta vinculación toma como límites subjetivos las formas -- tradicionales que constituyen las manifestaciones de la culpabili-- dad; es decir, que lo que por dolo o por culpa produce un resulta-- do típico puede constituir el elemento culpabilidad.

Para esta teoría la culpabilidad es entendida como la re--

lación psicológica que se establece entre un autor y su hecho, relación que puede ser directa (dolo) o indirecta (culpa), pero siempre vinculada con la conducta; en otras palabras, la culpabilidad se determina por la posición psicológica del autor frente a su conducta.

Sostiene que los delitos sólo pueden cometerse por medio - de la intención o de la imprudencia y ello, indudablemente, se refiere al contenido de voluntad que integra la conducta. Bien sabemos que para que exista delito se requiere la stasificación de todos los elementos que forman parte de la unidad conceptual que se denomina delito; la conducta, primero de los elementos del concepto, siempre lleva consigo un contenido de voluntad; significa lo anterior que la culpabilidad, de acuerdo a esta teoría, puede presentarse en las formas dolosa (intencional) o culposa (no intencional o de imprudencia) y entendida esa culpabilidad en cuanto al contenido de voluntad del sujeto. Voluntad intencional será aquella que determine la conducta en un sentido directamente encaminado a la concreción del tipo; en cambio, quien no impone a su conducta, pudiendo hacerlo, un sentido determinado adecuado a la norma y produce un resultado que se hubiera evitado mediante el correcto sentido de la voluntad, comete un delito no por intención, sino por culpa.

El estudio de este elemento requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cuál ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. Lo anterior quiere decir que la culpabilidad contiene dos elementos: uno intelectual y otro emocional.

Resumiendo, para esta teoría habrá culpabilidad cuando pueda establecerse una relación subjetiva entre el acto y su autor, - por la que se determine que el acontecimiento típico y antijurídico fue cometido dolosa o culposamente.

La voluntad de un ser humano, que se manifiesta exteriormente mediante cierta y determinada conducta, corresponde a la reacción interna que se produce ante la aparición de ciertos estímulos psíquicos. Esta reacción es la forma en que una psique realiza todo un proceso interno hasta llegar a la manifestación que se tra

dúce en conducta.

Ahora bien, a iguales estímulos no es necesario que se produzcan iguales reacciones, ya que los elementos o factores individualizadores siempre producirán una reacción diversa, en forma o en grado, pues es imposible la existencia de personalidades idénticas; así, por ejemplo, ante una situación de peligro colectivo - (estímulo), se ven diversas reacciones, unas expresadas en la huida, otras en agresividad, otras en absoluta pasividad, etc.. Dicho en otras palabras, un acto aislado siempre es consecuencia de una personalidad determinada.

Al respecto, Jiménez de Asúa expresa que " el Derecho Penal tiene que contemplar la personalidad como reacción constante durante un espacio de tiempo determinado de un individuo frente a los estímulos externos y, por ello, el enjuiciamiento de la personalidad no es independiente de los motivos y menos aún de las variaciones que en el tiempo haya sufrido el carácter del actor ".(9)

Entre los principales sostenedores, en la actualidad, de la teoría psicológica de la culpabilidad, destaca Sebastian Soler.

Según este autor argentino, la culpabilidad está integrada por dos elementos:

- " La vinculación del sujeto con el orden jurídico, que se denomina elemento normativo de la culpabilidad; y,

- La vinculación subjetiva del individuo a su hecho, que es el elemento psicológico de la culpabilidad ".(10)

No obstante la expresa mención que hace Soler de la existencia de un elemento normativo, se apresura a decir que en estricta realidad los dos elementos son de naturaleza psicológica, ya que mientras el primero atiende a una relación del sujeto con una instancia de responsabilidad y presupone una valoración normativa, el segundo atiende a una situación puramente psíquica, es decir, carente de contenido valorativo.

(9) Tratado de Derecho Penal. V. Edit. Losada. 3a Ed. Buenos Aires. 1963. Pág. 248

(10) Derecho Penal Argentino. II. Edit. Argentina. Buenos Aires. - 1973. Pág. 68

Siendo la culpabilidad un elemento del delito, es necesario que se precise cuál es, conceptualmente entendido, su contenido. Atendiendo al propio Soler, puede decirse que " lo constituye la conciencia de la criminalidad del acto; o dicho en otras palabras, la comprobación de una discordancia subjetiva entre la valoración debida y el disvalor creado ".(11) Con esto quiere afirmarse que hay culpabilidad cuando un sujeto capaz (imputable), con conciencia del contenido de antijuridicidad de su conducta, realiza, dolosa o culposamente, un hecho que produce un resultado típico.

En México, Villalobos se ha expresado como francamente --- afiliado a la teoría que nos ocupa. Para él, la ley mexicana se -- apeg a al psicologismo.

De la definición de la culpabilidad que da este autor, por la cual expresa que " genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones - que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se mani--- fiesta por franca oposición, en el dolo, o indirectamente, por indolencia y desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa "(12), se obtienen los dos elementos conformadores de la misma: una actitud psicológica (situación de hecho de la culpabilidad); y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por la pugna que se establece entre la actitud psicológica y el Derecho.

Lo verdaderamente interesante, tratándose de la culpabilidad, lo es la actitud psicológica, ya que siempre se tiene como -- presupuesto la satisfacción de lo antijurídico de la conducta, y - si lo que va a ser motivo de la posterior calificación de culpable lo constituye una cualidad de la acción antijurídica, es indispensable conocer lo que va a ser objeto de la valoración, que al decir de Villalobos, únicamente lo puede ser la voluntad antijurí--- dica de la acción.

(11) Derecho Penal Argentino. Ob. Cit. Pág. 69

(12) Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 4a Ed. - México. 1983 Págs. 281 y 282

2. LA TEORIA NORMATIVA.

Para esta teoría, la culpabilidad está constituida por un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada.

El normativismo, como su nombre lo expresa, se funda en la norma y de ella es que tenemos que extraer, ineludiblemente, el -- concepto de la culpabilidad. Alba Muñoz dijo que " en las cuestiones penales es poco aconsejable estructurar doctrinas que no tengan su apoyo en la norma dada, pues en esta rama de las ciencias jurídicas no se corre riesgo alguno al afirmar que no hay más derecho que la ley, y es de la norma misma de donde el estudioso obtiene los datos comunes al fenómeno delictivo, los que debidamente -- sistematizados vienen a formar la teoría, pero sin que pueda ella agregar dato alguno a los que la norma contiene. El ius-penalista no crea, lo más que puede hacer es descubrir y sistematizar ".(13)

Sostiene que no basta una vinculación hecho-voluntad para determinar la culpabilidad, sino que siempre es menester la formulación del juicio relativo a la culpabilidad, atendiendo al contenido de las normas para obtener de ahí tanto la graduación del reproche, como la forma de la culpabilidad y el fundamento de la exigibilidad; lo que es exigible y se omite, es reprochable; pero -- siendo la exigibilidad eminentemente normativa, también lo será el reproche, y como de ambos se obtiene la culpabilidad, ésta es normativa.

Debe quedar claro, sin embargo, que la afiliación al normativismo no excluye al psicologismo, sino que le agrega los elementos normativos a la imprescindible vinculación hecho-voluntad, que es esencial para el psicologismo.

El normativismo permite el análisis de la total personalidad del sujeto autor de la conducta antijurídica, incluyendo sus --

(13) Criminalia. Año XXVI. Número 9 Págs. 588-589. Artículo de -- Javier Alba Muñoz " Culpabilidad y tipicidad "

motivaciones, aspectos caracterológicos, etc. y, sobre todo, permite que el hecho aislado se vea como reflejo o manifestación de una determinada personalidad. Al fijarse los límites de la culpabilidad por medio de la exigibilidad, se obliga a realizar un estudio de las condiciones subjetivas del individuo en relación directa con la norma y a través del acto concreto, lo que conduce llegar al reproche con mejores elementos de juicio y no exclusivamente por medio de la vinculación hecho-voluntad. No basta saber que algo se hizo, para considerar que hay culpabilidad; es menester, igualmente, saber cuáles fueron los motivos, en qué condiciones, etc., pero, sobre todo, se necesita saber si lo que se hizo fue -- realizado cuando había exigibilidad de un comportamiento distinto, adecuado a la norma, lo que sólo puede obtenerse a través del normativismo, que determina los límites de la culpabilidad por medio de la exigibilidad. De ello que en la actualidad sea esta teoría la más aceptada, por ser la más jurídica.

La esencia de esta teoría consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea, el juicio de reproche, en la exigibilidad dirigida a los sujetos capaces de comportarse conforme al deber. La culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. La culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber debido o podido omitirla.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo, en el juicio de reproche a una motivación del sujeto. Teniendo presente un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo -- para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa. Determinados los motivos, debe arribarse a la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de probarse si teniéndose presentes los motivos y la personalidad del autor, le era exigible una conducta acorde con el Derecho.

El normativismo no constituye una tesis opuesta al psicologismo, sino más bien la complementa, ya que la culpabilidad está --

plenamente imbuida en un contenido psicológico, puesto que constituye el elemento de naturaleza subjetiva del delito, por el cual se establece la vinculación entre un resultado típico y antijurídico y una manifestación especial de voluntad de un sujeto. La culpabilidad no agota su concepto por esa simple vinculación de orden psicológico, sino que requiere, además, que entren en juego elementos normativos que serán debidamente valorados para determinar si puede reprocharse al sujeto haber guiado su conducta en forma diferente y, sobre todo, si legalmente le era exigible un comportamiento distinto al que realizó. Al respecto, Jiménez de Asúa expresa - que " para la concepción normativista de la culpabilidad, ésta no es una pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevó al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de esos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Sólo podremos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad ".(14)

La culpabilidad se determina mediante la realización de un juicio, que al referirse a la conducta y su propio contenido de voluntad, lo que se está realizando es el enjuiciamiento del sentido específico y determinado que se dió a la conducta, o sea que, el enjuiciamiento corresponde a un hecho psicológico (el sentido dado a la conducta) con referencia a las pretensiones establecidas por las normas.

Se dice que la culpabilidad es un proceso atribuible a una

(14) Tratado de Derecho Penal. V. Edit. Losada. 3a Ed. Buenos Aires. 1963. Pág. 164

motivación reprochable del agente, ya que las diferentes formas -- que el ser humano tiene para manifestarse ante el mundo exterior -- llevan consigo su propio contenido de voluntad. Salvo aquellos casos en los cuales el sujeto se convierte en un mero instrumento en el proceso causal que produce un resultado típico (ausencia de -- conducta), puede decirse que todo lo que significa una conducta -- es producto de la volición, o sea, que al realizarse cualquier comportamiento, en realidad se está materializando ante el mundo exterior el proceso psíquico previo que ha determinado la especial forma que adopta la conducta; a toda conducta precede, ineludiblemente, un proceso que se realiza en la subjetividad del sujeto actuante y que es determinante para la ejecución de la conducta específica.

Según la fórmula del artículo 8 del Código Penal, es la motivación de la conducta la que sirve para la imposición del calificativo que corresponda, dependiendo del caso. En la forma intencional y preterintencional de comisión de los delitos hay siempre un motivo determinante que guía a la conducta en un cierto sentido, -- que en estas hipótesis va hacia la concreción del tipo, aunque en esta última el resultado vaya más allá de lo querido; en la forma imprudencial también existe un motivo por el que a la voluntad no le haya sido impuesta el mínimo de elementos que hubieran impedido la producción del resultado sobrevenido. Esta distinción es sustancial para la formulación del reproche, ya que sobreviniendo un --- idéntico resultado lesivo, es la motivación de la conducta la que califica el comportamiento humano, y de ello se obtienen consecuencias diversas, sobre todo respecto a la imposición de las penas. -- Por lo tanto, puede decirse que el reproche no va tanto dirigido a la conducta como a su motivación.

Lo anterior se confirma si se atienden las reglas generales que para la aplicación de las sanciones contienen los artículos 51 y 52 del Código Penal, y que se refieren a " las peculiaridades del delincuente ", así como a " los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir " y a " los demás antecedentes y -- condiciones personales que puedan comprobarse ".

C) FORMAS DE LA CULPABILIDAD.

Tradicionalmente se han aceptado, como formas de culpabilidad, al dolo y a la culpa, según que el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o - cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. También suele hablarse de la preterintencionalidad como una tercera forma o especie de la misma, si el resultado delictivo sobrepasa a la intención del sujeto.

Consideramos que no es posible hablar de una tercera especie de la culpabilidad, participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa. Pues para la existencia del primero se precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico; mientras la segunda se configura cuando se obra sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la conducta imprudente, imperita o negligente del autor. Si se admitiera esa tercera forma de culpabilidad, porque el resultado va más allá de la intención, tendría que admitirse a la tentativa como una cuarta forma, porque el resultado se queda más acá de la intención. Lo cierto es que el delito o se comete mediante dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado más allá del propuesto por el sujeto, y en la segunda, - mayor de lo que podía racionalmente preverse y evitarse. Se ha estimado que la mezcla del dolo y de la culpa en la figura llamada preterintención es la teoría más acertada para abordar el tratamiento de este problema. En efecto, lo que da la nota distintiva a la preterintención se ubica en la ilicitud de la conducta desde su inicio, es decir, un contenido psicológico que guía al comportamiento del hombre hacia una finalidad específica, que es antijurídica; se tiene, en el i-

nicio de la manifestación externa de la conducta, una voluntad preordenada hacia la producción de un resultado típico; sin embargo, el resultado que sobreviene excede a la voluntad inicial, o sea, aparece una figura típica de mayor gravedad y ajena al concepto psicológico inicial. Ahora bien, ese resultado sobrevenido y que no era querido por el sujeto al iniciar su comportamiento, era previsible y evitable, o sea, satisfacía materialmente las condiciones necesarias para la reprochabilidad por culpa; pero dado que el inicio del propio comportamiento es ilícito, no es encuadrable dentro de la forma benigna de la culpabilidad por culpa, sino que merece un tratamiento diferente, que será o bien a través de la preterintencionalidad cuando así lo establezca expresamente la ley (como es el caso del Código Penal para el D.F.), o como figura especial del dolo, cuando la misma ley no reconozca la preterintencionalidad.

Lo que importa para sostener la intencionalidad en estos casos es, simplemente, que pueda establecerse la causalidad material entre la conducta y el resultado, y el previo enlace psicológico entre una voluntad imbuída de ilicitud y el consecuente comportamiento. Habiendo ilicitud precia, el resultado, previsible y evitable, debe ser imputado a título de dolo, siendo irrelevante que haya excedido los límites subjetivamente precisados por el autor de la conducta. Un ejemplo de lo anterior puede ser el de quien sólo quiere herir y para ello dispara un arma de fuego sobre una persona, pero ésta muere a consecuencia del disparo.

Dicho ejemplo puede encuadrarse, siguiendo la clasificación que ha elaborado la doctrina, dentro de la especie de dolo denominado " eventual ", pues existe voluntariedad de la conducta y representación de la posibilidad de que surja otro resultado; éste no se quiere directamente, es decir, se menosprecia.

CAPITULO TERCERO
" LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD "

A) LA INCULPABILIDAD.

Sentado que toda excluyente de responsabilidad lo es porque - elimina uno de los elementos esenciales del delito, la inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad, lo cual resulta una definición tautológica.

Al analizar esta excluyente debe distinguírsele de las demás, pues, como el coronamiento que es de la construcción delictiva, está ausente siempre que falta cualquiera de los elementos esenciales del delito, porque si éste integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia; pero como excluyente directamente eliminadora de la culpabilidad, sólo puede considerarse cuando recae sobre los factores que constituyen a ésta.

Así, la tipicidad debe referirse a una conducta; la antijuridicidad a la oposición objetiva al Derecho de una conducta que se adecúa a un tipo penal; y la culpabilidad presupone ya una valoración de antijuridicidad de la conducta típica.

Al hablar de la inculpabilidad específicamente, o de las causas que la excluyen, se hace referencia a la eliminación de este elemento del delito, supuesta ya una conducta típica y antijurídica de un sujeto imputable.

B) CAUSAS DE INCULPABILIDAD.

1. NOCION

Solamente puede obrar en favor de la conducta de un sujeto una causa de inculpabilidad cuando previamente no medió en lo externo una causa de justificación, ni en lo interno una de inimputabilidad.

No puede hablarse aún de culpabilidad cuando no se ha puesto una actuación propia, como cuando el movimiento corporal se ha producido por el impulso de una fuerza física exterior e irresistible; tampoco se puede hablar de culpabilidad por parte de quien ejecuta un acto lícito, como la legítima defensa; o por parte de un inimputable. Pero supuesta la concurrencia de todos esos elementos anteriores: ejecutar un acto típico del Derecho Penal, ser ese acto plenamente antijurídico y tener su autor capacidad normal y absoluta imputabilidad, puede ser que el entendimiento haya sido engañado en cuanto a la naturaleza del acto, como sucederfa si el artista de teatro que noche a noche dispara sobre otra persona un arma cargada sin proyectil, lo hace alguna vez usando una pistola con carga verdadera y privando de la vida al supuesto rival, porque el arma se le preparó de esta manera sin su conocimiento, y él la toma creyendo que está dispuesta en forma inofensiva; o bien, cuando no se le puede exigir, conforme al orden normativo, una conducta distinta a la realizada, como sucederfa en el caso de un estado de necesidad tratándose de bienes de idéntico valor.

Debe observarse que en el capítulo correspondiente a las llamadas " Circunstancias Excluyentes de la Responsabilidad Penal " (Capítulo IV del Título Primero), tampoco se encuentran expresamente incluidas todas las causas que provocan la inexistencia del delito por ausencia de culpabilidad; a pesar de lo anterior, se ha reconocido ampliamente que no hay obstáculo técnico para absolver a alguien por inculpabilidad, cuando no existen bases para resolver el juicio relativo a la culpabilidad en sentido afirmativo.

Esto ha sido sostenido por la Suprema Corte de Justicia de

la Nación, como puede verse en la siguiente ejecutoria:

CULPABILIDAD, su ausencia trae aparejada la necesaria absolución del acusado. Al consignar la ley en el artículo 8o que -- los delitos son intencionales y de imprudencia, está consagrando -- la necesaria culpabilidad del agente activo de la infracción. La -- ausencia de culpabilidad no impide que la conducta externamente -- considerada encaje en el tipo o descripción legal; pero el hecho -- de que no se consigne en el catálogo de las excluyentes la ausen-- cía de culpabilidad como circunstancia que impide la inculminación , no significa que no puede dictarse sentencia absolutoria, pues -- sin necesidad de crear la excepción, mediante la correcta interpre-- tación del artículo 8o del Código Penal puede dictarse sentencia -- absolutoria, partiendo del principio que del mismo se desprende y que predica la necesaria culpabilidad de todo delito.

Directo 5612 1951. Emilio Cavazos Garza. Resuelto el 18 de septiembre de 1956, por unanimidad de 4 votos. Ausente el Sr. Mtro. Chico Goerne. Ponente el Sr. Mtro. Ruiz de Chávez. Srío. Lic. Ja-- vier Alba Muñoz. Primera Sala. Boletín 1956, página 648.

2. CLASIFICACION.

Para poder formular el juicio de culpabilidad, se debe analizar la exigibilidad normativa que resultaba a cargo del sujeto , y si se considera que a éste le era exigible un comportamiento -- diferente al realizado, que no hubiera puesto en peligro o dañado los bienes jurídicamente protegidos, se podrá ya referir a una exigibilidad comprobada como base para la reprochabilidad; es decir, formular al sujeto un reproche por haber actuado como lo hizo, cuando debía o podía hacerlo en forma diferente.

Las causas de inexistencia del delito por inculpabilidad -- pueden tener como origen la ausencia de alguno de los elementos -- fundamentales del juicio relativo a la misma, que son: la exigibi-- lidad y la reprochabilidad. En el primero de los dos casos aparece lo que se denomina como no exigibilidad de otra conducta; y en el segundo surge la irreprochabilidad, ambos como aspectos negativos

de la exigibilidad y la reprochabilidad, respectivamente.

