



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"

394

Zej

NECESIDAD DE DEROGAR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO, CONTEMPLADO EN LOS ARTICULOS 226 Y 227 DEL CODIGO PENAL, PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, POR LA NO APLICACION DEL TIPO PENAL EN LA PRACTICA PROFESIONAL

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a n :

ARMANDO SANCHEZ PALACIOS

ASESOR: LICENCIADO ALFONSO BADILLO OSTIGUIN

México. 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.

A MIS PADRES:

Lo único que acierto a decir es:

GRACIAS

Gracias por la vida, la dedicación y las noches en vela deseando lo mejor para mí, pero sobre todo mil gracias por darme su amor, hoy quiero pedirles que sientan que este triunfo también es de ustedes porque me enseñaron a luchar, espero con todo mi corazón no haberlos defraudado.

A MI ESPOSA E HIJA:

Las amo, esas palabras encierran todo lo que yo quisiera decirles, gracias por ser mi más grande motivo para caminar en la vida, pero sobre todo mil gracias por haberme apoyado siempre para llegar hasta aquí, hoy quiero recordarles lo importantes que son para mí y pedirles que no olviden que todo lo que he logrado es por ustedes y para ustedes.

Las adoro.

A MIS HERMANOS:

Gracias, por haberme brindado su apoyo y tenderme siempre una mano amiga, gracias por motivarme a seguir adelante, pero sobre todo, por formar parte de mi vida.

A LA UNIVERSIDAD:

Por haberme brindado la oportunidad de prepararme, para poder ser un humilde servidor a la Sociedad.

A MI ASESOR:

Muchas gracias, por brindarme las bases para realizar un buen trabajo, pero sobre todo por sus consejos, dedicación y disposición para llevar a cabo uno de mis más grandes anhelos.

A MIS AMIGOS:

A todos y cada uno de ellos por alentarme cuando los necesité y por el apoyo incondicional que me brindaron siempre.

Gracias

NECESIDAD DE DEROGAR EL TIPO PENAL DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO CONTEMPLADO EN LOS ARTICULOS 226 Y 227 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, POR LA NO APLICACION DEL TIPO PENAL EN LA PRACTICA PROFESIONAL.

INDICE

INTRODUCCION. 1

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

	Pág.
A. - NOTA EXPLICATIVA	1
B. - ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DEL DELITO "EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO".	4
1. - EPOCA COLONIAL.	4
2. - EPOCA INDEPENDIENTE.	7
3. - EPOCA CONTEMPORANEA.	9
C. - ANTECEDENTES LEGALES DEL DELITO "EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO".	16
1. - CREACION 1983	16
2. - REFORMAS DE 1991.	21

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES DE LA TEORIA DEL DELITO

A - TEORIA DEL DELITO	25
B - CONDUCTA O HECHO.	32
C. - AUSENCIA DE CONDUCTA	38
D - TIPICIDAD	39
E - ATIPICIDAD.	43

F. - ANTIJURIDICIDAD.	44
G. - CAUSAS DE JUSTIFICACION.	46
H. - IMPUTABILIDAD.	53
I. - CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.	55
J. - CULPABILIDAD.	58
K. - INCULPABILIDAD.	62
L. - PUNIBILIDAD.	64
M. - EXCUSAS ABSOLUTORIAS.	65
N. - CONDICIONALIDAD OBJETIVA.	67
R. - AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA.	68

CAPITULO III

ESTUDIO JURIDICO DEL DELITO EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

A. - ANALISIS JURIDICO-DOGMATICO DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.	69
B. - CRITICA AL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.	89
1. - POR CONTENER CON AMBIGUEDAD EL TERMINO DERECHO.	90
2. - POR LA NO APLICACION DEL TIPO EN LA PRACTICA.	97
C. - PROPUESTA PERSONAL AL DELITO MATERIA DE INVESTIGACION	99
CONCLUSIONES.	103
BIBLIOGRAFIA.	105

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad primordial abordar el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, contemplado en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal, que fue creado con la finalidad de erradicar la autojusticia, y que al analizarlo, estudiarlo y al hacerle algunas ponderaciones sobre el contenido del fenómeno jurídico en investigación, propondremos la necesidad que existe de derogar dicho tipo penal por no tener trascendencia en la práctica, apoyándonos para concluir lo anterior en los siguientes capítulos:

En el capítulo primero se estudiarán los orígenes del tipo penal materia de investigación, e inicialmente estudiaremos los antecedentes tanto constitucionales del delito de ejercicio indebido del propio derecho, como los legales del mismo, realizado esto, tendremos las bases principales que nos servirán a la postre para realizar un estudio minucioso y completo del tipo penal en comento.

De igual manera en el segundo capítulo, nos enfocaremos a estudiar consideraciones generales acerca de la Teoría del Delito, teniendo como finalidad tener elementos suficientes para establecer un estudio jurídico-dogmático del delito de ejercicio indebido del propio derecho, lo anterior con el fin inmediato de dar un mayor abundamiento al tipo penal en cuestión.

Finalmente en el tercer capítulo abordaremos tres puntos importantes, entre los cuales tenemos el análisis jurídico-dogmático del delito en estudio, en un segundo plano encontramos la crítica al mismo, para lo cual haremos algunas ponderaciones acerca de éste, tales como el mal empleo del vocablo derecho en el contenido del tipo penal; una ponderación más, será la no aplicación del tipo en la práctica, como consecuencia de la confusión al no saber que se debe entender por el término Derecho; por último y como tercer objetivo propondremos la necesidad que existe de derogar el ilícito multicitado, por considerar que el mismo es letra muerta en nuestra legislación.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.

A. NOTA EXPLICATIVA.

En el presente abordaremos el delito del "EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO", el cual se contempla con el Capítulo II del Título Décimo Primero del Código Penal vigente para el Distrito Federal en Materia de fuero común, y para toda la República en Materia de fuero federal, titulado "Delitos cometidos contra la administración de justicia", que a la letra dice:

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

De esta forma tenemos que el citado artículo, trata de regular la forma de ejercitar los derechos que tienen los individuos, es decir, no niega el derecho que se ostenta, sino que sólo sanciona la forma de ejercitarlo, y así evitar que se hagan justicia por su propia mano, imponiendo una pena alternativa para

aquellos que incurran en dicho ilícito, en virtud de que se considera como un delito leve y así tenemos de esta forma que se necesita del impulso de la parte afectada para que se lleve a cabo el proceso correspondiente.

Siguiendo este orden de ideas, y siendo este tipo penal de reciente creación, toda vez que nació a la vida jurídica por el artículo tercero, del Decreto del 30 del diciembre de 1983, y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984, motivos todos estos por los cuales nos enfocamos a estudiar sus antecedentes en base a su origen constitucional, es de mencionarse que este lo encontramos en el artículo 17 de nuestra Carta Magna y que establece:

"ARTICULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de las resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil."

El precepto citado lo encontramos situado en el derecho público individual, es decir, entre las

garantías individuales que la Constitución consagra en su primer capítulo, título primero.

Es de mencionarse que dicho artículo otorga dos derechos y en contrapartida una prohibición, siendo estos los siguientes:

El primer derecho, consiste en que toda persona física, tanto moral o jurídica, tenga la posibilidad de obtener en todo momento justicia expedita y gratuita, y a su vez trae consigo una obligación estatal. En su segundo caso tenemos el derecho que ninguna persona puede ser aprisionada por deudas de carácter puramente civil, esto es, que se le prohíbe al Estado, siendo éste el encargado de administrar justicia, decretar prisión por deudas civiles, pena sólo pertinente cuando proviene de la comisión de un delito.

Ahora bien, en contrapartida y una vez otorgados los citados derechos, tenemos la prohibición que consiste en que ninguna persona se podrá hacer justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamarla, esto para tratar de erradicar la vieja ley del talión y que es "ojo por ojo y diente por diente".

Así tenemos que el citado artículo 17 Constitucional, impone una conducta definida al Estado y a los Gobernados, y por ende trata de excluir serios vicios de la estructura social y jurídica de

épocas anteriores, tales como que el individuo vengaba personalmente las afrentas y por otro lado los gobernante cobraban la impartición de justicia.

B. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.

En el presente rubro en cuestión abordaremos algunos de los principales antecedentes constitucionales e históricos del artículo 17 Constitucional vigente, los cuales los iremos citando cronológicamente.

1.- EPOCA COLONIAL.

De esta manera encontramos un primer antecedente en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el día 19 de marzo de 1812, en sus preceptos que enseguida señalaremos:

"ARTICULO 242.- La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales.

ARTICULO 245.- Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecuten lo juzgado."

Como se puede ver en el primer antecedente citado encontramos que los dispositivos de la Constitución que se comentan, en la época Colonial ya se elevaba a rango constitucional una atribución a las autoridades y que consistía en que los tribunales son

los competente para aplicar las leyes, tanto penales como civiles, así como el mismo tiempo les imponía una restricción consistente en que sólo tenían la potestad de juzgar y de ejecutar sus resoluciones. De esta forma se puede ver que desde esos tiempos remotos se perseguía el fin de que las personas trataran de solucionar sus conflictos por sí solos, sino por el contrario, que éstos acudieran a los tribunales competentes para que les administrara la justicia.

De la misma manera encontramos y siguiendo este orden de ideas un segundo antecedente en el artículo 202, del Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, del 22 de octubre de 1814, precepto que a la letra decía:

"ARTICULO 202.- En el supremo tribunal no se pagarán derechos."

Como se puede constatar en el precepto antes invocado, desde la Colonia se instituyó una prerrogativa fundamental para los ciudadanos, y que consistía en que no se debería cobrar costas por parte de los tribunales competentes al impartir justicia, y dicha prerrogativa hasta hoy en día sigue rigiendo.

De igual forma, encontramos un tercer antecedente en el reglamento provisional político del Imperio Mexicano, del 18 de diciembre de 1822 en su artículo 55 que textualmente decía:

"ARTICULO 55.- La facultad de aplicar las leyes a los casos particulares que se controvertien en juicio, corresponde exclusivamente a los tribunales erigidos por la ley."

Tal y como lo establece el dispositivo de reglamento citado, es de destacar que a pesar de que tuvo una vigencia provisional, al igual que los antecedentes anteriores, trata de erradicar serios vicios en la esfera social de esa época, al hacer énfasis de que sólo es potestad del gobierno impartir justicia, y que por ningún otro motivo otra autoridad que no fuera instituida por ley, así como los particulares, podrán ejercer sus derechos por sí mismos. Así mismo en este reglamento no se contemplaba el privilegio de que gozaban los ciudadanos de que no se les cobrara costas por la justicia que se les impartía, y por ende las autoridades abusaban del poder concedido en dicho reglamento.

Así, de esta forma tenemos que durante la época colonial existieron otros dos antecedentes del artículo 17 Constitucional, y éstos se contemplaban en la base séptima del plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana de fecha 16 de mayo de 1823, así como en la acta constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824. Pero al igual, a lo transcrito y comentado con anterioridad siguen los mismos lineamientos y fin que tiene el legislador y que va conceder las siguientes prerrogativas: " La de que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia ". " Y que no se les exija costas por la

impartición de justicia ". Y a su vez se les impone una prohibición que consiste en que solo los tribunales son los competentes para poder ejercitar sus derechos, y por ende, se les niega la posibilidad de hacernos justicia por su propia mano.

2.- EPOCA INDEPENDIENTE

En la época independiente encontramos como primer antecedente del artículo 17 Constitucional, el artículo 28 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de fecha 16 de junio de 1856 y que disponía:

"ARTICULO 28.- Nadia puede ser preso por deudas de carácter puramente civil. Nadia puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia."

Como puede ser visible en el numeral citado y que es el antecedente más próximo, se sigue con el mismo fin, que es el de evitar que los ciudadanos se hagan justicias por sí, usando para ello la violencia, así mismo otorga una prerrogativa muy importante por primera vez, y ésta consistía en que ninguna persona puede ser privado de su libertad por deudas de carácter puramente civil, y que dicha figura hoy en día sigue con vigencia. Así como también impone una obligación al Estado y la cual era de que siempre debe de obrar rápidamente para impartir justicia. De esta forma vemos el gran avance jurídico que dan los legisladores al crear este numeral, en virtud, de que como puede

constatarse sus principios fundamentales hoy en día tienen fuerza de ley.

Pero es de resaltar que dicho precepto, aún no se complementaba, toda vez, que el artículo citado no contemplaba que la administración de justicia fuera gratuita.

Ahora bien, como un segundo antecedente de esta época, podemos señalar el precepto 17 de la Constitución Política de la República Mexicana del 5 de febrero de 1857, y que a la letra decía:

"ARTICULO 17.- Nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales están siempre expeditos para administrar justicia. Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales."

Del artículo citado, se desprende el gran beneficio que otorga las garantías constitucionales, consistentes en primer plano la gratuidad de la administración de justicia, así como un segundo derecho concedido y estipulado en dicho precepto, consistente en que nadie podrá ser preso, es decir, privado de su libertad por deudas civiles. De la primera prerrogativa consideramos que fue un gran acierto, toda vez que con esto se trata de evitar que se venda o se ponga precio a la impartición de justicia, y por ende, erradica vicios en la estructura gubernamental del Estado.

Y siguiendo este orden de ideas se vuelve a prohibir, en contrapartida de los derechos otorgados, que se hagan justicia por sí mismas, ejerciendo para tal efecto la violencia.

3.- EPOCA CONTEMPORANEA

En esta época, el primer indicio lo encontramos en el Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, de fecha 1 de diciembre de 1916, en su artículo 17, que estipulaba:

"ARTICULO 17.- Nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, y su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

En el citado numeral, se puede seguir constatando los mismos fines que los anteriores antecedentes, pero con una modificación importante, que es la obligación que se le impone a los tribunales de impartir justicia en los plazos y términos señalados por la ley, con esto se evita que las autoridades dejen a su libre arbitrio cuando deben de resolver alguna controversia, ya sea ésta, penal o civil, y así mismo se da un paso más para llegar a nuestro artículo vigente, al implementar dicha obligación estatal. Por ende se puede asegurar que si en menor tiempo las personas reciben la administración de justicia, con

ello se evitará que reclamen sus derechos por medio de la violencia, es decir, se hagan justicia por su propia mano.

Ahora bien, el dispositivo citado, fue tomado como prototipo y el cual se plasmó en el decreto del 31 de enero de 1917, siendo aprobado e introducido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual entraría en vigor a partir del 1 de mayo del año en comento.

Dentro de nuestra época hubo una reforma más al numeral en estudio, el cual originó el vigente artículo 17 Constitucional, y al aplicarse la reforma mencionada quedó como actualmente se le conoce, que a la letra dice:

"ARTICULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil."

En el artículo 17 Constitucional vigente, como se ha venido mencionado, sigue los mismos

lineamientos, pero ahora categóricamente resalta lo siguiente: Que la impartición de justicia, se encomienda al Estado, para que él mismo la realice por conducto de los tribunales creados para ese efecto, originado en la hipótesis, que consiste en que nadie puede o podrá hacerse justicia por su propia mano, puesto que para ello se tienen a las autoridades correspondientes que lo deberán realizar en los términos establecidos por las propias leyes, de una manera rápida e imparcial y así mismo en forma gratuita.

