

344
Zug



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO PREVISTO EN EL
ARTICULO 226 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN
MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN
MATERIA DEL FUERO FEDERAL.**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A ;
RAUL LOPEZ VACA**



MEXICO, D. F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

Cd. Universitaria, 5 de octubre de 1995.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El C. PAUL LOPEZ VACA, ha elaborado su tesis profesional en el Seminario de Derecho Penal a mi cargo, bajo la dirección del Dr. Pedro Hernandez Solva, intitulada: "ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO - 226 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL", con el objeto de obtener el grado académico de Lic. - en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.



Presentame **Facultad de Derecho**
SEMINARIO DE
PCR MI RAZA HABLARA EL ESPañOL
El Director del Seminario.

DR. PAUL CARRANCA Y RIVAS.

A DIOS TODOPODEROSO. GRACIAS.

**A MI QUERIDA MADRE, IMELDA. QUIEN CON SU DEVOCION Y CARISO
FORJO HOMBRRES DE BIEN.**

**A MI ADMIRABLE PADRE, ENRIQUE. EL ALMA GRANDE QUE CON SU AYUDA
Y EJEMPLO HA GUIADO MI VIDA. A USTEDES MI ETERNO AGRADECIMIENTO.**

**A MI ADORABLE ESPOSA, ELIZABETH, POR HABERME IMPULSADO EN LA
CULMINACION DE MI CARRERA. CON TODO MI AMOR.**

A MIS AMADOS HIJOS, QUE SON MI ADORACION, CON TODO MI AMOR.

A MIS INVOLVIDABLES HERMANOS, CON CARISO.

MI ESPECIAL RECONOCIMIENTO A RICARDO.

**A MI MAESTRO. DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA. QUIEN CON SUS
CONSEJOS HIZO POSIBLE LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO. GRACIAS.**

A LA SEÑORITA ELVIA. MI GRATITUD.

**A TODOS AQUELLOS QUE ME HAN DISPENSADO SU AMISTAD. MI
RECONOCIMIENTO.**

**ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO
226 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO
COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.**

INDICE

	PAGINA
INTRODUCCION	12
1. LA VENGANZA PRIVADA	14
1.1 Etapa primaria	14
1.2 Derecho germánico	15
1.3 Derecho romano	18
1.4 Derecho español	21
1.5 Derecho asteca	23
2. DEL DELITO EN GENERAL	25
2.1 Concepto y definición de delito	25
2.2 Escuelas que estudian el delito	26
2.2.1 Escuela Clásica	28
2.2.2 Escuela Positivista	34
3. TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO	42
3.1 Teoría Tetratónica	43
3.1.1 La Conducta	46
3.1.2 La Tipicidad	47
3.1.3 La Antijuricidad	48
3.1.4 La Culpebilidad	49

4. LA PROHIBICION DE HACERSE JUSTICIA POR SI MISMO Y LA GARANTIA DE ACCESO A LA JURISDICCION ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	52
4.1 Principales antecedentes constitucionales e historicos.....	53
4.1.1 Primer antecedente	53
4.1.2 Segundo antecedente	53
4.1.3 Tercer antecedente	54
4.1.4 Cuarto antecedente	54
4.1.5 Quinto antecedente	56
4.1.6 Sexto antecedente	56
4.1.7 Septimo antecedente	57
4.1.8 Octavo antecedente	58
4.1.9 Noveno antecedente	58
4.1.10 Décimo antecedente	58
4.2 La reforma de 1967	59
4.3 Doctrina	61
5. EL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 226 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.....	65
3.1 Proceso legislativo	66
3.2 Elementos del tipo	70
3.2.1 Intención de hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho	70
3.2.2 Empleo de medios violentos	76
3.3 Momento consumativo	80
3.4 Bien jurídico protegido	80
3.5 Culpabilidad	82
3.6 Requisito de procedibilidad	83
3.7 Penalidad	84
3.8 Concurso aparente del ejercicio indebido del propio derecho	

con otros tipos	84
4. EXAMEN DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN LOS DELITOS DE ROBO, ABUSO DE CONFIANZA, FRAUDE, EXTORSION, DESPOJO Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA COMETIDAS CON LA INTENCION DE HACER EFECTIVO UN DERECHO	87
6.1 Robo	87
6.2 Abuso de confianza	89
6.3 Fraude	90
6.4 Extorsion	91
6.5 Despojo	91
6.6 Daño en propiedad ajena	92
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFIA	98

INTRODUCCION

Poco estudiado por la doctrina mexicana ha sido el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, el ejercicio indebido del propio derecho.

Dicho delito se encuentra ubicado en el título décimo primero del libro segundo del mencionado código, "Delitos cometidos contra la administración de justicia" y se encuentra redactado en los siguientes términos:

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

Con el presente trabajo, pretendo hacer un estudio un poco más profundo de lo que hasta ahora se ha hecho en la doctrina mexicana, haciendo un análisis previo del artículo 17 constitucional que contiene el principio de que "nadie puede hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho", presupuesto obligado de un Estado de Derecho,, cuya confirmación se pretendió al crearse recientemente el delito que estudiaré. Así mismo tocaré brevemente el tema de la "venganza privada" cuya prescripción se ha dado con en mencionado principio constitucional y constituye la tendencia primitiva del hombre para solucionar controversias.

Tratare de determinar cuáles son los elementos del tipo y cuándo se integran, cuál es el bien jurídico protegido con este delito, cuándo se consume y cuándo se da la culpabilidad. Así mismo trataremos de determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de la conducta descrita en el

artículo 226 cuando es cometida por una persona distinta al titular del derecho.

Especial dificultad práctica presenta la determinación de la comisión del ejercicio indebido del propio derecho pues por lo general parece confundirse con otros delitos con los que comparte algún elemento en razón del empleo de medios violentos o bien puede cometerse aparentemente alguna de las conductas previstas como delitos patrimoniales al realizarse con la intención de ejercitar un derecho, trataremos de buscar la solución legal a esta problemática.

Asimismo, podremos apreciar que no todos los casos de autojusticia se encuentran penalizados y tratare de determinar cuáles son éstos.

CAPITULO I

LA VENGANZA PRIVADA.

La Etapa primaria.

Cuando el hombre primitivo alcanzó un grado de evolución que le permitió tener ciertas normas que permitían al grupo llevar relaciones armónicas y una conciencia de cada individuo de ser titular de determinados derechos con el correlativo respeto de los demás y sin embargo, alguno se atrevía a violar el Orden aceptado, es de suponerse que aparecieron repulsas brutales que desataron represalias sin límite alguna; verdaderas acciones vengativas ejecutadas por quienes se consideraban ofendidos por la falta, éstas consistieron en persecuciones y vindictas de excesiva brutalidad, sufridas por los infractores; todo castigo fue corporal, no existieron otros medios para castigar a los infractores del orden, no es presumible que en aquellos estados primarios hubiesen existido soluciones pacíficas para zanjar controversias.

Alberto Rosas Benítez¹ opina al respecto, que las violaciones al orden aceptado en la época primitiva a que nos hemos referido, tuvieron necesariamente un carácter penal, como consecuencia natural del estado social en que se produjeron pero no obstante, piensa que no se vivió en un estado de violencia permanente, sino que la venganza sólo se presentaba cuando asomaba la transgresión.

¹ Alberto Rosas Benítez, Historia del Derecho. Teoría del Derecho, Teoría General y Edad Antigua. EDUG/Universidad de Guadalajara. Segunda edición revisada. Guadalajara, México., 1982. Pág. 30.

1.2 Derecho Germánico.

El castigo de los delitos por parte del poder público en la protohistoria germánica se limita a los crímenes más graves (de guerra y religiosos) y se aplicaba muy raras veces.

La gran mayoría de las acciones que hoy constituyen delitos, no incumben en la protohistoria germánica al poder público, sino que le corresponde al ofendido y a su familia tomar venganza contra el ofensor y su familia o conformarse con el pago de una indemnización compensatoria, esto no es un derecho al castigo, es un derecho a la venganza y a la expiación.

El Derecho Penal germánico descansa en la idea de que quien rompe la paz, le ocasiona la enemistad de la víctima y de la Sippe² y a ellos les corresponde procurarse satisfacción.

La pérdida de la paz convierte automáticamente al malhechor en el proscrito a quien es lícito matar a cada instante, haciendo de él, el lobo de los textos más antiguos, asimilado, por la caza implacable que recibe, a la gran fiera de las llanuras y las estepas europeas³. El malhechor no es protegido por la comunidad ante la sippe contra la que ha roto la paz, sino que ipso iure queda expuesto a la enemistad y a la venganza del contrario, si este no prefiere exigir el *Wergeld*⁴, el precio de la víctima pagado a los familiares.

La muerte dada procedente de la venganza, debía manifestarse públicamente, de lo contrario se consideraría como muerte ilícita y se quedaría expuesto a la venganza de los parientes.

La pérdida de la paz en la etapa más antigua y primitiva no admitía

² Círculo total de los parientes de sangre de determinada persona.

³ Constancio Bernaldo de Quirós. Derecho Penal. (Parte general) Ed. José María Cajica Jr. Puebla, México, 1949. Pág. 21.

expiación, posteriormente se concede la facultad de comprar la paz por una determinada prestación pecuniaria, pues los germanos, al igual que todos los demás pueblos, admitieron la idea de la compra de la venganza, mediante una compensación generalmente económica*. Más tarde, cuando la idea del estado y del carácter público se extienden, a este primer precio de la sangre, o sea el *Wergeld*®, se añade un segundo precio, el *fredum*®, pagado a la colectividad.

El procedimiento jurídico del periodo germánico fue ajeno a una ejecución forzosa por vía judicial. Contra la parte que se negara al cumplimiento de la sentencia no se disponía más recurso que el de la pérdida de la paz.

Ante los hechos *in flagranti*® que llevaran aparejada la pérdida de la paz, no era menester un procedimiento ordinario, el espectador llamaba a los vecinos al auxilio y al testimonio. A su vista le era lícito darle muerte *inmediata*®

Las migraciones de los pueblos en la época de los merovingios, trajeron consigo un aterrador aumento de la criminalidad.

Aunque las guerras y venganzas privadas no estaban aún condenadas por el ordenamiento jurídico, se mezclaban justicia e injusticia en el ejercicio de este derecho. Radbruch y Gwinner® nos narran diversos relatos que sirven para caracterizar la criminalidad de la clase superior franca y en donde se ponen de manifiesto, cómo los ciudadanos se enfrascaban en interminables guerras, verdaderamente salvajes, en las que se cometían los más atroces excesos. En estas historias criminales se ponen de manifiesto

* Excepcionalmente podían ser de carácter moral u honorario.

® La muerte requería divulgación pública y debía justificarse como muerte conforme a derecho.

® Gustavo Radbruch y Enrique Gwinner, Historia de la Criminalidad. (Ensayo de una criminología Histórica.) Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España, 1935. Págs. 26 a 29.

los aspectos más importantes del estado del Derecho en el tiempo de los francos.

- a) Aferramiento a la venganza sangrienta.
- b) Idea de ser deshonroso el aceptar una indemnización pecuniaria por los parientes asesinados.
- c) Tenaz esfuerzo del poder estatal por reprimir las venganzas⁷, mediar entre los adversarios y recabar el pago de las indemnizaciones.
- d) Acción pacificadora de la Iglesia encaminada en el mismo sentido.

Redbruch y Gwinner⁸ nos dicen que los reyes francos realizaron la idea de que el Derecho no solamente es posible como costumbre popular consagrada por los dioses y acreditada con el tiempo, sino también como voluntad estatal consciente en sus planes y creaciones de nuevas formas y por ello son los primeros en tener una política criminal consciente y en haber conocido una metódica represión del crimen.

Esta política criminal, según los mencionados autores, está regida por dos ideas:

- a) Sustituir las guerras privadas por el pago de indemnizaciones.*
- b) El derecho de autodefensa por la acción punitiva del Estado y sus penas públicas.

⁷ También en la lucha del poder estatal por acabar con las venganzas privadas, se mezcla justicia e injusticia, pues dicha lucha originó represiones igualmente sangrientas.

* Gustavo Redbruch y Enrique Gwinner. Ob. cit. pag. 32.

* La mutua relación entre indemnización y penas corporales resultaba contraproducente, como hasta entonces el derecho de venganza, pues, al poder saldarse con dinero las penas corporales significaba que el pobre tiene que pagar con la cabeza o el pellejo, lo que el rico solo siente en su bolsa, injusticia que perdura a lo largo de la Edad Media.

