

300
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

**"ASPECTOS DOGMATICOS DE LA
LEGITIMA DEFENSA"**

T E S I S

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

FELIX JESUS JARAMILLO DIAZ



MEXICO, D. F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AL QUE NO PUEDO MIRAR, SIN EMBARGO ES LA LUZ
QUE ME PERMITE VER. NO PUEDO ESCUCHARLO, SIN
EMBARGO HABLA A TRAVES DE MI VOZ. NO PUEDO
SENTIRLO, SIN EMBARGO ES EL PODER QUE TRABA-
JA EN MIS MANOS. PORQUE ME CONOCE, PORQUE
ME AMA, ESTA CONMIGO.

GRACIAS SIEMPRE.

A LA HONORABLE FACULTAD DE DERECHO DE NUESTRA MAXIMA
CASA DE ESTUDIOS, CON RESPETO Y CARIÑO.

A LA MEMORIA DE MI PADRE, EL SEÑOR JULIAN
JARAMILLO LOPEZ, QUIEN SIEMPRE VIVE EN MI
PENSAMIENTO, CON EL CARIÑO Y RESPETO QUE
LE PROFESO.

A MI SEÑORA MADRE, -----
GUADALUPE DIAZ COLIN CON MI
AMOR INFINITO Y PORQUE GRA-
CIAS A ELLA TENGO LA DICHA Y
FORTUNA DE ESCRIBIR ESTAS -
LINEAS.

A MIS HIJOS: ALINKA, NATALLY Y JESUS, TODOS ELLOS DE APELLIDOS JARAMILLO
CARDENAS, POR SU GRAN AMOR Y COMPRENSION PARA PODER LOGRAR ESTA META.

A MI PAREJA GABRIELA CARDENAS MENDEZ, POR SU
APOYO Y COMPRENSION PARA LOGRAR LA FINALIZACION
DE ESTE TRABAJO.

AL LICENCIADO CECILIO DE LA CRUZ PINEDA,
COM ADMIRACION Y RESPETO POR SU DESINTE-
RESADO APOYO QUE ME BRINDO PARA PODER --
REALIZAR ESTE TRABAJO.

AL LICENCIADO JORGE CABRAL VENEZAS,
POR SU GRAN APOYO Y ESTIMULO QUE ME
BRINDO PARA SEGUIR ADELANTE ---
SIEMPRE.

A MIS HERMANOS: GERARDO, JADI, MARISOL, GABRIEL, JULIAN,
JULIO, FLOR, SOCORRO, LORENZO, GUADALUPE, RENE, RUBEN Y
GLORIA, TODOS ELLOS DE APELLIDOS JARAMILLO DIAZ, POR EL
INVALUABLE APOYO MORAL Y ECONOMICO, ASI COMO LA COMPRES-
SION QUE ME HAN DISPENSADO EN LA VIDA.

A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS: MONICA CONTRERAS ---
MONICA SANCHEZ, LUZ MINERVA, LIC. FELIPE IBARRA
LIC. FELIPE HEREDIA, REPRANZA PIÑA, CARLOS ---
CANUTO, CLARITA, RITA, LIC. JOSE GONZALEZ, LIC.
EDMUNDO, LIC. JOSE GUTIERREZ, LIC. JORGE ORTEGA,
HAUL Y PAOLA, LUIS Y BELEN, POR SU PACIENCIA Y
GRAN COMPAÑERISMO.

A TODOS MIS FAMILIARES, QUE EN ALGUNA
FORMA ME HAN ESTIMULADO PARA LA REA-
LIZACION DE ESTE TRABAJO.

A MIS MAESTROS CON AGRADECIMIENTO SINCERO.

.....
.....

AL LICENCIADO Y MAESTRO
MANUEL ARTURO ESQUERRA
ARAGON, POR SU APOYO QUE
ME PROPORCIONO PARA PO-
DER ELABORAR ESTE TRABAJO.

A LA LICENCIADA Y MAESTRA MARIA DOLORES
PEREZ GONZALEZ, CON ADMIRACION Y RESPETO
POR SU DESINTERESADO APOYO Y COMPRENSION
PARA LA REALIZACION DE MI ANSIADA META.

I N D I C E

PASG.

CAPITULO I. DELITO DE GENERAL

A. CONCEPTO DE DELITO.	1
B. TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.	4
C. ESTUDIO DOGMATICO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN SU ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO. . . .	18
D. CLASIFICACION DEL DELITO.	47

CAPITULO II. FORMAS DE MANIFESTACION DEL DELITO

A. ETAPAS ITER CRIMINIS.	51
B. FASES DEL ITER CRIMINIS	56

CAPITULO III. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

A. NOCION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION	74
B. DIFERENCIA CON OTRAS EXIMENTES E IMPOR- TANCIA DE LA DISTINCION.	74
C. EXCLUYENTES SUPRA-LEGALES.	78
D. RAZON DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION . .	80
E. EL EXCESO.	83
F. NOCION DE LA DEFENSA LEGITIMA.	84
G. FUNDAMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA	85
H. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	88

PAGS.

I. PRESUNCIONES DE LEGITIMA DEFENSA.	92
J. EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA	93
K. PROBLEMATICA DE LA DEFENSA LEGITIMA	94

CONCLUSIONES	98
------------------------	----

BIBLIOGRAFIA	100
------------------------	-----

CAPITULO I

DELITO EN GENERAL

A. CONCEPTO DE DELITO

Existen tantas definiciones de delito, como corrientes, disciplinas y enfoques. Cada una lo define desde su perspectiva particular, de modo que cabe hablar de una noción sociológica, clásica, positiva, doctrinal, legal, criminológica, - etcétera.

En realidad, en este punto interesa fundamentalmente - la noción jurídica del delito.

Desde un ángulo jurídico, el delito atiende solo a aspectos de derecho, sin tener en cuenta consideraciones sociológicas, psicológicas o de otra índole.

El delito, como noción jurídica, es contemplado en dos aspectos: jurídico formal y jurídico sustancial.

Se refiere a las entidades típicas que traen aparejada una situación; no es la descripción del delito concreto, sino la enunciación de que un ilícito penal merece una pena.

La definición contenida en el Código Penal en su art. 7o. es jurídico formal. De otra manera, la definición legal se equipara a lo jurídico formal.

Consiste en hacer referencia a los elementos de que -- consta el delito.

Los diversos estudiosos no coinciden en cuanto al número de elementos que deben conformar al delito, de modo que -- existen corrientes: unitaria o totalizadora y atomizadora o -- analítica.

a) Unitario o totalizadora. Los partidarios de esta -- tendencia afirman que el delito es una unidad que -- no admite divisiones.

b) Atomizadora o analítica. Para los seguidores de es -- ta tendencia, el delito es el resultado de varios -- elementos que en su totalidad integran y dan vida -- al delito.

Según esta corriente, algunos autores estiman que el -- delito se forma con un número determinado de elementos, otros consideran que el delito se constituye con dos elementos, --- otros más aseguran que se requieren tres, y así sucesivamente, hasta llegar a quienes afirman que el delito se integra con --

siete elementos. (1)

(1) Amuchátegui Requena, Irma Griselda. Derecho Penal. Editorial Harla. México 1992. pág. 43.

B . TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO

La orientación que ha tenido el derecho penal es diversa, como se constató al estudiar la historia universal y nacional de nuestra materia; cada civilización implanta sus particulares formas de pensar y de atacar a ese mal social denominado delito; algunos pueblos fueron demasiado enérgicos con ciertos ilícitos, otros por el contrario no los han penalizado, en fin, la variedad de criterios y de puntos de vista es asombrosa; todo proceso evolutivo tiene su propio concepto -- del hombre, del mundo y de la vida, no obstante, existen determinadas coincidencias que han permitido a los estudiosos ubicar que comúnmente los pueblos han pasado por cuatro etapas respecto a sus ideas penales, esto es, a su forma de concebir al delito, las penas y en general al derecho penal. -- Ello no significa que todos los pueblos han pasado por estos cuatro periodos, algunos tal vez evitaron uno de ellos, o -- bien no se comportaron exactamente como se señalará aquí, pero insistimos, esas etapas constituyen, en términos generales, la forma de desenvolvimiento de la mayor parte de las civilizaciones. Esos cuatro periodos son:

- a). La venganza privada,
- b). La venganza religiosa,
- c). La venganza pública,
- d). Humanista o humanitario.

PERIODO DE LA VENGANZA PRIVADA

Es en los primeros tiempos de la humanidad. El hombre actúa por instinto para protegerse a sí mismo y a su familia. El castigo se depositó en manos de los propios particulares; de modo que si alguien sufría un daño tenía derecho a tomar revancha y por tanto reprimir al responsable. Para evitar -- excesos en la "venganza", se sirvieron del principio contemplado en la Ley del Tali6n, que significa "ojo por ojo, diente por diente", mediante la cual la comunidad sólo reconocía al ofendido el derecho de causar un daño de la misma magnitud que el inferido.

En relación a este período, Cuello Cal6n nos comenta: "La venganza dio origen a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias. Como los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, atenuóse ésta por medio del Tali6n, según el cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima. Su fórmula fue "ojo por ojo, diente". Con el transcurso del tiempo apareció otra limitación de la venganza, la composición, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y de los suyos, mediante el pago de una cantidad, el derecho de venganza". (2)

(2) Cuello Cal6n, Derecho Penal, 9a. Ed. Ed. Nacional, 1961, P. 55-56.

PERIODO DE LA VENGANZA DIVINA

Al evolucionar las sociedades, éstas se convirtieron - en teocráticas; de manera que todo giraba alrededor de Dios - y al cometerse un delito, se tradujo en una ofensa a la divi- nidad, representada en la vida terrena, generalmente por los sacerdotes, quienes al aplicar la pena se justificaban en su nombre.

La "divinidad" ofendida actuaba con dureza en contra - del infractor, según la interpretaba la propia clase sacerdo- tal. Predominaron entonces la crueldad y los abusos.

Este período constituye un avance en la función repre- siva; la comisión de un delito significó una ofensa a la divi- nidad y la pena iría encaminada a complacerla mediante la ex- piación.

Los antiguos pueblos orientales ponen de manifiesto la aplicación de la venganza divina, principalmente la cultura - hebrea, ya que los jueces juzgaban en nombre de Dios y la pe- na a imponer de acuerdo a la ofensa cometida en contra de la divinidad y en la misma proporción.

PERIODO DE LA VENGANZA PUBLICA

En la medida en que se van fortificando los estados re

claman para sí el derecho de castigar. Los gobernantes consideran que cuando se comete un delito, no sólo se ofende al individuo o a la divinidad sino también al Estado y, como éste es el representante de los individuos, sólo él tiene el derecho a castigar. Con esta convicción y en la medida en que -- los gobiernos laicos van logrando mayor solidez, la impartición de justicia queda en sus manos. La finalidad era correcta, es el Estado quien debe actuar en materia de administración de justicia, lo grave fue el abuso y las facultades omnímodas que se atribuyeron y utilizaron por los depositarios de la autoridad.