En la culpabilidad, además de la vinculación que en lo subjetivo se establece entre un hecho relevante y una persona, existe algo más que se ubica en el deber que se tiene de adecuar la conducta a las normas rectoras de la convivencia social. De esto se derivan los aspectos negativos que excluyen la culpabilidad.

Al estar ante una conducta típica y antijurídica atribuible a un imputable, se tiene la impresión de estar ante un delito; sin embargo, hay casos en los que esa apariencia se esfuma y aparece una conducta no delictuosa; precisamente porque de alguna forma no se llegan a constituir los elementos de la culpabilidad, sea porque no haya exigibilidad de una conducta conforme a la pretensión del Derecho, sea porque esa conducta no pueda reprocharse por la aparición de circunstancias que humana y jurídicamente explican la forma especial que adoptó la conducta.

El motivo del reproche es un hecho aislado, referido a un sujeto en particular; por lo tanto, las causas de inculpabilidad tienen que encontrarse en un hecho aislado y respecto de una persona determinada, que es a quien pertenece la conducta como sujeto imputable, pues la voluntad de la conducta y las características de su autor son indisolubles, ya que en la acción se refleja la personalidad del sujeto agente, porque no se da en la realidad fenoménica una acción que pueda considerarse aislada de su autor. (15)

La exigibilidad debe preceder a la reprochabilidad; es decir, para poder reprochar a un sujeto particular la realización de una conducta determinada, es necesario resolver si hay exigibilidad de adecuar la conducta a la norma (no al tipo), para no afectar los intereses jurídicamente protegidos.

Pero existen casos en los que habiendo exigibilidad de una conducta distinta a la realizada, sea imposible declarar la culpabilidad porque posteriormente aparece la irreprochabilidad, o sea, no poder formular un reproche a pesar de que exista exigibilidad de una conducta diferente. Como cuando alguien produce un resulta-

(15) De aquí la importancia que en la actualidad han adquirido los motivos de la conducta y la total personalidad del autor, pa-

do típico y antijurídico encontrándose en un estado de error esencial e invencible.(16) Atento a lo anterior, puede decirse que habiendo exigibilidad no puede reprocharse al sujeto esa conducta -- particular porque se encontraba en un error de hecho esencial e in vencible por la aparición de circunstancias concurrentes que crearon una concepción diferente en su subjetividad; la consecuencia -- de la aparición de la irreprochabilidad, será la de provocar la inexistencia del delito por ausencia de culpabilidad.

La doctrina moderna considera que las causas de inculpabilidad deben ser clasificadas bajo dos grandes rubros, que son: la no exigibilidad de otra conducta y el error de hecho esencial e -- invencible.

ra el estudio y graduación de la reprochabilidad.

- (16) Claro está que en esta hipótesis el sujeto actuante está obligado a imponer a su conducta todos los elementos indispensables para no producir cierto resultado, pues en caso contrario estaríamos ante la presencia de un delito cuya comisión -- se ubica en la culpa.

CAPITULO CUARTO

" LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA COMO CAUSA DE INCULPABILIDAD "

A) SU FUNDAMENTACION.

Siendo la exigibilidad la obligación normativamente impuesta a los imputables de actuar conforme al Derecho, cuando deben y pueden hacerlo, su incumplimiento fundamenta el poder reprochar al sujeto su conducta en forma diferente a como hipotéticamente se esperaba que actuase, resolviéndose que hay culpabilidad.

Por lo tanto, no podrá haber culpabilidad por el hecho aislado, motivo del reproche, cuando al sujeto no le era exigible que actuara conforme al Derecho, porque no tenía el deber de hacerlo o por que no podía cumplir con esa obligación.

Hay inexigibilidad, y por lo tanto inexistencia del delito, - en todos aquellos casos en los que no es posible precisar la obligación de acatar el mandamiento de la norma, porque al sujeto, respecto del hecho, no se le puede exigir normativamente ese comportamiento adecuado a la pretensión del Derecho. Esos casos son resueltos como no constitutivos de una violación a la norma, a pesar de la aparición de un resultado típico atribuible a un sujeto actuando en pleno estado - de imputabilidad, o sea, con conciencia suficiente de la antijuridicidad del hecho realizado.

Por regla general, el Derecho exige al autor capaz de imputación que puede conocer la antijuridicidad de su conducta, que la determine de acuerdo con ésta comprensión. Sin embargo, hay situaciones de decisión en las cuales un actuar adecuado al Derecho no es exigido

tampoco al sujeto capaz de imputación que actúa con pleno conocimiento de lo injusto.

La inexigibilidad se fundamenta en la falta de posibilidad de satisfacción de los elementos básicos en que se basa la exigibilidad, que son: el deber y el poder. Es decir, hay inexigibilidad cuando el sujeto imputable produce injustamente un resultado típico, sin que debiera haberlo omitido o sin que pudiera haberlo evitado. El deber y el poder, entendidos negativamente, o sea, no deber y no poder, constituyen la esencia misma de la inexigibilidad.

Entre el deber y el poder se establece una prioridad lógica, consistente en que el deber antecederá siempre al poder; pues es indiscutible que las normas jurídicas llevan un mandamiento de actuación específica, que va dirigido a los sujetos que en un momento determinado satisfacen las condiciones y requisitos para quedar obligados al mandamiento normativo, derivándose una obligación genérica de cumplir con la exigencia de la norma; pero también esas normas imponen una obligación específica, que es la de actuar en cierta forma en el momento preciso en que se actualiza la hipótesis normativa; y es así que antes de buscar la posibilidad de cumplir es necesario considerar la obligación de hacerlo y sólo cuando exista el deber se podrá referir al poder.

El contenido de la reprochabilidad se funda, precisamente, en que el autor hubiera debido y podido determinar su voluntad adecuadamente al Derecho, en lugar de antijurídicamente.

El deber va siempre relacionado con el poder; pues cuando alguien debe imponer determinado sentido a su conducta, es necesario -- que también pueda imponer ese sentido para que exista la exigibilidad. La exigencia normativa da nacimiento al deber de adecuar la conducta

al interés protegido por la propia norma; sin embargo, es necesario para la plena existencia de la exigibilidad, que el sujeto se encuentre ante una posibilidad normal de cumplir con la obligación de adecuación de su conducta.

La culpabilidad se fundamenta en la exigibilidad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al Derecho. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa.

Como lo hemos dejado establecido anteriormente, la culpabilidad surge, por un lado, de una situación real, es decir, de una conducta imprudencial, intencional, o preterintencional vinculada con su autor -intelectual y emocionalmente-; y, por el otro, por un elemento normativo que le exige un comportamiento conforme al orden jurídico general. Queda integrada, de esta manera, por su doble aspecto; el psicológico y el normativo.

La culpabilidad versa sobre una conducta típica y antijurídica. Esto confirma que en cada caso se deberá analizar el contenido de una conducta determinada para ver su adecuación a un tipo especial y en relación con su contrariación objetiva del Derecho.

El tipo es el delimitador de lo valorado legislativamente como antijurídico, de donde podemos concluir que es en cada tipo particular donde se encuentra la motivación del legislador para valorar las conductas como antijurídicas, entendiendo que la existencia de una conducta típica implica un indicio de que también es antijurídica, indicio que se convierte en certeza cuando se resuelve que no existió en el caso una causa en esa conducta típica que la conformara al Derecho.

Estamos adelantando así que, dada la naturaleza individuali-

zadora del juicio relativo a la culpabilidad, será en consideración de cada norma y de su propio contenido que se determinará si hubo o no violación a la obligación de cumplir con su mandamiento.

1. EL NO DEBER OMITIR LA CONDUCTA

Las normas tienen como objetivo la protección de los bienes e intereses que se consideran dignos de tutela jurídica; para lograr ese objetivo es que se dictan, limitando la libertad de actuación mediante el sometimiento del hombre a una serie de obligaciones, sea ordenando determinadas conductas, sea prohibiendo otras.

Los bienes e intereses considerados preponderantes son motivo de una especial valoración por parte del Estado, a través de la legislación que, tomando como medio al Derecho Penal crea los tipos que, al mismo tiempo que protegen a esos bienes superiores, son los indicadores de la forma que debe revestir la conducta para la mejor conservación de ellos.

La norma, en sí misma, no tiene la expresión del contenido que motivó su jerarquización a norma jurídico-penal, razón por la que debe encontrarse para estar en aptitud de resolver si la conducta particular violó o no la norma, ya que, en caso de no haberlo hecho, no habrá delito. Es decir, la norma que interesa para efectos del delito en orden a la culpabilidad es la que se ha plasmado en un tipo penal y a la cual se adecúa en un caso concreto la conducta que será motivo de enjuiciamiento.

El deber puede definirse como la obligación de actuar conforme al contenido de la norma. Ese contenido, en materia penal, se ve plasmado en los tipos, que tienen como finalidad la preservación de ciertos bienes valiosos para la sociedad porque de ellos depende su armonía y tranquilidad. Así, por ejemplo, la vida se jerarquiza como bien preponderante y se crean los tipos de homicidio, infanticidio, etc., indicando que toda conducta privativa de ella debe sancionarse penalmente. El Derecho queda así, constituido también con el contenido de las normas jurídicas.

Al entrar al campo de los tipos, éstos no pueden verse como meras abstracciones sin contenido valorativo, ya que no surgen espontáneamente, sino como consecuencia de la valoración que el legislador realiza de determinadas hipótesis que crea o absorbe.

El tipo es una descripción de la conducta que por valoración legislativa puede ser o llegar a ser constitutiva de delito, cuando se presenta el caso de que haya una adecuación típica que, como se ha dicho, supone la conducta del hombre actualizando el tipo en virtud de su vinculación con la descripción recogida en la ley, por lo que el tipo se convierte así en la norma jurídica que será analizada como posiblemente violada en su contenido por una conducta típica y antijurídica, de donde resulta que se tiene que, por un lado, determinar la abstracción plasmada por el legislador en el tipo, y por el otro, vincular la culpabilidad a la tipicidad como adecuación actualizada de una conducta determinada a una norma abstracta.

La exigibilidad tiene como presupuesto la existencia previa de una norma de Derecho que impone la obligación de guiar la conducta en un determinado sentido. En el Derecho Penal se encuentran las normas que determinan las formas que pueden revestir las conductas para ser constitutivas de delito, y del contenido de cada norma relativa a las conductas se desprende la exigibilidad de actuar en forma tal que no se lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicamente protegidos. Los Códigos no contemplan en una disposición expresa la forma de la conducta exigible para que no se vulneren los intereses jurídicamente protegidos; volviendo al caso ejemplificador del homicidio, no encontramos una norma que diga que es exigible para todos no privar de la vida a otro, sino que se reduce la hipótesis de la norma a decir que es homicidio la privación de la vida de otro, sin incluir la mención de la conducta exigible. Pero la norma, tal como aparece vertida en los sistemas positivos, lleva ínsita una valoración, que es la que ha permitido elevarla a la categoría de norma jurídica. Esta valoración es lo que constituye el contenido mismo de la norma; por lo contrario, la adecuación de la conducta al tipo descrito en la norma de Derecho viene a ser, simplemente, la actualización de una hipótesis,

conceptuada como delictuosa.

Independientemente de que exista una norma contenida en el Código Penal que imponga la obligación de orientar la conducta en un sentido determinado, el contenido de la norma permite establecer la exigibilidad de una conducta específica que, en todo caso, viene a ser aquélla que no hubiera afectado al bien motivo de la tutela jurídica. Así que, cuando por cualquier causa la norma no resulte dañada, habrá inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta, que tendría que ser la que resultara del cumplimiento del deber de actuar en determinada forma, normativamente impuesta.

Entre la exigibilidad y la culpabilidad se encuentra ubicado el deber de adecuar la conducta a la norma, de donde es posible precisar igualmente que, donde no hay deber exigible, hay inexigibilidad.

Pero antes de seguir adelante recordemos que hay dos clases de exigibilidad: la primera emana de la obligación genérica -- que todos tenemos de respetar las normas; la segunda se refiere específicamente al caso concreto, y es la que sirve para fundamentar la reprochabilidad, en orden a la culpabilidad, cuando a un sujeto determinado y en un momento también determinado le era exigible el respeto al contenido de la norma. Así que, para determinar la inexigibilidad de otra conducta, debe analizarse al sujeto particular a quien se le atribuye la conducta enjuiciada, teniendo en consideración las circunstancias y características que personalmente le corresponden, así como los elementos y factores de hecho que concurrieron con la manifestación de la conducta, para llegar a la conclusión de que ese sujeto particular, respecto de un hecho concreto, no tenía el deber de omitir la conducta enjuiciada.

Para que pueda reprocharse a alguien una conducta determinada, es necesario que el sujeto de que se trata haya violado con su conducta un deber jurídicamente impuesto, y que esa violación haya producido un resultado típico y antijurídico. El deber que se tiene es el de actuar conforme el contenido de la norma, ya que es obligación de todos los imputables no producir lesiones a los bienes jurídicamente tutelados; al incumplirse la obligación, se tiene que sufrir la sanción por la conducta realizada, dado que era -

exigible el cumplimiento del deber jurídicamente impuesto.

Este deber es puramente jurídico y tiene que estar plasmado en una norma. Dicha norma no ha de estar incluida necesariamente en el catálogo de tipos, pues también puede emanar del ordenamiento jurídico general. Lo relevante es que el resultado que se cause por el incumplimiento de la obligación que la norma impone esté incluido en el Código Penal.

2. EL NO PODER EVITAR LA CONDUCTA.

La culpabilidad se caracteriza por la oposición que se establece entre las normas del deber exigible y la situación de hecho concretamente planteada por la conducta típica y antijurídica, como también por la posibilidad cierta que el sujeto autor de dicha conducta tiene de cumplir con la exigencia normativa de adecuarla al Derecho.

Como antes se dijo, el deber, como nota característica de la exigibilidad, va siempre relacionado con el poder, que es el complemento del concepto de la exigibilidad. Es decir, cuando alguien debe imponer determinado sentido a su conducta, es necesario que también lo pueda hacer para que exista la exigibilidad.

El deber se refiere a la obligación de respetar y cumplir el contenido de la norma. En cambio el poder sólo puede entenderse en relación a las circunstancias personales del sujeto actuante, consideradas según el momento de realización de la conducta enjuiciada, la exigencia normativa de nacimiento al deber de adecuar la conducta al interés protegido por la propia norma. Sin embargo, es necesario para la plena existencia de la exigibilidad, que el sujeto imputable se encuentre ante una posibilidad normal de cumplir con la obligación de adecuación de su conducta.

El deber precede lógicamente al poder, lo que equivale a decir que para poder hacer algo (conformar la conducta al Derecho), primero se necesita tener el deber de hacerlo. Así es que, antes de analizar si alguien pudo actuar en forma diferente, debe resolverse si ese alguien tenía la obligación o deber de hacerlo;

y sólo cuando esto haya quedado resuelto en forma afirmativa, procede analizar la capacidad real de actuación que al sujeto correspondía. Esta posibilidad debe ser entendida como atributo que corresponde a un hombre o ser común y corriente.

Tomando como punto de partida la posibilidad de actuación que es facultad de todos, se fija una guía común de comportamiento, de la cual queden excluidos los seres que se ubican en los extremos, o sean, aquéllos que son capaces de realizar actos o comportamientos heroicos, y aquéllos extremadamente pusilánimes y, por tanto, incapaces de actuar bajo un común denominador. El poder de actuación o de imposición de un sentido determinado a la conducta está contenido en la norma, pero siempre dirigido al común de las personas.

Las normas jurídicas, en razón de las personas a quienes van dirigidas, no pueden tener siempre en consideración a las personas que son verdaderamente casos de excepción; se tiene en cuenta la manera de comportarse de la gran mayoría de los destinatarios de las normas; con esto se quiere decir que el concepto del poder a que se refiere la exigibilidad viene a ser aquello que puede ser realizado en condiciones normales por el común de los seres humanos a quienes obliga la norma.

Nadie está obligado a la realización de lo imposible, viene a ser un principio de la capacidad de ejecución de las conductas exigibles, entendido esto como límite máximo de la exigibilidad; y como límite mínimo, puede decirse que está la exigencia de no incurrir en cobardía. A este principio genérico del poder, corresponde también la consideración de aquéllo que es posible realizar en un momento determinado, bajo condiciones particularísimas, por una persona absolutamente individualizada. Dicho de otro modo, se debe retrotraer históricamente el acontecimiento para ubicar al sujeto cuya conducta es enjuiciada, en el momento en que ésta produjo el resultado típico, tomando en cuenta las razones de la conducta, los motivos que la impulsaron, las reacciones normales o anormales del sujeto, etc.; en pocas palabras, en la reconstrucción se deben completar los hechos con la subjetividad íntegra del autor de la conducta.

Entre el poder y la libertad de acción existe una indisoluble vinculación que, al igual que útil para resolver acerca de la culpabilidad, lo es también para determinar la aparición de la causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta. Siendo la culpabilidad un proceso psicológico reprochable, es indudable que, al llegar el momento de resolver si un sujeto pudo actuar en forma tal que su conducta resultara conforme al Derecho, debe considerarse si las condiciones anímicas de la persona de que se trate le permitían ejercer libremente la facultad de autodeterminación; o sea que, debe resolverse si al producirse el resultado típico las facultades de selección de conductas estaban libres de cualquier presión.

La importancia de lo anterior lo prueba el hecho de que existan causas de inculpabilidad reconocidas por el sistema positivo según las cuales no es reprochable producir un resultado típico y antijurídico, aun con conciencia de la injusticia con que se actúa, cuando falta esa libertad de autodeterminación, como ocurre por ejemplo en el caso del temor fundado.

Estos casos no se refieren a la anulación de la facultad selectiva de conductas, que provocan ausencia de conducta, sino simplemente afectación al ejercicio del libre arbitrio, lo que produce inculpabilidad por no poder exigírsele al sujeto un comportamiento adecuado al Derecho.

Las normas típicas plantean hipótesis que se actualizan cuando un hecho determinado es encuadrable en el marco legal; pero apartándose de esas generalizaciones se debe analizar sólo el poder que el sujeto individualizado tenía en el momento preciso en que se produjo el resultado antijurídico de actuar en forma distinta.

Para que alguien esté en aptitud de seleccionar adecuadamente su conducta, para que resulte manifestada en conformidad con lo que pretende la norma, se requiere que desde el punto de vista fáctico tenga la posibilidad de actuar en dos o más formas y que opte por una de ellas. Pero cuando las circunstancias de hecho impiden esa selección, es porque no existe la posibilidad requerida,

o sea que no se tiene el poder de opción, sino que los caminos selectivos están cerrados, salvo uno, que es el que se sigue. Aunque debe reconocerse que los hechos nunca, o casi nunca, cierran en forma absoluta la posibilidad de actuar en forma diferente, sino que frecuentemente existen otro u otros medios de manifestar la conducta, diferentes al empleado en el caso concreto; sin embargo, se ha dicho que las leyes se han dictado para el común de los hombres, no para personas verdaderamente excepcionales. Cuando los hechos impiden una normal selección de conductas y dejan libres únicamente los caminos de excepción, para los efectos de la culpabilidad debe decirse que el sujeto no podía actuar en forma distinta.

Los hechos concurrentes con cada acontecimiento son los únicos que, debidamente analizados, permitirán brindar los elementos para resolver en cada caso si el sujeto tenía la normal facultad selectiva de conductas.

Si sabemos que la culpabilidad funciona en la teoría del delito conforme al acto concreto, resulta lógico que la exigibilidad siga idéntico principio. Para la formulación del juicio de reproche que va siempre dirigido a una conducta individualizada, debe estudiarse si en el momento preciso en el que la conducta enjuiciada se produjo, el sujeto autor de ella, conforme a las circunstancias concurrentes y sus características individuales, podía haber cumplido con la exigencia normativa de imponer a su conducta un sentido determinado, conforme a la pretensión de la norma. Por ejemplo: conforme a la fracción I del artículo 400 del Código Penal, todos tenemos la obligación de procurar, por los medios lícitos al alcance, impedir la consumación de delitos que sabemos se van a cometer o se están cometiendo; sin embargo, la exigibilidad es diferente según la calidad de las personas, puesto que no puede exigirse igual comportamiento a un guardián del orden público que a un simple particular.

