

Nº 19-2
2EVI



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"ARAGON"

LA LEGITIMA DEFENSA Y LA
REPARACION DEL DAÑO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

IRMA JIMENEZ ANDRES

SAN JUAN DE ARAGON, EDO. DE MEXICO

1992

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

I N D I C E

Págs.

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	
1.1. LEGITIMA DEFENSA	
CODIFICACION PENAL	3
NOCION DEL DELITO	5
SUS ELEMENTOS	6
ASPECTO PROBLEMÁTICO Y NEGATIVO DEL DELITO	6
LA CONDUCTA	8
LA TIPICIDAD	12
LA ANTIJURIDICIDAD	13
LA IMPUTABILIDAD	14
LA CULPABILIDAD	16
LA PUNIBILIDAD	18
1.4 CONCEPTOS	19
1.5 ELEMENTOS ESPECIALES	24
1.6 LA AGRESION	25
1.7 ACTUALIDAD	27
1.8 VIOLENCIA SIN DERECHO	29
1.9 PELIGRO INMINENTE	31
1.10 LA DEFENSA	32
1.11 LA NECESIDAD	34
1.12 EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA	35
1.13 PROTECCION DE LA PERSONA	36

CAPITULO SEGUNDO

11.-	PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA	39
11.1	INTRODUCCION AL ASPECTO PROBLEMATICO	45
11.2	LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA	47
11.3	DEFENSA EN CASO DE AUTO AGRESION	49
11.4	LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA	50
11.5	LA LEGITIMA DEFENSA EN EL MIEDO GRAVE	52
11.6	LA LEGITIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD	53

CAPITULO TERCERO

111.-	ANTECEDENTES SOBRE LA REPARACION DEL DAÑO	68
111.1	ANALISIS SOBRE LA REPARACION DEL DAÑO	76
111.2	CUAL ES LA ESPECIE DE SANCION A LA QUE PERTENECE LA REPARACION DEL DAÑO	80
111.3	EN QUE TIEMPO DEBE PROBARSE EL DAÑO CAUSADO Y LA FORMA DE SU REPARACION	82
111.4	FORMA DE HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO	84
111.4 Bis	FORMA DE HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO CUANDO SEA EXIGIBLE A TERCEROS	90
111.5	IMPORTANCIA DE LA REPARACION DEL DAÑO	93
111.6	MONTO DE LA REPARACION DEL DAÑO	96
111.6 Bis	EN QUE FORMA PODEMOS REPARAR EL DAÑO CUANDO SE HA CAUSADO LA MUERTE DE UNA PERSONA	104
	CONCLUSIONES	118
	BIBLIOGRAFIA	123

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" A R A G O N "

LA LEGITIMA DEFENSA Y LA REPARACION DEL DAÑO.

INTRODUCCION:

PRIMER CAPITULO

- 1.- LEGITIMA DEFENSA - CODIFICACION PENAL
- 1.1.- CODIGO PENAL DE 1871
- 1.2.- CODIGO PENAL DE 1929
- 1.3.- CODIGO PENAL DE 1931
- 1.4.- CONCEPTOS
- 1.5.- ELEMENTOS ESENCIALES
- 1.6.- LA AGRESION
- 1.7.- ACTUALIDAD
- 1.8.- VIOLENCIA SIN DERECHO
- 1.9.- PELIGRO INMINENTE
- 1.10.- LA DEFENSA
- 1.11.- NECESIDAD
- 1.12.- EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA
- 1.13.- PROTECCION DE PERSONA.

I N T R O D U C C I O N

La finalidad de este trabajo consiste en tratar de plantear y resolver dogmáticamente, alguno de los principales problemas que se presentan con relación a la Legítima Defensa y a la Reparación del Daño.

He encausado este trabajo hacia un problema de honda - - preocupación social, ya que el tema tiene un campo de profundo interés de investigación por ser de palpitante actualidad. Por todo ello es que decidí abordar este tema para mi Tesis profesional, ya que está claramente establecida y ajustada a los requerimientos de un problema actual, que afecta a los intereses del sujeto, de la familia y a la sociedad de la cual formamos parte todos.

Pienso sin embargo, que antes de iniciar dicho estudio, debo primero exponer someramente la teoría del Delito, para así - precisar el lugar que le corresponde a dicha causa de justificación y poder más tarde, plantear y resolver los aspectos problemáticos, conexos a la misma como pueden ser: La coexistencia de la Legítima Defensa con el miedo grave; la Legítima Defensa y el estado putativo; la consideración del móvil en la Legítima Defensa; el exceso de la Legítima Defensa; ¿Cuál es la especie de sanción a la que pertenece la Reparación del Daño?; importancia de la Reparación del Daño; Monto de dicha sanción pecuniaria, etc.

Por supuesto que este estudio no pretende agotar en modo alguno todas las cuestiones señaladas, pero al menos trataré de -- presentarlos con claridad exponiendo después la solución que considere más adecuada.

Ojalá que el entusiasmo que me impulsa al elaborar este trabajo siga presidiendo nuestro ánimo, para así poder superar las dificultades que presentan los tremendos problemas de la dogmática jurídico-penal, porque de tal modo nuestros conocimientos en tan interesante materia podrán cristalizar en algo positivo.

CODIFICACION PENAL

La primera codificación penal de la República, se expidió en el Estado de Veracruz, por Decreto de 8 de abril de 1835; el proyecto había sido elaborado desde 1832. Esto prueba que fue el Estado de Veracruz la entidad que primeramente contó con un código penal local, pues si bien en el Estado de México se había redactado en 1831 un bosquejo general del código penal, el cual no llegó a tener vigencia. Es común la opinión en el sentido de que el primer código represivo es el Veracruzano de 5 de mayo de 1835, pero como se ha visto, lo fue en el año de 1835. En la capital del país había sido designada una comisión, desde 1862, para la redacción de un proyecto de código penal, cuyos trabajos fueron interrumpidos por la intervención Francesa durante el imperio de Maximiliano.

El 7 de diciembre de 1871 fue aprobado el proyecto por el poder legislativo y comenzó a regir, para el Distrito Federal y Territorios de Baja California en materia común y para toda la República en lo Federal, el día primero de abril de 1872, este ordenamiento se conoce como el "Código del 71", o Código de Martínez de Castro y de Afilió, como su modelo, a las tendencias de la Escuela Clásica, esto estuvo vigente hasta 1929.

En 1903 el Presidente, General Porfirio Díaz, designó una comisión, presidida por el Licenciado Miguel S. Macedo, para

llevar a cabo una revisión de la legislación penal.

Los trabajos se terminaron hasta el año de 1912, sin -- que el proyecto de Reforma pudiera plasmar debido a que el país -- se encontraba en plena Revolución.

El señor licenciado José Almaraz, quien expresa que se acordó presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva.

Se ha censurado este cuerpo de leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica. Pueden señalarse, sin embargo varios asientos entre los cuales destacan la supresión de la pena capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito. Defectos técnicos y escollos de tipo práctico hicieron de difícil aplicación este Código, de efi-mera vigencia, pues sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931.

1.- NOCION DEL DELITO

Antes de iniciar una rápida síntesis del delito en general, estimo necesario precisar que el Derecho no es sólo forma, - también es sustancia, contenido realista, pues abarca también las vivencias del pueblo sobre la cual rige y, por lo mismo, no siendo el Derecho vigente y no sobre la mera ley.

De acuerdo con este criterio, para señalar cuáles son - los elementos positivos y los aspectos negativos del delito, es - necesario acudir a menudo a conceptos supralegales.

Sobre el problema del concepto del delito Luis Jiménez de Asúa lo define como: . . . el acto típicamente antijurídico - culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. (1)

Edmundo Mezger concibe al delito como: . . . "la acción típicamente antijurídica y culpable" (2), y Eusebio Gómez como: . . . "Hecho humano antijurídico, real y potencialmente lesivo - de un bien o interés protegido por la Ley". (3)

(1) Jiménez de Asúa, Luis; La Ley y el Delito, Ed. Hermes, 2a. Ed. Buenos Aires, 1954, Pág. 223.

(2) Mezger, Eduardo; Tratado de Derecho Penal, 2a. Ed., Tomo I, Madrid, 1946, Pág. 161.

(3) Gómez, Eusebio; Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Buenos Aires, 1939, Pág. 382.

Por su parte, Sebastián Soler define al delito como: --
... "Una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta". (4)

Francisco Carrara proporciona la siguiente definición: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo moralmente imputable y políticamente dañoso". (5)

Para Celestino C. Porte Petit el concepto del delito -- conforme a nuestro Ordenamiento Jurídico, es el de, ". . . una -- conducta típica, antijurídica, imputable, culpable y punible . . . (6).

Para nosotros el delito es la conducta o hecho, típicamente antijurídico, culpable y punible.

De esto resulta que los elementos del delito son: a) -- la conducta o hecho; b) la tipicidad; c) la antijuridicidad; - d) la culpabilidad, y e) la punibilidad.

-
- (4) Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tipografía Editora Argentina, 1a. Ed. Buenos Aires, 1945, Tomo I, Pág. 227.
- (5) Carrara, Francisco; Programa del Curso de Derecho Criminal, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954, parte Gral. Vol. I.
- (6) Porte Petit, Celestino C.; Programa de la parte General de Derecho Penal, 1a. Ed., Edit. Dirección General de Publicaciones de la UNAM; México, 1958, Pág. 114.

Pero a cada elemento positivo corresponde un aspecto negativo, así tenemos respectivamente: a) ausencia de conducta; b) antipicidad; c) causas de justificación; d) inculpa-
bilidad; e) excusas absolutorias.

Ahora bien, como ya dejé asentado al principio de este capítulo, para establecer los conceptos positivos y negativos de los elementos que configuran la conducta delictiva, a me-
nudo es necesario acudir a un Derecho Supralegal existente en -
las vivencias del pueblo.

Así por ejemplo, cuando produzca un hecho que tenga -
aparencia delictuosa, la primera tarea de la autoridad judi-
cial competente para investigar si el hecho constituye delito, será examinar si al realizado, verbigracia, la muerte de un hom-
bre, se debe a la conducta de alguna persona o a un accidente -
producido por fuerzas de la naturaleza, es decir, si se trata -
o no de una conducta activa u omisiva efectuada por un hombre -
pues cualquier mal o daño que se cause por graves que sean sus
consecuencias individuales o sociales, no podrá ser estimado co-
mo delito si no tiene su origen en una conducta humana.

En otros términos, puedo decir que los hechos produci-
dos por la naturaleza misma, sin intervención del hombre no --
pueden considerarse delictuosos. Aquí encontramos el primer re-
quisito para la existencia del delito: una "Conducta o hecho",

cuyo aspecto negativo se refleja en la falta de conducta o hecho, los cuales igualmente faltarían en los casos de fuerza irresistible y en la sugestión hipnótica.

El segundo deber que se impone es el de investigar si dicha conducta o hecho son típicos, es decir, si corresponden a un tipo legal definido y conminado con una pena por la ley. Dicha conducta o hecho deben corresponder a un tipo de delito. Ha de ser una conducta o hecho típico.

Todos los hechos contrarios a la norma que dañan en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena, y por ello están definidos en las leyes o Códigos. Así los concretan para poder castigarlos y al concretarlos los tipifican. De ahí nace el tipo, o sea la mera descripción desprovista de carácter valorativo, cuyo aspecto negativo sería "la ausencia de tipo".

La conducta o hecho deber ser "antijurídicos". Se conduce antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del derecho, pues en Derecho Penal una conducta es prohibida o no prohibida y, por tanto, antijurídica o conforme a Derecho. De este modo, si falta la antijuridicidad podemos decir que no hay delito, que el hecho se justifica, es decir, opera alguna de las "causas de justificación", las cuales, según Jiménez de Asúa son: las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse

en un tipo legal". (7) En resumen, las causas de justificación - no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme a Derecho, o sea el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Si la conducta o hecho son antijurídicos, entonces deberá continuarse el examen, para saber si el hecho ejecutado por la conducta humana es "imputable", es decir, si puede atribuirse a la persona que realiza tal conducta delictiva, porque si el sujeto no es imputable (V.gr., cuando el agente es un enajenado), no habrá hecho punible, de donde resulta que la imputabilidad no es más que una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona. (8)

Si la conducta o hecho es imputable al agente, deberá averiguarse si éste es culpable del hecho, es decir, si mató o --agredió con dolo o con culpa; pero si de la averiguación resultara que en el momento de la ejecución del hecho, el agente había actuado con error esencial de hecho e invencible o por no exigibilidad de otra conducta, entonces la culpa quedará excluida.

Para ser delictuosa, la conducta, además debe ser "PUNIBLE", es decir, sancionada con una pena, pues este elemento positivo del delito responde al criterio de la legalidad de los delitos.

(7) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 303.

(8) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 351.

El aspecto negativo de la punibilidad como elemento del delito son las causas absolutorias o sea las situaciones que por razones de política, criminal, la ley estima no sancionables.

Respecto al primer aspecto positivo del delito, Luis Jiménez de Asúa habla de "acto" en lugar de conducta o hecho, entendiendo por tal "La manifestación de voluntad que mediante acción produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera (omisión) deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda" (9), es decir, dicho término debe entenderse en su aspecto positivo o negativo. Edmundo Mezger y Sebastián Soler hablan de "acción" y Eusebio Gómez de "hecho humano". Nosotros preferimos decir "conducta o hecho", contrariamente al criterio de Sebastián Soler, quien explica que por "acción" debe entenderse tanto la "conducta humana" como el "resultado". (10)

Nuestra opinión encuentra apoyo en la jurisprudencia -- que habla de "CONDUCTA", así como por los conceptos que sobre acción y resultado nos proporciona Celestino Porte Petit. De acuerdo con nuestra jurisprudencia: dentro del significado de conducta debe entenderse el comportamiento corporal voluntario", lo cual - de acuerdo con Celestino Porte Petit es lo que debe entenderse --

(9) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 227.

(10) Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1945, 1a. ed., T. I. Pág. 226.

por acción". (11)

El resultado, por otra parte, no es más que una consecuencia de dichos aspectos, pues como dice Francisco Antoliseif "el resultado es el efecto natural de la conducta humana" (12) al haber conducta humana puede haber acción o simplemente omisión. cuyos dos aspectos indistintamente pueden dar lugar a la conducta delictiva; ésta para ser tal, debe estar referida a una voluntad humana, independientemente del resultado, en cambio el hecho puede referirse a un hombre o a la naturaleza; el resultado puede darse como consecuencia de una omisión y, por tanto, sin que exista acción propiamente dicha, cuando la omisión consiste en un no hacer, doloso o culposo, violando una norma perceptiva o produciendo un resultado típico". (13)

Respecto a la conducta o hecho, el Derecho se ocupa de ellos en un triple aspecto: en forma de llamado "delito de acción", como "delito de omisión propio" y como "delito de omisión impropio" o "delito de comisión por omisión". (14)

(11) Porte Petit, Celestino; Programa de la Parte General de Derecho Penal, Dirección General de Publicaciones de la UNAM, 1a. Ed., México, 1958, Pág. 163.

(12) Antoliseif, Francisco; Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Milano, 1955, 3a. Ed., Págs. 151 y 152.

(13) Porte Petit, Celestino; Ob. Cit., Pág. 171, nota 34.

(14) Mezger, Eduardo; Ob. Cit., Pág. 195.

Los elementos del hecho son: la conducta, el resultado y el nexo causal. La conducta, a su vez se integra con dos elementos. a) la voluntad y b) la actividad o inactividad.

Ahora bien, cuando en un acto u omisión falta la voluntad, estamos frente a una forma de ausencia de conducta.

Así también, la simple "omisión", que consiste en un no hacer, voluntario o no voluntario, violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico puede constituir el fundamento de la pena, motivo por el cual el Derecho conoce a la conducta delictiva en la forma del llamado "delito de omisión propio", el sujeto en estos casos infringe una norma preceptiva, -- pues en todos los casos en los que se imputa al autor una omisión es porque no ha hecho, algo que debe hacer.

La tercera forma de la conducta delictiva es la del -- llamado "delito de omisión impropio" o de comisión por omisión", o sea aquel en que existe un resultado material. En estos casos el sujeto no acata y viola al mismo tiempo una norma preceptiva y una norma prohibitiva, pues el autor "no ha hecho lo que debe hacer" y produce por ello un resultado que "no debe producir".⁽¹⁵⁾

La Tipicidad es la adecuación de una conducta o hecho

(15) Mezger, Eduardo; Ob. Cit., Págs. 171 y 173.

al tipo descrito en la ley. El tipo en cambio, es la descripción contenida en la Ley de un hecho que daña en alto grado la Convivencia Social y que para castigarlo se sanciona con una pena. El tipo es una mera descripción desprovista de carácter voluntario; por eso cuando un sujeto mata a otro, se comporta activamente al llevar a cabo lo previsto por el 302 del Código Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales, según el cual "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro". Cuando el juez establece en la sentencia que dicho sujeto ha ejecutado una conducta constitutiva de delito, realiza en primer término un juicio de comparación de naturaleza inminentemente objetiva, considera únicamente la tipicidad del hecho. Sin embargo, un juicio de esta naturaleza, ajustado perfectamente a las reglas de la Hermenéutica legal, no lleva necesariamente a la conclusión de que dicho sujeto debe ser sancionado por la muerte de esa persona. Como el Derecho es una ciencia esencialmente valorativa, esa conducta tiene que ser valorada, no por la Ley, sino por la norma que ésta presupone.

La antijuridicidad es uno de los elementos positivos -- más relevantes del delito, afirmación en la que están acordes numerosos juristas. La apreciación de la antijuridicidad en la esfera penal presupone un juicio, una estimación de la oposición -- existente entre el hecho realizado y la norma jurídico penal, dicho juicio es de carácter objetivo ya que sólo recae sobre una -- conducta humana realizada, porque la apreciación del aspecto sub

jetivo y personal del hecho antijurídico es extraña al juicio de antijuridicidad. La antijuridicidad es una expresión desaprobada. Como este elemento es el básico de este estudio, la expondremos - más ampliamente en el desarrollo de este trabajo.

La imputabilidad según Luis Jiménez de Asúa que se adhiere al escrito de Jerónimo Montes, es "El conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre". (16)

La imputabilidad es Psicológica puesto que sólo es responsable quien tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien en última instancia es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible, (17) - de allí que el autor hispano diga con razón que la responsabilidad resulta de la imputabilidad; la imputabilidad es la atribución hecha a una persona por haber efectuado una conducta delictiva. (18) La imputabilidad es en realidad "La capacidad de entender y de querer de un sujeto.

Sobre lo particular es ilustrativa la siguiente jurisprudencia. "Para que una conducta humana sea punible conforme al

(16) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 351.

(17) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 351.

