

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
FACULTAD DE DERECHO

---

**Las Justificantes en el Proyecto  
de Código Penal Tipo**

**T E S I S**

*Que para obtener el Título de*  
**LICENCIADO EN DERECHO**

*P r e s e n t a*

**FRANCISCO HERNANDEZ CUETO**

**MEXICO, D. F.**

**1 9 6 8**



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 mis padres*

**Sr. FRANCISCO HERNANDEZ CASTILLO  
y Sra. CONSUELO CUETO DE HERNANDEZ**

*Con profundo amor y gratitud eterna, entrego  
la culminación de mis estudios profesiona-  
les. Fruto de sus desvelos y sacrificios.*

*A mis hermanas*

**LILIA,**

**MARTA**

**y JOSEFA DEL CARMEN**

*con inmenso cariño,*

*A mi tía Srita.*

**GUADALUPE CUETO TOLEDO**

*con la expresión sincera, de afecto  
y agradecimiento, por brindarme  
calor y cariño maternal.*

*A mi hijo*

**FRANCISCO HERNANDEZ CELAYA**

*que será razón y'aliciente, en la trayectoria  
de mi vida, para superarme.*

*A mi entrañable y querido amigo,*  
**Sr. Lic. FRANCISCO JAVIER RAMOS BEJARANO,**  
*brillante juspenalista. Ejemplo a seguir de la  
juventud. Por su acrisolada solvencia  
moral e intelectual.*

*A mi distinguido amigo Sr. Lic.*  
**FERNANDO SOLIS CAMARA,**  
*con eterna gratitud por su  
valiosa amistad.*

*A los Sres. licenciados*  
**PEDRO y VICENTE SOLIS CAMARA**  
*con afecto y respeto.*

***Fraternalmente a mis amigos,***

***A las siglas de mi querida y prestigiada compañía,  
Asociación Jurídica Automovilística como  
un homenaje a su VII Aniversario.***

## **SUMARIO**

- 1.—Idea general.**
- 2.—La responsabilidad en la Escuela Clásica.**
- 3.—La responsabilidad en la Escuela Positiva.**
- 4.—Nuestro punto de vista.**

## **CAPITULO I**

# **LA RESPONSABILIDAD PENAL**

**1.—IDEA GENERAL.**—Indudablemente, el hombre que realiza una conducta delictuosa debe responder ante el poder público del evento efectuado. Responsabilidad significa obligación de responder por los hechos ejecutados. Sin embargo, el vocablo no se utiliza siempre con el mismo significado; en ocasiones se emplea como sinónimo de imputabilidad y a veces hasta de culpabilidad. En el lenguaje ordinario, por responsabilidad se entiende la obligación moral de resarcir o satisfacer por el comportamiento efectuado. El Profesor Ignacio Villalobos indica que la responsabilidad puede definirse como la obligación de sufrir las consecuencias jurídicas de los propios actos. El mismo juspenalista aclara que no pocas veces, según antes expresábamos, la responsabilidad se toma por imputabilidad, es decir, como calidad del sujeto o estado de capacidad del mismo; otras, por responsabilidad se entiende la obligación abstracta o general de dar cuenta de los propios actos y de sufrir sus consecuencias y, finalmente, es la situación en que se coloca el delincuente frente al Estado; por ello los fallos de los Tribunales suelen terminar con la declaración de que el procesado se le tuvo como “penalmente responsable” del delito que motivó el proceso, señalándose la pena respectiva. (1)

Resulta indiscutible que el autor de un hecho considerado como delito, debe responder del mismo ante el poder social; por supuesto, el problema de cuál es la razón por la que el sujeto tiene que responder del hecho delictivo, es su-

---

(1) Cfr. Derecho Penal Mexicano, Pág. 280. 2a. Ed. Porrúa, 1960.

mamente debatido entre los especialistas, no sólo en los actuales tiempos, sino desde muy antiguo. En otros términos: el fundamento de la responsabilidad no ha sido resuelto siempre de la misma manera. En un apartado de este mismo capítulo, nos ocuparemos de la cuestión, pero desde ahora conviene hacer notar que las dos escuelas principales del Derecho Penal y, consecuentemente, que pretenden desentrañar el fundamento de la responsabilidad, han sido, a no dudarlo, la Clásica y la Positiva. A continuación trataremos de la responsabilidad en estas tendencias doctrinarias.

2.—LA RESPONSABILIDAD EN LA ESCUELA CLÁSICA.—Es bien sabido que los estudiosos del Derecho Penal resumen la historia de las ideas penales en unos cuantos períodos o etapas. Así, hablan de que en los primeros tiempos, en casi todos los pueblos, las raíces del Derecho Penal deben encontrarse en el sistema de la **venganza privada**; es decir, en función de la realización de un delito, la colectividad apoyaba al ofendido o a su familia para reaccionar y causar otra ofensa al ofensor; con el tiempo (también en casi todas partes), por la naturaleza misma de las cosas, surge una limitación al ejercicio de la reacción vengadora, conocida como **ley del talión**, para significar la equivalencia entre la ofensa y la pena. Es natural que en los pueblos primitivos se haya establecido la mencionada limitación, por ser evidente que el hombre lo primero que hace al recibir un ataque, es reaccionar en la misma proporción; La ley del talión, como es bien sabido, se sintetiza en la fórmula “ojo por ojo y diente por diente”. También en este primer período surge, especialmente en algunos pueblos, otra limitación diversa, consistente en las **composiciones**, mediante las cuales el ofendido recibía una reparación, comprometiéndose a desistir del ejercicio de su derecho de venganza. En segundo lugar, suele señalarse el período de la **venganza divina**. Sobre el particular el profesor Castellanos escribe: “Parece natural que al revestir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyecten hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del

Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y Tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación". (2) Como tercer período se señala el llamado de la **venganza pública** o concepción política. Esta etapa surge cuando los gobernantes van adquiriendo preponderancia indiscutible sobre el grupo y al agigantar sus facultades, a pretexto de proteger o salvaguardar a la comunidad, emplean esas facultades en forma ilimitada y la arbitrariedad constituye la regla. El penalista español Eugenio Cuello Calón, señala cómo en esta época nada se respetaba, ni la tranquilidad de las tumbas, por los cadáveres eran desenterrados para su procesamiento; los jueces y Tribunales adquirieron facultades ilimitadas y estaban capacitados para sancionar hechos aún cuando no hubieran sido previstos como delictuosos por las leyes; de tales poderes omnímodos, dice el mismo juspenalista, abusaron los juzgadores, porque no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos en quienes se depositaba la autoridad; este espíritu inspiró el Derecho Penal hasta el siglo XVIII. (3) A la exagerada crueldad de la llamada etapa de la venganza pública, sigue una reacción totalmente contraria; trátase del denominado **período humanitario**, en donde emergen ideas de antigua Raigambre, pero renovadas y enriquecidas por el joven milanés César Bonnesana, Marqués de Beccaria. Sobre el particular, el maestro Ignacio Villalobos indica: "En el terreno de las ideas ha sido necesario siempre encontrar un hombre de lenguaje sugestivo, elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamientos que sin este recurso pudieran permanecer en la penumbra o en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas... Por lo que ve a la reforma penal, fue acertadamente designado por

---

(2) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 31. 4a. Ed. Porrúa, 1967.

(3) Cfr. Derecho Penal, T. I. Pág. 52 y ss. 8a. Ed. Barcelona, 1947.

el destino y por algunos amigos suyos de la revista "Il Caffè": el joven Bonnesana, Marqués de Beccaria. Su síntesis admirable vio la luz tímidamente en el año de 1764, publicándose anónimamente y fuera de Milán, ciudad natal y asiento de la vida y actividad del autor... En este libro titulado **Dei Delitti e delle pene**, se une la crítica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la preposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarios; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes; se orienta la represión hacia el porvenir subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración". (4) Como una quinta etapa en la evolución de las ideas penales es común encontrar en los tratadistas la denominada científica; sin embargo, el período científico no corresponde, como expresa la mayoría de los autores, a la etapa positivista, porque en la realidad, como veremos después, el positivismo no elaboró Derecho, sino ciencias causales explicativas de la criminalidad, es decir, ciencias de la naturaleza que pretenden indagar la causa productora del hecho delictivo, más no encauzar el comportamiento de los hombres; no se observa en la tendencia positivista la idea de estudiar la norma orientadora de la conducta humana, sino únicamente de descubrir las causas que motivan el delito. En consecuencia, consideramos que el período científico sí debe ser señalado, pero sin hacerlo coincidir, como es común, con el positivismo criminal, sino con los estudios propiamente jurídicos que se inician a partir de la admirable obra del Marqués de Beccaria, en la inteligencia de que con ésto no queremos significar que

---

(4) Derecho Penal, Mexicano, Pág. 28 y ss. 2a. Ed. Porrúa, 1960.

el joven milanés haya sido un jurista, más de todos modos, su libro sirvió para despertar el interés por los estudios verdaderamente científicos del Derecho Penal; es a partir de Beccaria que comienza el entusiasmo por la elaboración de un Derecho Penal netamente humano; en consecuencia, creemos, sin temor a equivocarnos, que puede servir de pauta para la etapa científica del Derecho represivo, el año de 1764; es desde entonces cuando todos los sabios de la especialidad van contribuyendo con su valioso aporte, hasta llegar a la genial contribución del maestro de Pisa Francisco Carrara que, como veremos más adelante, es el principal exponente de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal.

Hecha esta breve referencia histórica, estamos ahora sí en condiciones de adentrarnos en la Escuela Clásica, a fin de indagar concretamente, cómo se entendió en ella la responsabilidad.

En la segunda mitad del siglo pasado florecieron los adelantos en las ciencias de la naturaleza y, por lo mismo, se creyó que todos los problemas del mundo y de la vida serían resueltos en función de los descubrimientos nuevos; por ello el positivismo alcanzó también al Derecho, pues invadió todos los campos de la cultura. Los positivistas del siglo pasado, al estimar que la verdad estaba en la nueva tendencia, creyeron caduco e inservible todo el pensamiento anterior, por lo cual no es extraño que hayan denominado a todas las ideas existentes, incluyendo las de Francisco Carrara, con el título de "Escuela Clásica", con un sentido despectivo o burlesco, sin percatarse de que en realidad estaban en lo justo, pues las doctrinas de los llamados despectivamente "clásicos", en realidad no han pasado, sino que, vueltas ahora las cosas a su justo lugar, son las perennes, las imperecederas.

Aun cuando Francisco Carrara, según lo anterior, no puede considerarse como el único clásico, por ser acaso el más notable, se confunde siempre el análisis de la Escuela Clásica con el de las teorías del mencionado maestro de Pisa.

Para Carrara la base fundamental del Derecho es el libre albedrío. El hombre (por supuesto el hombre normal) ha nacido libre e igual en derechos; en todos los hombres se ha depositado el germen de la libertad; todos los hombres pueden elegir entre el bien y el mal. Textualmente Carrara expresa: "Dios sometió todo lo creado a una perpetua armonía. Y cuando en la sexta época hizo al hombre a su semejanza, esto es, dotado de un alma espiritual, rica de inteligencia y de libre voluntad, cuando hizo esta obra, la más bella de la divina sabiduría, arrojó al mismo tiempo sobre la tierra la simiente de una serie de seres que podían dirigir sus propias acciones y responder de las mismas. Estos seres no podían, como los simples cuerpos, estar sometidos a las solas leyes físicas; y así una **ley moral** nació con ellos: la ley de la naturaleza. Quien la niega, reniega de Dios". (5)

"Los partidarios de la Escuela Clásica, escribe el penalista venezolano José Rafael Mendoza, fundamentaron la responsabilidad en la doctrina filosófica y metafísica del libre albedrío, considerando que la acción voluntaria sólo puede explicarse por una libertad individual de arbitrio, independiente de la ley de causalidad. Esto provino de la influencia de la teología y del derecho canónico, cuyos argumentos resume Francisco Carrara, el máximo exponente del clasismo. . . Los filósofos cuestionaron sobre si existe o no libertad y los teólogos y canonistas concluyen estableciendo la existencia de una libertad superior". (6) Señala el maestro Ignacio Villalobos que independientemente de algunas ideas en contra, en todo tiempo hubo manifestaciones de sensatez respecto a la responsabilidad, requiriéndose no únicamente un sujeto humano causa física del resultado, sino un lazo espiritual, consciente y voluntario, que uniera el agente con su acto para que éste le fuera imputable plenamente como violación de una norma moral o jurídica. Tal razonamiento es elemental, sigue diciendo el maestro recordando a Holmes,

---

(5) Programa de Derecho Criminal, T. I. Pág. 13. Ed. Temis, 1956.

(6) Curso de Derecho Penal Venezolano, T. II. Parte General, Pág. 97, 4a. Ed. Caracas 1961.

pues hasta un perro distingue cuando alguien tropieza con él de cuando se le da un puntapié. No resulta extraño, en consecuencia, encontrar en códigos tan remotos como el de Hammurabi, la distinción entre el acto intencional, punible y el no intencional y no punible aun cuando este último pudiera ser objetivamente inconveniente, lamentable y digno de otras medidas tendientes a prevenirlo o evitarlo. La reflexión y el estudio fueron elaborando ideas precisas en cuanto a esas diversas situaciones, buscando la fórmula explicativa sobre la causación de los actos y fundamentadora, por tanto, de su diverso tratamiento. En sujetos normales en donde la conducta se rige por motivos aprehendidos por el entendimiento, y por una voluntad capaz de realización, el actuar preponderantemente determinado por una estructura espiritual o psicológica, apta para servir de freno a los impulsos y de orientación del obrar hacia fines ideales como también lo distingue Max Scheler, será la razón para que pueda imputarse moral y jurídicamente el acto a su autor y exigirse a éste la consiguiente responsabilidad. Individuos, en cambio, en quienes no exista esa capacidad de valoración y de actuación voluntaria o cuyas facultades intelectivas o volitivas se hallen trastornadas de manera que den al sujeto una falsa idea de las situaciones en que interviene, serán inimputables y carentes de responsabilidad, desplazándose su problema al campo educativo o terapéutico, según la naturaleza de la causa preponderante de su actuación anormal. Las cumbres más destacadas de la Filosofía, contándose entre ellas Aristóteles, Cicerón, Santo Tomás, Leibnitz, Suárez y otros muchos, habían estudiado esa conciencia íntima que tenemos de poder hacer o no hacer lo que nos parezca conveniente o elegir entre dos actos, pues aún en presencia de los supuestos más reprobados y más peligrosos como el regicidio, cada quien siente con certeza, ante la víctima y con el revólver en la mano, que, si quisiera, podría disparar. Habían pasado las más variadas influencias que actúan sobre la voluntad en cada momento y para cada determinación y, aún reconociendo que el bien es el objeto propio de esa voluntad y por tanto debería considerarse necesitada

por él, convinieron en admitir y sostener una libertad psicológica o de albedrío, fundada en la complejidad con que siempre se presentan los objetos a la apreciación del entendimiento y en las limitaciones de este último que le hacen incapaz de presentar un acto concreto como limpia y puramente "bueno" o "malo" sin puntos de vista o motivos que le hagan ser considerado de maneras diversas a la vez. Insiste el mismo profesor mexicano en que la polémica era viva y por ello Carrara llegó a decir que él no se ocupaba de discusiones filosóficas, por presuponer como aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre y edificada sobre esta base la ciencia criminal que, sin ella, mal se construiría. Era ésta la expresión más clara, sintética y definida del concepto sobre el cual venía tratando de fundarse la responsabilidad: si el hombre puede ejecutar o no ejecutar un acto determinado y lo ejecuta, es él su causa; a él debe imputarse psicológicamente (o moralmente) y a él, por tanto, exigirse la responsabilidad consiguiente. (7) Por su parte, el penalista español Eugenio Cuello Calón, expresa que antiguamente se concedió poca importancia al elemento subjetivo del delito, pues generalmente se tomaba en consideración sólo el daño causado. Sin embargo, señala cómo en alguna remota legislación se encuentran apreciaciones precursoras de la imputabilidad y culpabilidad, como en el Código de Hammurabi o en el Libro de Manú, etc. más éstas son raras excepciones. De acuerdo con el mismo especialista, únicamente con el transcurso de muchos siglos se pudo fundar la responsabilidad sobre la base no sólo del resultado, sino del aspecto psicológico, es decir, con fundamento en que el individuo no es únicamente la causa física del hecho delictivo, sino también su fuerza o causa moral; esto ocurrió, indica el penalista hispano, por el influjo del cristianismo y del resurgimiento del derecho romano, cuyas influencias abrieron en el campo de la penalidad una nueva etapa: de la responsabilidad moral. Tal transformación tuvo lugar en la Edad Media y por obra de los