Ahora bien, en orden a la posibilidad o a poder actuar en forma diferente, los motivos de la conducta son determinantes, ya que no hay conducta relevante para el Derecho Penal que carezca del contenido psicológico que su autor le da, y si lo que se enjuicia es el proceso psicológico que lleva a la manifestación de la

conducta, es necesario conocer en cada caso el contenido, la motivación de cada conducta; los motivos podrán o no ser fundamento para un reproche, según sean normales o anormales en su formación.

El criterio a seguir, para determinar lo anterior, lo proporcionan las circunstancias que concurren con la manifestación de dicha conducta. Así, partiendo del presupuesto lógico de estar en presencia de un imputable, o sea un sujeto que reúne las características y condiciones necesarias para comportarse normalmente, se debe analizar si las circunstancias que concurrieron con la realización de la conducta eran tales que le permitían formar una voluntad libre de defectos o vicios; si las circunstancias permitían una libre selección de conductas, significa que la motivación de la misma fué normal en su formación pero anormal en su valoración y por lo mismo debe serle reprochable esa conducta; por el contrario, en aquellos casos en que la formación de la voluntad fué anormal debido a las circunstancias concurrentes que produjeron un defecto en ella, la valoración también anormal no podrá ser motivo de reproche.

La determinación normal no se da cuando las condiciones de hecho bajo las cuales actúa el individuo son tales que hacen imposible o muy difícil la formación de un querer humano libre de defectos, lo que trae como consecuencia la desaparición de la culpabilidad al no poder exigírsele al sujeto, dadas las especiales condiciones en que actuó, que lo hiciera en forma diferente y de conformidad con el Derecho.

El poder que venimos tratando es, siempre, poder de hecho. Significa esto que debe ser analizado conforme a cada caso concreto y en el momento preciso de la producción del resultado, para determinar si el sujeto autor de él estaba en la posibilidad cierta de haberse comportado en forma distinta a como lo hizo.

Para determinar la culpabilidad se deben considerar, principalmente, la total personalidad del agente y las circunstancias que intervinieron en la formación de la voluntad impulsora de la conducta típica y antijurídica.

B) EL ESTADO DE NECESIDAD TRATANDOSE DE BIENES DE IGUAL ENTIDAD COMO CASO ESPECIFICO DE NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.

Dentro del artículo 15 del Código Penal para el D.F., como " Cir cu ns t a n c i a s E x c l u y e n t e s R e s p o n s a b i l i d a d e R e s p o n s a b i l i d a d e C o m o " C i r c u n s t a n c i a s d e n o e x i g i b i l i d a d e a u t o r d e l a c o n d u c t a d e u n c o m p o r t a m i e n t e d i f e r e n t e a l D e r e c h o . E l l o s s o n :

- El Temor Fundado e Irresistible (Vis Compulsiva), llamado por la doctrina " Coacción o Violencia Moral " (Fracción VI); y
- El Estado de Necesidad, cuando el bien sacrificado es de igual valor al salvado, comprendiendo en la amplia fórmula de la fracción IV.

Como casos específicos, el Código en mención se refiere a los artículos 150 y 151 referentes a la evasión de presos efectuada por los parientes del prófugo-ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, o por afinidad hasta el 2o. grado, y al aborto practicado cuando la concepción fué resultado de una violación (artículo 333).

Sólo analizaremos en este apartado lo referente al Estado de Necesidad mencionado en el segundo guión; pero antes conviene recordar que para llegar al momento de abordar la problemática relativa a la exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta, es porque siguiendo el orden lógico analítico del delito como unidad conceptual, previamente se han satisfecho los elementos constitutivos que denominamos conducta, tipicidad y antijuridicidad y que, además, se está ante la presencia de un imputable como autor de la conducta así calificada,

En algunos casos el Estado de Necesidad a que se refiere la citada fracción queda excluido de su posible calidad de delictuoso en razón de que se trata de una causa de inculpabilidad,

El Estado de Necesidad se refiere a un conflicto que se presenta por una situación de peligro entre intereses jurídicamente protegidos, colocados en idénticos planos de licitud, en virtud del cual surge la necesidad de sacrificar uno de esos bienes para preservar al otro. Su esencia se encuentra en el conflicto, es decir, en una situación de hecho que priva transitoriamente al Derecho de preservar la integridad de aquellos bienes que han sido elevados a la calidad de jurídicos; en ésta situación conflictiva destaca la ubicación de los intereses encontrados, en cuanto a que ellos están perfectamente ubicados en el campo de lo lícito; a pesar de ello, la propia ley releva de responsabilidad penal a quien resuelve el conflicto sacrificando un bien para salvar otro.

Una vez satisfecho el presupuesto fáctico, es decir, que existe un conflicto entre bienes jurídicamente tutelados colocados e idénticos planos de licitud, se debe determinar si la situación conflictiva únicamente podía ser resuelta sacrificando un bien para salvar otro; en caso de llegarse a la certeza de ésta necesidad, todavía queda pendiente determinar si en razón de la naturaleza de los bienes conflictivos, la conducta típica queda amparada por una causa que la justifique o si el fundamento de la absolución se encuentra en una causa de inculpabilidad. Para resolver lo anterior de deben utilizar los elementos de juicio que nos proporciona la jerarquía valorativa de los intereses.

Dicha determinación sirve de guía para la ubicación de la causa de inexistencia del delito; aspecto importante no solamente en la teoría del delito, sino también en los efectos jurídicos que provoca la conducta típica, ya que lo lícito (inexistencia del delito por haber una causa que justifique la conducta típica) no podrá originarse responsabilidad de ninguna índole; en cambio, si la inexistencia del delito se fun-

da en la inculpabilidad, podrá haber responsabilidad jurídica para el autor de la conducta típica y antijurídica aun cuando desde luego, - no haya responsabilidad penal.

De análisis del artículo 15 fracción IV Código Penal relativo a este tema, se pueden desprender varias hipótesis como son:

- 1.- Sacrificio de un bien jurídico inferior para preservar a otro de mayor jerarquía;
- 2.- Sacrificio de un bien jurídico de idéntica jerarquía a la del bien preservado; y
- 3.- Sacrificio de un bien jurídico de mayor jerarquía que la correspondiente al bien preservado.

En la primera de las tres hipótesis planteadas la causa de inexistencia del delito se ubica en el campo correspondiente a la antijuridicidad, o sea que se trata de casos de conductas típicas avaladas por una causa de justificación.

La segunda hipótesis se refiere a una causa de inculpabilidad - más concretamente a un caso especial de no exigibilidad de otra conducta, que tendría que ser una conforme al Derecho.

No se debe olvidar que el mandato de la ley va dirigido a personas comunes y, por lo tanto, no se puede imponer al que se encuentra en Estado de Necesidad una obligación de tal magnitud que lo llevara a valorar en forma previa a su conducta, la satisfacción de todos y cada uno de los elementos que la ley señala, para que después realizara o no, según el caso, la conducta.

El peligro y el conflicto en que se encuentra el necesitado lo llevan a actuar sin atender a consideraciones normativas, guiado únicamente por su propia naturaleza. Son sólo los instintos y la eminente calidad egoísta del hombre los motores que lo impulsan a la activi

dad de situaciones de peligro y conflicto.

La rápida valoración que el necesitado realiza es insuficiente para eliminar el posible carácter delictuoso de su conducta, puesto que la determinación de la jerarquía de los intereses se establece en el juicio respectivo. Deberá seguirse un criterio objetivo-subjetivo para resolver si en cada caso particular se satisficieron los requisitos que la ley señala, en orden a la realidad, naturaleza e inminencia del peligro y la existencia o inexistencia de otros medios menos perjudiciales que el empleado para disolver el conflicto.

Para el hombre común lo propio es superior a lo ajeno. Sin embargo, lo anterior, que es una realidad humana, no sería suficiente para que la ley autorizara el sacrificio de lo ajeno para salvaguardar lo propio.

En esta hipótesis se debe encontrar el fundamento de absolución en el hecho de que es imposible exigirle a alguien que actúe contra su propia e íntima naturaleza. Como hemos dicho, la ley no puede exigir al hombre un comportamiento heróico: los héroes son seres de excepción, y el mandato de la ley va dirigido a una sociedad integrada por pocos héroes y muchos seres comunes.

Al reconocer que en estos casos es inhumano pretender un comportamiento heróico o excepcional, en realidad se está manifestando que no es exigible un comportamiento diferente, de lo que resulta una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta conforme al Derecho.

La inculpabilidad, por la hipótesis del Estado de Necesidad en que los bienes en conflicto son de igual valor, sólo aparece cuando se satisfacen todos los requisitos que normativamente han sido establecidos para esta figura.

Todos los elementos y requisitos son iguales, tratándose del Estado de Necesidad como causa de justificación o como causa de inculpabilidad, ya que la variación proviene de la estimación valorativa de los intereses. En el caso que ahora nos ocupa, la jerarquía valorativa de un interés sobre todo igual, dimana del reconocimiento de la no exigibilidad a un ser humano de un comportamiento excepcional, dado que el principio de que al interés ajeno se sobrepone el propio, sólo tiene validez cuando concurren todos los demás elementos y requisitos que la ley señala.

La realidad nos ha presentado trágicos ejemplos en que colisionan dos existencias humanas, sin que quepa, en tan apurado trance, otro remedio que sacrificar una de ellas para salvar la otra.

Se cuenta la famosa historia del vate inglés " Mignonette ". azotado por una fuerte tempestad cerca del Cabo de Buena Esperanza.

" Era en el verano de 1884. El yate había salido de Southampton el 14 de mayo, con rumbo a Australia, donde había sido alquilado para un viaje bastante largo; el equipaje se componía de 4 hombres: el capitán Dudley, el piloto Stephens, el marinero Brookes, y el grumete Parker, de 17 a 18 años de edad. El 5 de julio, a 1600 millas, aproximadamente, el Cabo de Buena Esperanza, les sorprendió una violenta tempestad; apenas tuvieron tiempo de saltar a una chalupa, cuando el barco abandonado se hundió. Los 4 hombres se encontraron solos en alta mar, a muchos centenares de leguas de la costa, en una pequeña embarcación, sin agua potable y sin más comestibles que algunas latas, conteniendo dos libras de conservas, que el capitán había logrado salvar, exponiendo su vida. El cuarto día encontraron una pequeña tortuga. Con estos alimentos vivieron doce días: los dos siguientes pudieron engañar la sed con ayuda de algunas gotas de agua de lluvia, recogidas en sus capas impermeables. Después, nada. El décimo octavo

día, como sus sufrimientos se hicieron más atroces, los 3 hombres de-
liberaron sobre el partido que se tomaría si no llegaba algún socorro,
y hablaron de sacrificar a uno de ellos para prolongar la vida de los
otros; el grumete Parker, enfermó por haber bebido agua de mar, yacía
inerte en el fondo de la canoa y no tomó parte de las discusiones. El
décimo noveno día el capitán Dudley propuso echar a suertes la víctima,
pero Brookes se opuso, declarando que, así como él no deseaba ser muer-
to, tampoco quería que otro lo fuese. Dudley y Stephens hicieron obser-
var, entonces, que como ellos tenían mujer e hijos, era preferible sa-
crificar al muchacho, y Dudley decidió que al día siguiente se procede-
ría a su ejecución, si no estaba a la vista navío alguno. El grumete,
casi sin conocimiento, nada había oído. Y al día siguiente, como nin-
gún barco apareciese, el capitán hizo comprender por señas a los dos -
hombres que el momento había llegado; sólo Brookes hizo un gesto de de-
saprobación. Stephens indicó que aprobaba, pero no tenía valor de eje-
cutar la muerte; entonces Dudley se aproximó al joven, que yacía, casi
inanimado, en una debilidad extrema, y después de prepararle, con algu-
nas palabras, para el fin que le esperaba, implorando para él el perdón
de Dios, le hundió el cuchillo en la garganta. Los tres hombres se -
precipitaron sobre el cadáver, bebiendo con avidez la sangre caliente
que se escapaba de sus heridas. El mismo Brookes, si bien no había to-
mado parte en el homicidio, la tuvo, por lo menos, en el horrible fes-
tín. Cuando llegaban al día 24 del naufragio, (sostenidos hasta enton-
ces por la carne del grumete) un buque alemán los recogió en un estado
de gran agotamiento.

En Falmouth desembarcaron, siendo sometidos a un primer interroga-
torio. El jurado inglés se limitó a establecer, en un veredicto espe-
cial el estado de los hechos, dejando al Tribunal Supremo de Londres -

el cuidado de resolver la cuestión de Derecho. Este, en el año de 1884, condenó a muerte a 2 de los acusados (Dudley y Stephens); - pena que la reina conmutó por la de 6 meses de prisión". (17)

La tercera de la hipótesis que se desprenden de la fórmula genérica del Estado de Necesidad contenida en el artículo 15 fracción IV del citado Código, se presenta cuando en la situación conflictiva el bien sacrificado es de superior jerarquía que el bien preservado. La solución para esta hipótesis no puede ser tan clara como en las otras dos anteriormente citadas, porque rompe totalmente una jerarquía valorativa al imponer una superioridad de algo notoriamente inferior.

Consideramos que en un caso así no puede decirse que obra a favor de una persona determinada el Estado de Necesidad como excluyente de responsabilidad, puesto que no existe fundamento para poder hablar de una causa de justificación; tampoco puede hablarse de una causa de inculpabilidad, pues como antes sostuvimos, la rápida valoración que realiza la persona que se encuentra ante un peligro real, grave o --- inminente, es insuficiente para eliminar el posible carácter delictuoso de la conducta. Luego entonces será una conducta sancionada penalmente.

(17) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. IV Edit, Losada. 3a. Ed. Buenos Aires. 1961. Pág. 223

CAPITULO QUINTO
" LA ANTIJURIDICIDAD "

A) CONCEPTO.

En las legislaciones vigentes no se ha definido de manera -- afirmativa a la antijuridicidad. Sabemos lo que significa en los dis tintos códigos, valiéndonos de la inducción de lo particular negati vo, que es lo que figura en las leyes, a lo general afirmativo. En - efecto, los Códigos Penales de España, de Argentina y de México -ci- tados ahora como mero ejemplo- en vez de decirnos lo que es antijurí dico, nos dicen lo que no lo es, esto es, lo que está justificado -- (causas de justificación).

" No es posible pretender encontrar en el Derecho romano una doctrina sobre lo antijurídico en su aspecto afirmativo. Pero sí ha- llamos la enunciación de los casos en que lo injusto está ausente. - En el Derecho de Roma se encontraba una serie de casos, como la legí tima defensa, el estado de necesidad, el derecho de matar al ladrón nocturno y al adúltero sorprendido en flagrante delito. Debe adver- tirse también que la naturaleza fundamental que puede asignarse a -- los casos expresamente considerados por los romanos, fue vacilante y hasta a menudo enfocada erróneamente por aquellos jurisconsultos que estimaron excluida no la antijuridicidad del acto, sino su culpabili- dad, puesto que invocaban la ausencia del dolo requerido en los deli- tos ".(18)

Debemos subrayar que la legítima defensa fue la primera que,

(18) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. III. Edit. Lo- sada. 4a. Ed. Buenos Aires. 1963. Pág.963

a fines del S. XVIII, se desliga de la unión con el homicidio y busca su propio sitio, como característica muestra de las causas de justificación. Sigue a la legítima defensa en ese desenvolvimiento hacia la verdadera naturaleza de las causas que excluyen la responsabilidad, - el estado de necesidad, que no ha llegado todavía a conclusiones unánimes.

Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere - un esclarecimiento a fondo. Provisionalmente puede decirse que la antijuridicidad es lo contrario al Derecho. Por lo tanto, no basta que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, - sino que es necesario, además, que sea antijurídico, contrario al Derecho. Pero esto nada nos dice y es una de tantas definiciones tautológicas.

La evolución del concepto de la misma se completa por negaciones; según este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes que se establecen de un modo expreso.

La acción o conducta que es típica, por ello mismo tiene un - indicio o presunción de ser también antijurídica.

Cuando está integrada la conducta, hay que analizar enseguida si se adecúa a un tipo legal, o sea, si se trata de una conducta típica; al entrar al campo de los tipos, no pueden verse como meras abstracciones sin un contenido valorativo, ya que los tipos no surgen espontáneamente, sino como consecuencia de la valoración que el legislador realiza de determinadas hipótesis que crea o absorbe, pero todo - ello con una idea precisa, que es la de preservar la integridad de -- los bienes que considera merecedores de la especial tutela del Derecho Penal. La hipótesis legal, que es el tipo, tiene entonces una ma-

teria propia de índole valorativa, que es la prohibición de realización de esa hipótesis bajo la conminación de que se actualice la amenaza punitiva que el Estado dirige a través de los tipos.(19)

La materia de la prohibición es el elemento del delito que llamamos antijuridicidad, o sea, que el legislador ha considerado que es una conducta contraria al Derecho aquélla que viola el interés jurídico contenido en el tipo; violación que se realiza por medio de la adecuación de la conducta concreta al tipo abstracto y de donde surge la tipicidad. Esto equivale a decir que toda conducta típica es también antijurídica; afirmación que vale siempre que no exista una causa que vuelva jurídica esa conducta típica, o lo que es igual, que no haya una causa de exclusión de lo injusto de la conducta aparentemente antijurídica, ya que la antijuridicidad no resulta de la simple adecuación al tipo por parte de la conducta, sino de la violación al orden jurídico como conjunto. Esto es claramente perceptible en los casos de las legítimas defensas, en que hay, sin duda alguna, conducta que se adecúa al tipo, sea de lesiones, homicidio u otros, y sin embargo, surge también dentro del orden jurídico general una causa que vuelve conforme al Derecho a esa determinada conducta típica realizada en legítima defensa.

El simple hecho de que una conducta sea considerada como típica, por adecuarse al tipo, crea, en consecuencia, un fuerte indicio de ser también antijurídica; pero para que el delito exista no deben

(19) El tipo es la máxima garantía de la seguridad ciudadana ante el Poder Público, ya que es a través y por medios suyos que el particular conoce los límites que le han sido impuestos a su libertad de comportamiento, ya que fuera de lo que es típico no hay nada que pueda ser constitutivo de delito. Para justificar la existencia del tipo en los ordenamientos legales, se sigue la idea de que hay conductas que son dañinas para el conjunto social y que por ello tienen que ser motivo para la imposición de una -

haber presunciones más o menos fuertes, sino certeza absoluta. Entonces, puede decirse que la tipicidad de una conducta es indiciaria de su antijuridicidad; indicio que se convierte en certeza cuando se resuelve que no hay causa alguna que elimine ese indicio de antijuridicidad, volviendo a la conducta típica en conducta justificada.

Hay que considerar que para llegar a la determinación de la antijuridicidad se debe tomar la base que proporciona el orden jurídico general; pero para efectos del delito la única antijuridicidad relevante lo es la plasmada en un tipo legal, que así viene a convertirse en ley.

Ahora bien, si el tipo ha nacido como consecuencia de una valoración legal, parece ser una verdad indiscutible que cuando una conducta se adecúa a la perfección a esa hipótesis legal, y es, consecuentemente, una conducta respecto de la cual se satisface el segundo de los elementos del delito (tipicidad), hay una fuerte presunción de que se está también ante una conducta antijurídica, porque es precisamente por medio de esa adecuación típica que se está contrariando el orden jurídico, lo que da el carácter indiciario de antijuridicidad a la tipicidad; pero insistimos en la insuficiencia del indicio para la determinación del delito, que requiere la certeza absoluta, por medio de la ausencia de alguna causa de exclusión de lo injusto de la conducta típica.

La acción tiene que ser valorada no sólo ante la ley que ordinariamente se limita a describirla, sino ante la norma que esa ley presupone. Cuando el resultado de ese examen afirma la existencia de

sanción. Los tipos no tienen una generación espontánea, ni son descripciones de conductas neutras, sino que han surgido como causa de una valoración del legislador en orden a la antijuridicidad y corresponden a lo que se considera como relevante en el Derecho Penal y para los efectos del delito.

un conflicto entre el fin que el Derecho persigue y la conducta, decimos que ésta es antijurídica.