Ahora bien, el mismo precepto comprende tres clases de garantías que hacen posible lo anterior, siendo las mismas de seguridad jurídica que se traducen respectivamente en un impedimento o prohibición impuestas a los gobernados y de igual forma en una obligación para las autoridades, especialmente de carácter judicial, y en contrapartida concede un derecho individual a las personas.

Por otra parte tenemos que en el mismo numeral, en el último párrafo se manifiesta que nadie podrá ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil; esto es, que por causas de esta naturaleza, nadie puede ser privado de su libertad, como sucedía en la época del Porfiriato, que en esos casos, al individuo que debía alguna cantidad de dinero era encarcelado como si se tratara de un delincuente

sumamente peligroso, y es esto lo que se trata de evitar en la actualidad.

ARTICULOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS DE OTROS PAISES

De esta manera encontramos en las legislaciones extranjeras preceptos constitucionales equiparables al artículo 17 Constitucional, es decir, que de una u otra forma contienen alguno de los principios fundamentales del artículo mencionado, y que a continuación citaremos:

"ARTICULO 141.- La Constitución garantiza a los brasileños y extranjeros residentes en el país la inviolabilidad de los derechos concernientes a la vida, la seguridad individual, y a la propiedad, en los términos siguientes:

32.- No habrá prisión por deudas, multa o costas, salvo el caso de depositario infiel o el incumplimiento de la obligación de dar alimentos en la forma prescrita por la ley.

35.- El poder público, en la forma en que la ley establecerá, concederá asistencia judicial a los necesitados."

Del numeral antes citado, se puede ver con claridad que trata de garantizar los derechos que concede como garantías individuales, así mismo, y al igual que nuestro artículo 17 Constitucional, concede dos derechos, y que consisten en que ninguna persona puede ser aprisionada por deudas de carácter civil, y un segundo derecho se concede al imponerle al poder público la asistencia judicial al necesitado, es decir, que los gobernados brasileños tienen el derecho de

recibir justicia y por ende, no podrán hacerse justicia por sí mismos. Ahora bien, el citado precepto a diferencia de nuestro artículo 17, no concede expresamente la gratuidad de la impartición de justicia, toda vez que a nuestro criterio es un avance jurídico en nuestra ley suprema, consideramos que el artículo constitucional brasileño adolece de dicho elemento para tenerse como completo, ya que de no contemplar dicha hipótesis se puede permitir vicios en la estructura gubernamental del país Brasileño.

De esta manera, en Colombia en su Artículo 58 Constitucional, se estipula lo siguiente:

"ARTICULO 58.- La justicia es un servicio público de cargo de la nación."

El precepto constitucional del país señalado, contiene un elemento indispensable para que una nación tenga equilibrio, y éste es, que el gobierno será el único de impartir justicia y de esta manera lo coloca como un servicio público, que al introducir dicha frase, se ve con claridad que todo gobernado tiene el derecho de que se le imparta justicia. Pero de igual forma consideramos que dicha Constitución debería de manejar algunos otros preceptos, o en su defecto complementar dicho artículo, introduciéndole al mismo los siguientes fines: gratuidad de la impartición de justicia, y que sean en plazos razonables, que establezca la ley, también así se debe de introducir un fin indispensable en la constitución Colombiana y que

consiste en que ninguna persona sea privada de su libertad por conductas ilícitas de carácter civil, toda vez que esto trae como consecuencia, que a personas que deban dinero por concepto de un préstamo, se le trata como un delincuente en potencia, por ejemplo: un homicida, violador, etc.

Siguiendo este orden de ideas en la legislación constitucional hondureña, de igual forma encontramos unos preceptos equivalentes a nuestro artículo constitucional materia de investigación, y que son:

"ARTICULO 57.- Los habitantes de la República tienen libre acceso ante los tribunales para ejercitar sus acciones en la forma que señala la ley.

ARTICULO 67.- Ninguna persona podrá ser detenida, arrestada o presa por deudas u obligaciones que no provengan de un delito.

ARTICULO 219.- La administración de justicia es gratuita."

De las disposiciones citadas, podemos concluir y tener como resultado que al igual que nuestro precepto constitucional número 17, tiene los siguientes lineamientos:

1.- El derecho que tienen los gobernados de recibir justicia, expedita y gratuita.

2.- El derecho de que ninguna persona pueda ser arrestada por conductas o deudas de carácter civil.

3.- En contrapartida tenemos una prohibición, que en nuestra constitución expresamente la cita, y del precepto hondureño podemos decir, que aunque no textualmente la contempla, del mismo se desprende y que consiste en que ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, por que para eso existen los tribunales competentes.

De la legislación del Paraguay, encontramos en su Constitución el artículo 34, como uno de los fines más importantes y que a la letra dice:

"ARTICULO 34.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho."

Del artículo en cita podemos decir, que es una copia textual de la primera parte de nuestro artículo 17 vigente de la Constitución, que es materia de estudio, y se señala que dicho texto tiene la limitante que en casi todas las Constituciones de los países que he citado lo contienen, y que consisten en tratar de erradicar la vieja ley del talión, y que consiste en "ojo por ojo y diente por diente". De esta manera y considerando el texto, podemos señalar que adolece de otros términos como son el no cobro de costas de la impartición de justicia, y el de recibirla pronta y expeditamente por los tribunales erigidos por la ley.

De esta forma y para no caer en una serie de repeticiones innecesarias, debemos de advertir que otros países regulan en su constitución algún precepto semejante o equivalente a nuestro artículo 17

Constitucional, con el cual a nivel internacional se trata de excluir los vicios de la estructura del Estado en la impartición de justicia.

C.- ANTECEDENTES DEL ARTICULO 226 DEL CODIGO PENAL VIGENTE

I.- EPOCA MODERNA O CONTEMPORANEA.

a).- Creación en el año de 1983.

A pesar de estar contemplada en nuestra Carta Magna la prohibición de que ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, en el artículo 17 antes analizado, esto con el fin de erradicar de la estructura social estatal un serio vicio, y que es como ya se mencionó la vieja ley del talión. De esta forma y en el año de 1983, el Poder Ejecutivo al ver que era insuficiente tener tal prohibición estipulada en la Constitución, se vió en la necesidad de crear una fórmula para que el fin perseguido por el artículo 17 Constitucional en su primera parte se acatara por las mayorías y por tal necesidad propuso en este año implementar al Código Penal un nuevo tipo para que éste se viera como un sostén al precepto Constitucional citado con anterioridad; y para ello por medio del Decreto publicado el 13 de enero del año de 1984, reforma y adiciona algunas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero

federal, y de las mismas resulta que adiciona el Capítulo I y II, al Título Décimo Primero el cual lleva el nombre de Delitos cometidos contra la administración de justicia.

De esta manera en el Capítulo II, se crea o nace a la vida jurídica el tipo penal que serviría para fortalecer el principio Constitucional que trata de erradicar la ley del talión, quedando de la siguiente forma:

CAPITULO SEGUNDO.

EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

Así, de esta manera vemos del dispositivo antes citado que se desprende que efectivamente la reforma crea un nuevo tipo penal, en el cual literalmente se trata de evitar que los gobernados, por medio de la violencia hagan efectivo un derecho que a criterio de éstos les corresponda. Imponiendo para todos aquellos que encuadren su conducta en el tipo penal en comento, una pena de prisión y así mismo para que se persiga ante la autoridad competente necesita del impulso procesal de la parte perjudicada, esto es, la querrela de la parte ofendida.

Ahora bien, una vez manifestado el motivo del fenómeno materia de investigación, pasaremos a

continuación a citar los antecedentes del mismo aunque son muy pocos por su reciente aparición a la vida jurídica, para nuestro criterio es de suma importancia hacerlo.

Así, de esta forma el primer antecedente que encontramos del tipo penal del delito de ejercicio indebido del propio derecho, es en la iniciativa de ley, que envía el Poder Ejecutivo a la Cámara de Senadores, en fecha 2 de diciembre del año de 1983, en la cual proponía el Ejecutivo derogar, reformar y adicionar diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal; exponiendo el Lic. Miguel De La Madrid Hurtado respecto de la modificación que proponía en la iniciativa en cuestión, respecto de la reforma que debería de sufrir el artículo 226 del código antes citado, que las razones que lo orillaron a proponerla son las siguientes:

"En diversos foros se ha planteado la necesidad, que el proyecto recoge, de sancionar a quien, siendo titular de un derecho u ostentándose como tal, lo ejerce con violencia, esto es, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión. Con ello se propone impedir la autojusticia, prescrita en el artículo 17 Constitucional. En el texto con que la iniciativa sugiere para el artículo 226, no trata de discutir el derecho que posee o pretende poseer el sujeto activo, sino solo de sancionar la ilegítima forma de ejercitarlo." (1)

 (1) DE LA MADRID HURTADO, Miguel. El Marco Legislativo para el cambio; Sexto Tomo. Ediciones de Gobernación. Septiembre Diciembre; México. PÁg. 200 .

De la exposición de motivos citada, se puede ver claramente, que, lo que se trataba de evitar con dicha reforma, era que los gobernados se hicieran justicia por su propia mano, y así infringir las leyes, por ende, surge la necesidad de crear un tipo penal, que fortaleciera el principio o lineamiento que estipula el artículo 17 Constitucional en su primera parte, pero de esta misma forma no se niega el derecho, sino se trata de erradicar la autojusticia de la estructura, tanto social y legal.

De esta manera tenemos que el decreto de fecha 30 de diciembre de 1983, fue aprobado y por ende, se publicó en el diario oficial de la federación, el día 13 de enero de 1984, quedando de la siguiente manera:

"ARTICULO PRIMERO.- Se reforman los artículos 7, 8, 9, 13, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 39, 40, 41, 43, 44, 52, 54, 55, 60, 62, 64, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 93, 96, 98, 101, 102, 160, 205, 225, 226, 228, 230, 265, 267, 268, 269, 281, 289, 295, 366, 381, 381 bis, 387, 388, y 390, del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero Federal, para quedar como sigue:"

De igual forma tenemos que nuestro artículo 226, quedó según reformas de ese año, de la siguiente manera:

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

De esta forma y para no caer en una serie de repeticiones, toda vez que ya se analizó dicho numeral al entrar en estudio de nuestra época, solo mencionaremos que el dispositivo en estudio trata de regular la forma de ejercitar los derechos que ostenta una persona, y esto es, que se lleve a cabo como lo establecen las leyes según sea la controversia.

Así mismo y en su artículo tercero del citado decreto, mencionaba:

"ARTICULO TERCERO.- Se adicionan en el Libro Primero los capítulos XI, al Título Segundo, VIII al Título V, los capítulos I y II, al Título Décimo Primero, V al Título Décimo Quinto, y III bis al Título Vigésimo Segundo, en el Libro Segundo del Código Penal para el Distrito Federal, en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, para quedar como sigue:"

**LIBRO SEGUNDO
TITULO DECIMOPRIMERO**

**" Delitos cometidos contra la administración de
justicia "**

CAPITULO PRIMERO

" Delitos cometidos por los servidores públicos

"ARTICULO 225.-..."

CAPITULO SEGUNDO

" Ejercicio Indebido del propio derecho "

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos solo se procederá por querrela de la parte ofendida."

"ARTICULO 227.-..."

Solo queda comentar que el decreto en comento entró en vigor después de noventa días de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

b).- Reformas al artículo 226 del Código Penal en el año de 1991

En el presente contexto analizaremos las reformas que propuso el Ejecutivo Federal al artículo materia de investigación, dándonos con esto el texto vigente de dicho delito, y que posteriormente estudiaremos.

Por ende y con fecha 19 de noviembre del año de 1991, el Poder Ejecutivo Federal, por medio del entonces presidente Lic. Carlos Salinas de Gortari, envía al II. Congreso de la Unión, la iniciativa de decreto para que estudiara y dictaminara dicha propuesta. Fundamentando dicha reformas, adiciones y derogaciones al Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en

matoría de fuero federal, entre otras razones las siguientes:

"Con las reformas que se proponen, por una parte se despenalizarían o sancionarían con pena alternativa de multas las conductas menos graves, y por la otra, se facilitaría al jugador para que en ejercicio de su arbitrio y con base o criterios de baja peligrosidad y otros señalados por la ley, pueda conceder sustitutivos de la pena de prisión, como son el tratamiento de libertad, semilibertad, multa o el trabajo a favor de la comunidad.

Así mismo, se aumenta el número de delitos en que se exige la querrela como requisito de procedibilidad. Toda vez que la pena privativa de libertad, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas inborrables y propicia una sobrepoblación carcelaria que dificulta la regeneración e incluso puede provocar degeneración de quien de la sufre."

Es de verse que el fin que persigue con la reforma al artículo citado, es introducir la multa como una sanción alternativa, que antes que esta fuera aprobada, la hipótesis que contenía el artículo multicitado sólo contemplaba prisión, y de esta manera, la propuesta considera que la pena privativa de libertad debe de ser para aquellos que la merezcan y no para los autores de delitos leves. Y en consecuencia, la hipótesis que contempla la reforma al artículo 226 del tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, es considerado como un delito leve, y por tal motivo debe de tener una pena alternativa.

Así mismo y una vez que fue turnada la iniciativa al Congreso de la Unión, éste a través de la Cámara de Senadores la recibió para su dictamen en noviembre de 1991. Una vez presentado el dictamen por

la autoridad antes mencionada, y habiendo realizado un análisis muy a la ligera de las reformas, adiciones y derogaciones propuestas por el Ejecutivo Federal al Código Penal, solicitaron su aprobación del proyecto de decreto en comento, por estos motivos el 5 de diciembre del mismo año fue aprobado por la Cámara de Senadores, una vez hecho esto pasó la minuta a la Cámara de Diputados, en funciones de Cámara Revisora, para que estudiara y dictaminara sobre la misma, aprobando el decreto por mayoría. Así de esta forma se ordenó se enviara al Ejecutivo Federal para sus efectos constitucionales.

De lo antes mencionado queremos hacer hincapié que tanto la Cámara de Senadores como la de Diputados, hacen una aprobación a la ligera, es decir, aprueban dicho proyecto de decreto en virtud de que solamente se avocan a votarlo, sin ver el origen real que motivó al Ejecutivo Federal a proponer dichas reformas, adiciones y derogaciones al código punitivo para el Distrito Federal.

Una vez realizada la aprobación, el decreto se publicó el día 30 de diciembre de 1991, en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor al día siguiente de su publicación, obteniendo como resultado el estado actual de la figura jurídica materia de esta investigación, y que a la letra dice:

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90

días multa. En estos casos solo se procederá por querrela de la parte ofendida."