---

(7) Cfr. Derecho Penal Mexicano, Pág. 59 y ss. 2a. Ed. Porrúa, 1960.

teólogos el libre albedrío se convirtió en el punto central del Derecho Penal. Anteriormente no ocurría así, más a partir de entonces, se consideró que sin libre albedrío no era dable la imposición de pena alguna. (8) El Profesor Fernando Castellanos expresa: "Según los libero-arbitristas, para ser el individuo responsable debe poseer, al tiempo de la acción, discernimiento y conciencia de sus actos y gozar de la facultad de elección entre los diversos motivos de conducta presentados ante su espíritu; ha de poder elegir libremente, en forma voluntaria (libre-albedrío). En tales condiciones, la responsabilidad penal es consecutiva de la responsabilidad moral". (9)

3.—LA RESPONSABILIDAD EN LA ESCUELA POSITIVA.—Como resultado del gran adelanto advertido en la segunda mitad del siglo pasado en las ciencias de la naturaleza, surge una nueva concepción del mundo y de la vida, que pretendió explicarlo todo en función de la experiencia y de la observación. Pensóse que el método inductivo de las ciencias causales explicativas era eficaz para resolver toda cuestión; por ello el positivismo consideró científico sólo el conocimiento que podía obtenerse mediante tal metodología, proscribiendo del campo científico las corrientes en las cuales tenía que fracasar el método experimental. Desde Augusto Comte, padre de la Sociología e iniciador del positivismo en general, se advirtió la tendencia a desterrar del esquema de las ciencias, las filosóficas y las teológicas, para explicarlo todo en función de las disciplinas de la naturaleza. Posteriormente surge la psicología, más no como ciencia del alma, sino eminentemente experimental; se pensó que todas las manifestaciones que antiguamente se atribuían al alma humana, no eran sino producto del cerebro. En materia penal, creyóse que el hombre no delinque por propia voluntad, sino en razón de múltiples fuerzas que fatalmente lo llevan al hecho delictivo. El pensamiento positivista fue desarrollándose rápidamente, pero en materia

---

(8) Cfr. Derecho Penal, T. I. Págs. 292 y 293, 8a. Ed. Barcelona, 1947.

(9) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág. 206. 4a. Ed. Porrúa, 1967.

penal puede señalarse como el iniciador de la corriente al gran médico legista italiano César Lombroso, quien pretendió haber descubierto que la causa del comportamiento humano (y por supuesto del delito), había que buscarla en el factor biológico, concretamente en la herencia. "Mientras que en el pasado todo el interés de los penalistas se había dirigido a la perfecta formulación científica de la entidad abstracta del delito, el objeto de las nuevas investigaciones debería ser, por el contrario, el estudio positivo del delincuente. Pero ¿de qué modo se debía proceder en este estudio? Con método no diverso del que debería ser adoptado para estudiar cualquier otro objeto de la naturaleza, o sea mediante la comparación de los datos de la anatomía con los de la fisiología, de la biología, de la etnología de la lingüística. La estadística en la observación directa debía, pues, constituir el vehículo para pasar de estos datos a las conclusiones generales. Siguiendo ese camino, sostiene Lombroso que ha descubierto un tipo humano anormal, el delincuente nato, que define a base de elementos predominantemente somáticos y fisiológicos y en analogía con los salvajes y con las razas de color, explicando sus anomalías mediante las leyes del atavismo y de la degeneración". (10) Para Cesar Lombroso, en consecuencia, el delincuente es un ser atávico, un anormal, y por ende, la clave de su comportamiento debe buscarse en el factor hereditario. Otro de los grandes positivistas en materia penal, fue el insigne sociólogo italiano Enrico Ferri, para quien lo importante en el individuo no es tanto la herencia sino el uso que de ella haga y tal empleo está condicionado por el factor ambiental, por el medio social. Para Ferri el libre albedrío es ilusorio, porque la antropología criminal prueba que el delincuente no es un hombre normal; el aumento, disminuido y desaparición de los delitos depende, en su mayor parte, de razones distintas a las penas establecidas en los códigos y aplicadas por los magistrados; para él, la sanción no es sino

---

(10) Fausto Costa.—El Delito y la Pena en la Historia de la filosofía. Ed. Uteha. Pág. 197, México, 1953..

la reacción natural de la sociedad, pues si el individuo, carente de libertad, está fatalmente impelido a delinquir, la sociedad está, fatalmente también, impelida a defenderse. El tercero de los grandes positivistas en la disciplina penal, es, a no dudarlo, Rafael Garófalo, quien pretendió dar forma jurídica a las concepciones positivistas. Este pensador elaboró la conocida definición del **delito natural**, al expresar que es la violación de los sentimientos de piedad y de probidad poseídos por una población en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Garófalo distinguió entre delito natural y delito artificial o legal; el primero es un fenómeno de la naturaleza, similar a la caída de los cuerpos o al equilibrio de los líquidos, mientras el delito legal es creado por la ley, aun cuando intrínsecamente no deba ser considerado como delito, por no violar sentimiento alguno.

Otros muchos positivistas contribuyeron con su aporte al desarrollo de esta corriente, pero entre todos ellos se puede señalar como nota común, que el hombre actúa impulsado por fuerzas que no le es dable evitar, por carecer de voluntariedad, por no tener libertad de elección entre las varias posibilidades que se le presentan.

El Profesor Fernando Castellanos resume las características comunes del positivismo penal en los siguientes puntos: a) El problema central de la justicia penal es el delincuente, porque el delito es un síntoma revelador del estado peligroso; b) Sólo se acepta como científico lo que puede inducirse de la experiencia y de la observación (método experimental); c) La conducta humana está determinada por factores físico-biológicos, psíquicos y sociales; d) el delito es un fenómeno natural y social; e) la responsabilidad ya no es moral, sino social. Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse; f) La sanción es proporcional, no a la magnitud del delito, sino al estado peligroso; y g) la pena importa menos que las medidas de seguri-

dad, por ser de mayor interés la prevención que la represión del crimen. (11)

4.—NUESTRO PUNTO DE VISTA.—Creemos que en la actualidad es una verdad indiscutible, que la existencia misma del Derecho entraña la necesidad de la humana libertad. Si el Derecho está integrado por un conjunto de normas, es decir, de reglas que imponen obligaciones a los individuos, significa que éstos están en condiciones de acatar los postulados normativos o rechazarlos; si necesariamente, por imposibilidad natural, hubieran de seguir o desairar, en su caso, los imperativos de las normas para ellos formuladas, las mismas carecerían de sentido, pues no se explicaría dictar a los hombres rutas, si por su propia naturaleza no le fuera dable acatarlas o dejarlas incumplidas. En consecuencia, si estamos convencidos de la existencia y de la necesidad del Derecho para hacer posible la vida comunitaria, tenemos que convenir en que el hombre puede elegir entre las varias posibilidades que le depara la existencia y, por ende, su conducta no está predeterminada como pretendieron los positivistas. Sobre el particular el profesor Villalobos escribe: "Si los actos están determinados orgánicamente, si todos ellos no son sino una actividad refleja, incontrolable por el sujeto, no sólo es injusto e irracional el castigo, sino que todo el Derecho cae por su base, dada su específica naturaleza imperativa. ¿Cómo será posible que se ordene a un hombre que haga lo que no puede ejecutar o se le prohíba aquello a que tal vez esté predestinado? ¿Y cómo será posible justificar el castigo por que no haga lo que no puede hacer? ¿Cómo podría explicarse la responsabilidad o en qué consistiría ésta respecto de un hombre que no puede dejar de hacer lo que hace o viceversa? El mismo penalista mexicano indica que Ferri, que era hombre de capacidad innegable, pero de gran pasión polémica, creyó haber descubierto la solución del problema cuando afirmó que

---

(11) Cfr. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Pág., 64. 4a. Ed. Porrúa. 1960.

el hombre es imputable y por lo mismo responsable, por el hecho de vivir en sociedad. "Con esto acabó el maestro cantando victoria y colocando una lápida sobre la filosofía jurídica tradicional, con la inscripción **Delenda Carthago**". (12)

A nuestro entender, no es dable fincar la responsabilidad por el hecho de que el hombre viva en sociedad, a sabiendas de que no estuvo en posibilidad de dejar de realizar el hecho, pues si como afirman los positivistas deterministas, el individuo carece de libertad y sus actos constituyen verdaderos fenómenos de la naturaleza, de la misma entidad que la función clorofiliana, la digestión o la caída de los cuerpos, malamente puede exigirse en tales condiciones responsabilidad alguna. Indudablemente el único medio ambiente en donde se llevan al cabo nuestros actos, es la vida social; en tales condiciones, como expresa el profesor Villalobos, tal dato constituye un presupuesto de toda responsabilidad, pues sin sociedad no existiría el Derecho ni tendrían consecuencias jurídicas nuestros actos. Pero vivir en sociedad humana, no es sólo hallarse ocupando un lugar en el territorio o en el espacio en que otros habitan y se mueven, ni siquiera es participar de la protección y de los beneficios de una organización; la sociedad esencialmente radica en la comunidad de miras, en la suma de esfuerzos y de sacrificios para realizar el fin común; y ningún inconsciente o ningún ser privado de voluntad, puede admitirse que participe de tales supuestos. Por eso se ha dicho que la menor edad y las enfermedades mentales dejan en pie la capacidad pasiva de derecho, pero limitan o hacen desaparecer la capacidad activa y con ella toda responsabilidad que no sea meramente patrimonial y pueda ser administrada por otros. El demente no vive (plenamente) en sociedad y por eso, aún cuando pasivamente aprovecha la tutela y ayuda de sus semejantes, pasivamente también puede ser sometido a tratamientos curativos y a medidas de precaución o de seguridad, pero sin existir en él aquella capacidad activa por la

---

(12) Derecho Penal Mexicano, Pág. 62, 2a. Ed. Porrúa, 1960.

cual se pueda presumir *juris et jure*, como se hace respecto de todos los sujetos normales, que comparten el ideal específico y esencial de la sociedad, que se reconocen obligados a guardar las normas vitales de la misma y son responsables de su conservación y por su quebrantamiento. Responder es siempre asumir una obligación por sí o por otros; y el que no es capaz de comprender la organización social o la trascendencia de sus propios actos que pueden transgredir el orden indispensable, no pueden responder de nada ni se habla con propiedad si se dice que **está obligado** a sufrir las consecuencias; como no es obligación en la bestia o en los seres inanimados el constreñir su vida a los límites del jardín zoológico o el descansar la piedra o el muro sobre un puntal, cuando amenaza caer sobre los transeúntes o sobre bienes que pudieran ser dañados. El inconsciente no está obligado a las consecuencias de sus actos, sino que está en situación de sufrirlas. En este punto es equiparable la fiera salvaje al hombre anormal cuyas reacciones no se pueden controlar sino por el internamiento en un sanatorio y acaso por la camisa de fuerza; sin que una ni otra cosa sean medidas penales... Como secuela natural de todos estos pensamientos, el siguiente paso tuvo que ser agnóstico sobre la responsabilidad: no importa que sea o no responsable un procesado; lo que al juez debe preocupar es el peligro que ese hombre representa para el orden social. (13)

Finalmente queremos insistir en que para nosotros la responsabilidad penal se fundamenta, quiérase o no, en la posibilidad que tenemos de elegir entre los varios caminos que se nos presentan a cada instante. Ahora bien, como expresa Eugenio Cuello Calón, no puede menos de reconocerse que la creencia en el libre arbitrio y en la libertad moral inspiradora del sentimiento de responsabilidad en nuestra conducta, es una creencia útil a la colectividad y altamente beneficiosa su difusión entre las masas. El sentimiento de la responsabilidad moral es uno de los más sanos y elevados y

---

(13) Derecho Penal Mexicano, Pág. 63, 2ª. Ed. Porrúa, 1960.

por lo mismo debe mantenerse en el pueblo para el triunfo de la moralidad y de la justicia. Indica cómo el propio Garófalo afirmaba que el determinismo constituye una hipótesis a la cual se puede prestar adhesión filosófica, pero no podrá ser popular, lo cual es un bien, pues la conciencia del pueblo siempre considera a la virtud y a la bondad dignas de premio y al vicio y a la perfidia merecedores de castigo; arrancar dichos sentimientos del alma popular sería perjudicial, porque un código no puede prescindir del criterio de la responsabilidad moral, por estar hecho para el pueblo y no para los filósofos deterministas. (14)

Por supuesto, tampoco negamos la influencia en el hombre, de múltiples factores, mas ella opera en seres inteligentes y libres y no en cosas fatalmente sometidas a las leyes naturales.

---

(14) Derecho Penal, T. I. Pág. 296, 8a. Ed. Barcelona, 1947.

## **CAPITULO II**

### **LA EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD**

## **S U M A R I O :**

- 1.—Consecuencias de la responsabilidad y su relación con el delito.**
- 2.—Noción de las excluyentes.**
- 3.—Clasificación.**
- 4.—Comentario.**

1.—CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD.—Indudablemente al cometerse un delito, ipso facto se tiene obligación de responder del mismo ante el poder público, porque el delito es, a no dudarlo, un ataque al orden social indispensable para hacer llevadera la vida en común. La responsabilidad acarrea, por ende, en primer término la obligación de dar cuenta durante un proceso, del delito cometido y, una vez hecha la declaratoria respectiva, el merecimiento de las penas correspondientes. En consecuencia, sólo emerge la responsabilidad cuando el delito ha sido realizado. Por lo mismo, creemos necesario, en este mismo apartado, hacer referencia, someramente, al ilícito penal a fin de estar en condiciones de precisar cuáles son sus elementos y, posteriormente, analizar la desaparición de los mismos y, por consiguiente, la exclusión de responsabilidad.