Por todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la antijuridicidad es una relación de contradicción entre la conducta y el orden jurídico general.

" Nadie ha expresado con más elengancia que Carrara ese doble aspecto de adecuación a la ley y de contradicción al Derecho, cuando dice que el delito es una disonancia armónica, pues en la frase se expresa, es el modo más preciso, la doble necesidad de adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora ".(20)

B) NATURALEZA.

La antijuridicidad existe, esto es algo que en la actualidad no se pone en duda ni provoca polémica, pero donde no hay una unificación de criterios doctrinales es en lo relativo al lugar que le corresponde dentro del campo de la teoría del delito; queremos con lo anterior afirmar la existencia de discrepancias entre los autores respecto de si la antijuridicidad es o no un elemento del delito, porque de ello resulta la necesidad de imponer a todo estudio que sobre ella se haga una sistemática acorde con el criterio que se sustente.

Es necesario, en consecuencia, que hagamos mención de los penamientos discrepantes.

Es corriente doctrinaria dominante entre los autores italia--

(20) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. 18a Ed. México. 1983. Pág. -
176

nos niega a la antijuridicidad el carácter de elemento del delito, al considerarla como la esencia misma del propio delito.

Es el pensamiento de Rocco el que ha servido de fundamento para fijar la ubicación de la antijuridicidad como esencia del delito; a ese pensamiento se hace constante referencia, y además en forma expresa se le reconoce; vemos que Antolisei dice que " como fue destacado por Rocco con feliz expresión, la antijuridicidad es la esencia, - la naturaleza intrínseca, el in se del delito "(21) ya que la contradicción entre el hecho y el Derecho, que es precisamente la antijuridicidad, no es un elemento concurrente a la formación del concepto -- del delito, sino que es lo que caracteriza al delito mismo, en su forma esencial.

Por otra parte, Guarneri, apoyado igualmente en las ideas originales de Rocco critica la posición de quienes dan a la antijuridicidad el valor de elemento del delito, diciendo que " descomponiendo - el delito, no se encontraría una individualidad autónoma de antijuridicidad, pues va ligada al hecho culpable como el color y la forma a las cosas, sin que pueda separársele de él sin privarla de su contenido, sin que se volatilice. Es un carácter que circula por todo el delito, en cuanto el delito es violación de la norma penal y en tal relación pura y simple se agota el delito ".(22)

Destaca también en esta comunidad de ideas la presencia de -- Cernelutti, quien al estudiar el delito y especialmente la antijuridicidad, sostiene que " lo jurídico que contiene la expresión antijurí-

(21) Manual de Derecho Penal. Parte General. Edit. Uteha. Argentina. 1960. Pág. 142

(22) Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal. Edit. José M. Cajica. México. 1952. Pág. 184

dico, no significa regulado por el Derecho, sino conforme a él; únicamente así podrá entenderse cómo el delito puede ser justamente un hecho jurídico y un hecho antijurídico ".(23) El acto es antijurídico - cuando no está conforme con el Derecho, como ocurre por ejemplo cuando se viola el principio de no robar y se torna en jurídico, es decir, en hecho regulado por el Derecho, cuando esa inconformidad de origen reclama una sanción, como aparece en el mismo caso del principio anterior, al decirse que quien robe será castigado. En consecuencia, al decir de Carnelutti, " la llamada antijuridicidad, o mejor, lo contrario al Derecho, no es más que la expresión o más bien la razón de la juridicidad, es decir, de estar regulado por el Derecho ". (24)

Para cualquiera que se ocupe de estos temas, debe resultar -- claro que la ubicación de la antijuridicidad está, en realidad, vinculada con otro problema de mayor alcance y profundidad, como lo es el concepto mismo que se tenga del delito, ya que de ello dependerá, indudablemente, la posición que se le atribuya a la antijuridicidad.

Para los autores de la corriente italiana, la tesis dominante es la de considerar al delito en la llamada concepción totalizadora o unitaria, como una entidad orgánica que encuentra su calidad intrínseca en la unidad que constituyen sus elementos.

Esta idea de los italianos respecto de la no escisión del delito, sino de su concepción sintética es claramente expuesta por Maggiorè, quien dice que " el delito no es acción más antijuridicidad -- más culpabilidad, sino, según el aspecto por el cual se considere, es todo acción, todo antijuridicidad, todo culpabilidad, de donde resul-

(23) Teoría General del Delito. Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1952, Pág. 19. Trad. Victor Conde

(24) Teoría General del Delito. Ob. Cit. Pág. 19

ta el concepto de delito como acción antijurídica y culpable ".(25) - Por ello, afirma el citado autor, tienen la razón quienes a la antijuridicidad le niegan el carácter de elemento del delito, porque ella, en realidad se compenetra totalmente del delito y se constituye en su naturaleza intrínseca, en algo así como su propia esencia; luego, al ocuparse concretamente del estudio en el campo doctrinario del tema - de la antijuridicidad, fija su posición afirmando que ella " no es -- una parte que se puede desintegrar del todo, de tal manera que el delito, al quitarle la antijuridicidad, quede siempre delito, por más - que le sea mutilado un órgano ".(26)

Lo destacado de las posiciones precedentes puede encontrarse en que ellos no pretenden en ninguna forma negar la existencia de la antijuridicidad, lo que sería verdaderamente absurdo, ya que la consideran la esencia misma del delito, sino que le niegan el carácter de elemento del propio delito y se oponen abiertamente al estudio del delito en forma analítica, por razonar que la unidad conceptual no es - escindible, sino un todo que como tal tiene que ser estudiado.

Si desde un punto de vista puramente formal la ley nos dice - que el delito es "el acto u omisión que sancionan las leyes penales " (artículo 7 del Código Penal), de ello tendríamos que concluir que la conducta es la esencia misma del delito, porque es precisamente a ella a la que van a corresponderle los calificativos de ser típica, - antijurídica y culpable; y si continuáramos formulando hipótesis, también cabría decir que sin tipicidad o sin culpabilidad tampoco estaríamos ante la presencia de un delito, para concluir que todos esos as-

(25) Derecho Penal. I. Edit. Temis. Bogotá. 1954. Pág. 271. Trad. José J. Ortega Torres

(26) Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 382

pectos son en realidad la esencia misma del delito, puesto que sin ellos no hay siquiera la posibilidad de determinación, lo que nos confirma, en última instancia, que todos ellos son esenciales porque forman parte de un todo, y que sólo con su total existencia puede integrarse el delito.

La otra corriente que existe como criterio discrepante del -- que hemos tratado es la que considera que la antijuridicidad es un elemento del delito y que forma, por lo tanto, parte de un todo, que lo es el propio delito, junto con los demás elementos que se reconozcan, según sea el concepto que del delito se acepte. Esto en un primer plano, que el estudio de la antijuridicidad se debe hacer mediante un método analítico, que aun cuando sea independiente en ese concreto análisis, se realiza conservando una idea unitaria, o sea que el delito solamente existe cuando concurren respecto de un hecho todos los elementos que lo integran. El análisis de la antijuridicidad, así, se separa en un momento preciso de los otros elementos, pero no se desvincula de ellos, ya que para estudiar la antijuridicidad, en forma previa se habrán estudiado la conducta y la tipicidad, y para determinar la certeza de la existencia del delito, a la antijuridicidad seguirá el estudio y análisis de la culpabilidad.

La mejor forma de abordar este tema consiste en rechazar el carácter de esencia del delito que se atribuye a la antijuridicidad, eliminando al mismo tiempo, la idea de que la antijuridicidad existe por la simple contrariación formal entre el hecho y la norma.

El hecho que produce el resultado contradictorio con el Derecho es irrelevante para el Derecho Penal, hasta en tanto no se le pueda asociar lógicamente y jurídicamente con los elementos del concepto del delito.

La relación entre el hecho y la norma, que desde luego no es perceptible sensorialmente, implica la realización de un juicio valorativo, lo que confirma que entre el hecho, visto aisladamente y la concepción de ese hecho como delictuoso, media una valoración jurídica que no puede resolverse sin tomar en cuenta que lo que es motivo de una desvaloración es precisamente la conducta típica, ya que, como lo hemos expuesto, para llegar al momento de realización del juicio de contradicción entre el hecho y la norma, que eso es la antijuridicidad, se requiere una referencia lógica, como lo es la conducta típica.

Lo anterior nos lleva a insistir en la prelación lógica que existe entre los elementos del delito, ya que la desaprobación que resuelve lo injusto de una conducta determinada es la resultante de la conducta debidamente tipificada, y ya es conocida en la actualidad la existencia de los elementos subjetivos de lo injusto, o sean aquéllas referencias subjetivas que se encuentran incluidas en el tipo y que, por lo tanto, tienen que aparecer satisfechas para la integración del tipo. Este es el caso, por ejemplo, del robo al que se refiere el artículo 367 de nuestro Código, que sólo puede integrarse cuando el sujeto autor de la conducta lo hace con ánimo de apropiación, o sea que hay en el tipo de robo un elemento subjetivo, que lo es el llamado ánimo de apropiación, que pasa a modificar la función normalmente descriptiva del tipo al adicionarle un aspecto anímico.

En efecto, utilizando el mismo ejemplo del robo, un acto de apoderamiento sin ánimo de apropiación, no sería suficiente para fundamentar el presupuesto lógico para estudiar la antijuridicidad, como lo es la conducta típica, a pesar de que objetivamente se precisara la lesión al bien tutelado, lo que permite afirmar esa relación de --

vinculación que termina la armonía de los elementos del delito.

Una de las argumentaciones más sólidas para resolver que la antijuridicidad es elemento del delito y no su esencia, se encuentra en aquéllos casos en los que hay una plenitud de antijuridicidad en una conducta típica y sin embargo el delito no existe, lo que por sí solo prueba que no es la antijuridicidad la esencia, sino un elemento del delito. Nos referimos, como es claro, a las conductas típicas y antijurídicas de los inimputables.

En efecto, si pensamos en que los inimputables, sean por minoría de edad, enfermedad mental o pérdida transitoria de las facultades de autodeterminación, son capaces de realizar conductas típicas de las que surgen consecuencias de Derecho por estar así previsto en los sistemas normativos, tenemos que aceptar que esas conductas típicas son relevantes precisamente por ser antijurídicas.

Cuando un incapaz, inimputable por minoría de edad, produce con su conducta un acontecimiento típico, nuestra ley en el artículo 32 fracción I, establece una consecuencia de Derecho, consistente en la obligación a cargo de los ascendientes de reparar el daño que hayan causado los menores descendientes; si se trata de sujetos sometidos a tutela o a custodia, también incapaces o inimputables, la misma obligación de reparar el daño causado corresponde a los tutores o custodios; lo que nos prueba en forma clara que hay, en estos casos, una responsabilidad por la conducta típica realizada, que si bien no puede llegar a ser constitutiva de delito, por falta de imputabilidad, no por ello deja de ser contraria a Derecho, o lo que es igual, es una responsabilidad que nace de la conducta típica y antijurídica.

La antijuridicidad de esas conductas es plena y absoluta, pero insuficiente para la cabal integración del delito, pero no por au-

sencia de antijuridicidad, sino por inimputabilidad. Entonces es válido afirmar que no obstante la plenitud de la antijuridicidad, el delito no existe, lo que es básico para sostener que la antijuridicidad no es la esencia, sino un elemento del delito.

En algunos artículos del Código Civil, incluidos en el Capítulo V del Título Primero del Libro Cuarto, relativo a las obligaciones, se hace referencia a las consecuencias de Derecho que producen los actos ilícitos o antijurídicos, como aparece en el 1911, que se refiere a la obligación civil del incapaz de reparar el daño que cause, así como en el 1919 que impone la misma obligación a cargo de quienes ejercen la patria potestad, el 1921 respecto de los tutores, etc; pero es digna de mención la naturaleza común de estas obligaciones, que es la ilicitud del comportamiento del menor o del incapaz. Todo esto se observa para llegar nuevamente a la conclusión de que a pesar de la plena antijuridicidad, el delito no existe, porque entendido él como unidad conceptual, no puede integrarse porque falta la persona imputable sobre la cual recaería el juicio relativo a la culpabilidad. En consecuencia, no es la antijuridicidad la esencia del delito, sino un elemento suyo.

Atendiendo a las ideas y razones que se han externado, nuestra conclusión es en el sentido de que la antijuridicidad es uno de los elementos constitutivos del delito y que puede y debe ser estudiado analíticamente.

Es conveniente precisar que la antijuridicidad no tiene importancia superior a cualquiera otro de los elementos del delito, ya que es parte de un todo, que es la unidad conceptual, pero como parte es igualmente importante que el resto de los componentes, ya que la ausencia de uno solo de ellos produce idéntico fenómeno en el campo del

Derecho Penal: la inexistencia del delito.

C) CRITERIOS SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD.

Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuridicidad. De aquí -- que ésta última, de acuerdo con la prelación lógica entre las notas -- características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin -- que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad. Una conducta no puede ser culpable si no es antijurídica, pero puede ser antijurídica sin ser culpable, dándose en este último caso una hipóte-- sis de culpabilidad.

El concepto de lo antijurídico no se precisa con sólo decir -- que es lo contrario al Derecho. La esencia de la delictuosidad es, to da ella, oposición al Derecho; por lo tanto, se debe uno cuidar de -- distinguir entre " oposición objetiva " o antijuridicidad, y " oposi-- ción subjetiva " o culpabilidad.

Haremos una clara separación entre estas dos formas de contra-- dicción con el Derecho.

1. CRITERIO OBJETIVO.

La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposi-- ción existente entre la conducta humana y el orden jurídico, jui-- cio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valo-- ración de índole subjetiva, por lo cual la antijuridicidad tiene -- carácter objetivo.

La valoración que lleva a afirmar la existencia de una ac-- ción ilícita es un juicio objetivo de comparación, es decir, que --

en él se aprecia el hecho independientemente del motivo subjetivo de su autor, de las condiciones internas del mismo: De su culpabilidad y de su imputabilidad. El dar muerte a un hombre es un hecho objetivamente ilícito tanto si lo realiza un hombre capaz de voluntad como si lo realiza un inimputable, aun cuando a éste no se le imponga una pena, sino una medida de seguridad. Lo que falta en este último caso para llegar a la aplicación de la pena no es un hecho antijurídico, sino un sujeto capaz. En cambio, cuando el hecho no sea ilícito por mediar una causa de justificación no diremos -- que la pena no se impone porque el sujeto no era imputable, sino -- porque el hecho no era ilícito objetivamente considerado.

Se dice que el juicio acerca de la antijuridicidad es objetivo en el sentido de que es válido erga omnes y referido al hecho con independencia de la persona o personas que han ejecutado.

La distinción no corresponde a la división entre lo interno y lo externo del delito; se habla aquí de la antijuridicidad en el sentido de valoración hecha conforme con los valores del Derecho, que nada tienen de limitaciones subjetivas.

La antijuridicidad es objetiva, y existe cuando una conducta viola una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, tan sólo significa que -- constituye una valoración de la fase externa de la conducta.

El criterio objetivo, por tanto, haciendo a un lado la voluntad humana, afirma la posibilidad de valorar la conducta en virtud de su contradicción con el orden jurídico.

Cuando se hace referencia a la exclusión de valoraciones -- de índole subjetiva, es obvio que se delimita el campo de dos elementos del delito, como son la antijuridicidad y la culpabilidad, ya que a ésta última le corresponde el juicio relativo al contenido subjetivo que es atributo de la conducta enjuiciada. Siendo la misma conducta la que en todo caso es motivo del enjuiciamiento -- tendiente a la determinación de existencia o inexistencia del delito, la prelación lógica de los elementos constitutivos del mismo, lleva a una serie de valoraciones y juicios, cada uno con su propio y diferente contenido; y tratándose de la antijuridicidad ver-

sa sobre la materialización u objetividad de la conducta, mientras la culpabilidad se refiere al ánimo del sujeto actuante; esta delimitación previa permite ubicar cada cuestión en su campo privativo y elimina confusiones en la comprensión de la antijuridicidad y su esencia.

Un ejemplo de lo anterior es el de una conducta típica de homicidio, que si no aparece justificada en virtud de una causa de exclusión de lo injusto, será también antijurídica, porque el indicio que la tipicidad aporta se convierte en certeza cuando no funciona el principio de excepción-regla, pero que siendo conducta típica y antijurídica está lejos de ser constitutiva de delito, sobre todo porque se encuentra pendiente el juicio en orden a la culpabilidad; al resolverse acerca de la antijuridicidad se ha realizado un juicio de valoración objetivo, sin mencionar los aspectos subjetivos que corresponden a la culpabilidad. Quien, completando el ejemplo, priva de la vida a otro en la hipótesis del temor fundado (artículo 15 fracción VI del Código Penal), realiza una conducta típica y antijurídica, pero inculpable y por ello, en el caso, no hay delito.

Jiménez de Asúa se expresa así: " Lo primero es el concepto natural, con independencia de valor (acto). Luego, es la comparación cognoscitiva con lo descrito, sin valorar (tipicidad).- Ahora, la valoración objetiva con la norma (antijuridicidad). -- Por último, el juicio de reproche (culpabilidad) ". (27)

Vemos en lo anterior que el juicio relativo a la antijuridicidad no tiene vinculación con aspectos subjetivos correspondientes al sujeto actuante, sino que su determinación es la resultante de una contradicción objetiva entre el acontecimiento particular y el orden jurídico general.

El enfoque precedente permite resolver la antijuridicidad objetiva de las conductas típicas de los inimputables; es sabido - que éstos (por ejemplo los menores, sordomudos o enfermos mentales) no pueden llegar a cometer delitos porque respecto de ellos

(27) Tratado de Derecho Penal. III. Edit. Losada. 4a Ed. Buenos Aires. 1963. Pág. 975

no es posible la realización del juicio relativo a la culpabilidad, por carecer del presupuesto de la imputabilidad; pero es indiscutible que sus conductas típicas sí pueden llegar a contener la antijuridicidad necesaria para que de ellas se extraigan consecuencias en el campo del orden jurídico general, precisamente por ser antijurídicas o contrarias al Derecho, aun cuando no constitutivas de delito.

Por otra parte, los elementos subjetivos de lo injusto, -- cuando han sido valorados por el legislador, pasan a integrar el tipo penal específico en el que hayan sido incluidos, pero sin modificar la naturaleza objetiva del juicio relativo a la antijuridicidad, sino que simplemente obliga a una depuración previa más cuidadosa, para resolver si existe o no la contradicción entre el hecho y la norma, ya que, tratándose de un juicio, deben seguirse las reglas de la lógica, partiendo de la base que proporciona la adecuación típica (dentro de la cual puede haber elementos subjetivos), para contraponerla con la norma de Derecho, y si hay contradicción habrá antijuridicidad, ya que es éste el procedimiento para pasar del indicio de antijuridicidad que la tipicidad aporta, a la plena certeza por no haber causas de exclusión de la misma -- en el caso concreto.

La objetividad de lo injusto aparece en estas condiciones por la contrariación de la norma jurídica, incluyendo su contenido valorativo, y el hecho, que proviniendo de un hombre como conducta suya, provoca la afectación al bien que el Derecho pretende proteger. Quedan así fuera del ámbito de ésta aquéllas afectaciones a los bienes que la norma jurídica tutela, que no tengan como base -- actos de un hombre, que puedan ser considerados como conducta.

Al mencionarse al hombre como autor del hecho contradictorio con la norma, no se hace inclusión, para la finalidad de la de terminación de la antijuridicidad, de ningún aspecto relativo a la especial actitud o motivación en el orden psíquico, por corresponder ello al campo de la culpabilidad. La antijuridicidad es objeti va por referirse, exclusivamente, a la contradicción hecho-norma. Bastará para el calificativo de antijuridicidad de una conducta -- determinada, que pueda establecerse en orden lógico, la existencia

de una conducta, que ella sea típica, y que no haya alguna causa - de exclusión de la antijuridicidad, conforme al principio de excepción-regla, ya que, como se ha expuesto, la conducta típica es presuntivamente antijurídica, para la plenitud del calificativo requiere la realización absoluta de contradicción entre la conducta y el Derecho.