Del dispositivo citado, se puede ver que trata de regular la forma de ejercitar los derechos que tienen los gobernados, es decir, no niega el derecho que les concede la ley, sino solamente la forma de ejercerlo, si no se hace como lo estipula la ley y así evitar que exista la autojusticia. Imponiendo una pena alternativa para aquellos que incurran en dicho ilícito, en virtud de que se considera como un delito leve y así tenemos de esta forma, que se necesita del impulso procesal de la parte afectada para que sea perseguido el ilícito en comento.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES GENERALES

A.- TEORIA DEL DELITO

Para el estudio del tipo penal del delito de ejercicio indebido del propio derecho, se analizará a través de un estudio dogmático-jurídico, y para lo cual se tomará como cimiento a la teoría del delito.

1.- GENERALIDADES DEL DELITO

Primeramente abordaremos algunas generalidades respecto a la definición de qué se debe de entender por delito. De esta manera tenemos que delito proviene del vocablo latino "delinquere", que en pocas palabras significa abandonar el buen camino.

Durante el paso del tiempo los autores han tratado de implantar un concepto universal del vocablo delito, pero dicho propósito ha sido en vano, ya que lo que se considera delito en un lugar y época determinada, puede perder dicho carácter al transcurso del tiempo y viceversa.

2.- NOCION DEL DELITO EN LA ESCUELA CLASICA.

Ahora bien y teniendo como base las citadas generalidades de la definición del delito, en el presente rubro en cuestión, según el máximo exponente de la escuela clásica, maestro Francisco Carrara, lo define de la siguiente manera:

"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." (2)

De dicha definición se desprende que para el maestro Carrera, debe de tener ciertos elementos como son: infracción a la ley del Estado, con esto para él, solo existe el delito cuando un acto contraviene a lo establecido por la ley, y para no confundir con cualquier otra clase de ley, específica que debe ser ley promulgada por el Estado, y la cual tiene como finalidad la seguridad de los ciudadanos, siendo éste el segundo elemento, toda vez que sin él no tendría obligatoriedad, así mismo el jurista, señala como un tercer elemento el que dicha violación debe ser producida por un acto externo realizado por el hombre, y con esto excluye en su definición del delito los actos internos, como son: el pensamiento, opinión, etc., siguiendo este orden de ideas, como último elemento que contiene su definición es que dicho acto puede ser positivo o negativo, moralmente imputables, con esto se trata de advertir que el acto puede consistir en una acción u omisión y al momento de llevar acaba cualquiera de las dos tener la capacidad de entender y querer en el campo del derecho penal.

(2) CITADO POR JIMENEZ DE AZUA, Principios de Derecho Penal. (La ley y el delito). Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1920, Págs. 2

3.- NOCION SOCIOLOGICA DEL DELITO

En la doctrina positiva, se trata de mostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultante de factores hereditarios, causas físicas o sociológicas, de esta manera y como máximo representante tenemos al profesor Rafael Garófalo, y el cual define al delito natural como:

"La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad."⁽³⁾

De esta forma el maestro Villalobos nos dice que Garófalo al definir el delito, "había observado los sentimientos; aunque claro está que se debe de entender por esto a los sentimientos afectados por los delitos, el tropiezo era exactamente el mismo, con las variantes en los delitos de que se traduciría en variabilidad de los sentimientos afectados".⁽⁴⁾

Ahora bien, de la definición antes expuesta del maestro Garófalo, se desprende que al hablar de la violación al sentimiento, esto es, la ofensa a los sentimientos de piedad, se refería al homicidio, heridas, mutilaciones, etc; y al mencionar a los de

(3) CITADO POR CORTES IBARRA, M. A., Derecho Penal, Editorial Cárdenas, Tercera Edición, México, 1957, Págs. 121.

(4) VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1960, Págs. 128.

providad, citaba por ejemplo al robo, incendios, falsedades, etc. Así de esta manera y a nuestro criterio la definición del delito no se puede buscar en la naturaleza, toda vez que ella sola no existe, esto es, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, justicia, altruismo, disciplina y de necesidad en la convivencia humana.

4.- CONCEPTO JURIDICO DEL DELITO

El delito desde el punto de vista jurídico, se visualiza de su fuente que es el derecho, y al respecto el maestro Ignacio Villalobos nos menciona: "Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse, debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito, y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos".(25)

De esta manera el maestro Villalobos al definir el delito, pretende buscar la noción del delito en el derecho, esto es, en vez de hablar de móviles egoístas y antisociales, se va a hablar de un elemento del delito como lo es la culpabilidad, y así hasta llegar a la definición jurídica del delito. De tal suerte y siguiendo este orden de ideas se pueden elaborar dos tipos de definiciones y que son:

 (25) *Ibidem*. Págs. 201.

a) NOCION JURIDICO - FORMAL

Esta la encontramos en la ley positiva, es decir, en el Código Penal en su artículo 7, en su primer párrafo que dice: " Delito es acto u omisión que sancionan las leyes penales ".

De dicha definición a nuestro criterio, no es del todo acertada en virtud de que tiene como presupuesto necesario del delito a la pena, al establecer que el delito es aquel acto u omisión que sancionan las leyes penales, y por ende, si no hay pena no se puede hablar de delito y por lo que desde este momento enfatizamos que no concordamos con dicha definición.

b) NOCION JURIDICO-SUSTANCIAL

La gran mayoría de autores que definen de esta forma, tratan de tomar como base para dicha definición la esencia del delito, esto es, lo definen de acuerdo a los elementos que a su criterio conforman a éste, así de esta forma tenemos que el profesor Cuello Calón, define al delito como " La acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible ".(4)

Asimismo, el maestro Jiménez de Asúa, nos lo define textualmente de la siguiente manera: " Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a

 (4) CUELLO CALON: Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 1978, Pág. 186.

veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (7)

Sin embargo el profesor Porte de Petit, elabora su definición tomando los elementos que a continuación se mencionarán: "Es una conducta típica, imputable, antijurídica, culpable, que requiere a veces alguna condición objetiva de punibilidad y punible". (8)

Respecto a estas definiciones, el maestro Castellanos Tena, nos menciona:

"Como se ve en algunas de las definiciones anteriores incluyen como elementos del delito: la sanción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Nos adherimos sin reserva, a quienes niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad... Desde ahora conviene advertir que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad y no un elemento del mismo... La punibilidad, merecimiento de una pena, no adquiere el rango de elemento esencial del delito, porque la pena se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento... Las condiciones objetivas de punibilidad tampoco constituyen un elemento esencial del delito, porque solamente por excepción son exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de las penas..." (9)

(7) JIMENEZ DE AZUA, La Ley y el Delito, Editorial A. Bello Caracas, Buenos Aires Argentina 1920, Pág. 206.
 (8) PORTE DE PETIT, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, México 1987, Pág. 30
 (9) CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México, 1986, págs. 130, 131 y 132.

De las anteriores manifestaciones del delito, se puede observar que para establecer un criterio uniforme sobre el mismo, es casi imposible, ya que dependo del criterio de los ilustres maestros juristas, al elegir cuales son los elementos esenciales que conforman al delito y cuales no lo son; más sin embargo es importante señalar que entre los mismos debe existir una preferencia lógica.

De la misma manera a nuestro ver se analizarán a continuación los elementos del delito de acuerdo al criterio general de los estudiosos de la materia, y que de acuerdo a éstos son:

POSITIVOS

CONDUCTA
TIPICIDAD
ANTI JURICIDAD
IMPUTABILIDAD
CULPABILIDAD

CONDICIONES
OBJETIVAS
PUNIBILIDAD

NEGATIVOS

FALTA DE CONDUCTA
ATIPICIDAD
CAUSAS DE JUSTIFICACION
INIMPUTABILIDAD
INCULPARILIDAD

FALTA DE CONDICIONES
EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

B.- CONDUCTA O HECHO

Para mayor abundamiento, primeramente consideramos necesario expresar que los autores que abordan este primer elemento positivo del delito utilizan varias denominaciones, tales como acto, hecho, conducta, etc. Nosotros nos hacemos partidarios de los términos conducta o hecho, pero explicando en que consisten los elementos de cada uno, y para este fin tenemos que la conducta, va a ser el elemento objetivo del delito cuando, contenga una manifestación de voluntad, y un resultado típico o formal. Entendiendo por ésta según lo establecido por el maestro Castellanos Tena. "Como el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito".(10)

Es decir, los elementos que la van a integrar son:

- 1.- Manifestación de voluntad.
- 2.- Un resultado típico o formal.
- 3.- Relación de causalidad.

Esto es, que la conducta se va a encuadrar al tipo penal, pero sin traer consigo una alteración en el mundo exterior.

(10) *Ibidem* Pág. 149.

Ahora bien, cuando hablemos de hecho, nos referiremos que aparte del elemento citado y consistente en la manifestación de voluntad, es necesario un resultado material, es decir, que sufra una alteración en el mundo exterior.

Así, de esta forma se puede establecer que los elementos del hecho son:

- Manifestación de voluntad
- Resultado material
- Nexa de causalidad

De tal suerte, si partimos de la base de que todo delito proviene de la conducta o hecho del hombre, y que esta conducta o hecho, viene a ser un comportamiento humano positivo o negativo, encaminado a un propósito (resultado formal o material), podríamos observar que la conducta se puede manifestar de dos formas y que a saber son:

- 1.- Una acción
- 2.- Una omisión

De tal suerte que por acción según el profesor Jiménez de Asúa define a la misma como " La manifestación de voluntad que mediante un movimiento voluntario cause un cambio en el mundo exterior ".⁽¹¹⁾

(11) JIMÉNEZ DE ASÚA. La Ley y el Delito. Editorial Norma. México 1964. Pág. 227.

En tal virtud, de dicha definición y como todas las demás establecen que los elementos que integran a la acción son:

- Manifestación de voluntad
- Un resultado
- Relación de causalidad

Ahora bien y partiendo de los elementos de la acción, tenemos la necesidad de hablar de la relación de causalidad entre los dos primeros elementos, esto es, la relación que existe entre la manifestación externa de la voluntad y el resultado ocasionado al mundo exterior. De tal situación se desprenden varias teorías y que a nuestro criterio solo haremos alusión a la teoría de la equivalencia de las condiciones, por considerarla a nuestro criterio la más adecuada y eficaz, y al respecto tenemos:

De la citada teoría que cuenta con un innumeral de practicantes y por ende, defensores de la misma, considera que la causa se integra por la concurrencia de todas las condiciones que producen el resultado, por lo que todas ellas son equivalentes entre sí.

" Para esta tendencia es causa, todas y cada una de las condiciones que operan en la producción del resultado, pues si suprimimos mentalmente una de ellas, el resultado no llegaría a producirse (Conditio Sine Qua Non)".(12)

(12) CORTES IBARRA, Miguel Angel. op. cit., Pág. 180

El jurista Castellanos Tena, al respecto adopta la teoría en comento pero con matices especiales y que a continuación se cita:

" En concreto, la teoría de la equivalencia, al ser acertada desde el punto de vista físico y lógico, lo es también en el campo jurídico, sin necesidad de correctivos; hasta tener presente que la sola aparición de un resultado típico no es delito; se requieren los demás elementos esenciales integradores del ilícito penal ". (13)

Como se ha venido mencionando, la segunda y última forma de manifestarse la voluntad es por medio de una omisión, y debemos entender por esta como una forma negativa de la acción, es decir, que la omisión "radica en un no hacer, es la inactividad voluntaria o involuntaria frente al deber de obrar consignado por la norma penal". (14)

Ahora bien, los conocedores del derecho penal han dividido a la omisión en:

- a) Omisión simple
- b) Comisión por omisión u omisión impropia

Entrando al estudio o análisis de la primera, es decir, a la omisión simple podemos observar con claridad, que en ésta se deja de hacer lo ordenado

(13) CASTELLANOS TENA, op. cit. Pág. 188

(14) PAVON VAZCONCELLOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Sexta Edición, Editorial Porrúa, Pág. 126, México.

expresamente en la norma preceptiva, produciendo solamente un resultado típico.

De lo anterior se desprenden los siguientes elementos de la omisión simple:

- 1).- Voluntad o no voluntad
- 2).- Inactividad o no hacer
- 3).- Deber jurídico de actuar
- 4).- Resultado típico o formal

Es por las anteriores razones que al hablar de la omisión simple establecemos que el elemento objetivo del delito será la conducta, ya que como ha quedado establecido, ésta se encuadrará a la descripción penal del tipo penal, pero carente de un resultado material, por que solo trae como consecuencia un resultado formal o típico.

Siguiendo este orden de ideas estimamos conveniente que al hablar de la comisión por omisión, se viola un doble deber que son: uno de obrar y el otro de abstenerse, violando de esta una norma preceptiva y una prohibitiva, teniendo como consecuencia un resultado material.

De tal suerte se puede establecer los elementos de la comisión por omisión y a saber son:

- 1.- Voluntad o no Voluntad
- 2.- Inactividad o no hacer
- 3.- Un deber jurídico de actuar y otro de abstenerse.
- 4.- Un resultado material

Así, de esta forma podemos ver que en los delitos de comisión por omisión, resulta un nexo de causalidad y por lo que estaremos al estudio de dicha relación de causalidad, entre el resultado producido y la abstención.

Ahora bien, la causalidad de los delitos de omisión para el maestro Sebastián Soler, se da de la siguiente manera:

"La mera abstención causal se transforma en omisión causal y punible, cuando el acto que hubiere evitado el resultado era jurídicamente exigible".⁽¹⁸⁾

Siguiendo este orden de ideas el profesor Ignacio Villalobos, al retomar el tema de causalidad en los delitos de omisión, nos menciona:

"Que el no hacer es precisamente la causa del resultado en el sentido valorativo del derecho. Si de acuerdo la organización social el hijo puede esperar las atenciones y cuidados debidos de sus padres y el abandono de un menor, es la causa de los peligros y daños consiguientes, pues la voluntad del agente se manifiesta por un acto negativo, no prestando los auxilios y las atenciones debidas, es lo que altera el orden jurídico preestablecido y al suprimir las soluciones arregladas para un estado de indefensión propia, hace renacer todos los peligros inherentes a tal situación. Si se supone prestados éstos conforme a las normas de organización social, el resultado desaparecería también".⁽¹⁹⁾

(18) SEBASTIAN SOLER, Derecho Penal Argentino I. Editorial Argentina, Buenos Aires, 1978, Págs. 220.

(19) VILLALOBOS Ignacio, Derecho Penal Mexicano, parte general, cuarta edición, Editorial Porrúa, Págs. 288, México 1983.

C.- AUSENCIA DE CONDUCTA

Existirá ausencia de conducta cuando no se encuentre la voluntad en la conducta del sujeto activo, ya que al no existir dicha voluntad, por consecuencia no puede existir el delito.

De tal suerte la ausencia de conducta, se encuentra prevista en el artículo 15 fracción I del Código Penal vigente para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

**"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:
I.- El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente....."**

Siguiendo este orden de ideas la Suprema Corte Justicia de la Nación y la doctrina, señalan como conductas involuntarias las siguientes:

- La fuerza física exterior irresistible
- Fuerza de la naturaleza
- Fuerza de los seres irracionales
- Movimientos reflejos
- Sueño
- Sonambulismo
- Hipnotismo

En todas ellas se encuentra ausencia de la voluntad, ya que si un sujeto por actividad o una inactividad infringe una norma prohibitiva o dispositiva, no obstante las conductas, no cometerá ningún delito, por encontrarse ausente de voluntad.