Por supuesto, no todos los especialistas se han unificado con respecto a si es o no posible definir el delito en razón de sus elementos constitutivos, porque hay una corriente, muy seria por cierto, en el sentido de que el delito integra un todo y, por ende, no es dable escindirlo en factores diversos; otros, en cambio, sostienen que es indispensable analizar los elementos para poder entender el todo delictivo. Estas dos corrientes son denominadas: unitaria o totalizadora y analítica o atomizadora. De conformidad con el sistema unitario o totalizador, el delito es como un bloque monolítico y por lo mismo no es posible dividirlo; no se le puede rebanar,

según expresa textualmente Giuseppe Bettiol. (1) Francisco Antolisei indica que a su juicio está fuera de duda que el delito no ha de ser estudiado sólo sintéticamente, es decir, en su unidad y en las notas comunes que lo caracterizan, es necesario proceder al análisis del mismo; esto es, a la individualización y al examen de los elementos que lo constituyen. (2) Por nuestra parte consideramos que en efecto el único camino aceptable para un correcto conocimiento del delito, es el estudio de cada uno de los factores que lo conforman; resulta indiscutible que para tener noticia cierta de un todo, es preciso adentrarse en el análisis de cada una de sus partes constitutivas. En consecuencia, estamos convencidos de la bondad del método analítico o atomizador, que ha sido difundido ampliamente en México por el maestro Celestino Porte Petit. Ahora bien, no debe perderse de vista que el hecho de aceptar la descomposición del delito en elementos, no significa perder de vista la unidad del mismo. Resulta inútil pretender demostrar que el delito es uno y su división en factores tiene como objeto el conocimiento integral del mismo, más nunca establecer que en la realidad se va integrando poco a poco; antes bien, entre los elementos esenciales del delito sólo puede advertirse una indiscutible prelación lógica, por ser primero uno y después otro y así, sucesivamente, pero no se piense, pues sería erróneo, que el ilícito penal se va formando en el tiempo y en el espacio, habida cuenta de que entre los elementos constitutivos no hay prioridad temporal alguna sino, como hemos expresado, simplemente una prelación desde el ángulo puramente lógico. No necesita demostrarse que primeramente aparece la conducta (positiva o negativa) y sólo después, lógicamente, se matiza el comportamiento humano de los demás factores. Con relación al número de ellos, no hay unidad de pensamiento en la doctrina jurídico penal. Algunos especialistas sostienen que el delito se integra de determinado número de elementos, diversos al que afirman otros. Acaso la noción más com-

---

(1) Cfr. *Diritto Penale*, pág. 128, Palermo, 1945.

(2) Cfr. *Manuale di Diritto Penale*, pág. 143, 3a. Ed. 1955.

pleta la proporciona el maestro español Luis Jiménez de Asúa, en su conocida definición heptatómica, al expresar que el delito "es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían estas: actividad, adecuación típica, antijuricidad, imputabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad". (3)

De los factores anotados, como el propio maestro hispano acepta, desde luego la condicionalidad objetiva no siempre acompaña al delito; por otra parte, estamos convencidos de que tampoco pueden considerarse esenciales la imputabilidad y la punibilidad, como observaremos después. Por ahora úrgenos demostrar cuál es el orden lógico que deben seguir los elementos esenciales, es decir, la conducta, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Resulta evidente que el comportamiento humano, la conducta, es el primero de los elementos indispensables para la integración del ilícito penal. Con razón Ottorino Vannini sostiene que el delito es ante todo una acción u omisión que tienen lugar con conciencia y voluntad. (4) Sin el comportamiento del hombre no sólo no hay delito, sino que no es concebible problema jurídico alguno, habida cuenta de que el Derecho tiene como fin encauzar el comportamiento de los hombres en sociedad. Huelga decir que sólo interesa al Derecho Penal una actividad o abstención coincidentes con la previsión legislativa; el Estado, mediante los dispositivos penales, prohíbe u ordena determinadas acciones (u omisiones) humanas y sólo cuando el individuo no acata los postulados normativos, puede delinquir; en consecuencia, el segundo elemento esencial del delito ha de ser, de modo necesario, la **tipicidad**. Una vez que se ha dado un comportamiento coincidente con un tipo legal, emerge el tercer elemento, a saber: la **antijuricidad**.

---

(3) *La Ley y el Delito*, pág. 256, Ed. A. Bello, Caracas, 1945.

(4) *Manuale di Diritto Penale*, pág. 75, Firenze, 1947.

Como se verá oportunamente, este elemento del delito sólo deviene si existe antes la tipicidad; provisionalmente por antijuricidad entendemos la oposición objetiva con el Derecho, a reserva de ahondar sobre el particular, por tratarse de un factor de preponderante interés para el tema que nos hemos propuesto en este trabajo. Realizado un comportamiento típicamente antijurídico, no por ello puede afirmarse la comisión de un delito; es menester que ese comportamiento típicamente antijurídico se haya efectuado culpablemente, esto es, con conciencia y voluntad; luego la **culpabilidad** es el otro elemento indispensable para la integración del delito. Sin embargo, realiza el mismo papel la **imputabilidad**, que si bien desde un punto de vista estricto no puede ser considerada como elemento esencial del delito, sino como calidad del sujeto, y, en consecuencia, como un soporte, cimiento o presupuesto de la culpabilidad, su ausencia impide, como es natural, la integración del delito pues si el individuo carece de capacidad, jamás podrá ser culpable, del mismo modo que si en materia de derecho civil, los contratantes carecen de la capacidad requerida por la ley, no están en condiciones de efectuar válidamente el contrato. Como antes hemos externado, las **condiciones objetivas de penalidad**, según certeramente afirma el maestro Jiménez de Asúa, no constituyen elementos esenciales del delito, porque algunas veces son requeridas, pero no siempre; las condiciones objetivas de punibilidad son exigencias ocasionalmente exigidas por la ley para que pueda imponerse la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito. La **punibilidad**, a nuestro juicio, tampoco es elemento esencial del delito, sino un carácter del mismo, o mejor dicho, una consecuencia. Un acto es punible cuando merece la imposición de una pena y sólo existe tal merecimiento por la realización de un delito. Resumiendo lo dicho, podemos indicar que estamos de acuerdo con la definición tetratómica del Delito, sin desconocer que la imputabilidad es presupuesto necesario de la culpabilidad; que en ocasiones excepcionales el legislador requiere de algunas condiciones para que pueda imponerse la pena y también sin negar que la punibilidad es la característica que casi

siempre acompaña al delito, pero técnicamente nos parece más correcto aceptarla como consecuencia del crimen.

2.—NOCION DE LAS EXCLUYENTES.—“Las excluyentes de responsabilidad son, pues, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del Derecho Penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por tanto no produce la responsabilidad que es inherente al delito”. (5) Desde luego conviene indicar que el Código vigente en el Distrito y Territorios Federales emplea la denominación “Circunstancias excluyentes de responsabilidad”. El Proyecto de Código Penal Tipo, con mejor fortuna, emplea otra terminología: “Causas excluyentes de incriminación”.

En la Exposición de Motivos de la Parte General del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, se dice que la denominación ‘causas excluyentes de incriminación’, se adoptó con la finalidad de que en forma exhaustiva fueran recogidos los aspectos negativos del delito, pues la Comisión estimó otras expresiones utilizadas tanto en la doctrina como en los ordenamientos jurídico-penales, incapaces de satisfacer tal propósito. Se expresa igualmente que se tuvo en cuenta la conveniencia de no clasificar los casos de inexistencia de delito atendiendo a la ausencia de determinado elemento, porque se pensó que tal clasificación en la ley conduciría a serios peligros, a causa de la dificultad de limitar con exactitud la naturaleza de los aspectos negativos del delito, debiendo, por ende, dejarse al juzgador la determinación del aspecto negativo procedente en cada caso particular, con base en la doctrina. Más adelante se indica que al señalar el artículo 23 (del Proyecto) los casos de inexistencia del delito, se procuró enumerarlos tomando en consideración la prelación lógica que guardan los elementos del mismo; de tal manera que, en primer término, se hace referencia al aspecto negativo de la conducta (fracción I); inmediatamente después a las causas de licitud, comenzando con el con-

---

(5) Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 323 2a. Ed Porrúa, 1960.

sentimiento que funciona a veces como atipicidad (fracción II), y en seguida el ejercicio legítimo de un derecho (fracción III), legítima defensa y las presunciones de la misma (fracción IV). Después, el estado de necesidad que funciona en algunos casos como causa de inculpabilidad por inexigibilidad (fracción V); el cumplimiento de un deber legal (fracción VI); la obediencia legítima y jurídica, que puede originar en casos particulares otro aspecto negativo del delito (fracción VII), y el impedimento legítimo. Finalmente se incluyeron los casos de inexistencia del delito, correspondientes al aspecto negativo de la culpabilidad, el cual abarca las hipótesis que la originan como son: el error de hecho esencial e invencible (fracción IX) y la vis moral, que, en ocasiones, puede dar lugar a una causa de inimputabilidad (fracción X).

Desde luego es de hacerse notar que contrariamente a lo afirmado en la Exposición de Motivos, no es enteramente exacto que las excluyentes de incriminación reglamentadas en el Proyecto, recojan, en forma exhaustiva, los aspectos negativos del delito, pues en primer lugar no aparece reglamentada en forma específica, como es natural, la atipicidad, que es, a no dudarlo, un aspecto negativo del delito. No está reglamentada, porque sólo tiene interés para el Derecho Penal un comportamiento coincidente con un tipo legal; en consecuencia, no es posible establecer como una causa de incriminación específica la falta de adecuación del comportamiento al tipo, aún cuando esa falta de coincidencia traiga consigo la inexistencia del delito y, por consiguiente, no será responsable el individuo en las condiciones anotadas. No estamos censurando, pues, la ausencia de una excluyente por falta de tipicidad, sino únicamente lo que se afirma en la Exposición de Motivos, en el sentido de que se recogieron todos los aspectos negativos del delito. Por otra parte, más adelante, como ha quedado anotado, se indica que no fueron clasificados los casos de inexistencia del delito en función de la falta de determinado elemento; sin embargo, al hablar en la misma Exposición de la prelación lógica adoptada, se

indica que se procuró enumerar los casos de inexistencia del delito tomando en consideración la prelación lógica que guardan los elementos del mismo, de tal manera que en primer término aparece el aspecto negativo de la conducta, después el aspecto negativo de la antijuricidad, posteriormente los casos de inexistencia del delito correspondientes al aspecto negativo de la culpabilidad, lo cual entraña, a no dudarlo, una contradicción. (6)

El profesor Ignacio Villalobos explica cómo en los últimos tiempos, en forma impropia, siguiendo a Pessina, se ha dado en llamar a las excluyentes de responsabilidad **aspectos negativos del delito**. Señala cómo no es lo mismo el elemento de un todo que su aspecto, pues el elemento es todo aquello que concurre para la formación de un ente complejo, mientras el aspecto es una forma externa, una fisonomía o apariencia con que se presentan las cosas a los ojos del observador; ni el acto humano, indica, ni la antijuricidad o la culpabilidad son meras fachadas o estampas externas del delito. Dice textualmente que el hombre puede tener un aspecto sano o enfermizo, de alegría o de tristeza, de juventud o de vejez, pero mal se haría al querer llamar también "aspectos" suyos a la animalidad y a la racionalidad, a la sangre, los músculos, los huesos y los nervios que lo componen. Las excluyentes de responsabilidad, sigue explicando el maestro, son condiciones especiales, concurrentes a la realización de un hecho típico y que eliminan todo acto del acusado, o a la antijuricidad del suceso, o bien la culpabilidad en el agente, por lo cual tal evento no es delictuoso; no sigue existiendo un delito con distintos aspectos, lo cual confirma que la conducta humana, la antijuricidad y la culpabilidad son verdaderos factores, elementos integrantes del concepto jurídico "delito" y no simples aspectos del mismo. Si por falta de acto humano, de antijuricidad o de culpabilidad no hay delito, es impropio señalar tales ausencias como "aspectos negativos" pues un delito que no existe no puede

---

(6) Cfr. Exposición de Motivos. Revista Mexicana de Derecho Penal, No. 30, pág. 25, diciembre 1963.

tener aspectos positivos ni negativos, ni de ninguna otra especie. La impropiedad resulta tan graciosa, afirma textualmente, cuando se habla del aspecto negativo del acto o del aspecto negativo de la culpabilidad, para decir que no hay acto o no hay culpabilidad, que lo mismo podría suponerse si el indigente hablara con pompa y solemnidad del aspecto negativo de sus millones de pesos, o el ex-hacendado hablara del aspecto negativo de las fincas que le fueron expropiadas. Se olvida la diversidad de elementos existentes, de acuerdo con la naturaleza de cada cosa, pues las letras, las sílabas y su disposición en una palabra dan a ésta una diferenciación cualitativa y no meramente cuantitativa, sin dejar de ser sus elementos componentes; en la química se han distinguido siempre la mezcla, la suma y la combinación y así en el agua, aún cuando se pueda decir que es un todo "todo único" en que el oxígeno y el hidrógeno han dejado de ser partes que se suman o se agregan físicamente, oxígeno e hidrógeno siguen siendo elementos componentes del agua y no "aspectos", pues estos últimos, como algo externo y aparente, pueden ser de agua cristalina o turbia, azul o verde como se presenta en grandes masas, o bien incolora como se observa en una probeta; o acaso pueda aparecer clara y serena a los ojos del poeta, o encrespada y amenazadora, sin dejar de tener los mismos elementos de oxígeno e hidrógeno que la componen. En una pintura, finalmente, más que el lienzo y los materiales empleados se puede hablar de la inspiración, el colorido, la expresión como los verdaderos elementos que le dan valor como obra de arte. Sobre tales consideraciones hay que tener presente que deben estudiarse las excluyentes de responsabilidad sin confundir, seducidos por un fácil paralelismo, entre todas las notas que puedan encontrarse en el delito y su ausencia o eliminación. (7)

3.—CLASIFICACION.—La primera clasificación que podemos hacer de las excluyentes de responsabilidad, o como las llama con mejor técnica el Proyecto de Código Penal

---

(7) Cfr. Derecho Penal Mexicano, págs. 323 y 324, 2a. Ed. Porrúa, 1960.

Tipo, las causas de incriminación, es considerar unas enmarcadas en la ley y por lo mismo reciben el nombre de **legales**, mientras otras no se encuentran expresamente señaladas en los dispositivos correspondientes, pero de cualquier modo derivan de la ley; a éstas suele denominárseles **supra-legales**. Desde luego es censurable la terminología doctrinaria, porque hablar de **supralegalidad** a primera vista da la impresión de que se está trabajando fuera del campo del Derecho Positivo, cuando en realidad no es dable admitir excluyente alguna si no emana del Derecho legislado. Ocurre que para distinguirlas de las expresamente enumeradas en los códigos, ha dado en llamarles **supralegales**, pero sería más aceptable, como aconseja el profesor Fernando Castellanos, denominarles en otra forma, por ejemplo **excluyentes** no expresamente mencionadas en los códigos, o bien **eximentes tácitas**, o con cualquiera otra terminología similar, para evitar que pudiera pensarse en la aceptación de causas de incriminación no reglamentadas por el ordenamiento penal positivo. Lo cierto es que al lado de las causas de incriminación contenidas en el capítulo correspondiente de los códigos, indudablemente tienen que ser admitidas otras, si son concurrentes a la realización de un evento típico y hacen que éste no resulte delictuoso; no existiendo delito, seguramente no podrá exigirse responsabilidad alguna. De todos modos ya sería tarde para reformar la tradicional clasificación entre **eximentes legales y supralegales**.