Los objetivos perseguidos en el tiempo de los francos lograron restringir en buena medida las venganzas privadas, sin embargo éstas alcanzan un nuevo vigor a resultas del debilitamiento del poder estatal producido en la Alta Edad Media. Sólo el Estado absoluto logró conseguir muchos años después esos objetivos.

1.3 Derecho Romano.

En los orígenes de Roma, al igual que los germanos, sólo los crímenes más graves eran considerados como infracciones de carácter público, castigados por el Estado, los demás delitos eran abandonados a la venganza entre particulares.

Las Doce Tabas llegan en los comienzos de la República en los años 451 y 450 antes de Jesucristo, su parte penal consta en las tablas VII a la X.

Kunkel⁴⁰ nos dice respecto al Derecho Penal de Las Doce Tabas: "Al parecer, la ley arranca, en amplia medida, de la ley de venganza privada del ofendido. El Estado sólo imponía penas en casos de alta traición (perduellio) y en ciertos delitos religiosos graves... que se dirigieran inmediatamente contra la comunidad.⁴¹ La persecución de los demás delitos se dejaba al ofendido y a su familia (agnados).

Una vieja norma anterior a las Doce Tabas dice que en caso de homicidio involuntario, el autor tiene que poner a disposición de los agnados del difunto un macho cabrío, éste era el sustitutivo de la venganza que debía ser sacrificado en el lugar del delito y de ahí se desprende que los agnados podían ejercer la venganza de sangre sobre el que hubiese matado conscientemente y con dolo.

⁴⁰ Wolfgang Kunkel. Historia del Derecho Romano. Ediciones Ariel. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miguel. Barcelona, España, 1955. Pág. 34.

Según Kunkel⁴⁴ en la época de Las Doce Tablas, la venganza sólo se permitía cuando la culpabilidad hubiese sido declarada judicialmente. El que en venganza mataba a una persona no condenada judicialmente era considerado a su vez como asesino.

Si el asesino escapaba, en virtud del decreto del magistrado *aqua et igni interdictio*⁴⁵ se le negaba el agua y el fuego, la finalidad de esta institución era privar al fugitivo de cualquier ayuda, incluso de la procedente de sus parientes y amigos, para de este modo hacerle imposible la permanencia en territorio romano.

Las Doce Tablas prescribían expresamente que el que incendiaba de propósito debía ser quemado, el que hurtaba de noche en las cosechas debía ser ahorcado, el testigo falso debía ser arrojado al abismo. Pero en realidad no nos encontramos aquí con una pena pública impuesta al delincuente, sino tan sólo con un derecho de talión del ofendido contra el autor cuya culpa estuviera determinada por una sentencia.

No obstante, había casos en que la condena judicial no era necesaria, la víctima de un robo, podía dar muerte al ladrón si le sorprendía de noche o de día si el ladrón armado oponía resistencia; la víctima del hurto tenía entonces que llamar a los vecinos a grandes voces para que no cupiera la menor duda de la jurisdicción del homicidio. Pero en todo caso podía conducir al ladrón sorprendido *in flagrante*⁴⁶ ante el magistrado, el cual se lo adjudicaba sin más, porque el hecho era evidente. Desde ese momento, la víctima del hurto podía matar al ladrón, venderlo como esclavo o aceptar rescate por él.

Si el ladrón no había sido sorprendido *in flagrante*⁴⁷ sólo se podía exigir al ladrón una composición, lo mismo se establecía para lesiones corporales leves. Las pretensiones por delitos menores, enderezadas a penas

⁴⁴ Idem. Págs. 37 a 39.

pecuniarias constituyeron el punto de partida para la evolución del Derecho Penal Privado del período republicano tardío y de la época imperial el cual fue considerado finalmente como una parte del Derecho de las Obligaciones.

En lugar de las acciones por asesinato y otros delitos graves, dirigidas a la venganza física, aparecieron desde el siglo II antes de Jesucristo acciones penales que podía interponer no sólo el ofendido o su gens², sino también cualquiera y tenían como fin imponer de oficio una pena al delincuente. Así surgió un Derecho Penal y Procesal Penal que no era ya una parte del ius civile³, sino que se consideraba ahora como ius publicum⁴. Pero esta concepción publicista del Derecho Penal se encontraba aún alejada del todo de la mente del legislador. Para él, el derecho del ofendido a vengarse, era la única y natural consecuencia del delito y lo que él quería únicamente, era limitar a delitos graves la venganza en la persona del autor y colocarla bajo el control de los tribunales, aislar al autor declarándolo culpable y de este modo, evitar a la comunidad el riesgo de incursiones armadas colectivas.

Fue hasta la época imperial, al darse el fortalecimiento del poder único del Estado en los dominios del Derecho Penal, cuando la ley Julia de VI privata⁵ prohibió en general, todo ejercicio de autoridad privada y dictó expresas sanciones contra la autojusticia. Posteriormente, por un decreto de Marco Antonio se agregó la pena de la pérdida del derecho.

Destaca Carrara⁶ cuál era en esta ley el concepto de violencia: "Et quum Marcianus diceret vim nullam feci. Caesar dixit: tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? Vis est, et tunc quoties quis id quod debet sibi putat, non per iudicem reposcit, non putat autem nec verecundiae, nec dignitatis convenire, quidquam non iure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo iudice tenere possidere, eumque sibi ius in eam rem dixisse, ius crediti non

² Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen V. Ed. Temis. Bogotá, 1986. Pág. 435.

habebit.⁹ (Y como Marciano dijera: 'no hice ninguna violencia', César repuso: 'Tu juzgas que sólo hay violencia cuando se lesiona a las personas, pero hay violencia también cuando uno no pide judicialmente lo que uno juzga que se le debe; y no creo que a tu dignidad y a tu estimación les convenga el haber hecho algo sin derecho. Por esto, si se me probara que alguien posee temerariamente alguna cosa de un deudor suyo, no entregada por éste ni por ningún juez, y dijera que tiene derecho sobre esa cosa, no tendrá derecho a que se le crea').

1.4 Derecho español

El sistema jurídico visigótico, fruto de una perseverante labor legislativa a lo largo del dilatado periodo de existencia de la monarquía tiene una indiscutible perfección técnica. Basado sobre el presupuesto de un poder público fuertemente organizado, el Derecho Penal visigodo no podía admitir las actuaciones directas del individuo. Por ello la legislación real no reconoce el derecho a la venganza legítima de la parte ofendida y para reemplazarla se fomenta el sistema de composiciones pecuniarias.

Sin embargo, esto cayó casi en el olvido como consecuencia de la catástrofe militar que acabó con la organización política que le había dado vida al estado visigodo, y al amparo de nuevas circunstancias las distintas formas de autotutela alcanzaron un extraordinario florecimiento en los primeros siglos de la reconquista.

El Derecho romano vulgar, sentido y practicado por la gran masa de la población peninsular anterior a la dominación visigoda y el derecho consuetudinario germánico de los visigodos, se fusionan al amparo del debilitamiento del poder público, y la autotutela, cuyo germen se encuentra en los estadios rudimentarios de la vida jurídica, aparece como único recurso para garantizar la propia defensa en los órdenes penal y procesal.

El Derecho español en la Alta Edad Media, es un Derecho típicamente germánico. Nino Tamassia⁴³ en su monografía "La vendetta nell'antica società romana", afirma que fueron los germanos quienes transportaron la venganza de la sangre a suelo itálico, pero reconociendo la existencia de indicios sobre su ejercicio en el Derecho romano más antiguo, y resaltando que algunas de estas huellas del período bárbarico del Derecho de Roma, subsisten a través de los momentos más esplendorosos de su civilización. En los medios rurales esa permanencia debió ser todavía más vigorosa, y no hay duda que a ella se debió en parte, la facilidad con que se asimilaron ciertos principios jurídicos germánicos.

El sistema penal del Derecho Español en la Alta Edad Media se caracteriza por el desarrollo de las actuaciones de carácter privado. El delito afecta primordialmente a la parte lesionada o en casos gravísimo, a todos los miembros de la comunidad jurídica, y a una u otros incurre sancionario, mientras que la autoridad pública se encuentra relegada a segundo término por el predominio indiscutible del sistema acusatorio en el cual se exige un requerimiento por parte del interesado para que los representantes del poder público puedan intervenir en la persecución del delincuente y en la imposición de sanciones. El procedimiento penal de oficio se encuentra totalmente excluido.⁴⁴

La introducción del procedimiento penal de oficio fue meta hacia la que el poder público tendió muy pronto. Quizá un primer avance lo constituyó su implantación para ciertos delitos de mayor gravedad, mientras en los restantes seguiría vigente el sistema acusatorio.

La política de los reyes fue luchar contra las actuaciones privadas,

⁴³ Nino Tamassia. Citado por José Oriandis, "Las Consecuencias del Delito en el Derecho de la Alta Edad Media." Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo XVIII. publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, España, 1947. Pág. 66.

⁴⁴ José Oriandis. Ob. cit. Págs. 68 y 69.

esta política real recibió en todo momento el más completo apoyo de la iglesia. Tanto los reyes como la iglesia introdujeron paulatinamente limitaciones al ejercicio de la autotutela y progresivamente surgen nuevas penas que vienen a suplir las de carácter privado hasta lograrse la liquidación del sistema de la venganza privada y la competencia exclusiva del Estado para sancionar los delitos.

1.5 Derecho azteca.

Como en todas las naciones de gobierno despótico, el soberano era el supremo legislador y la máxima autoridad judicial. Al mismo tiempo era el sumo sacerdote y su religiosa potestad suprema lo hacía también el último intérprete de la ley y del derecho. El ministerio de decir y administrar justicia le era exclusivo y merecía la pena de muerte quien sin su delegación la ejercía, sin su consentimiento la usurpaba, o se aventuraba a hacerla por su propia mano.⁴⁸

No hay noticia de que en el derecho azteca tuviera lugar como en la antigüedad y en la Edad Media en Europa, la composición o convenio entre ofensor y ofendido y la familia de este, mediante la cual desaparecía la acción penal; falta que nos explicamos por la poca significación del derecho individual entre los mexicanos. Ni siquiera se admitía la vindicta privada en el caso de adulterio in fraganti, pues el marido que en tal caso mataba a los culpables era muerto también como homicida. Solamente Durán entre los historiadores primitivos, nos dice que el perdón del ofendido en caso de adulterio y el de la familia del muerto en el de homicidio, atenuaban la pena

⁴⁸ Francisco González de Cossío. Apuntes para la Historia del Jus Puniendi en México. Talleres Offset Larios. México, 1963. Pag. 29.

cambiándola de muerte en esclavitud.⁴⁶

⁴⁶ Toribio Esquivel Obregón. *Apuntes para la Historia del Derecho en México. Tomo I. Los Orígenes*. Ed. Polis. México 1937. Págs. 379 y 380.

CAPITULO II

2. DEL DELITO EN GENERAL.

2.1 Concepto y definición.

"La palabra delito deriva del verbo latino DELINQUERE, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley."¹⁷

El maestro Fernando Castellanos Tena, dice que ha sido difícil para los autores crear una definición filosófica del delito, que tenga validez universal en el tiempo y en el espacio, debido que el delito esta íntimamente relacionado con la forma de ser de cada pueblo y con las necesidades de cada época, y es que los hechos u omisiones que antes tenían ese carácter, ahora ya no lo tienen por diversas circunstancias. Obien, acciones no consideradas como ilícitas, han sido tipificadas. A pesar de estos obstáculos, se puede caracterizar al delito, tomando en cuenta sus atributos esenciales. Y por otra parte expresa "La definición jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología criminales y otras."¹⁸

Desde este punto de vista han surgido dos tipos de definiciones del delito: formales y substanciales.

Noción jurídica formal, algunos autores consideran que la verdadera definición jurídico-formal del delito la proporciona la ley positiva de la materia. En nuestro país, el Código Penal en su artículo 7o. establece "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales." Dicho de otra forma es

¹⁷ Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Décimasexta Edición. Ed. Porrúa. México, 1981. pág. 125.