(18) Ob. Cit., Pág. 351.

Derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada por el sujeto activo se subsuma en un tipo legal, esto es, que la acción sea Típica, Antijurídica y Culpable y no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la culpabilidad. Puede una conducta ser típica, porque la manifestación de voluntad, o la modificación del mundo exterior, es decir, la producción del resultado lesivo, enmarquen dentro de la definición de un tipo penal, como puede ocurrir por ejemplo, tratándose del homicidio o de fraude, pero si se demuestra que el occiso fue privado de la vida, por el sujeto activo, cuando éste era objeto de una agresión injusta, real y -- grave, desaparece la antijuridicidad del acto incriminado y consecuentemente, al concurrir la causa justificativa de la acción, resulta no culpable, o si tratándose del segundo de los delitos mencionados, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al no integrarse sus elementos constitutivos". (19)

La tipicidad en suma, es la conformidad o adecuación de la conducta o hecho al tipo legal. La principal causa de exclusión de la tipicidad es la falta de conformidad entre los elementos del hecho y los que componen el tipo legal. Las causas que excluyen la tipicidad impiden que el hecho quede incluido en la previsión de un modelo legal.

(19) Semanario Judicial de la Federación, T. XV, Págs. 731 y 732.

La culpabilidad es valorativa pues su contenido es un reproche; es el objeto sobre quien recae el reproche contra el autor y sólo cuando se efectúa tal juicio, surge el concepto de culpabilidad, y aunque la culpabilidad supone un contenido psicológico, éste no constituye ya de por sí la culpabilidad.⁽²⁰⁾

El Dolo y la Culpa son las dos únicas especies de culpabilidad:

a) El Dolo debe basarse tanto en la voluntariedad como en la representación, por lo cual de acuerdo con Luis Jiménez de Asúa puede definirse como "La producción de un resultado típicamente anti-jurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere y ratifica."⁽²¹⁾

b) La Culpa en el sentido clásico, con base en la teoría de la voluntad es: La ejecución de un acto que pudo y debió ser positivo y que por falta de previsión en el agente, produce un efecto dañoso."⁽²²⁾, y de acuerdo con la doctrina de la representación del resultado típico, o con la representación del evento pero al mismo tiempo movido por la esperanza de que el resultado no se --

(20) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 382.

(21) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 382.

(22) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 399.

produzca". (23)

Luis Jiménez de Asúa define a la culpa como "La producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la presentación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga, ha sido fundamento decisivo de la actividad del actor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo". (24)

La culpa en Materia Penal sólo se refiere a una de las formas del elemento SUBJETIVO del delito, pues como dice Eusebio Gómez, "La palabra culpa se emplea con propiedad para designar a una de las formas del elemento subjetivo del delito, con un contenido opuesto al del dolo. (25)

El aspecto negativo de la culpabilidad dentro de los --
cuales se aceptan el error esencial de hecho e invencible y la no exigibilidad de otra conducta.

La penalidad es otro de los elementos característicos -
del delito, pues sin la conminación de una pena no hay delito.

(23) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 399.

(24) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Págs. 399 y 400.

(25) Gómez, Eusebio; Ob. Cit., Pág. 447.

Lo esencial del delito es su sanción penal, aseveración aceptada por ilustres penalistas, que consideran como predominante del delito, la prohibición del hecho que lo constituye - mediante la amenaza penal.

Toda la conducta o hecho tipificados como delictivos - deben ser punibles, es decir, sancionados con una pena; este elemento responde al criterio de legalidad de los delitos.

Como aspecto negativo de la punibilidad están las excusas absolutorias, o sean aquellas situaciones en los que, a pesar de estar frente a un hecho típico, antijurídico y culpable, no es punible por razones de política criminal.

1.4.- CONCEPTOS

Anteriormente vimos como se avanzó para tener una concepción dogmática del delito. En primer lugar el concepto natural, con dependencia de su valor, o sea la mera conducta o hecho humanos; luego la comparación de lo desconocido con lo descrito - en la Ley, sin valorar, lo cual nos da la tipicidad; en segunda - pasa la valoración objetiva con la norma, lo que crea la anti-juridicidad; más tarde pasamos al juicio de reproche constitutivo de la culpabilidad y por último, tenemos la punibilidad, o sea la amenaza de la pena para dicha conducta contraria a la norma.

En esta forma ya estamos en condiciones de situar el lugar que le corresponde a la Legítima Defensa, pues como ya quedó asentado anteriormente, cuando falta la antijuridicidad no hay delito, una de las causales de la Legítima Defensa.

Ahora bien, si los individuos son los elementos fundamentales para la existencia de la sociedad, el Estado debe protegerlos íntegramente, es decir, no sólo en su persona, sino en sus bienes, de tal modo que cualquier agresión o ataque a la vida, a la integridad corporal, o a sus propiedades puede rechazarse, justificando la ley tal conducta.

Tanto en la Doctrina como en la Jurisprudencia se afirma que para integrar la Legítima Defensa es necesario una agresión Objetiva; que ésta provenga de una conducta humana; actual;

violenta; sin derecho y, además, que pueda traer como consecuencia un peligro inminente. Por otra parte, la defensa o reacción debe ser provocada, necesaria, proporcionada y puede ser repelida no sólo por el atacado, sino también por un tercero.

Por lo expuesto considero que la Legítima Defensa puede definirse como "La defensa necesaria y proporcionada para rechazar una agresión proveniente de una conducta o hecho humanos, actual, violenta, sin derecho, de lo cual resulta un peligro inminente, dirigida contra el que defiende su vida, honor o bienes o contra un tercero".

Nuestro Código Penal se refiere a la Legítima Defensa en su artículo 15 fracción III estableciendo como excluyente de responsabilidad: "Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona honor o bienes de - - otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes: PRIMERA. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y su suficiente para ella; SEGUNDA. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; TERCERA. Que no hu bo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y CUAR TA. Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente repa rable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa".

Hoy existe acuerdo unánime en que la legítima defensa es, por su naturaleza, una causa de justificación, cuyo fundamento es la preservación del orden jurídico. Esto significa que - quien se defiende legítimamente obra conforme a derecho, aunque - su acto corresponda al descrito en una figura legal de delito.

En cuanto al objeto de la defensa, puede ser todo bien jurídicamente protegido, este bien puede ser la vida, la integridad física, la seguridad personal, la libertad, la inviolabilidad de la morada, el honor de propiedad, la posesión. Se ha sostenido que no hay límites a los derechos defendibles siempre que el medio elegido para defenderse sea el racional.

Al referirse a la acción de Legítima Defensa consiste - "en la defensa necesaria para repeler la agresión. De la palabra Defensa, se desprende que la misma solamente se puede dirigir en contra del agresor; en ello consiste una diferencia fundamental - por la que la legítima defensa se distingue del Estado de Necesidad. Así que cuando una persona al ejecutar actos de legítima defensa, mata o lesiona a otra distinta que el agresor, comete el - delito de homicidio o lesiones, siempre que lo haga intencionalmente; pero si lo hace sin intención, sólo habrá homicidio o lesiones por descuido.

Sumamente importante es la disposición que la legítima defensa únicamente deberá consistir en aquella que sea necesaria para repeler la agresión.

De acuerdo con un principio de derecho, lo justo no tiene que ceder ante lo injusto; pero cuando el agredido puede eludir la agresión sin que sufra en su honor o de otra manera, entonces no será necesario repelerla. Ejemplo: No cabe generalmente una acción de defensa, tratándose de injurias por un visiblemente demente, de un ebrio que apenas pueda sostenerse en pie, siempre y cuando no esté agitando un arma de fuego.

Al respecto el maestro García Máynez en una de sus -- obras afirma que: La conducta jurídicamente regulada sólo puede ostentar el signo negativo de la ilicitud, caso en el cual decimos que está prohibida, o el positivo de la licitud, en cuyo caso declaramos que se encuentra permitida. Un proceder es jurídicamente ilícito cuando su realización implica el ejercicio de una -- Derecho; es ilícito cuando supone el incumplimiento de un deber.

Considerando que la conducta del que en defensa de su -- propia persona, de su honor o de sus bienes, o bienes de otro está incurriendo en el ejercicio de derecho de defensa, ya que es -- indudable que en este caso no estamos frente a un derecho independiente, pues no hay que olvidar que si la omisión de tal conducta constituye un delito sancionado por la Ley, no se está en posibilidades de optar entre su ejercicio o no ejercicio, lo que nos ha -- ce pensar que cuando ésta se ejercita en defensa de los bienes -- ajenos jurídicamente protegidos, tal ejercicio está fundado en su deber jurídico y por lo tanto, la conducta corresponde a la clase

de los procederes jurídicamente ordenados.

Finalmente la escuela positiva con Ferri y Fioretti sostiene que la Legítima Defensa presente el ejercicio de un derecho. Se pone de manifiesto el ejercicio del derecho de la defensa al rechazarse una agresión de naturaleza injusta que evidencia la peligrosidad y fundamentalmente el carácter antisocial del agresor. Tal idea lleva a Ferri a afirmar que "el que se defiende destruyendo el derecho de otro, actúa por motivos legítimos de conservación propia o ajena, frente al que contra el derecho ha determinado una colisión en la que sería inmoral, ilegal y nocivo para la convivencia civil que el triunfo correspondiera al agresor "injusto. Por otra parte, dentro de esta postura, Fioretti señala que al ejercerse el acto de repeler agresión, no se está ejecutando una conducta antijurídica; puesto que el interés del agredido coincide con el de la sociedad, de conservar el derecho amenazado; resulta de lo anterior base suficiente para que podamos agregar por nuestra parte, que la legítima defensa constituye un acto típico de condición jurídica.

Otra postura que en la teoría trata de fundamentar la Legítima defensa, es aquella que, analizando la conducta humana ejecutada por el agredido, ve en ello no sólo la razón justificativa de la relación violenta, sino que atiende preferentemente al fin perseguido por el agente, que no está encaminado a inferir -- una defensa, sino a defender un derecho propio o ajeno amenazado.

Las teorías anteriores tratan de encontrar la fundamentación de la excluyente que el legislador de los países civilizados ha recogido en los textos positivos, pero siempre con reconocimiento de que en tales, la conducta humana se encuentra justificada, por lo que excluye la responsabilidad.

1.5.- ELEMENTOS ESENCIALES

De acuerdo con lo anteriormente expuesto tenemos que -- los elementos esenciales para integrar la legítima defensa son -- dos: una agresión o ataque y una defensa o rechazo, las cuales -- deben tener ciertas cualidades. Así, la agresión debe ser: a) Objjetiva; b) provenir de una conducta humana; c) actual; d) violenta; e) sin derecho y f) de la cual resulte un peligro inminente. La defensa o reacción debe ser: a) No provocada; b) Necesaria; c) Proporcional; y d) Puede ser ejercida no sólo por el agredido, sino también por un tercero.

Al estudiar los elementos de esta eximente, nos dice -- después de hacer el análisis del texto de la excluyente con el código penal de 1871 así como de sus antecedentes históricos, se -- puede sistematizar los elementos de la legítima defensa en:

- a) Una agresión actual, violenta y sin derecho;
- b) Que de la misma resulte un peligro inminente;
- c) Contra una persona, su honor o sus bienes;
- d) Rechazo de esa agresión, verificado por el agredido o por un tercero;

- e) Que el agredido haya dado causa inmediata y suficiente para la agresión, y
- f) Que no la haya previsto o podido fácilmente evitar por otros medios legales.

1.6.- LA AGRESION

Respecto al primer elemento, o sea la agresión o ataque, podemos decir que debe ser objetiva, pues de lo contrario no existe legítima defensa, ya que el simple querer, la voluntad no actuada ni exigida no puede considerarse delictuosa. Esta agresión debe entenderse como "la conducta humana realizada voluntariamente tendiente a lesionar, amenazar o poner en peligro intereses jurídicamente protegidos".

En relación con esto, Liszt define a la agresión como: "Todo hecho de poner en peligro, por medio de un acto positivo, una situación existente, jurídicamente protegida. (26)

Por su parte, Carrancá hace notar que tal agresión puede ser tanto física como moral, "pues puede consistir en amenazas, ofensas al honor, etc. (27)

(26) Liszt Von, Fianz; Tratado de Derecho Penal, T. II, Pág. -- 335.

(27) Kohler, Cit. por Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General, Tomo II, Pág. 63.

Ya vimos que la antijuridicidad es objetiva y, por lo mismo, son objetivos sus aspectos negativos como la legítima defensa y, consecuentemente, uno de sus elementos como lo es la -- agresión. Cuando ésta no existe objetivamente no hay legítima -- defensa, ya que una defensa es más bien una defensa putativa, -- causa de inculpabilidad.

Como la agresión es objetiva, basta la existencia de -- actos materiales de acometimiento a la persona o a los derechos para la existencia de la agresión o ataque. De acuerdo con esto, la agresión sólo puede existir cuando se amenaza de un modo grave, como cuando la amenaza se hace con una pistola, no siendo necesario la producción de algún efecto para considerar la existencia de la agresión o ataque. La materialidad u objetividad de -- la agresión puede servir de criterio para diferenciar la agresión de la provocación, pues ésta puede ser verbal.

A este respecto cabe hacer la aclaración de que la -- agresión al derecho es distinta a la violación al mismo, pues la agresión no implica violación al derecho, ya que aquélla existe con anterioridad a la violación del bien jurídico puesto en peligro por el agresor, lo cual confirma nuestro código al independi -- zarlos.

Por tanto, la agresión debe ser objetiva, no supuesta, y además provenir de una conducta humana, pues cualquier mal o -- daño causado, por graves que sean sus consecuencias individuales

o sociales, no podrá ser estimado como delito si no tiene su origen en una conducta humana, o sea, los hechos producidos por la naturaleza misma, sin intervención del hombre, no puede considerarse delictuosa.

1.7.- ACTUALIDAD

La agresión de que hablamos anteriormente debe ser actual, contemporánea al acto defensivo, es decir, la agresión se debe estar realizando cuando se produce el contra ataque, o sea, el acto mediante el cual el agredido repele la agresión. En una palabra, tanto la agresión como el repelimiento deben ser coetáneos.

Esta situación debe juzgarse con cautela para evitar -- que la relación defensiva se convierta en venganza, como en el caso de una persona que espera días, meses o años para repeler la agresión, pues en este caso se trataría de otra agresión de parte del agredido anteriormente en contra de su ex-agresor, pues antes de que el peligro aparezca no es necesaria la defensa y cuando el peligro ha cesado es superflua, aún cuando, naturalmente el amenazado no necesita esperar a que sus intereses jurídicos sean efectivamente lesionados.

Jiménez de Asúa y Eduardo Mezger están de acuerdo con lo anteriormente expuesto, pero con el primero indica que "repele

mos lo actual, pero impedimos lo inminente" (28), tanto éste como el segundo manifiestan por lo anteriormente expuesto "no cabe duda alguna de que, incluso conforme a la interpretación literal de la ley, es posible defenderse contra la agresión inminente, independientemente de que las propias leyes hablen de impedirla o repelerla". (29) En realidad, dicho criterio aceptado también por la jurisprudencia, (30) no es correcto, pues si bien es cierto, -- que el código de 1871 en su artículo 34, Fracción VIII, se refería a que se repeliera una agresión actual, inminente, etc., en el proyecto de reforma de dicho código, en su artículo 34, fracción III, se hace ya referencia a la repulsión de una agresión actual, violenta, sin derecho y de lo cual resulte un peligro inminente, modificación que fue acogida por el código de 1929 en su artículo 45 al igual que el actual código en la fracción III del artículo 15, en virtud de que en la exposición de motivos del proyecto de reforma al código primeramente mencionado se encontró -- que dicha fracción era un modelo de precisión, pero le encontró el defecto de referirse al calificativo inminente acerca de la -- agresión, lo cual parece contradecir el requisito de la actualidad, pues inminente significa según su criterio próximo, inmediato, y la agresión debe ser actual, presente, por lo que es más -- propio referir la inminencia al peligro de que la agresión resul-

(28) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 317.

(29) Mezger, Eduardo; Ob. Cit., Págs. 384 y 385.

(30) Semanario Judicial de la Federación, T. CIV, Pág. 1499.

te. Lo actual es lo presente y lo inminente es lo que está por suceder prontamente, por lo cual ambos términos se contraponen. Además como ya vimos, la ley no refiere la inminencia a la agresión, sino al peligro resultado de la propia agresión, ya que la misma indica la exigencia de repeler una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, es decir no remoto o lejano, sino inminente, próximo.

1.8.- VIOLENCIA SIN DERECHO

Para comprobar la Legítima Defensa es necesario no sólo una agresión no provocada, proveniente de una conducta humana, y actual, sino además, que sea violenta, es decir, efectuada de manera intempestiva, de modo tal que el agredido no pueda prevenirla ni evitarla, criterio aceptado por la Suprema Corte. (31)

La previsión de la agresión y la posibilidad de evitarla por otros medios legales son causa de inexistencia de la legítima defensa y, por ello, una condición negativa de la misma. Estos dos aspectos están previstos como tal en la Fracción III del artículo 15 del código penal vigente para el Distrito y Territorios Federales y se encuentran reconocidos por la jurisprudencia, en cuya hipótesis se anula la legítima defensa y nace la riña, - ya que si previó y pudo fácilmente evitarse, al reaccionar contra

(31) Semanario Judicial de la Federación, T. XCVII, Pág. 1634.

aquella, se está frente a una riña.

Como estos aspectos no se excluyen sino que se complementan, puede resultar que verdadera legítima defensa quedan inválidas, pues sólo procederían éstas cuando se diera la hipótesis de la existencia de ambos aspectos, es decir, que no se previera ni se pudiera evitar la agresión, pero no procedería, de acuerdo con dicha fórmula, cuando aunque se previera la agresión, no se pudiera evitar fácilmente por otros medios legales, tampoco cuando aunque pudiera evitarse fácilmente por otros medios legales, no fuera previsible la agresión.

La evitabilidad o no evitabilidad de la agresión da origen al problema de la fuga. Es opinión general que el agredido no tiene el deber de huir como medio de evitar la agresión, porque si en ocasiones una retirada digna pueda liberar el peligro y, por lo mismo, se encuentra en la disyuntiva de dejarse matar o huir, o de matar a su agresor.

La agresión, además, debe ser antijurídica, es decir, - el que ataca o acomete no debe tener ningún fundamento jurídico - para ello, ninguna norma jurídica debe autorizar al agresor para atacar en forma violadora del orden jurídico. Por tal razón se puede afirmar que la referida agresión debe ser sin derecho. Así por ejemplo, si una persona ha sido robada y pasado el tiempo ataca al ladrón, estaría actuando antijurídicamente, y si el ladrón

matara al mencionado individuo, obraría en legítima defensa, pues la persona ofendida por el robo podía seguir la vía legal correspondiente para recuperar lo robado exigido el castigo del transgresor de la ley, pero nunca hacerse justicia por su propia mano, además, como se ve, la reacción es extemporánea.