El terror y la intimidación fueron aprovechados por la autoridad pública, en especial para preservar su poder. Se persiguió a los súbditos con una arbitrariedad indescriptible. Para confesar a los "culpables" se utilizaron la tortura y -- los suplicios; los métodos más crueles se inventaron para -- aplicarlos a los supuestos delincuentes; entre esos métodos -- están: los calabozos, la argolla en el cuello o en los pies, el descuartizamiento, la hoguera, las marcas infamantes con -- hierro y los trabajos forzados.

Cuello Calón nos dice: "Ni la tranquilidad de las tumbas se respetaba, se desenterraban los cadáveres y se les procesaba; reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los podero--

sos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia. Por último, dominaba la más completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el derecho penal europeo hasta las vísperas del siglo XIX". (3)

PERIODO HUMANISTA O HUMANITARIO

Como consecuencia de la excesiva crueldad existente en materia penal, un estudioso joven aristócrata, externó sus ideas humanitarias oponiéndose rotundamente a esa situación. César Bonnesana, marqués de Beccaria, en el año de 1764, publicó el libro De los Delitos y de las Penas, y en él señala que: las penas deben establecerse obligadamente en las leyes, ser públicas, prontas y necesarias; proscribir la pena de muerte y prohibir a los jueces interpretar la ley, por ser su

(3) Cuello Calón, Derecho Penal, 9a. ed., Ed. Nacional, - - 1961, Pp. 56-57.

aplicación la única función. Jiménez de Asúa sobre este tema comenta que: "La filosofía penal se concreta en el pensamiento de Beccaria en una fórmula jurídica que resultaba del Contrato Social de Rousseau; el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley". (4)

A partir de Beccaria, la situación empezó a cambiar, - los gobiernos se humanizaron y tendieron a desaparecer las -- crueldades en materia penal; también se incrementaron los estudios para sistematizar al derecho penal, destacándose en -- particular dos corrientes: a) la escuela clásica y b) la escuela positiva.

ESCUELA CLASICA

Los pensamientos que originan esta corriente, procedieron de Emmanuel Kant, Federico Hegel, Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach, Giandoménico Romagnosi y Francisco Carrara. Ellos en general, sostuvieron los propios lineamientos de Beccaria, pero plantearon de manera especial, las siguientes ideas: la

(4) Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, 3a. ed., Ed. Sudamericana, S.A., P. 34.

pena debía ser proporcional al delito; todos los hombres son iguales, sin privilegios; y el hombre goza de libre albedrío, o sea, de la facultad de decidir cómo actuar en la vida, si comete un delito es porque esa decisión no fue influenciada - por nada ni nadie.

Kant, defiende la retribución moral de la pena. Para él castigar al delito es un deber, un imperativo categórico; el fundamento del derecho de castigar (jus puniendi) será ese imperativo categórico; por medio de la pena se retribuye el mal inferido por el delito.

Federico Hegel, apoya respecto a la pena la teoría moral de retribución jurídica; le da a su teoría una dirección dialéctica. Asegura que el delito es negación del derecho y la pena a su vez es la negación del delito.

Feuerbach, es precursor de las doctrinas de Kant, y de la teoría utilitaria, considera que la pena es una coacción - psicológica; y a él se le atribuye ser el autor del principio "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege".

Romagnosi coincide en que la pena se basa en una teoría utilitaria donde su prevención se da por defensa. Por la aplicación de pena se debe preservar el bienestar social; asegura que el delito debe prevenirse en lugar de castigarse.

Carrara fue el más brillante expositor de la escuela clásica, autor de una obra extraordinaria denominada "Reforma del Curso de Derecho Criminal". Su definición de delito, es la más representativa de este concepto. Según este maestro italiano, delito es 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. El pensamiento de Carrara se sintetiza de la siguiente manera:

- a). Distingue al delito de otras infracciones no jurídicas (morales o religiosas),
- b). El delito sólo se produce por violación a la ley,
- c). El pensamiento no produce consecuencias en el mundo jurídico,
- d). Considera que la inactividad en ocasiones puede producir delito,
- e). Las penas deben fundarse en criterios jurídicos.

Jiménez de Asúa nos señala que la Escuela Clásica tiene características comunes, las cuales transcribimos:

- a). Método lógico-abstracto, puesto que el derecho penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología,
- b). Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la

culpabilidad moral: Carrara dijo ya, que no podía concebirse el derecho penal sino construido - sobre esas bases,

- c). El delito como ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un "ente de hecho", sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de derecho penal.
- d). La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica. (5)

ESCUELA POSITIVISTA

La Escuela Positivista surge en Francia, posterior a - la Escuela Clásica, basándose en la filosofía de Augusto Comte, sustenta en tres principios fundamentales: a) la clasificación de la ciencia; b) la religión de la humanidad, y c) la clasificación de los tres estadios.

Los principales representantes de esta doctrina son: César Lombroso, quien consideró que el delincuente era un ser atávico con regresión al salvajismo, y fundamentó la Antropología Criminal. Enrique Ferri, creador de la Sociología Cri-

(5) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, 3a. ed., Ed. Sudamericana, P. 46.

minal, expone que el medio ambiente es el que crea al delin--
cuente, un medio hostil impulsa al individuo a cometer deli--
tos, ese medio ambiente influye en él y las circunstancias lo
orillan a delinquir. Sigmund Freud formula una teoría sobre
el psicoanálisis, se refiere a los complejos del individuo, a
los cuales considera como las causas del delito. Es autor de
la psicología criminal.

Otro importante representante de la Escuela Positiva,
es Nicole Pende, quien realiza importantes estudios sobre la
Endocrinología criminal.

El más brillante expositor del positivismo: Rafael Ga--
rófalo, quien diferenció al delito natural del delito legal.
Define al delito como la violación de los sentimientos altruís--
tas de piedad y probidad en la medida media que son indis--
pensables para la adaptación del individuo a la colectividad.

Los positivistas en realidad equivocaron el camino, en
lugar de estudiar el derecho penal, analizaron el tema de có--
mo evitar la comisión de delitos. La idea fue buena, pero de
finitivamente no hicieron derecho penal sino ciencias causa--
les explicativas, tales como la Antropología Criminal, Biolo--
gía Criminal, Psicología Criminal y Endocrinología Criminal;
a continuación las analizaremos: Antropología Criminal, crea--
da por César Lombroso. En 1876 publicó su libro El Hombre De

lincuente, donde nos señala que el delincuente nato es idéntico al loco moral, con base epiléptica, explicable por atavismo y con un tipo físico y psicológico especial. Pretendió -- aplicar el método experimental al estudio de la demencia y -- trató de diferenciar al delincuente del loco. Clasificó una infinidad de cráneos, mandíbulas, fosas oculares, etc., todo ello para hacer un catálogo de delincuentes, después de realizar ese trabajo llegó a la conclusión de que el hombre delincuente reproducía al salvaje en un ser atávico, el cual se remontaba a la escala zoológica hasta convertirlo en un ser - - prehumano.

Sociología Criminal, su autor es Enrique Ferri. Analiza como causa en la comisión de los delitos los factores exógenos del ambiente físico y social. Trata de investigar las causas sociales del delito.

Psicología Criminal. Es una derivación de la Antropología Criminal, su mejor exponente es Sigmund Freud, pero también destacan Lavastine y Stanci. Estudió la psique del hombre delincuente, sus procesos y particularmente su reacción frente al delito. Como señalamos anteriormente Freud crea toda una tesis sobre los complejos.

Endocrinología Criminal, su principal expositor Nicolás Pende, según él, el delito se origina por un mal funcionamiento de las glándulas endócrinas.

Según Jiménez de Asúa, las características de la Escuela Positivista son opuestas a las clásicas y en ellas se destacan:

- "a). Método experimental. Si el delincuente es un -- hombre y a él hay que atender, y el delito un -- producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto,
- b). Responsabilidad social, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente. Enrique Ferri dedicó su tesis doctoral a la negación del libre albedrío, y como determinista, tuvo que basar la responsabilidad en un hecho meramente objetivo: vivir en sociedad. Antes, por Garófalo, y luego por positivistas disidentes, se ha intentado fundar la responsabilidad en el estado peligroso -- del delincuente,
- c). El delito, para los positivistas, es un fenómeno natural y social producido por el hombre,
- d). Y la pena no debe ser un castigo, sino un medio de defensa social". (6)

(6) Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, 3a. ed., Ed. Sudamericana, pp. 51-52.

Tanto la Escuela Clásica como la Positivista, tuvieron sus momentos de éxito y de decadencia; los últimos provocaron la presencia de autores que trataron de unir el pensamiento - clásico y positivista, por lo menos pretendieron tomar lo que consideraron más importante de cada una de ellas; a estos autores y a la escuela que fundaron se les conoce con el nombre de eclécticos. Entre los más destacados tenemos a:

- a). Teoría correccionalista,
- b). Terza scuola,
- c). Escuela sociológica,
- d). Escuela técnico-jurídica,
- e). Tendencia dualista,
- f). Teoría penal humanista,
- g). Idealismo activista.

a). Teoría correccionalista: Representantes: Carlos David Augusto Roeder en Alemania y en Francia, Marquet-Vasselot. Se defendió la idea de la conexión moral de la pena,

b). Terza Scuola. Representantes: Carnevale y B. -- Alimena. Sostiene que el derecho penal no depende de nadie - y que el Estado está obligado a realizar la reforma social,

c). Escuela sociológica. Representante: Franz von Liszt. Acepta tanto los métodos jurídicos y los experimenta-

les; reconoce al delito como entidad jurídica y como fenómeno natural,

d). Escuela técnico-jurídica. Representante Manzini: Se opone a la filosofía, el derecho penal sólo se dedica a -- realizar la exégesis del derecho positivo.

e). Tendencia dualista. Representante: Birkmeyer. - Consideró prudente crear dos códigos: el penal retributivo y otro preventivo donde debieran estar las medidas de seguridad,

f). Teoría penal humanista. Representante: Vicente Lanza. La dirección del sentimiento es la única que vale en la conducta humana; todo lo que viole nuestros sentimientos - morales, es delito,

g). Idealismo activista. Representantes: Spirito, - Orestes y Maggiore. Aseguran que la única realidad es el espíritu; entre responsables e irresponsables no hay diferencia, los dos son imputables, la diferencia es la punición.

C. ESTUDIO DOGMATICO DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO EN SU ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO.

Sin riesgo a equivocación, podría decirse que este tema constituye la columna vertebral del derecho penal. Por otra parte, el adecuado manejo de los elementos permitirá entender aun comprender el delito que se estudia, llevaremos a cabo un análisis dogmático del mismo, comparando la teoría del delito con los elementos integrantes del injusto, tratando de poner los ejemplos mas claros que la debida estructuración didáctica.

Los elementos del delito son en el derecho penal lo que la anatomía es a la medicina.

En líneas anteriores se afirmó que como son diversos los criterios y corrientes respecto al número de elementos que se conforman al delito, aquí se analizarán los siete, que darán una perspectiva mejor para su comprensión.

Los elementos del delito son las partes que lo integran (dicho de otra manera, existen en razón de existir de los elementos), a saber: conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad, punibilidad y condicionalidad objetiva.