¹⁸ Ibid. pág. 128.

una "una conducta (acto u omisión) reprochada o rechazada (sancionados). La reprobación opera mediante la amenaza de una pena (por las leyes penales)."¹⁹

Noción jurídico substancial. Para Edmundo Mezger el delito "es la acción típicamente antijurídica y culpable."; Liszt, dice que es el "acto culpable contrario al derecho, sancionado con una pena."; Binding, se refiere a él como la "acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal que llena las condiciones objetivas de culpabilidad."; Cuello Gallón lo define como "la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible."²⁰

2.2 Escuelas que estudian el delito.

"Según Manzini toda vez que el Derecho Penal está suficientemente justificado por razón de su necesidad, el jurista no necesita recorrer las teorías filosóficas que lo nutren, las que representan puntos de vista particulares de un individuo, de una escuela o hasta de una secta y son siempre de inútil aplicación y de un contenido evanescente."²¹

Sin embargo, creo que un breve análisis de los pensamientos filosóficos que dirigen la doctrina de las escuelas no resultaría ocioso.

Carrancá y Trujillo cita que, "Adolfo Prins en su obra "Science Penale el Droit Positif", distingue a las escuelas por el principio de la reparación, de la intimidación, de la enmienda y el de la defensa social (unitarias u objetivas), de la retribución de falta con castigo (morales o subjetivas), de su base en el contrato tácito de relaciones sociales (jurídicas) y de la justicia absoluta y la utilidad social combinadas (mixtas o eclécticas)."²²

¹⁹ Ibid. pág. 222.

²⁰ Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décimatercera Edición. Ed. Porrúa. México, 1980. págs. 223-224.

²¹ Ibid. pág. 154.

²² Ibid. pág. 154.

Por otra parte, también cita la distinción que hace Florian de las escuelas absolutas, que hacen del delito la violación del orden divino, del moral o del jurídico y que asignan a la pena la expiación del dolor; las relativas, basadas en el contrato social, que hacen de la pena un medio para la seguridad pública y se orientan hacia la prevención general o la especial por efecto de la pena; y por último, las mixtas, que asocian la retribución a la defensa social."²³

Castellanos Tena expresa, "La filosofía de todos los tiempos ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar si bien fundamentándola diversamente. Platón fundaba la pena en el principio de la expiación... Para los romanos, maestros del pragmatismo jurídico, justificóse el derecho de castigar, por la ejemplaridad intimidante de las penas. La iglesia, después refiriendo todo problema a Dios, hizo del derecho de castigar una delegación divina y concibió el delito como un pecado y la pena como una penitencia; mediante el arrepentimiento y la penitencia, el pecador se somete a la ley divina y logra su enmienda satisfaciéndose la ofensa causada por el pecado con la justa retribución.

La edad media siguió los derroteros escolásticos, si bien fortaleciéndolos con la razón de Estado y acentuando con tal justificación la venganza pública hasta llegar a los más rigurosos extremos; las penas quedaron, por ello, divididas en divinas, naturales y legales o humanas. En el humanismo y el renacimiento sienta Gracío la base contractual del Derecho Penal; el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena... Con la obra apasionada de Beccaria se estimula el nacimiento de un sistema penal científico y propio, independiente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral."²⁴

César Bonnesana, Marqués de Beccaria, sustentó su doctrina con una fuerte influencia humanitaria, aunque con anterioridad pensadores como Gracío, Pufendorff, Tomasius, Lock entre otros, con sus respectivas obras pretendieron afirmar los derechos del hombre ante la monarquía absoluta. Otros autores como Montesquieu, Voltaire y Rousseau denuncian la crueldad

²³ Ibid. pág. 154.

²⁴ F. Castellanos. ob. cit.. págs. 51-52

de las penas y la irregularidad de los procesos, indicando al contrato social como el fundamento de la pena. "Cesar Beccaria, con el pequeño libro "De los delitos y las penas", (escribe Pavón Vasconcelos) logró convulsionar a la sociedad de su época, estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente... La influencia del libro de Beccaria se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez y, en los posible, hizo más expedita la justicia."²⁸

Beccaria concluye su libro con estas palabras que resumen su contenido esencial: (mismo jurista) "De cuanto hemos visto hasta ahora se puede deducir un teorema utilísimo, aunque poco conforme con el uso, que es el más común legislador de las naciones: para que toda pena no constituya un acto violento de un individuo, o de muchos contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser sancionada pública, inmediata, necesaria, la mínima de las posibles, proporcionada al delito y prescrita por las leyes...".²⁹

2.2.1 Escuela Clásica.

Antes de entrar al estudio de esta Escuela citaré algunas teorías de los principales filósofos que antecedieron a Francisco Carrara, principal exponente de la Escuela Clásica.

Fernando Castellanos cita: "Manuel Kant. La pena es un imperativo categórico, una exigencia de la razón y de la justicia y consecuencia jurídica del delito realizado; una imposición no aspira a obtener fines de utilidad, sino puramente de justicia; su fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica, Kant llega a afirmar que el mal de la pena debe ser igual al mal del delito, con lo cual se aproxima al principio del

²⁸ Francisco Pavón Vasconcelos. Manual de Derecho Penal Mexicano. Quinta Edición. Ed. Porrúa. México, 1982. pág. 57.

²⁹ Ibid. pág. 58.

talión".²⁷

"GIANDOMENICO ROMAGNOSI, quien muere en el año de 1835, es el autor de varias obras, entre las cuales descuella su Génesis del Derecho Penal (1791), en la cual hace un estudio sistemático de las materias penales, ocupándose ampliamente de la imputabilidad, del daño y de la pena. Se muestra contrario a la teoría del contrato social y pone en el Derecho de defensa el fundamento y justificación del Derecho Penal, afirmando que la legítima potestad de castigar se origina en la necesidad de usar de la pena para conservar el bienestar social. Uno de los méritos indiscutibles de su obra es haber difundido el criterio de que la sociedad no debe sólo reprimir el delito sino prevenirlo...".²⁸ Los positivistas tratan de ver en este autor clásico, un precursor de su escuela.

Para Federico Hegel el ordenamiento jurídico dictado por el Estado, persigue un orden aparentemente alterado por el delito que es la negación del derecho y la pena es la negación del delito. "Para Pablo Juan Anselmo Von Feuerbach la imposición de la pena precisa de una ley anterior (nulla poena sine lege). La aplicación de una pena supone la existencia de la acción prevista por la amenaza legal (nulla poena sine crimine). Es la ley creadora del vínculo entre lesión del Derecho y el mal de la pena (nullum crimen sine poena legalis). El crimen es una acción contraria al derecho de los demás, reprimida por una pena."²⁹ "Pellegrino Rossi, este gran jurista, político diplomático y poeta, es considerado como uno de los precursores de la Escuela Clásica. Para Rossi, la pena es la remuneración del mal hecha con peso y medida por un juez legítimo. El derecho de castigar tiene su fundamento en el orden moral, obligatorio para todos los hombres y debe ser realizado en la sociedad en que viven, naciendo en esa forma un orden social. El derecho penal tiende a la realización de ese orden moral, por lo que no puede proponerse un fin apartado de la justicia moral. El Derecho Penal se

²⁷ F. Castellanos. op. cit., pág. 52.

²⁸ F. Pavón. op. cit., págs. 58-59.

²⁹ F. Castellanos. op. cit., pág. 53.

manifiesta a los hombres para recordarles los principios del orden moral y darles los medios de elevación hasta la fuente celeste de la cual proviene."³⁰

Giovaní Carmignani, para este autor el derecho de castigar es un derecho de necesidad política. El considera que el castigo no es la venganza por el delito cometido sino la prevención de que se cometan otros semejantes. Carlos David Augusto Roeder, fundador de la Escuela correccionalista, considera a la pena como el medio justo y necesario para corregir la negativa conducta del delincuente, limitándose a la justicia de su voluntad únicamente y no a la legalidad esterna de las acciones humanas.

Al referirse a Carrara, el penalista mexicano Carrancá y Trujillo expresa: "Para el más genuino representante de la Escuela Clásica, Francisco Carrara, llamado "el grande" por Saldaña, la ley penal deriva de la voluntad misma de Dios, pero tiene un fin humano: proveer a la tutela jurídica, a la protección del Derecho; su límite es la moral: "el sistema de la tutela jurídica deriva de la razón de la prohibición, de la necesidad de proteger el Derecho; la medida de la sanción se encuentra en la importancia del Derecho que protege". El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad; esta destinada la pena "a influir más sobre los otros que sobre el culpable (moralmente se entiende)". El hombre es interiormente libre y la ley le garantiza el ejercicio exterior de su libertad."³¹

Por su parte, Pavón Vasconcelos cita: "Al referirse a Carrara, el penalista chileno Eduardo Novoa expresa; que la finalidad de su rigurosa obra jurídica fue la de estructurar un Derecho Penal que, al apoyarse en verdaderos principios jurídicos, lograra desterrar los errores dejados, en etapas históricas anteriores, por las doctrinas teológicas y metafísicas, precisando con claridad la distinción entre pecado y delito, así como entre sacrificio y pena, haciendo repulsa de toda idea indefinida, de manera que la ciencia del Derecho criminal se reconoce como un "orden social", anterior a las opiniones de los legisladores, constituyendo "el supremo Código de la

³⁰ Ibid. págs. 53-54.

³¹ R. Carrancá. op. cit., pág. 156.

libertad, que sustrae el hombre de la tiranía de las pasiones. Aspira a dar al Derecho Penal un contenido necesario y eterno. Para ello acude a la doctrina matemática que trae el establecimiento por la energía de las nociones exactas de los entes jurídicos, define los criterios esenciales y los criterios mesuradores de todo delito concreto. Se apoya en un sistema de fuerzas, expresadas en las fórmulas carmignianas de la cualidad, cantidad y grado. No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a considerar la objetividad y la subjetividad de todo delito, o sea, las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho. Los delitos se distinguen y se clasifican según la diversa especie o importancia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el título criminoso que constituye el delito; la cantidad señala la relación de más o menos del delito, atendiendo la gravedad de los males que causa; el grado es referido a las diversas fases internas y externas del delito. Las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su cualidad y su cantidad, proporcionalmente al daño o peligro corrido por el derecho, como, asimismo, a las condiciones de lugar, tiempo y persona. También hay en ellas dos fuerzas, física y moral, correlativas a las fuerzas análogas que se encontraron en el delito."³²

Carrara sostiene, entre otras ideas, que el derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El Delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del Derecho sino violación del mismo. La imputabilidad penal se

³² F. Pavón. op. cit., págs. 60-61.

funciona en el principio de libre albedrío".³³

Este movimiento jurídico filosófico que se inicia con Bonnesana y termina con Carrara, fué bautizado con el nombre de "ESCUELA CLÁSICA" por el sociólogo italiano Enrique Ferri, al referirse en un sentido peyorativo pues con este nombre quiso expresar lo caduco, afirman unos, otros que lo hizo con un sentido de admiración a lo consagrado a lo ilustre. "Porte Petit cita que el nombre de fué adjudicado por el propio Carrara aunque otros opinan, que tal título no fué dado por los clásicos, sino por los contradictores de dicha escuela, o sea por los positivistas".³⁴

"En la llamada Escuela Clásica podemos advertir el mismo proceso de formación: contra una tesis de justicia absoluta preconizada por Kant, Hegel, Josse de Meistre, etc., fué planteada la antítesis utilitaria, para realizarse luego la síntesis magistralmente expuesta por Carrara".³⁵ El método de estudio de esta escuela, para algunos autores era deductivo, para otros lógico-abstracto, también se refieren a él como el método teleológico.

El maestro Castellanos escribe: "Mucho se le censura a la Escuela Clásica el empleo de métodos deductivos de investigación científica; pero en verdad el Derecho no puede plagarse a los sistemas de las ciencias naturales por no ser parte de la naturaleza y no someterse a sus leyes. En la naturaleza los fenómenos aparecen vinculados por nexos causales, por enlaces forzados, necesarios, mientras el Derecho esta constituido por un conjunto de normas; se presenta como la enunciación de algo que estimamos deber ser, aún cuando tal vez, de hecho, a veces quede incumplido. Mientras las leyes de la naturaleza son falsas o verdaderas, según su no coincidencia o su perfecta adecuación con la realidad, las normas postulan una conducta que, por alguna razón, estimamos valiosa a pesar de que en la práctica puede

³³ F. Castellanos. op. cit., pág. 55.

³⁴ Celestino Porte Petit Candaudap. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. Quinta Edición. Ed. Porrúa. México. 1980. pág. 38.