Por ello, de acuerdo con lo expuesto, se confirma que - el ataque debe ser sin derecho, es decir antijurídico, y que éste tiene carácter cuando contradice las normas objetivas de valoración. Así el acusado que alegare legítima defensa deberá - probar debidamente y en primer lugar, que al obrar lo hizo colocando en determinadas circunstancias, tales como que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar era injusta, es decir, contraria a Derecho.

1.9.- PELIGRO INMINENTE

Ahora bien de dicha agresión actual, violenta y sin derecho, debe resultar un peligro inminente, es decir, inmediato, - próximo, que amenaza con un riesgo cercano, en el que hay la posibilidad de que se verifique de inmediato el daño. El calificativo inminente se refiere al peligro, uniendo su significado, según la jurisprudencia, al concepto amenaza. ⁽³²⁾ Es decir, basta que ella exista y pueda realizarse prontamente para que se presente -

(32) Semanario Judicial de la Federación, T. CI, Pág. 829.

también la eminencia que la ley exige como elemento constitutivo de la legítima Defensa. Así no es necesario esperar el primer -- golpe para el nacimiento de la agresión, ni desaparece cuando -- aquél se ha recibido, porque puede ser seguido por otros.

Por lo expuesto, existiendo los mencionados elementos -- de agresión objetiva proveniente de una conducta humana, actual -- violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, se configura plenamente la legítima defensa, en la forma prevista por nuestro código penal vigente para el Distrito y territorios -- Federales, en la fracción III del artículo 15, salvo si intervienen algunas circunstancias negativas, como la ya expuesta de haber podido prevenir y evitar la agresión y otras que enseguida expon-dremos al hablar de los requisitos de la defensa reacción.

1.10.- LA DEFENSA

La reacción debe ser una efectiva defensa, es decir, no debe tratarse de una reacción artificiosa. Cuando se provoca dolosamente el ataque con el propósito de causar después una lesión al atacante no hay justificación, en la defensa, pues como dice -- Mezger . . . la agresión no debe ser provocada por la actitud o -- la conducta del agredido". (33) En estos casos, la lesión inten-cional que más tarde se causa comienza ya de ordinario con la pro

(33) Mezger, Eduardo; Ob. Cit., Pág. 392.

vocación misma, por lo cual, debe preverse la posibilidad de una defensa artificiosa que trata de evitar la punibilidad, es decir, asegurarse la impunidad de la lesión causada a otra persona. Pero la simple reclamación de respeto para el derecho que le pertenece a quien lo hace no puede considerarse como provocación inmediata ni suficiente para justificar la lesión y legitimar la defensa del agresor.

Si el agredido provoca la agresión sufrida dando causa suficiente e inmediata para ella, entonces la legítima defensa - si puede operar en favor del agresor, el cual repele una provocación suficiente constitutiva de una agresión. En este caso no existe ánimo de defensa en el agredido y, por lo mismo, no hay una legítima defensa, su provocación es insuficiente, al reaccionar en forma violenta contra el provocado ataque, actúa en legítima defensa.

Si la provocación es suficiente y constituye agresión, pero es aceptada por el provocado, se está frente a la hipótesis de riña. Más sin dicha provocación suficiente no constituye - agresión pero también es aceptado por el provocado, existen lesiones u homicidio simple o calificado.

Por lo expuesto se ve que la reacción debe ser una - - afectiva defensa, es decir, no simulada, provocando dolosamente el ataque, por ello, otra de las condiciones negativas de la le-

legítima defensa es la de no provocación de la agresión por el agredido dando causa suficiente e inmediata para ella sin aceptación del provocado. La provocación intencional por parte del agredido supone previsión y posibilidad de evitar la agresión y, por lo mismo, no existe necesidad de una defensa para justificarse.

1.11.- NECESIDAD

La necesidad debe ser requisito de la defensa, pues así como no hay legítima defensa sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad, ya vimos que una de las condiciones negativas de la legítima defensa es la previsión y la posibilidad de evitar la agresión. De esto se deduce que quien obra en legítima defensa debe encontrarse en esta de necesidad de repeler la agresión con todas sus características, pues la legítima defensa es un aspecto del derecho de necesidad, una necesidad privilegiada.

Lo anterior equivale a decir que no debe haber otros medios de evitar el mal que amenaza, pues si existen otras formas no violentas que puedan utilizarse para evitar el mal, la defensa realizada perdería su carácter de legitimidad; necesidad debe haber una necesidad racional del medio empleado; necesidad abstracta, pues debe tomarse en cuenta la especie y proporciones del caso concreto, como por ejemplo, si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después de otros medios legales, como la simple injuria, fácilmente reparable por la justicia.

De lo expuesto se deducen otros dos aspectos negativos de la legítima defensa: la necesidad racional del medio empleado, es decir, si el medio utilizado para rechazar la agresión es o no necesario; y la gravedad del daño que iba a causar el agresor, es decir, si el mal que iba a causar éste era o no fácilmente reparable después por otros medios legales, cuyo primer caso en este último implica la innecesidad de una defensa.

1.12.- EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa es procedente tanto respecto de las personas como de los bienes jurídicos, aspecto en el cual se encuentran acordes la mayoría de los códigos de Hispanoamérica. En efecto al preceptuar lo indicado establecen la posibilidad de la defensa de todos los bienes inherentes a la naturaleza propia de la persona, como son: la vida, la integridad corporal, la libertad, el pudor, y el honor, así como los bienes referidos a ella, es decir, su patrimonio. Nuestro código así lo establece al proteger la vida, el honor y los bienes, no sólo individuales sino también de terceros, pues, en la fracción III del artículo 15 establece que "son circunstancias excluyentes de responsabilidad . . . Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes o de la persona, honor o bienes de otro, . . . Además nuestro código establece la posibilidad de defensa del honor o patrimonio, pero separadamente de la forma especial de legítima defensa, estableciendo una especie de presunción de legítima defen-

sa en caso de ataque de los bienes o de asalto a nuestras cosas, en ciertas circunstancias que la propia ley establece, tales como que haya escalamiento, fractura o ataque u ocurra de noche la - - agresión.

1.13.- PROTECCION DE PERSONA

Las personas son los elementos fundamentales para la -- existencia de la sociedad, por ello el Estado debe protegerlos - salvaguardando su vida y, consecuentemente su integridad corporal. Todo esto hace que sea jurídica la defensa contra un ataque injus to contra su vida, su honor, o sus bienes. Respecto a la persona sólo protege a la física, pues las personas morales no podían de fenderse debido a su propia naturaleza, es decir, por carecer de aptitud para ello.

La persona física recibe protección en su vida, su inte gridad corporal, su libertad y seguridad sexuales y su libertad - individual del siguiente modo: a) se protege la vida en cuanto - el Estado siempre ha tenido especial empeño en conservar la de los integrantes del grupo social; por ello en todas las legislaciones la persona ha sido uno de los primeros bienes protegidos; b) Res pecto a la libertad y seguridad sexuales, siendo derechos protegí dos por el orden jurídico, procede la legítima defensa de los mis mos, y c) En cuanto a la libertad individual, siendo ésta una - garantía otorgada por la constitución en su artículo 14, en caso

de violarse sería aplicable la legítima defensa por ser un acto - contrario al Derecho.

Los bienes a que se refiere el Código Penal tratándose de legítima defensa, son los de naturaleza mueble o inmueble, así como también los derechos subjetivos. No todas las legislaciones han dado esta protección a la propiedad cuando se trata de legítimo derecho tomando en consideración la existencia de un medio legal al que acudir y siempre hay la posibilidad de recuperarla. Sin embargo, otras legislaciones como la nuestra sí protegen ese derecho, aunque consideran que no debe exagerarse la defensa de - la misma. Por eso nuestro código al proteger la propiedad lo hace en forma moderada y para ello establece que el "daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el -- que causó la defensa".

Nuestro código, como ya quedó asentado, se refiere, en relación a la legítima defensa, a los bienes muebles o inmuebles, pero con respecto a estos últimos sólo procede en situación de daño a los mismos, porque tal vez el daño causado será irreparable. He aquí una circunstancia que modera la protección a la propiedad. En tal caso procede la excluyente, en virtud de existir una situación de peligro señalado en el código penal.

Manifestamos que la Legítima Defensa no procede en relación

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"A R A G O N"

LA LEGITIMA DEFENSA Y LA REPARACION DEL DAÑO.

INTRODUCCION:

SEGUNDO CAPITULO

- 11.- PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA.
- 11.1.- INTRODUCCION AL ASPECTO PROBLEMATICO
- 11.2.- LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA
- 11.3.- DEFENSA EN CASO DE AUTO-AGRESION
- 11.4.- LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA
- 11.5.- LA LEGITIMA DEFENSA EN EL MIEDO GRAVE.
- 11.6.- LA LEGITIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD.

ción a los inmuebles, en virtud de tratarse de un delito de "despojo" perseguible por la vía legal, pero sí procede, como ya indicamos, cuando dichos inmuebles se encuentran en situación de daño, en razón de lo ya expuesto, es decir, que el daño sea irreparable.

Expuesto lo anterior creo estar ya en condiciones de adentrarnos al aspecto problemático de la Legítima Defensa que es la finalidad de este estudio y, por lo mismo, el siguiente capítulo lo dedico a dicho objeto.

11.- PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

Como ya quedó asentado en el capítulo anterior, se conduce antijurídicamente quien viola o pone en peligro los bienes o intereses tutelados por el Derecho a través de las normas. De este modo, al decir si una conducta es o no antijurídica, se está haciendo un juicio de valoración de la misma.

La antijuridicidad, en realidad, no es sino consecuencia del principio de legalidad predominante en el Derecho Penal, y por ende, al regir tal principio, la determinación de lo antijurídico deberá hacerse sobre la base del mismo, o sea que para precisar si un hecho es penalmente antijurídico deberá acudirse a la Ley Penal.

Ahora bien, si el hecho cometido encuadra dentro de alguna de las figuras de delito descritas en el texto legal, es muy probable, aunque no seguro, que sea penalmente antijurídico, pues si en su realización concurre alguna causa de justificación, no habrá antijuridicidad.

El juez, al comparar la conducta o hecho con la norma, lleva a cabo un proceso objetivo para saber lo que es contrario al Derecho; en cambio lo que el agente debe captar en el momento de actuar con dolo, es lo contrario al deber, pues la antijuridicidad es la valoración objetiva con la norma, y la conducta o hecho es el concepto natural, con independencia de su valor.

Cuando se realiza un juicio sobre la conducta antijurídica causante de la muerte de un hombre, no se toma en cuenta si hubo o no dolo, pues en el aspecto objetivo, éste es independiente de tal situación; se trata de una simple valoración objetiva.

La antijuridicidad es por consiguiente, un concepto valorativo; en cambio el tipo es la descripción legal de una conducta o hecho. Así por ejemplo, el homicidio definido objetivamente por la Ley, no lleva por fuerza al juzgador a determinar el castigo de quien lo realiza, sino que se sanciona sólo cuando se lleva a cabo ese juicio de valoración objetiva, es decir, por ser antijurídico, salvo, naturalmente, si alguna causa de justificación - transforma en jurídica la conducta o hecho causante de dicho acontecimiento.

El Derecho es una ordenación objetiva creada para garantizar el orden en el pueblo sobre el cual rige. Por tal razón, - el Derecho como ordenación objetiva de la convivencia social, presupone normas en virtud de las cuales se determina lo que es conforme al orden jurídico y lo contrario a éste, es decir, son normas objetivas de valoración, son juicios sobre determinadas conductas o hechos.

La lesión a dicho ordenamiento viene siendo la contradicción con las normas objetivas de valoración y, por lo mismo, la conducta o hecho aparecen como injustos, es decir, son antijurídicos.

A este respecto del Derecho corresponde la antijuridicidad, pues esa comparación de la conducta o hecho con la norma, es el juicio de valoración objetivo efectuado, o sea la antijuridicidad, pues una conducta o hecho son antijurídicos cuando contradicen las normas objetivas del Derecho.

De todo ello puedo afirmar que la antijuridicidad es un concepto objetivo y valorativo.

Ahora bien, si la antijuridicidad es una lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, podemos decir que cuando falta la antijuridicidad no hay delito, es decir, la conducta o hecho se justifican, opera alguna de las causas de justificación, las cuales, en realidad, son actos realizados conforme a Derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuridicidad, y como ésta es un concepto valorativo, lo no antijurídico, es lo jurídico, pues al valorarse una conducta o hecho como apegados a Derecho, lo único que se hace es justificarlos.

Por esta razón creo que, como dice Porte Petit, "la denominación aceptable sería tal vez: aspecto negativo del delito - o inexistencia del delito". (1)

(1) Porte Petit, Celestino C., Programa de la Parte General del Derecho Penal. 1a. Ed., Dirección General de Publicaciones de la U. N. A. M., México, 1958, Pág. 298.

Las causas de justificación, por tanto, son aquellas -- conductas o hechos que revisten la figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de antijuridicidad.

De acuerdo con lo expuesto y aplicando el sistema que -- consiste en acudir al repertorio de las causas de justificación -- expresamente consignadas en la Ley para reconocer la ausencia de antijuridicidad, podemos decir que dichas causas justificantes -- son: a) El ejercicio de un derecho, b) El estado de necesidad, c) El cumplimiento de un deber, d) El consentimiento del presunto ofendido y e) La legítima defensa.

a) Si el ejercicio de un derecho es una facultad, la -- obtención del mismo no origina sanción alguna, pues quien hace o deja de hacer lo que tiene derecho, no comete delito alguno, ni -- a nadie puede ofender, porque el ejercicio del Derecho supone la adecuación de la conducta a una norma legal y, por lo mismo, existe una causa de justificación en favor del que obra en tal estado.

b) El estado de necesidad es una causa de justifica-- ción, que consiste, de acuerdo con la definición de Franz Von -- Liszt, adoptada por la mayoría de los tratadistas, en "una situa-- ción de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intere-- ses de otro, jurídicamente protegidos". (2)

(2) Liszt Von, Franz; Programa de la parte General del Derecho -- Penal, 1a. Ed., Dirección General de Publicaciones de la -- UNAM., México, 1958, Pág. 299.

Es decir, aunque existe una colisión de dos Derechos igualmente protegido por el Derecho, éste no puede dejar de tomar en cuenta una determinada situación y, por lo mismo, justifica la conducta del que viola el bien jurídico de menor trascendencia, de menor valor, como es el caso del capitán de marina que se ve en la necesidad de destruir la carga tirándola al mar, para proteger y salvar la vida de sus pasajeros y la tripulación, pues como veremos, la vida es el elemento de mayor importancia, y en igual caso estaría el hambriento que roba comida, chocando en estos casos el derecho a la vida y el derecho de propiedad del despojado.

c) El obrar es cumplimiento de un deber, es causa de justificación referida no sólo a los funcionarios públicos e individuos constituidos en autoridad, sino a todas las personas obligadas legalmente a actuar en determinada forma.

Este deber siempre ha de ser jurídico, o sea, impuesto imperativamente por la Ley, pues sólo el cumplimiento de tales obligaciones tienen trascendencia en las relaciones sociales regulada por el Derecho.

No comete delito alguno el que actúa obligado por la Ley; su conducta es completamente lícita y, por lo mismo, no se le puede imputar delito alguno; existe en su favor una causa de justificación.

La justificación del que obra en ejercicio de un derecho, tiene su razón de ser en cuanto que la Ley permite actuar en determinada forma. Esta facultad en ningún caso puede ser un actor delictivo, aunque si se abusa de ese derecho sí puede ser tal.

d) El consentimiento del presunto ofendido es aceptable para algunos autores, como causa de justificación, pero sólo para casos muy excepcionales y en forma muy limitada.

Naturalmente para que pueda considerarse como causa de justificación, el consentimiento debe ser otorgado previa o contemporáneamente al hecho delictivo y, además, no debe aparecer como elemento del delito de que se trate, pues de lo contrario daría lugar a la atipicidad, en caso de existir el consentimiento del presunto ofendido, en los delitos contra bienes disponibles.

Esto quiere decir que el consentimiento del presunto ofendido puede dar lugar a la atipicidad o a una causa de justificación y, por tanto, deberá verse si aparece o no, como elemento del delito correspondiente.

Como claros ejemplos de estas situaciones tenemos los delitos de robo y daño en propiedad ajena: la existencia del consentimiento en el primero da lugar a la atipicidad y en el segundo a una causa de justificación, pues en este último caso se obra conforme a Derecho y, por lo mismo, la conducta está justificada,

y ya vimos que sin antijuridicidad no existe conducta o hecho delictivo.

e) Por último, podemos asegurar que la legítima defensa es otra causa de justificación, puesto que siendo las causas de justificación aquellas conductas o hechos realizados conforme a Derecho, ésta justifica, como por ejemplo, cuando se demuestra -- que el occiso fué privado de la vida por el sujeto activo, cuando era objeto de una agresión injusta.

11.1.- INTRODUCCION AL ASPECTO PROBLEMÁTICO

Después de haber expuesto someramente en el capítulo anterior la teoría del delito, nos encontramos ya en condiciones de adentrarnos al estudio de la problemática de la legítima defensa, objeto del presente trabajo y, de acuerdo con lo ya expuesto en el capítulo precedente aparece, a nuestro modo de ver, más fácil su exposición para poder plantear y resolver las principales cuestiones conexas a la misma.

Dichos problemas se presentan en diferentes aspectos -- aparentemente confundibles, pero teniendo una visión más o menos clara de la legítima defensa, resulta más sencillo encontrar una solución de los mismos, evitando así confusiones de fatales consecuencias legales, al aplicar una resolución equivocada.

De entre los diversos aspectos problemáticos, debemos - destacar como principales los siguientes: la existencia o inexistencia de legítima defensa recíproca; el caso de auto-agresión en la legítima defensa; si la riña y la legítima defensa pueden - - coexistir o no, y si ésta es procedente en los casos de riña; si las eximentes de miedo grave y de estado de necesidad pueden coexistir con la legítima defensa o confundirse con ésta; si el móvil es o no necesario en la legítima defensa; el caso del pretexto de legítima defensa; el exceso de la legítima defensa, su naturaleza y sus formas; los problemas en que se presenta la legítima defensa con un estado putativo, como son:

- a) Una defensa putativa frente a una legítima defensa real;
- b) Una defensa putativa frente a otra defensa putativa, ambas en referencia a la legítima defensa real;
- c) Si la defensa putativa puede identificarse con el delito putativo, y si ambos tienen la misma trascendencia jurídica, así como la situación de los dos frente a la legítima defensa real, y
- d) El caso de una defensa putativa de quien interviene a favor de un tercero; los diversos problemas que -- puede presentar un error accidental en la legítima - defensa; si existen y puede hablarse de presunciones de legítima defensa.