Como **excluyentes legales** contenidas en el Proyecto de Código Penal Tipo, ya se ha dicho en otra parte cuáles son. No resulta ocioso repetir que en el artículo 23 se reglamenta, en primer término, la fuerza física irresistible o cualquier otro caso de ausencia de voluntad del agente; en segundo lugar, actuar con el consentimiento del titular del derecho cuando éste sea válidamente disponible, de acuerdo con la ley; el ejercicio legítimo de un derecho, que se reglamenta en la fracción III; la defensa legítima, regulada en la fracción IV, así como las presunciones de la defensa legítima; el estado de necesidad a que se contrae la frac-

ción V; el cumplimiento de un deber legal a que alude la fracción VI; la obediencia legítima y jerárquica de la VII; el impedimento legítimo o insuperable de la VIII; el error de hecho esencial o invencible que se advierte en la fracción IX y, la contenida en la fracción X referente a la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente. Por otra parte, en el artículo 26 se indica que no son imputables quienes padezcan trastornos mental transitorio originado por cualquier causa, no producido dolosa o culposamente por el agente, y a virtud del trastorno no haya podido apreciar el carácter ilícito de su conducta o inhibir sus impulsos delictivos. En la Fracción II del mismo precepto se considera como causa de inimputabilidad la alienación mental. En consecuencia, de esta enumeración conclúyese que las excluyentes legales son la fuerza física irresistible o cualquier caso de ausencia de voluntad del agente, que afecta, a no dudarlo, el primer elemento del delito, es decir, la conducta. También el consentimiento del ofendido cuando sea válidamente disponible, de acuerdo con la ley, que puede dar lugar en ocasiones a una causa de justificación. El ejercicio legítimo de un derecho, la defensa legítima, un caso de estado necesario, el cumplimiento de un deber, en ocasiones la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo, afecta el elemento antijuricidad. El error esencial de hecho invencible y la conducta realizada bajo la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente, afectan, sin duda, la culpabilidad.

De acuerdo con el mandato constitucional contenido en el artículo 14, sólo es posible que el Derecho Penal sancione una conducta coincidente con un tipo legal. Por ende, al juspenalista sólo importa el comportamiento típico, por lo que sale sobrando hablar de excluyentes por atipicidad, pues debe sobreentenderse que si el evento no encuadra en un tipo legal, carece de interés para el Derecho represivo. En consecuencia, de acuerdo con el Proyecto de Código Penal Tipo, existen excluyentes por falta de conducta, por ausencia de antijuricidad, por faltar, en ciertos casos, la imputabilidad del agente y por ausencia de culpabilidad.

Ahora bien, las excluyentes supralegales pueden reconocer igual clasificación, pues dígallo o no la ley en el capítulo de las eximentes, cualquier factor suficientemente fuerte para eliminar un elemento esencial del delito, o para demostrar la inimputabilidad del sujeto activo, será capaz de impedir la aparición del delito y no existiendo éste, indudablemente no habrá por qué exigir responsabilidad al sujeto. Sin embargo, debe hacerse una salvedad, referente a la antijuricidad, la cual no puede ser eliminada por ningún factor extraído indirectamente de los preceptos penales, sino que, como la creación de lo antijurídico es de naturaleza formal, por ser en los tipos legales en donde el Estado establece los mandatos y prohibiciones indispensables para la creación y conservación misma del orden en la vida gregaria, para eliminar esa antijuricidad se requiere otra disposición del mismo género. Lo antijurídico, formalmente al menos, no se extrae mediante interpretación alguna de los preceptos penales, sino ellos mismos se encargan de precisar cuando el comportamiento está prohibido y, por exclusión, será lícito el permitido. Sobre el particular el profesor Ignacio Villalobos textualmente dice: "La enumeración que las leyes hacen de las causas que excluyen la responsabilidad no es restrictiva, pues cualquier otra condición o circunstancia no prevista pero que elimine alguno de los elementos del delito, hará desaparecer éste y, con él, la responsabilidad de su autor, excepción hecha de las excluyentes de antijuricidad que no pueden producir efecto sin una declaración o un reconocimiento legal, como luego veremos. Por eso es errado, en nuestro sistema, pensar que por su no inclusión en el catálogo de la ley, algunos estados de incapacidad jurídica, como la enajenación mental, no eliminar la responsabilidad y quienes los presentan deben ser procesados, tomárseles declaración, sujetarles (puerilmente) a careos y practicar otras diligencias que resultarían jocosas si se pudiera prescindir de su dramaticidad, para coronar semejantes actuaciones con una sentencia que imponga una medida (administrativa) de seguridad... Sin salirse de la regla según la cual toda excluyente se produce por la des-

aparición de uno de los elementos del delito, hay que recordar que en los sistemas liberales en que rige el principio **nullum crimen sine lege**, toda antijuricidad se descompone en un contenido material o sociológico de oposición al orden o de inconveniencia para la vida colectiva (contenido que a veces sólo se presume en una prohibición de la ley), y una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuricidad formal y que no puede ser eliminada sino por otra manifestación del mismo género legal. Esta antijuricidad formal o esta declaración de la ley, que va implícita en el tipo aunque no es la tipicidad misma, no puede ser destruída sino por otra declaración legal, de suerte que, aún cuando imagináramos la desaparición del contenido material de antijuricidad en un acto, éste continuará siendo antijurídico **formalmente** mientras la ley no admitiera y declarase, formalmente también, aquella desaparición de la antijuricidad, subsistiendo con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el tipo. La eliminación total (material y formal) de la antijuricidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito. El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal alguno; se trata de puras esencias que, al desintegrarse por la influencia de circunstancias o condiciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente factor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuya favor milita esa especialidad; pero el factor de antijuricidad penal, que siempre debe ser declarado por la ley y que a veces aún es creado por ella, existe y se mantiene, al menos formalmente, aún cuando desde sus orígenes carezca de verdadero contenido de antisocialidad; o cuando teniendo tal contenido desaparezca éste por causas especiales mientras la misma ley no modifique su declaración primitiva o señale la causa que pueda anular sus efectos. Resumiendo podemos repetir con firmeza que, mencionadas o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el

reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal. Es posible y jurídico hablar de eximentes supralegales por falta de acto, de imputabilidad o de culpabilidad, pero no por falta de antijuricidad porque para quedar eliminado este factor, que lleva consigo un elemento formal, se necesita un asentimiento del mismo género, esto es, una declaración expresa hecha por la ley sobre la condición o la causa especial que pueda dejar sin efecto la determinación anterior sobre ilicitud del acto típico". (8)

En consecuencia, las llamadas excluyentes supralegales sólo pueden ser clasificadas en eximentes por falta de conducta, excluyentes de imputabilidad y causas de inculpabilidad, pues según ha quedado demostrado, no es dable admitir causas excluyentes de incriminación supralegales por ausencia de antijuricidad, habida cuenta del carácter formal de dicha antijuricidad, cuya desaparición técnicamente ha de ser expresa, es decir, señalada específicamente por la ley para que pueda eliminar los efectos de la antijuricidad creada también formalmente en los tipos legales.

4.—COMENTARIO.—A pesar de la observación o crítica en el capítulo anterior con relación a un aspecto de la sistemática seguida en el Proyecto de Código Penal Tipo sobre las causas excluyentes de incriminación, consideramos que la técnica de dicho intento legislativo supera, con mucho, la del ordenamiento de 1931 vigente en el Distrito y Territorios Federales en materia común y en toda la República en la federal. Desde luego no sólo la terminología es superior, sino la reglamentación misma de las causas eliminatorias de la responsabilidad. Como dato importante parece necesaria señalar que en forma expresa se incluye el consentimiento del ofendido, así como el error de hecho esencial o invencible y también la coacción sobre la voluntad. A continuación haremos breve referencia a cada una de las

---

(8) Derecho Penal Mexicano, pág. 325 y ss. 2a. Ed. Porrúa, 1960.

causas excluyentes de incriminación reguladas en el Proyecto, a excepción, por supuesto, de las justificantes, por constituir el tema central de nuestro trabajo y requerir de un estudio amplio en otro apartado especial.

a) **Excluyentes por ausencia de conducta.**—De acuerdo con la fracción I del artículo 23, son excluyentes de incriminación, entre otras, “Violar la ley penal por fuerza física irresistible, o en cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente”. Esta fracción, en su primera parte, reglamenta la vis absoluta, o fuerza física irresistible. No es lo mismo la fuerza física que la mayor, pues mientras la primera proviene del hombre, la segunda deriva de las fuerzas de la naturaleza. Sobre el particular el profesor Marcial Flores Reyes escribe: “. . . se diferencian en que, en la primera, el inculpado es instrumento de un tercero sobre el cual éste ejerce su voluntad, mientras en la fuerza mayor no existe ninguna energía humana, sino derivada de la naturaleza o de los animales. La violencia moral o vis compulsiva, representa la constricción que un mal grave o inminente ejerce sobre el espíritu humano violentando sus determinaciones. El individuo que ejecuta un hecho delictivo en esta situación, no se considera culpable, porque su voluntad no alcanza a determinarse libremente”. (9) De acuerdo con la anterior transcripción, no sólo ha de ser distinguida la vis absoluta o fuerza física irresistible de la vis mayor, sino también de la fuerza moral o vis compulsiva. Además de la vis absoluta, en la última parte de la fracción I del artículo 23, con singular acierto, el Proyecto de Código Penal Tipo permite encuadrar como ausencia de conducta todo caso en donde no exista voluntad en el sujeto, pues es bien sabido que la conducta consiste en el actuar humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a una finalidad; si no existe, sino aparentemente, la voluntad, pero en verdad el sujeto no quiso el acto o la omisión, no hay posibilidad de incriminarlo, porque en realidad no ejecutó un comportamien-

---

(9) Vis Absoluta, pág. 86, México, 1960.

to en el sentido valorativo del Derecho. En consecuencia, merece todo encomio la fórmula del Proyecto por permitir la inclusión, en la frase que dice "cualquier otro caso en que haya ausencia de voluntad del agente", a los movimientos reflejos, al sueño, al hipnotismo y al sonambulismo.

b) **Excluyentes por falta de imputabilidad.**—Desde luego el Proyecto de Código Penal Tipo considera que los ciegos y sordomudos pueden ser inimputables, pero acertadamente el artículo 25 dispone: "En los casos de delitos cometidos por personas que padezcan sordomudez o ceguera, se estará a lo dispuesto en los artículos 70 ó 72, según proceda a juicio del Juez". Por su parte el artículo 70 preceptúa: "La internación a que se refiere el artículo 38, se aplicará en los casos previstos por la ley y durará todo el tiempo que se requiera para el tratamiento. Con autorización del facultativo será sometido el interno, a régimen de trabajo y quedará sujeto a lo que prescriba la Ley de Ejecución de Sanciones.—Cuando durante el curso del proceso o después de dictada la sentencia, el reo sufre de alienación mental, el juez ordenará la internación a que se refiere el artículo 38". Por su parte el 72 dice: "Si el juez estimare que no es procedente la internación en los casos a que se refiere el artículo 25, podrá aplicar sanción de tres días de prisión hasta el máximo de la señalada para el delito cometido". Por ende, como indicábamos antes, no siempre son inimputables los ciegos y sordomudos, pues si a juicio del órgano jurisdiccional se trata de personas, no obstante su enfermedad, capacitadas para entender y querer, en vez del tratamiento se les aplicará la prisión señalada, lo cual constituye un adelanto, a diferencia de lo que dispone sobre el particular el artículo 67 del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales. No resulta ocioso destacar que el artículo 38, relativo a la internación, establece que ella consiste en someter a tratamiento, en un establecimiento adecuado y bajo la vigilancia de la autoridad, a quienes lo requieran conforme a las disposiciones del propio Proyecto y que hubieren realizado conductas o hechos tipificados como delitos.

Otra causa de inimputabilidad regulada en el Proyecto de Código Penal Tipo, además de los casos de sordomudez y ceguera, son los trastornos mentales transitorios y también la alienación mental. Dice el artículo 26 que no son imputables: "I.—Los que padezcan trastorno mental transitorio originado por cualquier causa, que no sea producida dolosa o culposamente por el agente, y a virtud del trastorno no haya podido apreciar el carácter ilícito de su conducta o inhibir sus impulsos delictivos.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, si el sujeto requiere tratamiento se estará a lo dispuesto en el artículo 70.

II.—Los que padezcan alienación mental, quienes deberán ser sometidos al tratamiento a que se refiere el artículo 70".

Desde luego es elogiable la fórmula de la fracción I del artículo 26, relativa a los trastornos mentales transitorios, pues en primer término no habla, como lo hace el Código en vigor, de estados de inconciencia y tampoco alude a las causas del trastorno, sino únicamente exige que exista dicho trastorno, pero acertadamente agrega que el mismo no sea provocado dolosa o culposamente por el agente, sino que a virtud de esa situación, no haya podido apreciar el carácter ilícito de su conducta o podido inhibir sus impulsos delictivos. Es también plausible que en el último párrafo de la misma fracción se diga que no obstante la situación de inimputabilidad, si el individuo requiere tratamiento, se estará a lo dispuesto en el artículo 70.

Igualmente la fórmula de los trastornos mentales permanentes es digna de alabanza, habida cuenta de que francamente establece la inimputabilidad de dichos sujetos, evitando los problemas a que ha dado lugar la aplicación del artículo 68 de la ley de 1931 en vigor.

Por otra parte, el Proyecto, sin expresar si los menores de edad son imputables o inimputables, establece en el artículo 107 que quienes no hayan cumplido 16 años y reali-

cen conductas o hechos considerados por la ley como delitos, serán sometidos a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales y a las normas de procedimiento. En el artículo siguiente, es decir en el 108, se expresa que el régimen penitenciario especial relativo a los delincuentes de 16 a 21 años, será señalado por la Ley de Ejecución de Sanciones. Sólo queremos comentar que a diferencia de lo que ocurre en la legislación vigente, el Proyecto de Código Penal Tipo no establece como edad penal los 18 años, sino 16, según se ha expresado, lo cual entraña una ventaja, porque en los últimos tiempos se ha visto un gran aumento en la delincuencia juvenil.

**c) Excluyentes de incriminación por inculpabilidad.—** En la fracción IX del artículo 23 del Proyecto se establece como excluyente: "Obrar por error de hecho esencial o invencible..." La fracción X dice: "Realizar la conducta bajo la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente".

Ya antes demostramos que la culpabilidad constituye un elemento esencial del delito. Sobre la base de que el individuo posee, al tiempo de la acción (o de la omisión) la necesaria capacidad para entender y para querer en el campo del Derecho Penal, es menester verificar si al realizar el evento típicamente antijurídico, conoció lo que hizo y lo quiso; sólo entonces emerge la culpabilidad, como el coronamiento de los elementos esenciales integradores del ilícito penal. En la antijuricidad existe una estimación o ponderación objetiva entre el hecho típico realizado y el Derecho, mientras en la culpabilidad se aprecia la rebeldía del sujeto con el Derecho. Con acierto Ernesto Von Beling sostiene que por medio del juicio de valor según el cual una acción es antijurídica, se caracteriza solamente la fase externa, el comportamiento corporal, como contradicción al orden jurídico; pero la verificación de que alguien ha actuado culpablemente, constituye un juicio valorativo sobre

la fase interna (espiritual o subjetiva de la acción). (10) Ahora bien, no es dable definir la culpabilidad sin antes tomar partido por alguna de las dos principales corrientes que pretenden adentrarse en su naturaleza jurídica, es decir: psicologismo y normativismo. Según la doctrina psicológica de la culpabilidad, este elemento del delito es considerado como la relación subjetiva entre el autor y el hecho punible y como tal, dice el profesor Luis Fernández Doblado, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor con el objeto de investigar concretamente cuál ha sido la conducta psicológica guardada por el sujeto en relación al resultado objetivamente delictuoso. (11) Según el normativismo, dice el mismo especialista mexicano, la culpabilidad no es solamente una simple liga psicológica existente entre el autor y el hecho, ni se debe ver sólo en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en un juicio de reproche de ese contenido psicológico; la culpabilidad, considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. (12) En función, pues, de las dos corrientes sobre la esencia misma de la culpabilidad, no es extraño que la noción de dicho elemento del delito sea diferente y de singular trascendencia para determinar el correspondiente factor negativo. El maestro Ignacio Villalobos define genéricamente la culpabilidad, como el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos en la culpa. (13) La definición del maestro mexicano acabado de citar, encuadra en la corriente psicologista, mientras la del penalista Luis Jiménez de Asúa, es necesariamente norma-

---

(10) Cfr. Esquema de Derecho Penal, pág. 30, Buenos Aires, 1944.