Los elementos del delito son los aspectos positivos, a cada uno de los cuales corresponde uno negativo, que llegue a ser la negación de aquel; significa que anula o deja sin existencia al positivo y, por tanto, al delito (7).

CONDUCTA Y SU ASPECTO NEGATIVO

La conducta es el primero de los elementos que requiere el delito para existir. Algunos estudiosos le llaman acción, hecho, acto o actividad.

Conducta. La conducta es un comportamiento humano voluntario (a veces una conducta humana involuntaria puede tener, ante el derecho penal, responsabilidad imprudencial), activo (acción o hacer positivo), o negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado.

Como antes se precisó sólo el ser humano es capaz de ubicarse en la hipótesis de constituirse en sujeto activo; -- por tanto, se descartan todas las creencias respecto a si los animales, los objetos o las personas morales pueden ser sujetos activos del delito.

(7) Amuchátegui Requena. Op. Cit. pág. 45.

Ante el derecho penal, la conducta puede manifestarse - de dos formas: acción y omisión.

La acción consiste en actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales, y comete la infracción a la ley por sí mismo o por medio de instrumentos, animales, mecanismos e incluso mediante personas.

La conducta se puede realizar mediante un comportamiento o varios, por ejemplo, para matar a alguien, el agente desarrolla una conducta a fin de comprar la sustancia letal, -- con otra prepara la bebida, con otra más invita a la víctima a su casa, y con una última le da a beber el brebaje mortal.

La omisión consiste en realizar la conducta típica con abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer. -- Constituye el modo o forma negativa del comportamiento.

La omisión puede ser simple o comisión por omisión.

Omisión simple. También conocida como omisión propia consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencialmente, con lo cual se produce un delito, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe una norma preceptiva, por ejemplo, portación de arma prohibida. Comisión

por omisión. También conocida como comisión impropia, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, y se infringen una norma preceptiva y --- otra prohibitiva, por ejemplo, abandono de la obligación de - alimentar a los hijos, con lo que se causa la muerte de és--- tos. (8)

La vis absoluta consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, quien en apariencia comete la conducta delictiva.

Matar por vis absoluta coloca al supuesto sujeto activo en posición de un mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo.

Ni desde el punto de vista de la lógica, ni desde el - jurídico, puede ser responsable quien es "usado" como medio - para cometer un delito, por ejemplo, presionar la mano de al- quien sobre el gatillo para que dispare el arma y mate a otra persona.

La vis maior es la fuerza mayor que, a diferencia de - la vis absoluta, proviene de la naturaleza.

(8) Márquez Piñero, Luis. Op. cit. pág. 18.

Cuando un sujeto comete un delito a causa de una fuerza mayor, existe el aspecto negativo de la conducta, o sea, - hay ausencia de conducta, pues no existe voluntad por parte - del supuesto "agente", ni conducta, propiamente dicho; de ahí que la ley penal no le considere responsable.

Los actos reflejos son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia por transmisión nerviosa a un centro y de éste a un nervio periférico. (9) Como el sujeto está impedido para controlarlos, se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria. En caso de poder controlarlos a voluntad, habrá delito.

Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existirá ausencia de conducta - cuando se realice una conducta típica; para otros, se trataría del aspecto negativo de la imputabilidad.

Esta forma de inconsciencia temporal también se considera un modo de incurrir en ausencia de conducta, si en esta do hipnótico se cometiere un delito. Al respecto, existen di versas corrientes; algunos especialistas afirman que una per-

(9) Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena, t. IV Sopena, Barcelona, 1977, pág. 3606.

sona en estado hipnótico no realizará una conducta a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado consciente -- no fuere capaz de llevarla a cabo. En este aspecto no hay -- unanimidad de criterios. Al efecto, el Código Penal del Distrito Federal, en su art. 15 frac. I, considera circunstancia excluyente de responsabilidad penal incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria, de suerte que aquí se contempla de manera más amplia la ausencia de conducta. (10)

TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

El tipo es la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva.

Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquiera otra idea similar.

La ley penal y diversas leyes especiales contemplan -- abstractamente los tipos, los cuales toman "vida real" cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

De no existir el tipo, aun cuando en la realidad al--- quien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se -

(10) Amuchátegui Requena. Op. cit. pág. 49.

podrá decir que aquel cometió un delito, porque no lo es y, - sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no delitos.

La criminología estudia comportamientos que por no estar contemplados en la ley penal, carecen de penalidad, como la prostitución, el alcoholismo, la drogadicción u otros.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo o sea, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal. Así, habrá tipicidad cuando la conducta de alguien encaje exactamente en la abstracción plasmada en la ley.

Didácticamente, se puede decir que los tipos penales - son las piezas de un rompecabezas; así, la tipicidad consistirá en hacer que cada pieza encuadre de manera exacta en el lugar que le corresponde, con la aclaración de que no existen - dos figuras iguales.

Cada tipo penal señala sus propios elementos, elementos del tipo, los cuales deberán reunirse en su totalidad de acuerdo con lo señalado en la norma, de manera que la conducta realizada sea idéntica a la abstracción legal, por ejemplo el art. 395, frac. I, Código Penal del Distrito Federal señala, entre otros elementos del delito de despojo, que el medio

con el cual deberá llevarse a cabo dicho delito sea cualquiera de los siguientes: violencia, amenaza, furtividad o engaño. Si el agente emplease un medio distinto, aun cuando se presenten los demás elementos del tipo, no habrá tipicidad, por faltar - uno solo de ellos.

La tipicidad se encuentra apoyada en el sistema jurídico mexicano por diversos principios supremos que constituyen una garantía de legalidad. En seguida se detallan dichos principios .

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

La Carta Magna ampara dichos principios generales que garantizan al sujeto su libertad, en tanto no exista un norma o tipo que establezca el referido comportamiento que se pudiere imputarle. (11)

ASPECTO NEGATIVO: ATIPICIDAD

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la

(11) Amuchátegui Requena. Op. cit. pág. 49.

atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito.

La atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo cual da lugar a la no existencia del delito.

La conducta del agente no se adecúa al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo, etc., -- por ejemplo, en el robo, el objeto material debe ser una cosa mueble; si la conducta recae sobre un inmueble, la conducta - será atípica respecto del robo, aunque sea típica respecto del despojo.

Existe confusión en cuanto a otra figura: la anuencia de tipo, que desde luego es distinta de la atipicidad.

La ausencia de tipo es la carencia del mismo. Significa que en el ordenamiento legal no existe la descripción tipica de una conducta determinada.

En la legislación penal mexicana no existe el tipo de blasfemia, a diferencia de las legislaciones europeas; así, - si en México alguien profiere insultos o denostación respecto de algún concepto o imagen religiosa, no cometerá delito, por

haber ausencia de tipo.

Si la ley no define un delito (tipo), nadie podrá ser castigado por ello.

El art. 288 del Código Penal del Estado de Sonora contempla el delito de chantaje; en cambio, en el del Distrito Federal no existe y, por tanto, ocurre la ausencia de tipo.

ANTI JURIDICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La antijuridicidad es lo contrario al derecho. El ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido por la norma.

Carnelutti señala: "antijurídico es el adjetivo, en tanto que antijuridicidad es el sustantivo," y agrega: Jurídico una conducta típica antijurídica. (12)

Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad; material y formal.

a) Material. Es propiamente lo contrario a derecho, -

(12) Carnelutti, Francesco. Teoría general del delito, Argos, Cali, s. d, págs. 18 y 19.

por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad.

b) Formal. Es la violación de una norma emanada del Estado, de acuerdo con Jiménez de Asúa, constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad, por lo que considera no tiene caso esta distinción. (13)

ASPECTO NEGATIVO: CAUSAS DE JUSTIFICACION

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, que son las razones o circunstancias que el legislador consideró para anular la antijuridicidad de la conducta típica realizada, al considerarla lícita, jurídica o justificativa.

No resulta fácil precisar una noción de algo que es un aspecto positivo, pero lleva implícita una negación. Este aspecto se destaca porque es muy común la confusión para entender cómo la antijuridicidad (aspecto positivo) puede tener a su vez un aspecto negativo, cuando aquella es sí una negación o contraposición al derecho.

(13) Jiménez de Asúa. Op. Cit. p. 108.

En ese orden de ideas, lo anterior debe entenderse como sigue:

La antijuridicidad es lo contrario al derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraria (antijuridicidad), pero, excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

De manera genérica, el Código Penal las denomina circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue. También suele denominarseles eximentes, causa de inculpatión o causas de licitud. (14)

(14) Márquez Piñero. Luis. Op. cit. pág. 20.

IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La imputabilidad es la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

La imputabilidad implica salud mental, aptitud psíquica de actuar en el ámbito penal, precisamente al cometer el delito. Por otra parte, el sujeto primero tiene que ser imputable para luego ser culpable; así, no puede haber culpabilidad si previamente no se es imputable.

Las acciones liberae in causa son aquellas libres en su causa y consisten en que el sujeto, antes de cometer el delito, realiza actos de manera voluntaria o culposa que lo colocan en un estado en el cual no es imputable y comete un acto criminal; por tanto, la ley lo considera responsable del delito, por ejemplo, quien bebe inmoderadamente y después lesiona o mata, en el momento del ilícito no es imputable, pero antes sí. Se llaman así porque son acciones libres en cuanto a su causa, pero determinadas en lo referente a su efecto. (15)

ASPECTO NEGATIVO DE LA IMPUTABILIDAD:

INIMPUTABILIDAD

(15) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1993. 32a. Edición. pág. 184.

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender en el ámbito del derecho penal.

Concretamente, puede decirse que las causas de inimputabilidad son las siguientes: trastorno mental, desarrollo intelectual retardado, miedo grave y minoría de edad.

Trastorno mental. El trastorno mental incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impiden al agente comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse acorde con esa comprensión. Puede ser transitorio o permanente, por ingestión de alguna sustancia nociva o por un proceso patológico interno. Solo se excluye el caso en que el propio sujeto haya provocado esa incapacidad, ya sea intencional o imprudencialmente.

Conforme a la legislación penal mexicana, el art. 15 - del Código Penal del Distrito Federal establece:

"El delito se excluye cuando:

I El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito de que se trate;

III Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

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

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

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la --

obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

VI. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código;

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea por que el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Ya se dijo que el delito es una conducta que debe ser típica y antijurídica; ahora se estudiará el otro elemento necesario para integrarse en su totalidad el delito: la culpabilidad.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta - realizada.

Para Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta." (16)

Para precisar la naturaleza de la culpabilidad existen dos teorías: la psicológica y la normativa.

Teoría psicológica. La teoría psicológica funda la - culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo.

El adecuado análisis de la culpabilidad presupone el -

(16) Vela Treviño, Sergio. Culpabilidad. Teoría del delito, Trillas, México, 1985, pág. 337.

del sujeto por cuanto hace el elemento volitivo.

Teoría normativa. Según esta teoría, la base de la culpabilidad radica en la imperatividad de la ley, dirigida a quienes tienen capacidad para obrar conforme a la norma a fin de que se pueda emitir el juicio de reproche.

De acuerdo con los lineamientos del Código Penal vigente, los grados o tipos de culpabilidad son: dolo y culpa.