Veamos detenidamente cada una de estas cuestiones.

11.2.- LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA

Un primer problema es el de si puede o no existir una - legitima defensa reciproca, cuestion planteada por Enrique Ferri, quien afirmando que "lo putativo equivale a lo real" (3) llego a afirmar la existencia de la misma por medio de una tesis expuesta como litigante en dos casos siguientes: Uno se refiere al choque habido entre dos grupos de jóvenes politicos contrarios y el otro al dueño o morador de una casa, que encuentra dentro de ella a un desconocido. El conflicto del primer caso surge debido a que, da da la excitación y recelo de todos, alguno creyó que eran atacados provocando la defensa de los demás y, en el segundo caso, debido a que el morador saca un revólver por considerar un ladrón - al desconocido que al verse en peligro, se prepara a la defensa.

Ferri sostiene que si el equivoco no se elimina rápidamente, uno y otro pueden encontrarse en Legítima Defensa.

Examinemos estos ejemplos: en el primer caso, el ilustre autor Italiano habla de suposición de ataque, provocación de una reacción defensiva, y de la existencia de recelo y excita-

(3) Ferri, Enrique; Principios de Derecho Criminal, Ed. Rous, 1a. Ed., Vol. CLXVIII, Madrid, 1933, Pág. 472.

ción de parte de todos; en el segundo ejemplo está presuponiendo la existencia de una provocación de reacción defensiva. Ahora -- bien, suponer una agresión violenta donde no la hay, no es fundamento suficiente para admitir la legítima defensa. Provocar una reacción defensiva invalida a la legítima defensa cuando aquélla es suficiente; y hablar de que entre ambos grupos existía recelo y excitación de parte de todos, es presuponer la previsión y la posibilidad de evitar la agresión, pero no lo hacen, lo cual, como ya vimos, es una circunstancia negativa que da como resultado que no exista pues si se presentan estas circunstancias, ello significa que no existía violencia, pues ésta supone que el agredido no pudo prever ni evitar la agresión.

De lo expuesto consideremos que esta tesis es falsa, -- pues su autor usa razonamientos equivocados al exponerla, afirmando situaciones legítimas de ambos protagonistas pero a la vez exponiendo consideraciones que, por sí mismo, destruyen sus razonamientos.

Como se ve, esta teoría sustentadora de la existencia de una legítima defensa recíproca, se destruye por su propia base, -- pues, como dice Jiménez de Asúa criticando a Ferri "ello es una contradicción interminis y un imposible en la lógica jurídica". (4)

(4) Jiménez de Asúa, Luis; La Ley y el Delito, Ed. Hermes, 2a. Ed., Buenos Aires, 1954, Pág. 317.

En confirmación del equivoco de esta teoría podríamos afirmar, partiendo de lo ya expuesto o sea que la Legítima Defensa es objetiva o justificante, es decir, una conducta conforme a derecho, que su origen se encuentra en la conducta antijurídica de otro individuo, y para que pudiera existir una legítima defensa recíproca sería necesaria la existencia de una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica de ambas partes, cosa completamente inaceptable. La lógica se impone, pues no pueden existir conductas contrarias que sean jurídicas y antijurídicas a la vez, y por lo mismo, no es posible la existencia de la legítima defensa recíproca.

Por lo expuesto, considero que, así como no es admisible la legítima defensa contra quien ejercita un derecho o contra quien actúa en estado de necesidad, tampoco es posible repeler al que se defiende legítimamente, y por lo consiguiente, no cabe legítima defensa contra legítima defensa, o sea legítima defensa recíproca.

1.13.- DEFENSA EN CASO DE AUTO-AGRESION

Otro problema es el de si puede presentarse una legítima defensa en el caso de auto-agresión, es decir, la intervención en favor de un tercero que se agrede a sí mismo.

Como no todos los bienes propios son disponibles, si -

una persona infiere una ofensa a un bien propio del que no se pueda disponer, actúa antijurídicamente y, por lo mismo, sí es legítimo impedir dicha ofensa, incluso recurriendo a la fuerza en caso necesario, pues el que interviene actúa conforme a derecho, -- pues defiende un bien jurídicamente protegido, como lo es la vida, bien propio no disponible.

Por lo expuesto, consideramos que sí procede la legítima defensa en el caso de auto agresión, cuando se trata de bienes no disponibles, exceptuando los casos en que la ofensa a uno mismo está permitida por la ley o la costumbre, pues la legítima defensa en caso de auto agresión, como dice Porte Petit, consiste en "la intervención a favor de un tercero que se agrede en bienes no disponibles". (5)

11.4.- LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA

Otro problema es el de si la legítima defensa y la riña pueden o no coexistir, en virtud de que en ambos casos hay contienda de obra.

Veamos esta situación, riña quiere decir pendencia, combate, contienda, y nuestro código penal vigente en su artículo 34, preceptúa que: "por riña se entienda, para todos los efectos lega

(5) Porte Petit, Celestino C., Ob. Cit., Pág. 345.

les; la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas".

En la riña ambos contendientes se colocan en el mismo plan de ilicitud, pues en estos casos siempre existe la proposición de la pelea y su aceptación, lo cual supone voluntariedad de ambos para resolver mediante la violencia una cuestión privada y, por lo mismo, existen dos agresiones que son igualmente antijurídicas. Además, existe la conciencia de ambos contendientes de estar violando el orden jurídico.

Como se ve, en la riña la antijuridicidad no desaparece, pues el agente tiene la posibilidad de actuar típica pero no antijurídicamente.

En cambio la legítima defensa, como ya vimos, es una -- causa de justificación (aspecto negativo de la antijuridicidad), es decir, la antijuridicidad desaparece, pues en tal caso sólo -- existe una agresión y el rechazo de la misma, y por lo mismo el -- que actúa en Legítima Defensa, lo hace jurídicamente, conforme a Derecho.

Sin embargo, la existencia en ambas situaciones de una contienda de obra, podría dar lugar aparentemente a ser confundidas, por lo que, para determinar si en una contienda hubo riña o Legítima Defensa, es indispensable fijar bien las circunstan-

cias en la agresión, pues la contienda por sí sola, no puede servir ordinariamente para diferenciar una de otra. Por ello, para calificar si la contienda fue una riña conforme a nuestro precepto legal, no basta el aspecto exterior y objetivo del problema -- porque también en la Legítima Defensa puede haber intercambio de acciones lesivas, sino a lo que hay que atender para llegar a una resolución correcta, como lo dice la jurisprudencia "es el aspecto subjetivo del caso". (6)

Por lo expuesto, estimamos que la riña y la Legítima Defensa son incompatibles y no pueden coexistir.

11.5.- LA LEGITIMA DEFENSA EN EL MIEDO GRAVE

Otro problema es el de si la Legítima Defensa y el miedo grave pueden confundirse o coexistir.

El miedo es la sensación de angustia que tiene por causa el temor de un peligro y el temor es la sospecha de un daño -- próximo. Esto quiere decir que quien actúa por miedo o temor lo hace debido a una alteración meramente psicológica, por la cual cree que la agresión se realiza; mientras el que defiende su vida obra en condiciones normales, pues su inteligencia y su voluntad funcionan normalmente al reaccionar contra la agresión, y por es-

(6) Semanario Judicial de la Federación, T. CVII, Pág. 857.

ta razón no puede confundirse.

No pueden coexistir el miedo grave y la Legítima Defensa, pues aquél es una causa de inimputabilidad.

Como sabemos, lo que caracteriza a la causa de inimputabilidad, de modo que quien obra impulsado por miedo es irresponsable porque su voluntad está anulada. En cambio la Legítima Defensa es una causa de justificación. Quien obra en tal estado lo hace en condiciones normales de inimputabilidad y como las causas de justificación se caracterizan por la ausencia de ilegalidad, pues el individuo obra con su inteligencia y voluntad normales, el acto realizado no le es imputable por ser justo, o porque se pliega al Derecho.

11.6.- LA LEGITIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD

Sobre el problema de si el móvil es o no necesario en la Legítima defensa, suelen adoptarse dos posiciones: una, que el individuo debe tener un "Animus Defendendi", ya sea respecto a su persona o a favor de otro; y otra, que no requiere el "Animus Defendendi", bastando que objetivamente haya actuado defendiendo intereses jurídicamente protegidos, aunque el sujeto ignorara que con su acción defendía dichos intereses.

En general se exige la voluntad de defensa, por eso algunos autores dicen que no practica una defensa necesaria quien no tiene voluntad de defenderse, pero Jiménez de Asúa dice "no es lo mismo exigir voluntad de defensa que motivo o fin de defenderse,

aunque hay autores que los identifican" (7), agregando posteriormente que "la voluntad es el paso para que se llegue al motivo, - pero pueden concebirse la una sin el otro". (8)

Como la preposición "en" constituye la base del problema, Jiménez de Asúa dice que, "la presición "en" ha de interpretarse como exigencia del ánimo a fin de defenderse", (9) y como la fracción III del artículo 15 de nuestro código penal vigente establece que en circunstancia excluyente de responsabilidad penal obra el acusado "en" defensa . . . , etc., debemos estimar como dicho - autor, que si es necesario el móvil en la legítima defensa, pues dicha preposición debe considerarse como expresiva del ánimo de - defensa, aunque haya autores que nieguen esto por considerar que se toman en cuenta elementos subjetivos.

Ahora bien, si se toma en cuenta que en la conducta del reo en la que existe el ánimo de rechazar la agresión influye sólo la venganza, notoriamente el móvil de dicha conducta no es el de legítima defensa. La necesidad del móvil en la legítima defensa se exige para invalidar ésta cuando exclusivamente se opera -- por un motivo ajeno a la protección de un bien en peligro, como -

(7) Jiménez de Asúa, Luis; Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, 1956, T. IV, Pág. 195.

(8) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 199.

(9) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 199.

es la finalidad de la legítima defensa, pues no debe olvidarse - que el derecho es esencialmente finalista, y como dice Francisco Castejón "la ley no la autoriza para satisfacer un deseo de venganza, encubierto bajo apariencia de legalidad y, por tanto, la defensa no ha de estar motivada por resentimiento ni otro motivo ilegítimo". (10) Además, es muy posible que el reo odie a su -- agresor y por lo mismo, al darle muerte satisfaga un deseo de -- venganza. Sin embargo, debe tomarse en cuenta qu el defensor no vaya guiado únicamente por ese afán, pues para que la defensa -- sea lícita ha de estar impulsada por un sentimiento justo. Si - las lesiones que infiere el reo fueron resultado de un acto de - venganza y se demuestra que sólo éste influyó en él, es decir, - el deseo de venganza, esto basta para eliminar la procedencia de la legítima defensa.

Otro aspecto problemático que puede presentarse es - - cuando provoca artificiosamente el ataque del antagonista para - presentarse con apariencia de agresor injusto, o sea, cuando - - existe pretexto de legítima defensa, llamado así porque quien -- aparece como necesitado de evitar el peligro, había efectuado hã bil maniobra para justificarse en sus violencias.

Cuando examinamos los elementos de la legítima defensa, vimos que la defensa o reacción debe ser no provocada y neces-

(10) Castejón, Francisco; Comentarios Científico-Prácticos al Código Penal de 1970, Madrid, 1926, T. II, Pág. 523.

ria, y en caso de que el agredido provocara la agresión con fin de prepararse una excusa, es decir, para obrar en estado de legítima defensa frente al exceso previsto de reacción, no puede decirse que el agente se encontraba en la necesidad de alejar el peligro, porque lo había provocado voluntariamente para procurarse la impunidad y, por tanto, no puede existir legítima defensa, porque en este caso la reacción o exceso está calculado.

El artículo 15, Fracción III, del Código Penal vigente para el Distrito y Territorios Federales, reglamenta la legítima defensa previniendo esta situación de acuerdo con el criterio anterior, pues establece que no existirá dicha excluyente de responsabilidad cuando el agredido haya provocado la agresión, dando -- causa inmediata y suficiente para ella.

En consecuencia, de acuerdo con esto, pueden presentarse las dos hipótesis siguientes: que se haya provocado suficiente mente la agresión, o provocado insuficientemente. En el primer caso, como se ve, no hay ánimo de defensa y por lo mismo, nos hallamos ante el pretexto de legítima defensa, pues como dice Jiménez de Asúa "cuando no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el pretexto de legítima defensa". (11)

Por la misma razón Porte Petit dice "es indudable que

(11) Jiménez de Asúa, Luis; Ob. Cit., Pág. 319.

dados los términos de la ley, puede hablarse de pretexto de legítima defensa, cuando la provocación sea suficiente, pues de lo -- contrario, o sea, cuando el agredido haya provocado insuficientemente la agresión, podrá acogerse a la legítima defensa". (12)

Por lo expuesto, consideramos que cuando se busca expresamente ser agredidos con fines de venganza o de otro fin ilícito, no ejecutamos una legítima defensa, pues habiéndola buscado expresamente no nos será favorable, aunque se actúe con todas las apariencias de una causa de justificación.

Otro aspecto problemático que puede presentarse es el relativo al exceso en la defensa, es decir, cuando no se obra en forma suficiente y moderada para proteger el bien jurídico amenazado.

Hemos visto que el pretexto de legítima defensa, o sea cuando se provoca artificiosamente la agresión, da lugar a un -- exceso de defensa, pues ésta no puede ser racional ni suficiente, por estar prevista la reacción y consecuentemente, el exceso, -- pues ha quedado establecido que la reacción en la legítima defensa debe ser necesaria y proporcionada. Naturalmente que, siendo la legítima defensa una reacción defensiva necesaria y proporcionada contra una agresión imprevista, actual, violenta, sin dere-

(12) Porte Petit, Celestino C., Ob. Cit., Pág. 346.

cho, de la cual resulte un peligro inminente, para que en ella -- exista exceso es indispensable la integración de los mencionados elementos.

Si no se integran los elementos de la legítima defensa, no existe la base de la modalidad, pues si no hay un estado de de fensa, es ilógico hablar de desproporción entre el daño que ame naza y el causado al repelerlo, así como si tal daño era fácilmente reparable, pues estas circunstancias crean el exceso en la defen sa.

Por ello el exceso en la defensa opera cuando los medios defensivos superan a los de ataque, en cuyos casos existe exceso propiamente dicho o "exceso intensivo", y lo mismo sucede si en la misma unidad de tiempo el ataque ha perdido la posibilidad de riesgo para el ofendido. Es más, si éste prolonga la acción de fensiva, una vez concluido el ataque casos en los cuales hay exce so en el derecho de defensa, o sea "exceso en la causa", los me dios de rechazo que continúa empleando resultan desproporcionados, por eso Sebastián Soler dice "hay exceso cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halla puede emplear me nos ofensivos e igualmente eficaces, como cuando pudiendo herir - con eficacia liberatoria, sin embargo se mata". (13)

(13) Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino, Tipográfica Edito ra Argentina, 1a. Ed., Buenos Aires, 1945, T. I. Pág. 432.

Por los motivos expuestos, consideramos que cuando se actúa con violencia excesiva con fines defensivos, en cualquiera de las formas indicadas, estamos frente a una causa de inculpabilidad.

Un estado putativo puede presentar varios problemas en relación a la Legítima Defensa, por cuanto puede ser confundida con ésta, como son: a) Cuando una defensa putativa, se encuentra frente a una Legítima Defensa real; b) El caso de la presencia de una defensa putativa recíproca; c) Si la defensa putativa puede identificarse con el delito putativo, y si ambos tienen la misma trascendencia jurídica, así como la situación de ambas frente a la Legítima Defensa real; y d) El caso de una defensa putativa de quien interviene a favor de un tercero.

a) Respecto a la primera situación podemos decir que, como la defensa putativa es una errónea creencia de una agresión y por otra parte no existe voluntad de agresión, se está frente a una causa de inculpabilidad, pues si una persona se cree injustamente agredida y en consecuencia, actúa en contra del supuesto --agresor, existirá en su favor una defensa putativa que, como ya dijimos, es una causa de inculpabilidad; en cambio cuando el supuesto agresor repele dicha agresión, se encuentra ante una situación de Legítima Defensa real, pues ésta es de carácter objetivo y repele la agresión de quien se cree injustamente agredido y por lo mismo, existe en su favor una causa de justificación.

Por tanto, partiendo de la afirmación de que "no existe Legítima Defensa contra legítima defensa", en el supuesto caso de presentarse una situación de rechazo de una agresión real frente a la repulsa de una supuesta agresión, nos encontraríamos en el caso de la existencia conjunta de una Legítima Defensa real y una Defensa putativa y la verdadera sería la del que repele esta última.

b) Pero puede darse el caso de que entre ambos contendientes exista una creencia errónea de un ataque injusto y en tal caso, ninguno se encontraría ante una Legítima Defensa real y por lo mismo, no había en su favor ninguna causa de justificación, si no habría simultáneamente en favor de ambos una causa de inculpabilidad, por tratarse de la existencia de una defensa putativa recíproca pues se encuentra ante un error de hecho esencial e inevitable, creyendo estar ante una Legítima Defensa real. Estas conductas serían antijurídicas, pero inculpables.

c) Respecto al tercer caso podemos decir que como la defensa putativa es una errónea creencia de una agresión, y por lo mismo, es una causa de inculpabilidad y el delito putativo, es una errónea creencia de la existencia de un delito, no pueden identificarse ni tampoco tiene la misma trascendencia jurídica, pues el delito putativo no tiene ninguna mientras la defensa putativa sí lo tiene porque es antijurídica pero inculpable. Por la razón expuesta, ambos son distintos de la Legítima Defensa, en --

virtud de que ésta es una causa de justificación, y el delito - - existe pero es justificado. En el delito putativo se estima como tal una conducta que no lo es y en la defensa putativa se considera que se está en un caso de Legítima Defensa. El delito putativo no tiene trascendencia en el orden jurídico. En la Legítima - Defensa el delito existe, pero queda invalidado por la defensa -- real al justificar la conducta o hecho delictuoso.

d) También puede darse el caso de alguien que creyendo que un tercero es injustamente agredido, interviene a su favor -- considerando que al hacerlo ejerce una Legítima Defensa. Esta intervención no puede considerarse como causa de justificación, - sino como de inculpabilidad, porque su conducta aún cuando antijurídica, es inculpable, por presentarse un error esencial e invencible.