(11) Cfr. Culpabilidad y Error, pág. 24, México, 1950.

(12) Cfr. Culpabilidad y Error, pág. 24, México, 1950.

(13) Cfr. Derecho Penal Mexicano, pág. 272, 2ª. Ed. Porrúa, 1960.

tivista, toda vez que para él la culpabilidad es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. (14)

Ahora bien, pasando al factor negativo, de acuerdo con la doctrina psicologista, llenan el campo de las inculpabilidades el **error y la coacción sobre la voluntad**, mientras de acuerdo con la corriente psicologista las inculpabilidades están constituidas por el mismo **error** (por supuesto bajo ciertas condiciones) y la **no exigibilidad de otra conducta**. El Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, francamente se afilia al normativismo; en consecuencia, sigue la tendencia moderna, única capaz de dar solución a innúmeros problemas, habida cuenta de que si la culpabilidad es un elemento del delito y éste sólo es concebible en función del Derecho, toda doctrina para estudiar la culpabilidad en su esencia, habrá de ser, naturalmente, normativa; en cambio, los psicologistas se encierran en el campo de la psicología, olvidando que no es posible, sin salir del mismo campo, dar solución a las cuestiones relacionadas con el Derecho.

En consecuencia, las excluyentes de responsabilidad por no aparición de la culpabilidad, tienen que ser, por supuesto, el **error y la no exigibilidad de otra conducta**. Pero no todo error resulta eficaz para excluir de responsabilidad a quien bajo los efectos del mismo ha realizado una conducta típicamente antijurídica; el error ha de ser de hecho, es decir, no con relación a la apreciación de la norma, sino sin duda consistente en un equivocado concepto del hecho que se realiza; por otra parte, debe ser esencial, de consideración, porque si no es esencial, quiere decir que el sujeto estuvo en posibilidad de salir de él y posiblemente se configure el delito, al menos en grado culposo o imprudencial. Expresa Ottorino Vannini que es esencial el error cuando recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir, la relación del hecho realizado con el formu-

---

(14) Cfr. La Ley y el Delito, pág. 444, Caracas, 1945.

lado abstractamente en el precepto penal. (15) Por su parte Antolisei considera esencial al error cuando recae sobre uno o más de los elementos requeridos para la existencia misma del delito. (16) Es una verdadera novedad encontrar en el Proyecto de Código Penal Tipo, destacada en forma expresa, la excluyente de responsabilidad por error, a diferencia de lo que ocurre en el Código vigente en el Distrito y Territorios Federales. Como antes dijimos, el artículo 23 en su fracción IX considera como eximente obrar por error de hecho esencial o invencible. En esta amplia fórmula pueden incluirse todas las hipótesis en las cuales el sujeto realiza un comportamiento típicamente antijurídico, pero encontrándose ante un error de consideración; en este caso se hallan las llamadas excluyentes putativas, según las cuales el individuo considera que en realidad al actuar obra protegido por una justificante, ya sea legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, impedimento legítimo o en una hipótesis de obediencia jerárquica (cuando ésta se equipara al cumplimiento de un deber), pero en verdad no ampara a su conducta justificación alguna, sino que su creencia se debe a un error esencial, insuperable, invencible. En consecuencia, su conducta no es reprochable, porque el Estado no puede exigirle un comportamiento distinto, en función de que cualquier individuo que se encontrara ante el mismo error insuperable, hubiera actuado en idéntica forma.

Al lado del error esencial de hecho, que como hemos expresado repetidamente, es captado destacadamente en el Proyecto, también completa las inculpabilidades la institución denominada **no exigibilidad de otra conducta**. La no exigibilidad no se encuentra regulada expresamente en el artículo 23 del Proyecto, pero en la Exposición de Motivos se hace referencia a la misma, y, sin duda, constituye la esencia de varias eximentes a que se refiere el multicitado artículo 23. Desde luego, constituye el fundamento del estado

---

(15) Cfr. Manuale di Diritto Penale, pág. 99, Firenze, 1947.

(16) Cfr. Manuale di Diritto Penale, pág. 210, 3a. Ed. 1955.

de necesidad cuando los bienes en conflicto son del mismo valor. Si los bienes son desiguales y se sacrifica el de menor entidad para salvar el de mayor valía, opera una causa de justificación, pero si el sujeto que salva un bien destruye otro de la misma entidad, actúa ante una inexigibilidad, porque no le es dable al Estado requerir del individuo una actuación distinta. También una hipótesis de la obediencia legítima y jerárquica de la fracción VII puede encontrar como raíz o fundamento la no exigibilidad de otra conducta, si el inferior obedece ante la amenaza de sufrir graves consecuencias, no obstante tener noticia cierta de que se le ha ordenado algo delictuoso, porque en tales condiciones no se puede exigir una actuación diferente. También puede basarse en la no exigibilidad de otra conducta un caso del impedimento insuperable contemplado por la fracción VII, ya que la fracción no solamente habla del impedimento legítimo, sino también del insuperable; en este último caso, tampoco es posible requerir de la persona un comportamiento diverso. Destacadamente se dice en la fracción X que es excluyente realizar la conducta bajo la amenaza de un mal inevitable, grave e inminente. Aquí se aprecia, en el fondo, la moderna institución de la no exigibilidad de otra conducta. En la Parte Especial del Código, o mejor dicho, del Proyecto de Código, se encuentran algunos casos de inexigibilidad, entre ellos el aborto causado por culpa sin previsión de la mujer embarazada (artículo 290); el aborto cuando el embarazo sea resultado de una violación (artículo 291); el encubrimiento entre parientes y allegados captado en el capítulo relativo a los delitos contra la administración pública y ultrajes a la autoridad y a las insignias nacionales; se exime de sanción a quien oculte al responsable de un delito o los objetos, efectos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, tratándose de ascendientes, descendientes consaguíneos, afines o por adopción, del cónyuge, concubino y pariente colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo y también de quienes estén ligados con el delin-

cuenta por amor, respeto, gratitud, o estrecha amistad. Tanto en la eximente contenida en el artículo 291, como en el 172, se advierten inculpabilidades por no serle dable al poder público exigir del sujeto realizador de la conducta descrita en los consiguientes tipos, un comportamiento distinto al realizado. Sea dicho, de paso, que las fórmulas respectivas son más técnicas que las que se leen en el Código Penal de 1931.

## **CAPITULO III**

# **FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION**

## SUMARIO

- 1.—La antijuricidad.
- 2.—Generalidades sobre la razón de ser de las justificantes.
- 3.—Ausencia de interés.
- 4.—Interés preponderante.
- 5.—Nuestro punto de vista.

5

1.—LA ANTIJURICIDAD.—En el Derecho Penal, expresa el penalista alemán Edmundo Mezger, una acción es prohibida o no prohibida y, por tanto conforme a Derecho o **antijurídica**. No hay una zona intermedia integrada por un **actuar jurídicamente indiferente**. La existencia de tal zona intermedia se ha afirmado en algunas ocasiones por ciertos autores, pero no puede pretender que se le conceda relevancia jurídico-penal alguna. Cuando el carácter injusto del acto se halla excluido, falta a la acción la característica de anti-juricidad, bien se la designe como “no prohibida”, o expresamente como acción “que se realiza en virtud de un derecho”, o, incluso como acción “exigida” impuesta por el ordenamiento jurídico. Por ello no existe una diferencia de importancia entre antijuricidad e injusto por una parte, y entre causas que excluyen la antijuricidad (o el injusto) y causas de justificación, por otra. Ambos términos se emplean como sinónimos. El juicio en donde se afirma que la acción contradice al Derecho, al ordenamiento jurídico, a las normas del Derecho, la caracteriza adjetivamente como acción o antijurídica. (1)

En realidad, es debatido el concepto de antijuricidad. En términos simplistas se define como lo contrario a Derecho, aún cuando como expresan los especialistas, tal aseveración es tautológica, habida cuenta de que en la palabra misma de antijuricidad se está indicando la contradicción a lo jurídico, al Derecho mismo. El jurista alemán Carlos Bin-

---

(1) Cfr. Tratado de Derecho Penal, T. I. pág. 338, Madrid 1955.

ding considera que el delito propiamente no viola la ley penal, antes bien la realiza. Para él el delito no contradice la ley, al contrario, la conducta delictiva se ajusta a lo establecido en la ley, pero en cambio infringe la norma que informa la creación legislativa. (2) Para el pensador germano Ernesto Mayer, con base en antecedentes del Derecho Romano, pero seguramente influido por las ideas de Binding, la antijuricidad tiene un contenido específico, concreto. Para este autor, la antijuricidad es la contradicción a las normas de cultura, pero no a todas, sino a las normas culturales reconocidas por el Estado; las normas culturales comprenden costumbres, valoraciones medias, sentimientos patrios, religiosos, etc. (3)

El profesor Fernando Castellanos, haciendo la crítica a las tesis de Binding y de Mayer, sostiene que lo antijurídico aparece aun cuando no se contradigan las normas; tal ocurre si se infringe un precepto jurídico no correspondiente al modo de sentir de la colectividad (violaciones a una ley anti-religiosa en un pueblo eminentemente creyente). Por otra parte, indica, si la antijuricidad según Mayer consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado y no a todas, la antijuricidad no es otra cosa sino oposición objetiva al Derecho, sin ser exacto que toda conducta antijurídica viole normas; puede haber actos **formalmente** antijurídicos que no infringen los valores colectivos. Lo que ocurre es que Binding y Mayer presintieron el doble contenido de la antijuricidad: **formal y material**. (4) El maestro Ignacio Villalobos sobre el particular escribe: "El Derecho Penal no se limita a imponer penas; como guardian del orden público es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse y, por eso, es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo subs-

---

(2) Citado por Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. pág. 480. Ed. A. Bello, Caracas, 1945.

(3) Citado por Castellanos. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 169, 4a. Ed. Porrúa, 1967.

(4) Cfr. Lineamientos, pág. 169, 4a. Ed. Porrúa, 1967.

tancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la Ley conmina con una sanción a los homicidas y a los ladrones debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno cumple con la ley o se ajusta a ella". (5)

Consideramos que siendo única la antijuricidad, oposición al Derecho, al realizarse el comportamiento descrito en el tipo viola, por una parte, la formalidad de la ley y, por otra, los valores o los bienes jurídicamente tutelados; toda ley contiene inmersa una norma protectora de ciertos bienes que en un momento histórico dado se consideran indispensables para hacer realidad la vida comunitaria. Eso no significa repetimos, que existan dos antijuricidades, sino que al realizarse el comportamiento descrito en el tipo, al amoldarse a este, quiere decir que se infringe el mandato o la prohibición y, como toda ley tiene siempre un contenido de fondo, material, tal contenido es precisamente el vulnerado con la realización del acto (o de la omisión) descrito típicamente.

**2.—GENERALIDADES SOBRE LA RAZON DE SER DE LAS JUSTIFICANTES.**—Normalmente al realizarse el comportamiento descrito en abstracto en la fórmula legislativa, debía tenerse como matizado de antijuricidad, por ser en los tipos penales en donde el legislador de la materia establece los mandatos y las prohibiciones que ha juzgado necesario para mantener el orden social; sin embargo, en ocasiones excepcionales, el propio legislador establece casos en los cuales es permitido ejecutar el comportamiento típico y al permitirlo, indudablemente no emerge la antijuricidad. En tales condiciones se actúa conforme a Derecho. Ahora bien, como en otra parte hemos pretendido demostrar, las justificantes son causas de justificación no pueden ser supralegales, sino expresamente señaladas en el ordenamiento jurídico, a virtud de que lo antijurídico, al menos en su aspecto formal, es creación del Derecho y por lo mismo requiérese de otra

---

(5) Derecho Penal Mexicano, pág. 196, 2a. Ed. Porrúa, 1960.

declaración de la misma naturaleza, es decir, también formal, para neutralizar la antijuricidad descrita en el tipo. Por ende expusimos antes que no es dable admitir las excluyentes de responsabilidad por afectar la antijuricidad, a menos que se encuentren específicamente determinadas en la ley. En consecuencia, urge indagar cual es la razón por la que el Estado elimina ocasionalmente la antijuricidad que en forma general establece en los tipos penales.

Si hemos dicho que la esencia misma de la antijuricidad radica en vulnerar los intereses que el Estado tutela, indudablemente cuando no existe interés por proteger, el comportamiento, aún cuando se amolde al descrito abstractamente en el tipo, carecerá de contenido antijurídico; lo propio podemos afirmar cuando existiendo dos intereses y habida cuenta de las circunstancias concurrentes, no le es dable al Estado hacer que ambos subsistan y, en consecuencia, para evitar la destrucción de los dos, permite o faculta que se afecte uno, con tal de salvar el de mayor rango. En consecuencia, como expersa la doctrina, dos son las razones por las cuales se crean en las leyes las justificaciones o causas de justificación, a saber: cuando hay ausencia de interés o bien, cuando impera el principio del interés preponderante.

3.—AUSENCIA DE INTERES.—En ocasiones el interés público normativo tiende a proteger un interés privado del cual puede disponer a su criterio el particular titular del mismo (ejercicio de una libertad individual, disposición de bienes por parte de su propietario en los casos en que la ley no lo prohíba, etc.) Cuando el sujeto titular de esos derechos otorga el consentimiento para que se vulneren, en ese instante queda ausente el interés estatal por protegerlos. En las condiciones apuntadas, la ausencia de interés hace que el comportamiento no sea ilícito, sino permitido y, por ende, la ausencia de interés en función del consentimiento del titular, realiza las funciones de una verdadera causa de justificación impeditiva de que aparezca la antijuricidad de comportamiento típico. Para el penalista alemán Edmundo Mezger las justificantes por ausencia de interés, pueden

operar con base en el consentimiento del interesado, o bien en el consentimiento presunto. (6)

Por supuesto, cuando la conducta descrita en el tipo sólo come éste si se realiza sin la anuencia del sujeto pasivo, el consentimiento operará no como causa de justificación, sino como una atipicidad, porque no habrá adecuación de la conducta a la norma respectiva, si requiere que la acción o la omisión se lleven al cabo en ausencia del consentimiento de la víctima. Por ello expresa Porte Petit que el consentimiento del ofendido realiza una doble función, pues origina a veces una causa de atipicidad y otras una de justificación. Si el tipo exige una conducta contra la voluntad del sujeto pasivo, la prestación del consentimiento impedirá la adecuación al tipo. (7) También Francisco Antoliseis sostiene el mismo criterio indica que cuando la falta del consentimiento es requerida para la existencia de una determinada figura delictiva, prestándose tal consentimiento, el hecho no se conforma al tipo; en otros casos, expresa, el consentimiento cumple una función diversa, pues reuniéndose los presupuestos exigidos en una forma incriminadora particular, el efecto de la voluntad del titular impide la punibilidad del hecho, porque el consentimiento en tales casos elimina la ilicitud y, por lo mismo, constituye una verdadera causa de justificación. (8)

El fundamento de la eficacia del consentimiento, expresa el penalista argentino Sebastián Soler, está entre los bienes jurídicos a los cuales la tutela se refiere; son bienes jurídicos (objetos de tutela) en cuanto el particular los considera y trata como valiosos, de modo que al otorgar permiso para su destrucción, ellos se tornan inidóneos como objetos de una violación jurídica, ya que no son protegidos por su materialidad por el Derecho, sino en cuanto son objeto de interés de parte del privado. Por eso el consentimiento, dentro

---

(6) Cfr. Tratado de Derecho Penal, T. I. pág. 410, Madrid, 1955.