A mayor abundamiento, es menester citar lo que opina el profesor Castellanos Tenn al respecto, en

virtud de que a nuestra consideración estamos de acuerdo :

" No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento esencial del delito, será causa suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de lo que diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las eximentes de responsabilidad penal." (17)

Y el motivo por el cual estamos de acuerdo, con la manifestación citada con anterioridad, es por que hasta la existencia de una causa suficiente y basta para eliminar el elemento voluntad, para que no pueda configurarse el delito, ya que al faltarle un elemento tan esencial como lo es la voluntad, éste no puede formarse.

D.- TIPICIDAD

Como ya hemos establecido, para que se llegue a configurar el delito se necesita de la existencia de una conducta o hecho humanos, y éstos deben ser típicos, antijurídicos y culpables. De igual manera es momento de estudiar su segundo elemento esencial, y que es la tipicidad, así como su elemento negativo atipicidad.

De esta forma, tenemos que no se debe de confundir los términos tipo y tipicidad, toda vez que

 (17) CASTELLANOS TENA Fernando: op. cit. págs. 144 y 145.

el primero es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicos protegidos por la norma. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos legales.

Así el maestro Castellanos Tena, a la tipicidad la define como:

" El encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto " (18)

El tipo viene a ser el marco o cuadro y la tipicidad es el encuadrar o enmarcar la conducta al tipo.

Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, mientras tanto la tipicidad es concreta y dinámica.

1.- FUNCION DE LA TIPICIDAD

Al establecer el artículo 14 Constitucional, el principio de legalidad, luego entonces a la tipicidad se le da el rango de garantía constitucional individual, con lo que podemos decir, que su función radica en el principio de legalidad y seguridad jurídica.

 (18) CASTELLANOS TENA, Fernando: op. cit. Pág. 108.

2.- ELEMENTOS GENERALES Y ESPECIALES

En el presente rubro en cuestión, se puede decir que primormente antes de hablar del tipo, se debe de establecer sus elementos, y para tal fin ubicaremos dos clases de elementos; los generales que son:

- a).- Conducta
- b).- Sujeto activo
- c).- Sujeto pasivo
- d).- Bien jurídico
- e).- Objeto material
- f).- Resultado

Asimismo, la segunda clase de elementos son los especiales y que a saber son:

- 1) Referencias temporales
- 2) Referencias espaciales
- 3) Referencias de ocasión
- 4) Elementos normativos

De tal manera, a continuación enunciaremos todos y cada uno de los elementos que conforman al tipo, empezando por los generales, para posteriormente citar los especiales.

a) **Conducta.**- La cual consiste en ejecutar el verbo descrito en la norma, es decir, llevar acabo, lo que se nos prohíbe.

b) **Sujeto activo.**- Es aquel que interviene en la comisión del ilícito penal. Es importante establecer que dentro de esta figura existen dos clases, como lo son:

Propio o Exclusivo: Es cuando en el tipo se exige determinada calidad en el sujeto activo.

Común o Indiferente: Este es cuando en el tipo no exige ninguna calidad para que se pueda ser sujeto activo del delito, es decir, cualquier persona puede llevar acabo el encuadramiento de su conducta al tipo penal.

c) Sujeto pasivo.- Es aquel titular del bien jurídico tutelado o sobre de quien recae la conducta delictuosa que exterioriza el sujeto activo

Es de enfatizarse que al igual que el sujeto activo, en la presente figura se dan las dos clases de sujeto que mencionamos, es decir, el común y el exclusivo.

d) Bien jurídico.- En sentido amplio es todo aquello susceptible de producir utilidad a la sociedad, o a la persona en particular, de tal manera que todo bien jurídico, lo entenderemos como los intereses de las personas físicas y morales, ya sean públicas o privadas y tutelados por la ley, bajo la amenaza de una sanción penal.

e) Objeto material.- Es la persona o cosa en la que recae el delito.

f) Resultado.- Es la consecuencia de la conducta desplegada por el sujeto activo del ilícito penal.

Así, de esta forma tenemos que los elementos especiales del tipo son los siguientes:

1) Referencias temporales: Se establece que éstas son el tiempo determinado en el que se despliega la conducta delictuosa, es decir, en el tipo se señala una referencia temporal.

2) Referencias espaciales: Como su nombre lo indica, aluden a un lugar o espacio determinado en el cual necesariamente debe cometerse el delito. En

consecuencia si se encontrase ausente dicha referencia o dicho de otra forma, si el sujeto activo desplegara la conducta en un lugar distinto al que señala el tipo, existirá atipicidad.

3) **Referencias de ocasión:** Estas son las circunstancias descritas en la ley penal y relativas al momento o la ocasión en que debe desplegarse la conducta por el sujeto activo.

4) **Elementos normativos:** La mayoría de las descripciones que hace la ley, la doctrina, en su mayoría contienen términos, vocablos o palabras que necesariamente deben ser valorados con la finalidad de saber si el sujeto activo se ubica en la descripción. De tal suerte que esos términos de valoración pueden ser de tipo cultural o jurídico, y estos últimos vienen a ser los elementos normativos.

Una vez establecido qué se entiende por tipicidad y por tipo, pasaremos al estudio del elemento negativo correspondiente a la tipicidad.

E.- ATIPICIDAD

Esta se da cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal. Y por atipicidad entenderemos la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Por ende si la conducta no es típica jamás podrá ser delictuosa.

Ahora bien, debemos establecer cuándo hay ausencia de tipicidad y ésta surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada.

Desde este momento establecemos que en fondo, en toda atipicidad hay falta de tipo, es decir, si un

hecho específico no encuadra exactamente en lo descrito por la ley, respecto de él no existe tipo.

F.- ANTIJURIDICIDAD

Tercer elemento positivo del delito. Es ésta "la contradicción de la conducta desplegada por el agente y el ordenamiento jurídico sin que tal conducta esté amparada por alguna causa de justificación". (19)

Por su parte el maestro Porte de Petit, establece que debido a que el concepto de antijuricidad lleva una negación, como lo es "anti", el concepto o definición de dicho elemento positivo del delito, es el siguiente: "una conducta es antijurídica cuando, siendo típica, no esté protegida por ninguna causa de justificación.

La escuela causalista coloca a la antijuricidad como un aspecto objetivo del delito al considerar a ésta como resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva que determina la contradicción que existe entre la conducta típica y la norma jurídica, ya que la conducta es opuesta a la norma cultural reconocida por el Estado.

El maestro Sergio Vola Traviño, considera que los elementos que integran la antijuricidad son los siguientes:

 (19) ORELLANO WIANCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito, Editorial Porrúa S.A., México 1994, Págs. 103.

"a).- Una conducta típica, que precede en un plano lógico a la antijuricidad;

b).- Una norma jurídica, en la cual subyace la norma de cultura que se tomó en cuenta para crear la propia norma jurídica;

c).- Un juicio valorativo de carácter objetivo, que implicará en ocasiones el estudio del total sistema jurídico, ya que la antijuricidad es unitaria, y en ocasiones la norma de cultura no se encuentra en forma expresa en la norma jurídica penal, sin embargo, el tipo debe permitir nutrirse de ese estudio general, y los límites del tipo determinan la objetividad del juicio valorativo. Además de ese límite la antijuricidad deviene siendo un juicio valorativo objetivo porque corresponde realizarlo al juzgador, y su fundamento primario lo encontraremos en el artículo 21 Constitucional, al decirnos que la imposición de la pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial, lo anterior tiene relación con los artículos 16, 17 y 19 del mismo ordenamiento.

d).- El juicio valorativo de contradicción corresponde realizarlo al juez y sólo a él le compete, en función de sus atribuciones; juicio que se realiza de la conducta típica y a fin de determinar la antijuricidad de la misma, lo que desde luego no podría quedar sujeta al juicio del propio inculpado o del ofendido, o del representante de la sociedad, pues entonces esa valoración sería subjetiva y resultaría arbitraria". (CSO)

Por otra parte, el sistema finalista considera a la antijuricidad como la contradicción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico; distinguiendo dicho sistema entre el término

antijuridicidad e injusto penal, ya que el primero término se identifica como la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico; y lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma, siendo lo injusto el elemento subjetivo distintivo entre una teoría y la otra.

G.- CAUSAS DE JUSTIFICACION

Para entrar al estudio de las causas de justificación, podemos decir que cuando la conducta realizada sea cual fuere, se encuentre permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, es decir, no choca con el orden jurídico, por estar amparada por una causa de justificación.

Las causas de justificación son las condiciones de realización de la conducta que eliminan el aspecto antijurídico de la misma.

Conforme a nuestro derecho son causas de justificación las siguientes:

- 1.- Defensa legítima
- 2.- Estado de necesidad
- 3.- Ejercicio de un derecho
- 4.- Cumplimiento de un deber
- 5.- Consentimiento del ofendido

Ahora bien, una vez citadas las causas de justificación, a continuación realizaremos un breve estudio sobre las mismas.

1.- Defensa legítima

Esta se encuentra regulada en nuestra legislación penal en su artículo 15 fracción IV, que a la letra dice:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:
IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista la 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 que se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien a por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar de la gente, al de su familia, al de sus dependencias, o al de cualquier persona que tenga la obligación de defender al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos respecto de los que exista una misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."

De la fracción IV, del precepto antes invocado se desprende que hay defensa legítima cuando la persona, objeto de una agresión actual, violenta y sin derecho que entraña un peligro inminente para su persona, honor o bienes o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor.

Es menester que la agresión sea actual, es decir, en el momento, ni pasada ni futura; que sea

violenta, por lo que se debe de entender, enérgica, brutal, con fuerza física o moral; injusta, que significa contraria a la ley, ilícita y que entrañe un peligro inminente, inmediato, inevitable, por otros medios, para la persona o bienes propios o ajenos. La defensa debe estar vinculada, con la protección de estos objetos de la tutela penal.

Así, de esta forma resulta que como elementos de la defensa legítima tenemos a los siguientes:

- Repeler una agresión
- a) Actual real o inminente
 - b) Violenta
 - c) Injusto
 - d) De peligro inminente
 - e) Peligro inevitable por otros medios

La fracción cuarta citada del ordenamiento penal, señala los casos en que opera la defensa legítima, y aquellos en que no opera, así como las circunstancias en que se presume.

El exceso de defensa legítima es la utilización de medios desproporcionados para repeler la agresión, o si el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparable, posteriormente por medios legales, o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el causado por la defensa.

La defensa legítima no opera en el caso de la riña, por lo que respecta a los rijosos, ya que se encuentran inmersos en una situación antijurídica,

ilícita; y para que surta efectos la legítima defensa es necesario una conducta lícita, frente a una injusta.

La defensa legítima, frente al exceso de lo preceptuado en esta primera, no puede hacerse valer de acuerdo con la fracción en estudio, toda vez que, según el citado precepto, no se integra la causa de justificación, si el agredido fue el que provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para tal agresión.

No pueden coexistir dos legítimas defensas, esto es la defensa legítima recíproca y para mejor entendimiento, en virtud de la necesidad de que una agresión sea injusta y la reacción a ésta sea legítima, de tal modo que cuando el agresor repele la defensa, esta revistiendo una conducta no legítima.

2.- Estado de necesidad

De igual forma la contempla el artículo 15 en su fracción V, del Código Penal y que dice:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:
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."

Como podemos observar de la transcripción hecha con anterioridad de la causa de justificación en estudio, el estado de necesidad, es la situación de

peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor o bienes propios o ajenos, que solo puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.

De lo antes expuesto se desprenden los elementos del estado de necesidad y que a saber son:

- 1.- Situación de peligro real, grave, inminente e inmediato.
- 2.- Que el peligro afecte necesariamente un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno.
- 3.- Violación de un bien jurídicamente protegido, distinto.
- 4.- Imposibilidad de emplear otro medio para poner a salvo los bienes en peligro.

3.- Cumplimiento de un deber.

La presente causa de justificación tiene su fundamento al igual que las anteriores en el artículo 15 del Código Penal, pero con la salvedad de que es la fracción VI, misma que estipula:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:
VI.- La acción u 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 éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro."

Ahora bien, de lo anterior se desprende, que esta justificación prevista en la citada fracción, consiste en el actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un

superior jerárquico, tal sería el caso del agente de la policía judicial, que en cumplimiento de una orden de aprehensión detiene a una persona en esta situación no comete delito por este hecho, toda vez que está cumpliendo con un deber y por ende está amparado por una causa de justificación.

4.- Ejercicio de un derecho

De la misma forma que la anterior causa de justificación encontramos su fundamento en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal, y que señala:

**"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:
VI.- La acción u omisión se realice 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."**

"De la fracción citada se desprende que la persona que actúa conforme a un derecho que la propia ley le confiere, se ampara en una causa de justificación de acuerdo a lo dispuesto por esta fracción.

Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio, causados en el ejercicio de los deportes, los originados como resultado de tratamientos médico-quirúrgicos y las lesiones producidas en ejercicio del mal llamado derecho de corregir.

Las lesiones u homicidios cometidos en la práctica de deportes las realizan quienes los practican en el ejercicio de un derecho concedido por el Estado para llevar a cabo tales actividades y, salvo situaciones de imprudencia o dolo (en todo caso sujeto a prueba), la conducta realizada, no es antijurídica.

Los tratamientos médico-quirúrgicos pueden crear lesiones y aún homicidios los cuales se justifican por el reconocimiento que el estado hace de las actividades médicas y por la preponderancia que el mismo estado, hace a través de la ley respecto de determinados bienes, es decir, se justifica tales alteraciones de la salud o privación de la vida, por la licitud de los tratamientos realizados en ejercicio de una profesión, autorizada y reconocida legalmente o por el ejercicio de un derecho, para evitar un mal mayor" (21)

5.- Consentimiento del ofendido

Se encuentra regulado en la fracción III del artículo multicitado 15 del Código Penal y que establece:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:
 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;

 (21) CONSALES DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1970, Pág. 18.

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 medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permita fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo."

Es de mencionarse y por eso lo destacamos que dicha causa de justificación es de reciente creación, toda vez que nace a la vida jurídica a partir de las diversas reformas sufridas al Código Penal, el 10 de enero de 1994.

H.- IMPUTABILIDAD

Cuarto elemento positivo del delito. Sobre el tema algunos autores consideran a la imputabilidad como parte de la culpabilidad, mientras otros, la gran mayoría, estiman que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, aluciendo que para que un sujeto sea culpable, se requiere primeramente que sea imputable; por lo que la generalidad ha establecido acerca de la imputabilidad, que es la capacidad de querer y de entender en el campo del derecho penal.

El maestro Fernando Castellanos Tena, define a la imputabilidad "como el conjunto de condiciones mínimas de salud y de desarrollo mentales en el sujeto activo en el momento de realizar la conducta delictiva;

mismas que lo capacitan para responder de su actuar".(222)

La escuela clásica y concretamente Francisco Carrara, consigna en su definición de delito, al referirse a que el acto externo del hombre, positivo o negativo, deberá ser moralmente imputable. Asimismo, creen que el fundamento para que el estado imponga penas se basa en el libre albedrío, base de la responsabilidad del sujeto.