Otro problema es el relativo al error accidental en la Legítima Defensa, en cuyo caso pueden presentarse las siguientes hipótesis: la aberratio ictus y la aberratio in persona, pues algunos autores respecto a la hipótesis opinan que el error accidental o inesencial es irrelevante para destruir la conducta jurídica. Entre ellos tenemos a Sebastián Soler el cual considera que "se trata de un caso de Legítima Defensa siempre que el - -- error no sea culpable"; ⁽¹⁴⁾ y a Franz Von Liszt el cual opina -

(14) Soler, Sebastián; Ob. Cit., Pág. 409.

diferente al considerar que "en estos casos nos encontramos en un estado de necesidad"; (15) mientras que otros opinan que dicho -- error sí es relevante para destruir la Legítima Defensa. Entre es tos tenemos a Eduardo Mezger el cual opina que "la lesión a terce ras personas causadas con motivo de la Legítima Defensa, no queda cubierta con ésta"; (16) y a Castejón, el cual piensa que "en tal caso no es admisible Defensa Legítima, porque siendo ésta una -- reacción ilícita contra un agresor injusto, no puede darse dicha -- reacción contra un tercero inocente y ajeno a la agresión". (17)

Nosotros consideramos que para darles una resolución co rrecta, a este respecto deben tomarse en cuenta las formas presen tadas en cada caso, pues según el caso y las circunstancias, es -- la resolución que a cada uno deberá corresponder y así tenemos -- los siguientes:

a) Cuando la lesión se produce en los bienes de un ter cero neutral, la destrucción de este medio agresivo utilizado por el agresor como medio de ataque, queda comprendido en la Legítima Defensa;

b) Cuando la lesión se causa al medio defensivo por el atacado o a un tercero que fatalmente ha de ser herido, la des-

(15) Liszt Von, Franz; Tratado de Derecho Penal, Ed. Rous, 2a. Ed., Madrid, 1927, T. II, Pág. 335.

(16) Mezger, Eduardo; Tratado de Derecho Penal, 2a. Ed., Tomo I, Madrid, 1946, Pág. 441.

(17) Castejón, Francisco; Ob. Cit., Pág. 531.

trucción del medio utilizado por quien se defiende o la muerte o las heridas causadas a dicho tercero neutral, se justifican, pero se comparan por el estado de necesidad;

c) Cuando se da muerte o se hiere a un transeúnte tercero neutral, caso en el que queriendo tirar sobre el agresor - erramos la puntería o cuando nuestro golpe o disparo alcanza al que se impone entre el atacante y nosotros, deberán aplicarse los principios que rigen la culpa, y

d) Cuando el agredido en Legítima Defensa, hace un disparo y la bala hiere o mata al agresor injusto pero además hiere o mata a otra persona, aquél está excluido de responsabilidad penal por lo que hace a este último, pues al disparar lo hace con derecho a repeler la agresión de que era víctima, pasando la bala accidentalmente a herir o matar a otra persona contra quien no iba dirigido el disparo, ya que, como dice la jurisprudencia: "si éste fue un acto lícito, no puede considerarse ilícita una de las consecuencias que tal acto produjo". (18)

Respecto a la aberratio in persona, o sea cuando el error no recae sobre el uso de los medios empleados o sobre otro similar si no consiste en confundir una persona con otra, parece no haber problema al respecto, puesto que la mayor parte de los autores están de acuerdo que en tal caso no existe una Legítima

(18) Semanario Judicial de la Federación, T. LII, Pág. 1127.

Defensa real sino que se aplican los principios relativos a la Legítima Defensa putativa, y por lo mismo, existe a favor del que actúa en esta forma una causa de inculpabilidad.

Efectivamente, el atacado al creer que es otra persona la que lo ataca y dispara contra ella, quien en realidad es inocente pero a quien el atacador equivocadamente considera autor de la agresión, sufre, en este caso, un error esencial y la responsabilidad desaparece por falta de culpabilidad, pues el hecho reúne todos los caracteres de la Legítima Defensa putativa.

Un aspecto problemático que puede presentarse es respecto a las llamadas presunciones de la Legítima Defensa pueden existir y operar como verdaderas Legítimas Defensas.

Siendo la existencia de una agresión actual, violenta, sin Derecho y de la cual resulte un peligro inminente, que se repete, lo que caracteriza a la Legítima Defensa, cuando durante la noche una persona escala o fractura los cercados, paredes o entradas de una casa, expresamente se deja de exigir la existencia de una agresión o cuando dicha persona se introduce al hogar por la noche y ejerce violencia sobre las personas o cosas que en ese sitio se encuentren, la violencia puede ejercerse sin agredir, resultando desproporcionada en muchos casos la repulsión dañosa que se autoriza en contrapartida a la violencia ejercida por el allanador.

De este modo, en tales casos no puede presumirse que los requisitos de la Legítima Defensa se presentan, por eso Sebastián Soler ha preferido llamar "privilegiados" a estas formas de defensa, aunque Jiménez de Asúa manifiesta que "es mejor distinguirlas con el epígrafe de presunciones de Legítima Defensa", (19) en lo que nosotros estamos de acuerdo porque éstas no se exigen de -- acuerdo con sus específicos elementos, sino como dice el Código - Argentino "Se entiende que concurren, y en el Código Mexicano "se presumirá que concurren".

Ahora bien, al disponer nuestro Código Penal la presunción de existencia de Legítima Defensa cuando se rechaza al ladrón durante la noche, en determinadas circunstancias específicas, cualqquiera que sea el daño causado a su agresor, es porque el Legislador considera las formas como se llevan a cabo esas circunstancias, las cuales son de tal manera graves y de consecuencias difíciles - de prever y por lo mismo, ponen al agredido en condiciones que no le permiten reflexionar sobre los medios más adecuados para evitar la agresión y si debido a tal estado de ánimo, emplea medios que resultan mortales para el agresor, estos aparecen justificados por la tembilidad revelada por el agresor al llevar a cabo - una agresión en las condiciones indicadas. Por tanto, para que - exista dicha presunción, no es necesario la demostración de la -- existencia de una agresión o que los hechos fundamentales induzcanan a la creencia subjetiva de su existencia, pues la ley habla -

(19) Soler, Sebastián; Ob. Cit., T. IV, Pág. 256.

de que la presencia del extraño ocurra de noche y en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión, para su -- existencia, o en tales casos quedaría conformada la Legítima Defensa real o la putativa, y la presunción prevista en los dos últimos párrafos de la fracción III del artículo 15 no sería aplicable, pues estos casos, aunque no constituyen una presunción de Legítima Defensa, sí son casos que se equiparan a ella, por esta razón podemos decir que estas llamadas presunciones de Legítima Defensa sí pueden existir y operar como verdaderas Legítimas Defensas.

Una situación de estado de necesidad, puede presentar -- problemas en relación a la Legítima Defensa por ser una situación que aparentemente es lo mismo, en virtud de que la Legítima Defensa es un estado de necesidad, privilegiado y tanto en uno como en otra existe: un estado de necesidad, un ataque y dos bienes en -- pugna por lo que, se impone su exposición para ver si existe dicha semejanza o son diferentes.

Esto se logra exponiendo el concepto de ambos y consecuentemente sus modalidades, requisitos o elementos, lo que trataremos de hacer.

De acuerdo con la definición de Franz Von Liszt, adoptada por la mayoría de los tratadistas, el estado de necesidad es -- "una situación de peligro actual de "los intereses protegidos por el Derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de

los intereses de otro, jurídicamente protegidos", (20) y de acuerdo con la definición que sobre Legítima Defensa elaboramos, podemos decir que las diferencias entre ambas instituciones son las siguientes:

a) En la Legítima Defensa existe una defensa o contraataque, en cambio en el estado de Necesidad existe una acción o simple ataque.

b) Mientras en la Legítima Defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo de agresor y el bien jurídico protegido del atacado, en el estado de necesidad el conflicto se produce entre dos intereses procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por el Derecho, y

c) Mientras que la conducta determinante del peligro - que se tiende a evitar con la Legítima Defensa, se encuentra en una voluntad humana, ya que sólo el hombre es capaz de ser injusto, en el estado de necesidad el peligro no ha sido creado por ninguna voluntad injusta.

Por lo expuesto se ve, que aunque tanto la Legítima Defensa, como el estado de necesidad son causas de justificación, y son instituciones completamente diferentes, y, por lo mismo no deben ser confundidas.

(20) Liszt Von, Franz; Ob. Cit., Pág. 341.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

"A R A G O N"

LA LEGITIMA DEFENSA Y LA REPARACION DEL DAÑO.

INTRODUCCION:

TERCER CAPITULO

- 111.- SOBRE LA REPARACION DEL DAÑO.
- 111.1.- ANALISIS SOBRE LA REPARACION DEL DAÑO.
- 111.2.- CUAL ES LA ESPECIE DE SANCION A LA QUE PERTENECE LA REPARACION DEL DAÑO.
- 111.3.- EN QUE TIEMPO DEBE PROBARSE EL DAÑO CAUSADO Y LA FORMA DE SU REPARACION.
- 111.4.- FORMA DE HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO.
- 111.5.- IMPORTANCIA DE LA REPARACION DEL DAÑO.
- 111.6.- MONTO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

III.- SOBRE LA REPARACION DEL DAÑO

Antecedentes.- El hombre primitivo respondió a la agresión de que era objeto con reacciones puramente animales infiriendo a su agresor un daño tan grave como su fuerza física o su destreza se lo permitían. En esta etapa no puede hablarse de delitos ni de justicia, pues no encontramos sino el libre juego de las fuerzas naturales y la naturaleza no es ni justa ni injusta. En este caso encontramos los antecedentes más remotos del Derecho Penal. El hombre ya no se siente aislado, tiene derecho de que la tribu lo proteja y lo vengue. Aparecen en esta época las primeras limitaciones de la venganza privada el Talión y posteriormente la Composición.

Dentro de la venganza privada, cada quien podía hacer justicia por su propia mano, el ofendido responde por sí sólo o ayudado por sus familiares para tomar venganza por la lesión a sus intereses, en esta forma la acción penal era considerada un derecho privado legítimo del Estado.

Sin embargo en este periodo impera el más fuerte sobre el más débil, el más astuto o inteligente sobre el más humilde o tímido; lo cual en consecuencia de los múltiples abusos cometidos; originó la intervención del Estado con el fin de moderar dichos excesos haciéndolas por medio de las instituciones: La Composición y el Talión.

La COMPOSICION humanizó aún más que el TALION, ya que en la cual se le permitía al delincuente su rescate mediante el pago de una suma de dinero: o bien entregando armas o animales, no era otra cosa que la compra de la venganza para evitar su ejercicio, en cambio la Ley del Talión se sigue observando, el sistema de la venganza privada, consiste en un daño igual o semejante al que había causado el delincuente. De ahí que tal Ley se enunciara en los siguientes términos "DIENTE POR DIENTE, OJO POR OJO", la influencia del Talión se hizo sentir en el código Penal de Martínez de Castro en el año de 1871, adoptado en nuestro Estado en 1876, y así en los artículos 235 y 665 del ordenamiento citado, respectivamente se lee, "Se impondrá al testigo (falso) la pena impuesta al acusado, si se le condenó" (cuando el calumniado sea condenado por sentencia irrevocable; se pondrá al calumniador la misma pena que aquél, se puede asegurar que la composición y el Talión, representan un adelanto moral y jurídico para la humanidad no obstante que en la actualidad los consideramos como ordenamientos bárbaros pero es de advertirse que no sólo la Ley del Talión instituye la venganza privada en la forma que la hemos referido, pues en el Código de Amurabi, que data de dos mil años antes de Jesucristo, ya se establecían disposiciones al respecto, como los siguientes: "si alguno salta a otro un ojo, pierde el ojo suyo". Si un maestro de obra construye una casa para alguno y no la construye bien y la casa se hunde y esto causa la muerte del propietario, dése muerte a aquél maestro".

En principio la Composición se acordaba por medio de --

una transacción entre ofendido y ofensor, después el grupo es el que impone esta solución pacífica, independientemente de la voluntad de aquéllos. A partir de esta época y en diversas formas encontramos la Composición en toda la evolución del Derecho Penal. La pena pecuniaria es una supervivencia evolucionada de la primitiva Composición.

En los pueblos, antiguos, ante la Composición de un hecho delictuoso, intervenía el grupo reprimiéndolo por medio de -- una sanción que con frecuencia fue la Composición y que no sólo -- fue pena, sino también reparación del Daño.

El Derecho Romano considerado una necesidad asegura el pago de los daños, que al verificar un hecho ilícito se cometían independientemente de la sanción Penal. En las XII tablas se señalan algunas formas de hacer ese pago; pero no es sino hasta el siglo V de Roma en que el tribuno Aquilio propuso la aseguración sistemática de la reparación del Daño, mediante la promulgación -- de una Ley que consignara en sus preceptos la obligación ineludible de indemnizar, de reparar.

Esta Ley llamada aquilia en honor de su iniciador, estableció dos preceptos principales. Uno dispone que todo el que de muerte a un esclavo o a un cuadrúpedo ajeno, aunque sea sólo culpable, debe pagar el mayor valor que la cosa hubiera tenido -- durante el año anterior a la muerte, y el otro crea una acción --

para todos los demás daños no especificados. Esta acción es de carácter privado y nace por virtud de la comisión de un hecho ilícito que causa daño.

Tres requisitos se necesitan conforme a esta Ley, para existencia del Daño ilícito.

- a) Una disminución de patrimonio es decir, un verdadero daño.
- b) Que el daño resulte de un hecho positivo o de una omisión, cuando con esta última se quebrante la obligación de verificar un hecho.
- c) Que el daño se cause injustamente, no importando el grado de culpa.

Como vemos, en este Derecho encontramos los antecedentes más remotos de distinción jurídico, entre la pena y la reparación del Daño. Para esta última se concede siempre una acción de carácter privado, por considerarse que la obligación de repararse proviene de una fuente no contractual de obligación: el hecho ilícito.

La ley que comentamos establece, además, que cuando el Daño deriva de un delito, el ejercicio de la acción privada de reparación debe ser precedido de la acusación pública que por el mismo delito se exige, así como la persecución del delincuente -

con todas las formalidades.

En general, podíamos decir que en este Derecho se distinguieron en casi todos los delitos privados las acciones de represión y de reparación. Así por ejemplo, en el FURTUM, se daba la ACTIO FURTI, que sólo persigue la pena y la CONDITIO FURTIVA, que tiene por objeto la reparación del Daño. Estos principios se aplicaron también en materia de cuasidelitos.

Posteriormente, las invasiones de los bárbaros hacen -- que el Derecho Romano se mezcle con Leyes extrañas, lo que trajo como consecuencia la corrupción del mismo. No comprendiéndose -- los notables adelantos jurídicos de Roma, se regresa al sistema -- de las Composiciones en el sentido bárbaro que lo conocieron los pueblos antiguos.

Debido a los grandes inconvenientes que apuntaba la ven ganza privada, aparece el sistema de la venganza pública; en ella se afirmó que el delito ha causado una ofensa a la sociedad y en esa virtud nace para el conglomerado social el derecho de imponer un castigo como venganza pública. Un indudable progreso representaba el nuevo sistema, pero como las clases sociales fundaban su poder en el dominio sobre las clases débiles la venganza pública al igual que la privada, se tradujo en la más cruenta represión -- en las injustas prácticas hasta llegar a asegurar el dominio de -- las oligarquías de guerreros y de políticos por medio de la inti-

midación; fué necesario entonces, que se abandonara el sistema de la venganza pública y que la administración de justicia se depositara en manos del Estado, para lo cual se proclamó el siguiente principio "Nadie puede hacer justicia por su propia mano", entonces el Estado crea órganos encargados de dar a cada quien lo que les corresponde.

Históricamente el sistema que en primer término privó con relación a la reparación del Daño, fué el clásico adoptado -- por el Código Penal de 1871 que como sabemos se distingue entre el Daño público y el Daño privado, o en otro término acción penal que persigue la aplicación de una pena al autor de un delito, por el mal público que entraña y acción civil proveniente de delito o sea del mismo delito que pretendiendo la reparación del Daño sufrido por el particular, tiene como exclusivo objeto intereses patrimoniales. Viene después la efímera legislación Penal de 1929 y en ella se establece que la reparación del Daño forma parte de la sanción de todo delito y debe exigirse de oficio por el Ministerio Público, es decir, el ejercicio de la acción penal, también tiene por objeto la reparación del Daño. y debe por consiguiente perder su carácter de acción civil. Pero tal legislación por un lado establece lo anterior y por otro autoriza a las víctimas a ejercitar la susodicha acción causando la obligación del representante social y convirtiéndose en un mero coadyuvante de la parte ofendida, se vuelve en el Código Penal de 1929 como es fácil de ver, al sistema de la legislación de 1871 de Martínez de Castro,

pues sigue figurando la acción de que se trata, como un derecho - privado de los particulares. Pero también establece que dicha acción se podrá ejercitar de oficio por Ministerio Público, por lo que se llega a la conclusión de que este sistema es híbrido y sirve de puente a las legislaciones penales de 1871 y 1931. A la comisión revisora se le planteó el problema de volver al sistema -- del Código Penal de 1871 o de dar un paso hacia adelante, declarando que el resarcimiento del Daño sería exclusivamente público. La comisión decidió por este último sistema, estableciendo que para la efectividad de la reparación del daño se seguiría un procedimiento análogo al de multa; por cuyo motivo en el código penal para el Distrito Federal de 1931 y en nuestro código penal actualizado en su artículo 29 respectivamente a la reparación del daño y a la multa exclusivamente se les comprende bajo la común designación de sanción pecuniaria y se establece en las propias disposiciones; "Que la reparación del daño es una sanción pública; que se impondrá como sanción en todo delito y se exigirá de oficio -- por el Ministro público en los casos en que proceda", disposición vigente en nuestro código penal en el artículo 32 en los términos del artículo 29 de esta legislación y en virtud de la publicidad introducida en la misma "Están obligados a pagar la reparación -- del daño cuando éste tenga el carácter de responsabilidad civil.

I.- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallan bajo su patria potestad, exceptuando los casos en que, los hechos o las omisiones de éstos, sean responsables --

otras personas conforme a las fracciones siguientes:

II.- Los tutores y los custodios, por los delitos de --
los incapacitados que se hallasen bajo su potestad:

III.- Los directores de internados o talleres que reci-
ban en sus establecimientos discípulos o aprendices menores de 16
años, por delitos que ejecutan éstos durante el tiempo en que se
hallen bajo el cuidado de aquéllos;

IV.- Los dueños, empresas o encargados de negocios o es-
tablecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos
que cometan sus obreros jornaleros, empleados, domésticos y artes-
sanos, con motivo y en el desempeño de su servicio.