DOLO:

El dolo consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho. La doctrina la llama delito intencional o doloso.

Elementos. Los elementos del dolo son dos: ético, que consiste en saber que se infringe la norma y volitivo, que es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

Especies Fundamentales. El dolo puede ser: directo, - indirecto o eventual, genérico, específico e indeterminado.

Directo. El sujeto activo tiene intención de causar - un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad

entre la intención y el resultado típico, por ejemplo, el agente desea violar y lo hace.

Indirecto o eventual. El sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes, por ejemplo, alguien quiere lesionar a un comensal determinado para lo cual coloca una sustancia venenosa en la sal de mesa, al saber que podrán salir lesionados otros sujetos.

Genérico. Es la intención de causar un daño o afectación, o sea, la voluntad consciente encaminada a producir el delito.

Específico. Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que deberá ser objeto de prueba. Jiménez de Asúa critica esta denominación y considera más apropiada la de dolo con intención ulterior.

Indeterminado. Consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un delito determinado por ejemplo, colocar una bomba para protestar por alguna situación de índole política; el sujeto sabe que causará uno o más daños, pero no tiene intención de infligir alguno en especial.

Cabe insistir en que el dolo es un proceso psicológico, que se traduce en la intención de querer un resultado típico.

La culpa es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico sin intención de producirlo, pero se ocasiona solo por imprudencia o falta de cuidado o de precaución, debiendo ser previsible y evitable. La doctrina le llama delito culposo, imprudencial o no intencional.

Elementos. Los elementos de la culpa son las partes esenciales de que se integra, a saber son:

- a) Conducta (acción u omisión)
- b) Carencia de cuidado, cautela o precaución que exigen las leyes
- c) Resultado previsible y evitable
- d) Tipificación del resultado, y
- e) Nexa o relación de causalidad.

Clases

Consciente. También llamada con previsión o con representación, existe cuando el activo preve como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá.

Inconsciente. Conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no preve el resultado típico; así, realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser: lata, leve y levísima.

- a) Lata. En esta culpa hay mayor posibilidad de prever el daño.
- b) Leve. Existe menor posibilidad que en la anterior.
- c) Levísima. La posibilidad de prever el daño es considerablemente menor que en las dos anteriores.

Algunos autores, como Jiménez Huerta, llaman a la preterintención también ultraintención, la cual consiste en producir un resultado de mayor gravedad que el deseado. Existe intención de causar un daño menor, pero se produce otro de mayor entidad, por actuar con imprudencia (con las reformas de código penal de enero de 1994, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, por lo que esta figura únicamente se toca teóricamente como ilustración).

Elementos de la preterintención. En el delito preterintencional se encuentran los elementos siguientes:

- a) Intención o dolo de causar un resultado típico, de

manera que el sujeto solo desea lesionar y toma el arma para cometer el delito.

- b) Imprudencia en la conducta, por no prever ni tener cuidado, la acción para lesionar ocasiona un resultado distinto.
- c) Resultado mayor que el querido. La consecuencia de la intención y de la imprudencia ocasiona la muerte de modo que se produce un homicidio preterintencional.

ASPECTO NEGATIVO: INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho. Esto tiene una relación estrecha con la imputabilidad; así, no puede ser culpable de un delito quien no es imputable.

Por lo anterior, cabe agregar que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable.

Las causas de inculpabilidad son las circunstancias -- que anulan la voluntad o el conocimiento, a saber.

- a) Error esencial de hecho invencible
- b) Eximentes putativas

- c) No exigibilidad de otra conducta
- d) Temor fundado
- e) Caso fortuito (*)

PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Frecuentemente se confunden las nociones que en seguida se distinguirán, toda vez que, a pesar de emplearse indiscriminadamente como voces sinónimas cada una de ellas tiene un significado propio. Tal distinción servirá para manejar de manera adecuada la terminología respectiva.

Punibilidad es la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma.

La punición consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto. (17)

Pena es la restricción o privación de derechos que se impone al autor de un delito. Implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad.

De manera genérica, el término sanción se usa como si-

(17) Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. SUA, UNAM, México, 1989. pág. 18.

(*) Actualmente solo existe como causa inculpabilidad el error invencible.

nónimo de pena, pero propiamente, aquel corresponde a otras ramas del derecho y llegar a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposición no penal.

La sanción es propiamente impuesta por una autoridad administrativa, por ejemplo, multa, clausura, etc. Debe tenerse presente que no se podrá imponer una pena si previamente no existe una ley que la establezca (Nulla poena sine lege).

Respecto a la punibilidad como elemento del delito. Algunos autores sostienen diversas posturas; así, para unos es un auténtico elemento de delito, mientras que para otros es solo la consecuencia del delito. Recuérdese que el art. 7° del Código Penal del Distrito Federal enuncia: "delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales", pero también cabe recordar que existen delitos carentes de castigo. Independientemente de la postura que adopte cada quien, se incluye su análisis como elemento, a fin de conocerlo y manejarlo correctamente.

En principio puede decirse, a manera de fórmula, que a delito igual pena igual. Si A mata, la pena imponible será igual a la que se impondrá a B, quien también mató: sin embargo, existen tres variantes que modifican la penalidad: arbitrio judicial, circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes.

El arbitrio judicial es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena, al considerar que ésta tiene un margen de acuerdo con un mínimo y un máximo, dentro del cual el juez podrá imponer la que estime más justa.

Lo anterior significa que el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considere más adecuada. Para ello, tendrá en cuenta lo establecido en los arts. 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal.

Las circunstancias atenuantes o privilegiadas son las consideraciones del legislador para que, en determinados casos, la pena correspondiente a un delito se pueda disminuir, por ejemplo, homicidio en riña o duelo.

Las circunstancias agravantes son las consideraciones del legislador contenidas en la ley para modificar la pena y agravarla por ejemplo, homicidio con premeditación, alevosía, ventaja o traición.

Dichas variantes obedecen a las circunstancias o factores que la propia ley tiene en cuenta para variar la pena, -- con lo cual trata que la pena se ajuste al caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias especiales y de modo que la pena sea más justa.

ASPECTO NEGATIVO: EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Las excusas absolutorias constituyen la razón, o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad.

En la legislación penal mexicana existen casos específicos en los que ocurre una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, pero, por disposición legal expresa, no punible.

EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN LA LEGISLACION MEXICANA

Esta ausencia de punibilidad obedece a diversas causas, como se verá en cada caso concreto.

Excusa por estado de necesidad. Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad, por ejemplo: robo de familiar (art. 379 del Código Penal del Distrito Federal) y aborto terapéutico (art. 334 del Código Penal del Distrito Federal).

Excusa por temibilidad mínima. En función de la poca peligrosidad que representa el sujeto activo, tal excusa puede existir en el robo por arrepentimiento (art. 375 del Cód-

go Penal del Distrito Federal).

CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y SU ASPECTO NEGATIVO

Aunque en este caso se trata de otro elemento del delito, dada su naturaleza controvertida, pues la mayoría de los autores niegan que se trata de un verdadero elemento del delito, se ha incluido en el tema de la punibilidad por su rela--ción estrecha con ésta.

Al igual que la punibilidad, la condicionalidad objetiva no es propiamente parte integrante y necesaria del delito, éste puede existir sin aquellas.

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son requisitos - de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito.

Jiménez de Asúa, quien los denomina condiciones objetivas de punibilidad, afirma: "... son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras de delito..." (18)

(18) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamérica Buenos Aires, 1980. pág. 112.

En realidad, las condiciones objetivas son, elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras son aspectos referentes a la perseguibilidad, - etcétera.

La ausencia de condicionalidad objetiva llega a ser el aspecto negativo de las condiciones objetivas de punibilidad. La carencia de ellas hace que el delito no se castigue.

D.- CLASIFICACION DEL DELITO.

Las diversas clasificaciones del delito, según el criterio mantenido por los diferentes autores en defensa de sus respectivas posturas doctrinales, sólo tienen un reflejo parcial en el ordenamiento jurídico mexicano.

La clasificación tripartita, que diferencia a los hechos ilícitos en crímenes, delitos y contravenciones, y la denominada bipartita, que los divide en delitos y contravenciones o faltas, sobre todo esta última, tuvieron cierta aceptación en el código penal de 1871.

Sin embargo, códigos de 1929 y de 1931 prescindieron de considerar las faltas y se ocupan exclusivamente de los delitos, por entender que aquéllas pertenecen a la esfera de la competencia administrativa y no tienen naturaleza penal.

En cuanto al código vigente, por lo que a los tipos delictivos en función del sujeto pasivo y del bien jurídicamente protegido, agrupados en el Libro Segundo, son susceptibles de sistematizarse en la forma siguiente:

I. Delitos contra el individuo (vida, integridad corporal, honor, reputación, libertad, estado civil, seguridad y patrimonio).

II. Delitos contra la institución familiar (relaciones entre los cónyuges y paternofiliales).

III. Delitos contra la sociedad (salud pública, moral o buenas costumbres, falsedades, servidores públicos en el desempeño de sus cargos, comunicaciones, economía pública, y -- responsabilidad de los profesionistas).

IV. Delitos contra la Nación o el Estado (seguridad - exterior, seguridad pública, autoridades, e insignias nacionales).

V. Delitos contra el derecho Internacional (piratería violación de inmunidad diplomática, neutralidad, atentados -- contra los derechos de prisioneros, heridos, rehenes y personas hospitalizadas).

Art. 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considera que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos --- constitutivos;

II. Permanente, o continuo, cuando la consumación se -- prolonga en el tiempo, y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

Art. 8. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Art. 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos de tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

Obra culposamente el que produce el resultado típico, - que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

En relación con los delitos políticos, el código penal los enumera, pero no los define. A este respecto, el artículo 144 dice:

Se consideran delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y de conspiración para cometerlos.

Referente a su punibilidad, el artículo 22 constitucional, párrafo tercero, los exime expresamente de la pena de -- muerte. La reincidencia y la habitualidad no son de aplicación a los delincuentes políticos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23, primer lineamiento, del código penal, y el artículo 26 del propio cuerpo punitivo previene de su reclusión en establecimientos especiales.

El propio código penal, a través de su articulado, detecta, entre otros, la existencia de delitos instantáneos --- (artículo 348) permanentes (artículo 267), simples (artículo 302), complejos (artículos 348 en conexión con el 189), formales (348), materiales (artículo 367), perseguibles de oficio, (artículo 337), a instancia de parte agraviada (artículo 263) de lesión (artículo 367), de peligro (artículos 164, 209), de agresión (artículo 306, fracción I).

CAPITULO II

FORMAS DE MANIFESTACION DEL DELITO

A. ETAPAS ITER CRIMINIS

Todos los delitos tienen un desenvolvimiento propio, - que se compone de una cantidad de actos que vienen a constituir las etapas del proceso criminoso, al que se le ha llamado iter criminis. Todo iter criminis comienza como un proceso psíquico que tiende a transformarse en conducta delictiva. Antiguamente, se castigaban los pensamientos, los cuales eran plenamente imputables; después surgió el principio cogitatio nis poenam nemo patitur (nadie sufre el castigo del pensamiento), con lo que se superó históricamente esta situación, a -- virtud de que sólo pueden ser imputables en la esfera jurídica, las conductas de los hombres, entendiendo por conducta -- sus dos sentidos positivo y negativo, es decir, por acción y por omisión. Ante esta situación, el Estado prohíbe ciertas formas exteriores, encaminada esta prohibición a mantener la seguridad jurídica y social de sus componentes.