El penalista italiano Maggiore, reafirma lo anterior, diciéndonos "que la imputabilidad es el conjunto de condiciones psíquicas que requiere la ley para poner una acción a cargo del agente. Estas condiciones se resumen en el concepto de libertad, es decir, imputabilidad equivale a libertad".(223)

La imputabilidad de acuerdo a la doctrina y la ley, puede exigir dos límites mínimos para su existencia, los cuales serían, el primero un límite físico, es decir, una edad mínima en la que el sujeto al alcanzar un determinado desarrollo físico suficiente para podersele considerar imputable; y un segundo, sería un límite psíquico, o sea, la capacidad de entender y querer su conducta y aceptar el resultado.

(222) CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. Pág. 218.

(223) CITADO POR GRELLO WUARCO, Octavio Alberto, op. cit. Pág. 34

I.- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad, viene a ser el cuarto elemento negativo del delito como la que resulta cuando el sujeto al realizar la conducta típica y antijurídica se encontraba afectado de su capacidad intelectual (de entender), o bien, de su capacidad volitiva (querer), o incluso de ambas.

Las causas de inimputabilidad que prevé la ley, vendrán a ser aquellas en que el sujeto activo no alcance la mayoría de edad mínima que la ley señale, o que alcanzando esa edad no haya podido comprender el hecho o la conducta que realizó, o bien, que habiendo comprendido dicha conducta no haya podido determinarse los parámetros exigidos por la ley.

Del anterior concepto se desprenden cuatro posibles causas de inimputabilidad y que son:

- 1.- Trastorno mental permanente
- 2.- Trastorno mental transitorio
- 3.- Desarrollo intelectual retardado
- 4.- Minoría de edad.

1.- Trastorno mental permanente

Este se encuentra previsto en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal que establece:

***ARTICULO 15.-** El delito se excluye cuando:
VII.- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel 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 lo fuere previsible."

De acuerdo a lo anterior, el agente tendrá que ser recluido en alguna institución médica para que se le brinde el tratamiento correspondiente, durante el tiempo que sea necesario; ejemplo de ello, tenemos a los locos, imbéciles, idiotas o tarados.

2.-Trastorno mental transitorio

Dicha causa de inimputabilidad es contenida en la fracción antes citada, y por economía procesal y en obvio de inútiles reiteraciones, se tiene por reproducida en este apartado.

El citado trastorno mental transitorio se considera una causa de inimputabilidad, siendo los motivos los siguientes: Si un sujeto es sano en cuanto a sus facultades mentales, en un momento dado puede trastornarse transitoriamente y en ese estado realizar una conducta típica y antijurídica, y por ese solo hecho no habrá delito alguno, lo anterior, en el supuesto de que en el momento de desplegar la conducta delictiva, el sujeto activo se encuentre afectado de la capacidad de entender.

La ley ha sido enfática, en lo que se refiere a que quedan exceptuados los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad dolosa o culposamente; ciertamente la inconsciencia transitoria

no debe ser provocada de ninguna manera, debe ser accidentalmente, o sea, no requerida ni deseada, como lo que podría ser cuando ingiere algún medicamento que motive dicho trastorno.

3.-Desarrollo intelectual retardado

La presente causa de inimputabilidad nos la establece el artículo 15 fracción VII, y la cual ha sido citada con anterioridad.

Y de la cual se desprende que el desarrollo intelectual retardado es un proceso tardío de la inteligencia, que provoca la incapacidad para entender y querer. La sordomudez será causa de inimputabilidad, solo si el sujeto carece de capacidad para entender y querer.

4.- Minoría de edad

Esta causa encuentra su origen en lo dispuesto en el artículo 1 de la ley que crea los consejos tutelares para menores infractores del distrito federal y que a la letra dice:

"ARTICULO 1.- El consejo tutelar para menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento. "

Del citado artículo se desprende que los menores de edad carecen de madurez y, por tanto, de capacidad de querer y entender.

De lo anterior, se colige que el menor no comete delitos, sino infracciones a la ley. El problema es determinar la edad; en la legislación penal del Distrito Federal, es de dieciocho años, y del precepto transcrito se puede concluir que los menores de dieciocho años serán enviados al consejo tutelar para menores, para su rehabilitación, en caso de que encuadren su conducta a algún tipo penal.

J.- CULPABILIDAD

Como se ha establecido el delito es una conducta que debe ser típica, antijurídica y por lo tanto se entrará al estudio de un elemento esencial del delito y que a saber es la culpabilidad.

A ésta la vamos a entender como la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse conducido contrariamente a la norma jurídico penal. De esta forma tenemos que el maestro Castellanos Tena, la define como "El nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto" (24).

El profesor Vela Treviño, nos dice que la culpabilidad es "El elemento subjetivo del delito y el

(24) CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. PAR. 232 y 233.

estabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta" (28)

En consecuencia para nosotros establecemos que la culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad del acontecimiento del hecho, con la conducta realizada.

Así, tenemos que existen dos teorías que explican la naturaleza de la culpabilidad y que son:

Teoría psicológica.- Esta corriente funda a la culpabilidad en el aspecto psicológico del sujeto activo del delito, esto es, en el elemento volitivo.

Teoría normativa.- Esta se inclina a basar a la culpabilidad en la imperatividad de la ley, es decir, finca sus bases en la imputabilidad con lo que se concluye que se dirige a quienes tiene capacidad para obrar conforme a la norma, a fin de omitir el juicio de reproche.

El elemento en estudio tiene dos formas de manifestarse, siendo estas el dolo o intención y la culpa o imprudencia, mismas que se contemplan en la Legislación Penal en el artículo 8. Así de esta forma

 (28) VELA TREVINO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito, Editorial Trillas, México, 1988. Pág. 337.

por dolo vamos a entender que se da cuando el sujeto activo se ha representado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de la misma, y a pesar de ello decide causar intencionalmente el resultado típico. Asimismo, el dolo tiene como elementos el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento y la conciencia de que se va a violar un deber, mientras el segundo contiene la voluntad, es decir, la decisión de realizar la conducta delictiva.

Ahora bien el dolo se puede presentar de las siguientes formas:

a) **Directo.**- El resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo, esto es, existe identidad entre la intención y el resultado típico.

b) **Indirecto.**- Existe cuando el sujeto activo se representa un fin, pero preve y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos.

c) **Genérico.**- La voluntad encaminada conscientemente a producir el delito.

d) **Específico.**- Es la intención de causar un daño con una especial voluntad que la norma exige en cada caso.

e) **Indeterminado.**- Es la voluntad genérica de delinquir, sin fijarse un resultado delictivo concreto.

f) **Eventual.**- Es cuando el sujeto se propone un resultado delictivo, pero se preve la posibilidad de que surja otros resultados típicos no deseados, pero que se aceptan en el supuesto de que ocurran.

De lo anterior se concluye que el dolo se traduce en la intención de querer un resultado típico.

La culpa en su caso se le conoce como imprudencia y la encontramos cuando el activo no desea realizar una conducta que lleve a un resultado típico, pero una actual actividad imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o intencional. Así, de esta forma tenemos que los elementos de la culpa son:

Una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por la ley, un resultado típico, previsible, evitable y no deseado, y como consecuencia una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

Las especies de la culpa son:

1. **Conciente.**- Con previsión o con representación; existe cuando el sujeto activo preve la posibilidad de un resultado ilícito, pero no desea el resultado y espera que no se produzca el evento típico.

2.- **Inconciente.**- Sin previsión, esta especie de culpa se da cuando el resultado por naturaleza previsible no se preve o no se representa en la mente del sujeto activo.

Algunos autores clasifican en consciente o sin previsión a la culpa en:

Lata.- Cuando el resultado es previsible por cualquier persona.

Leve.- Cuando es previsible por una persona cuidadosa, y

Levisima.- Cuando lo puede prevenir una persona extremadamente cuidadosa.

Mencionamos en forma genérica que los delitos culposos, se sancionan con la imposición de hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas al tipo penal básico del delito doloso, observando lo dispuesto por los artículos 51, 52 y 60 del Código Penal para el Distrito Federal.

K.- INCULPABILIDAD

Esta figura jurídica se da cuando hay ausencia del elemento culpabilidad. Según Jiménez de Asúa, la inculpabilidad consiste en la "Absolución del sujeto activo del juicio de reproche" (66).

Así, de esta forma establecemos que la inculpabilidad se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad, que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta. Concluyéndose que el delito es una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable.

Siguiendo este orden de ideas existen las siguientes especies del género inculpabilidad, mismas que son las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento y a saber son:

(66) JIMÉNEZ DE ASUA, OP. CIT. PÁG. 418.

1. Error esencial de hecho invencible.- Es considerada causa de inculpabilidad y la cual contiene los siguientes elementos:

Error.- Que es la falsa concepción de la realidad, es decir, un conocimiento deformado o incorrecto.

Error de hecho.- Es cuando el error recae sobre las condiciones de hecho, pudiendo ser del tipo o de prohibición; el primero es cuando se tiene un error respecto a los elementos del tipo, el segundo es cuando cree el sujeto activo que no es antijurídico su obrar.

Error esencial.- Es un error sobre un elemento de hecho que impide que se de el dolo.

Error esencial invencible.- Cuando no hay culpabilidad, cuando constituye una causa de inculpabilidad.

De esta forma se llega a concluir que solamente el error esencial de hecho invencible, se tomará como una causa de inculpabilidad.

2. Eximentes putativas.- Son las causas que el agente cree ciertamente (por error esencial de hecho), que está amparado por una circunstancia justificativa, porque se trata de un comportamiento ilícito; de igual manera, las especies de las eximentes putativas son.

Defensa Legítima putativa.- Según Castellanos Tena expresa que "existe defensa legítima putativa si el sujeto cree fundamentalmente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación que es necesario repeler mediante la defensa legítima, sin la existencia en realidad de una injusta agresión, no existe la causa real motivadora de una justificación". (27)

Estado de necesidad putativo.- Este opera de igual manera que la defensa legítima putativa, esto es, la persona al encontrarse en una situación de peligro actual o inmediato que sólo es evitable mediante la lesión de otros bienes también objeto de tutela jurídica y actúa lesionando estos bienes. De igual forma, operará este eximente si se prueba el error de hecho esencial invencible.

Deber y derechos putativos.- Sólo cabe mencionar que operará esta eximente si existe y se prueba el error de hecho invencible.

3. No exigibilidad de otra conducta.- La no exigibilidad de otra conducta se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal, pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta, se refuta excusable de esa forma de conducirse.

4.- Caso fortuito.- Consiste en causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, al realizar un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

L.- PUNIBILIDAD

El hecho o conducta típica, antijurídica y culpable debe de tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionada con una pena el comportamiento delictuoso.

La punibilidad, como elemento del delito ha sido sumamente discutida; hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros que manifiestan que sólo una consecuencia del mismo. Conforme a la definición del delito que proporciona el artículo 7o. del Código Penal, podría deducirse que la punibilidad sí es un elemento del delito, sin embargo,

los argumentos en contrario son atendibles y por ende podemos decir que la discusión acerca de la punibilidad como elemento del delito subsiste, y que nosotros incluimos el estudio del citado elemento en el presente apartado por razones de exposición.

Ahora bien, y para mejor manejo de la terminología respectiva se harán las siguientes distinciones de los vocablos que a continuación se citan:

Punición.- Esta figura consiste "en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto". (28)

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

Sanción.- De manera genérica, el término sanción se usa como sinónimo de pena, pero propiamente, aquel corresponde a otras ramas del derecho y llega 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.

M) EXCUSAS ABSOLUTORIAS.

En casos excepcionales, señalados expresamente por la ley, y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se

(28) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Penología, S.A. UNAM, México, 1982, Págs. 86.

considera conveniente no aplicar en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo y del delito. Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas absolutorias que, según el Jurista Castellanos Tena, son "Aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena". (22)

En estos casos el carácter delictivo de la conducta y demás elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad.

En nuestra legislación mexicana considera como excusas absolutorias las siguientes:

Excusa por estado de necesidad.- Aquí la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo del delito se encuentra ante un estado de necesidad, ejemplo de ello es el robo de familia y el aborto terapéutico.

Excusa por temibilidad mínima.- Esta viene a ser en función de la poca peligrosidad que presenta el sujeto activo, tal excusa se puede dar en el robo por arrepentimiento.

Excusa por ejercicio de un derecho.- Esta se presenta en el aborto, cuando el embarazo es producto de una violación.

Excusa por imprudencia.- Esta se da cuando por ejemplo por imprudencia de una mujer embarazada, se llega al aborto.

(22) CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit. Páa. 271

Excusa por no exigibilidad de otra conducta.- El ejemplo más común es aquel en el cual un pariente o ascendiente encubre al sujeto activo por razón del parentesco.

Excusa por innecesariadad de la pena.- Esta excusa es aquella en la cual cuando el sujeto activo sufrió consecuencia graves en su persona que hace notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de pena alguna.

N.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Por lo que hace a esta figura jurídica, habremos de mencionar primeramente que no es un elemento esencial de delito; toda vez que si las contiene la descripción legal se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él constituirán accesorios fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones para demostrar que no son elementos de su esencia, muy raros delitos tienen penalidad condicionada.

La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que puede perseguirse el delito; algunos autores dicen que son requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, así un grupo más los establece como un auténtico elemento del delito. De esta forma el profesor Jiménez de Asúa denomina condiciones de punibilidad y afirma que "... son presupuestos

procesales a los que a menudo se subordina la persecución de ciertos delitos".(30)

R.- AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Esta figura se va a presentar cuando falten las condiciones objetivas de punibilidad, es decir, exista la carencia de las citadas condiciones y como consecuencia de ello el delito no se castigará.

(30) JIMENEZ DE AGUA, OP. CIT. PÁR. 428

CAPITULO III

ESTUDIO JURIDICO DEL DELITO, EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

A.- ANALISIS JURIDICO DOGMATICO DEL DELITO EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

Una vez que se realizaron algunas consideraciones sobre la teoría general del delito, enseguida y en el presente apartado realizaremos un análisis jurídico dogmático del fenómeno jurídico materia de investigación, tomando como base dichas consideraciones de la teoría general del delito; primeramente creemos de suma importancia citar los artículos que lo contemplan y que a la letra dice:

ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de treinta a noventa días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida.

ARTICULO 227.- "Las disposiciones anteriores, se aplicarán a todos los funcionarios o empleados públicos de la administración pública, cuando en el ejercicio de su cargo, ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresadas en los propios artículos."

I.- CONDUCTA O HECHO.

De los preceptos antes citados nos podemos percatar que el primer elemento positivo del delito que es la conducta o hecho, se manifiesta a través de un hacer, es decir, es un delito de acción, consistente en emplear violencia para hacer efectivo un derecho, que

el sujeto activo del delito al efectuar la comisión del mismo exterioriza una voluntad o querer delictuosa y como consecuencia de esto, un cambio en el mundo exterior (resultado material). Conteniendo los elementos necesarios de la acción como son:

Manifestación de la voluntad.- Consistente en un hacer, esto es, emplear violencia para ejercitar y hacer efectivo un derecho.