³⁵ Ignacio Villalobos. Derecho Penal Mexicano. Segunda Edición. Ed. Porrúa. México, 1980. págs. 30-31.

ser producido un comportamiento contrario. Precisamente por no contar esa conducta con la forzosidad de una realización, se le expresa como un deber. Lo enunciado por las leyes naturales tiene que ser; lo prescrito por las normas debe ser...".³⁶

Podemos señalar como caracteres básicos de la Escuela Clásica los siguientes:

1. Igualdad, el hombre nace libre y en igualdad de derechos.
2. Libre Albedrío, si existe igualdad entre los hombres, estos pueden decidir entre el camino del bien y el camino del mal, decisión en la cual el único factor que interviene es la voluntad del hombre.
3. Entidad Delito, el delito se observa desde el punto de vista jurídico, el sujeto sólo será castigado cuando realice una acción que prevea la ley como delito y sancione con una pena.
4. Imputabilidad Moral, es responsable únicamente aquel cuyos actos han surgido de su libre albedrío.
5. El método filosófico-jurídico que utiliza esta Escuela es el método deductivo, teleológico o especulativo.

"Según Carrara, para que el delito exista, precisa de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se halle prohibido por una ley positiva. La Escuela Clásica mira preferentemente a la acción criminosa, al delito mismo, con independencia de la personalidad del autor; esto llega a ser para Carrara una especie de garantía individual al afirmar; el juez competente para conocer de la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones."³⁷

Carranca y Trujillo apunta "Ferrri ha calificado a la Escuela Clásica de maravillosa anatomía jurídica del delito; pero para realizarla, valiéndose de la metafísica y de abstracciones irreales, dejó en la penumbra al delincuente; sólo le preocupó la construcción orgánica y lógica de todo un sistema de normas represivas. Doctrina matemática; pudo llamar a esto Carrara;

³⁶ F. Castellanos. op. cit., págs. 56-57.

³⁷ Ibid. pág. 58.

Protección al delincuente contra el Estado, pudo responder Ferri".³⁰

Para finalizar, haré referencia a la noción de delito en la Escuela Clásica. "Para Carrara, el delito consiste en 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".³¹

Del análisis de esta definición se desprende que:

- a) El delito es un ente jurídico.
- b) El delito es una infracción a la ley.
- c) La ley se promulga para proteger la seguridad de los ciudadanos.
- d) El delito transgrede las leyes que protegen los intereses patrimoniales de seguridad de los ciudadanos.
- e) El delito es resultante de un acto externo humano, positivo o negativo, sin considerar las opiniones, pensamientos y deseos, en síntesis, sólo el hombre es susceptible de cometer un delito por sus actos o por sus omisiones.
- f) El acto u omisión son moralmente imputables.

En conclusión, para la Escuela Clásica el delito es el efecto de una conducta humana, contraria al interés general que tutela el Derecho, susceptible de ser sancionada.

2.2.2. Escuela Positiva.

El positivismo surge como la contraposición a una etapa de idealismo en la que los filósofos de la época se ocuparon únicamente del plano abstracto de la vida, viéndola solamente como una sombra de la realidad. La aparición de este movimiento materialista fue producto de la importancia que le dió la filosofía a las ciencias sociales, del cual el Derecho fue la excepción, corriente que surge como una negación a lo existente y viene a revolucionar lo establecido. La Escuela Positiva niega a la Escuela Clásica, es la diferencia entre materialismo e idealismo, entre lo concreto y lo abstracto.

³⁰ R. Carrancá. op. cit., pág. 157.

³¹ F. Castellanos. op. cit., pág. 58.

El positivismo en el Derecho Penal, deja a un lado el sistema represivo y estudia la personalidad del delincuente.

Castellanos escribe: "El positivismo (nombre dado por Augusto Comte, padre de la Sociología) no niega la existencia de lo absoluto o metafísico, pero tampoco se ocupa del problema, limitándose al estudio de lo real, entendiendo como tal todo lo sensible, lo físico. Por ello los positivistas negaron carácter científico a las disciplinas filosóficas propiamente dichas; a la psicología la entendieron como una rama de las ciencias naturales (de la biología o de la fisiología)".⁴⁰

Para comprender el pensamiento filosófico de esta escuela veamos en que se ha usado el método inductivo que parte de realidades, observa y clasifica los hechos por medio de la estadística, advierte la desaparición o permanencia de hechos antecedentes y trata de inducir todo ello en leyes, principios o conclusiones generales. En este sentido se ha dicho que Lao-tzé fue el primer positivista. Aristóteles decía en la Metafísica: "dos cosas se puede, con derecho atribuir a Sócrates: los razonamientos inductivos y las definiciones de lo universal"; Galileo, citado por Ferri, dijo que para interpretar la voluntad del testador, lo mejor es leer el testamento y así, para interpretar la naturaleza, más valía observar esta y hacer experimentos en ella, que leer grandes libros de filósofos; y Rogerio y Francisco Bacon son conocidos por su encarecimiento del naturalismo y de la inducción".⁴¹

Por su parte Castellanos anota: "Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y en la observación, mediante el uso del método inductivo, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas; la ciencia requiere, de modo necesario, partir de todo aquello que sea capaz de observarse sensorialmente. Si el positivismo surgió como una consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales, es claro que se haya caracterizado por sus métodos inductivos de indagación científica, a diferencia de los

⁴⁰ Ibid. pág. 62.

⁴¹ I. Villalobos. op. cit., pág. 35.

deductivos hasta entonces empleados preferentemente; el camino adecuado para la investigación en el reino de la naturaleza es la observación y la experimentación, para luego inducir las reglas generales.

Si bien para toda la ciencia -continúa diciendo- de la naturaleza, cuyo fin es conocer las cosas y los fenómenos e indagar sus causas inmediatas y las leyes a las que se hallan sometidas, es imprescindible el método experimental, no resulta así, en cambio, para el Derecho, por no ser una ciencia de la naturaleza y diferir radicalmente de toda disciplina que tiene ésta por objeto. El delito como tal, es un concepto formado en la mente por uno de los llamados, juicios sintéticos a priori; el contenido de este concepto no existe integrado en la naturaleza sino que se integra por el hombre mediante una relación estimativa entre determinados actos, frente a la vida social; por eso Garófalo, que creyó inducir la noción del delito de la observación llevada a distintos países y a distintas épocas, no hizo sino descubrir una noción forzosamente preexistente y saber, no que es delito como una realidad natural, independiente de toda intervención de la mente humana, como podrían investigarse la esencia de la luz, del sonido o de la electricidad, sino que es lo que los hombres quieren expresar con la palabra delito... En materia penal, el método de la observación es adecuado para formar los primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos, etc., así como para observar los efectos prácticos de las sanciones que puedan orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres dentro de las normas constitutivas del régimen social; pero sobre los conocimientos así adquiridos y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajando en el campo jurídico, con métodos propios, sin que exista en ocasiones nada que observar o que inducir... La antropología, la sociología y la criminología, son ciencias naturales y deben tener como método preponderante la inducción. El derecho penal en cambio, que trata de fijar un cauce a esa conducta y de imponerle una forma y límites determinados, se refiere al mismo objeto, pero se diferencia precisamente por su carácter eminentemente práctico por su fin normativo y por su método, descansando parcialmente en los conocimientos alcanzados por aquellas ciencias biológicas y culturales y sumando su propio

aporte para la estructuración completa del edificio jurídico".⁴²

Ahora es importante señalar quienes fueron los principales precursores de esta Escuela. Destacan por su importancia tres italianos, César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo. Lombroso realiza estudios antropológicos que lo llevan a descubrir características primates en cráneos humanos, es así como puede afirmar que el criminal es un ser atávico con regresión al pasado y el delincuente es un loco, un epiléptico. Ferri toma en cuenta la apotación lombrosiana, sólo que considera también al medio ambiente que condiciona el uso de esos instintos: de los tres Garófalo era el jurista y vino a darle la contextura jurídica a los principios positivistas, y define al delito como "La violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". Esta definición hace mención a los sentimientos que son afectados por los delitos, dicho de otra forma es la violación a las condiciones básicas que hacen posible la vida en sociedad. Garófalo en su definición se refiere a los sentimientos que son afectados y no al delito en sí, pues la variedad de los delitos hacen pensar también en una variedad de sentimientos que se pueden afectar y no solamente los que este positivista considera, la piedad y la probidad. Como hemos señalado, entre los pensadores de este movimiento materialista existían diferencias, sin embargo, se pueden señalar aspectos comunes en esta Escuela.

1. El de mira de la Justicia penal es el DELINCUENTE.- El delito es sólo un síntoma de su estado peligroso.

2. Método experimental.- (Se rechaza lo abstracto para conceder carácter científico sólo a lo que pueda inducirse de la experiencia y de la observación).

3. Negación del libre albedrío.- (El hombre carece de libertad de elección). El delincuente es un anormal.

4. Determinismo de la conducta humana.- Consecuencia natural de la negación del libre albedrío. La conducta humana está determinada por factores de carácter físico-biológico, psíquico y social.

5. El delito como fenómeno natural y social.- Si el delito es resultado

⁴² F. Castellanos. op. cit., págs. 62-63-64.

necesario de las causas apuntadas, tiene que ser forzosamente un fenómeno natural y social.

6. Responsabilidad social.- Se substituye la imputabilidad moral por la responsabilidad social. Si el hombre se halla fatalmente impelido a delinquir, la sociedad se encuentra también fatalmente inclinada a defenderse.

7. Sanción proporcional al estado peligroso.- La sanción no debe corresponder a la gravedad objetiva de la infracción, sino a la peligrosidad del autor.

8. Imparta más la prevención que la represión de los delitos.- La pena es una medida de defensa cuya objeto es la reforma de los delincuentes readaptables y la segregación de los inadaptables; por ello interesa más la prevención que la represión; son más importantes las medidas de seguridad que las mismas penas."⁴³

La doctrina de esta Escuela es susceptible de críticas, en virtud de que, en materia jurídica el positivismo es inoperante en nuestros días, ya que como ha sido anotado los positivistas no crearon Derecho, sino ciencias naturales, por una parte, por otra, si no se aceptara que el hombre tiene libre albedrío, estaríamos negando el Derecho, que siempre está integrado por normas de las que derivan un deber ser, encaminada a regular la conducta humana, que puede acatarse o incumplirse. Ahora bien, si el hombre para realizar lo que está permitido o prohibido, por no estar apto, por su propia naturaleza, para obedecer a las normas, estas perderían su razón de ser, pues su esencia estriba en la fijación de una conducta.

Se dice que los positivistas no crearon Derecho sino ciencias de la naturaleza, tales como la Antropología y Sociología Criminales, por que dieron relieve a estudios casuales explicativos del delito. Los métodos experimentales e inductivos que utilizaron encausan a la conducta pero no son adecuados a las disciplinas jurídicas.

Referente a la concepción positivista de que el delito es un fenómeno natural, Castellanos cita "Si para Ferri el delito, como acto del hombre es un producto de su organismo, se sobreentiende entonces que está determinada por las leyes naturales, es decir, por leyes de necesidad como las de

⁴³ Ibid. pág. 86.

gravedad, de la presión de los líquidos o de la digestión; y esto es un error que se explica sólo por un concepto de la psicología como ciencia de una clase de fenómenos cuyo carácter específico se quiere mantener en la penumbra del incognoscible.

Por esto Quintiliano Saldaña, incapaz por su fuerza de pensamiento de caer en este simplismo y hacer caso omiso de la parte más importante en la génesis de los actos del hombre, dijo: No son las fuerzas de dentro o las fuerzas de fuera de nosotros las que determinan el delito; son todas, absolutamente todas las fuerzas de la naturaleza, obrando a través de una voluntad. Pues bien, este último factor de voluntariedad, clave del problema es el que se ha desentendido. La conducta del hombre rige por motivos y por esto es posible dictarle normas de obligatoriedad... y si admitiéramos un determinismo materialista y con ello que los actos del hombre son producto de su organismo y se rigen por leyes naturales, sería monstruoso insistir en combinar con sanciones a sus autores, pues tanto valdría que a los vientos les prohibiéramos soplar, al agua despeñarse cuando le falta apoyo, o que escribiéramos Códigos amenazando con prisión o con multa el que no haga la digestión o al que utilice oxígeno para la respiración; estos sí son hechos naturales."⁴⁴

Hechas las críticas que anteceden, es de justicia señalar que esta Escuela y muy en especial César Lombroso dió auge al desarrollo de la criminología y subrayar que el delincuente siempre es un hombre y entre los delincuentes existe un gran número de anormales.

Para conciliar la pugna entre estas dos corrientes, la Clásica y la Positivista, surgen otras Escuelas a las que los autores han denominado eclécticas, pues toman postulados clásicos y positivistas. Dichas escuelas entre otras son: La Tercera Scuola que florece en Italia y la Escuela Sociológica en Alemania.