El periodo iter criminis, sólo puede darse en los deli tos donde el sujeto decide, piensa y resuelve cometer un ilf- cito, esto es en los delitos intencionales o dolosos.

Zaffaroni nos dice que "desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo - del sujeto, hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por - ningún observador fuera del propio autor.

A este proceso se denomina *iter criminis* o "camino del crimen", significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito". (1)

Para Maggiore, "todos los delitos, menos los llamados instantáneos, que son aquellos que se perfeccionan en un solo acto, *perficiuntur unico actu* (como la injuria, el falso testimonio, etc.) tienen un desenvolvimiento propio, ya que la acción en la cual consisten se descompone en una cantidad de actos que constituyen otras tantas etapas del proceso criminoso". No estamos de acuerdo con la excepción que hace Maggiore, en virtud a que la instantaneidad del delito se produce - en la consumación, última etapa del *iter criminis*, por lo que pensamos que todos los delitos intencionales o dolosos en general y sin excepción alguna, tienen un camino que recorrer.

(1) Zaffaroni, Eugenio, Tratado de Derecho Penal, tomo IV. - 1a. ed., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 409.

Mir Puig sostiene al respecto: "hasta que una conducta humana llega a realizar perfectamente uno de los tipos dolosos previstos en la Parte Especial del Código Penal (consumación) pasa por distintos momentos o fases, por los que se suele decir que discurre el (iter criminis). Pero de pronto, el delito pasa por una fase interna, primero, y por otra fase externa, después.

Todo delito, nace como toda acción humana, en la mente del autor. La deliberación puede ser más o menos breve, e incluso faltar -lo que explica que, de concurrir, la (premeditación) constituya una circunstancia de agravación o convierta el homicidio en asesinato. Pero la resolución, más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso aunque en la omisión pueda adoptar forma pasiva. Ahora bien: en sí misma la fase interna no puede ser objeto de castigo por el Derecho, -sino sólo en cuanto se traduzca en una fase externa, en ciertas condiciones (cogitationis poena nemo patitur). (2)

El maestro Porte Petit (3) sostiene que el iter criminis comprende dos esferas: una subjetiva, en la que se da la concepción deliberación y decisión del delito; y otra exterior, que incluye la manifestación de la resolución del suje-

(2) Mir. Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 2ª ed. Ed. PPU, Barcelona, 1985, p. 278.

(3) Porte Petit, Programa de Derecho Penal. 3a. ed. Ed. Trillas, México, 1990, p. 740.

to, actos preparatorios, actos ejecutivos (en los que se puede dar la tentativa inacabada o acabada y la tentativa imposible por inidoneidad de los medios o inexistencia del objeto - jurídico o material).

Para Maurach, estas etapas del iter criminis son grados de realización del delito y nos dice que: "rige el claro principio de que un grado de realización es tanto más merecedor de pena cuanto más se aproxime a la consumación típica. Por ello, el simple planteamiento de la infracción, en tanto no trasponga la esfera del sujeto asilado, es irrelevante para el Derecho Penal: cogitationis poenam nemo patitur de modo distinto deben, en cambio, enjuiciarse preparación y tentativa". (4)

El iter criminis es el camino recorrido por el delito, que va desde su ideación en la mente del agente hasta su ejecución. Este camino o vida del delito, tiene dos fases: una interna y subjetiva; y, otra fase externa y objetiva, en la que se da su ejecución.

Todos los autores coinciden en determinar que el delito tiene estas dos fases y que la interna no es tema del Derecho Penal, sino más bien del ámbito moral.

(4) Maurach, Tratado de Derecho Penal, tomo II, Ed. Ariel, - Barcelona, 1962, p. 167.

Concordamos en que el delito tiene dos fases, pero consideramos que la fase interna está compuesta por una idea criminosa, deliberación y resolución del delito, actos no punibles; mientras que en la fase externa encontramos a la comunicación o exteriorización, preparación y ejecución, en esta última aparece la tentativa (delito frustrado) acabada, inacabada o imposible; y la consumación, que es el logro del objetivo ilícito.

B. FASES DEL ITER CRIMINIS

INTERNA

La fase interna del iter criminis comprende:

- a) Idea criminosa.
- b) Deliberación.
- c) Resolución.

En esta fase interna, como ya mencionamos, el delito - no ha sido exteriorizado, la idea de cometerlo está en la psí que del agente, "surge primero -dice Jiménez de Asúa-, lo que los escolásticos llamaban la tentación o la idea del delin--- quir aparece en la mente del sujeto, éste puede rechazarla o no". (5)

"El delito -dice Maggiore- nace como idea. En esta -- primera fase sólo puede interesar a la conciencia moral y religiosa, como tentación o pecado de pensamiento. Para reprimirlo sólo están llamados el sentimiento del deber y Dios." (6)

La idea criminosa es la sola representación del delito

(5) Mauraco, Tratado de Derecho Penal, tomo II. Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 167.

(6) Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, 1a. ed., Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1990, p. 459.

en la mente del sujeto; tal sería el caso de quien desea matar, se imagina su hecho, a su víctima privado de la vida.

Después de la idea de cometer el delito, surge la deliberación, que es la lucha interna entre el buen y el mal pensamiento, el agente examina el pro y el contra de una conducta delictiva, tomando finalmente una decisión. En este período rechaza o determina una resolución criminal.

La deliberación también es un acto que se efectúa en la mente y constituye el examen detenido que realiza el sujeto de la idea criminosa, es el análisis detallado en el que piensa si ejecuta o no el hecho delictivo.

Una vez analizada la idea criminosa, aunque puede también ser rechazada, el sujeto debe decidir si la realiza o no, con lo que aparece lo que hemos definido como resolución.

"La resolución -dice Mir Puig-, es presupuesto de todo hecho doloso, aunque en la omisión puede adoptar forma pasiva". (7)

Aquí es donde surge la decisión de cometer el delito, brota la resolución de cometer dicho acto delictivo que toda-

(7) Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 2a. ed. Ed. PPU, Barcelona, 1985, p. 278.

vía no es manifestada exteriormente, la resolución al igual - que la idea criminosa y la deliberación, se llevan a cabo en la mente del sujeto, en su mundo subjetivo y muy personal (fase interna subjetiva). Esta resolución puede tener dos caminos; en uno el sujeto decide no llevar a cabo los actos encaminados a realizar su idea criminosa, es decir, no pasa a la segunda fase externa, todo se queda en la mente y no produce ninguna alteración en el mundo del deber ser. El otro camino que puede tomar la resolución, es que el sujeto se decida a cometer el delito, y una vez que decide esto, lo exterioriza, para que pueda continuar el iter criminis, si no también quedará únicamente en la mente del sujeto sin causar ningún trastorno en el mundo jurídico penal.

Como hemos dicho con anterioridad, esta fase subjetiva, que únicamente se desarrolla en el sujeto, no es importante para nuestro Derecho Penal, a virtud de que éste tipifica únicamente conductas, que son hechos externos, esta fase más --- bien sería tema de la moral, tal como ya lo hemos expresado y tal vez de la propia criminología. Como la define el Diccionario Jurídico Mexicano: Criminología: (del latín crimen, -- inis, crimen, y logia), tratado acerca del delito, sus causas y su represión.

Al respecto, nos dice el maestro Porte Petit que "en - la doctrina se cuenta con un principio rector como base para

la aplicación de la punibilidad a los momentos o etapas del iter criminis. Así, se considera, que en un momento del iter criminis, debe sancionarse en tanto se encuentre cerca del último momento del camino del delito: la consumación, y será menor la pena, si la etapa respectiva de ese camino se aleja más de aquélla, hasta llegar a la fase interna o al pensamiento, que no debe sancionarse".

El pensamiento no puede ser castigado, pues como dijo Maggiore, es asunto de la "conciencia moral", que no afecta - derechos de terceros, por lo que únicamente es hecho punible el acto externo, es decir, los actos que se encuentran en la fase externa del iter criminis y que son alcanzados por el Derecho Penal.

El pensamiento delictivo no está penado, el hecho puede ser punible cuando el delito se encuentra en su fase externa en las situaciones debidamente marcadas por nuestra ley penal.

Por lo que carece de relevancia en el iter criminis la fase subjetiva, ya que únicamente son hechos punibles los exteriorizados por el sujeto tendientes a la comisión del ilícito que penalmente es incriminado.

En conclusión podemos decir que la transgresión inter-

na y subjetiva de la Ley Penal no es suficiente para constituir un delito y por tanto originar una pena.

EXTERNA

La fase externa comprende:

- a) Comunicación o exteriorización.
- b) Preparación.

- acabada

- 1) tentativa

- inacabada

c) Ejecución.

- imposible

- 2) logro del objetivo o consumación

La fase externa del iter criminis es la que tiene relevancia en el Derecho Penal, en ella el sujeto exterioriza su resolución de delinquir, realizando actividades encaminadas a la preparación del hecho delictivo, como procurarse los medios para su realización, observar el lugar, el momento, buscar cómplices, etc., después, ejecutar su conducta y finalmente es consumado el hecho delictivo.

Algunos autores consideran que entre la fase interna y la fase externa hay una fase intermedia que está contigua a los actos preparatorios, en la que encontramos la exteriorización

ción o también llamada resolución manifestada; para nosotros, ésta pertenece a la fase externa, a virtud de que es un acto exterior, como dice el maestro Porte Petit:"(externo) es lo que (obra o se manifiesta al exterior), sea en forma verbal o material y que linda con los actos preparatorios, distinguiéndose de éstos, en que, en la resolución manifestada que forma parte de la fase externa con la fase que subsigue, o sean, los mencionados actos preparatorios, no hay exteriorización - de hechos materiales y en los preparativos si los hay". (8)

Se contraponen a nuestra opinión y a la del maestro, autores como Jiménez de Asúa, que dice al respecto: "Entre la fase interna, actualmente impune, y la externa, existen varias zonas intermedias; y de ellas, dos principalmente merecen un examen detenido: la resolución manifestada y el delito putativo." (9)

La resolución manifestada, como ya se expresó, es lo - que llamamos comunicación o exteriorización y que explicaremos más adelante.

Cuando a la fase interna y subjetiva del iter crimi--

(8) Porte Petit, Celestino. Programa de Derecho Penal, 3a.ed. Ed. Trillas, México, 1990, p. 744.

(9) Op. Cit. p. 214.

nis le corresponda un acto externo no delictivo y por tanto no punible, entonces estaremos en presencia del llamado "delito putativo". Puede darse el caso en que el sujeto realice una acción pensando que está prohibida como delito siendo que no lo es; o bien, que por un error, la acción del sujeto no es idónea jurídicamente para conformar o colmar un delito, en ambos casos estaríamos frente a la figura del "delito putativo",

La resolución manifestada, como ya se expresó, es lo que llamamos comunicación o exteriorización y que explicaremos más adelante.