Un resultado.- Como consecuencia de lo anterior traerá perjuicio a las personas sobre las que recae el ejercicio de violencia que emplea el sujeto activo para hacer efectivo un derecho, y por ende trae consigo un cambio en el mundo exterior.

Una relación de causalidad.- De esta forma y aplicándose la teoría de la equivalencia de las condiciones, tenemos que si suprimimos una de las causas por las cuales se puede cometer el ilícito, este no llegaría a producirse y no traería como consecuencia un resultado material, es decir, si se suprime el empleo de la violencia para ejercitar el derecho, no se cometería el ilícito en estudio.

2.- AUSENCIA DE CONDUCTA

Al respecto y ocupándonos del elemento negativo del delito denominado ausencia de conducta, establecemos que si falta la manifestación de voluntad por parte del sujeto activo, en consecuencia la conducta no se integraría y por ende por ser la conducta un elemento esencial del delito, este último no llegaría a materializarse, y de esta forma para que se de la ausencia de conducta hasta que exista una causa capaz suficiente y basta, para que elimine el elemento esencial denominado conducta.

CONCLUSION.- Establecemos que la conducta en el delito materia de investigación se manifiesta a través de una acción, es decir, un hacer voluntario consistente en emplear violencia para ejercitar un derecho y como consecuencia producir un resultado material, estando en presencia del injusto penal y por el cual se le deberá reprochar al sujeto activo del delito. Asimismo, si existiere ausencia de conducta, el tipo penal no llegaría a integrarse y por ende no habría ilícito penal que perseguir.

3.- TIPCIDAD.

Segundo elemento positivo en el delito de ejercicio indebido del propio derecho, el cual se da cuando encuadre una conducta en el tipo previsto en la ley.

Por lo que existirá tipicidad cuando una conducta sea de acción y encuadre perfectamente en la descripción que señala el tipo citado en los artículos anteriores.

Asimismo, y como se desprende de los artículos citados con anterioridad que los elementos generales del tipo a que se hace alusión en la presente investigación son:

a) **Una conducta.-** La que consiste en dirigir su voluntad para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitarse, empleare violencia; esto es, que el sujeto activo lleve a cabo un acto externo y el mismo encuadrará al tipo de referencia.

b) **Un sujeto activo.-** Será aquella persona que intervenga en la comisión del delito, esto es, aquel que ejercite violencia para reclamar su derecho; esta figura en el fenómeno materia de investigación se puede dar en sus dos formas establecidas, siendo la primera

un sujeto activo propio o exclusivo, esto se deduce de la lectura del artículo 227 del Código Penal, del que se desprende que exige al sujeto activo que tenga la calidad de funcionario público. Y el segundo denominado sujeto común o indiferente, esto se deduce de la lectura del artículo 226 del mismo Código, el cual no exige calidad alguna para que se pueda ser sujeto activo del delito, esto es, que cualquier persona capaz puede llegar a encuadrar su conducta en el delito a estudio.

c) **Un sujeto pasivo.**- Es quien resiente la conducta delictiva, y en el presente será aquel sobre de quien se ejerza la violencia para hacer efectivo un derecho.

d) **El bien jurídico.**- Este es el objeto jurídico tutelado por la norma, y en el delito en estudio el bien jurídico que se pretende tutelar es la administración de justicia.

e) **Objeto Material.**- Es aquel sobre el cual recae la conducta delictiva o sobre de quien va dirigida la misma, y en el fenómeno materia de investigación el objeto material va a ser aquel sobre de quien se ejerza violencia para hacer efectivo un derecho.

f) **Resultado.**- Será la consecuencia de haber realizado la conducta y en el presente se da un resultado material consistente en modificar el mundo exterior al momento de encuadrar la conducta al ilícito en comento.

Redundando el tema es menester hacer hincapié que al hablar de las posibles referencias temporales y espaciales en el delito de ejercicio indebido del propio derecho, se puede ver en los artículos citados al empezar el análisis del segundo elemento positivo, que no las establece, toda vez que no estipula tiempo determinado en el que se debe desplegar la conducta delictiva, ni tampoco un lugar de espacio determinado

para que se lleve a cabo el delito o la comisión del mismo.

Ahora bien, enunciando las referencias de ocasión podemos ver que el artículo 227 del Código Penal en relación al artículo 226 del mismo ordenamiento, se establece lo siguiente "Que a los funcionarios o empleados de la administración pública, cuando en el ejercicio de su encargo ejecuten los hechos, a que hacen mención los artículos anteriores, se les impondrá la misma pena...". Y en tal virtud se encuentra una de estas referencias y que consiste en que la conducta delictiva del delito de ejercicio indebido del propio derecho, se debe desplegar al momento de que estos empleados o funcionarios estén en ejercicio de su encargo público, por lo que si no se da esta, al momento de la comisión del delito no se puede encuadrar la conducta al tipo señalado en el artículo 227 de referencia, y por ende habría atipicidad.

Asimismo, los elementos normativos del tipo penal, materia de estudio consisten en la valoración del término violencia, ya que claramente se puede ver que los artículos citados estipulan que debe darse al ejercitarse violencia, para hacer efectivo un derecho. Y para tal suerte el juzgador debe atender a lo ordenado en nuestra doctrina para posteriormente valorarlo y aplicarlo al caso concreto. Toda vez que de la misma se desprende que por violencia se debe entender la fuerza material que al cometer el ilícito se hace a una persona, esto cuando se habla de

violencia física y que por violencia moral debemos de entender cuando se amaga o se amenaza con un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidar a la persona sobre de quien se dirige la citada violencia.

Por su parte el tipo establecido en el artículo 227 del Código Penal citado, contiene otro elemento normativo, que es el significado de Administración Pública, al establecer que los funcionarios y empleados de ésta, pueden incurrir en el delito en comento, cuando lo cometen en el momento de su cargo al respecto y para la valoración del citado vocablo, es decir, administración pública, el maestro Andrés Serra Rojas, nos dice: "Será una actividad directa e indirecta de la administración pública activa o autorizada por los particulares que ha sido creada y controlada para asegurar la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general sujeta a un régimen especial del Derecho Público" (31).

4.- ATIPICIDAD

Segundo elemento negativo del delito de ejercicio indebido del propio derecho, como hemos ya citado y para entrar a su estudio, este se dará cuando no se encuadre la conducta a los elementos del tipo penal, ya sean generales o especiales.

 (31) SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Tomo I. Décima Quinta Edición. Editorial Porrúa. México. 1998. Pág. 102.

Por lo que en consecuencia existirá atipicidad en el delito que nos ocupa cuando:

a) Falta conducta.- Esta se dará cuando no se adecúe la conducta al tipo penal materia de investigación.

b) Falta el sujeto activo.- Sin el cual no puede existir el delito.

c) Falta el sujeto pasivo.- Toda vez que para el perseguimiento de dicho ilícito, es necesario la querrela del ofendido.

d) Falta el bien jurídico.

e) Falta el objeto material, y

f) Que exista ausencia de referencias de ocasión.

CONCLUSION.- De esta forma, establecemos para que se llegue a dar el elemento tipicidad deben de satisfacerse tanto los elementos generales como especiales del tipo de ejercicio Inchoado del propio derecho, ya que si no fuera así estaremos en presencia del elemento negativo denominado atipicidad y por ende no existirá injusto penal.

5.- ANTIJURICIDAD

Esta viene a ser la contradicción que existe entre la conducta desplegada y la norma prohibitiva, es decir, esta contradicción se presentará cuando el sujeto activo emplee violencia para hacer efectivo un derecho, que cree tener a su favor y por ende dicha conducta aparte de ser típica también será antijurídica y en consecuencia se integrará el tercer elemento positivo del delito materia de investigación.

6.- CAUSAS DE JUSTIFICACION

Siguiendo el orden establecido, éstas son el tercer elemento negativo, las cuales consisten en las condiciones de realización de la conducta que elimina el aspecto antijurídico, esto es, que dicha conducta no va a ser contraria al derecho penal.

De esta misma manera una conducta por medio de la cual se emplea violencia para hacer efectivo un derecho será antijurídica, a menos de que exista una causa de justificación; ahora bien, a continuación citaremos que causas de justificación operan en el fenómeno jurídico en estudio. Pero es necesario establecer desde este momento que el legislador al crear el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, no delimitó que se debería entender por el término Derecho y por esta razón al hablar del mismo vamos a entender como todos y cada uno de los derechos que concede el Estado a los gobernados tales como: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, esto es, todos los inherentes que una persona tiene; por los motivos antes mencionados concluimos que dependiendo cada caso en particular se podrá establecer, si está el sujeto activo amparado por una causa de justificación y así de esta forma no sea antijurídico su actuar. Asimismo, se citarán ejemplos en lo particular y en cada uno de ellos estableceremos si puede llegar a operar la causa de justificación, y para lo cual seguiremos el orden doctrinario.

6.- CAUSAS DE JUSTIFICACION

Siguiendo el orden establecido, éstas son el tercer elemento negativo, las cuales consisten en las condiciones de realización de la conducta que elimina el aspecto antijurídico, esto es, que dicha conducta no va a ser contraria al derecho penal.

De esta misma manera una conducta por medio de la cual se emplee violencia para hacer efectivo un derecho será antijurídica, a menos de que exista una causa de justificación; ahora bien, a continuación citaremos que causas de justificación operan en el fenómeno jurídico en estudio. Pero es necesario establecer desde este momento que el legislador al crear el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, no delimitó que se debería entender por el término Derecho y por esta razón al hablar del mismo vamos a entender como todos y cada uno de los derechos que concede el Estado a los gobernados tales como: el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, esto es, todos los inherentes que una persona tiene; por los motivos antes mencionados concluimos que dependiendo cada caso en particular se podrá establecer, si está el sujeto activo amparado por una causa de justificación y así de esta forma no sea antijurídico su actuar. Asimismo, se citarán ejemplos en lo particular y en cada uno de ellos estableceremos si puede llegar a operar la causa de justificación, y para lo cual seguiremos el orden doctrinario.

a) Defensa Legítima.

A nuestro criterio consideramos que esta figura que contempla el artículo 15 fracción IV del Código Penal, no puede operar como excluyente del delito de estudio, toda vez que para que pueda integrarse ésta, se necesita el elemento básico consistente en repeler una agresión actual, violenta e injusta y no se puede decir que al reclamar un derecho ejerciendo violencia el sujeto activo afirme que repele una agresión, motivo por el cual se desprende que no se reúne el elemento en comento, por lo tanto no se puede configurar la causa de justificación mencionado y al no darse este elemento no es necesario entrar al estudio de los demás que la integran.

b) Estado de necesidad.

Considerada en el artículo 15 fracción V del Código Penal, como una causa más de justificación.

Ahora bien, pensamos que esta figura jurídica en cierto momento se puede llegar a presentar como causa de justificación en el delito de ejercicio indebido del propio derecho, toda vez que, si ponemos como hipótesis a una persona ejerciendo un derecho empleando violencia, por estar en una situación de peligro real, grave, y por estas razones afecta un bien jurídico tutelado del sujeto pasivo y no tiene otro medio de salvaguardarlo, aunque el sujeto activo viole o quebrante el tutelado por el delito materia de investigación, como lo es la administración de

justicia, su conducta a pesar de ser típica no se podrá considerar antijurídica.

c) Cumplimiento de un deber.

Causa de justificación misma que se encuentra contemplada en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal. En otro orden de ideas, consideramos que dicha causa puede llegar a configurarse cuando el sujeto activo encuadre su conducta al ejercicio indebido del propio derecho; tomando como base para establecer lo anterior el ejemplo clásico, consistente, cuando un agente de la policía judicial cumplimenta una orden de aprehensión y para lo cual ejerce violencia para ello, éste estará amparado por una causa de justificación, toda vez que si bien es cierto que encuadra su conducta al ilícito en estudio, también lo es que está cumpliendo un deber, por lo tanto su conducta en ningún momento se podrá catalogar como antijurídica.

d) Ejercicio de un derecho.

Penúltima causa de justificación que contempla nuestra legislación penal en su artículo 15 fracción VI.

Al entrar al estudio de dicha causa de justificación, consideramos que la misma en cierto momento y tomando en consideración el siguiente ejemplo en concreto puede llegar a configurarse. Si una persona que actúa conforme a un derecho que la propia ley le concede, está amparado por una causa de justificación,

CONCLUSION.- Bandonos en el tercer elemento tanto positivo como negativo del delito de Ejercicio Indebido del propio derecho, establecemos que la conducta será

violación del bien jurídico tutelado por la norma.
conducta típica y antijurídica, por existir la de reproche, por haber quebrantado la norma al ser su tal conducta, y por ende se tiene que hacer el juicio de consentimiento por el ofendido para la realización de medio el fin perseguido, no se puede hablar de que haya violencia para hacer efectivo un derecho, y obtiene por que si el sujeto activo del delito en estudio, emplea ejercicio indebido del propio derecho, en virtud de causa no puede operar en la comisión del delito de De igual manera, consideramos que la presente

111.

última causa de justificación que contempla nuestra legislación penal en su artículo 15 fracción

e) Consentimiento del ofendido

típica.
considerada antijurídica su conducta a pesar de ser boxeadores, la conducta del sujeto activo, no podrá ser a otro deportista, como podrá ser el caso de los Magna, y mediante el ejercicio de éste ocasiona un daño ejerciendo un derecho que le concede nuestra Carta un deporte reconocido y autorizado legalmente, esta ejercer su derecho de libertad consistente en practicar igualdad y de propiedad; y el titular de éstos al gobernados tales como los de libertad, seguridad, es decir, que los derechos que concede el Estado a sus

antijurídica cuando se empleó violencia para hacer efectivo un derecho y no esté amparado el actuar del sujeto activo por una causa de justificación, y por tal motivo existirá una contradicción entre la conducta desplegada y la norma penal. De esta forma concluimos que pueden operar nada más las siguientes causas de justificación, estado de necesidad, ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber.

7.- IMPUTABILIDAD

Cuarto elemento positivo del delito materia de investigación, y lo cual se presentará cuando el sujeto activo del delito en comento sea imputable al realizar la conducta, consistente en emplear violencia para hacer efectivo un derecho, teniendo la capacidad de entender y querer el desarrollo físico suficiente para considerársele imputable, esto es, al hablar de la capacidad nos referimos a un límite psíquico y al hacer mención del desarrollo físico, aludimos a la minoría de edad que debe de tener el sujeto activo del delito y que en nuestra legislación penal es de dieciocho años. Así de esta forma, reuniendo estos dos requisitos una persona realizando una conducta típica y antijurídica será imputable, es decir, será apto para responder por la conducta que desplegó.

8.- CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Cuarto elemento negativo del delito materia en estudio. Así, de igual manera tenemos que se presentarán éstas, cuando un sujeto al desplegar su conducta, consistente en el empleo de violencia para hacer efectivo un derecho, y con ello administrarse justicia por sí, esté el sujeto activo afectado en su

capacidad intelectual (de entender), o en su capacidad volitiva (de querer), o por ambas, en consecuencia el sujeto será inimputable.