V.- Las sociedades y agrupaciones, por los delitos de
sus socios o gerentes directos, en los términos en que, conforme
a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que --
los segundos contraigan.
Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal pues, en todo -
caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la repa-
ración del daño que cause;

VI.- El estado y los municipios, por los delitos que -
sus funcionarios y empleados cometen, con motivo y en desempeño
de su servicio. Esta obligación es subsidiaria y sólo subsisti-

rã en caso de que el funcionario o empleado no pueda cubrir la reparación del daño. Disposición relativa del código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

III.1.- ANALISIS SOBRE LA REPARACION DEL DAÑO

III.1.BIS.- ¿Qué comprende la reparación del daño?.

III.2.- ¿Cuál es la especie de sanción a la que pertenece la reparación del daño?.

III.3.- ¿En qué tiempo debe probarse el daño causado y la -- forma de exigir su reparación?.

III.4.- La forma de hacer efectiva la reparación del daño, - cuando sea exigible al propio delincuente o bien a un tercero.

III.5.- Importancia de la reparación del daño.

III.6.- Cuantificación de la reparación del daño.

III.1.- Todo delito produce un daño público o privado, para el primero tenemos la pena en general como medio de prevención, para el segundo tenemos la pena pecuniaria de reparación de daño. La ley no nos define lo que debe entenderse por reparación del daño y por consiguiente nos concretamos a decir que es lo que comprende tal especie, a fin de tener una noción general de la misma. La pena es la consecuencia jurídica del delito y es acreedor a ella, quien se sitúa dentro de la hipótesis de la norma. En nuestro Derecho positivo, la pena tiene entre otros,

dos aspectos fundamentales: el que se refiere a la privación de la libertad que se impone al delincuente y el económico, entendiéndose, que cuando éste es exigible a terceras personas, tiene el carácter de responsabilidad civil. La pena económica o sanción pecuniaria como la nombra el código penal vigente, se divide en dos formas: la multa y la reparación del daño, la primera es conmutable por determinado tiempo de prisión, que no debe - - exceder de cuatro meses, en caso de insolvencia del obligado a pagarla.

La reparación del daño tiene el carácter de pena pública pues si la parte ofendida renuncia a ella, su importe se aplica al estado. La sanción pecuniaria y muy especialmente la reparación del daño que debe hacerse por el delincuente, en ocasiones es motivo de problemas tales que queda como letra muerta, -- parte de lo relacionado con este aspecto de la pena.

Es necesario, que antes de entrar al estudio de este capítulo, tratemos de fijarnos con precisión qué debe entenderse por patrimonio, porque sobre él y en forma principal se manifiesta el daño. En nuestra opinión el patrimonio de un individuo es un conjunto de bienes que le pertenece. Y se entiende, que -- "bien" es todo aquello que nos reporta un beneficio o utilidad, que fundamentalmente nos brinda bienestar.

Para algunos autores, el daño consiste en toda destruc

ción menoscabo de algunos de los bienes del patrimonio económico o moral de una persona, capaz de afectarlo en el presente o en el futuro, considerando como elementos constitutivos del daño económico indemnizable, lo que los Glosadores denominaron con los términos: "Damnum Emergens" y de "Lucrum Cessans", en cuanto que uno y otro afectan el patrimonio de la víctima en dos maneras y en -- dos tiempos distintos: el primero con el perjuicio efectivamente sufrido al menoscabar el patrimonio de que gozaba, por destrucción total o parcial de algunos de sus bienes, ya sea por los gastos -- que hubiera tenido que hacer como consecuencia del acto dañoso. -- El segundo elemento lo constituye la ganancia de que fue privada la víctima o sus familiares.

En consecuencia, sólo el "Damnum Emergens" y el "Lucrum Cessans" son reparables, es decir, el daño actual o pérdida sufrida y la ganancia lícita esperada.

En el primer aspecto, no sólo la disminución del activo patrimonial por la destrucción o menoscabo del bien, sino que debe incluirse el aumento del pasivo, tal es el caso en el delito -- de lesiones y homicidio, en donde hay necesidad de efectuar gastos de curación, o contraer deudas para obtener el completo restablecimiento, o hasta el fallecimiento.

En el segundo aspecto (Lucrum Cessans), debe incluirse toda la ganancia lícita que el sujeto pasivo del delito debió --

percibir, y que si no lo obtuvo fue por causa imputable al hecho delictuoso.

De la fracción II del citado artículo 30 del Código Penal se desprende que el Daño puede ser material o moral y así tenemos que en algunos delitos como el homicidio, robo, etc. el Daño es material y moral, en cambio en otros hechos delictuosos el Daño es netamente moral por ejemplo: Cuando se injuria o difama públicamente a una persona honesta, antes que la ofensa a la sociedad, la víctima y sus familiares sufren una depresión de ánimo, una sensación de contrariedad, de dolor, pero no un daño material; lo mismo sucedería en un delito de homicidio en grado de tentativa, no hay Daño material, sin embargo el ofendido experimenta una sensación de inseguridad, de malestar, de intranquilidad.

Desde luego apuntaremos que para el daño causado por el delito sea reparable, debe ser consecuencia inmediata y directa -- de hecho delictuoso y cuando así sea, debe comprender, como lo -- dispone el artículo del Código Penal.

La restitución de la cosa obtenida por el delito, así -- como sus frutos existentes; y así no fuera posible, el pago del -- daño material y moral causado a la víctima o a sus familiares, o a la persona cuya subsistencia dependa de ella. La reparación -- del daño consiste en la restitución de la cosa obtenida por el de -- lito, éste efecto se da singularmente en los delitos contra la --

propiedad mueble como el robo, el abuso de confianza, etc. . . pero no sólo comprende de la devolución de la cosa o cosa sobre lo que ha ejercido su acción de delito sino además los frutos ya -- sean naturales, industriales o civiles; y finalmente comprende la indemnización del daño material y moral causado en la víctima, a su familia o a la persona cuya subsistencia depende de ella.

Hay ciertos hechos delictuosos que son realmente irreparables como la pérdida de la vida en el homicidio, la salud en -- las lesiones, la honestidad en el estupro y ante ésta situación -- no tuvo más remedio que disponer que proceda respecto de ellas, -- una indemnización y pienso que fué un acierto de nuestro legislador el disponer lo anterior porque de otra manera la víctima y -- sus familiares o bien las personas que económicamente dependan de ella hubieran quedado en una situación desventajosa por falta de reparación del Daño, lo que sin duda traería consigo la venganza privada.

III.2.- CUAL ES LA ESPECIE DE SANCION A LA QUE PERTENECE LA REPARACION DEL DAÑO

Categorícamente responde a la pregunta anterior, el primer párrafo del artículo 29 del código penal, al establecer "la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del Daño", la multa consiste en el pago de una suma de dinero al estado que se fijará por día multa, el día equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando

en cuenta todos sus ingresos.

Para los efectos de este código, el límite inferior -- del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito.

Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar -- la multa solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad. Por lo mismo, la reparación -- del Daño objeto de nuestro estudio es una especie de sanción pecuniaria, es la pena que recae en el patrimonio del culpable, -- consiste en la disminución que de ésta sufre.

Ahora bien, la sanción pecuniaria no sólo comprende la multa y la reparación del daño, sino además el decomiso, la pérdida de los instrumentos del delito y la destrucción de cosas peligrosas o nocivas; tenemos la publicación especial de sentencias, como una modalidad de la reparación del daño y antiguamente la confiscación de bienes, que era la extinción de toda una -- fortuna por causa de delito, ésta sanción pecuniaria por injusta ha desaparecido a grado tal, que en la actualidad todas las cartas fundamentales la prohíben, al establecer como un derecho del hombre, como una garantía individual, la no confiscación de los -- bienes.

III.3.- EN QUE TIEMPO DEBE PROBARSE EL DAÑO CAUSADO
Y LA FORMA DE EXIGIR SU REPARACION

El procedimiento penal en nuestro código comprende las siguientes etapas:

I.- Etapa de preparación de la acción penal, que comprende desde la denuncia o querrela, hasta la consignación que hace el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, a ésta -- etapa nuestra legislación le da el nombre de averiguación previa fase (A)

II.- Etapa de preparación hasta el auto de formal prisión en los delitos de sanción privativa de libertad o auto de sujeción a proceso en los delitos de sanción alternativa o únicamente pecuniaria, a ésta etapa nuestra legislación le da el nombre de averiguación previa fase (B)

III.- Etapa de proceso; que comprende;

a) La instrucción que comienza con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, hasta el auto que la declara cerrada.

b) Periodo de preparación del juicio que comienza desde que se declara cerrada la instrucción, hasta que se cita para la audiencia de Derecho, dentro de ésta fase, los actores procesales más importantes son: las conclusiones del Ministerio Público y los descargos de la defensa.

c) Periodo de juicio, que se refiere a la audiencia en la que el Ministerio Público por una parte, defensor y -- procesado por la otra, sostiene sus respectivas pretensiones terminando dicha audiencia con la citación para sentencia.

IV.- Etapa de ejecución, que comprende desde que la sentencia ha causado ejecutataria, hasta que el reo cumple su sanción.

Ahora bien, por lo que respecta al tiempo y etapa dentro de la cual debe probarse el daño causado por el delito, diremos que no existe ningún inconveniente en que, durante la etapa de preparación de la acción penal y preparación del proceso se -- aporten los datos y pruebas acerca de la naturaleza y monto del -- daño, pero como durante esta etapa tanto el Ministerio Público, -- como el juez se preocupan ante, que de la reparación del daño, de la comprobación del cuerpo del delito y de la aportación de datos acerca de la probable responsabilidad del inculcado, es entonces mucho más práctico, aportar dicha prueba o desahogar las ya ofrecidas en los periodos anteriores, durante la fase que comprende -- desde el auto de formal prisión o de ejecución a proceso, hasta -- antes que se declare cerrada la instrucción, o sea dentro de la -- fase que conocemos con éste último nombre.

III.4.- FORMA DE HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO

El legislador de 1931, interesado por la suerte de las víctimas del delito, con un gran interés estableció un sistema en el que se lograría una efectiva reparación del daño, descuidó la técnica jurídica y llegó a extremos solo contenidos por barreras infranqueables de la constitución, en el cual el artículo 22 constitucional expresamente prohíbe las penas trascendentales; por otra parte el artículo 91 del código penal, establece que la muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño. Si conforme al artículo 29 del mismo código, la reparación tiene pena, es elemental que debe tener dicho carácter en toda su extensión y todas sus consecuencias y así muerto el delincuente - puede hacerse efectiva en terceras personas, lógicamente nos encontramos en un caso de aplicación de una pena trascendental, es cuando el caudal hereditario pasa ya mermado a los herederos y al hacerse efectiva la obligación en estos, se considera que están pagando la deuda del de cuius, esto dentro del Derecho civil.

Dentro del campo del Derecho Penal debemos exponer los casos que se pueden presentar.

a) Supongamos que el autor del delito muere antes de que se inicie la actividad persecutoria por parte del Ministerio Público. De acuerdo con esto, el patrimonio del autor del delito se disminuyó desde el momento en que se cometió el hecho delictivo

so que causó el daño, la herencia pasa mermada a los herederos - por lo que puede hacerse efectiva en ellos. Pero se nos ocurre preguntar ¿en qué forma se va a hacer efectiva?

Como cuestión principal no puede ser; puesto que el -- proceso se sigue únicamente contra la persona del delincuente; - además, por el hecho mismo de la muerte del responsable se extinguió la acción penal. Como incidente, tampoco, puesto que no -- existe cuestión principal.

b) Si el responsable muere durante el proceso, nos encontramos en un caso idéntico al anterior. La acción Penal pierde su objeto y no habiendo cuestión principal, no puede haber incidente.

c) El agente del delito fué sentenciado y posteriormente murió. En este caso el juez impuso ya la sanción pecuniaria determinando la cuestión de la deuda del responsable y sólo falta hacerla efectiva. La pena de reparación, como después veremos, va, no contra la persona del sentenciado, sino contra su patrimonio; entonces desde el momento en que se dicta sentencia puede considerarse disminuído el patrimonio del responsable y - si muere la sanción se puede hacer efectiva en su caudal hereditario, sin que esto afecte a las personas a quienes éste pase.

Consideramos que sólo en este último caso puede hacer-

se efectiva la obligación de reparar en los herederos y que no hay necesidad de recurrir a ficciones, inadmisibles en Derecho Penal.

Debemos estudiar también, desde otro punto de vista, la constitucionalidad de las disposiciones que dan a la reparación del daño carácter de pena. Recordaremos que nuestra Constitución garantiza en su artículo 14 la integridad del patrimonio privado de los particulares. ¡A ninguna persona se le puede privar de un hecho sin haber sido oída y vencida en juicio!.

De lo anterior tenemos pues, que teniendo el Ministerio Público el monopolio de la acción Penal, sólo él puede desarrollar la actividad persecutoria y aportar los datos comprobatorios del cuerpo del delito y la responsabilidad del delincuente y a su tiempo pedir la imposición de las penas, entre ellas la de reparación.

El particular ofendido tiene el derecho a la reparación, pero no tiene acción para hacer efectivo su derecho, pues sería anticonstitucional que la tuviera, ya que la reparación es pena y ésta solo se alcanza por medio de la actividad persecutoria en la que no tiene porque intervenir el particular.

Antes de seguir adelante debemos estudiar el artículo 9 del Código de Procedimientos Penales del Distrito y Territorios Federales; dice así: "La persona ofendida por un delito, podrá -

poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor, todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del - acusado y a justificar la reparación del Daño.

De la redacción del precepto surge de inmediato lo siguiente: se concede al ofendido facultad para aportar al juez, - datos comprobatorios de la responsabilidad del acusado. Ya vimos con anterioridad que esa facultad es exclusiva del Ministerio Público en el ejercicio de su acción pública y que el particular, que sólo representa intereses privados, no tiene porque - intervenir en la actividad persecutoria. Consideramos criticable el precepto, puesto que es anticonstitucional dar esa facultad al particular, aún tratándose de datos relativos a la materia de reparación, puesto que aún en este caso se entregaría al particular la acción pública, ya que la reparación en el sistema vigente es pena. En cuanto a la facultad que concede el precepto al particular de aportar datos al Ministerio Público, no - hay necesidad de que la exprese, ya que es facultad de todo individuo que tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso y aún más, tiene la obligación de aportarlos cuando sea requerido por la autoridad su pena de incurrir en delito de encubrimiento. Por último a pesar de que el Legislador procesal quiso dar intervención en el proceso al particular otorgándole la facultad de presentar pruebas, lo que sucede es que conforme a los principios que sigue el Legislador substantivo, el particular sólo puede actuar a través del Ministerio Público. Es éste quien,

una vez que recibe los datos que le entrega el particular, los -- presenta o no al juez, según considere conveniente. Entonces, en última instancia el ofendido no tiene intervención directa alguna en el proceso, ni desarrolla actos procesales, por ello no podemos considerarlo ni siquiera coadyuvante en sentido jurídico de esta institución.

A pesar de todo lo que antes hemos dicho, con mucha frecuencia se dice que el ofendido es coadyuvante del Ministerio Público, posiblemente basándose en un artículo que posteriormente veremos; por la aplicación anterior, repito que no podemos darle ese carácter en su sentido jurídico, más si se le nombra así, -- atendiendo sólo al significado gramatical del término, creemos -- que tendrán razón, pues el ofendido ayuda al Ministerio Público a recabar datos, pero repito, nunca en el ejercicio de la acción penal.

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 141, dice: "La persona ofendida por un delito no es parte en el procedimiento penal; pero podrá proporcionar al Ministerio Público (nunca al juez), por sí o por apoderado, todos los datos -- que tengan y que conduzcan a comprobar la existencia del delito -- la responsabilidad del inculcado y la procedencia y monto de la -- reparación del daño, para que, SI LO ESTIMA PERTINENTE, en el -- ejercicio de la acción penal los ministre a los tribunales". Este artículo del Código Federal lo consideramos perfectamente de -- acuerdo con los principios expuestos en el Código Penal y como ve

mos, tiene buen cuidado de no caer en los errores del Código Local.

De todo esto llegué a la conclusión de que el particular es un "Don Nadie" en el proceso; pero después nos encontramos un precepto que nos llama la atención y que sólo nos trae -- nuevas, dudas. En Código de Procedimientos Local nos dice al -- tratar de los recursos que la Segunda Instancia sólo se abre a -- petición de parte legítima y el artículo 417 del mismo ordenamiento dice que tiene derecho de apelar, además del Ministerio -- Público, del acusado y del defensor, "el ofendido o sus legítimos representantes, cuando aquél o éstos coadyuven en la acción reparadora y sólo en lo relativo a ésta". Tengo la firme convicción de que el legislador llegó con este precepto a extremos peligrosísimos. El ofendido, entonces, al interponer el recurso -- ¿es parte legítima?. Es un coadyuvante de la acción del Ministerio Público en el sentido técnico de la institución, en tal forma, que si éste desiste de su acción ¿puede aquél continuarla en lo que se refiere a sus intereses?. La apelación del particular está sujeta al hecho de que el Ministerio Público designe o no -- ejercitando su acción sólo en el caso del que el Ministerio Público no apele podrá hacerlo el particular, pero entonces: ¿no -- estará ejercitando acción Penal, que por disposición constitucional el monopolio del Ministerio Público? ¿Qué acaso la acción -- pública se ejercita sólo en primera instancia?.

De todo esto preguntamos: ¿qué resultados prácticos ha

tenido el dar a la acción de resarcimiento de los daños un contenido público? ¿se ha mejorado la situación de las víctimas del delito?.

Sinceramente creo que nuestro sistema ha fracasado rotundamente, la reparación sigue siendo tan ilusoria como antes y la suerte del ofendido no sólo ha mejorado, sino que la práctica nos demuestra que es aún más lastimosa. Efectivamente, el único que puede ejercitar en forma directa la acción reparadora, es el Ministerio Público, pero en la práctica resulta que éste no da un sólo paso para gestionar la realización del derecho del particular, si no es por la iniciativa y sugestión de éste. El ofendido es quien constantemente indica al Representante Social la necesidad de que se exija la indemnización, le ofrece las pruebas necesarias y lleva todo el peso del procedimiento, sin que tenga los derechos de parte.

III.4 Bis.- FORMA DE HACER EFECTIVA LA REPARACION DEL DAÑO CUANDO SEA EXIGIBLE A TERCEROS.