Cuando a la fase interna y subjetiva del iter criminis le corresponda un acto externo no delictivo y por tanto no punible, entonces estaremos en presencia del llamado "delito putativo". Puede darse el caso en que el sujeto realice una acción pensando que está prohibida como delito, siendo que no lo es; o bien, que por un error, la acción del sujeto no es idónea jurídicamente para conformar o colmar un delito, en ambos casos estaríamos frente a la figura del "delito putativo", que es aquel que se tiene, por el "agente" como delito sin en realidad serlo.

La comunicación o exteriorización es la manifestación del pensamiento criminoso, "sale del momento interno -dice Maggiore- y se proyecta en el mundo exterior". (10)

(10) Maggiore; Giuseppe, Derecho Penal, tomo II. Ed. Temis, Bogotá, 1989, p. 70.

amenazas y la provocación de un delito constituyen igualmente tipos autónomos".

Una vez que se exteriorizó el pensamiento se inicia - la preparación del delito. Así, de la resolución de delinquir, continúa la obtención de los medios o búsqueda de las - condiciones adecuadas para delinquir.

"La preparación -dice Maurach- es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado." (11)

La preparación consiste en hacer las operaciones necesarias para poder ejecutar el delito.

Podemos decir que en principio, la preparación es impune, ya que sólo excepcionalmente puede ser castigada. La mayoría de las veces es indiferente para el Derecho Penal, ya que, por ejemplo, la compra de un veneno no quiere decir que sea para matar a un sujeto.

La excepcionalidad del castigo en los actos preparatorios está encaminada a que éstos representen una amenaza actual al orden jurídico-social.

(11) Maurach, Tratado de Derecho Penal, tomo II. Ed. Ariel. Barcelona, 1962, p. 168.

La comunicación o exteriorización consiste en dar a - conocer a los demás por medio de la palabra, la idea crimino- sa de delinquir que ya se encontraba en la mente del sujeto.

En nuestro sistema jurídico, sólo por excepción es pe- nada la resolución manifiesta. Para ejemplificar podemos men- cionar el art. 125 del Código Penal Federal que castiga "al - que incita al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor o a que acepte una invasión o protectorado extran- jero"; el art. 282 que castiga al que infiera amenazas; el -- art. 209, que impone pena al que provoque públicamente a come- ter un delito; artículo 13, fracción V, considera responsable del delito al que determina intencionalmente a otro a cometer- lo, que como veremos en el capítulo correspondiente se trata de inducción o instigación.

En general, podemos decir que nuestro Derecho Positi- vo se refiere a dos formas genéricas que son la proposición - conspiración, la que puede ser "contra la seguridad exterior e interior de la Nación integrando delitos independientes pe- ro en función de los tipos expresamente recogidos en la ley; por tanto, sólo es dable hablar con propiedad de proposición cometer traición y de conspiración para realizar traición, es- pionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos. No es posible, por ende y con base en la ley, enjuiciar a nadie por proposición de robo o por conspiración de homicidio. Las

caminado a reunir los elementos necesarios para cometer el delito.

Los hechos preparatorios son actos inocentes en sí mismos, porque no demuestran claramente y con precisión la intención de cometer el delito, es decir, dejan dudoso el propósito criminoso. En esta etapa preparatoria no hay todavía la violación del tipo penal.

"Sin embargo -dice Cuello Calón-, en ciertos casos los actos preparatorios se reputan punibles y son penados como delitos sui géneris, como cuando revelan de un modo seguro el propósito de delinquir el hecho de poseer ganancias y llaves falsas) o cuando encierran un grave peligro (la tenencia de sustancias explosivas)." (12)

Soler nos dice al respecto: "Serán acciones preparatorias aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para poner en peligro efectivo un bien jurídico determinado (peligro corrido) y para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado (acciones unívocas)". (13) Son acciones iniciales, que por regla general no son pu

(12) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, 4a. ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1937, p. 498.

(13) Citado por Cuello Calón. Op. Cit. pág. 500.

nibles.

Respecto a la punición de las fases anteriores a la consumación del delito, existen tres grupos de teorías; objetivas, subjetivas y mixtas.

Las teorías objetivas sostienen: la razón de castigar, los actos preparatorios es el peligro en el que se coloque el bien jurídico protegido. Lo que explicaría que aún estando dirigida por una finalidad subjetiva, se castiga de diferente forma "la preparación cuando es punible, la ejecución imperfecta y la consumación".

Las teorías subjetivas basan la punición en la voluntad contraria a Derecho, manifestada o expresada.

Las teorías mixtas, sostienen que la punición se fundamenta en la voluntad delictiva, pero creen necesario limitar el castigo por exigencias objetivas "como que el hecho produzca una conmoción de la colectividad". (14)

En nuestro sistema jurídico, serán punibles los actos preparatorios que se encuentran descritos en la acción constitutiva del delito. En general no son punibles, sólo por ex-

(14) Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, 2a. ed. Ed. PPU, Barcelona, 1985, p. 281.

cepción. El delito preparado "es un delito en potencia, no es aún un delito ejecutado "es un delito en potencia, no es aún un delito real y efectivo, éste sólo aparece cuando aparece la violación de la norma penal". (15)

Un ejemplo de punición de un acto preparatorio lo señala la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos en su artículo 77, fracción I: "Serán sancionadas con pena de uno a diez días multa o por falta de pago con el arresto correspondiente, que en ningún caso excederá de 36 horas: I. quienes posean armas en lugar no autorizado o que no sea su domicilio." (16)

La última etapa de la esfera externa del iter criminis, es la consumación que es el acto o actos unívocos e idóneos para la realización del hecho delictivo. La voluntad en esta etapa es única decidida y resuelta a delinquir; con este acto comienza la violación a la norma. Es un acto unívoco porque se distingue sin equivocación la intención de cometer el delito y es idóneo porque es adecuado y conveniente para colmar el tipo penal.

La ejecución debe diferenciarse de la preparación; han

(15) Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, tomo I, 4a. ed. Ed. Bosch, Barcelona, 1937, p. 498.

(16) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal, tomo II. Ed. Temis - Bogotá, 1989. pp. 71-72.

existido diversos criterios para distinguirlas.

Algunos dicen que esta diferencia debe enfocarse desde el punto de vista cronológico, que consiste en la proximidad del acto al resultado. Otros hacen consistir la diferencia - entre los dos actos, en el carácter equívoco de los actos preparatorios y el unívoco de los actos ejecutivos. Otro criterio que cita Maggiore es cuando sostiene: "El mismo Carrara excogitó después el criterio del ataque a la esfera jurídica de la víctima. Enseñó el maestro que actos consumativos son los que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación, es decir, sobre las personas o cosas sobre las cuales debían dirigirse la violación definitiva del Derecho (por ejemplo, el hombre que uno quería matar la cosa que uno quería robar); -- que son actos ejecutivos los que recaen sobre el sujeto pasivo del atentado (por ejemplo, el domicilio que es invadido, - la puerta que es derribada para cometer un homicidio o un hurto); y que son actos preparatorios los que recaen solamente sobre el sujeto pasivo (primario o secundario) del delito que se prepara (por ejemplo, el dar vueltas alrededor de una casa ajena, para atisbar la altura de la ventana de una casa ajena, para atisbar la altura de la ventana por la cual puede penetrarse al interior)." (17)

Otros dicen que se presenta la preparación si en la men

(17) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal. tomo II. Ed. Temis. Bogotá, 1989, pp. 71 - 72.

te del sujeto se han decidido actos de ejecución y habrá actos de ejecución si por dicha preparación hay movimientos para alcanzar la meta delictuosa.

En efecto, para que se inicie la etapa de ejecución, se tiene que iniciar la acción principal descrita en la norma penal, los actos preparatorios como su nombre lo indica, están encaminados a realizar todas las operaciones necesarias para la ejecución del delito, generalmente el acto preparatorio no afecta derechos de terceros, se desenvuelven únicamente en la esfera del agente, mientras que el acto ejecutorio invade derechos de terceros al adecuarse su conducta a la acción descrita en la norma penal como delito al afectar el bien jurídico protegido por dicha norma.

En esta etapa ejecutoria, puede no consumarse el delito o bien, llegar éste a dicha consumación. En el primer caso estaremos hablando de tentativa. "La tentativa implica un principio de ejecución y la puesta en peligro de un bien jurídico a virtud de un proceso unívoco, en tanto que el acto preparatorio es equívoco. El acto de tentativa implica un principio de ejecución sin consumación." (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe 1955, p. 4).

"El acto de tentativa -dice Soler- está caracterizado por un concepto esencial: debe consistir en el comienzo de --

ejecución de un delito determinado." (18)

Para Jiménez de Asúa, existe la tentativa "cuando la - voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica -- del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama -- ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito". (19)

El Código Penal Federal en su artículo 12 regula la -- tentativa:

Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

(18) Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tomo II. Tipo gráfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973, p. 210.

(19) Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, p. 474.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución - o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por si mismos delitos.

La tentativa es un grado más del iter criminis, que se encuentran en su fase de ejecución; es la realización de un delito frustrado. La tentativa puede ser acabada, inacabada o imposible.

En el caso de que el delito sea ejecutado y llegue a la consumación, el agente habrá logrado su objetivo delictivo y el tipo penal estará colmado. La consumación no es otra cosa que la realización deseada del tipo penal o delito, es decir, el agente debió haber realizado la conducta descrita en la norma "a partir del momento en que tiene lugar la consumación, queda excluida toda punibilidad por tentativa".(20)

El último momento del iter criminis es el de la ejecución consumada y ésta se presenta cuando el delito se perfecciona, es decir, que se encuentran colmados todos los requisi

(20) Zaffaroni, Eugenio. Tratado de Derecho Penal, tomo IV. - Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1988, p. 418.

tos del tipo penal, "cuando se han realizado todos los actos materiales de ejecución del delito y la norma penal ha sido efectivamente violada, el delito está consumado." (21)

Para nuestro sistema jurídico los actos de ejecución, entendiendo por éstos los tentados y los consumados; son actos punibles y previstos por el Código Penal. En la consumación, el acto punible llega a su total desenvolvimiento, --- transgrediendo la esfera jurídica del sujeto pasivo, que es quien resiente el daño.

Para algunos autores el iter criminis concluye con el agotamiento del delito.

Zaffaroni sostiene que no puede afirmarse que la consumación sea invariablemente la que agota la ejecución del delito, "no siempre la cumplimentación de todos los requisitos típicos importa que el autor haya logrado ya la finalidad que se proponía, sino que, frecuentemente, ésta se extiende en el tiempo más allá de este momento, sostenida durante este tiempo -por supuesto- por la voluntad criminal del autor. De esta forma, es frecuente que la consumación formal y el agota--

(21) Zaffaroni, Eugenio, Tratado de Derecho Penal, tomo IV, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1988, p. 418.

miento se refiere al logro de la finalidad del agente en el delito que ha cometido, siendo que el delito perfeccionará la consumación consideramos que el agotamiento es un momento posterior y ajeno al iter criminis, en virtud a que el logro de la finalidad personal del agente en el delito cometido es jurídicamente indiferente, sólo relevante para efectos de la -- sanción.