Como ya se ha establecido con anterioridad existen cuatro causas de inimputabilidad y que a consideración de nosotros las mismas se pueden llegar a configurar para que el sujeto activo del delito de ejercicio indebido del propio derecho sea inimputable, y para lo cual se deben de tomar las consideraciones especiales de cada caso en concreto y para tales fines a continuación se entrará al estudio de cada una de ellas.

1. Trastorno mental permanente.- Contemplada al igual que todas las causas de inimputabilidad en el artículo 15 fracción VII del Código Penal vigente. De esta causa de inimputabilidad se menciona, que la misma opera en el delito en estudio, toda vez que si un sujeto que padece trastorno mental permanente, como puede ser un loco, imbecil o idiota, y éste hace efectivo un derecho empleando para tal fin violencia, aunque su conducta es típica y antijurídica, el mismo no es imputable y por lo tanto no se le puede reprochar el injusto penal por existir falta de capacidad para querer y entender.

2. Trastorno mental transitorio.- Al igual que la anterior causa, decimos que puede operar en el delito materia de investigación, toda vez que si el sujeto activo esta afectado en su capacidad de entender

por causas de un medicamento tomado, sin que lo haya provocado el mismo, y en ese momento realiza o pretende hacer efectivo un derecho, para lo cual ejerce violencia, y con su comisión viola el bien jurídico tutelado por la norma, a pesar de que la conducta del agente del delito es antijurídica y típica, al mismo no se lo puede considerar imputable por estar amparado por una causa de justificación.

3. Desarrollo intelectual retardado.- Esta figura jurídica, opera en este delito, toda vez, que si el sujeto activo del delito, es un sordomudo que carece de la capacidad de querer y entender, por su propia voluntad, hace efectivo un derecho por medio de la violencia, afectando con su conducta típica y antijurídica, el bien jurídico tutelado por la norma, no existirá delito que imputar, en virtud de que estaremos en presencia de una conducta desplegada por un inimputable.

4. Minoría de edad.- Esta opera cuando un menor de edad, así considerado por la legislación penal, por medio de la violencia hace efectivo un derecho, y por ende a este sujeto activo no se le considerará delincuente, sino infractor, y por ende se pondrá a disposición del Consejo Tutelar para Menores para su rehabilitación.

CONCLUSION.- Establecemos que a una persona se le considerará imputable, cuando tenga la capacidad de entender y querer, así de esta forma será capaz de responder por el injusto penal cometido. Y así de esta forma concluimos que las causas de justificación contempladas en nuestra legislación operan excluyentes del delito de ejercicio indebido del propio derecho.

9.- CULPABILIDAD

Quinto elemento positivo del delito en estudio, consistente en la reprochabilidad hacia el sujeto activo por haberse conducido contrariamente en lo establecido por la norma jurídico penal, que en el presente caso es cuando el sujeto activo hace efectivo un derecho o pretende hacerlo efectivo por medio de la violencia y afecte con esa conducta el bien jurídico protegido por la norma como es la administración de justicia.

En tal virtud y como se vio en su momento, existen dos formas de manifestarse la culpabilidad tales como el dolo y la culpa. Por lo que concluimos que en el delito de ejercicio indebido del propio derecho, el tipo de culpabilidad que se va a manifestar es dolosa, toda vez que el activo al hacer efectivo un derecho ejerciendo violencia, reúne los dos elementos que lo conforman y que a saber son: El Moral que contiene el sentimiento y conciencia de que se va a violar un deber, al hacer efectivo un derecho por medio de la violencia; y el Volitivo que se traduce cuando

manifiesta la decisión de realizar la conducta delictiva.

10.- INCULPABILIDAD

Considerada como el quinto elemento negativo; así tenemos que la inculpabilidad se presenta cuando el sujeto activo del delito al emplear violencia hace efectivo un derecho y a pesar de que su conducta es típica y antijurídica, no se le podrá reprochar su actuar por existir una causa de inculpabilidad.

De esta forma se expondrán las especies del género inculpabilidad que en un momento dado pueden llegar a operar en el fenómeno jurídico, materia de investigación y que a saber son:

Error esencial de hecho invencible.- Esta figura jurídica se presentará cuando el sujeto activo del delito, al hacer efectivo un derecho por medio de la violencia, tenga una concepción equivocada de la realidad, por circunstancias que no puede superar; el equivoco puede recaer sobre elemento del delito o circunstancias agravantes de penalidad y en consecuencia se presenta el error como causa de inculpabilidad.

Ahora bien, al entrar al estudio de la eximentes putativas debemos aclarar que el tipo de error de hecho invencible, se debe tomar en cuenta, toda vez que al hablar de éstas las conceptualizamos de la siguiente forma: "como las situaciones en las cuales el agente, por un error de hecho invencible, cree

fundadamente, al realizar un hecho típico de derecho penal, hayarse amparado por una justificante o ejecutar una conducta atípica sin serlo" (32).

Siguiendo este orden de ideas, consideramos que sólo tres causas eximentes putativas operan y las cuales son

Estado de necesidad putativa.
Ejercicio de un derecho putativo.
Cumplimiento de un deber putativo.

La anterior afirmación la hacemos en virtud de que al realizar la conducta el sujeto activo, por un error de hecho invencible cree estar amparado por una justificante y por ende se estaría en presencia de una causa de inculpabilidad, tomando la figura de eximente putativa, y ya que solamente estas causas de justificación pueden llegar a operar en el delito de ejercicio indebido del propio derecho.

Ahora bien, y hablando de las siguientes causas de inculpabilidad, tales como la no exigibilidad de otra conducta y el caso fortuito, no se pueden llegar a encuadrar en virtud de que la primera se puede y debe exigir otra conducta, mismo que consistiría en que el sujeto activo se presentara ante la autoridad competente a efecto de que se le administrara justicia; y en el segundo caso establecemos que el mismo no puede

(32) CASTELLANOE TENA, Fernando, op. cit., Pág. 226.

llegar a presentarse toda vez que en este delito no se pueden aceptar las conductas culposas y es visible que en el delito es menester emplear violencia y con ello desaparece el daño por mero accidente, es decir, sin intención, que son elementos básicos del caso fortuito.

CONCLUSION.- En la presente concluimos que solamente la conducta típica y antijurídica, será culpable cuando al realizar dicha conducta sea contraria a la norma penal y ésta no esté amparada por alguna causa de inculpabilidad, que en el caso del delito de ejercicio indebido del propio derecho, serían el error de hecho esencial invencible y las eximentes putativas en su especie de estado de necesidad, ejercicio de un derecho y un deber putativo.

II.- PUNIBILIDAD

Se considera como elemento del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, y el cual consiste en la amenaza de pena que señala el artículo 226 del Código Penal, misma que es prisión de tres meses a un año o multa de treinta a noventa días; pena que se le impondrá a aquel sujeto que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar empleare violencia.

Como se ha establecido la punibilidad y la pena son las especies de la sanción, ya que la punibilidad es la sanción en abstracto, es decir, la establecida en la ley, por lo que se considera como el elemento del delito. Mientrás que la pena será la

sanción en concreto, esto es, la impuesta por el juzgador a quien compete sobre dicho delito, misma que será consecuencia de la comisión del delito en estudio.

12.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Como se ha visto, éstas van a operar cuando a pesar de que la conducta sea típica, antijurídica y culpable, el juzgador deje impune tal conducta, es decir, elimina la punibilidad. Ahora bien, entre las excusas absolutorias que contempla nuestra legislación, consideramos que en el delito, materia de investigación, pueden darse las siguientes:

Excusa por estado de necesidad.- Esto en virtud de como se ha establecido en el apartado de las causas de justificación, pueden hacer esta figura al cometer el delito en cuestión y por lo tanto dejar impune tal conducta.

Excusa por temibilidad mínima.- A nuestro criterio puede llegar a presentarse, toda vez que a pesar de que el sujeto activo emplee violencia para hacer efectivo un derecho, esto podría representar poca peligrosidad.

Excusa por ejercicio de un derecho.- Al igual que el estado de necesidad y al haberlo estudiado en el contexto de las causas de justificación, establecimos que podía configurarse y por ende opera como causa absolutoria, es decir, el carácter delictivo de la conducta que lleva a cabo el activo se elimina la punibilidad por estar amparado por una causa de justificación y estaríamos en presencia del mismo modo de una causa absolutoria.

CONCLUSION.- En la presente se establece que en el delito de ejercicio indebido del propio derecho, la punibilidad consistirá en la amenaza de pena señalada por el tipo penal en cuestión, si el sujeto activo del delito al realizar éste, no está amparado por una causa absolutoria como puede ser: excusa, por un estado de necesidad, por temibilidad mínima o por ejercicio de un derecho

13.- CONDICIONALIDAD OBJETIVA.

Por lo que hace a esta figura, y como señalamos no son elementos esenciales del delito, es decir, se trata de caracteres o partes integrantes del tipo, en el delito en estudio contiene uno de ellos, consistente en la querrela de la parte ofendida para la persecución del delito y que si falta esta condición no se puede perseguir el mismo.

14.- AUSENCIA DE CONDICIONALIDAD OBJETIVA

La misma en el presente representa el aspecto negativo del elemento condicionalidad objetiva y el cual se presentará cuando falte la querrela por parte del sujeto pasivo.

CONCLUSION.- El delito se integra al concurrir sus elementos constitutivos como son: La conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, sin embargo, en remotos casos se exige además de especiales circunstancias ajenas al autor y que en el presente caso se considera una condición de perseguibilidad, como lo es la querrela de la parte ofendida para que la autoridad competente pueda legalmente perseguir al delincuente.

B.- CRITICA AL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.

En el presente inciso nos avocaremos hacer algunas ponderaciones respecto del delito cuyo estudio nos ocupa; y para lo cual nos basaremos en las siguientes razones.

Como sabemos, el legislador al crear normas sigue un fin determinado, el cual consiste en que todos los gobernados vivan en armonía, esto puede ser posible a través de la creación de normas, mismas que son creadas tomando como base los problemas que existen en una sociedad determinada, y así crear la norma que servirá para erradicar los vicios que en un momento y época determinada puedan existir en una sociedad preestablecida. En lo que respecta en materia penal crea tipos con el fin de evitar conductas antisociales mismas que interrumpen la armonía de la colectividad.

Mencionado lo anterior y ocupándonos en nuestro trabajo de investigación y para efecto de estudio nuevamente se transcribirá el fenómeno jurídico que a la letra dice:

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o multa de treinta a noventa días. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

B.- CRITICA AL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.

En el presente inciso nos avocaremos hacer algunas ponderaciones respecto del delito cuyo estudio nos ocupa; y para lo cual nos basaremos en las siguientes razones.

Como sabemos, el legislador al crear normas sigue un fin determinado, el cual consiste en que todos los gobernados vivan en armonía, esto puede ser posible a través de la creación de normas, mismas que son creadas tomando como base los problemas que existen en una sociedad determinada, y así crear la norma que servirá para erradicar los vicios que en un momento y época determinada puedan existir en una sociedad preestablecida. En lo que respecta en materia penal crea tipos con el fin de evitar conductas antisociales mismas que interrumpen la armonía de la colectividad.

Mencionado lo anterior y ocupándonos en nuestro trabajo de investigación y para efecto de estudio nuevamente se transcribirá el fenómeno jurídico que a la letra dice:

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o multa de treinta a noventa días. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

Del texto antes citado cabe mencionar que se ha realizado en el inciso que antecede un estudio jurídico dogmático del mismo y que lo tenemos por reproducido en el presente para evitar inútiles reiteraciones y del cual sólo nos conduciremos a enfocar el elemento normativo que contiene el tipo penal citado con antelación, mismo que consiste en la valoración del tipo jurídico, ya que este se encuentra en la descripción al mencionar:

"ARTICULO 226.- "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar..."

Del párrafo citado se deduce el elemento normativo de carácter especial denominado "derecho" y el cual deberá ser valorado, esto es, que se entenderá por el vocablo citado, y como consecuencia estar en aptitud de saber si el sujeto activo del delito encuadra su conducta al tipo penal en cuestión. Posteriormente citaremos la consecuencia que trae consigo la ambigüedad del término "derecho", y que consiste en la no aplicación del tipo penal en la práctica.

1.- POR CONTENER CON AMBIGÜEDAD EL VOCABLO DERECHO

Como ya establecimos en el inicio del presente inciso, esta ambigüedad, radica en la valoración que debe de hacer tanto el órgano investigador como el juzgador de que se debe de entender por el término "derecho", ya que el mismo es un término subjetivo. Por ende y a mayor abundamiento del

presente trabajo de investigación y para demostrar que es muy amplio el término "derecho", citaremos algunos de los muchos que tiene una persona en un estado de derecho, y que tienen su origen en la Constitución Federal, exponiéndolos de la siguiente forma:

Garantías de igualdad.

Garantías de libertad.

Garantías de propiedad

Garantías de seguridad jurídica.

Consideramos de suma importancia establecer que se debe de entender por "garantía", así como por el término "derecho", siendo esto que por la primera de las mencionadas se debe de entender como la forma de asegurar los derechos que concede el Estado a sus gobernados; y por derecho se debe concebir como el conjunto de facultades otorgadas o reconocidas por las normas del derecho subjetivo.

Una vez establecido lo anterior, es importante poner claro que las garantías de igualdad, libertad y propiedad son consecuencia de la declaración concerniente a la persona humana individual y las garantías de seguridad jurídica son consecuencia de la declaración de la persona, pero considerada como integrante de un grupo social. Como se ha mencionado estas garantías tienden a asegurar los derechos reconocidos a la persona en las normas del derecho subjetivo; entre los cuales tenemos a los:

Derechos civiles: Que tienden a proteger la existencia, la libertad, la igualdad, la seguridad, la dignidad y la integridad física y moral del ser humano, comprendiendo así a grosso modo, los derechos a la vida, a no ser sometido a la esclavitud, a la igualdad ante la ley, de opinar, de expresarse, reunirse y asociarse libremente, a la libre circulación y residencia, a la libertad y seguridad personal, a no ser ilegal ni arbitrariamente detenido, a un juicio regular, a ser juzgado con las garantías debidas, a no ser sometido a torturas, penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, a no ser objeto de ingerencias indebidas en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, a la libertad de conciencia y de religión entre otros.

Derechos políticos: De igual manera permiten la participación de los nacionales en general y de los ciudadanos en particular, en la estructuración política de la sociedad de la que son miembros, ejerciendo estos derechos que comprenden: un derecho preferencial para desempeñar todo tipo de empleo, cargos o comisiones gubernamentales, y ciertas prerrogativas exclusivas tanto en materia de voto, como de otros tipos de participación en asuntos políticos.

Derechos sociales: Procuran proteger a la persona misma como integrante de un grupo social. Como ya hemos visto forman una categoría de derecho distinta, comprendiendo: El derecho al trabajo y particularmente a condiciones justas y favorables en el desarrollo del mismo, el derecho de sindicalizarse, el de seguridad social, a un nivel de vida suficiente incluyendo una buena alimentación, vivienda y una salud adecuada, el derecho a la educación, información y el derecho en materia cultural y científico.