(7) Cfr. Programa de la Parte General del Derecho Penal, pág. 384, 1a. Ed. UNAM.

(8) Cfr. Manuel di Diritto Penale, pág. 112, Milano, 1947.

de su esfera de validez, quita al acto consentido su contenido de ilicitud en un aspecto objetivo, de modo que puede decirse que la acción no es delito, ya porque el sujeto no lesiona a nadie y usa del amplísimo derecho de hacer lo no prohibido, como lo entienden Grisigni y Carnelutti, ya porque ello constituya un caso típico de exclusión de la ilicitud, conforme al principio de la carencia de interés de parte del Estado, como lo dice Mezger. Esta razón del instituto es lo que nos determina a aceptar la nomenclatura propuesta por Carnelutti, y no llamar **ofendido** al sujeto pasivo de esta acción, pues contra él no hay ofensa: *volenti non sit injuria*. Es simplemente el interesado. (9)

Sobre el consentimiento del interesado, en la Exposición de Motivos de la Parte General del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, se lee: "Con el consentimiento del interesado se entra en el campo de las causas de licitud y la Comisión Redactora tuvo en cuenta oportunamente que el consentimiento opera, para otros, en ciertos casos, como una hipótesis de no conformidad o adecuación al tipo, cuando éste requiere o exija para su integración 'aún contra la voluntad' del sujeto pasivo del delito. Es natural que la antijuricidad no puede exigir si por parte del interesado hay una ausencia de interés' o, en otros términos, un consentimiento expreso o tácito, pero también es evidente que tal consentimiento debe recaer sobre bienes de los cuales el sujeto pueda disponer válidamente". (10)

4.—INTERES PREPONDERANTE.—El principio del interés social preponderante, expresa el penalista Mariano Jiménez Huerta, es de consecuencias fecundas en el estudio de las causas que impiden el nacimiento de la antijuricidad, pues la licitud de la conducta que lesiona un interés humano al propio tiempo que consagra otro de superior valor —por no encerrar ofensa alguna para los ideales valorativos de la comunidad—, tiene que ser siempre proclamado. El mismo

---

(9) Cfr. Derecho Penal Argentino, T. I. pág. 373, TEA, 1953.

(10) Revista Mexicana de Derecho Penal, pág. 26, No. 30, Diciembre de 1963.

especialista sostiene que como el Derecho es, ante todo, ciencia valorativa, cumple a su fin hallar solución justa a estos conflictos (se refiere a los casos que están desprovistos de ofensa alguna para los ideales valorativos de la comunidad) cuando se hace imposible proteger todos los intereses con idéntica energía e igual prioridad de rango. La solución, dice el citado maestro, no puede ser otra que proclamar la supremacía del interés que en cada situación alcanza mayor jerarquía, y aceptar la lesión de aquellos que en ese instante revisten inferior rango. (11) El profesor Castellanos escribe: "Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso) el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho, una hipótesis de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo". (12)

5.—NUESTRO PUNTO DE VISTA.—Concretando lo anteriormente expuesto, estamos de acuerdo con la doctrina que afirma que dos son las razones por las cuales el legislador da vida a las causas de exclusión del injusto, a saber: la ausencia de interés o el interés preponderante. Ya hemos explicado con anterioridad que la ausencia de interés puede eliminar la antijuricidad en aquellos casos en los cuales el titular del interés pueda válida y libremente disponer del mismo y además, cuando en el tipo legal no se haga referencia, para comarse, a la realización del comportamiento contra la voluntad del sujeto pasivo. De lo contrario, como también ha quedado ya expuesto, operaría no una causa de licitud, sino una de atipicidad, habida cuenta de que cuando la ley requiere el comportamiento contra o en ausencia del consentimiento del titular, al dar su conformidad dicho titular, no existiría adecuación de la conducta al tipo. En la mayor parte de las causas de justificación campea el principio del

(11) Cfr. *La Antijuricidad*, pág. 193, México, 1952.

(12) *Líneamientos*, pág. 175, 4a. Ed. Porrúa, 1967.

interés preponderante pues el Estado, ante la imposibilidad de proteger la subsistencia de dos intereses en conflicto, permite que se sacrifique el de menor entidad para salvaguardar el de mayor jerarquía. Indudablemente el Estado está obligado a procurar, por todos los medios a su alcance, la conservación de todos los intereses, pero ante circunstancias excepcionales que ello sea imposible, no tiene otro recurso sino facultar al titular del bien mayor para salvarlo, aun con detrimento del de menor entidad, evitando así el daño mayor.

## **CAPITULO IV**

### **LAS JUSTIFICANTES EN PARTICULAR**

## **S U M A R I O :**

- 1.—Excluyentes por consentimiento del titular.
- 2.—Ejercicio legítimo de un derecho.
- 3.—Legítima defensa.
- 4.—Estado necesario.
- 5.—Cumplimiento de un deber.
- 6.—Obediencia jerárquica.
- 7.—Impedimento legítimo.

**1.—EXCLUYENTES POR CONSENTIMIENTO DEL TITULAR.**—El Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, insistimos, consagra las causas excluyentes de incriminación en el artículo 23 (capítulo III). En ese precepto se anotan, por supuesto, las causas de justificación al lado de las otras excluyentes. En el presente apartado estudiaremos únicamente las justificantes, por constituir su análisis el objeto de este ensayo.

La fracción II del artículo 23 preceptúa: “actuar con el consentimiento del titular del derecho en los casos en que éste sea válidamente disponible, de acuerdo con la ley”. Como en otra parte hemos indicado, el consentimiento del ofendido, o para emplear una terminología más exacta, el consentimiento del titular del derecho, puede operar como causa de justificación, pero únicamente en los casos en los cuales el tipo no contenga una especial antijuricidad, pues si la descepción legislativa expresamente señala que el comportamiento ha de realizarse contra la voluntad del titular, sin su anuencia, sin su conformidad, etc., en estas hipótesis el otorgamiento del consentimiento por parte del titular del derecho entraña, a no dudarlo, no una causa de justificación, sino un verdadero caso de atipicidad, por ausencia de la especial antijuricidad. Por ello, insistimos, la justificación sólo emerge si el tipo no contiene una especial antijuricidad (por supuesto, tratándose de bienes disponibles). Aun cuando el titular del derecho consienta en que se realice el acto típico, como en otra parte ha quedado demostrado, no operará justificación alguna, a menos de que se trate de un interés privado —del cual pueda libre-

mente hacer uso su titular, habida cuenta de que el interés social radica, precisamente, en la protección de un interés privado; pero sería absurdo imaginar que una persona pudiera consentir y su consentimiento resultara relevante, para que se le privara de la vida o se le lesionara, porque ni la vida ni la salud son bienes disponibles. Hecha esta aclaración, debemos ahora sí referirnos expresamente a la fórmula de la fracción II del artículo 23. Desde luego entraña una novedad, por no advertirse una reclamación similar en el ordenamiento en vigor. Sobre el particular los redactores del Proyecto de 1963 expresan que después de hacerse referencia en el artículo 23 al aspecto negativo de la conducta (fracción I), se alude inmediatamente a las causas de ilicitud, comenzando con el consentimiento que funciona a veces como atipicidad. (1) La exclusión a que se refiere la comentada fracción II permite incluir innumerables casos en los cuales el titular del derecho (suponiendo, por supuesto, que no exista especial antijuricidad en el tipo) consienta o en cualquier forma manifieste su voluntad respecto a la realización de comportamiento por parte de otro, siempre y cuando dicha conducta se realice sobre bienes disponibles de los que legalmente pueda hacer uso su titular. En consecuencia, resulta rica en consecuencias prácticas la repetida fracción II, por lo cual el Proyecto de Código Penal Tipo merece, en este aspecto, todos los elogios posibles. Huelga repetir que las excluyentes que pueden hacerse valer con base en dicha fracción, tienen como fundamento, repetimos, la ausencia de interés para el Estado en proteger un bien del que ya ha hecho uso su titular, cuando ello le fuere permitido.

2.—EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO.—En la fracción III del artículo 23 del Proyecto, se lee: “Obrar en ejercicio legítimo de un Derecho”.—Merece encomio que la mencionada fracción contenga la palabra **legítimo**, para evitar así que pudiera pensarse, a la ligera, que es lícito obrar ejercitando un derecho no emanado de la ley, sino,

---

(1) Cfr. Exposición de Motivos. Revista Mexicana de Derecho Penal. Pág. 25 No. 30, Dbre. 1963.

por ejemplo, de alguna norma moral o religiosa. Con la expresa inclusión del vocablo de referencia, se evitan los problemas a que puede dar lugar una incorrecta interpretación. Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley autoriza, dice el penalista Mariano Jiménez Huerta, no comete acción antijurídica alguna, aun cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el Derecho protege... la expresión **derecho** ha de ser interpretada en su significación estrictamente positiva, esto es, facultad o poder otorgado por el orden jurídico vigente; nunca como emanación de la razón pura, a la manera de un *quid* absoluto e ideal desprendido de *jus naturae*, en tanto el mismo no esté reconocido expresamente por el ordenamiento positivo... entra en juego para decidir sobre la licitud de la conducta enjuiciada la totalidad del ordenamiento vigente, pues tanto el Derecho Público —derechos públicos subjetivos individuales— como el Derecho Privado —derechos privados subjetivos— establecen en favor del individuo inúmeras y concretas facultades por las que lícitamente puede discurrir su actividad personal. (2)

Por supuesto, en la fracción a estudio quedan inmersos todos los derechos emanados de una norma jurídica. Con acierto afirma el maestro antes citado, es decir, don Mariano Jiménez Huerta (refiriéndose a esta excluyente en el Código en vigor), deben admitirse todos los casos en los cuales el sujeto actúa en ejercicio de un derecho oriundo de la ley, aunque no en ella consignado. Así, por ejemplo, las acciones ejecutadas en virtud de un permiso, concesión o autorización, otorgadas conforme a Derecho dentro del círculo de su competencia por las autoridades correspondientes, no pueden ser en forma alguna antijurídicas, pues implican el ejercicio de un derecho; pero no puede desconocerse que el derecho que ejercita el sujeto que actúa, aunque oriundo de la ley, no está consignado en ella, pues surge de un acto

---

(2) Cfr. La Antijuricidad, Pág. 208 y ss. México, 1952.

administrativo creador de un derecho subjetivo individualizado. (3)

Ahora bien, no resulta ocioso destacar que en la amplia fórmula de la fracción que comentamos, pueden incluirse casi todas las causas de justificación, pues también obrar en legítima defensa entraña comportarse ejercitando un derecho y lo mismo puede afirmarse de los correspondientes casos del estado de necesidad; otras justificantes, en cambio, en un sentido genérico, quedarían inmersas en el cumplimiento de un deber; de todos modos, en las legislaciones se destaca en fórmula aparte el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho y también la defensa legítima, el estado necesario, el impedimento legítimo y las hipótesis relativas de obediencia jerárquica.

En la amplia y bien reglamentada fórmula de la fracción III del artículo 23, caben desde luego las discutidas situaciones de las lesiones cometidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir; el homicidio y las lesiones en los deportes y también las lesiones consecutivas a tratamientos médico-quirúrgicos y estéticos. Debe hacerse notar que de estos casos el Código en vigor en el Distrito y Territorios Federales sólo reglamenta el que se refiere al ejercicio del derecho de corregir. El Proyecto de 1963 suprimió la fórmula correspondiente. En las condiciones apuntadas, debe entenderse que todos los casos quedan inmersos en la fracción III del multicitado artículo 23. Sin embargo, con referencia específica al ejercicio del derecho de corregir, conviene anotar que en el artículo 276 del Proyecto se dice: "Si el ofendido fuere ascendiente, descendiente, cónyuge o concubino del autor de las lesiones y éstas fueren causadas dolosamente, se aumentarán hasta dos años de prisión a la sanción que corresponderá con arreglo a los artículos precedentes". No obstante este dispositivo, consideramos que si las lesiones se causan a un descendiente, pero precisamente en ejercicio del derecho de corregir, como el comportamiento es lícito

---

(3) Cfr. *La Antijuricidad*, Págs 210 y ss. México, 1952.

to. y no constituye delito, no habrá por qué aplicar pena alguna. Hemos juzgado oportuno hacer alusión al artículo 276 transcrito, porque pudiera pensarse, a primera vista, que estableciéndose en forma clara en el Código una penalidad agravada por el que causa lesiones a un descendiente (entre otros casos), el Proyecto no acepta la licitud de las lesiones inferidas con motivo del derecho de corregir, pero ya hemos explicado que a nuestro juicio creyó innecesario la Comisión Redactora seguir la misma casuística del Código de 1931, porque en la causa excluyente de incriminación de la multicitada fracción III, pueden contenerse todas las hipótesis.

3.—LEGITIMA DEFENSA.—La fracción IV del artículo 23, en el párrafo primero, establece: "Obrar en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, contra un peligro actual o inminente, que no se pueda evitar, derivado de una agresión injusta, siempre que la defensa sea proporcionada y no haya provocación suficiente por parte del que se defiende o del defendido". La redacción del párrafo transcrito es merecedora de encomio, habida cuenta de que, en primer lugar, si se le compara con la de la fracción III del artículo 15 del Código vigente, evita el casuismo. El ordenamiento en vigor expresa que no es legítima la defensa si se prueba que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella; si previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; si no existió la necesidad racional del medio empleado en la defensa, o si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable por otros medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el causado por la defensa; en cambio, el Proyecto de 1963 limitase a establecer cuando opera la defensa legítima. Por otra parte, claramente establece que puede haber legítima defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, sin necesidad de hablar, como lo hace el ordenamiento vigente, de la propia persona o los bienes de la persona o bienes de otro, etc. En el intento legislativo de 1963, genéricamente, con razón, se habla de defensa de bienes jurídicos propios o aje-

nos, por lo que cualquier bien de esa naturaleza puede ser amparado mediante la defensa legítima; también habla de que el peligro que amenaza tales bienes sea actual o inminente, es decir, presente o muy próximo o cercano; la imposibilidad de evitarlo es una fórmula útil, para que no se haga un uso extremadamente amplio de la justificante. También se alude a que la defensa ha de ser proporcionada y que no haya provocación suficiente por parte del que la usa o de un tercero en cuyo favor se emplea.