La Tercera Escuela. Los máximos representantes de esta corriente son Carnevalle y Alimena, de los positivistas recogen, el método experimental, niegan el libre albedrío proclamando el determinismo no aceptando que el delito sea un hecho inevitable, desechan la retribución moral y toman el

⁴⁴ Ibid. págs. 67-68.

criterio de la defensa jurídica como medio de prevención general del delito, de la Escuela Clásica únicamente aceptan la diferencia entre imputables e inimputables.

Escuela Sociológica. Su principal representante fue el penalista alemán Franz Von Liszt, el sostuvo que el delito no es consecuencia del libre albedrío, sino de condiciones, individuales, físicas y sociales, sin descuidar las económicas, que para mi gusto van implícitas en las sociales. En su doctrina el sostuvo la necesidad de la pena para asegurar la vida gregaria, porque su fin primordial es preservar el orden jurídico.

Estas posturas dieron origen a su nombre, esta Escuela Sociológica se caracteriza por haber utilizado métodos jurídicos y experimentales; por conceptualizar al delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; por tomar en cuenta la imputabilidad y el estado peligroso y por ende, las penas y las medidas de seguridad.

Surgen otras corrientes a las que no se pueden considerar como Escuelas puesto que al igual que las anteriores no tienen características propias, únicamente lo que hicieron fue tomar postulados positivistas y clásicos.

En Francia, René Garraud sostiene que el delito y la pena son fenómenos jurídicos, que el estudio del delito como hecho biológico y social no compete al Derecho Penal, sino a la Sociología Criminal, los aspectos jurídicos y sociológicos se deben compenetrar para la comprensión del delito, actuando uno sobre otro.

En Italia Guillermo Sabatini dice, la responsabilidad penal es jurídica y no moral. Para él la imputabilidad son las condiciones mínimas por las que el individuo se sujeta a la pena. Hace una distinción, al igual que los eclécticos de los delincuentes, normales y anormales. Por último, es de importancia señalar que hubo una corriente que se denominó "Dirección Técnico-Jurídica", cuyos representantes fueron: Rocca, Manzini, Massari, Battaglini y Vannini, principalmente. Esta se caracterizó por su rechazo a la filosofía, estimando que el Derecho se debe concretar al conocimiento científico de los delitos y las penas, y no a la investigación de principios filosóficos. También consideran a la pena como un medio para lograr no solamente la prevención, sino la readaptación del delincuente.

Para algunos autores, esta tendencia constituye el perfeccionamiento de la Escuela Positiva, para otros, es una corriente ecléctica.

CAPITULO III

TEORIAS QUE ESTUDIAN EL DELITO.

Para la mayoría de los autores existen dos sistemas para realizar el estudio jurídico-substancial del ilícito penal: uno a la luz de la corriente unitaria o totalizadora, que sostiene que el delito no puede escindirse para su estudio por integrar una unidad, y otra, la analítica o atomizadora, llamada así por Bettiol: método de la consideración analítica o parcial.⁴⁶ Que analizan el delito por sus elementos constitutivos. Debe reconocerse que para entender el todo, es necesario conocer sus partes, con esto no se niega que el delito integre un bloque.

Por lo que se refiere a los elementos que configuran el ilícito penal, no existe en la doctrina un criterio definido; algunos autores señalan un número, otros lo integran con más elementos, dando lugar así a las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, exatómicas, heptatómicas, etc. A continuación señalaré algunas de las más importantes:

Teoría Bitómica o Dicotómica. Tal y como el Art. 7o. de nuestro Código Penal conceptualiza al delito "Acto u omisión que sancionan las leyes penales", a simple vista pudiera parecer que el delito se integra de dos elementos, la conducta y la sanción, sin embargo, algunos autores estiman que de este concepto se pueden establecer más elementos.

Teoría Tritómica. Carrancà nos dice, la esencia técnica-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad con el tipo, la nota diferencial del

⁴⁶ Bettiol. cit. por Celestino Porte Petit. op. cit. pág. 240.

delito.⁴⁶

Teoría Pentatónica. Cuello Calón define al delito como la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.⁴⁷ Esta definición da categoría de elementos constitutivos del delito a la acción, la antijuricidad, la imputabilidad, la tipicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Francisco Pavón Vasconcelos, se adhiere a este criterio pentatónico, considerando que son cinco los elementos integrantes al definir el delito como la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable, punible.⁴⁸

Teoría Eptatónica. Esta teoría nace con la definición de Jiménez de Asúa, "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal."⁴⁹ Que integra como elementos del delito a la acción, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad.

3.1 Teoría Tetratónica.

Castellanos Tena escribe, las nociones formales del delito no penetran en la verdadera naturaleza del mismo por no hacer referencia a su contenido; el propio Mezger elabora también una definición jurídico-substancial, al expresar que el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.⁵⁰

Como podemos observar este estudioso del derecho penal, al igual que el maestro Castellanos Tena, niegan el carácter de elementos esenciales del delito a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de

⁴⁶ R. Carrancá. op. cit., pág. 224.

⁴⁷ Cuello Calón. cit. por F. Castellanos. op. cit., págs. 130-131.

⁴⁸ F. Pavón. op. cit., pág. 159.

⁴⁹ J. de Asúa. cit. por F. Castellanos. op. cit., pág. 130.

⁵⁰ F. Castellanos. op. cit., pág. 129.

penalidad.

La imputabilidad para Castellanos, es un presupuesto de la culpabilidad, o si se quiere, del delito, pero no un elemento del mismo.⁸¹ En el ilícito se observa una rebeldía humana en contra de la norma. Dicha oposición se escinde en: objetiva y subjetiva. La oposición objetiva es llamada antijuricidad, porque el hecho, en su fase externa, tangible, pugna con el orden jurídico positivo. El antagonismo subjetivo o culpabilidad, consiste en la rebeldía, anímica del sujeto.⁸²

La punibilidad, es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo.⁸³ El sujeto se hace acreedor a la pena en razón de su comportamiento. Es decir no es lo mismo punibilidad y pena; aquella es ingrediente de la norma en razón de la calidad de la conducta, la cual por su naturaleza típica, antijurídica y culpable, amerita la imposición de la pena; ésta en cambio, es el castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente, para garantizar el orden jurídico; es la reacción del poder público frente al delito. Ahora bien, una actividad (u omisión) humana es sancionada cuando se le califica como delito, pero no es delictuosa porque se le sancione penalmente. El acto o la omisión se tienen como ilícitos penales por chocar con las exigencias impuestas por el Estado para la creación y la conservación del orden social y por ejecutarse culpablemente, es decir, con conocimiento y voluntad, mas no es dable tildarlos de delictuosos por ser punibles.⁸⁴

Las condiciones objetivas de punibilidad, "Tampoco constituyen, en nuestro criterio, elementos esenciales del delito; solo por excepción son

⁸¹ Ibid. pág. 130.

⁸² Ibid. pág. 130.

⁸³ Parte Petit. cit. por F. Castellanos. op. cit.. pág. 131.

⁸⁴ Ibid. págs. 130-131.

exigidas por el legislador como condiciones para la imposición de una pena.⁶⁶ Para Raúl Carrancá y Trujillo, son adventicias e inconstantes.⁶⁶ Villalobos dice al respecto: "Esencia es necesidad; es no poder faltar en uno solo de los individuos de la especie sin que éste deje de pertenecer a ella; por lo mismo, tener como esenciales estas condiciones de ocasión, que con mas frecuencia faltan que concurren en los delitos, sólo se explica como efecto de un prejuicio arraigado."⁶⁷

En consecuencia, para nosotros, los elementos esenciales del delito son: conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuricidad) y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez todos estos factores; por ello suele afirmarse que no guardan entre si prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuridicidad, etc., sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos. Mas en un plano estrictamente lógico, procede observar inicialmente si hay conducta; luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad; después constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y, en caso negativo, llegar a la conclusión de que existe la antijuridicidad; en seguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente: imputabilidad y, finalmente, indagar si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obra con culpabilidad.⁶⁸

A continuación, con base en la teoría tetratómica señalaré cuales son los aspectos positivos y negativos del delito:

Aspecto positivo	Aspecto negativo
a) Conducta	Falta de acción
b) Tipicidad	Ausencia de tipo

⁶⁶ Ibid. pág. 132.

⁶⁶ R. Carrancá. op. cit. pág. 223.

⁶⁷ I. Villalobos. cit. por F. Castellanos. op. cit.. pág. 132.

⁶⁸ Ibid. pág. 132.

a) Antijurisdiccion
b) Culpeabilidad

Causas de justificacion
Causas de inculpabilidad

3.1.1. La Conducta.

Algunos se refieren a ella como el acto, acción o hecho, actividad etc., el término mas adecuado es conducta, este lleva implícitos el aspecto positivo (acción) y el aspecto negativo (omisión). Por nuestra parte no hay inconveniente en aceptar el empleo de ambos términos conducta o hecho, advirtiendo, sin embargo que, en el lenguaje ordinario, por hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos.

Mas si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, el resultado y su necesario nex causal, y del vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción nos parece útil. Desde luego, únicamente existe el nex causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico.**

La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.** De este concepto se desprende que para el Derecho Penal la conducta solo corresponde al hombre. Puede adoptar las formas de: a) Acción, y b) Omisión. Por cuanto a esta última, se le divide en : 1. omisión simple, y 2. omisión impropia o comisión por omisión.** La acción consiste en la conducta positiva, expresada mediante un hacer, una actividad, un movimiento corporal voluntario con violación de una norma prohibitiva. La omisión, es conducta negativa, es inactividad voluntaria con violación de una norma preceptiva (omisión

** Ibid. pág. 148.

** Ibid. pág. 149.

simple), o de ésta y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por omisión).⁶¹

Ausencia de conducta, cuando falta alguno de los elementos esenciales del delito, este no se integrará, es decir, si la conducta falta, el delito no se da. La vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible, es una de las causas impositivas de la integración del delito por ausencia de conducta. La conducta desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad.⁶²

3.1.2. La Tipicidad.

Diferencia entre tipo y tipicidad, aquel es la descripción que se hace en la ley respecto de una conducta, mientras que ésta es el encuadramiento que se hace de un hecho concreto con la descripción hecha por el Estado.

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento en el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.⁶³

Para Mezger el tipo no es la simple descripción de un hecho jurídico, sino la razón de ser de la antijuricidad, es decir, que la conducta típica es la conducta antijurídica. Castellanos Tena coincide con este autor; por supuesto, con referencia al ordenamiento positivo, porque siempre hemos sostenido que, desde el punto de vista del proceso formativo del Derecho, la antijuricidad, al contrario es, ratio essendi del tipo, pues el legislador crea las figuras cuales por considerar antijurídicos los comportamientos en ellas descritos.⁶⁴

⁶¹ F. Pavón. op. cit., págs. 180-181.

⁶² F. Castellanos. op. cit., pág. 182.

⁶³ Ibid. pág. 166.

⁶⁴ Ibid. pág. 167.

La atipicidad existe cuando no encuadra la conducta el tipo y nunca podrá ser delictuosa.

La ausencia de tipo se presenta cuando el legislador no describe una conducta que, para muchos, debería integrarse en el Código Penal. En cambio la ausencia de tipicidad aparece cuando existe el tipo pero no se encuadra en él la conducta dada.

3.1.3. La Antijuricidad.

Es otro elemento esencial para la integración del delito. "Como la antijuricidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al Derecho... Lo cierto es que la antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo."⁸⁸ Existen otras tesis que niegan que la antijuricidad sea un elemento; para unos constituye un carácter del delito; para otros es un aspecto del él; y hay quienes afirman que es el delito en sí. Algunos autores han creado una doctrina dualista de la antijuricidad: formal y material, la primera existe cuando se transgrede la norma del Estado y la antijuricidad material, se presenta cuando signifique contradicción a los intereses colectivos.

Ausencia de antijuricidad. Una conducta típica puede estar en aparente oposición a la ley del Estado y sin embargo, no se presenta la antijuricidad por mediar alguna causa de justificación, es decir que estas causas son el elemento negativo de la antijuricidad.

Las causas de justificación tienen el poder de excluir la antijuricidad del hecho típico. A continuación señalaré algunas: la legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, obediencia jerárquica e impedimento legítimo.

⁸⁸ Ibid. págs. 175-176.