2. CRITERIO SUBJETIVO.

El hecho por sí mismo carece de un contenido propio, por lo que para formar parte en el juicio de contradicción relativo a la antijuridicidad, quienes creen en la tesis subjetivista, vinculan al hecho con su autor, ya que solamente tomando en debida consideración al sujeto autor de la conducta en que el hecho se manifiesta, se podrá volver intelegible el juicio que tiene que realizarse en la búsqueda de la contradicción hecho-norma.

Jiménez Huerta afirma que para los defensores del criterio subjetivo " no basta la simple oposición de la conducta con el orden jurídico, sino que se requiere que la misma pueda reprocharse a su autor por implicar una lesión a las normas de determinación - que le son impuestas en cuanto súbdito del Derecho ".(28) Lo que - significa una reunión de los conceptos de la antijuridicidad y la culpabilidad, ante la imposibilidad de estudiar lo injusto de una conducta determinada, sin incluir en su estudio lo relativo a la - culpabilidad del autor de ella, ya que es sabido que para llegar a ésta última, hay que entrar definitivamente en el campo de lo subjetivo.

Los subjetivistas parten de la teoría de los imperativos - que, como se sabe, son de origen Kantiano. Según ellos el Derecho se concibe como una voluntad que como fuerza psicológica actúa sobre la voluntad misma del sujeto que, por lo tanto, está obligado a no quebrantar el orden estructural de la ley; de modo que ya sea el cumplimiento de la obligación como el acto de violación a la --

(28) La Antijuridicidad. México, Imprenta Universitaria, 1952. Pág.

voluntad de la ley resultan ser forzosamente procesos voluntarios. De este modo sólo serán ilícitas las acciones que se encuentren en contraposición con el Derecho en su esencia de mandato legislativo. Así, los autores de actos antijurídicos sólo serán los imputables, ya que únicamente en éstos es donde se puede encontrar una base al elemento psicológico contrario a la esencia ordenadora propia del Derecho.

Para cualquier observador atento tiene que saltar a la vista que el más importante e inaceptable aspecto que se presenta es el de la absoluta equiparación entre dos elementos del delito, diferentes en su presentación y en su contenido, como son la antijuridicidad y la culpabilidad.

Para el estudio del delito la corriente dominante es de tipo analítico y se realiza separando por una prelación lógica los diferentes elementos que lo integran conceptualmente; es así que ante un hecho relevante, que lo es el que afecta intereses jurídicamente protegidos, lo primero que se hace es determinar si existe una conducta que, como tal, solamente puede ser satisfecha por un ser humano; luego se estudia la tipicidad de esa conducta que, si se satisface, proporciona un indicio de antijuridicidad, y en tercer término se llega a la antijuridicidad con la fórmla de exclusión de lo injusto por medio de la excepción-regla, para pasar luego a la culpabilidad, con su presupuesto que es la imputabilidad. Cada uno de estos elementos tiene su propia función y contenido y no hay razón alguna para confundir dos de ellos como pretende la tesis subjetivista ya que, además de ser un error, deja sin contenido a la antijuridicidad. Hay que distinguir siempre entre el acto y su autor, porque sobre ellos se realizan juicios diferentes.

Por otra parte, la antijuridicidad tiene como fundamento una oposición entre un hecho y una norma; el hecho se considera, para efectos de la antijuridicidad como el acontecimiento en el mundo exterior, carente de contenido volitivo, que afecta o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado. La contrariación entre el hecho y la norma tiene que verse desde el punto de objetividad del acontecimiento y en relación con el contenido de la norma.

Las especiales motivaciones que hayan dado origen a la con

ducta que se opone a la norma, dada su naturaleza puramente subjetiva, corresponden a la culpabilidad, no a la antijuridicidad, sin que pueda en forma alguna justificarse que por ser la conducta atribuible a un ser humano se tenga que incluir en el campo de lo subjetivo también a la antijuridicidad, ya que en ese orden de ideas, igualmente la tipicidad sería toda ella subjetiva, puesto que no es concebible tipicidad sin conducta ni conducta sin autor, lo que parece definitivamente un absurdo y prueba de la inacceptabilidad del subjetivismo en materia de la antijuridicidad. La verdad es que las razones, las causas y la forma misma en que el sujeto realizó el acto típico y antijurídico, tienen tal trascendencia en el campo del delito y sus consecuencias finales que deben estudiarse en un área específica en el que encuentren cabida plena y absoluta.

En materia de las consecuencias que acarrea la aceptación de esta teoría, Jiménez Huerta expresa que " la teoría subjetiva conduce de modo irremisible a las incorrectas consecuencias siguientes: el incapaz de actuar culpablemente -inimputable- no puede cometer acto antijurídico alguno; es imposible actuar en legítima defensa contra el ataque proveniente de un incapaz ".(29)

Ya se ha mencionado que nuestro sistema legal reconoce que los inimputables, sean por minoría de edad, sordomudez o enfermedad mental, son individuos que pueden actuar antijurídicamente, -- aun cuando no delictuosamente, y que las consecuencias de su comportamiento están previstas en el ordenamiento penal y en el civil ; esto nos prueba que en el juicio relativo a la antijuridicidad se actúa objetivamente, sin tomar en consideración los elementos subjetivos de los que carecen tales inimputables en su actuación.

Podría continuarse la crítica del subjetivismo, pero creemos que en la actualidad la corriente dominante es la que se refiere a la determinación objetiva de la antijuridicidad y expresamos nuestra adhesión a esa doctrina.

D) CLASES DE ANTIJURIDICIDAD.

Se debe a Franz Von Liszt el desarrollo de una estructura dualista de la antijuridicidad, en la cual se establece una diferencia esencial entre lo antijurídico formal y lo antijurídico material. " - Según el destacado jurista, la acción es contraria al Derecho, desde un punto de vista formal, en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el Estado, contrariando el mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico; la antijuridicidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la norma - toda conducta que corresponda a los fines del orden jurídico ".(30)

Esta concepción dualista ha sido admitida por unos y negada - por otros.

Villalobos acepta plenamente ambas formas de antijuridicidad, expresando que " de ordinario ambas van unidas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de una misma cosa, aduciendo que el orden jurídico supone normas de - necesidad moral cuya violación daña o hace peligrar la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común, las cuales derivan de la - naturaleza humana y de la de las cosas. La violación de esas obliga- ciones (derivadas de las normas aludidas), el atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene el carácter de antijuridicidad ma- terial, porque viola intereses vitales de la organización social; in- tereses que al ser protegidos por la organización jurídica constitu- yen una institución o bien jurídico (como la propiedad o la liber- - tad), y por eso se dice que en una sociedad jurídicamente organizada

(30) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. III. Edit. Losada. 4a. Ed. Buenos Aires. 1963. Pág. 1001

o en un Estado, el antijurídico material o el contenido material de - la antijuridicidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los - bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el solo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales ".

(31)

1. ANTIJURIDICIDAD FORMAL.

En la evolución del concepto de la antijuridicidad ha tenido una gran importancia la llamada definición formal de ella, o -- sea, entender que existe antijuridicidad siempre que la conducta - no está de acuerdo con una determinada norma jurídica.

Indudablemente al hablar de antijuridicidad formal y mate- rial, nos encontramos ante tendencias formalistas y sustancialis- tas.

Han hecho referencia a la antijuridicidad formal y material innumerables autores, pero son muchos los que consideran que la -- única antijuridicidad que debe aceptarse es la formal.

Afirman que la conducta o el hecho son formalmente antiju- rídicos cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva.

Ahora bien, sin antijuridicidad no hay delito. Por ello, - el dogma nullum crimen sine lege, es la base de la antijuridicidad formal.

Para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, - debemos utilizar el sistema de excepción-regla, que nos lleva a la conclusión que de una conducta o hecho son antijurídicos, cuando - no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridici- dad es un concepto negativo.

Hasta hoy día así operan los ordenamientos de índole penal; lo que quiere decir que, para la existencia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos; adecuación o conformidad a un tipo pe- - nal, y que la conducta no esté amparada por una causa de justii- - -

(31) Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 4a Ed. - México. 1983. Pág. 258

ficación.

Los hechos que las normas penales prohíben o mandan ejecutar son generalmente nocivos o peligrosos socialmente, pero aun -- cuando no lo fueren, siempre serán antijurídicos por contravenir -- los mandatos de la norma. Los hechos dañosos o perjudiciales para la colectividad no previstos por la norma penal no serán antijurídicos hasta que una ley los sancione.

La antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene trascendencia penal.

La antijuridicidad formal es consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones vigentes; donde aquél rija, la determinación de lo antijurídico se hará sobre la base de -- la antijuridicidad formal. Sólo cuando el criterio de legalidad -- pierda vigor, prevalecerá la antijuridicidad material.

De lo dicho se deduce que para determinar si un hecho es -- penalmente antijurídico, habrá que acudir como criterio decisivo a la ley penal.

Si el hecho cometido encaja dentro de alguno de los tipos de delito descritos en el Código Penal, existen grandes probabilidades de que sea antijurídico --probabilidades, pero no seguridad--, pues en su realización pueden concurrir causas que excluyan la antijuridicidad.

Por tanto, la adecuación del hecho al tipo legal (tipicidad) es el modo de exteriorización o manifestación de su antijuridicidad. La tipicidad es el indicio más importante de ésta.

Cuando la ley declara punible una conducta, sólo establece una presunción de antijuridicidad contra la que puede existir prueba en contrario de la concurrencia de una causa de justificación.

2. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

Para imponer a este estudio un orden lógico, es necesario, en primer término, aceptar que la antijuridicidad es un juicio valorativo que rebasa definitivamente los llamados aspectos formales

de la contradicción hecho-norma y que requiere la penetración a lo que es la substancia de la antijuridicidad y que ello no puede lograrse atendiendo solamente al llamado principio de excepción-regla, sino que es necesario ir hasta el origen mismo de la norma -- que forma uno de los polos de la contradicción posible y de ahí se obtendrá la calificación de jurídica o antijurídica de la conducta típica, según sea el resultado del juicio en cada caso particular.

Todos los juicios que versan sobre la antijuridicidad para los efectos del delito, tienen que partir de la base primaria de la existencia de una contradicción objetiva entre un hecho y una norma. El principio de la contradicción lo proporciona el tipo que haya quedado satisfecho en el caso particular, que aporta en el -- estudio de la antijuridicidad un indicio acerca de su existencia. Por ejemplo, si alguien priva de la vida a otro, ha satisfecho el tipo particular del homicidio y su conducta tiene un indicio de -- ser, además de típica, antijurídica; pero no puede dejar de tomarse en cuenta el conjunto de casos en los que la privación de la -- vida de otro no es antijurídica, por estar amparada esa conducta -- típica por alguna causa que la haga conforme al Derecho, como resulta claramente en todos los casos en los que se actúa al amparo del derecho al ejercicio de la legítima defensa; entonces, en esta primera etapa del método de búsqueda de la antijuridicidad, se utiliza como base de sustentación al tipo, que lleva consigo el indicio de la antijuridicidad.

Ahora bien, el tipo tiene dentro de sí un contenido de valoración que le ha proporcionado el legislador, al concretar en él la antijuridicidad para efectos del delito; este contenido es lo -- que constituye la materia de la prohibición, o sea, lo que la norma quiere y manda que no se viole, por considerarlo como necesario para cumplir con la finalidad misma del Derecho que es la preservación de la paz y armonía sociales y la aportación de los medios necesarios para el mejor desenvolvimiento del conjunto social, para lo cual se han valorado las normas. Esto permite afirmar, según Jiménez Huerta, que " la esencia misma de lo antijurídico hallase ínsita en la misma idea de fin que informa y preside la propia existencia del Derecho, si la protección, tutela y coordina--

ción de los intereses vitales en una vida en común objetivamente -- ordenada es el objeto de las normas de valoración que integran el Derecho, habrá que concluir la entraña misma de lo antijurídico -- como una negación efectiva o potencial de los intereses vitales -- individuales o colectivos- del grupo social ".(32) La referencia -- aquí es clarísima a los fines del Derecho; es decir, que el Dere-- cho tiene como razón misma de su existencia una finalidad especí-- fica, que es la de proteger al grupo social sobre el que rige.

Ese contenido del Derecho va tomando su forma especial, -- cuando se trata del Derecho Penal, en los tipos. Efectivamente, la finalidad de seguridad para lograr el desarrollo armónico de la so ciedad lo pretende conseguir el Derecho Penal protegiendo en la -- drástica medida que lo permiten sus propias limitaciones, aquellos bienes que le resultan más valiosos y para ello los erige en bie-- nes jurídico-penales al dotarlos de la protección que el tipo con tiene, o sea, creando una materia de prohibición que aparece claramente incluida en todos y cada uno de los tipos penales. Hay entonces, un interés en los tipos, el cual puede ser afectado cuando se realiza una conducta típica.

Sin embargo, como ya se ha expuesto, no sería la simple a plicación del principio de excepción-regla lo que nos llevaría al final del camino tendiente a la determinación de lo antijurídico. Puede partirse, como se apunta en el final del párrafo precedente, de una afirmación: todo lo que es antijurídico para efectos del de lito, tiene que ser antes típico, pero no todo lo típico es igualmente antijurídico. El siempre usado ejemplo del homicidio nos esclarece la cuestión, ya que efectivamente para que exista una conducta antijurídica de homicidio debe haberse satisfecho el tipo -- que lo describe, o sea, que haya habido privación de la vida de un ser humano; pero si pensamos en los casos de la legítima defensa, es incuestionable que para que ésta se tenga que estudiar como fenómeno que produce la inexistencia del delito por afectación de la antijuridicidad tiene que irse más allá de la tipicidad, que si --

(32) La Antijuridicidad. Ob. Cit. Págs. 68-69

bien aporta un indicio de antijuridicidad, no la colma en su integridad, porque existe una causa que vuelve conforme a Derecho a -- esa cierta y determinada conducta típica.

Si recordamos la naturaleza valorativa del juicio relativo a la antijuridicidad, tenemos que ir hasta los criterios de orden valorativo que el legislador haya seguido al acuñar los tipos y -- concretar en ellos su propio criterio en lo que corresponde a las escalas de valores, conservando siempre en la mente la existencia de un fondo subyacente que tiene que ser acorde con la finalidad -- misma del Derecho Penal; en otras palabras, hay que tener presente que la función del legislador tiende en la materia penal a una pre -- tensión ideal, como lo es la preservación de la paz y la armonía -- sociales, para lograr así el desarrollo integral de la comunidad -- para la que va a regir la legislación que se dicte. En esta función el legislador crea los valores e intereses jurídicos cuando los -- tutela en la forma especial que los tipos le permiten; pero no reduce su función a ello, sino que también los jerarquiza, y en de-- terminados casos reconoce que un valor o interés que haya sido mo-- tivo de protección jurídica es más importante para el particular -- interesado que para la comunidad social, sin que por ello deje de tener su calidad de bien o interés jurídicamente protegido.

La norma que tutela los intereses es consecuencia del reco-- nocimiento que el Estado hace, por medio del legislador, de los -- bienes e intereses que cimentan la organización y desarrollo de la comunidad; bajo ese expreso reconocimiento, casos hay en los cua-- les no obstante que la tipicidad es manifiesta, la norma no resul-- ta violada, o sea, que no se causa ofensa alguna a los principios que la norma jurídico penal recoge.

Lo que interesa, en todo caso, es lograr llegar hasta el -- contenido mismo del concepto, ya que como bien dice Jiménez de A-- súa, recogiendo expresiones de Núñez, " lo antijurídico no es la -- mera contradicción con la regla jurídica que en las leyes se expre -- sa negativamente (por el enunciado de las causas de justificaci-- ón), sino que posee un contenido real (material) y con razón -- escribe Núñez que la investigación sobre si la antijuridicidad tie -- ne una materia propia se insinúa, en efecto, en cuanto se determi--

na que el problema consiste en saber qué es lo que sustancialmente hace que los dos términos de la relación hecho-derecho se opongan entre sí ".(33)

La antijuridicidad, en efecto, no puede desvincularse del conjunto de valoraciones que la introducen como elemento del delito bajo una concepción de la normatividad. Norma sin valoración es ajena al Derecho Penal, igual que antijuridicidad sin norma es inconcebible. La antijuridicidad, como se ha expuesto, está concreta da en el tipo penal que en su expresión valorativa nos da el conocimiento de todo lo que el legislador ha considerado digno de la especial tutela que proporciona el Derecho Penal. Pero recordando también la finalidad ideal que persigue el Derecho Penal, como es la preservación de los intereses y valores relevantes para el desarrollo pacífico y armónico de la comunidad, resulta que hay una -- indiscutible vinculación entre la antijuridicidad y el sistema normativo.

CAPITULO SEXTO

" LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION "

A) AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.

Ha quedado precisado que, según nuestro criterio, la antijuridicidad es un elemento del delito. Ahora bien, modernamente se ha impuesto al estudio del delito, en su aspecto teórico, la fórmula de lo positivo y de lo negativo, o sea que partiendo de que el delito únicamente existe en los casos en los cuales respecto de un hecho determinado concurren todos y cada uno de los elementos que conceptualmente lo integran, la ausencia o inexistencia de delito será la consecuencia de la aparición de alguna causa que afecte a uno de los elementos positivos.

Las causas que así afectan reciben la denominación genérica de aspectos negativos del delito; específicamente mencionadas, tenemos las causas de ausencia de conducta, que afectan al elemento positivo que es la conducta; las atipicidades, que afectan a su vez a la tipicidad. Es claro que en materia de antijuridicidad ocurre lo mismo, ya que ella es un elemento del delito.

Las normas prohibitivas se ven interferidas, en ciertos casos, por preceptos permisivos, que impiden que la norma jurídica abstracta se convierta en deber jurídico concreto y justifican, por ello, la realización del tipo. Estos preceptos permisivos regulan causas de justificación, por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, etc.. En caso de que concurran, la realización del tipo no es antijurídica. Las causas de justificación no excluyen, por consiguiente,

la tipicidad de una conducta, sino solamente su antijuridicidad.

Todo el proceso previo a la culminación consistente en la determinación de la antijuridicidad puede considerarse en forma provisional, ya que son numerosos los casos en que habiendo tipicidad absolutamente cierta, no existe la contrariación con el Derecho, sino la conformidad con el mismo, lo que corresponde a las causas de justificación y consecuentemente a la inexistencia del delito.

Para explicar lo anterior pondremos un ejemplo: un hombre priva de la vida a otro; su conducta es típica por ajustarse a la hipótesis establecida en el artículo 302 del Código Penal, y sin embargo, puede no ser antijurídica si se comprueba que obró al amparo de la legítima defensa, del estado de necesidad o de cualquiera otra justificante.

B) CONCEPTO.

La denominación con la que tradicionalmente se identifican -- las causas que provocan inexistencia de delito por falta de antijuridicidad, es la de causas de justificación.

Nuestra ley, concretamente el Código Penal, sin darles una específica nomenclatura, las incluye dentro del concepto genérico de "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad", que es el rubro del Capítulo III del Título Primero (artículo 15), salvo aquéllas que se encuentren dispersas en otros preceptos del propio Código y que carecen de una denominación, siquiera de tipo genérico.

No puede negarse que tiene parte de razón el Código cuando incluye a los aspectos negativos de la antijuridicidad bajo esa amplia

enunciación, porque efectivamente la responsabilidad penal queda excluida ante la desaparición de la antijuridicidad, ya que esa responsabilidad es la consecuencia final de la existencia del delito y éste sólo aparece cuando se integra por todos sus elementos conceptuales, entre los que está la antijuridicidad, como ya hemos visto con anterioridad, y la afectación que resulte de ella necesariamente traerá esa consecuencia de excluir la responsabilidad penal.