CAPITULO III

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

A. NOCION DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Las causas de justificación son aquellas condiciones - que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales -- condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la - antijuridicidad, causas de licitud, etc.

B. DIFERENCIA CON OTRAS EXIMENTES E IMPORTANCIA DE LA DISTINCION

A las jusficantes generalmente se les agrupa al lado - de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la denomi nación causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincrimación, etc. Nuestro Código usa la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación. Indudablemente este nombre es más adecuado que el empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancias por -- causas, pues como muy bien dice Jiménez de Asúa, "circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica - accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia". (1)

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

Las justificantes no deben ser confundidas con otras - eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. - Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras -añade Núñez-, son erga omnes respecto de -- los partícipes y en relación con cualquier clase de responsa-

(1) Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, -- pág. 14, 4a. edición, México, 1956.

bilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo. (2)

A su vez, las causas de inculpabilidad difieren de las de inimputabilidad, en tanto las primeras se refieren a la -- conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable, anota Jiménez de Asúa, es psicológicamente incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpabilidad anulan la incriminación en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputable, expresa Goldschmidt, no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas ab solutorias no hay pena.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de

(2) Fernández Doblado, Culpabilidad y Error, págs. 47 y ss.

naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los coparticipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos interviene, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho.

Cuando las eximentes son personales, si bien no dan lugar a incriminación, sí puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrea ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Quello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos.

Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción, señalada en el Código Civil (artículo 1911); "cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho".

C. EXCLUYENTES SUPRA-LEGALES

A las eximentes de responsabilidad no expresamente des tacadas en la ley se les llama "supralegales"; no es acertada esta denominación, porque sólo pueden operar si se desprende dogmáticamente, es decir, del ordenamiento positivo; más la doctrina designa así a las causas impositivas de la aparición de algún factor indispensable para la configuración del delito y que la ley no enuncia en forma específica. Aludir a supralegalidad produce la impresión de algo por encima de las disposiciones positivas, cuando en realidad esas eximentes de rivan de la propia ley. Hecha la aclaración, seguiremos empleando esa terminología por estar ya demasiado difundida.

La enumeración expresa de las causas excluyentes de -- responsabilidad en las leyes no tiene carácter limitativo; an tes bien, es puramente enunciativa. Todas aquellas causas -- que impidan la aparición de alguno de los elementos del delito evitarán su configuración. Sólo tratándose de las justifi cantes no puede hablarse de causas supralegales. "Toda anti- juridicidad se descompone en un contenido material o socioló- gico de oposición al orden, de inconveniencia para la vida co lectiva y en una declaración expresa hecha por el Estado, que constituye la antijuridicidad formal y que no puede ser elimi nada sino por otra manifestación del mismo género legal.

Esta antijuricidad formal, ... no puede ser destruida - sino por otra declaración legal, de suerte que, aun cuando -- imagináramos la desaparición del contenido material de antiju- ricidad en un acto, éste continuaría siendo antijurídico for- malmente mientras la ley no admitiera y declarase formalmente también, aquella desaparición de la antijuricidad, subsistien- do con ello el carácter delictuoso del acto descrito en el ti- po... La eliminación total (material y formal) de la antiju- ricidad requiere, pues, una declaración legal que no se exige respecto de ningún otro de los elementos del delito.

El acto humano, la imputabilidad y la culpabilidad no tienen carácter formal alguno; se trata de puras esencias que, al desintegrarse, por la influencia de circunstancias o condi- ciones especiales, hacen desaparecer el correspondiente fac- tor delictuoso, el delito mismo, y con él la responsabilidad de la persona en cuyo favor milita esa especialidad; pero el - factor de antijuricidad penal, que siempre debe ser declarado por la ley y a veces aún es creado por ella, existe y se man- tiene, al menos formalmente, aun cuando desde sus orígenes ca- rezca de verdadero contenido de antisocialidad; o cuando te- niendo tal contenido desaparezca éste por causas especiales, mientras la misma ley no modifique su declaración primitiva - o señale la causa que puede anular sus efectos.

Resumiendo podemos repetir con firmeza que, menciona--

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

das o no en la ley, las excluyentes que se refieren al acto humano, a la imputabilidad o a la culpabilidad, pueden producir sus efectos; la excluyente de antijuricidad, en cambio, sólo se integra por la declaración o el reconocimiento hecho por la legislación, por ser éste el único medio de neutralizar la antijuricidad formal a que da vida también una declaración legal. . .". (3)

D. RAZON DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

Dado el doble carácter (material y formal), de la antijuricidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por ello, para Edmundo Mezger la exclusión de antijuricidad se funda:

- a) en la ausencia de interés;
- b) en función del interés preponderante.

(3) I. Villalobos, Op. Cit. pág. 325.

AUSENCIA DE INTERES

Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino - que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede haber uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idónea para excluir la antijuricidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la - anuencia del sujeto pasivo. En este caso, al otorgarse el -- consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

Mas debe tenerse presente que generalmente los tipos - contienen referencias tales como "falta de consentimiento" -- (del titular), "contra la voluntad", "sin permiso", etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, - será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación. El destacado juspenalista Mariano Jiménez Huerta, expresa que no nace la antijuricidad cuando el titular del inte

rés protegido penalmente, consienta en la acción que sin su - voluntad implicaría una lesión a un bien jurídico, pero des--pués afirma que en la legislación mexicana no hay precepto al--guno que en forma rectilínea se refiere al valor que puede -- asumir el consentimiento como causa impeditiva de la existen- cia de la antijuricidad de una conducta concreta. (4)

Por excepción se acepta la eficacia del consentimien- to presunto para excluir la antijuricidad en aquellos casos - en donde resulta lógico y conveniente suponerlo. Villalobos cita dos ejemplos al respecto: El del enfermo llevado al hos- pital cuando se halla privado de sus facultades de juicio y - de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares o -- allegados le sustituyan en tales funciones y a pesar de ello se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con ba- se en la validez de un consentimiento presunto atribuido al - propio enfermo; y, el caso que puede presentarse en la ges- - tión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su con- ducta de antijuricidad, en función del consentimiento presun- to del dueño de la casa. (5)

(4) Cfr. La Antijuricidad, págs. 117 y 190. Ed. Imprenta -- Universitaria, México, 1952.

(5) Nótese, para el primer ejemplo, que la salud o la vida - no son bienes disponibles; por ello pudiera pensarse, a primera vista, que en tales casos el consentimiento care- ce de eficacia para fundamentar una justificante; mas es cierto, como enseña el profesor Ignacio Villalobos, que

INTERES PREPONDERANTE

Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante.

Esta es la razón por la cual se justifican la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

E. EL EXCESO

Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, emerge la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuricidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de la delictuosidad. Nuestra legislación anterior a las reformas únicamente hacía referencia al exceso en la legítima - defensa.

hay ocasiones en donde la exclusión de antijuricidad no tiene una causa única; además del consentimiento, su razón debe ser buscada en otra justificante (estado de necesidad, ejercicio de un derecho) con base en el otro principio, en el del interés preponderante que en ciertos casos por sí mismo resulta insuficiente para excluir la antijuricidad. Derecho Penal Mexicano, págs. 339, 340, 341 y 342, edición 2a. Porrúa, 1960.

El nuevo precepto reglamenta de manera expresa también el exceso en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un derecho y en la obediencia jerárquica.

F. NOCION DE LA DEFENSA LEGITIMA

La defensa legítima es una de las causas de justificación de mayor importancia. Para Cuello Calón es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente a injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos - del agresor. (6)

Según Franz Von Liszt, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho - mediante una agresión contra el atacante. (7)

Para Jiménez de Asúa la legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios. (8)

(6) Derecho Penal, I. Pág. 341, 8a. edición, Barcelona, 1947.

(7) Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pág. 332, 2a. edición, Madrid, 1927.

(8) La Ley y el Delito, pág. 363, Caracas, 1945.

Todas las definiciones son más o menos semejantes: re pulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin - - traspasar la medida necesaria para la protección.

G. FUNDAMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

Desde muy antiguo ha sido reconocida la legítima defen sa e inclusive el Derecho Canónico se ocupó de ella al esta-- blecer: *Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt* (Todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la - - fuerza con la fuerza). Pero aún se discute en la actualidad el verdadero fundamento de esta causa de justificación.

Para la Escuela Clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad ante la imposibilidad de que en un momento - - dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, pa- - ra evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo -- que él se defienda; así, la defensa privada es sustitutiva de la pública.

Según los positivistas, si el agresor muestra su temi- - bilidad al atacar injustamente, resultará lícito cuando se -- haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia so- - cial; el sujeto que se defiende no es peligroso.

Para Hegel, si la agresión injusta es la negación del

Derecho, la defensa legítima es la negación de esa negación y, por lo tanto, la afirmación del Derecho, siendo su fin la anulación de la injusticia.

De acuerdo con Jiménez de Asúa, viene a fundamentar la defensa legítima la preponderancia de intereses pues debe considerarse de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor.

Carrancá y Trujillo, conciliando diversas opiniones, -- afirma que la defensa privada se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como por la ausencia de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y fin, así como por la imposibilidad en que el Estado se encuentra de acudir en defensa del interés agredido injustamente. (9)

Como fue explicado en su oportunidad, se ha anotado como fundamento de la defensa legítima, al igual que en otras -- justificantes, la preponderancia de intereses, pero no por considerar de mayor importancia el interés del agredido que el -- del injusto agresor, sino en virtud de existir para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden so

(9) Derecho Penal Mexicano, t. II, pág. 73, edición 1956.

cial, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos y, por tanto, trastornador del orden público, - de la paz pública y de cuanto constituye la médula, el fin y la razón de ser del propio Estado, con el propósito de parali- zar su ataque. La comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el interés públi- co por el orden, la seguridad y las garantías para los dere- chos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y - seguro al individuo transgresor de la ley y amenaza pública, pues si es verdad que a todos los hombres se ha garantizado - la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de respeto para los demás y para la comunidad en que viven, y no hasta el gra- do de permitirles que destruyan el orden y el bien común al - amparo de aquellas garantías. Se da preeminencia al bien so- cial sobre el bien de un particular que el propio interesado expone al constituirse en agresor y por eso es lícito y jurí- dico sacrificar una vida o un bien concreto cuando una u otro han sido comprometidos por su propio titular; amparar la inte- gridad o la vida de un ciudadano, deja de ser de interés so- cial cuando se vuelve contra la sociedad y la disciplina, que son los verdaderos objetivos de toda protección penal. En la legítima defensa está de por medio siempre un bien más valio- so; por eso es jurídico el sacrificio del interés que social- mente resulta menor, aun cuando desde puntos de vista indivi-

duales pudiera parecer igual o mayor. (10)

De acuerdo con Ignacio Villalobos a cuyos conceptos -- nos hemos referido en forma casi textual en el anterior párrafo, debe tenerse muy presente que quien ejerce la legítima de fensa, obra con derecho y no como un aturdido o un irresponsable, ni como un pobre hombre a quien benévolutamente se pueda - excusar.