3.1.4. La Culpabilidad.

Antes de hacer el estudio de este elemento es preciso analizar la imputabilidad como presupuesto o cimiento de la culpabilidad. Para que un individuo sea culpable debe ser imputable primero, es decir, tener capacidad de ejercer sus facultades de conocimiento y de voluntad. Castellanos la define como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal.⁶⁶

La imputabilidad es, pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo.⁶⁷

Causas de inimputabilidad. La inimputabilidad constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, pues, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.⁶⁸ Esas causas se refieren a los estados de inconsciencia permanentes y transitorios; el miedo grave y la sordomudez.

La culpabilidad. Castellanos, considera a la culpabilidad "como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."⁶⁹ Ignacio Villalobos concretiza el concepto afirmando que la culpabilidad es el quebrantamiento subjetivo de la norma imperativa de determinación, esto es, el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.⁷⁰

⁶⁶ Ibid. pág. 218.

⁶⁷ Ibid. pág. 218

⁶⁸ Ibid. pág. 223.

⁶⁹ Ibid. pág. 232.

⁷⁰ I. Villalobos. cit. por F. Pavón. op. cit., págs. 356-357.

"Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo."⁷¹ Para la teoría psicologista o psicológica, la culpabilidad se establece en un hecho psicológico y deja para la antijuridicidad la valoración jurídica.

"La esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual volitivo desarrollado en el autor."⁷² "Es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa."⁷³

La Teoría normativa o normativista. "La culpabilidad -precisa Welsel-, agrega a la acción antijurídica un nuevo elemento mediante el cual se convierte en delito, pues mientras la antijuridicidad es la relación, entre una y otro, la culpabilidad hace al autor el reproche por no haber omitido la acción antijurídica, a pesar de haber podido omitirla."⁷⁴

Para esta doctrina, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. La exigibilidad solo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Así, la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo a la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de la ponderación de dos términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y, por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al Derecho; es decir, el deber ser jurídico."⁷⁵ Para los psicologistas, la culpabilidad consiste en un hecho de carácter psicológico, para el normativismo es un juicio de reproche,

⁷¹ F. Castellanos. op. cit. pág. 232.

⁷² Ibid. pág. 232.

⁷³ F. Pavón. op. cit., pág. 356.

⁷⁴ Welsel. cit. por F. Pavón. op. cit., pág. 357.

⁷⁵ F. Castellanos. op. cit., pág. 234.

aunque no se han puesto de acuerdo ni en cuanto a la norma soporte del juicio, ni con relación a la materia sobre la que ha de recaer ese juicio.

La culpabilidad se presenta de dos formas: dolo y culpa, "según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia. Se puede delinquir mediante una determinada intención delictuosa (dolo), o por olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaria (culpa)."⁷⁶ El dolo, dice Castellanos, "consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

El dolo se constituye de dos elementos: ético y volitivo o emocional. El elemento ético se contiene por la conciencia de que se quebranta el deber. El volitivo o psicológico es la voluntad de realizar el acto o la volición del hecho típico.

El dolo puede ser: directo, indirecto, indeterminado y eventual.

La culpa, "consideramos que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas."⁷⁷ Sus elementos son: un actuar voluntario (positivo o negativo); que ese hecho voluntario se realice sin las precauciones exigidas por el Estado; que los resultados han de ser previsibles y evitables y tipificarse penalmente, y una relación de causalidad entre el acto u omisión y el resultado no querido. Formas de la culpa: Consciente e inconsciente.

⁷⁶ Ibid. pág. 236.

⁷⁷ Ibid. págs. 246-247.

CAPITULO IV

LA PROHIBICION DE HACERSE JUSTICIA POR SI MISMO Y LA GARANTIA DE ACCESO A LA JURISDICCION ESTABLECIDAS EN EL ARTICULO 17 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por los tribunales que 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 sus resoluciones.

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil⁷⁰. Este artículo constitucional contiene los principios que inspiran al sistema judicial mexicano y tiene un orden filosófico-jurídico.

⁷⁰ Texto vigente por reforma publicada en el Diario Oficial de fecha diecisiete de marzo de mil novecientos ochenta y siete

Se inicia con la prohibición para hacerse justicia por sí mismo, prohibición que intenta eliminar el impulso primitivo del hombre y sustituirlo por la sumisión al derecho, presupuesto obligado del Estado de Derecho.

Como contrapartida de la prohibición anterior para los particulares, asigna en exclusiva al Estado la función de impartir justicia, estableciendo que ésta debe ser pronta, gratuita, completa e imparcial.

Asimismo, ordena, tanto al legislador federal como al local, que las leyes que expidan garanticen la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones, con lo que se establecen los instrumentos necesarios para lograr un sistema judicial más perfecto.

Como corolario de la garantía individual de acceso a la jurisdicción se establece el principio de la prohibición por deudas de carácter civil.

4.1 Principales antecedentes constitucionales e históricos.

4.1.1 Primer antecedente.- artículos 242 y 245 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el diecinueve de marzo de 1812.

Art. 242. "La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales."⁷⁹

Art. 245. "Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado."⁸⁰

Estos artículos establecían el principio de que la impartición de justicia correspondía exclusivamente al Estado.

4.1.2 Segundo antecedente.- Artículo 202 del Derecho Constitucional para la

⁷⁹ Tomado de Felipe Tena Ramírez. Leyes Fundamentales de México 1808-1857. Ed. Porrúa S.A. Décimo cuarta edición. México. 1987. pág. 89.

⁸⁰ Ibidem.

Libertad de la América Mexicana sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.

Art. 202 "En el Supremo Tribunal de Justicia no se pagarán derechos."¹

Al establecerse un Supremo Tribunal de Justicia y encomendársele la administración de justicia, supone necesariamente la exclusividad de dicho tribunal para emplear los medios coercitivos necesarios para hacer efectivo el derecho de un individuo con exclusión de los particulares.

4.13 Tercer antecedente.- Artículo 55 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1822.

Art. 55. "La facultad de aplicar las leyes a (asi) los casos particulares que se contravierten en juicio, corresponde exclusivamente a (asi) los tribunales erigidos por la ley."²

Este artículo ya hace mención expresa de la exclusividad de los tribunales erigidos por la ley para impartir justicia.

4.14 Cuarto antecedente.- Base séptima del Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana.

7a. "Los individuos de la nación mexicana no deben ser juzgados por ninguna comisión. Deben serlo por los jueces que haya designado la ley, tienen derecho para recusar a (asi) los que fueren sospechosos; lo tienen para pedir la responsabilidad de los que demoren el despacho de sus causas; de los que no las sustentan como manda la ley; de los que no les sentencien como dechare ella misma. Lo tienen para comprometer sus diferencias al juicio de árbitros o (asi) arbitrajes.

¹ Idem pág. 52.

² Idem pág. 137.

Simplificados los códigos civil y criminal, adelantada la civilización y mejorada la moralidad de los pueblos, se establecerán jurados en lo civil y en lo criminal.

Entretanto, habrá en cada pueblo los alcaldes que expresa el artículo 2o., en cada partido un juez de letras, en cada provincia dos magistrados, y en el lugar que señale el congreso un tribunal supremo de justicia.

El alcalde y dos vecinos nombrados uno por cada parte ejercerán funciones de conciliadores en las diferencias civiles.

El juez de letras sustanciará las causas en primera instancia, y sentenciará por sí solo todas las criminales y las civiles en que haya apelación. Las civiles en que no la hubiese según la ley, serán determinadas por él y dos colegas que nombrará, eligiendo uno de la terna que debe proponer cada parte. Las criminales en que haya imposición de pena, no serán ejecutoriadas sin aprobación de magistrado y colegas.

La segunda instancia será en lo civil y en lo criminal sustanciada por el magistrado de la provincia, y sentenciada por él y dos colegas que eligirá de las ternas que deben proponer en lo civil los dos contendores, y en lo criminal el reo o su defensor y el síndico del ayuntamiento.

No habrá tercera instancia si la sentencia de segunda fuere confirmatoria de la primera. La habrá en caso contrario, y entonces será decidida por otro magistrado que residirá también en la provincia, y por dos recolegas nombrados como los anteriores.

El tribunal supremo de justicia, compuesto de siete magistrados, conocerá de las causas de nulidad contra sentencias dadas en última instancia, y de las criminales contra los magistrados de provincia; decidirá las competencias de éstos; celará la más pronta administración de justicia, y juzgará a (así) los jueces y magistrados que demoren el despacho de las causas o (así) no las sustancien con

arreglo a (así) derecho o (así) las sustancien contra ley expresa.⁶³

4.15 Quinto antecedente.- Artículo 18 del Acta Constitutiva de la Nación Mexicana, fechada en la ciudad de México el 31 de enero de 1824.

18. "Todo hombre que habita en el territorio de la federación, tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia; y con este objeto la federación deposita el ejercicio del poder judicial en una Corte Suprema de Justicia, y en los tribunales que se establecerán en cada Estado; reservándose demarcar en la Constitución las facultades de esta Suprema Corte."⁶⁴

Este artículo es el primero en incorporar al Derecho Constitucional Mexicano la garantía de acceso a la jurisdicción pues presenta el principio como un derecho del hombre.

4.16 Sexto antecedente.- Artículo 28 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana fechado en la ciudad de México el 16 de junio de 1856.

Art.28.- "Nadie puede ser preso por deudas de carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia."⁶⁵

Respecto a la segunda parte de este artículo que establece la prohibición de ejercer violencia para recobrar el propio derecho, se dió el siguiente debate en el Congreso Constituyente de 1856:

"El señor Ruiz... la segunda parte le parece excelente pero no preve los casos de propia defensa conforme a derecho natural.

⁶³ Idem Pág. 151 y 152.

⁶⁴ Idem pág. 158

⁶⁵ Idem pág. 357.

El señor Arriaga dice que estos casos son las excepciones a la regla general y en ellos se recobra la cosa y no el derecho.

El señor Ruiz dice que el que recobra la cosa recobra el derecho que a ella tiene. El artículo está en términos tan absolutos que no da lugar a ninguna excepción.

El señor Castañeda cree que, si el artículo se omite, no hace falta, y, si se deja, puede causar algunos inconvenientes. No se trata de nada nuevo, y lo dispuesto en el artículo, con algunas excepciones, es conforme a los principios del derecho civil.

El señor Guzmán da algunas explicaciones en favor del artículo.

El señor Ramírez opina que el derecho nunca debe fundarse en la fuerza.

Sesión del 22 de agosto de 1856. La 2a. parte del artículo 28 del proyecto de Constitución fue aprobada sin discusión, por 45 votos contra 34.⁶⁶

4.17 Séptimo antecedente.- Artículo 17 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857.

Art. 17. Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos (es) para administrar justicia, Esta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.⁶⁷

⁶⁶ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones. Antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional. Articulado. Tomo III (arts. 16 a 22). LII legislatura. Librero editor Miguel Angel Porrúa. Tercera edición. México, 1985. Pág. 17-5.

⁶⁷ Tomado de Felipe Tena Ramírez. Ob. Cit. pág. 609.

4.18 Octavo antecedente.- Artículo 15 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el 10 de abril de 1855.

Art. 15. La justicia será administrada por los tribunales que determine la ley orgánica.⁸⁰⁰

4.19 Noveno antecedente.- Artículo 17 del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza fechado en la ciudad de Querétaro el 10 de diciembre de 1916.

Art. 17. Nadie puede ser preso por deudas de un 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.⁸⁰⁰

Este proyecto de artículo 17 constitucional se presentó en la sesión del miércoles 20 de diciembre de 1916 y su texto fue aprobado por unanimidad de votos. En él se estableció la garantía de libre acceso a la jurisdicción como derecho del hombre, la atribución exclusiva de los tribunales para impartir justicia y la prohibición para hacerlo por sí mismo.

4.110 Décimo antecedente.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada en la ciudad de Querétaro el 5 de febrero de 1917.

Art. 17. Nadie puede ser aprisionado 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; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.⁸⁰⁰

⁸⁰⁰ Idem. Pág. 672

⁸⁰⁰ Idem pág. 767.

⁸⁰⁰ Idem pág. 822.

Este artículo mejoró y aclaró el artículo 17 de la Constitución de 1857 y su texto se mantuvo intacto desde su promulgación hasta el 17 de marzo de 1987.