En el artículo 15 del Código en mención se reúnen sin orden ni sistema, diferentes aspectos negativos, todos los cuales traen la misma consecuencia, es decir, que son circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal. Por ello es que es función de la doctrina y de la jurisprudencia ubicar a cada tema dentro del área que científicamente le corresponde.

Respecto a esto último, los aspectos negativos de la antijuridicidad han sido, doctrinaria y jurisprudencialmente denominados con gran frecuencia como causas de justificación.

Partiendo de una conducta típica se llega al juicio de contradicción entre ella y la norma y cuando se valoran estos elementos para resolver en el juicio correspondiente, se concluye que la conducta típica no es contradictoria con la norma, en cuyo caso la antijuridicidad no existe porque la falta de contradicción significa la conformidad con el Derecho.

Ahora bien, en razón de la prelación lógica que existe entre los diversos elementos del delito, para cuando se llega al momento de realización del juicio relativo a la antijuridicidad es porque se han satisfecho los pasos previos que son imprescindibles. Partiendo de un acontecimiento relevante, que lo es el hecho que motiva el interés del Derecho Penal, lo primero que debe acreditarse es la existencia -

de una conducta que satisfaga todos los requisitos que para su total integración se requieren; acreditada que sea la conducta como elemento primario, se obtiene enseguida su relevancia en el campo privativo del Derecho Penal mediante el proceso de adecuación de ella a un tipo legal; si es posible esa adecuación porque el tipo existe y todas -- sus características son identificables con la conducta, habremos satis fecho el segundo elemento del delito, o sea, la tipicidad. En razón - del contenido del tipo, que nace en virtud de la especial tutela que el legislador pretende realizar de determinados intereses, la conduc- ta que es típica tiene la presunción de ser también antijurídica, o lo que es igual, de afectar en forma ilegítima al bien jurídicamente pro tegido por el tipo penal. Esa presunción de antijuridicidad es la que obliga a la realización del juicio valorativo para determinar si exis te, plenamente integrada, la contradicción hecho-norma, a la que se - refiere la antijuridicidad.

La conclusión a la que se llegue en el correspondiente juicio contradictorio, determinará en forma definitiva si la conducta típica invadió o no los límites de lo justo y de lo injusto precisados en el tipo. Una solución afirmativa equivale a la afirmación de la antijuri- dicidad, existente antes sólo indiciariamente; mientras que la solu- ción negativa implica que en el caso particular se está ante una con- ducta típica que no es antijurídica, o lo que es igual, que se trata de una conducta típica conforme a Derecho.

Por lo anterior, creemos que las causas de justificación son aquéllas que al presentarse traen como consecuencia la inexistencia - de la antijuridicidad, y por lo tanto, del delito.

La conducta típica es, en estricta realidad, la base de sus- tentación sobre la que se realiza el juicio determinante de la posi-

ble ilicitud, ya que sin conducta típica es estéril todo esfuerzo tendiente a la declaración de antijuridicidad, para efectos del delito. La doble alternativa en que puede resolverse un juicio de esta naturaleza, partiendo de la existencia de la conducta típica, es lo que permite que haya conductas típicas antijurídicas y también conductas típicas conforme al Derecho.

C) DIFERENCIA CON OTRAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD.

Las causas que excluyen la responsabilidad son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpabilidad.

Las causas de justificación no deben confundirse con las demás excluyentes de responsabilidad, pues se distinguen precisamente en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan.

Las justificantes son de carácter objetivo, se refieren a la acción realizada y son impersonales. Las causas de inculpabilidad son de carácter subjetivo, es decir, miran al aspecto personal del autor. Los efectos de las primeras, por ser reales, son erga omnes respecto de los copartícipes, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho; y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se derive de la conducta típica, no acarrearán ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues de quien obre conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Tratándose de las segundas, si bien no dan lugar a responsabilidad penal, sí puede ser procedente la responsabilidad o re-

paración civil.

Pero también las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad. Mientras las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, anulando la responsabilidad, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, borrando la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla.

Con una finalidad meramente didáctica, se podría decir que en las causas de justificación no existe delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

D) EXCLUSION FORMAL Y MATERIAL DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Si la declaración de estar ante la presencia de una conducta típica y antijurídica resulta de la realización de un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, por el cual se determina la contradicción existente entre una conducta típica y el orden jurídico, es lógico afirmar igualmente que la declaración de estar ante una conducta típica conforme a Derecho sea también el resultado de un juicio valorativo con iguales características, por el que se concluye que no existe contradicción alguna entre la conducta y el orden jurídico.

En estas condiciones, iguales elementos constituyen tanto el aspecto positivo como el negativo de la antijuridicidad; la diferencia específica entre ellos radica en el resultado final. En el caso de la antijuridicidad se resuelve determinando la contradicción, mientras que tratándose de las conductas típicas conformes a Derecho, el resultado es en el sentido, justamente, de haberse actuado conforme a

Derecho.

Si la antijuridicidad es formal y material, la ausencia de antijuridicidad debe integrarse por los mismos elementos: formal y material, aun cuando en la práctica sólo basta la declaración de la ley - para que se deba tener por excluida la antijuridicidad de la conducta típica.

La antijuridicidad formal no puede ser destruída sino por otra declaración legal, de modo que, aun cuando imagináramos la desaparición de la antijuridicidad material en una conducta, ésta continuaría siendo antijurídica mientras la ley no admitiera y declarase formalmente la desaparición de ésta.

La eliminación formal y material de la antijuridicidad requiere, por lo tanto, una declaración legal que no se exige para ningún - otro de los elementos del delito.

La conducta, la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal. Son elementos que al afectarse por la influencia de -- circunstancias o condiciones, hacen desaparecer el correspondiente -- factor delictuoso.

Sin embargo, el elemento antijuridicidad, que siempre debe ser declarado por la ley, existe mientras la misma no señale la causa que puede anular sus efectos.

Repitiendo, las excluyentes de responsabilidad que se refieren a la conducta, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos aun cuando no esten expresamente mencionadas en la ley.

E) SU FUNDAMENTACION.

La construcción conceptual de la antijuridicidad tuvo como origen fundamental el estudio y conocimiento de la legítima defensa, - que es un caso de ausencia de antijuridicidad de las conductas típicas. Esta forma de obtener el contenido de lo positivo (antijuridicidad) a través y por medio de lo negativo (legítima defensa) es la usual en las codificaciones penales y corresponde a lo que se denomina la fórmula negativa como excepción-regla, que puede sintetizarse - diciendo que es antijurídico todo acto que no es considerado como justificado.

El concepto de lo jurídico o de la conformidad al Derecho de una conducta típica, tiene que obtenerse de una valoración que considere la unidad e integridad del orden jurídico. Esto obliga a tomar - especial consideración, en cada caso particular, del contenido íntegro del orden jurídico así como las valoraciones que al propio ordenamiento le han servido para lograr la jerarquización de los bienes o intereses jurídico-penales.

La razón del estudio de los aspectos negativos de la antijuridicidad parte de la existencia de una conducta típica; al decir que - se requiere la conducta típica, estamos afirmando su natural relevancia para el Derecho Penal, la que resulta del daño o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado; aquella conducta que no afecte (daño o ponga en peligro) el bien jurídico carecerá de relevancia - para esta materia. El concepto mismo de bien o interés jurídico, nos remite a la valoración que la norma jurídica ha plasmado de determinados bienes o intereses y que acaba jerarquizándolos como bienes o intereses jurídicos mediante la tutela específica de la norma jurídica.

Las conductas típicas, al manifestarse, dañan o ponen en peligro al interés jurídicamente tutelado; de ahí su presunción de ser -- también antijurídicas; cuando afectan al bien, provocan una lesión, - sea por daño o peligro, al interés que la norma jurídica pretende preservar; sin embargo, su antijuridicidad quedará plenamente integrada hasta que se realice el juicio valorativo de contradicción que resuelva acerca de la oposición entre la conducta y la norma. Si, como se ha expuesto, el juicio puede resolverse igualmente en sentido negativo, o sea, considerando inexistente la contradicción, ello se deberá a que en el juicio se estimó que la afectación al interés tutelado era conforme al Derecho, por existir un interés superior en valor, que debía ser preservado; o bien, puede ocurrir que en el propio juicio - se llegue a la resolución de ausencia de antijuridicidad por la in-- existencia del interés jurídicamente protegido.

El común denominador en las causas de ausencia de antijuridicidad es, entonces, el interés recogido en la norma, y alrededor de esta idea debe obtenerse la sistematización de esas causas. Es conveniente, por la trascendencia que atribuimos al interés, profundizar - respecto de su comprensión, para mejor entendimiento del método a seguir por la determinación de causas de justificación.

El interés está íntimamente relacionado con lo que puede considerarse como la finalidad extrema de todo el ordenamiento jurídico, que es la conciliación de los intereses individuales con los correspondientes a la colectividad; se sabe que el límite de la libertad individual es colindante con el límite de otra libertad individual; la preservación de esas libertades la realiza el ordenamiento jurídico - imponiendo o señalando los linderos de la libertad absoluta; mientras no se invada un campo ajeno, no podrá existir un conflicto de intere-

ses; al entrar a esos límites previamente señalados, la conducta provoca un rompimiento en el equilibrio de intereses que el ordenamiento jurídico quiere establecer, en beneficio del interés superior, que es el de la colectividad.

Todo delito implica introducción al campo de la libertad de - alguien, sea persona física o moral, o el propio estado, y por ello - afecta, en última instancia, al interés superior de la sociedad. De - ahí que siempre las conductas típicas que son conformes al Derecho, - tienen la apariencia de ser conflictivas con esos intereses superio- - res de la colectividad, pero al resolverse el juicio correspondiente, se determina la inexistencia del conflicto por no afectarse al inte- - rés superior.

Es obvio que lo que se ha expresado en relación con el inte- - rés tiene un carácter generalizado; es, puede decirse, una idea que - vale para todo el ordenamiento jurídico, ya que es precisamente por - medio de las normas que se llega a la concreción de los intereses; es hasta que el Derecho los recoge y los tutela cuando estos intereses - se convierten en intereses jurídicos. Ahora bien, en Derecho Penal, - la tutela de los intereses se realiza por medio de los tipos que son los limitativos de la libertad absoluta, ya que es válido afirmar que las conductas que no son típicas son permitidas por el Derecho Penal, o lo que es igual, la restricción a la libertad de comportamiento úni - camente la determina la norma típica.

Por otra parte, al producirse la conducta típica, que lo es - en razón de que tutela un interés jurídico determinado, necesariamen- te se establece un conflicto entre la norma violada que forma parte - del ordenamiento jurídico general y la conducta particular que afecta al interés. Esto es el resultado de la tipicidad de la conducta, pero

habiendo tipicidad, hay un indicio de antijuridicidad y de ello resulta la obligación del estudio de la antijuridicidad, para determinar la certeza de su existencia o, en su caso, su inexistencia.

La base para esa determinación la da el interés inmerso en la norma jurídica y de ese punto tiene que partirse, Puede ocurrir que en ciertos y determinados casos la norma contenga un interés susceptible de renuncia a la protección jurídica o disponible para el titular; o bien, que habiendo interés tutelado exista otro de superior jerarquía valorativa reconocida por el Estado, que implique una preponderancia respecto al primero.

Hay, en las condiciones que se han expuesto, dos principios que rigen la determinación de la ausencia de antijuridicidad, y ellos son enunciables como: " ausencia de interés " el primero e " interés preponderante " el segundo; tomados como elementos básicos para el juicio correspondiente, son los que se deben valorar para su conclusión en orden a la antijuridicidad, diciendo que cuando aparece uno de ellos en un caso particular que es motivo de enjuiciamiento, la conducta típica de que se trata es conforme al Derecho.

CAPITULO SEPTIMO

" EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACION "

A) CONCEPTO.

El estado de necesidad es una situación de peligro real, grave e inminente en que colisionan dos intereses protegidos por el Derecho, no quedando otro medio para superarlo que el sacrificio de uno de ellos, siendo éste de igual o menor valor al salvado, siempre y -- cuando el peligro no haya sido provocado por quien actúa en salvaguarda del bien.

Muchos tratadistas se han ocupado de estudiar ésta institución, elaborándose con relación a su concepto un sinnúmero de proposiciones.

El Edo. de Necesidad no constituye un derecho, sino un acto -- que entraña un ataque a bienes jurídicos protegidos, justificado en -- la ley ante la imposibilidad de usar otro medio practicable que resulte menos perjudicial.

Esta institución se caracteriza porque en ella dos bienes jurídicos, en principio igualmente respetables, se ponen en conflicto -- por una situación de peligro actual, y uno de ellos, el de menor valor, es sacrificado para que el otro se salve, configurándose de tal manera una conducta típica.

Es requisito indispensable para la existencia del estado de -- necesidad como causa de justificación, que el bien sacrificado sea de menor valor que el que se salva; de otra manera, si ambos bienes fueren del mismo valor, cambiaría la naturaleza de la excluyente de res-

ponsabilidad, dejando de ser, de acuerdo con la doctrina imperante, - causa de justificación para configurarse una causa de inculpabilidad, destruyéndose así no la antijuridicidad sino la culpabilidad.

Al operar el estado de necesidad como causa de justificación, el delito no llega a configurarse; razón por la que a quienes actúan amparados bajo esta institución se les excluye de toda responsabilidad jurídica, por considerarse que no actúan en contradicción con el orden jurídico sino conforme a él.

B) NATURALEZA.

En la actualidad aún se discute la naturaleza jurídica del estado de necesidad. Ha habido diferentes puntos de vista para explicar la, siendo el más aceptado aquél que la ubica como causa de justificación, formando parte del aspecto negativo de la antijuridicidad; o como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, formando parte del aspecto negativo de la culpabilidad, según sea el caso.

La afirmación precedente tiene su base doctrinal en la valoración de los bienes jurídicos en conflicto.

Se desprende de lo anterior que el criterio de diferenciación que atiende al valor de los bienes en conflicto, hace operar el estado de necesidad como causa de justificación, hasta cierto grado, pues rebasado éste debe ubicársele como una causa de inculpabilidad.

El conflicto entre dos bienes tutelados se origina cuando la realización de una conducta, si bien salvaría a un bien jurídico, provocaría contemporáneamente la destrucción del otro. En esas condicio-

nes, como la solución del conflicto no puede deducirse de los tipos penales, pues éstos se limitan a proteger uno de los bienes en colisión, debe acudirse al criterio de la violación de dichos bienes.

Si el bien salvado es de mayor valor que el sacrificado, conforme al principio del interés preponderante, el agente obra jurídicamente, aun cuando haya tenido que sacrificar para ello al bien inferior, si no había otra manera de lograr su propósito. Si el conflicto de intereses se resuelve sacrificando uno de igual valor que el que se salva, el delito es inexistente también, pero no por anularse la antijuridicidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta.

Si el bien sacrificado es de mayor valor que el que se salva, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia excluyente de responsabilidad.

Por ahora nos ocuparemos del estado de necesidad como causa de justificación.

Es indudable que ante el conflicto de bienes jurídicos que no pueden coexistir, el Estado opta por la salvación de uno de ellos. Aquí sigue cobrando vigor el principio del interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante a estudio, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, es decir, jurídicamente.

Sólo desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma de la antijuridicidad, se puede encontrar el fundamento de esta causa de justificación; y no puede ser de otro sino el valor preponderante que, dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el salvado con relación al sacrificado.

C) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL D.F. DE 1931.

En el artículo 15 fracción IV de dicho Código, se alude al es tado de necesidad en los siguientes términos: " Son circunstancias ex cluyentes de responsabilidad: IV. Obrar por la necesidad de salvaguar dar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance ".

Del citado texto legal se desprende que no se hace alusión al valor de los bienes que se encuentren en conflicto, lo que ha dado lu gar a sostener que esta institución está regulada defectuosamente, -- pues abarca las hipótesis de cuando el bien sacrificado es menor, es decir, puede operar como causa de justificación; igual, también como causa de inculpabilidad; o mayor, donde la conducta realizada es delictuosa.

D) PROYECTOS DE CODIGO PENAL PARA EL D.F. DE 1949 Y 1958, Y DE CODIGO PENAL TIPO PARA LA REPUBLICA MEXICANA DE 1963.

El proyecto de 1949, en lo relativo a la valoración de los -- bienes, sigue la misma orientación del Código en vigor. Sólo el de -- 1958 y el de 1963 se apartan de éste. El primero al hacer mención, en la fracción II del artículo 12, del valor de los bienes en la siguien te forma: " ...sacrificando otro bien jurídico de menor entidad... - Igualmente procederá el estado de necesidad cuando se trata de salvar

un bien propio de igual valor ". En la exposición de motivos se establece que " siendo requisitos del estado de necesidad la existencia de un peligro de naturaleza real, grave o inminente, y la necesidad de salvar un bien jurídico, de igual o mayor jerarquía, la fracción II del artículo anterior sitúa este aspecto negativo del delito dentro de la teoría de la diferenciación, es decir, como causa de justificación o como causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta ".(34)

El segundo al establecer, en la fracción V del artículo 23, que " es causa excluyente de incriminación, obrar por la necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro grave, actual o inminente, no ocasionado por el agente, lesionándose otro bien jurídico de igual o menor valor, siempre que la conducta sea proporcionada al peligro y no se tuviere el deber jurídico de afrontarlo ".(35)- Se puede observar de lo anterior que aquí también se abarca la doble naturaleza del estado de necesidad, al igual que en el anterior.

De esta manera queda precisado, en términos muy claros, el concepto de la verdadera naturaleza de la institución que nos ocupa, abarcando únicamente las dos hipótesis posibles en cuanto al valor de los bienes que se encuentran en conflicto, o sea, al lesionarse un bien de igual o menor valor, permitiendo así al juzgador moverse tanto en el aspecto negativo de la antijuridicidad, como en el de la inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

(34) Criminalia. Epoca XXIV. Pág. 602

(35) Revista Mexicana de Derecho Penal. No. 30. México, diciembre de 1963. Pág. 28

E) ELEMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Debe tenerse presente que para que pueda configurarse el estado de necesidad tienen que satisfacerse todos y cada uno de los elementos que lo constituyen, pues de lo contrario, es decir, si falta alguno de ellos, se tendría por satisfecha la antijuridicidad de la conducta típica. Ellos son:

- 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 esta excluyente. Se podría decir que es una situación en que dadas las circunstancias concurrentes se considera posible la producción de un daño; es una situación que debe ser entendida como causante de un perjuicio.

Debe tenerse en consideración que no cualquier situación de peligro puede provocar la conducta que se ampare por el estado de necesidad, ya que para que este elemento forme parte integrante del tema que me ocupa, es necesario que el peligro sea real, refiriéndose a la objetividad de los hechos y acontecimientos que concurren con él. Si el peligro no es cierto, objetivo, es decir, si en el sujeto sólo es una apreciación irreal, subjetiva, su conducta se ubica en otra hipótesis.

Es pertinente recordar el tema, de fundamental importancia en Derecho Penal, de las eximentes putativas en materia de causas de exclusión de responsabilidad, 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, del estado de ne-

cesidad putativo, entre otras.

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 conserva su carácter antijurídico, pues es contraria a Derecho, aunque debe estimarse como inculpable.

De lo anterior se concluye que el peligro debe ser cierto, es decir, tener una realidad objetiva, y no fundarse en una creencia errónea del sujeto sino que debe apoyarse en hechos exteriores que lo confirmen, ya que de otra manera no se daría la institución que se estudia.

Se requiere también que el peligro sea grave. Solamente ante una situación que pueda calificarse como tal, 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 de un 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.

La determinación de la gravedad del peligro es, en consecuencia, una delicada misión que debe realizar el juzgador para los efectos eximentes del estado de necesidad.

Por otro lado el peligro debe ser igualmente actual o inminente, es decir, que está por suceder prontamente. Es así que, para ---- quien va a actuar en estado de necesidad, no se exige que espere a -- que el peligro se haya actualizado, basta también con que éste amenace suceder.

Si el mal es remoto o eventual, pasado o futuro y meramente posible, pero no inmediato y seguro, no llegará a configurarse esta excluyente.

- Que el peligro recaiga sobre bienes jurídicos propios o ajenos.