Por lo que debemos concluir, que amén de lo señalado con antelación es necesario recalcar que existe una inmundicia de derechos que concede nuestra ley fundamental, así de esta forma podríamos seguir citando un sin fin de derechos que tiene una persona

frente al Estado, sin embargo consideramos innecesario hacer una cita minuciosa de los mismos, esto en virtud de que como sabemos todos y cada uno de los derechos que puede tener una persona tienen su origen en la Constitución Federal, y los cuales a groso modo se han citado con anterioridad, abarcando todos y cada uno de ellos y así de esta forma nos evitamos innútiles e innecesarias reiteraciones. Motivos éstos por los cuales concluimos que el vocablo "derecho" que contiene el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, es confuso, en virtud de que el legislador al crear dicho tipo e implementar tal vocablo no delimitó ni especificó a que clases de derechos se refiere; y por ende donde la ley no distingue, no puede el intérprete distinguir, teniendo como consecuencia que el tipo penal es insuficiente para su aplicación en la práctica, por ser de complicado entendimiento para los funcionarios encargados de administrar justicia, y con ello resulta la inoperancia de ilícito en la práctica, ya que para establecer si todo ejercicio de un derecho por medio de la violencia quebranta el bien jurídico tutelado por la norma, primeramente es necesario establecer que se deba de entender por el término "derecho", esto en virtud de que, por consiguiente puede tener confusión el órgano competente para administrar justicia.

De esta manera y para corroborar lo antes citado enseguida se expondrá unas tesis de jurisprudencia en las cuales se infiere que existe

confusión para interpretar el tipo penal en estudio y el tipo penal de violación, de esta forma, reafirmar que en el tipo material de investigación existe una gran laguna, que impide su entendimiento y las cuales a su letra dicen:

Instancia: Primera Sala.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Época: 8A.

Número: 77, mayo de 1994.

Tesis: J/1a. 10/94.

Página: 18

VIOLACION ENTRE CONYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO. NO CONFIGURACION DEL DELITO DE.- El que uno de los conyuges imponga al otro cópula normal de manera violenta, cuando subsista la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación prevista en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el conyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no este decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o en presencia de otras personas, asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como puede ser parálisis que le impida introducirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo.

PRECEDENTES:

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de Febrero de 1994. Mayoría de tres votos

de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente : Luis Fernández Doblado. Secretaria María Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 11 de mayo de 1994. Por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.

Instancia: Primera Sala.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.

Epoca: 8A.

Número: 77, mayo de 1994.

Tesis: J/1a. 12/94.

Página: 19

EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO Y NO DE VIOLACION, DELITO DE.- la cópula normal violenta impuesta por el conyuge, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es integradora del delito de violación, sino del ejercicio indebido de un derecho, previsto en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal; pero si tal comportamiento se presentara en una diversa entidad federativa cuyo legislación penal no prevea esa figura, únicamente podrá sancionarse por el ilícito que se integre derivado de la violencia ejercida para copular.

PRECEDENTES:

Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de Febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente : Luis Fernández Doblado. Secretaria María Edith Ramírez de Vidal.

Tesis de Jurisprudencia 12/94. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del 11 de mayo de 1994. Por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado

De las anteriores tesis de Jurisprudencia observamos con claridad, que al presentarse el caso que abordan, el juzgador debe de realizar una valoración de ambos tipos y determinar en cual de los dos encuadraría la conducta desplegada por el activo del delito. Y respecto del fenómeno de investigación, al abordarla de igual manera tendría que valorar el elemento normativo, siendo este el término "derecho", es decir, si el sujeto activo tiene el derecho a cohabitar o no y que para el sujeto pasivo sería una obligación, y en caso de que a criterio del juzgador existiera tal derecho, la conducta del activo estaría configurando el delito de Ejercicio Indebido de un Propio Derecho y no el de Violación.

Ahora, si bien es cierto que el tipo penal en comento, al igual que su base constitucional (artículo 17), fueron creados como un mecanismo de protección para el ejercicio de los derechos concedidos por el Estado hacia los gobernados, esto es, que se erradicara la autojusticia del plano jurídico; también no lo es menos que dicha pretensión a la fecha no ha logrado el fin que el legislador perseguía con la creación del tipo penal, ya que aún existen grandes vicios en nuestra estructura social.

Por lo anteriormente expuesto no tiene aplicación en la práctica el tipo, esto es, no tiene relevancia jurídica por el complejo manejo del término "derecho", ya que el Representante Social no podría distinguir cuando está en presencia de un ejercicio indebido del propio derecho o en presencia de otro tipo penal, y como consecuencia de ello, no ejercita acción penal por el ilícito materia de investigación; motivos por los cuales busca suplir tal deficiencia, encuadrando la conducta del sujeto activo en otro tipo penal, tal y como se puede constatar en las tesis de jurisprudencia citadas con anterioridad.

2.- POR LA NO APLICACION DEL TIPO EN LA PRACTICA.

En el presente rubro sólo queda hacer hincapié de los motivos por los cuales no se aplica el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho en la práctica, y que a nuestro criterio son, como se estableció anteriormente los siguientes:

a) Por contener con ambigüedad el término "derecho", esto es, no saber el Agente del Ministerio Público, cuando está en presencia del ejercicio de un derecho, por medio de la violencia, por ser amplísimo el término "derecho", ya que como expusimos con anterioridad existen un sinnúmero de derechos inherentes a la persona. Y el legislador al crear el

tipo penal materia de investigación no establece a qué derechos se refiere.

b) Un segundo motivo es la irrisible pena que contiene el tipo, ya que como se ve es una pena alternativa muy leve, y resulta más factible configurar otro delito para hacer valer el fin del Estado, consistente en implantar armonía entre los gobernados erradicando la autojusticia.

c) El tercer motivo y creemos es el más grave, es el desconocimiento de la existencia del tipo por los Agentes del Ministerio Público investigador, y esta afirmación la hacemos, en virtud, de que al realizar una investigación de campo en las agencias: Décima Tercera, Décima Quinta, Décima Sexta, Vigésima Primera, Trigésima Sexta, Cuadrigésimo Primero, Cuadrigésimo Segundo y Cuadrigésimo Cuarta; los Licenciados Ramón Maya Cruz, Gonzalo Retis, Alejandro Frías, Víctor Alegre, Hortencia Salinas Morales, Guadalupe Rodríguez, Mario Velázquez y María del Carmen Cedeño; titulares de cada una de las agencias respectivas, se quedaron sorprendidos al preguntarles si conocían el fenómeno jurídico en investigación, ya que más del noventa por ciento contestó que no tenían conocimiento del mismo, así como al interrogarles si alguna vez habían ejercitado acción penal en contra de alguien por la comisión del delito de ejercicio indebido del propio derecho, el cien por ciento contestó negativamente.

Siendo los anteriores tres motivos por los cuales atribuimos la no aplicación del tipo en la práctica, y por ende resulta intrascendente la creación del delito, ya que no cumple con el fin por el cual fue creado, consistente en erradicar los vicios de la estructura social como lo es la autojusticia.

C.- PROPUESTA PERSONAL.

Como se ha establecido en el apartado que antecede; el legislador crea normas en virtud de existir necesidades en una comunidad y el fin por el cual son creadas, es la armonía entre los individuos de la misma. Así de esta manera a mayor abundamiento, señalamos en el apartado en comento que siguiendo el mecanismo legislativo los encargados de éste crean el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, toda vez de existir la necesidad de erradicar del plano jurídico la aplicación de la autojusticia; pero sin que ello se haya alcanzado y los motivos de esto son los expuestos en el apartado B del presente capítulo, que en obvio de inútiles reiteraciones lo tenemos por reproducido.

Para efectos de citar la propuesta personal que nos compete tomaremos como base los tres puntos fundamentales por los cuales consideramos que el legislador no fue preciso al implementar el tipo penal, mismos que son:

1.- Por contener con ambigüedad el elemento normativo denominado "derecho" y el cual está contemplado en el ilícito penal materia de investigación.

2.- La irrisible pena alternativa que contiene el mismo.

3.- Por último, el poco conocimiento del tipo penal por parte de los Agentes del Ministerio Público.

De lo que se deduce, como lo hemos venido señalando desde la hipótesis principal del presente trabajo y la cual consiste en que existe la necesidad de derogar el tipo penal contemplado en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal, y que a la letra dice:

"ARTICULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."

Y el motivo de nuestra propuesta personal, es en virtud de que el citado tipo penal no tiene aplicación en la práctica, como consecuencia de la imprecisión con la cual fue creado, esto es, por contener confusamente el término "derecho", resultando con esto que sea letra muerta en nuestra legislación penal, señalando esta motivo como causa principal de la no aplicación del tipo en la práctica.

Así de esta forma y como causas secundarias consideramos las siguientes: Lo es en primer plano la levisima pena que contiene consistente en prisión de tres meses a un año o multa de treinta a noventa días; de igual manera y como una segunda causa secundaria contemplamos el poco conocimiento del ilícito por parte de los funcionarios encargados de ejercer acción penal; influyendo esto para que sea letra muerta, el tipo penal que es materia de investigación.

Por lo antes expuesto, y toda vez que el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, fue creado para erradicar la autojusticia, consideramos que no es de fácil entendimiento tanto para los funcionarios encargados de administrar justicia, como para los propios litigantes; ya que el legislador en la exposición de motivos, sólo se avoca a motivar el fin por el cual fue creado; en consecuencia observamos que el mismo no delimitó que se debería de entender por el vocablo "derecho"; por lo que al no conseguir el fin para el cual fue creado dicho tipo penal, proponemos una derogación del mismo por los motivos ya citados.

Es menester señalar, que a nuestra muy particular forma de ver las cosas, no sólo es suficiente la creación de un tipo penal como el que es materia de estudio, para conseguir evitar el ejercicio indebido de un derecho, sino lo que podríamos proponer para que desaparezca la vieja ley del tallón, consistente en que el gobernado se haga justicia por su propia mano, es que el estado de derecho al administrar

justicia sea más efectivo, esto es, que sea seguro e imparcial al llevar a cabo la impartición de la tan apreciada y buscada justicia. Y para lo cual es menester que el Estado trate de hacer una limpia de funcionarios corruptos e ineficaces, toda vez que a estos últimos les atribuimos que la impartición de justicia esté viciada, tarea que parece imposible, pero creemos que si los altos mandos hacen hasta lo imposible para alcanzar tal fin, en un futuro quedarán muy pocos funcionarios corruptos e ineficaces, con ello y como consecuencia los gobernados se sentirán protegidos y a la vez satisfechos de la administración de justicia, por onde, se dejará a un lado la práctica de la autojusticia, y por consiguiente el Estado estará alcanzando en su gran mayoría el fin trazado al crear tipos penales como el fenómeno jurídico en estudio, y que consiste en hacer funcionar con eficacia y trascendencia la administración de justicia, por medio de los tribunales competentes.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Concluimos que el legislador creó el tipo penal de ejercicio indebido del propio derecho, en virtud de que existía y aún existe la necesidad de erradicar la aplicación de la autojusticia, es decir, que los ciudadanos se hagan justicia por su propia mano, al sentir que la impartición de justicia, es insuficiente.

SEGUNDA.- De este mismo modo y a pesar de la creación del delito materia de investigación, se deduce que el legislador no ha logrado el fin que se propuso al implementar tal ilícito en nuestra legislación penal, toda vez que al hacer la descripción del tipo en cuestión, como elemento del mismo señala al vocablo "derecho", sin delimitar o precisar que se debería de entender por el vocablo en comento.

TERCERA.- Consideramos que la complejidad del término "derecho" del delito en estudio, es un factor que influye en la no aplicación del tipo en la práctica; además de ello señalamos a un factor más que trae como consecuencia la no aplicación del tipo penal, es el poco conocimiento del mismo por parte del órgano investigador, así como la irrisible pena que contiene el ilícito en estudio.

CUARTA.- Creemos pertinente que el Poder Legislativo debe discutir la necesidad que existe de derogar el

tipo penal contemplado en el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal, esto en virtud de no conseguir el fin por el cual fue creado y no tener trascendencia en el proceso penal.

QUINTA.- Señalamos que la mejor forma para conseguir el fin consistente en erradicar la autojusticia, mismo que implantó el Poder Legislativo al crear este tipo penal, es que los altos mandos del gobierno traten de ir destituyendo los malos funcionarios corruptos e incompetentes, tarea que parece imposible pero que a un futuro podría llegar a alcanzar el fin que se busca, asimismo, con esto los gobernados se sentirán satisfechos al acudir a los tribunales competentes para que se les administre justicia y de esta forma se evitaría con ello que los mismos se hicieran justicia por su propia mano, al sentir que la administración de justicia es imparcial y eficaz; por otro lado se llega a concluir que no basta la creación, modificación o reforma de dicho artículo, para conseguir el fin que se persigue, considerando que la falla no radica solamente en la redacción del tipo, sino que va más allá y como se ha establecido se encuentra en la estructura de los órganos competentes, los cuales son los encargados de administrar justicia.

BIBLIOGRAFIA

- CAMARA DE SENADORES, Diario de Debates, Edición de Gobernación, número 13, México, 1991, Pág. 585.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Vigésima Tercera Edición, México, 1986, . Pág. 359.
- CORTES IBARRA, Miguel Angel, Derecho Penal, Editorial Cárdenas, Tercera Edición, México, 1987, Pág. 491.
- CUELLO CALON, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona 1975, Pág. 1090.
- DE LA MADRID HURTADO, Miguel, El Marco Legislativo para el Cambio, Sexto Tomo, Septiembre-Diciembre, México 1983, Pág 745.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio, Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 1980, Pág. 475.
- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1972, Pág. 469.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis La Ley y el Delito, Editorial Hermes, Segunda Edición, México, 1954.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis La Ley y el Delito, Editorial A. Bello Caracas, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990.
- ORELLANO WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito, Editorial Porrúa S.A., México 1994, Pág. 179.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto, Síntesis de Derecho Penal, Parte General, Editorial Trillas, México 1984, Pág. 305.

PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México 1984, Pág. 269.

PORTE DE PETIT, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, Editorial Porrúa, México, 1987, Pág. 585.

RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Penología, SUA, UNAM, México, 1989.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, Jesús, Introducción al Derecho Mexicano, Tomo I, UNAM, Primera Edición, México 1981, Pág. 1345.

SEBASTIAN SOLER, Derecho Penal Argentino I, Editorial Argentino, Buenos Aires, 1978, Pág. 292.

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, Tomo I, Décima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, 1992, Pág. 853.

VELA TREVINO, Sergio, Culpabilidad e inculpabilidad. Teoría del Delito, Editorial Trillas, México, 1985, Pág. 432.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1960, Pág. 235.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, parte general, cuarta edición, Editorial Porrúa, México 1983, Pág. 328.

ZAPPARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas, México, 1986, Pág. 296.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA, De los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 1995.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, Editorial Porrúa, México 1983.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, Editorial Porrúa, México 1984.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, Editorial Porrúa, México 1991.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, Editorial Porrúa, México 1995.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL, Editorial Porrúa, México 1996.