4.2. La reforma de 1987.

El 28 de octubre de 1986, el Presidente Miguel de la Madrid Hurtado envió a la Cámara de Senadores de H. Congreso de la Unión, una iniciativa para reformar los artículos 17, 46 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicha iniciativa, respecto a la parte referente al artículo 17 que nos ocupa, dice lo siguiente:

El fundamento filosófico-jurídico de la función jurisdiccional a cargo del Estado, se encuentra en la garantía individual contenida en el artículo 17 Constitucional, precepto que demanda del individuo la renuncia a hacerse justicia por mano propia y a ejercer violencia para reclamar su derecho, pero en reciprocidad establece la garantía individual de acceso a la jurisdicción. Y para ello dispone que los Tribunales de Justicia la impartirán en forma expedita y gratuita.

La garantía a la acción jurisdiccional está, pues, establecida en nuestra Constitución en beneficio y protección del individuo, por lo que proponemos enriquecerla y adaptarla al presente, conservando los valores establecidos desde el artículo 18 del Acta Constitutiva de la Federación de 1824, y recogiendo los principios contenidos en los documentos actuales que atienden a los derechos humanos y a sus libertades fundamentales.

La impartición de justicia que merece el pueblo de México debe ser pronta, porque procesos lentos y resoluciones tardías no realizan el valor de la justicia; debe ser gratuita, para asegurar a todos el libre acceso a ella; debe ser imparcial, para lograr que se objetive en sentencias estrictamente apegadas a las normas; y debe ser honesta, pues al juzgador se confía el destino de la libertad y

Los Tribunales de Justicia deben ser independientes, para fortalecer en la realidad social el principio de división de poderes y porque la independencia judicial constituye la primer garantía de la jurisdicción, establecida no precisamente en interés del órgano jurisdiccional, cuanto de los justiciables, pues sólo cabe esperar justicia completa y estricta del juez jerárquicamente libre, dependiente sólo de la Ley.

El nuevo texto del artículo 17, que se propone, perfecciona y robustece la garantía individual de acceso a la jurisdicción, al señalar sus cualidades: independencia de sus órganos, prontitud en sus procesos y resoluciones, que agote las cuestiones planteadas y sea completa, imparcial para que asegure el imperio del Derecho y gratuita para afirmar nuestra vocación democrática.⁹²

El texto original del artículo 17 de la Constitución de 1917, como ya se ha indicado, se mantuvo intacto desde su promulgación hasta el 17 de marzo de 1987. Dicho artículo contenía la prohibición de hacerse justicia por sí mismo y la correspondiente atribución exclusiva a los tribunales para administrarla, pero respecto a las cualidades de la justicia por impartir y de las características de los órganos del poder judicial, sólo mencionaba la prontitud para impartirla en los plazos y términos señalados por la ley y su gratuidad; pero la doctrina jurídica universal y muy relevantes documentos internacionales relativos a los derechos humanos⁹³, señalaban otros requisitos indispensables para considerar que se cubría el mínimo ideal en la impartición de justicia.

Era indispensable que a las cualidades de gratuidad y prontitud, se agregaran

⁹² Diario de los Debates de la cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Jueves 30 de octubre de 1986. AÑO II. Periodo Ordinario. LIII Legislatura. Tomo II. Num.20 Págs. 3 y 4.

⁹³ La declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948, la convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y el Pacto Internacional de los derechos civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de la O.N.U. el 16 de diciembre de 1976, entre otros.

las de plenitud³³ e imparcialidad³⁴. Las cualidades de prontitud, gratuidad, plenitud e imparcialidad que debe contener la justicia, no podían quedar en una mera expresión de aspiración popular, sino que deberían ser acompañadas de las características que deben tener los tribunales para administrar una justicia con tales características y que son la independencia y los medios necesarios para lograr la ejecución de sus resoluciones. Asimismo era indispensable establecer los instrumentos necesarios para lograr un sistema judicial más perfecto, al mandar que las leyes deben garantizar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

4.3 Doctrina.

El artículo 17 constitucional se encuentra situado como derecho público individual, en el catálogo de Garantías Individuales.

La Garantía de Acceso a la Jurisdicción constituye un puente lógico entre la prohibición de hacerse justicia por sí mismo y para ejercer violencia para reclamar cualquier derecho y la exclusividad en la impartición de justicia para los tribunales del Estado.

La función jurisdiccional a cargo del Estado, representa una etapa avanzada en el desarrollo del hombre en sociedad. Como hemos estudiado en el capítulo anterior, en la época primitiva la resolución de los conflictos se daba mediante la venganza, que era la respuesta a lo que el individuo consideraba violatorio de su derecho y sólo era limitada por la fuerza del individuo o la de su familia, por lo que generalmente se daba una desproporción entre el daño inicialmente causado y el infringido por la venganza. Por lo anterior, en etapas posteriores del mencionado desarrollo, el poder estatal intentó limitar el daño que podía causarse al vengar una ofensa, trató de sustituirlo por una compensación económica y estableció

³³ Controversias resueltas íntegramente, sin dejar conflicto o cuestión indefinida.

³⁴ Principio de igualdad ante la ley.

limitaciones al ejercicio del derecho de venganza, las cuales aumentaron conforme se fue consolidando el poder estatal, hasta llegar a la prohibición categórica a los individuos de hacerse justicia por propia mano y para ejercer violencia para reclamar su derecho, asignando al Estado la exclusividad de la impartición de justicia.

Respecto a la primera parte del artículo 17 constitucional, nos dice Burgoa** que impone al sujeto dos deberes negativos:

- a) No hacerse justicia por su propia mano.
- b) No ejercer violencia para reclamar su derecho.

Y que además de esta obligación negativa, contiene tácitamente para los gobernados un deber positivo, anexo a aquella, y que estriba en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos.

Respecto de la obligación constitucional que incumbe a toda persona de ocurrir a las autoridades nos dice el mismo autor** que constituye el elemento opuesto a la llamada "vindicta privada" y que las prohibiciones contenidas en el artículo 17 constitucional para hacerse justicia por propia mano y para ejercer violencia para reclamar un derecho, no hacen sino atribuir el carácter de antijurídica a dicha ilicitud moral y social, como consecuencia de la evolución de la humanidad, y que actualmente, la contravención a las citadas prohibiciones, se encuentra absolutamente proscrita de toda comunidad civilizada.

Juventino Castro** al tratar este tema, nos dice que la justicia es una valoración ético-filosófica, que en cualquier manera para llegar al plano de lo jurídico necesita objetivarse en normas concretas, procedimiento mediante el cual

** Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. 2da. edición. Editorial Porrúa. México, 1988. Págs. 629 y 630.

** Idem. Pág. 631.

** Juventino V. Castro. Garantías y amparo. Sexta edición. Ed. Porrúa. México, 1989. Págs. 184 a 187.

se evitan criterios subjetivos alrededor de lo justo. Esa valoración objetiva que nos permite llegar al establecimiento de un orden justo, requiere en primer lugar de expedición de leyes que tomando en cuenta la justicia, definan y aseguren ese concepto legal de justicia; y en segundo lugar, la creación de órganos públicos que interpreten para fines de aplicación, para ajustar a los casos concretos, la hipótesis abstracta prevista en la norma jurídica. Esto constituye exactamente la jurisdicción.

En las controversias surgidas entre los particulares sobre los que la ley dice, o sobre lo que es justo, podrían surgir dos procedimientos:

- a) La justicia por propia mano.
- b) La sujeción de la controversia a la resolución de un órgano público imparcial.

La prohibición para hacerse justicia por propia mano y de ejercer violencia para reclamar un derecho, seguida de la declaración de que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia, conforme la garantía constitucional al acceso a la jurisdicción y de esta manera es superada la vieja práctica de la venganza privada, por el Estado de Derecho.

Isidro Montiel y Duarte⁹⁹ nos dice que la prohibición para hacerse justicia por propia mano, se encuentra en el espíritu de todas las constituciones, ya que establecer jueces y magistrados y encomendarles la administración de justicia, supone necesariamente el principio de que ellos y sólo ellos, pueden emplear los medios coercitivos y de adremito necesarios para hacer efectivo el derecho de cualquiera, de modo que puede decirse que no hubo necesidad de consignar este principio en la Constitución, pues ninguna sociedad medianamente constituida, ha podido dejar abierta la puerta al individuo para hacerse justicia por su propia mano, cualquier medio violento empleado a este propósito por el individuo constituiría un delito. Sin embargo, proscribir la autojusticia, no es condenar el derecho a la propia defensa.

⁹⁹ Isidro Montiel y Duarte. Estudios sobre Garantías Individuales. 4a. edición facsimilar. Ed. Porrúa, México, 1983. Págs. 400 y 401

Lozano** comenta al respecto: "El orden social tiene por objeto mantener la justicia entre los hombre. En el estado salvaje que, según la opinión común, nunca ha existido, cada hombre es juez de su derecho y lo hace respetar según lo entiende, y apelando a sus propios recursos, a su fuerza; pero el hombre en el seno de la sociedad civil no tiene tal derecho, la sociedad le garantiza los que le competen, y la autoridad pública se ha constituido para hacer eficaz esa garantía. Establecer como regla general que el hombre tiene el derecho de hacerse justicia por sí mismo, aún en los casos en que evidentemente lo tiene sería destruir en su base el orden social, sustituyendo en su lugar la más espantosa anarquía y en lugar del imperio de la ley, el impio reinado de la fuerza.

** José María Lozano. Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a los Derechos del Hombre. 3a. edición facsimilar. Ed. Porrúa. México. 1980. Págs. 296 y 297.

CAPITULO V

ESTUDIO JURIDICO SUBSTANCIAL DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 226 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL.

Los autores alemanes denominan a la acción de tomarse justicia por propia mano como "auxilio propio" o "auto auxilio" (Selbsthilfe), título que coincide con el empleado por el derecho inglés (self help) estudiado por Jean Merot, Augusto Merkel y M. E. Mayer,¹⁰⁰ incluyen en el "auxilio propio" la legítima defensa, a la que consideran como "auxilio defensivo" y junto a él hacen figurar al "auto auxilio" como "auxilio ofensivo".

El delito de ejercicio indebido del propio derecho se concreta en sentido amplio, en sustituir por la fuerza privada la autoridad pública en el ejercicio de un derecho propio. Carrera definió a este delito como el cometido por el que creyendo que tiene derecho sobre cosas que están en posesión ajena, o sobre otro individuo, lo ejerce a pesar de la oposición verdadera o presunta de éste, con el fin de reemplazar con su fuerza particular la autoridad pública, pero sin pasar a violaciones especiales de otros derechos; es en términos de dicho autor una cosa justa en la sustancia, aún cuando injusta en la forma.

La incriminación del hecho tiene por fin el impedir la violenta substitución de la actividad individual a la actividad de los órganos estatales con actividad jurisdiccional.

Es de hacerse notar que en este delito se comprenden únicamente las

¹⁰⁰ Jean Merot, Augusto Merkel, M.E. Mayer. Citados por Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Tercera edición. Ed. Lozada S.A. Buenos Aires, 1965. Págs. 526 y 527.

intimidario.

Al respecto nos comenta Jiménez Huerta⁸⁶ que amenaza o amaga quien para ejecutar el delito da a entender, con actos, palabras, ademanes, al sujeto pasivo o a la persona que se halle en su compañía, que le inferirá un mal si opone resistencia, así como también quien después de consumado el delito diere a entender o hiciera ademán o cualquier persona, de inferirle un mal si obstaculiza su huida o intenta recuperar el objeto.⁸

El mal con que se amenaza o amaga debe tener las siguientes características: a) que sea grave, b) presente o inmediato y c) capaz de intimidar a la persona amenazada.

Es grave aquello que reviste mucha entidad o importancia, será grave aquel mal que amenaza con privar de la vida o con inferir alguna lesión corporal, pues estos males, dada su magnitud, son idóneos para enervar o destruir la libertad de las personas.

Es presente o inmediato el mal que amaga o amenaza en cualquier instante del proceso ejecutivo o en un momento posterior al consumativo con causar un mal en este mismo instante o en un futuro muy próximo.

Es presente o inmediato el mal que amaga o amenaza en cualquier instante del proceso ejecutivo o en un momento posterior al consumativo con causar un mal en ese mismo instante o en un futuro muy próximo.

Que el mal sea capaz de intimidar a la persona amenazada quiere decir que debe hacer surgir en el amenazado la representación de un peligro que coarte su libre voluntad. No es necesario que se demuestre objetivamente que el mal era real y cierto; basta que tenga la suficiente apariencia objetiva para subjetivamente intimidar. Si para perpetrar el delito se amenaza con una pistola descargada o de juguete, la violencia moral subsiste, pues el amenazado ignoraba la inocuidad del

⁸⁶ Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. pág. 66.

el artículo 226 no trata de discutir el derecho que posee o pretenda poseer el sujeto activo, sino sólo de sancionar la ilegítima forma de ejercitarlo."