Este elemento lo analizaremos por separado en los incisos F e I.

- Que el bien sacrificado sea de igual o menor valor que el que se salva.

Lo anterior es razonable pues se carecería de todo fundamento para excluir de responsabilidad a quien sacrificara un bien valioso - para salvar otro que no lo es o que tiene menor valor, de tal suerte que si el sujeto se sitúa en esta hipótesis no estaría amparado por el estado de necesidad, debiendo ser sancionado.

De allí que Jiménez de Asúa precise también, para integrar el estado de necesidad, la proporcionalidad que debe existir entre el daño causado y el valor del bien salvado. " No puede autorizarse -expresamente- que un comerciante que viaje a bordo del buque que amenaza naufragar, trate de salvar sus mercancías arrojando al agua pasajeros de la nava para aliviar el peso evitando que se hunda ".(36)

Sólo cuando el conflicto surge entre bienes jurídicos tutela-

(36) Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 5a Ed. México. 1982. Pág. 330

M-0064127

dos del mismo valor o cuando se sacrifica uno de menor valor al salvado, puede decirse que estamos ante verdaderas situaciones de estado - de necesidad, aunque su naturaleza varíe según el caso, siendo causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta en el primero, y causa de justificación en el segundo de acuerdo al principio del interés preponderante.

- Que dicho peligro no tenga que soportarlo el agente.

Este elemento lo analizaremos más adelante al tratar la excepción legal (inciso J).

- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

La ley exige que sea inevitable el uso del medio y la lesión.

El agente ha de estar en la imposibilidad absoluta de evitar el daño recurriendo a otro medio que no sea el sacrificio del bien jurídico ajeno, porque de existir otro medio menos perjudicial, desaparecería el estado de necesidad.

La acción lesiva sólo puede emprenderse cuando ante la realidad, gravedad e inminencia del peligro, resulta necesaria para salvaguardar el bien jurídico.

En otras palabras, se exige que exista la imposibilidad de superar el peligro de manera diferente a la que practiquemos.

F) EXTENSION DEL ESTADO DE NECESIDAD EN CUANTO A LOS BIENES.

Con relación a los bienes tutelados, se comprenden no sólo la vida e integridad corporal, sino también el honor, la libertad, el pudor y el patrimonio, ya que la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el D.F. adopta una amplia fórmula comprensiva de todos

los derechos cuando emplea la frase: " un buen jurídico propio o ajeno ".

Para afirmar lo anterior no debemos olvidar que la libertad, el honor y el pudor son bienes jurídicos que tutela nuestro Derecho Penal pues van siempre inherentes a la propia persona.

Según Villalobos " el texto legal, cuando habla de salvar los bienes propios o ajenos, indudablemente no se coloca en los puntos de vista patrimoniales o del Derecho Civil, según los cuales sólo podría entenderse por bienes aquello que constituye la riqueza o que puede ser estimado en dinero; es un precepto penal y por tanto debe ser interpretado de acuerdo con los fines y las preocupaciones del Derecho Penal, que se refieren a la tutela de los bienes jurídicos o de los intereses sociales en que se comprende todo: la vida, la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, etc.. El Estado de Necesidad -- existe y da lugar a la excluyente siempre que se plantea la urgencia de salvar cualquiera de estos bienes ".(37)

G) DIFERENCIAS CON LA LEGITIMA DEFENSA.

Antes de entrar al estudio de las diferencias que existen entre la legítima defensa y el estado de necesidad, es indispensable hacer un breve análisis de la mencionada en primer lugar para tener bases sólidas de donde partir.

Quien mejor ha definido la legítima defensa es Pavón Vasconcelos al considerarla como " la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual, violenta y sin derecho, de la cual de

(37) Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 4a. Ed. México. 1983. Pág. 383

riva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho ".(38)

La fracción III del artículo 15 del Código Penal para el D.F. reglamenta esta justificante de la siguiente manera: " Repeler el acsado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende ".

De la lectura del texto legal citado se desprenden, como elementos de esta institución, los siguientes:

- Una agresión real, actual, o inminente y sin derecho;
- Contra bienes jurídicos propios o ajenos; y
- Una defensa, rechazo de la agresión o repulsa inmediata, necesaria y proporcional.

Según la parte final del mismo párrafo, la legítima defensa - es inexistente:

- Cuando el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella; y
- Cuando no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa.

Esta última situación la doctrina la equipara al exceso en la legítima defensa, que supone, necesariamente, la existencia de todos los elementos esenciales a que hicimos mención anteriormente, pero en la cual se excede quien la realiza, en virtud de un error sobre la necesidad del medio empleado o del poder lesivo de la agresión, deriván dose en tales casos responsabilidad punible, según lo dispone el artículo 16 del mismo ordenamiento, penando al acusado como delincuente -

(38) Manual de Derecho Penal Mexicano. Ob. Cit. Pág.309

imprudencial.

Nuestra ley penal consagra en los últimos dos párrafos del -- mismo artículo, dos casos en donde se presume la existencia de la le-- gítima defensa. La primera " respecto de aquél que cause un daño a -- quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo de-- ber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o aje-- nos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuen-- tre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión ". La segunda " para el que causare -- cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u -- hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga -- la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren -- bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siem-- pre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión ".

Las anteriores presunciones son iuris tantum, es decir, pue-- den admitir prueba en contrario.

A continuación, después de haber realizado un breve análisis de dicha causa de justificación, nos avocaremos a establecer algunas diferencias que pueden encontrarse entre ésta y el estado de necesi-- dad, ambas como excluyentes de responsabilidad.

Una primera diferencia se establece con relación a la natura-- leza del conflicto: en el estado de necesidad surge entre intereses -- legítimos, es decir, entre bienes que se encuentran en igual plano de licitud; mientras que en la legítima defensa, frente al bien jurídico amenazado sólo existe el interés ilegítimo del agresor.

En la legítima defensa existe una reacción por parte del agredido, en tanto que en el estado de necesidad hay una acción que implica ataque a bienes jurídicos.

En la legítima defensa se debe obrar siempre contra un sujeto agresor, mientras que en el estado de necesidad se puede obrar sobre una cosa o un animal.

En el estado de necesidad el peligro puede ser originado por terceros o por fuerzas de la naturaleza. En la legítima defensa el peligro surge únicamente por el agresor.

En la legítima defensa y el estado de necesidad no procede reparación del daño cuando éstos constituyen una causa de justificación. En cambio, sí procede la reparación del daño cuando el estado de necesidad opera como causa de inculpabilidad.

La legítima defensa sólo se invoca como causa de justifica---ción; en cambio, el estado de necesidad puede ser una causa de justificación o de inculpabilidad, según sea el caso.

H) PELIGRO PROVOCADO.

Con relación a este problema puede decirse que existen dos corrrientes: la que considera que no puede acogerse al estado de necesidad al sujeto cuando el peligro lo ha provocado dolosa o culposamen---te; y aquélla que estima que le aprovecha cuando el peligro lo ha causado culposamente.

Nos adherimos a la primera, tal como lo hace nuestro Código - Penal para el D.F., pues no debemos olvidar que la culpa está integrada por dos aspectos muy importantes que son: la previsibilidad y la -

evitabilidad; es decir, que si el sujeto pudo haber previsto el resultado y, por lo tanto, evitarlo, y no lo hizo, su conducta no debe gozar de los beneficios de esta excluyente de responsabilidad.

Al respecto, el maestro Jorte Petit apunta lo siguiente: " La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza - choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no -- existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico, igualmente protegido por el Derecho, de una situación de peligro no provocado dolosa o culposamente por el agente (Semanario Judicial de la Federación, XLI, p. 31. - Sexta Epoca. Segunda Parte) ". (39)

I) EXTENSION DEL ESTADO DE NECESIDAD EN CUANTO A LAS PERSONAS.

Según se desprende de la lectura de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el D.F., relativo al estado de necesidad, éste procede a favor de terceros cuando dice: " la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno ".

Sabemos que la legítima defensa procede a favor de terceros. Afirmación que vale por ser ésta de carácter objetivo.

La solución para el estado de necesidad es muy distinta, pues como ya quedó asentado, de acuerdo con la teoría de la diferenciación, esta excluyente tiene una doble naturaleza; es decir, funciona como - causa de justificación o de inculpabilidad, según sea el caso. .

(39) Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. I. México, - Regina de los Angeles S.A., 1973. Pág. 543

Por lo tanto, cuando se encuentren en conflicto bienes de desigual valor, sacrificándose el menor para salvar al mayor, cabe la extensión del estado de necesidad a favor de tercero, pues se encuentra amparado, en este caso, por una causa de justificación. Cuando el conflicto surja entre bienes de igual valor, sacrificándose alguno de ellos, no cabe la extensión del estado de necesidad a favor de tercero, pues se trata, en este otro caso, de una causa de inculpabilidad, que es de carácter subjetivo, es decir, personal. Esta intervención de un tercero, salvadora de un interés igual al que se sacrifica, debe ser permitida exclusivamente cuando se hace en favor de alguien al cual se está unido por parentesco o estrecha amistad.

El enunciado legal del Código Penal para el D.F. sobre el estado de necesidad hace referencia a lo que dejamos asentado en el párrafo anterior en términos inadecuados, pues permite la intervención de terceros aun en el caso de que el conflicto surja entre bienes de idéntico valor, sin ninguna limitación.

Toda persona tiene derecho de intervenir en el conflicto de intereses y de resolverlo sacrificando el de menor valor puesto que el acto no resulta contrario al Derecho. Pero cuando el conflicto se presente entre bienes jurídicos tutelados del mismo valor, y un tercero manifiesta su preferencia por alguno de ellos sacrificando al otro, no puede pensarse que se le excluya de responsabilidad, pues nos encontramos ante una causa de inculpabilidad que por ser personal sólo ampara a quien enfrenta el peligro; con la excepción que mencionamos en líneas anteriores.

J) EXCEPCION LEGAL.

Como principio general se ha establecido que nadie se encuentra obligado, ante la amenaza del mal, a soportar el peligro, salvo la excepción que aparece en el texto de la fracción IV del artículo 15 para quienes " tengan el deber jurídico de afrontar el peligro " .

Con ello se amplía el radio de acción de dicha disposición puesto que pueden entrar un sinnúmero de casos en los cuales no podrá alegarse el estado de necesidad.

Sin embargo, es importante hacer notar que la obligación de afrontar el peligro no puede estimarse absoluta, pues aun los peligros obligatorios deben sufrirse dentro de límites razonablemente humanos. Habrá que analizar en cada caso concreto las características propias de la actividad para poder exigirles estrictamente la temeridad a que están obligados.

K) CASOS ESPECIFICOS DEL ESTADO DE NECESIDAD REGULADOS EXPRESAMENTE EN LA LEY.

Una vez que he analizado el estado de necesidad en su forma más amplia, a la luz tanto de la doctrina como dentro del marco jurídico del Código Penal para el D.F., estudiaremos las dos figuras específicas de esta excluyente contenidas en la parte especial del citado ordenamiento.

1. EL ABORTO TERAPEUTICO.

Esta figura se nos presenta, indiscutiblemente, como uno de los casos justificados por necesidad.

Este consiste en la interrupción artificial del embarazo -

con el fin de salvar a la mujer embarazada que se encuentre en peligro.

Ya desde el ordenamiento creado por el insigne jurista Antonio Martínez de Castro en el año de 1871, esta figura 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, en los siguientes términos: "Sólo se tendrá como necesario un aborto, cuando de no efectuarse corra la mujer embarazada peligro de morir se, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictámen de otro médico, siempre que eso fuere posible y no sea peligrosa la demora".

Dicha figura también fue prevista posteriormente en el Código Penal de 1929 sin haberse modificado en nada.

En el Código Penal vigente el aborto terapéutico se encuentra regulado dentro del Título Décimo Noveno relativo a los delitos contra la vida y la integridad corporal en su artículo 334 que dice: " 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 dictámen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora".

En este caso, como puede verse, existe un verdadero estado de necesidad. Se trata de dos bienes en conflicto, ambos tutelados jurídicamente: la vida de la madre y la del ser en formación, del que resulta un peligro grave para uno de ellos. Es la ley la que resuelve sacrificar el bien menor para salvar el de mayor valía, protegiendo con ello la vida más importante para la sociedad, que objetivamente es la de la madre, de la que generalmente necesitan otras personas como son: sus hijos o familiares.

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 tuberculosis, vómitos incoercibles, afecciones cardíacas o males renales, se en-

cuentra en peligro de perecer de no provocarse el 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 dictámen de otro facultativo, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora, provoque el aborto ".(40)

Algunos tratadistas opinan que el aborto terapéutico no debe practicarse sin que el médico obtenga previamente el consentimiento de los padres. Nuestro Derecho deja la solución del conflicto al juicio de la única persona capacitada por sus conocimientos técnicos: el Médico.

" Demandar -expresa Jiménez de Asúa- el consentimiento de los padres para la práctica del aborto científico, estimamos un escrúpulo exagerado y acaso contraproducente. Un desmedido amor maternal puede hacer que la madre prefiera morir a que impidan el nacimiento de su hijo, y un móvil concupiscente puede guiar al marido que, para asegurar la trasmisión de una herencia de su esposa, opta por la muerte de ella mejor que por el despedazamiento del futuro sucesor. Cuando el médico compruebe 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 ".(41)

A estas razones se puede agregar otra de índole psíquica: si se confía a los padres la resolución del conflicto, cualquiera que sea su determinación, gravarán en su conciencia permanentemente la cruel decisión tomada de sacrificar a un familiar.

La iglesia católica reprobó enérgicamente el aborto practicado en estos casos, prefiriendo siempre la muerte de la madre, -- fundándose originariamente en consideraciones de tipo espiritual -

(40) Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Edit. Porrúa. 13a Ed. -- México. 1975. Págs. 134 y 135

(41) Tratado de Derecho Penal. IV. Ob. Cit. Pág. 427

sobre las posibilidades de gracia del nuevo ser.

En el caso de que sea menor de edad o se encuentre perturbada de sus facultades mentales, la obtención de su consentimiento o el de sus representantes legítimos resulta innecesaria y perjudicial, porque la vida de la embarazada es de tal importancia que representa un valor social mucho mayor que el del feto.

No hay ningún 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 precepto legal referido no limita la ejecución a una determinada persona; pero sí es necesario, aun cuando éste haya sido ya practicado, el dictámen del médico para su justificación.

Es conveniente precisar por último que la mayoría de los tratadistas penales, entre ellos Pavón Vasconcelos, Jimenéz Huerta, Castellanos Tena, consideran que no hay razón alguna para reglamentar en forma específica este caso, ya que se incluye totalmente --dentro de la fórmula prevista en la fracción IV del artículo 15 --del Código Penal para el D.F. que reglamenta en forma genérica todas las posibles situaciones de estado de necesidad. Criterio al -que nos adherimos.

2. EL ROBO DE FAMILICO.

Sobre el particular es necesario señalar que el antecedente más remoto en nuestro país se encuentra en el artículo 714 del Código Penal Veracruzano de 1835, el cual dice: " Se exime de pena al reo de hurto, siempre que probare haber concurrido las circunstancias siguientes:

- Haberse hallado en absoluta carencia de lo estrictamente necesario para vivir él y su familia en el día en que se verifique el robo;

- Haber antes agotado todos los medios de adquirir honestamente con qué cubrir su necesidad;

- Haber limitado el robo a sólo lo indispensable para ocurrir a la necesidad del día;

- No haber inferido lesión alguna a la persona robada; y
- Ser hombre de buena vida y reputación ".

En el Código Penal de 1871 no fue reglamentado este caso - específico.

En nuestro Código Penal de 1929 se encontraba incluido en la fracción VII del artículo 45 al decir: " La indigencia no imputable, al que, sin emplear engaños ni medios violentos se apodera una sola vez del alimento estrictamente indispensable para satisfacer sus necesidades personales o familiares de alimentación del momento ".

En el Código Penal vigente se encuentra dicha figura dentro del Título Vigésimo Segundo relativo a los delitos en contra de las personas en su patrimonio, Capítulo Primero referente al robo, en su artículo 379 que a la letra dice: " No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer -- sus necesidades personales o familiares del momento ".

Se puede advertir que tanto el Código Veracruzano como el vigente, no limitan el robo únicamente a los alimentos, sino que, en sentido amplio se refieren a todos aquellos objetos necesarios para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento. En cambio, el Código de 1929 únicamente justifica apropiarse - de alimentos, habiendo tenido que condenarse en muchos casos al -- que medio desnudo, expuesto a morir de frío, se apodera de mantas para cubrirse, lo cual era inhumano, pues no sólo el hambre im pulsa al estado de necesidad, sino también la miseria, el frío y - la dificultad de ganar el propio sustento o el de los miembros de la familia.

De todo lo anterior se pueden desprender, como requisitos del robo de famélico, los siguientes:

" - Apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer las necesidades personales o familiares del momento;

- Por una sola vez; y
- Sin emplear engaño ni medios violentos ".(42)

(42) Porte Petit Candaudap, Celestino. Robo Famélico. Revista Mex. de Der. Penal. 4a. Epoca. No. 1. Sep-Oct de 1971. Pág. 12

Respecto al primer requisito, el maestro Porte Petit expresa: " En realidad el cambio de " alimentos " por " objetos " y la supresión de la frase " de alimentación ", nos hace pensar en una figura delictiva que deja impunes muchos verdaderos delitos y suministra argumentos de defensa a los criminales, 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 ".(43)

Jiménez Huerta da otro sentido a la expresión " necesidades personales o familiares del momento ". 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 la de sus familiares, como las que engendran el hambre, la sed, el frío, la miseria y la enfermedad ".(44)

Consideramos que la expresión " necesidades personales o - familiares del momento " es sumamente amplia y efectivamente origina que en muchos casos se cometan verdaderos abusos alegando que - fueron cometidos por estado de necesidad; por lo que el legislador 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.

La ley ha querido tratar con benevolencia a quien, sin tener verdadera peligrosidad, se ve obligado a apoderarse de algo -- que necesita con toda urgencia para él o para sus familiares, y el objeto del cual se apodera puede ser algo que le sirva para alimentarse o bien una medicina que necesite con toda premura o prendas para abrigarse él o su familia y lógicamente no pueda adquirir de otra forma.

Respecto al segundo requisito puede decirse que el artículo solamente concede la causa de justificación a un único caso de robo en estado de necesidad, como si las necesidades, por su misma naturaleza, fueran limitadas en número.

(43) Robo Familiar. Ob. Cit. Pág. 15

(44) Derecho Penal Mexicano. Parte Especial. IV. Edit. Robredo. -- México. 1963. Págs. 100 y 101

La excluyente de responsabilidad comprendida en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el D.F. se puede invocar no en un único caso, sino en todos los que en la vida diaria sean de estado de necesidad.

Según el tercer requisito, se excluye de la sanción penal el caso en que el apoderamiento se efectúe por medios violentos o engaño, puesto que la violencia es considerada como una circunstancia agravante en la comisión de los robos, que aumenta la penalidad.

Previene el artículo 372 del Código Penal en vigor: " Si el robo se ejecutare con violencia, a la pena que corresponda por el robo simple se agregarán de 6 meses a 3 años de prisión.

Si la violencia constituye otro delito, se aplicarán las reglas de acumulación ".

A su vez el artículo 373 del mismo ordenamiento explica -- que: " La violencia en las personas se distingue en Física y Moral.

Se entiende por violencia física en el robo: la fuerza material que para cometerlo se hace a una persona. Hay violencia moral: cuando el ladrón amaga o amenaza a una persona, con un mal -- grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla ".

El empleo de engaños en el robo no debe entenderse como -- aquellas actitudes falaces o maniobras dolosas empleadas por el sujeto para lograr inmediatamente la entrega voluntaria de la cosa -- objeto del delito, porque entonces se tipifica el delito de fraude; sino las falacias empleadas como medios preparatorios que faciliten la posibilidad de un apoderamiento no consentido, es decir, de un robo.