Ahora bien, habiéndose puesto de relieve la excelencia de la sistemática seguida en la defensa legítima en el Proyecto de 1963, conviene destacar que en ella campea, al igual que en todas las justificantes (a excepción de las relativas al consentimiento del titular del derecho) el principio del interés preponderante. Los ordenamientos jurídicos reconocen la realidad de situaciones en las cuales es necesaria la salvaguarda de intereses vitales de notoria importancia; por ello crea en favor de los hombres que en tales situaciones se encuentran, especiales derechos de necesidad; la extraordinaria importancia que reviste la existencia y ejercicio de estos derechos y, sobre todo, su reconocimiento y consagración por la ley penal, motiva que la licitud derivada de esos derechos aparezca desgajada del tronco común —**ejercicio de un derecho**— para adquirir propia autonomía en dos importantísimos institutos penales: la legítima defensa y el estado de necesidad. (4)

Hemos dicho antes que al igual que en las otras causas de justificación, en la defensa legítima campea el principio del interés preponderante, más no se piense, por que resultaría erróneo, que los bienes han de medirse friamente, por ejemplo, una vida en comparación con otra vida. Estimamos con el profesor Castellanos Tena, que la vida o la integridad personal del agresor debe medirse frente al interés por mantener incólume el orden público, la paz pública y todo

---

(4) En este sentido Mariano Jiménez Huerta. Pág. 248.

cuanto tienda a crear y conservar el orden social. En las condiciones apuntadas, resulta de mayor rango el interés social por el orden y la paz, que la excepcional posibilidad de causar la muerte o algún daño a quien injustamente se lanza contra ese orden público.

El Proyecto de 1963 en el párrafo segundo de la fracción IV del citado artículo 23 preceptúa: "Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes, así como entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor". En el párrafo correspondiente del artículo 15 del Código de 1931 se lee: "Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor". Adviértase que en el Proyecto queda suprimida la referencia temporal, pues no se exige, para quedar favorecido por la presunción, que los hechos tengan lugar de noche, por lo que debe entenderse que la presunción puede hacerse valer aun cuando el rechazo ocurra durante el día.

En el penúltimo párrafo de la fracción IV del artículo 23 se dice: "Igual presunción favorecerá a quien causare cualquier daño a un intruso que sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier 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, siempre que la presencia del extraño revele la probabilidad de una agresión". El párrafo correlativo de la fracción III del artículo 15 del Código vigente en el Distrito y Territorios Federales expresa: "Igual presunción favorecerá al 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, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión". La única diferencia advertida, consiste en que mientras el Código vigente insiste en la referencia temporal, al hablar de nocturnidad, el Proyecto legislativo de 1963 no contiene tal exigencia; por otra parte, mientras en la ley vigente se habla de posibilidad de una agresión, en el Proyecto de 1963 se sustituye la palabra **posibilidad** por **probabilidad**.

Es de hacerse notar que el Proyecto de Código Penal Tipo no reglamenta, a diferencia del de 1931, el exceso con relación exclusiva a la defensa legítima, sino a todas las causas de justificación, pues si todas ellas poseen idéntica naturaleza, indudablemente el exceso debe operar en todas ellas. El Proyecto de Código Penal Tipo en el artículo 65, dentro del Título Sexto, referente a la aplicación de sanciones establece: "al que se excediere en los límites señalados en las fracciones II, III, IV, V, VI y VII del artículo 23, se le impondrán prisión de tres días a cinco años y multa de cien a tres mil pesos, sin que en ningún caso la sanción pueda exceder de los dos tercios de la que correspondería al delito doloso". Esta innovación hace indispensable elogiar el Proyecto sobre el particular, habida cuenta de que no existe razón técnica alguna para limitar el exceso a la defensa legítima, pues de acuerdo con la doctrina lo mismo opera en dicha justificante que en las otras; en consecuencia, no resulta ocioso insistir en la bondad del Proyecto al referirse en el mencionado artículo 65 al exceso en todas las justificantes. Para evitar repeticiones, no aludiremos en todas ellas, a esta cuestión, que es general a dichas causas excluyentes de incriminación, eliminatorias del elemento anti-juricidad. Bástenos con decir que el exceso consiste en la innecesaria intensificación de la actividad tendiente, bien a repeler una agresión, a conservar un bien de rango mayor ante la imposibilidad de su coexistencia con otro de menor

entidad, a sobrepasar los límites en el cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un derecho, en el obrar con consentimiento del titular, o en la obediencia jerárquica, en su caso.

Como comentario general a la reglamentación de la defensa legítima en el Proyecto de 1963, consideramos conveniente anotar que además de haber pretendido, con éxito, evitar el casuismo, se emplea una terminología más técnica y algunas modificaciones, si se compara dicha reglamentación con la de la ley de 1931, entrañan mayor liberalidad para la operancia de la justificante a estudio. Con razón el filósofo Luis Recaséns Siches, al comentar la defensa legítima en el Proyecto de 1963, manifiesta que la justificante se redactó en términos absolutamente generales, capaces de cubrir todos los bienes jurídicos, es decir, cualquier bien jurídico; añade que se refiere no sólo a bienes jurídicos propios, sino también a los ajenos; insiste en que la legítima defensa, de acuerdo con el Proyecto, permite ejercitarse no sólo contra una agresión presente, sino también contra un peligro; y respecto de ese peligro, no únicamente contra un peligro actual, sino también inminente. (5)

4.—ESTADO NECESARIO.—La fracción V del artículo 23 del Proyecto, dispone: "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". Antes de relacionar esta fracción con la correspondiente del Código de 1931 en vigor, conviene establecer que en ella se incluyen dos diversas causas excluyentes de incriminación, a saber: una de justificación y otra de inculpabilidad. En el estado necesario requiere, para hacer lícito el comportamiento, que el bien salvado sea superior al sacrificado. Si los bienes en conflicto son del mismo rango, puede operar una causa de incriminación de na-

---

(5) Comentarios. Revista Mexicana de Derecho Penal, Pág. 17 No. 31, enero de 1964.

turalidad diversa, es decir, una excluyente de culpabilidad, porque entonces no campea el principio del interés preponderante. Sólo cuando se sacrifica un bien menor frente a la salvación de uno de mayor entidad, el Estado puede justificar el comportamiento, pues únicamente en estos casos impera el repetido principio del interés preponderante; ante la imposibilidad de hacer subsistir los dos bienes, se opta por el mal menor, facultando al titular del bien de mayor rango, para sacrificar el otro; de lo contrario el comportamiento resulta objetivamente antijurídico, aun cuando no culpable, por no ser dable al propio Estado exigir al sujeto un comportamiento diverso. Ahora bien, en términos generales, cuando se sacrifica un bien notoriamente mayor para conservar uno menor, salvo situaciones especiales de inculpabilidad o de excusas absolutorias, se configurará el delito, porque no puede el orden público permitir el egoísmo. Ciertamente en la valuación de los bienes a veces existen situaciones verdaderamente difíciles; si tales bienes son de la misma naturaleza el problema se simplifica, pero cuando son de diversa índole, no es posible establecer comparaciones objetivas. Por ello los autores consideran que en esos casos hay que atender no tanto al valor intrínseco, pues ello sería imposible, por no ser dable comparar dos bienes de naturaleza diversa, sino que debe acudirse entonces al valor social preponderante.

Sobre la base de que el estado necesario sólo emerge como causa de justificación cuando el bien sacrificado es inferior al que se conserva, debemos hacer notar cómo en el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento en vigor en el Distrito y Territorios Federales, se hace especial referencia a la proporcionalidad de los bienes, ya que en la fracción V que antes ha quedado transcrita, se habla de lesionar otro bien jurídico de igual o de menor valor. Por supuesto, cuando el sacrificio recae en un bien de igual valor al salvado, deviene una inculpabilidad y solo se configura una justificante, insistimos, si el bien sacrificado es de menor cuantía. En el Código de 1931 no se hace referencia alguna a la proporcio-

nalidad de los bienes en conflicto. En la fracción, IV del artículo 15 del Código en vigor se lee: "El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista medio practicable y menos perjudicial. No se considerará que obra en estado de necesidad aquel que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro". Con referencia al estado de necesidad en el Código en vigor, el profesor Mariano Jiménez Huerta escribe: "La existencia de un único precepto que, aunque de gran amplitud,, ha de aplicarse a situaciones cuyo valor jurídico es tan diverso, lleva a consecuencias insatisfactorias por estar notoriamente divorciadas de la lógica jurídica, pues queda en la mayor imprecisión el efecto y alcance que en cada caso concreto tiene para el orden jurídico la situación enjuiciada. Sólo un minucioso y atinado examen de cada situación de hecho para poder precisar su trascendencia jurídica, puede paliar la excesiva amplitud de la ley, aunque aún así siempre quedarán problemas sin solución lógica". (6)

En resumen, podemos afirmar que la fórmula que se contempla sobre el estado de necesidad del Proyecto de 1963 posee innúmeros aciertos. En primer término, como se ha antes señalado, se hace la distinción entre el valor de los bienes en conflicto y únicamente se configurará el estado de necesidad (como justificante o como causa de inculpabilidad), cuando el bien salvado sea igual o mayor que el sacrificado. Otra excelencia de la reglamentación radica en la especial mención a que el estado mismo de necesidad no haya sido procurado por el agente, sino que quedará justificando el comportamiento si quien pretende ampararse con la eximente, provocó ese estado. El profesor Villalobos considera que no basta hacer referencia a que no haya sido causado el estado de necesidad por quien pretende beneficiarse

---

(6) La Antijuricidad, Págs. 323 y 324, México 1952

con el mismo; es menester hacer alusión a que el sujeto no haya encaminado su intención a la provocación de dicho estado para prepararse la impunidad, haciendo surgir un peligro contra el cual actúa después, habida cuenta de que muchas veces el individuo puede haber provocado el estado de necesidad y sin embargo encontrar para su conducta la justificación; como ejemplo cita el mencionado profesor, el caso de quien al ir al taller o al laboratorio cierra tras de sí el candado para asegurar la puerta, siguiendo la fuerza de la costumbre, pero advierte después que olvidó la llave; suponiendo que el sitio se encuentre aislado y sea imposible tratar de llamar la atención en otra forma, se ve en la necesidad de forzar la cerradura o romper la puerta; ¿habría Tribunal, pregunta el maestro, capaz de condenar por este daño en propiedad ajena, desconociendo la excluyente de responsabilidad, por haber provocado el individuo el estado de necesidad? De acuerdo con este criterio, hubiera sido deseable que la fórmula se completara como lo indica el profesor Villalobos. En verdad asiste razón al mencionado jurista penalista, quien agrega que no es dable negar la justificante por estado necesario, verbigracia al sujeto que lo provocó, por entrar a robar a un comercio y después se encuentre envuelto de improviso en un incendio no previsible; no podría ser acusado de allanamiento de morada si sale con toda la gente que se encuentra en el almacén por la casa contigua, a menos que nuevamente se cayera en el antiguo error que hacia responsables a los hombres de cuanto pudiera ocurrir mientras actuaban en algo lícito; indiscutiblemente dicho sujeto provocó el estado de necesidad, por lo que a él corresponde, al introducirse al edificio en que nada tenía que hacer lícitamente. Pero aun cuando se creara en forma directa y dolosa el peligro como en el caso del comerciante que prende fuego a sus existencias para cobrar el seguro, si después se ve amenazado por las llamas, indudablemente el estado de necesidad sobrevino fuera de su previsión y de su voluntad, pero los medios que usa para salvarse deben admitirse como justificados, pues únicamente con criterios bárbaros puede sostenerse que tal incendiario, caído en su propia trampa, carecería de

justificación para romper una puerta o una vidriera de propiedad ajena que le impidiera el paso. Sería preciso separar los hechos y abrir proceso por el delito de que fue causa física y psíquica, no por lo demás, pero sin olvidar, para la clasificación exacta del caso, la posibilidad de la existencia de un dolo indeterminado o eventual, de imprudencia o de culpa sobre las consecuencias del acto, y la capacidad del juez para regular la pena por el incendio en atención a todos los elementos subjetivos y objetivos y a todas las circunstancias concurrentes. (7)

De todos modos, aun cuando fuera de desearse la complementación de la fórmula, ésta, como hemos dicho, entraña múltiples aciertos. Otro de ellos radica en la exigencia de la proporcionalidad del peligro y también en el requisito de que el individuo no tuviere el deber jurídico de afrontar tal peligro, lo cual implica una mejoría respecto a la fórmula empleada en el último párrafo de la fracción IV del artículo, 15 que se refiere a que no se considerará que obra en estado necesario quien por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro; la redacción de la justificante en el proyecto, en esta parte, es menos confusa.

No resulta inútil insistir en que no creemos necesario hablar del estado de necesidad como causa excluyente de culpabilidad, por no ser objeto de estudio en el presente ensayo, sino únicamente las causas de justificación.

5.—CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.—La fracción VI del artículo 23 del Proyecto de 1963 preceptúa: "Obrar en cumplimiento de un deber legal".—En primer lugar debe decirse que el Proyecto de Código Penal Tipo, a diferencia del Código en vigor, reglamenta en forma separada el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho; en cambio, en la legislación en vigor, la fracción V del artículo 15 establece como excluyente de responsabilidad: "Obrar en cumplimiento de un deber, o en ejercicio de un derecho consignados en la ley". La fórmula advertida en la fracción VI

---

(7) Cfr. Derecho Penal Mexicano, Pág. 376 2a. Ed. Porrúa 1960.

del Proyecto es encomiable, habida cuenta de que precisa de que se trate de un deber legal, con lo cual debe proscribirse todo deber de índole diversa.

La naturaleza de esta eximente como justificante es indiscutible. Indudablemente dice Pessina, no hay derecho contra derecho y por eso desde el momento en que un acto ha sido pedido por el Derecho, esto es, consentido o mandado por él, no puede constituir una negación del mismo Derecho. Por su parte Garraud considera que si una ley no debe ser ejecutada, ello es tan absurdo como ver un delito en la ejecución de la propia ley. Esta cuestión resulta tan evidente, que es casi superfluo expresarla en un Código si no es per abundantiam juris. (8) Por su parte Francisco Antolisei expresa que las órdenes de las autoridades deben ser formal y substancialmente legítimas, es decir, encontrar su apoyo en la ley. (9) Por supuesto, en esta justificante como en las otras, aparece nuevamente el principio fundamentador, es decir, el principio del interés preponderante, porque está más interesada la colectividad en que se cumplan los deberes impuestos por las normas jurídicas, que en la remota posibilidad de que al ejecutarlos, se realice un hecho penalmente tipificado. Con razón el penalista venezolano José Rafael Mendoza estima que desde muy antiguo no se consideró delictuoso el comportamiento consistente en ejecutar los mandatos de la ley. Agrega que en Roma era lícito matar a un individuo condenado, a un desertor, etc.; informa cómo el Derecho Canónico mantuvo igual principio al no castigar a quien diera muerte a otro cumpliendo con su deber. Cumple un deber, sigue diciendo el penalista mencionado, el particular que aprehende a un delincuente sorprendido en el momento de ejecutar el delito, porque procede conforme a la facultad legal correspondiente; en tales condiciones la privación de libertad resulta lícita. (10)

---

(8) Cfr. Citados por J. Rafael Mendoza, Curso de Derecho Penal Venezolano, T. II Pág. 67 Caracas, 1961.

(9) Cfr. Manuale di Diritto Penale, Pág. 107, Milano, 1947.

(10) Cfr. Curso de Derecho Penal Venezolano, Pág. 253. T. II Caracas, 1961.

Claro está que analizando la cuestión con mayor profundidad, deben separarse los deberes inherentes a una función pública, de los impuestos a los particulares. Indudablemente en razón del cargo desempeñado, el empleado o funcionario debe cumplir determinadas obligaciones impuestas por la ley. Sobre el particular existen innumerables ejemplos; puede citarse, entre otros, el caso del empleado sanitario que al cumplir las disposiciones legales correspondientes, da muerte a animales ajenos enfermos; indiscutiblemente no puede ser su comportamiento antijurídico, porque aun tipificándose alguna figura delictiva, su comportamiento resulta perfectamente lícito, en virtud de que el Estado debe proteger el interés mayor, evitando la propagación de enfermedades o los daños que el animal enfermo directamente pudiera ocasionar; cede el interés particular al orden público. Pero también, como antes hemos manifestado, la ley impone deberes a los particulares y el cumplimiento de los mismos impide la aparición de la ilicitud de la conducta. No actúa en forma antijurídica la persona que al ser llamada a declarar como testigo relata hechos que pudieran perjudicar la reputación de un tercero, porque el artículo 182 del Código Penal vigente en el Distrito y Territorios Federales sanciona penalmente el incumplimiento de tal obligación.