Como elementos de la defensa legítima se señalan los siguientes: a) Una agresión injusta y actual; b) Un peligro inminente de daño, derivado de la agresión, sobre bienes jurdicamente tutelados; y c) Repulsa de dicha agresión.

N. LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

El artículo 15, fracción IV, párrafo primero del Código Penal para el Distrito Federal expresa: Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección - de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. (11)

(10) Cfr. I. Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 381, 2a. edición, Porrúa, 1960.

(11) Reforma publicada en el Diario Oficial de 10 de Enero de 1994.

Repeler es rechazar, evitar, impedir, no querer algo.

Por agresión debe entenderse con Mezger, la conducta - de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. Según la nueva fórmula legal ahora en vigor, la agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria; de be también ser actual o inminente, es decir, presente o muy - próxima. Actual es lo que está ocurriendo; inminente lo cercano, inmediato. Si la agresión ya se consumó no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por el artículo 17 de nuestra Constitución al establecer: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho..." esta la real esencia de la - defensa legítima. Tampoco se integra la justificante ante la posibilidad, más o menos fundada, de acciones futuras remotas, ya que la ley habla de que la agresión ha de ser actual o inminente, esto es, de presente o muy cercana.

La reformada fracción III del artículo 15 del Código - ya no alude a que la agresión sea violenta, pues como explica el maestro Carrancá y Trujillo, la sola idea de agresión encierra la de violencia. (12)

(12) Op. cit., t. II, pág. 83.

Pero no basta una agresión real, actual o inminente, - precisa también que sea injusta, sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros a quienes se defiende, por aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos. Antes de la última reforma, en el precepto se aludía a la defensa de la persona, del honor o de los bienes del que se defiende o de la persona, honor o bienes de otro a - - quien se defiende. Actualmente se alude en forma genérica a la defensa de bienes propios o ajenos, como se ha indicado.

Al igual que en el texto anterior, en la comentada - - fracción III del artículo 15 reformado, se exige que exista - necesidad racional de la defensa empleada y que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de - la persona a quien se defiende.

Ya no se menciona en la ley la inoperancia de la defensa legítima cuando el agredido previó la agresión y pudo fá-cilmente evitarla por medios legales. Tampoco el caso relati

vo a si el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o notoriamente de poca importancia comparado por el causado por la defensa, - - pues como se ha repetido, la nueva fórmula genérica sólo destaca la necesidad racional de la defensa y la no provocación suficiente e inmediata.

Los dos autores citados, hacen consideraciones semejantes respecto al homicidio o las lesiones en la persona del corruptor de la hija. (13)

Villalobos considera que en la cuestión a estudio, no puede configurarse la legítima defensa del honor, mas no por no afectarse éste, sino por insatisfacción del requisito de evitación o de actualidad. (14)

La solución legal de estos problemas es certera. Al establecer la responsabilidad del matador o lesionado de los adúlteros o del corruptor de su descendiente, se mantiene, ex lege, el reproche a los actos violentos, pero permite nuestro Código, por los amplios márgenes de la pena atenuada y por la evidente levedad del límite mínimo, una correcta individuali-

(13) Op. Cit. pág. 167.

(14) Para mayor amplitud, véase Derecho Penal Mexicano, I. - Villalobos, págs. 388 y ss.

zación en donde el sentenciador podrá atender, especialmente, a las condiciones en las cuales, en cada caso, se lleve al ca bo la ofensa y también a la reacción pasional que la sorpresa de la infidelidad del cónyuge culpable, o del acto del corruptor del descendiente, provocaron.

I. PRESUNCIONES DE LEGITIMA DEFENSA

De conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el -- Distrito Federal, puede hablarse de presunción de la legítima defensa y para tal efecto citamos textualmente la aludida - - fracción del párrafo de referencia: "Se presumirá como defen sa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar da ño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defen-- der, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la proba bilidad de una agresión; ...".

Las presunciones de legítima defensa son *juris tantum*, es decir, pueden admitir prueba en contrario; sin embargo, el

sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho, y, por ende, será al Ministerio Público (Órgano encargado de la persecución de los delitos) a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa. Adviértase, por lo mismo, cómo desde el -- punto de vista de la carga de la prueba, es más favorable la situación de presunción de legítima defensa, en relación con los casos genéricos en los cuales se integra la justificante.

J. EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

Soler llama exceso en la legítima defensa a la intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada. - Hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión.

Según el artículo 16 del Código Penal del Distrito, a quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho u obediencia jerárquica a que se refieren las fracciones tres y cuatro del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia.

Antes de la reforma, el artículo 16 del Código Penal establecía. "Al que se exceda en la legítima defensa por intervenir la tercera o cuarta circunstancia de las enumeradas

en la segunda parte de la fracción III del artículo 15, será penado como delincuente por imprudencia". La tercera señalaba: "Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa". La cuarta. "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". Ahora, al suprimirse en el reformado artículo 16 el señalamiento de esas hipótesis, debe entenderse que se deja la apreciación de exceso al prudente arbitrio del juez. De acuerdo con Garrido y Ceniceros, el hecho de que la ley sancione el exceso en la legítima defensa como delito culposo, no significa que el exceso participe de su naturaleza o de sus elementos; el legislador hizo la remisión al delito culposo sólo por la levedad de la pena y para aprovechar la amplitud de los márgenes mínimo y máximo del artículo 60. (15)

K. PROBLEMATICA DE LA DEFENSA LEGITIMA.

En la vida real no siempre se produce una conducta lisa y llanamente repulsiva de una injusta agresión; a veces el cuadro se complica y las soluciones constituyen verdaderos -- problemas. Nos ocuparemos de aquellas situaciones que con relativa frecuencia se presentan. (16)

(15) Cfr. La Ley Penal Mexicana, pág. 72.

(16) Op. Cit., pág. 123.

a). Riña y legítima defensa. Según nuestro texto legal, riña es la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas (Art. 314 del Código Penal). En la riña - los protagonistas se colocan al margen de la ley, al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias y, por lo mismo, las dos actitudes son antijurídicas, mientras la defensa legítima requiere para su existencia de una conducta lícita, acorde con el Derecho, frente a una injusta agresión; de ahí que la riña excluya la defensa legítima. (17)

b). Legítima defensa contra exceso en la legítima defensa. Giuseppe Maggiore (18) sostiene que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa. Para Manzini (19) cuando el exceso es debido a culpa, el mismo constituye una violencia punible y por ende injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor que, por lo tanto, tiene facultad de obrar en legítima defensa.

c). Legítima defensa recíproca. No es admisible la - defensa legítima recíproca; para quedar justificadas las dos actitudes, precisaría que con ellas, respectivamente, se rep

(17) Así, de manera constante y uniforme, lo ha reconocido - la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

(18) Derecho Penal, t. I, pág. 418, Editorial Temis, 1954.

(19) Tratado de Derecho Penal, t. III, pág. 101, Ediar, 1949.

liera una injusta agresión y las conductas no devienen, al mismo tiempo, jurídicas y antijurídicas. Quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contra ataca; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a Derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuricidad.

d). Legítima defensa del inimputable. Giuseppe Maggiore (20) sostiene que la reacción de un loco, aunque sea defensiva no es legítima defensa; equivale a la acción del perro que muerde las pantorrillas de quien lo golpea. En cambio, A. Quintano Ripollés considera que no debe operar sólo la causa de inimputabilidad, por ser injusto atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que iría a su vez a enriquecer a un agresor injusto; debe optarse por la defensa legítima, porque el enajenado, bien incapaz, es un hombre dotado de instintos y reacciones vitales a quien la ley debe todas las garantías posibles de protección. (21)

Partiendo de la naturaleza objetiva de la antijuricidad, es admisible la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, transitorio o permanente, pues su conducta debe ser valorada objetivamente y dársele,

(20) Derecho Penal, t. I, pág. 407, Editorial Temis, Bogotá, 1954.

(21) Comentarios al Código Penal, t. I. pág. 107.

en el caso, el calificativo de justa, en razón de la agresión antijurídica que se repele.

e). Legítima defensa contra inimputable. Aun cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarle -- las capacidades de conocimiento y voluntad, sí puede, en cambio, ser antijurídica (la antijuricidad es objetiva) y dar lugar a una reacción defensiva legítima.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La legítima defensa es uno de los puntos finos de los aspectos negativos del delito, en este caso de la antijuridicidad y la consideramos de esta forma, toda vez que es muy fácil excederse en la misma o cometer delitos bajo el amparo de una mal entendida legítima defensa, por ello es necesario que a nivel procesal más que dogmático se establezcan en la práctica los extremos que son necesarios de acuerdo a lo previsto por el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal, a efecto de integrar lo que conocemos teóricamente como legítima defensa.

SEGUNDA La legítima defensa hecha valer de acuerdo a lo que establece la ley de la materia, da lugar a una causa de justificación en ciudades como México Distrito Federal, son cada vez más necesarias de aplicar, pues nos encontramos en un ambiente de violencia que por lo mismo origina situaciones en las cuales es necesaria la utilización de dicha defensa, el punto álgido es determinar a la luz de los hechos que efectivamente hubo necesidad de defenderse dentro del marco que establece la ley.

TERCERA. La legítima defensa es una causa de justificación que impide la creación de delitos tales - como homicidio, lesiones, pues ocurre que se -- lleva a cabo tratando de evitar ser víctima de los ilícitos en mención lo que nos motiva a -- considerar que la misma debe utilizarse siem-- pre efectiva y realmente y no en aras de come-- ter delitos bajo el amparo de una discutible - causa de justificación.

CUARTA. La legítima defensa debe tener como caracterís-- ticas el equilibrio, la inmediatez y un real - peligro, pues de lo contrario estaremos frente - a la comisión de un delito que se lleva a cabo de manera injusta, pues la supuesta lesión que se pretende evitar podría estar ubicada en una tentativa y no en una conducta materializada - que pusiera efectivamente en real peligro la - seguridad de otras personas.

BIBLIOGRAFIA

Amuchategui Requena, Irma. Derecho Penal. Editorial Harla. México 1992.

Carnelutti, Francesco. Teoría General del delito. Traducción Editorial Argos, Cali Colombia, 1979.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1988. 16a. Edición.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa, México 1993. 32a. Edición.

Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Editorial Nacional. México 1961. 9a. Edición.

Diccionario Enciclopédico. Ilustrado Sopena. Barcelona España, 1977.

Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, Argentina 1978.

Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuridicidad. Editorial Imprenta Universitaria, México 1952.

Liszt, Franz Vons. Tratado de Derecho Penal. Tomo II, Madrid España 1927. Editorial Bosch. 2a. Edición.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1976.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo II. Editorial Temis. Bogotá Colombia, 1989 .

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Editorial PPU. Barcelona España, 1985.

Rodríguez Manzanera, Luis. Penología. SUA UNAM. México 1989.

Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica. Editorial Argentina, 1973.

Vela Treviño, Sergio. La Culpabilidad. Editorial Trillas. México 1985.

Villalobos, Ignacio. Derecho Penal. Editorial Porrúa. México 1990. 5a. Edición.

LEGISLACION

Código Penal para el Distrito Federal.