CAPITULO OCTAVO
" DERECHO COMPARADO "

A) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

El Código Penal Español vigente reglamenta en forma amplia el estado de necesidad en su artículo 8 fracción VII que a la letra dice: " Está exento de responsabilidad criminal: el que impulsado por un estado de necesidad para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.
- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.
- Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse.

No se hace limitación de ninguna clase de los bienes jurídicos ajenos que pueden ser lesionados. Así, es posible la lesión del honor, de la propiedad, de la vida, de la integridad corporal ajena, etc.

La infracción de deberes se refiere a las omisiones en las que el sujeto se halle impedido para cumplir con su deber que, aun cuando el texto legal no lo mencione, ha de ser un deber jurídico, por causa insuperable.

No sólo se autoriza la protección de bienes jurídicos propios sino también la de los ajenos, es decir, se justifica la intervención del tercero.

Por lo que se refiere al primer requisito, puede uno darse cuenta que la exención es aplicable tanto cuando el bien sacrificado sea menor como cuando sea igual al que se trata de salvar.

En cuanto al segundo requisito, si la situación de necesidad proviene de un acto imprudente o negligente del sujeto, podrá aquél beneficiarse con la eximente; mientras que los actos dolosos excluyen la misma.

Por último, se exige que el necesitado no tenga la obligación de sacrificarse, pues si la ley le impusiere someterse al mal o peligro que le amenaza, no podrá alegar la existencia de esta excluyente de responsabilidad.

Como se desprende del texto legal en comentario, y a diferencia de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el D.F., sólo es procedente el estado de necesidad cuando el bien sacrificado sea de menor o igual valor al salvado.

B) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ALEMÁN.

Establece el Código Penal Alemán en su artículo 54 que: " No existe acción punible cuando la acción ha sido cometida fuera de la legítima defensa, en un estado de necesidad inculpable, imposible de resolver de otro modo, para la salvación de un peligro actual para el cuerpo o la vida del autor o de un pariente ".

Puede observarse que los únicos bienes tutelados por esta excluyente son la vida y la integridad corporal, reduciendo así los bienes que ampara nuestro Derecho Penal en el estado de necesidad.

Si alguien se encuentra en estado de necesidad culpablemente, no -

puede salvarlo ni siquiera un pariente mediante la lesión de bienes - jurídicos ajenos.

Esta eximente no se otorga cuando el Derecho exige al autor soportar el peligro para la integridad corporal o para la vida; por ejemplo al soldado, al mariner, al bombero, a la mujer respecto de los dolores y peligros normales del alumbramiento.

En todo caso tiene que existir una proporcionalidad entre la gravedad de la lesión corporal inminente y la gravedad del injusto cometido para evitarlo.

La ley alemana, al referirse solamente al peligro para la vida o la salud, ha determinado en la doctrina toda una construcción para resolver correctamente el problema, en los casos en que el bien amenazado no sea uno de aquéllos. Con tal sistema, aceptado incluso por el Tribunal Superior Alemán, se ha dado nacimiento a la doctrina del estado de necesidad supralegal.

Puede observarse que tampoco en el Código Alemán, como en el Código Penal para el D.F., se hace alusión a la entidad de los bienes que se encuentran en conflicto, abarcando las tres hipótesis a que hicimos mención en el inciso B del Capítulo Cuarto del presente trabajo.

C) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ITALIANO.

El Código Penal Italiano, en el artículo 54 reglamenta esta institución en los siguientes términos: " No será punible quien cometa un hecho por haberse visto obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, peligro no voluntariamente causado por él, ni evitable de otra manera, con

tal que el hecho sea proporcionado al peligro ".

El presente Código, al igual que el Alemán, no especifica el valor que debe poseer el bien sacrificado en relación al que se salvaguarda, dando cabida también a que éste sea menor, igual o mayor; hipótesis, esta última, absurda para nosotros.

Salta a la vista que el daño no recae sobre cualquier bien, sino únicamente sobre los personales como son: la vida, la integridad personal, la salud, el pudor, el honor, etc.; quedando de la tutela de la ley, en este caso, el peligro tocante a los bienes patrimoniales.

Otro requisito es que el agente no haya dado voluntariamente causa al peligro. Voluntariamente equivale aquí a dolosamente.

Este Código justifica también la intervención del tercero que acude en auxilio de la persona necesitada.

El último requisito es el de la proporcionalidad, es decir, que el hecho no debe pasar los límites que la necesidad rigurosamente prescribe, y si los traspasa no podrá ser justificado porque representa un exceso.

El estado de necesidad no podrá ser invocado por el que tenga el deber jurídico de exponerse al peligro (artículo 54 primer apartado).

El último apartado del mismo artículo prevé que las disposiciones del estado de necesidad se apliquen " aunque dicho estado fuere determinado por la amenaza de otro; pero en este caso será responsable del hecho cometido por la persona amenazada, el que la obligó a cometerlo ".

Esta disposición, que se refiere a la coacción psicológica, completa la del artículo 46 del mismo ordenamiento, pues habla sobre la coacción física, aplicando el principio de la responsabilidad por causa mediata, al considerar como responsable del hecho a quien obligó a otro a otro a actuar.

D) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO.

Dice el artículo 34 en su fracción III del Código Penal Argentino que: " No son punibles: el que causare un mal para evitar otro mayor - inminente a que ha sido extraño ".

A una comparación estimativa de bienes obliga la ley vigente, pues el estado de necesidad sólo puede ser invocado por aquél que lesione un bien menor para salvaguardar otro mayor. Como puede uno darse cuenta, dicha legislación no admite el sacrificar un bien de igual o mayor valor al que se salva, aventajando con mucho, al hacerlo, a nuestro Código Penal para el D.F.

Se exige que el necesitado haya sido extraño al mal que le amenaza, es decir, que no haya dado lugar, doloso o culposamente, al nacimiento de la situación de peligro.

La inminencia del mal que se pretende evitar se refiere a que si éste era remoto o meramente posible, no habrá estado de necesidad.

Según se desprende del precepto legal, el mal puede causarse sobre cualquier tipo de bienes jurídicos sin limitación alguna.

También, dada la forma en que está redactado dicho artículo, queda justificada la intervención del tercero que acude en ayuda del necesitado.

E) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.

El Código Penal para el Estado de Guanajuato, en su Capítulo Quinto, relativo a las causas de justificación, artículo 33 fracción III re

gula esta institución de la siguiente manera: " El hecho se justifica: cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionare otro bien para evitar un mal mayor siempre que concurren los siguientes requisitos:

- Que el peligro sea actual o inminente;
- Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro; y
- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial

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

El sacrificio o menoscabo del bien jurídico se justifica por la necesidad de salvaguardar un bien mayor, esto es, resulta conditio sine qua non el que sea más importante el interés jurídico puesto a salvo, que el sacrificado, habida cuenta que quien sacrifica un bien de igual o mayor jerarquía que aquél que salvaguarda, no puede ampararse bajo el estado de necesidad. Puede decirse que, con respecto a este punto, el Código en comentario reglamenta en mejor forma que el del D.F., la institución a estudio. Pero resulta todavía un poco defectuosa la redacción del citado artículo, pues no exime de responsabilidad penal a quien actúa bajo un estado de necesidad, tratándose de bienes de igual entidad, por no exigibilidad de otra conducta.

Si se carece del elemento actualidad o inminencia del peligro, es obvio que la afectación al bien jurídico no puede justificarse porque dicha afectación no era necesaria y en tal caso podía evitarse el peligro sin la puesta en juego de la violencia, o sea, sin la consumación última y definitiva del sacrificio.

La provocación dolosa del peligro entraña igualmente la elimina-

ción del fundamento de la necesidad, toda vez que el sujeto buscaba o quería la situación de peligro para el bien jurídico propio o ajeno.

Por otra parte se infiere a contrario sensu que la provocación culposa del peligro no trae consigo, de acuerdo con la ley, la eliminación de la necesidad, por lo que en todo caso existirá exceso en la justificante.

La Comisión Redactora del Código Penal manifiesta en su exposición de motivos que para la estructuración del instituto que nos ocupa se acogió en lo substancial la fórmula del Código Penal tipo para Latinoamérica. Así mismo se afirma que se decidió restringir el estado de necesidad " excluyendo aquellos casos en que el peligro se haya provocado dolosamente, pero por lo que se refiere a la provocación culposa del peligro, se considera que no eliminaba la necesidad y entonces la conducta encuadraría dentro de un exceso (artículo 34 del mismo ordenamiento).

Quien emplea más perjudiciales o lesivos que otros de igual modo utilizables está rebasando los límites de la necesidad y tendrá que ser estimado conforme a las prevenciones establecidas para el exceso.

El deber legal de afrontar el peligro es una circunstancia que invalida la excluyente analizada, toda vez que elimina la justificación habida cuenta que por el solo hecho de haberse admitido o aceptado la situación que dá vida al deber, se impone al sujeto la obligación de hacer frente al peligro.

F) EL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MEXICO,

El Código Penal para el Estado de México regula, en su Capítulo Cuarto, referente a las causas excluyentes de responsabilidad e inimputabilidad, artículo 17 fracción II, el estado de necesidad, al exponer que: " Son causas excluyentes de responsabilidad penal: obrar impulsado por la necesidad de salvar un bien jurídico, propio o de un tercero, de un peligro real, grave, actual o inminente, sacrificando otro bien jurídico igual o menor, siempre que dicho peligro no hubiere sido causado por el necesitado.

Esta causa no beneficia a quien tenga el deber jurídico de sufrir el peligro".

El único comentario que cabe hacer al respecto, según se deduce del citado precepto legal, es que no ampara esta eximente a quien sacrifica un bien mayor para salvar a uno menor. Así como tampoco a quien provocó, dolosa o culposamente, la situación de peligro.

Requisitos los anteriores que no son tomados en cuenta, al reglamentar el estado de necesidad, por el Código Penal para D.F. vigente.

" CONCLUSIONES "

PRIMERA.- Las definiciones que tratan de elaborarse acerca del delito con validez universal, sin tener fundamento en los elementos esenciales que lo constituyen, resultarán del todo inútiles- puesto que está íntimamente ligado a las necesidades de cada época y a los criterios divergentes de cada nación.

SEGUNDA.- El delito puede conceptuarse como la conducta típica, antijurídica y culpable. Mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario, referida a la capacidad de entender y de querer del sujeto. Por lo tanto, consideramos como elementos del delito a: la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

TERCERA.- Entre todos los elementos que integran el delito existe una indiscutible prelación lógica que consiste en observar, mediante el análisis, inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento a un tipo legal: tipicidad; después - constatar si dicha conducta típica está o no protegida por - una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; en seguida investigar la - presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró culpablemente.

CUARTA.- La punibilidad no forma parte del delito como elemento esencial, sino como su consecuencia ordinaria, puesto que el delito se sanciona por ser delito, y no es delito porque se sancione.

QUINTA.- El Estado de Necesidad se encuentra ubicado dentro del aspecto negativo del delito, como circunstancia excluyente de responsabilidad, formando parte de las causas de justificación, que eliminan la antijuridicidad, y de las causas de inculpabilidad. que eliminan la culpabilidad.

- SEXTA.- No se puede hablar de culpabilidad sin relacionar el hecho - psicológico (intelectual y emocional) con la norma jurídico-penal, ya que no presenta exclusivos aspectos psicológicos sino también normativos, debiendo, por tanto, adicionar los conceptos de la reprochabilidad y la exigibilidad.
- SEPTIMA.- Creemos que no es posible hablar de una tercera especie de - la culpabilidad: la preterintencionalidad, pues participa a la vez de la esencia del dolo y de la culpa.
- OCTAVA.- Las causas de inculpabilidad se clasifican en dos grandes rubros, que son: " la no exigibilidad de otra conducta " y " el error de hecho esencial e invencible ".
- NOVENA.- La no exigibilidad de otra conducta se fundamenta en la ausencia de una obligación derivada de la forma de omitir la conducta realizada, o en la imposibilidad (de hecho) de evitarla, siendo así que, en otras palabras, el no deber omitir la conducta conforme a la norma, y por otro lado, el no poder evitar la conducta, dadas las circunstancias concurrentes, son - los pilares básicos de esta figura jurídica.
- DECIMA.- El Estado de Necesidad es considerado como un caso específico de no exigibilidad de otra conducta cuando los bienes que se encuentran en conflicto son de idéntico valor.
- DECIMA PRIMERA.- La antijuridicidad no es la esencia misma del delito, quedando satisfecho por la simple contrariación formal entre el hecho y la forma, sino sólo uno de los elementos constitutivos que lo integran.
- DECIMA SEGUNDA.- La conducta típica es igualmente indiciaria de ser antijurídica, pero el juicio relativo a la antijuridicidad tiene que versar sobre la certeza y no sobre el indicio de la - misma.
- DECIMA TERCERA.- El método de determinación del contenido de antijuri-

dicidad de una conducta típica se realiza objetivamente, o lo que es igual, por medio de la determinación de una contradicción entre la conducta y el orden jurídico general, considerando a la propia conducta en su manifestación objetivamente determinable.

DECIMA CUARTA.- Para la determinación de la antijuridicidad no se deben tomar en cuenta los aspectos subjetivos que forman parte de la conducta, porque el estudio y tratamiento de ellos es materia de otro campo diferente de la teoría del delito, específicamente el de la culpabilidad.

DECIMA QUINTA.- La antijuridicidad es un juicio valorativo que rebasa definitivamente los llamados aspectos formales de la contradicción hecho-norma y requiere la penetración a lo que es la esencia de la misma, y ello no puede lograrse atendiendo solamente al llamado principio de excepción-regla que, no obstante lo anterior, es el que tiene aplicación real en la práctica jurídica.

DECIMA SEXTA.- Las causas de justificación amparan a todos aquéllos que intervengan en la ejecución de la conducta típica y en la relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se derive de la misma, no acarrear ninguna consecuencia ni civil ni penal. Mientras que las causas de inculpabilidad sólo amparan al autor de la conducta, pudiendo ser procedente la responsabilidad civil.

DECIMA SEPTIMA.- El fundamento de las causas de justificación radica en el interés recogido en la norma, por lo que hay dos principios que las rigen, siendo enunciados como: " ausencia de interés " el primero, e " interés preponderante " el segundo.

DECIMA OCTAVA.- El Estado de Necesidad es una situación de peligro para bienes protegidos por el Derecho, que se resuelve con el sacrificio de uno de menor o de igual valor que el que se salva.

DECIMA NOVENA.- Para establecer la naturaleza del Estado de Necesidad, el criterio de diferenciación es el más aceptado por desprender su base doctrinal de la valoración de los bienes jurídicos en conflicto, ubicándolo como causa de justificación, formando parte del aspecto negativo de la antijuridicidad; o como causa de inculpabilidad, formando parte del aspecto negativo de la culpabilidad, según sea el caso.

VIGESIMA.- Del análisis de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el D.F., relativo al Estado de Necesidad, se pueden desprender, en lo que respecta a la entidad de los bienes en conflicto, varias hipótesis, como son:

- Sacrificio de un bien jurídico inferior para salvaguardar a otro de mayor jerarquía.
- Sacrificio de un bien jurídico de idéntica jerarquía a la del bien preservado.
- Sacrificio de un bien jurídico de mayor jerarquía que la correspondiente al bien salvado (la cual consideramos absurda).

VIGESIMA PRIMERA.- El Estado de Necesidad descansa básicamente en un conflicto de intereses, haciendo notar que en la fórmula genérica no se hace distinción alguna sobre el valor del bien sacrificado y el del preservado. Pero la mayoría de los tratadistas, al igual que nosotros, sostienen que únicamente puede operar esta excluyente como causa de justificación, cuando se sacrifica un bien menor para salvaguardar al mayor, atendiendo al principio del interés preponderante; o como causa de inculpabilidad, cuando el conflicto surge entre intereses de igual valor, de acuerdo a la no exigibilidad de otra conducta.

VIGESIMA SEGUNDA.- Los proyectos de Código Penal para el D.F. de 1958 y de Código Penal tipo para la República Mexicana de 1963 precisan, en términos muy claros, el concepto de la verdadera naturaleza del Estado de Necesidad, abarcando únicamente las dos hipótesis posibles para nosotros en cuanto al valor de los bie

nes que se encuentran en conflicto.

VIGESIMA TERCERA.- Son elementos del Estado de Necesidad, los siguientes:

- La existencia de un peligro real, grave e inminente;
- Que el peligro recaiga sobre bienes jurídicos propios o ajenos;
- Que el bien sacrificado sea de igual o menor valor que el que se salva;
- Que dicho peligro no tenga que soportarlo el agente; y -
- Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

VIGESIMA CUARTA.- El aborto terapéutico es, indiscutiblemente, uno de los casos justificados por necesidad. Pero consideramos que no hay razón alguna para reglamentarlo en forma específica, pues se incluye totalmente dentro de la fórmula genérica del Estado de Necesidad prevista en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el D.F.

VIGESIMA QUINTA.- El robo de famélico es otro de los casos específicos del Estado de Necesidad regulados expresamente en la Ley. Se desprenden, como requisitos de éste, los siguientes:

- Apoderamiento de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer necesidades personales o familiares del momento;
- Por una sola vez; y
- Sin emplear engaño ni medios violentos.

VIGESIMA SEXTA.- De las legislaciones extranjeras y nacionales analizadas, sólo las correspondientes a Argentina, Guanajuato, España y al Estado de México, hacen alusión al valor de los bienes que se encuentran en conflicto. Siendo las de estos dos últimos las únicas que en forma expresa mencionan que el bien sacrificado debe ser de menor o igual valor al que se salva.

VIGESIMA SEPTIMA.- Por último, el artículo 15 fracción*del Código Penal

(* IV)

para el D.F., relativo al Estado de Necesidad debe ser reformado, pues al no referirse al valor de los bienes que se encuentran en conflicto, dá cabida o abarca las hipótesis señaladas en la Conclusión Vigésima Cuarta; razón por la cual proponemos la redacción del artículo 17 fracción II del Código Penal para el Estado de México por considerarla muy completa.

B I B L I O G R A F I A
=====

" BIBLIOGRAFIA GENERAL "

- 1.- Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. 18a Ed. México 1983
- 2.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I Volúmen 2. Edit. Bosch. Barcelona. 1975
- 3.- Giuseppe, Maggiore. Derecho Penal. Volúmen I "El Delito". Edit. Temis. 5a Ed. Bogotá. 1971. Trad. José J. Ortega Torres
- 4.- Jiménez Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. "El Delito". Edit. Losada. 4a Ed. Buenos Aires. 1963
- 5.- Jiménez Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. "Causas de Justificación". Edit. Losada. 3a Ed. Buenos Aires. 1961
- 6.- Jiménez Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo V. "La Culpa-bilidad". Edit. Losada. 3a Ed. Buenos Aires. 1963
- 7.- Jiménez Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. "La Culpa-bilidad y su Exclusión". Edit. Losada. 2a Ed. Buenos Aires, 1962
- 8.- Jiménez Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Edit. Hermes. 2a Ed. Buenos Aires. 1954
- 9.- Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuridicidad. Edit. Imprenta Universitaria. México. 1952
- 10.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Comentarios de Derecho Penal. Edit. Jurídica Mexicana. 1a Ed. México. 1960
- 11.- Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano.- Parte General. Edit. Porrúa. 5a Ed. México. 1982
- 12.- Petrocelli, Biagio. La Antijuridicidad. Edit. U.N.A.M. México. - 1963. Trad. José Luis Pérez Hernández
- 13.- Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Tomos I y II. Edit. Regina de los Angeles. México. 1973
- 14.- Rodríguez Devesa, José María. Derecho Penal Español. Parte General. 7a Ed. Madrid. 1979

- 15.- Soler, Sebastian. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Edit. Argentina. Buenos Aires. 1973
- 16.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. 4a Ed. México. 1983
- 17.- Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. Edit. Jurídica de Chile. 11a Ed. Chile. 1976

" LEGISLACION "

- 1.- Código Penal para el D.F. Edit. Porrúa. 43a Ed. México. 1987
- 2.- Código Penal para el Estado de México. Edit. Teocalli. 3a Ed. México. 1986
- 3.- Código Penal para el Estado de Guanajuato. Edit. Andrade. 5a Ed. México. 1986