6.—OBEDIENCIA JERARQUICA.—El artículo 23 del Proyecto de Código Penal Tipo, en su fracción VII expresa: "Obrar por obediencia legítima y jerárquica".—Nos parece diáfana la fórmula empleada en el Proyecto, no sólo por su brevedad, sino porque expresa claramente que la obediencia sea legítima y jerárquica, es decir, con base en la ley y emanada de un superior. En la fracción VII del artículo 15 del Código en vigor se lee: "Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esa circunstancia no es notoria, ni se prueba que el acusado la conocía". La sola lectura de la excluyente en ambos ordenamientos, permite apreciar la bondad del Proyecto de Código Penal Tipo, habida cuenta de que en el de 1931 innecesariamente se alude a que el mandato constituya un delito, pues sólo tiene sentido hablar de causas excluyentes de

incriminación, supuesta la realización de un hecho penalmente tipificado; además, al indicar la fracción VII del artículo 15 del Código de 1931 que es menester, para operar la excluyente, que no sea notorio que el mandato constituya un delito, es inconveniente, porque en ocasiones el inferior, aun conociendo la delictuosidad del mandato, está ciegamente obligado a obedecerlo en los casos precisamente en que la excluyente toma el carácter de causa de justificación, por equipararse al cumplimiento de un deber.

Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de la obediencia jerárquica no existe unidad de criterio entre los especialistas. El propio Proyecto de Código Penal Tipo admite que no es posible ubicarla únicamente como causa de justificación, pues en la Exposición de Motivos se indica textualmente: "La obediencia legítima y jerárquica se encuentra incluida en la fracción VII, la que puede originar, según los casos, no solamente una causa de justificación sino de inculpabilidad. Es decir, la Comisión no desconoce que esta hipótesis ha sido objeto de variada catalogación en la doctrina, pues los especialistas en la materia le atribuyen un doble carácter: causa de licitud o de inculpabilidad. En consecuencia, con el deseo de evitar problemas de interpretación que en ocasiones hacen difícil la aplicación de la ley o crean una vacilante jurisprudencia, se optó por la fórmula antes indicada, para salvar cuestiones doctrinarias y permitir al juez decidir cuando el agente debía obedecer". (11)

Sobre la naturaleza de esta excluyente, el penalista José Rafael Mendoza informa que hasta 1915 en que Ernesto Mayer publicó su Tratado de Derecho Penal, la obediencia legítima se había colocado entre las causas de justificación, pero después de la opinión de Mayer se modificó el concepto y naturaleza de esta eximente, estimándose correctamente como una causa de inculpabilidad derivada de un error de hecho, porque el acto ejecutado en virtud de un mandat.

---

(11) Exposición de Motivos de la Parte General. Revista Mexicana de Derecho Penal, Págs. 28 y 29, No. 30, Dbre. de 1963.

debido es injusto. (12) Lo cierto es, que, a nuestro juicio, en ocasiones la obediencia jerárquica integra una verdadera justificante, en tanto otras una causa de inculpabilidad, como se acepta en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal tipo de 1963. Ocurre que con relación a esta causa de incriminación pueden estudiarse varios casos. Si el subordinado tiene la facultad de inspección sobre el mandato superior y sabe que se le ordena un hecho delictivo y a pesar de tal conocimiento ejecuta el mandato, su comportamiento deviene delictuoso, porque válidamente podía negarse a acatarlo; resulta indiscutible que tanto el superior como el inferior están obligados a obedecer la ley y, en consecuencia, si el subordinado, sabedor del carácter delictuoso de la orden, la obedece, cometerá delito. También puede suceder que el inferior que tenga también poder de inspección sobre la orden la obedezca a pesar de entrañar la comisión de un delito, pero en virtud de un error esencial de hecho, insuperable; es decir, a su juicio el mandato es lícito y por ello obedece; en este caso su comportamiento indudablemente estará matizado de ilicitud, pero no constituirá delito por no aparecer la culpabilidad, ya que en las condiciones apuntadas, al Estado no le es dable exigir un comportamiento diverso, pues cualquier persona, en idéntica situación, incurriría en el mismo error. Igualmente puede configurarse una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, si el inferior, aun cuando tenga la facultad de inspeccionar el mandato y conociendo la ilicitud del mismo, lo acata, pero en virtud de un temor fundado de sufrir consecuencias de gran consideración; en este caso tampoco puede el poder público exigirle una conducta diferente; adviértase que no estamos en esta hipótesis frente a una causa de justificación, sino ante una inculpabilidad por inexigibilidad. Por último, la obediencia jerárquica emerge como causa de justificación en forma indiscutible, cuando se equipara al cumplimiento de un deber, esto es, cuando el Estado impone al inferior la indiscutible obediencia. Sólo en esos casos se equipara la

---

(12) Mariano Jiménez Huerta. *La Antijuricidad*, Pág. 344 Ed. 1952.

obediencia jerárquica al cumplimiento de un deber y entonces opera como causa eliminatoria de la antijuricidad, pues el orden público está más interesado en la ciega obediencia por parte de los subordinados (en las condiciones apuntadas), que en la posibilidad excepcional de que el mandato entrañe un hecho delictivo. Tal ocurre, a no dudarlo, en las relaciones entre los militares en condiciones especiales; adviértase que destaca en forma clarísima el repetido principio del interés preponderante.

7.—**IMPEDIMENTO LEGÍTIMO.**—La fracción VIII del artículo 23 del Proyecto de Código Penal Tipo dispone: “Contravenir lo dispuesto en una ley penal por impedimento legítimo o insuperable”, Por su parte el Código vigente en el Distrito y Territorios Federales, en la fracción también VIII del artículo 15, establece: “Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo”. Notoriamente son diferentes las redacciones de los dos ordenamientos, es decir, en el intento legislativo de 1963 y en el Código vigente en el Distrito y Territorios Federales. En primer término debemos hacer notar que mientras en la ley vigente se habla de contravenir lo dispuesto en una ley penal mediante una omisión, es decir, desobedeciendo una norma preceptiva, en el Proyecto simplemente se alude a contravenir lo dispuesto en una ley penal, sin circunscribir el caso a los delitos meramente omisivos; este cambio, a primera vista de poca importancia, reviste gran interés si se toma en consideración que la fórmula en el Proyecto es mucho más amplia, por abarcar el impedimento legítimo tanto en los delitos de acción cuanto en los de omisión; en otros términos, puede amparar la justificante tanto la desobediencia a una norma prohibitiva como a una dispositiva. Además, analizando con profundidad la redacción advertida en la fracción VIII del artículo 23 del Proyecto, puede apreciarse que se capta no sólo el impedimento legítimo, sino también, a diferencia de lo que ocurre en la legislación en vigor, el impedimento insuperable, lo que nos hace inferir que se trata de dos excluyentes de responsabilidad; la primera, causa de justificación y, la segunda, de inculpabilidad; en función de una inexigibilidad. En efecto contravenir lo dispuesto en

una ley por un impedimento legítimo entraña un conflicto de deberes, mientras realizar el mismo hecho, es decir, contra-venir lo dispuesto en una ley penal pero por un impedimento insuperable, no emanado directamente de la ley, no puede constituir ese conflicto de deberes y, en consecuencia, la conducta, aun cuando antijurídica, no deviene delictuosa porque no le es dable al Estado exigir del sujeto un comportamiento diferente. Sólo cuando opera el conflicto de deberes, insistimos, se estará en el caso de una causa de justificación.

Como expresa la doctrina, la naturaleza de esta justificante es en realidad un aspecto específico del estado de necesidad; éste puede aparecer entre diversos deberes que el individuo debe cumplir y al efectuar uno deja de conformar su conducta con el otro. Huelga decir que en el impedimento legítimo (cuando emerge como causa de justificación) impera también el principio del interés preponderante, pues como dicen los especialistas, el deber de mayor rango debe ser siempre cumplido, aun con el sacrificio del deber de menor valía; en consecuencia, el incumplimiento de este último no constituye contradicción al Derecho. "Es obvio que quien cumple un deber más alto con sacrificio de otro menor, salva el interés o bien jurídico de más trascendencia; por ende, su conducta no es antijurídica, ya que este conflicto de deberes actúa como causa impeditiva de su nacimiento. El trato jurídico que reciben dichos conflictos de deberes, denuncia que en su entraña misma fluyen con vida propia auténticos estados de necesidad. Puede acontecer, empero, que el deber jurídico cumplido fuere menos importante que el sacrificado. En tal situación, la conducta enjuiciada es antijurídica; más si su autor se hallaba en una situación subjetiva que hacia imposible exigirle una conducta diversa de la realizada, es plenamente inculpable". (12)

Finalmente, no resulta ocioso destacar que la propia Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, en la Exposición de Motivos, señala expresamente que el impedimento legítimo o insuperable constituye un conflicto de deberes únicamente en el primer caso, es decir, en función de la legitimidad, pero no de la insuperabilidad.

## **CONSIDERACION FINAL**

## CONSIDERACION FINAL

Aún cuando en los capítulos que anteceden se ha procurado extrenar siempre la opinión con la relación a los temas tratados, no resulta inútil destacar, a manera de comentario final, lo que a nuestro juicio es sobresaliente en la reglamentación de las justificantes en el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963.

En términos de generalidad, estamos convencidos y por ello lo afirmamos, que las causas de justificación, al igual que las restantes excluyentes de incriminación, adquieren en el Proyecto de Código Penal Tipo de 1963, una reglamentación mucho más acorde con la moderna técnica jurídica. Ya en el presente ensayo hemos hecho notar, en forma pormenorizada, las excelencias respectivas; bástenos insistir en que se sigue un orden lógico-jurídico impecable en la formulación de las excluyentes, habida cuenta de que en el artículo 23 se habla en primer lugar de la ausencia de conducta, para después adentrarse en las causas que han sido el objeto de nuestras investigaciones, es decir, en las causas de licitud, comenzando con el consentimiento (que a veces funciona como atipicidad) y después el ejercicio legítimo de un derecho, la defensa legítima y sus correspondientes presunciones; el estado necesario (que en ocasiones deviene causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta); el cumplimiento de un deber legal, la obediencia jerárquica y, por último, el impedimento legítimo; por supuesto, en el artículo

23 se enmarcan después de las causas de licitud, las de incuipabilidad.

Es indiscutible que la inclusión entre las causas de licitud del consentimiento del titular del derecho, entraña una novedad, pues no se encuentra señalada expresamente dicha causa de incriminación en la legislación en vigor; por otra parte, certeramente no se habla de consentimiento del ofendido, pues si se conviene en la no existencia del delito, no es posible hablar de un ofendido, sino precisamente del titular del derecho; además de esta causa de justificación que, como expresamos, constituye una novedad, se separan las que reconocen un fundamento diverso, es decir, las basadas en el principio del interés preponderante. Cada una de ellas se encuentra formulada de conformidad con las exigencias doctrinarias actuales.

En estas líneas finales sólo hemos querido aludir a unas cuantas cuestiones que nos han parecido de suma importancia, más no quiere decir que las anotadas sean las únicas ventajas advertidas en el intento legislativo de 1963, sino que, como lo hemos pretendido demostrar en las líneas que forman los capítulos integrantes del presente ensayo, múltiples son los motivos de encomio para el Proyecto, por lo cual es deseable, en bien de la claridad, de la seguridad y de la buena administración de justicia, que llegue a constituirse el repetido intento legislativo en ley positiva, para que se encuentre en contacto íntimo con la realidad en que vivimos.

## **BIBLIOGRAFIA**

## **BIBLIOGRAFIA**

## BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI FRANCISCO.—Manuale di Diritto Penale, Milano, 1947.
- BELING ERNESTO VON.—Esquema de Derecho Penal, Buenos Aires, 1944.
- BETTIOL GIUSEPPE.—Diritto Penale, Palermo, 1945.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.—Derecho Penal Mexicano, T. I. Robredo, 1955.
- CARRARA FRANCISCO.—Programa de Derecho Criminal, T. I. Ed. Temis, Bogotá, 1956.
- CASTELLANOS FERNANDO.—Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 4a. Ed. Porrúa, 1967.
- COSTA FAUSTO.—El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía, Ed. Uteha, México, 1953.
- CUELLO CALON EUGENIO.—Derecho Penal, T. I. 8a. Ed. Barcelona, 1947.
- EXPOSICION DE MOTIVOS DE LA PARTE GENERAL DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO DE 1963.—Revista Mexicana de Derecho Penal, No. 30, diciembre de 1963.
- FERNANDEZ DOBLADO LUIS.—Culpabilidad y Error, México, 1950.

- FLORES REYES MARCIAL.—Vis Absoluta, México, 1960.
- JIMENEZ DE ASUA LUIS.—La Ley y el Delito, Ed. A. Bello, Caracas, 1945.
- JIMENEZ HUERTA MARIANO.—La Antijuricidad, Ed. UNAM, México, 1952.
- MENDOZA JOSE RAFAEL.—Curso de Derecho Penal Venezolano, T. II. Parte General, 4a. Ed. Caracas, 1961.
- MEZGER EDMUNDO.—Tratado de Derecho Penal, T. I. Madrid, 1955.
- PORTE PETIT CELESTINO.—Programa de la Parte General del Derecho Penal, 1a. Ed. UNAM.
- RECASENS SICHES LUIS.—Comentarios. Revista Mexicana de Derecho Penal, No. 31, enero de 1964.
- SOLER SEBASTIAN.—Derecho Penal Argentino, T. I. Ed. TEA, 1953.
- VANNINI OTTORINO.—Manuale di Diritto Penale, Firenze, 1947.
- VILLALOBOS IGNACIO.—Derecho Penal Mexicano, 2a. Ed. Porrúa, 1960.

## INDICE

### CAPITULO I

#### *LA RESPONSABILIDAD PENAL*

	Pág.
1.—Idea general. ....	15
2.—La responsabilidad en la Escuela Clásica .....	16
3.—La responsabilidad en la Escuela Positiva .....	23
4.—Nuestro punto de vista .....	26

### CAPITULO II

#### *LA EXCLUSION DE RESPONSABILIDAD*

1.—Consecuencias de la responsabilidad y su relación con el delito .....	35
2.—Noción de las excluyentes .....	39
3.—Clasificación .....	42
4.—Comentario .....	47

### CAPITULO III

#### *FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION*

1.—La antijuricidad .....	61
2.—Generalidades sobre la razón de ser de las justificantes .....	63

	Pág.
3.—Ausencia de interés .....	64
4.—Interés preponderante .....	66
5.—Nuestro punto de vista .....	67

#### CAPITULO IV

##### *LAS JUSTIFICANTES EN PARTICULAR*

1.—Excluyentes por consentimiento del titular .....	73
2.—Ejercicio legítimo de un derecho .....	74
3.—Legítima defensa .....	77
4.—Estado necesario .....	81
5.—Cumplimiento de un deber .....	85
6.—Obediencia jerárquica .....	87
7.—Impedimento legítimo .....	90
CONSIDERACION FINAL .....	95
BIBLIOGRAFIA .....	99