La reparación del Daño como ya vimos puede ser exigible al propio delincuente, o bien a terceros en los términos del artículo 34 del Código Penal, ya transcrito anteriormente; en el primer caso por tratarse de una sanción pública, se exige de oficio por el Ministerio Público y en el segundo, por tratarse de responsabilidad civil se exige directamente por el ofendido, ahora bien suponiendo que estamos en presencia de una sentencia que condena

al propio delincuente a la reparación del Daño y que ésta ha causado ejecutoria, se hará efectiva en igual forma que la multa según lo dispone el artículo 29 en su cuarto párrafo legal - citado y como el cobro de las multas ha de hacerse según el procedimiento económico coactivo, es el de la reparación del Daño en - los casos en que éste deba hacerse por el delincuente, tendrá que llevarse a cabo en bien del reo también por la Ley económica coactiva. En cambio cuando la reparación del Daño se exija a terceros directamente por el ofendido tendrá como se dijo, el carácter de responsabilidad civil y para su efectividad debe tramitarse en un incidente por cuerda separada denominado de "Reparación del Daño - exigible a terceros", en términos de los artículos 532 a 540 del - Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Artículo 532 La reparación del daño que se exija a terceros, de acuerdo con el artículo 32 del Código Penal, debe promoverse ante el juez o tribunal que conoce la acción Penal, siempre que este no haya declarado cerrada la instrucción, y se tramitará y resolverá conforme a los artículos siguientes.

Artículo 533 La responsabilidad civil por reparación - del daño no podrá declararse sino a instancia de la parte ofendida contra las personas que el código citado determina, debiendo - promoverse ante el tribunal que conoce del proceso relativo, antes de que se declarase cerrada la instrucción, y se tramitará y resolverá conforme a los artículos siguientes.

Artículo 534 En el escrito que inicie el incidente se expresaron sucintamente y numerados, los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño, y se fijará con precisión la - - cuantía de éste, así como los conceptos por los que proceda.

Artículo 535 Con el escrito a que se refiere el artículo anterior y con los documentos que se acompañen, se dará vista al demandado, por un plazo de tres días, transcurridos el cual se abrirá prueba el incidente por el término de quince días, si alguna de las dos partes lo pidiere.

Para los efectos del traslado que ordena éste artículo la parte - actora deberá presentar copia simple del escrito en que promueva el incidente, y los documentos que al mismo tiempo acompañe.

Artículo 536 No compareciendo el demandado o transcurrido el periodo de prueba; en su caso, el juez, a petición de - cualquiera de las partes, dentro de tres días oírá en audiencia verbal lo que éstas quieran exponer para fundar sus derechos, y en la misma audiencia declarará cerrado el incidente, que fallará al mismo tiempo que el proceso o dentro de ocho días, si en - éste ya se hubiera pronunciado sentencia.

En los casos previstos en la fracción I y III del artículo 477 se continuará la tramitación del incidente, hasta -- dictar sentencia.

Artículo 537 En el incidente sobre responsabilidad civil, las notificaciones se harán en los términos prevenidos en el Código de Procedimientos civiles.

Artículo 538 Las providencias precautorias que pudiere intentar la parte civil regirán por lo que sobre ellas dispone el Código mencionado en el artículo anterior.

Artículo 539 Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil no promoviera el incidente a que se refiere el presente capítulo, después de fallado el proceso respectivo, podrá exigirla por demanda puesta en la forma que determine el Código de Procedimientos Civiles, según fuere la cuantía del negocio y ante los tribunales del mismo orden.

Artículo 540 El fallo en este incidente será apelable en ambos efectos, pudiendo interponer el recurso las partes que en él intervengan.

111.5.- IMPORTANCIA DE LA REPARACION DEL DAÑO

Nuestra legislación, salvo las deficiencias que más adelante anotaremos, le concede a la reparación del daño una franca importancia, pues tiene presente el interés del ofendido y que dicha reparación como pena es de conveniencia pública, de estricta justicia, basta con darle una ojeada al Código Penal pa

Justicia, los depósitos y el importe de la fianza que garantiza su libertad se aplicaron a la reparación del daño. Artículo 35 párrafo tercero del código penal.

V.- La condena condicional no suspende el pago de la reparación del daño pues la fianza que es un requisito para la suspensión de la pena, garantiza dicha reparación. Artículo 39 del código penal.

VI.- Si la parte ofendida renunciase a la reparación, el importe de ésta se aplicará al estado: de lo expuesto se deduce que el importe de la reparación del daño corresponde íntegramente al ofendido, y que sólo se aplicará al estado en el caso en que aquél renuncie a dicha reparación. Artículo 35 párrafo segundo del Código Penal.

VII.- Dado el interés en que tiene la parte ofendida en que se repare el daño proveniente de un delito, señalado en el Código Penal y en su artículo 34 dispone "En los casos relativos a la reparación del daño que deba ser exigida al mismo delincuente, la parte ofendida podrá proporcionar al Ministerio Público o al Juez o Tribunal todos los datos y pruebas conducentes y así poder establecer la naturaleza o cuantía del daño.

No siendo parte dentro del proceso el ofendido, sabemos que el procedimiento a seguir a efecto de solicitar la repa

ración del daño es mediante la constitución de parte coadyuvante del Ministerio Público para los efectos únicamente de exigir la reparación del daño.

VIII.- Según el artículo 98 del Código Penal Federal, el indulto no extingue la obligación de reparar el daño causado, - excepto los casos establecidos en el artículo 96 del mismo ordenamiento, es decir, cuando aparezca que el condenado es inocente.

Como el indulto sólo puede concederse respecto de la -- sentencia irrevocable, es indudable que el condenado a reparar el daño causado y que después sea indultado debe hacerse efectivo el monto de la reparación del daño.

111.6.- MONTO DE LA REPARACION DEL DAÑO.

Conviene adelantar que uno de los objetivos de este trabajo es el análisis de este punto, es decir, establecer concretamente una fórmula mediante la cual se cuantifique el monto de la reparación del daño, podemos percatarnos perfectamente de que no existe una reglamentación específica que regule dicha cuantificación o sugiera la forma en que deba ser calculado el monto de la reparación del daño, no obstante la remarcada importancia que con~~de~~ne a ésta especie de condena, como ya hemos visto por el análisis detallado del contenido de los artículos que en el código se establecen y que ya se han analizado.

Así podemos decir que el juzgador para que pueda determinar el resarcimiento debido por el delincuente, debe conocer previamente cual fue la pérdida o menoscabo del activo patrimonial actual y el lucro cesante o percepción frustrada. Aunque no siempre con la misma fortuna, el daño actual (Damnum Emergens), es fácilmente comprobable, digamos en el caso de lesiones: éste se podrá comprobar hasta que el ofendido haya recobrado plenamente la salud, pues ese sería el monto en que se harían llegar al proceso todas las pruebas para su cuantificación, ya que entonces se conocería el valor total del daño resarcible.

Parte difícil para su determinación será el de la ganancia (Lucrum Cessans), que se frustró con motivo del delito: La cual nos hace pensar ¿a cuánto ascenderá esta ganancia? Si un individuo que por motivo de un hecho delictuoso perdió un brazo, -- una pierna, un ojo, hospitalizado más de quince días sin posteriores consecuencias, o bien que perdió la vida. Estos casos se desprenderán del texto del artículo 30 y 30 Bis del Código Penal, como ya se dijo anteriormente no hay una regla que especifique la cuantificación de dichos daños, todo depende del juzgador al analizar la cuantía. Pero lo que sí nos asegura el artículo anteriormente mencionado es que el delito es generador de una obligación para restituir la cosa, y en caso de que no haya pago material, porque el daño es moral. Este mismo precepto en su fracción II, que la reparación del daño no sólo ha de verificarse restituyendo la cosa o pagando el precio de la misma, sino que está remi

tiéndose ya a una indemnización del Daño material y moral causado a la víctima o a su familia, y la indemnización ya no es propiamente el pago, ni mucho menos la restitución, sino una mera compensación al Daño, causado y que ha de verificarse a la víctima o a su familia. Esta compensación no puede ser sino una justa retribución a la ganancia esperada por la víctima del delito o por quienes tenían derechos a esa ganancia. Debemos concluir que no pueden ser otras personas más que las que dependían económicamente de la víctima. Artículo 30 Bis. del Código Penal.

Con este antecedente tomemos primero el ejemplo del delito de homicidio. Para los efectos de la reparación del Daño, no puede tomarse en consideración lo dispuesto por la fracción I del Artículo 30, porque la vida no se puede restituir ni se puede pagar el precio de la misma, entonces la fracción aplicable será la segunda, que establece una compensación al Daño material y moral para la víctima o a su familia. La familia ha dejado de percibir una utilidad o ganancia a que tenía derecho, pues era su derecho ser sostenida económicamente por la víctima del Delito, en consecuencia ¿Cómo ha de determinarse esa indemnización del Daño material y moral causado a la familia de la víctima?

La H. Sexta Sala del Tribunal Superior de Justicia en tesis de fecha 19 de Junio de 1941, sostuvo: "La legislación Penal de 1871 contenía en su articulado una tabla para determinar la vida probable de una persona de acuerdo con la edad que tuvie

ra al fallecer, por causa de un acto delictuoso; esa tabla, basada en datos estadísticos y médicos, por estar incluida en el ordenamiento legal, tenía el carácter de obligatoria para los jueces, quienes no estaban precisados a sujetar a juicio pericial el punto relativo a la vida probable de una persona privada de la vida a consecuencia de un homicidio, la legislación penal vigente omitió incluir en su articulado esa tabla de vida probable y, por ende, permitió que en cada caso especial se determinara la vida probable del paciente del delito, determinación que, por requerir conocimientos especiales, debe hacerse por peritos conforme al artículo 162 del Código de Procedimientos Penales; además, conforme - al primer párrafo del artículo 31 del Código Penal, si en los autos no existe ninguna prueba acerca de la vida probable del occiso, lo mismo acerca del Daño causado a sus deudos, debe absolverse al acusado del pago de la reparación de ese daño.

Sin embargo, no es de lamentarse que nuestro actual Código Penal, no contenga una tabla para determinar la vida probable de una persona de acuerdo con la edad que tuviera al fallecer. Resultaría también desproporcionado el pago del daño causado, - - pues si el sujeto pasivo del delito fuera de corta edad, el reo - tendría que cubrir una cantidad excesiva por concepto de reparación del daño material y moral, que en muchas ocasiones no estaría en relación con su capacidad económica. En caso contrario, - si la víctima fuera un individuo de muy avanzada edad, la cantidad que el acusado erogaría para reparar el Daño sería irrisorio

y posiblemente también con desproporción a su capacidad económica.

De acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 29 del Código Penal, la reparación del daño tiene el carácter de pena pública. El artículo 30 de dicho cuerpo de leyes, la Reparación del Daño comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere, posible, el pago del precio de la misma; y

II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia. Teniendo como antecedentes esta disposición, por lo que respecta al artículo 1915 del Código Civil, nos dice que la reparación del daño consiste en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello no sea posible, en el pago de daños y perjuicios; se tomará en consideración las siguientes fracciones del artículo anteriormente citado.

I.- Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte o incapacidad total, parcial o temporal, el monto de la indemnización se fijará aplicando las cuotas que establece la Ley Federal de Trabajo, según las circunstancias de la víctima tomando como base el salario que perciba.

II.- Cuando la utilidad o salario de la víctima no existe no puede determinarse el pago, entonces se acordará tomando co

mo base el salario mínimo. Además, a este respecto los artículos que a continuación se transcriben de la Ley Federal del Trabajo - dice:

Artículo 486 - Para determinar las indemnizaciones a -- que se refiere este título, si el salario que percibe la víctima excede del doble del salario mínimo del área geográfica de aplicación que corresponda el lugar de prestación de trabajo, se considerará esa cantidad como salario máximo. Si el trabajo se presta en lugares de diferentes áreas geográficas de aplicación, el salario máximo será el doble del promedio de los salarios mínimos respectivos.

Artículo 487 - Los trabajadores que sufran un riesgo de trabajo tendrán derecho a:

- 1.- Asistencia médica y quirúrgica;
- 2.- Rehabilitación;
- 3.- Hospitalización, cuando el caso lo requiera;
- 4.- Medicamentos y material de curación;
- 5.- Los aparatos de prótesis y ortopedia necesarios; y
- 6.- La indemnización fijada en el presente Título.

Artículo 500 - Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

- 1.- Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios.

II.- El pago de la cantidad que fija el Artículo 502.

Artículo 502.- En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal. Todo esto en favor de las personas que dependieron económicamente del difunto, de acuerdo con el artículo siguiente: De la Ley Federal del Trabajo.

Artículo 501 - Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

I.- La viuda, o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de 50% o más, y los hijos menores de dieciséis años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad de 50% o más.

II.- Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador;

III.- A falta de cónyuge supérstite, concurrirá con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge, durante -

los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

IV.- A falta de cónyuge superviviente, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador -- concurrirán con las personas que reúnan los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él; y

V.- A falta de las personas mencionadas en las fracciones anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social.

En consecuencia, siendo el salario mínimo actual fijado por la Ley la cantidad de: Trece mil trescientos treinta pesos -- diarios, multiplicando éstos por los setecientos treinta días de salario que fija el artículo 298 antes transcrito.

De esta manera es como el juzgador señala una cuantificación del daño material en caso de muerte.

En la comisión de algunos delitos es más o menos fácil hacer una cuantificación material del daño causado, siempre ayudados de la opinión de peritos que valúan el daño material de acuerdo a su capacidad técnica o profesional, no así en tratándose de un daño moral; es decir, que cuando es causa un daño no material

no es posible consultar un perito que nos indique el monto de dicho daño, puesto que éste va de acuerdo con la apreciación que se tenga del bien moral dañado, pero en ambos casos no tenemos sin embargo, una directriz legal para cuantificar.

No obstante la variedad de delitos que causan daño moral; Únicamente tomaremos el daño más exagerado que pueda causársele a una persona; esto es, específicamente, por medio de los delitos cometidos contra la vida. Y la integridad corporal y de -- los cuales fijaremos la atención solamente en el homicidio.

111.6 Bis.- EN QUE FORMA PODEMOS REPARAR EL DAÑO CUANDO SE HA CAUSADO LA MUERTE DE UNA PERSONA.

Es indudable que después de muchos estudios, opiniones y deliberaciones al respecto, la última conclusión a la que nos lleva tanto al legislador como a nosotros mismos, es a la de que el daño moral solamente puede ser compensado mediante una cantidad de dinero que haga un poco leve la pesadumbre de haber perdido a un ser querido. Ahora bien, en qué forma ha solucionado el legislador este problema, ya que no es poco común en nuestra sociedad actual en que a diario, como se puede comprobar en estadísticas oficiales, las muertes que se causan, por ejemplo, en accidentes de tránsito.

Generalmente las autoridades judiciales, han aplicado lo establecido en la Ley Federal de Trabajo, en virtud de exis-

tir inclusive jurisprudencia al respecto del daño moral para - -
cuantificar el importe de la reparación del daño. Considero que
ésta disposición legal no puede ser aplicable en los casos de re
paración del daño proveniente de delito, ya que se refiere esa -
Ley solamente al sector obrero y que no puede abarcar a todos --
los sectores sociales que no tienen salario fijo, sino que percí
ben una ganancia mayor al salario mínimo, según su capacidad in-
telectual y el trabajo que desempeñan, por otra parte contando -
con una legislación específica que cuantifique el monto del daño
causado en forma general y concreta, se está más al principio de
legalidad una vez hecha la intromisión en el código.

La Ley Federal del Trabajo vigente actualmente en su ar
tículo 502 dice:

En caso de muerte del trabajador la indemnización que -
corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior
será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta -
días de salario sin deducir la indemnización que percibió el tra
bajador durante el tiempo en que estuvo sometido a régimen de in
capacidad temporal.

En ésta forma vemos que la Ley Federal del Trabajo y la
Ley del Seguro Social; establecen fórmulas específicas de indem-
nización para el caso de muerte o incapacidad permanente total -
así en la Ley del Seguro Social encontramos que al hablarnos de

las consecuencias del Riesgo de trabajo, hace mención a porcentaje sobre la pensión en caso de que el trabajador sufre incapacidad permanente total, que de acuerdo con éste mismo ordenamiento en el artículo 68 de la Ley del Seguro Social:

Establece de lo cual deducimos, que tanto una Ley como otra, toman como base para fijar indemnización o pensiones respectivamente, el salario del trabajador y ésto en virtud de que al ocurrir su muerte o incapacidad permanente total, lo que se está extinguiendo es una fuerza laboral materialmente hablando. Así en principio y por lógica analogía apuntaremos que el daño causado con motivo de la comisión de un delito al ser cuantificado, debe hacerse tomando como base, el salario que percibe la persona dañada u ofendida, teniendo el cuidado necesario al concretizar el monto de diferenciar la naturaleza de la causa que origina la indemnización o pensión respectivamente en las legislaciones Laboral y del Seguro Social que es la de un riesgo de trabajo, de la naturaleza de la causa que origina la separación del daño en la comisión de un delito de homicidio en la que podemos distinguir:

a) Delitos imprudenciales en los cuales se aplica la -- teoría del riesgo creado, y

b) Delitos intencionales en los que interviene únicamente la voluntad del delincuente.

No obstante lo anterior y con el fin de no ahondar en -- clasificaciones minuciosas que resultarían ociosas, puesto que al entrar en la materia que nos interesa pierde en gran parte su importancia por la generalidad característica en la elaboración de -- una Ley, objetivo de este trabajo.

Una vez establecida la diferencia entre una relación de trabajo y una conducta delictuosa, concluimos que el monto de la reparación del daño siempre debe ser mayor que la indemnización -- en caso de muerte, puesto que la conducta delictuosa intencional y culposa, en tanto el riesgo de trabajo contiene culpa relativa y además concede a los familiares del trabajador otras prestaciones fijas.

Establecida una cuantificación exacta del monto de la -- reparación del daño, la cual tendría que ser estrictamente aplicada al delincuente, tomando en cuenta no sólo la capacidad económica actual a la que se refiere el artículo 30 del código, sino con siderando el posible aumento en el patrimonio del obligado a pagar el daño, cualquiera que sea la causa de éste, ello significa que tratándose de la reparación del daño, no debe declararse en -- ningún caso, la incapacidad económica para cubrir dicha obligación y así pueda deducirse los derechos para exigirla en cualquier momento que se tenga noticia del enriquecimiento del obligado.

A diferencia de la prescripción de la acción penal, la cual beneficie personalmente al delincuente, puesto que ya no va a sufrir en su persona la privación de su libertad, la declaración de incapacidad económica del obligado en una especie de prescripción a corto plazo a favor de éste que perjudica definitivamente al ofendido, por lo que no debe establecerse en la sentencia respectiva.

Por lo tanto sugiriendo como monto de la reparación del daño en caso de homicidio, que si el ofendido o víctima del mismo se encuentra actualmente trabajando en una labor lícita el daño moral, se cuantificará en el importe de 5 años de salario actual. Y en caso de que la víctima sea menor de edad o siendo mayor no se encuentre trabajando, al momento sería el importe de 3 años de salario mínimo general vigente en la época de efectuarse el homicidio. Respecto al menor de edad diremos que la razón de ésta su gerencia lo es el que se extingue una fuerza laboral en potencia y respecto a los mayores de edad la presunción de que la víctima tendría que trabajar y percibir un salario.

De acuerdo a lo anterior, la problemática de la capacidad económica del obligado sería la única pendiente por resolver, sin olvidar desde luego el posible aumento de su patrimonio, tendríamos resuelta ésta figura procesal.

SISTEMA OBJETIVO QUE RIGEN LA SANCION DE REPARACION DEL DAÑO.

Una vez que se han expresado las características de la sanción de reparación del daño, haremos un análisis de los sistemas objetivos que en la actualidad imperan con relación a dicha sanción.

Los daños sufridos por el ofendido con motivo de un delito, no fueron diferenciados de la pena misma en el antiguo derecho, más bien quedaron absorbidos por ella; de donde ha resultado que las víctimas del delito no han aprovechado para nada los esfuerzos del estado para la reparación, sus sufrimientos subsisten los tribunales funcionan como si no existiera la víctima; puede decirse así que el sufrimiento de ésta es doble, pues como contribuyente tiene que pagar los gastos judiciales y todo ello es más de lamentar en cuanto que, las víctimas de los delitos son por lo general las personas de pocos recursos económicos.

Actualmente se distingue ya con nitidez entre la pena o medida de seguridad y la reparación e indemnización, pues el abandono en que había estado la víctima del delito ha hecho necesario que doctrinariamente, no se dedicara toda la atención del delincuente, sino que se le compartiera también con su víctima inmediata.

El primer problema es el de determinar el derecho del ofendido; si la reparación del daño es una pena, la acción para

demandarla, corresponde al Ministerio Público conforme al artículo 21 de la Constitución General de la República y artículo 34 -- del Código Penal para el Distrito Federal en su primer párrafo.

El ofendido tiene en el orden penal una expectativa de - derecho, en que conforme al artículo 35 del Código Penal, el ofen- dido tiene en él, la aplicación del importe de la reparación del daño que haya sido cobrada, pero su derecho está condicionado por el hecho de que el Fisco logre cobrar ésta parte de la sanción pe- cuniaria. Para lograr éste objeto se admite la intervención del ofendido en el proceso como parte subordinada al Ministerio Públi- co cuya acción coadyuvativa; reduciéndose la acción del coadyuvan- te a la aportación de pruebas para justificar su derecho a perci- bir el pago de la Reparación del daño y el monto de ésta únicamen- te; y al derecho de recurrir la resolución en lo que atañe a la - Reparación del Daño. Jurídicamente no es admisible que pueda - - existir discrepancia alguna entre la acción del Ministerio Públi- co y la del coadyuvante, porque ésta segunda acción está subordi- nada al ejercicio de la acción penal; el hecho de que un particu- lar tenga intervención en el ejercicio de la acción que persigue la imposición de una pena, tiene como fundamento el reconocimien- to de un interés jurídico personal del ofendido en el éxito de la acción persecutoria de manera que éste interés no puede en ningún caso, divorciarse de la acción del Ministerio Público. La confor- midad expresa del Ministerio Público con la sentencia absolutoria priva al ofendido de toda acción para recurrirla, sin embargo pue

de suceder que la conformidad del Ministerio Público sea tácita, por haber transcurrido el término sin que se interponga el recurso, ésta omisión se salva por la diligencia del coadyuvante que apela, pero sólo en lo que atañe a la reparación del daño, de la manera que si la sentencia ha establecido la inocencia del acusado, la falta de apelación el Ministerio Público privará al ofendido del derecho de recurrir la sentencia.

El fin perseguido por el legislador al convertir la responsabilidad civil en pena, ha consistido en hacerla efectiva, en el mayor número de casos posible, pero no en privar al ofendido de su derecho.

El artículo 1910 del Código Civil del Distrito Federal - crea como fuente de las obligaciones civiles; la conducta ilícita, el ilícito tiene siempre una acción civil contra el violador de sus derechos, independientemente del proceso penal; la sentencia que se pronuncia en éste no afecta sus derechos que son de naturaleza estrictamente civil; además de ellos, el ofendido tiene la expectativa de la reparación del daño, de lo que resulta que si el daño es reparado por el delincuente fuera del proceso, es importante que todavía se le condene la reparación, con el pretexto de que ésta es pena propia del delito.

El daño que produce el delito puede ser público o privado; a la reparación del primero tiende la pena en general, en -

cuanto se le atribuye un fin de prevención general, a la reparación del segundo se destina a la pena pecuniaria de reparación del daño. La ley no define cual es el daño que se debe reparar, pero la lógica de la casualidad impone la necesidad de que se reduzca el concepto a un año inmediato y directo. La ley se refiere a los daños que sufre la víctima o su familia, artículo 29 -- del Código Penal del Distrito Federal y con éste último término se extiende la relación de causalidad, ya que por ejemplo un homicidio priva a los familiares de las prestaciones que recibían del occiso como acreedores alimentistas.

Cuello Colón al citar a Garófalo expresa que propugna -- por la constitución de una hipoteca en favor de la víctima, sobre bienes inmuebles propiedad del delincuente y la de un crédito privilegiado sobre los restantes bienes a partir del momento en que se dicte el acto de procesamiento con objeto de que el reo, no -- tenga tiempo de hacer desaparecer sus bienes, si la parte ofendida renunciase a la indemnización, podría obligarse al delincuente a entregar la cantidad correspondiente a una caja de multa, destinados a hacer anticipos a los indigentes y perjudicados con el delito.

En nuestra legislación encontramos una disposición bastante parecida, en el artículo 35 del Código Penal.

Artículo 26.- Cuando hubiera temor fundado de que el -- obligado a la reparación del daño oculte o enajene los bienes en

que deba hacerse efectiva la obligación, el Ministerio Público o el ofendido, acreditando previamente la necesidad de la medida - podrán pedir al juez el embargo precautorio de dichos bienes. La ejecución sólo podrá suspenderse cuando el acusado u obligado -- otorgue fianza bastante a juicio del juez, que garantice la reparación del daño.

En caso de insolvencia se obligaría a los responsables civilmente a entregar, en caso de renuncia de éstas, en la caja de multas la parte de su salario que exceda de lo indispensable para su existencia y cuando se tratase de vagos y ociosos, serían obligados a trabajar por cuenta del estado y percibirían - un salario equivalente al de los obreros libres; al estado no - le entregarían más que lo necesario para subvenir a sus necesidades y el resto se ingresaría en la caja de multas para indemnizar al perjudicado.

Es indudable que según los preceptos de nuestra ley, la obligación de reparar el daño, comprende tanto el daño material como el daño moral, y según trata ésta, afirma que ese daño o -- perjuicio puede trascender no sólo al patrimonio, sino también - al aspecto moral abarcando en éste concepto toda la serie de - - trastornos morales que pueden producirse a la víctima de un delito y a sus familiares y como la prueba para demostrar el daño moral ofrece dificultades insuperables, la estimación del mismo debe quedar al prudente arbitrio del juzgador casuísticamente, rea

lizando investigaciones tantas cuantas sean necesarias; tomando en cuenta lo siguiente:

- I.- Monto del daño.
- II.- Pruebas aportadas en el proceso para demostrar el daño.
- III.- Capacidad económica del obligado.

En cuanto al daño material (físico o económico) la reparación consiste en la restitución de la cosa o en el pago del precio; en cuanto al daño moral no sólo cabe la indemnización como regla general, sino que en ciertos casos especiales como injurias, difamaciones y calumnias, es necesaria la publicación de la sentencia a costa del infractor.

Esta publicación especial de sentencia en nuestro derecho, está ennumerada entre las penas y medidas de seguridad (artículo 30 fracción II del Código Penal para el Distrito Federal).

Constituyendo un aspecto de la reparación del daño causado por el delito y aplicable en aquellos casos en que el daño derive de la publicidad adversa al ofendido ocasionado por el delito.

Así también tenemos que, siendo ya tan numerosos en el Distrito Federal los delitos por imprudencia lo cual ya hemos hablado, estableció el legislador de 1931 que: "para los casos de -

reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el ejecutivo de la unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en -- que administrativamente debe garantizarse, mediante seguro especial, dicha reparación artículo 31 del Código Penal Federal en su parte final.

Estamos de acuerdo con esta exposición y en virtud de -- que en la actualidad en el Distrito Federal se ha adoptado éste sistema en los casos de delitos imprudenciales, únicamente cabe -- insistir en que es necesario reglamentar una cuantificación concreta del monto del daño a fin de evitarse la indemnización injusta por falta de reglamentación expresa en el Código Penal correspondiente.

Finalmente debe hacerse notar que en toda la reparación del daño proveniente de un delito, existe siempre un interés social, ya que como afirmó el tratadista Florián, el estado tiene interés en que ese daño sea resarcido rápidamente y en toda su -- extensión, pues con ello se satisface a la víctima, se impide la venganza, se tranquiliza la conciencia pública y se tutela el orden social.

No debemos perder de vista también que de acuerdo con el punto III de las cuestiones que debe adoptar el juzgador, hablamos de la "capacidad económica del obligado", sin que esto signi-

fique que estamos de acuerdo con el principio civilista de que de be tomarse en cuenta para los efectos de la reparación la capacidad económica del que deba cubrir el monto de la misma, ya que és te principio comúnmente aplicado, se refiere únicamente, al monto actual en que deba ser pagado y descuida completamente los posibles aumentos en el patrimonio del obligado al pago de la reparación del daño.

Recalcando enérgicamente que dicho concepto es importante, se toma en cuenta que nuestra legislación puesto que en los casos en que nuestro agresor es incapaz económicamente de cubrir el monto de la reparación del daño, quedaría la víctima prácticamente al descubierto del mal acusado, sufriendo las consecuencias y sin ninguna cantidad que le sirviera por lo menos para pagar -- los más mínimos gastos realizados con la comisión del delito en -- su contra y nosotros nos preguntamos. Si el agresor con fecha -- posterior a que haya causado estado la sentencia definitiva en la que se le declare económicamente incapaz de reparar el daño, por azares del destino se vuelve vicio. Acaso no es una tremenda injusticia, que la persona que sufrió un daño real, que le causó mo lestias y que tuvo que realizar gastos no previstos (como pago de medicinas y doctores, en el caso de lesiones, amén de los gastos judiciales), y que quizás ese dinero por no tenerlo y conseguirlo tenga que privarse de sus necesidades vitales, quede en esta situación y el agresor intencional o imprudencial goce de sus anchos -- de su fortuna sin tener ya ninguna obligación de reparar el daño

que causó.

Por lo cual es importante que se legisle a éste respecto.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA: Para nosotros el delito debe definirse como "La conducta o hecho típicamente antijurídico, culpable y punible".

SEGUNDA: Los elementos positivos del delito son: la conducta o hecho, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad.

TERCERA: Los elementos del hecho son: La conducta, el resultado y el nexo. La conducta a su vez se integra con los elementos: la voluntad y la actividad o inactividad.

CUARTA: La antijuridicidad es un juicio de carácter objetivo y valorativo de la oposición existente entre la conducta o hecho realizado y la norma jurídico-penal.

QUINTA: Las causas de justificación son conductas o hechos que tienen apariencia delictuosa porque les falta el carácter de antijuridicidad, pues se justifican por ser realizados conforme a Derecho.

SEXTA: Las causas de justificación son: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el consentimiento del presunto ofendido.

SEPTIMA: La legítima defensa puede definirse como la defensa necesaria y proporcionada para rechazar una agresión - proveniente de una conducta o hecho humano, actual, violenta, sin derecho, de la cual resulte un peligro inminente, dirigida contra el que defiende su vida, honor y bienes o contra un ter ce ro.

OCTAVA: Los elementos de la legítima defensa son: -- una agresión o ataque a una defensa o rechazo. La agresión de be ser: Objetiva, provenir de una conducta humana, actual, -- violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente. La defensa o reacción debe ser: no provocada, necesaria, proporcionada y puede ser ejercida no sólo por el agredido, si no también por un tercero.

NOVENA: Como el origen de la legítima defensa se encuentra en la conducta antijurídica de otro individuo, y no es posible la existencia de una legítima defensa recíproca, pues para que existiera sería necesario la concurrencia de dos conductas que fueran jurídicas y antijurídicas a la vez.

DECIMA: Es posible la existencia de la legítima defensa en caso de auto-agresión sólo cuando el peligro que amenaza es contra un bien propio del que no se puede disponer, y cuya ofensa no esté permitida por la ley o la costumbre.

DECIMA PRIMERA: La legítima defensa - donde la antijuridicidad desaparece por ser una causa de justificación -, y la riña - en donde la antijuridicidad no desaparece; -, son incompatibles y no pueden coexistir, por esa razón en la riña no es admisible la legítima defensa, pero para determinar si es una - contienda de obra existe una u otra, es necesario atender al as pecto subjetivo del caso.

DECIMA SEGUNDA: La legítima defensa y el miedo no pueden confundirse porque quien se defiende, obra en condiciones - normales y quien actúa con miedo o temor es debido a que sufre una alteración meramente psicológica; no pueden coexistir porque el miedo grave es una causa de inimputabilidad, pues quien obra impulsado por miedo es irresponsable porque su voluntad es tã anulada; en cambio la legítima defensa es una causa de justi ficación, pues el que obra en este estado lo hace en condiciones normales de imputabilidad, pero no le es imputable el acto realizado porque es justo, porque se pliega al Derecho.

DECIMA TERCERA: Como el Derecho es esencialmente fin lista, es necesario el móvil en la legítima defensa para invali darla cuando exclusivamente se opera por un motivo ajeno a la - protección de un bien en peligro, como es la finalidad de dicha justificante.

DECIMA CUARTA: Cuando existe pretexto de legítima de-

fensa, o sea cuando se provoca suficiente pero artificialmente el ataque del antagonista para presentarse con apariencia de -- agresor injusto, no existe legítima defensa, porque la reacción o exceso está calculado y por lo mismo, no puede decirse que el agente se encontraba en la necesidad de alejar el peligro, porque lo había provocado voluntariamente para procurarse la impunidad.

DECIMA QUINTA: La legítima Defensa, aunque es un estado de necesidad, ésta necesidad es privilegiada y no puede ni - debe confundirse con el estado de necesidad propiamente dicho, pues éste no ha sido creado por ninguna voluntad injusta como - en la legítima defensa en la que existe una defensa o contra-ataque y el conflicto surge entre un interés ilegítimo y un - bien jurídicamente protegido, mientras en el estado de necesidad existe una acción o simple ataque y el conflicto se produce entre dos intereses procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por el Derecho.

DECIMA SEXTA: La reparación del daño debe definirse - como: una sanción pública; que se impondrá como sanción en todo delito y se exigirá de oficio por el Ministerio Público en los casos en que proceda.

DECIMA SEPTIMA: La Reparación del Daño, forma parte - de la sanción de todo delito y debe exigirse de oficio por el - Ministerio Público, por lo tanto el resarcimiento del daño será exclusivamente público.

DECIMA OCTAVA: Para que tenga una efectividad la Reparación del Daño, se tendría que seguir un procedimiento análogo al de la multa; por cuyo motivo en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, a la Reparación del Daño y a la de la multa exclusivamente se les comprende bajo la común designación de Sanción Pecuniaria y se establece en las propias designaciones.

DECIMA NOVENA: En esta legislación y en virtud de la publicidad introducida en la misma "Están obligados a pagar la reparación del daño cuando ésta tenga el carácter de responsabilidad civil; disposición vigente en nuestro Código Penal en el artículo 32 en los términos del artículo 29 de esta legislación.

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

OBRAS CITADAS

- 1.- Antolisei, Francisco. Manual de Derecho Penal, 3a. Ed. Milano, 1955. T. XCVIII.
- 2.- Cárdenas, Raúl F. Derecho Penal Mexicano, Parte Especial, 3a. Ed. Ed. Porrúa, México, 1982.
- 3.- Carrara, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1954. Parte General, Vol. 2.
- 4.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado, 9a. Ed. Ed. Porrúa, México, 1986.
- 5.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomo II.
- 6.- Castejón, Francisco. Comentarios Científico-Prácticos al Código Penal de 1970. Madrid, 1926, Tomo II.
- 7.- Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal.
- 8.- Ferri, Enrique. Principio de Derecho Criminal, Ed. Rous, Madrid, 1933, 1a. Ed. Vol. CLXVIII.
- 9.- Florian, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal.
- 10.- García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho Penal. 34a. Ed. Ed. Porrúa, 1982.

- 11.- García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Publicaciones del Instituto de Investigaciones Jurídicas, U. N. A. M., - - México, 1983.
- 12.- Garofalo, R. Indemnización a la Víctima del Delito.
- 13.- Gómez, Eusebio. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Buenos Aires, 1939.
- 14.- Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. 2a. Ed. Ed. Hermes, Buenos Aires, 1954.
- 15.- Jiménez Huerta, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo I y II, Ed. Porrúa, México, 1984 y 1986.
- 16.- Liszt Von, Franz. Tratado de Derecho Penal. Tomo II.
- 17.- Mantilla Molina, Roberto. Anales de Jurisprudencia. Tomos XXI y XXXIV.
- 18.- Mezger, Eduardo. Tratado de Derecho Penal. 2a. Ed. Tomo I, Madrid, 1946.
- 19.- Moreno, Antonio de P. Curso de Derecho Penal Mexicano. Parte Especial, Vol. 8, Ed. Jus, México, 1944.
- 20.- Osorio y Nieto, César Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Parte General, 2a. Ed., Ed. Trillas, México, 1992.
- 21.- Porte Petit, Celestino C. Programa de la Parte General de Derecho Penal, 1a. Ed., México, 1958, U. N. A. M.

- 22.- Sodí Franco, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano.
- 23.- Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 1a. Ed., T. I. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1945.
- 24.- Soler, Sebastián. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, Buenos Aires, 1956.
- 25.- Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5a. Ed., Parte General, Ed. Porrúa, México, 1990.

REVISTAS:

- 1.- Carrancá y Trujillo, Raúl. Legítima Defensa, Revista Criminalia, Año I, México, Septiembre de 1933 - Agosto de 1934.
- 2.- Rojas Pérez Palacios, Antonio. Antijuridicidad. Revista -- Criminalia, Año XIX, Núm. II, México, Noviembre, 1953.

LEYES Y CODIGOS.

- 1.- Código Penal, Para el Distrito Federal. 48a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1991.
- 2.- Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, Colección Leyes Mexicanas, Ed. Addenda, México, 1991.

- 3.- Código Civil, Para el Distrito Federal, 59a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1991.
- 4.- Código de Procedimientos Civiles, Para del Distrito Federal, 32a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1986.
- 5.- Ley Federal del Trabajo. 67a. Edición, Ed. Porrúa, México, 1991.
- 6.- Ley del Seguro Social. 1a. Ed. Ed. Alco, México, 1991.