En la sesión del día martes 20 de diciembre de 1983, de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, se le dió primera lectura al dictamen de la mencionada iniciativa, a las Comisiones Unidas, Segunda de Justicia, Segunda del Departamento del Distrito Federal y Segunda Sección de Estudios Legislativos, que en su parte conclusiva decía lo siguiente:

16. Ejercicio indebido del propio derecho, que da repuesta a una demanda penal realizada para sancionar a aquellos que siendo titulares de un derecho, lo ejercen con violencia sin sujetarse al cauce normativo establecido.¹⁰¹

En la sesión del miércoles 21 de diciembre de 1983, se dispuso la segunda lectura del mencionado dictamen y se procedió a la votación. Se aprobó en lo general y en lo particular por 60 votos y se ordenó pasar a la H. Cámara de Diputados.

La Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados rindió su dictamen recomendando la aprobación en sus términos del proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

En los debates realizados en la H. Cámara de Diputados, no se hizo mención específica al artículo 226 y fue aprobado en sus términos el mencionado proyecto de decreto.

El decreto promulgatorio de fecha 30 de diciembre de 1983, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 13 de enero de 1984.

¹⁰¹ Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos. Martes 20 de diciembre de 1983. Año II. Período Ordinario. LII Legislatura. Tomo II. Núm. 40. Pág. 13.

En el mes de noviembre de 1991 nuevamente el ejecutivo federal envió a la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, un proyecto de decreto que reforma, deroga y adiciona diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal entre las que se comprendía el artículo 226 proponiendo que se estableciera para el delito de ejercicio indebido del propio derecho una pena alternativa consistente en prisión de tres meses a un año o 30 a 90 días de multa.

La exposición de motivos de la mencionada iniciativa, decía en la parte relativa al tema que nos ocupa lo siguiente:

Con las reformas que se proponen, por una parte se despenalizarían o sancionarían con pena alternativa de multa, las conductas menos graves.

Se ha pensado razonablemente que al dictarse sentencia condenatoria, en aquellos delitos que no son de gravedad mayor, no se constriña al juzgador en la mera aplicación de la sanción privativa de libertad y que pueda optar, tomando en cuenta las circunstancias del caso y las características del delincuente, poner sanciones alternativas. Las Naciones Unidas han impulsado esta tendencia, en el entendido de que tales sanciones no necesariamente son alternativas leves, puesto que incluyen una denuncia pública del ilícito e imponen apremiantes exigencias al responsable.

Sobre todo, se reconoce que es posible tanto castigar como rehabilitar a ciertos delincuentes sin enviarlos a la cárcel. En consecuencia, la reforma, de aprobarse, introduciría la multa como sanción alternativa, en numerosas hipótesis que sólo contemplan prisión, o prisión y multa acumulativamente.

El proyecto que se somete a su consideración va aún más allá al deber el juez preferir la multa a la pena de prisión, excepto cuando ello sea ineludible a los

finés de justicia, prevención general y prevención especial.¹⁰²²

En la sesión del 4 de diciembre de 1991 se dió primera lectura al dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia, Derechos Humanos y Estudios Legislativos, que en su parte conducentes decía lo siguientes:

¶V. Análisis de las reformas propuestas.

q) Art. ... 226...

De conformidad con una de las propuestas fundamentales de la iniciativa que nos ocupa, con el objeto de establecer la posibilidad de que el juez imponga alternativamente la pena privativa de libertad o la sanción pecuniaria cuando ello no sea contrario a los fines de la justicia, previsión general o previsión especial, en la iniciativa se propone señalar específicamente el carácter alternativo de las sanciones para los siguientes delitos: ... ejercicio indebido del propio derecho...

Como puede apreciarse a través del análisis de estos tipos en el contexto integral del Código Penal, se trata de delitos considerados como conductas relativamente menos graves.

Por ello se estima pertinente ampliar la esfera de actuación y valoración del caso concreto que debe hacer el juzgador para la imposición de la pena que se considere conveniente, mediante la aplicación de los Artículos 51 reformado y 52 del Código Penal que se señalan como normas genéricas.¹⁰²³

En la sesión del 5 de diciembre de 1991, se dispensó la segunda lectura del

¹⁰²² Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, 19 de noviembre de 1991, año I, Primer periodo ordinario, LV Legislatura, Núm. 13.

¹⁰²³ Diario de los Debates de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, 4 de diciembre de 1991, Año I, Primer periodo ordinario, LV Legislatura, Núm. 18

díctamen y se aprobó la iniciativa por 52 votos a favor y 0 en contra y se ordenó pasar a la H. Cámara de Diputados donde la iniciativa se aprobó también.

El decreto promulgatorio de fecha 16 de diciembre de 1991, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes y año.

5.2 Elementos del tipo.

5.2.1 Intención de hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho.

La acción tiende ante todo a ejercitar un derecho, pero la palabra derecho tiene diversos significados, por lo que es necesario precisar cuál de ellos debemos considerar para la integración de este elemento del tipo.

Villoro Toranzo¹⁰⁰ nos dice que la palabra "derecho" deriva del vocablo latino "directum" que, en su sentido figurado, significa "lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma". "Derecho" es lo que no se desvia a un lado ni a otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin.

Continúa explicándonos el padre Villoro, que la palabra "derecho" es un término análogo¹⁰¹ y que cuatro son los sentidos en que se usa dicha palabra:

1) derecho como facultad, 2) derecho como ciencia, 3) derecho como ideal ético o moral de justicia, 4) derecho como norma o sistema de normas; respecto al primero de ellos el mencionado autor nos dice lo siguiente:

"El derecho como facultad recibe el nombre de "derecho subjetivo", por atender al "sujeto" que tiene la facultad o poder (el derecho), bajo la protección de la

¹⁰⁰ Miguel Villoro Toranzo. Introducción al estudio de Derecho. Tercera edición. Ed. Porrúa. México, 1978. Págs. 4 a 6.

¹⁰¹ Análogo se llama el término que se predica de dos o más seres, parte en el mismo sentido, parte en sentido diverso.

ley, de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás. El derecho subjetivo por excelencia es el derecho de propiedad, pero también son derechos subjetivos el derecho de la patria potestad, que es la facultad que tiene un adulto de ejercer poder sobre un menor, el derecho de legítima defensa y los derechos de los trabajadores, por no citar más que algunos ejemplos. Los derechos subjetivos se dividen en derechos reales y personales, según que la facultad del sujeto se ejercite en primer término sobre una cosa (res, en latín) o se dirija a una o varias personas.¹⁴⁶

Es el derecho como facultad que deriva de una norma, jurídica el sentido como debe tomarse para la correcta interpretación del precepto legal que nos ocupa, pero sin reducirlo únicamente a derechos reales y derechos personales como lo hace el padre Villoro, sino cualquier facultad que otorgue una norma jurídica a una persona y excluyéndose por tanto cualquier otro tipo de derechos, como los morales a los que deriven de un convencionalismo social o la religión.

Es irrelevante si el derecho que se pretende hacer efectivo existe realmente o no, es suficiente que por una apariencia objetiva, el sujeto activo crea de buena fe que el derecho que desea ejercitar le pertenece, el delito no se modifica en ninguno de sus aspectos por la circunstancia de que el derecho ejercido fuera verdadero y realmente existente o imaginario y erróneamente supuesto, pero en este último caso debe haber circunstancias reales y tangibles, es decir, apreciables objetivamente, que hayan conducido al agente al error, estamos pues, en presencia de un elemento subjetivo del tipo. Sobre el particular nos dice Carrara:

«...Por lo tanto, para la esencia de este delito es indiferente que el derecho ejercido sea verdadero y justo, o supuesto e injusto, pues el delito no está en haber violado la justicia en su sustancia, sino en haberla violado en la forma.»¹⁴⁷

La pretensión de hacer efectivo un derecho por medio de la violencia, lleva

¹⁴⁶ Miguel Villoro Torranzo. Ob. cit. pág. 6.

¹⁴⁷ Francesco Carrara. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen V. Ed. Temis. Bogotá, 1986. pág. 432

implícito el disentimiento ajeno verdadero o presunto, pues de otro modo no habría necesidad de emplear violencia, pero no forma este disentimiento un elemento especial de este delito como afirma Carrara.¹⁰⁰

En la opinión de Maggiore¹⁰¹ la cosa o el derecho que se pretende ejercitar debe estar en posesión o en el disfrute actual de otros, esto es, de personas distintas del agente. No es precisa una posesión legítima y amparable por acción conservatoria; basta con una posesión de hecho. Según este autor, el que disfruta actualmente de un derecho y lo defiende, no puede responder del delito consistente en hacerse justicia por su propia mano, porque la ley ampara el "status quo". Cuando no hay violación de la posesión ajena, sino continuación de la propia, no hay ejercicio arbitrario, por el conocido principio "qui continuat non attentant" (el que persevera en su derecho no comete delito).

Resulta lógico que si el titular de un derecho se encuentra en el ejercicio actual de él, no necesita ejercer violencia para reclamarlo pues se encuentra ejercitándolo efectivamente y si alguien pretende privarlo de él, puede defenderlo legítimamente, pues no se encontraría en un caso de autojusticia, sino en la legítima defensa de un bien jurídico.

Se discute en la doctrina italiana, si la persona que ejerce el pretense derecho puede ser distinta de la que es titular de éste. Al respecto se dió en un tribunal italiano, una resolución judicial en el siguiente sentido:¹⁰²... Y es indiferente que el pretense derecho se a del agente o de otra persona, no habiendo razón moral o jurídica para excluir dicho delito, cuando alguno arbitrariamente ha ejercido un derecho en nombre y por cuenta de otro.¹⁰³

¹⁰⁰ Idem pág. 435.

¹⁰¹ Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III. Cuarta Edición. Ed. Temis. Bogotá, 1955. Págs. 396 y 397.

¹⁰² C.S., 9 de febrero 1932, "Giust. Pen.", 1932, II, 957. Citada por Giuseppe Maggiore. Ob. cit. pág. 395.

Consideramos que si hay razón para excluir dicho delito, cuando una persona distinta del titular del derecho lo ejercita con desconocimiento o contra la voluntad de éste, pues no es justificable que un tercero sin un interés legítimo, pueda entrometarse en asuntos ajenos, además de que el nombre del delito es el de "ejercicio indebido del propio derecho", y como puede apreciarse, hace referencia únicamente un "propio derecho" y cuando el Código Penal ha querido referirse a derechos u otros bienes jurídicos propios y ajenos, lo ha hecho expresamente, como en el caso de la fracción III del artículo 15, que habla de la defensa legítima de "bienes jurídicos propios o ajenos."

Observando el problema a la luz del artículo 13 del Código Penal, podemos dar la siguiente solución: si la persona distinta al titular del derecho, por un acuerdo previo con él, fué el medio por el cual éste cometió el delito, o bien si realizó el delito conjuntamente con el titular del derecho, será responsable de la comisión del delito que estamos estudiando, si por el contrario, el agente decidió ejercitar el derecho de otro por iniciativa propia, cometerá un delito diverso o caerá en una atipicidad.

A reserva de retomar el problema en el siguiente capítulo, puedo aclarar lo anterior con el siguiente ejemplo: Una persona en calidad de comprador, ha celebrado verbalmente un contrato de compraventa respecto a un bien mueble por lo cual ha pagado determinado precio. sin embargo el vendedor, después de recibir el precio pactado, se niega a entregar al comprador el bien. El titular del derecho, en este caso, el comprador conociendo lo engorroso de los trámites judiciales y sabiendo la dificultad que tendrá para probar la entrega del precio al vendedor, puesto que el contrato fué verbal y sin presencia de testigos, decide obligar violentamente a su deudor a entregarle la posesión de bien adquirido, pero sabiéndose físicamente más débil que su deudor y poco hábil en el manejo de las armas, solicita la ayuda de un tercero y poniéndolo previamente al tanto del caso, inmovilizan al deudor atándolo de manos y pies, logrando de esta manera tomar el titular del derecho la posesión del bien legítimamente adquirido.

En este caso, los responsables no cometieron el delito de robo, pues no se reúnen todos los elementos de dicho tipo, ya que no se trata de una cosa ajena, sino propia del agente pues la propiedad ya se le había transmitido por mero efecto del contrato, tanto el titular del derecho como el tercero, cometieron el delito de ejercicio indebido del propio derecho puesto que emplearon violencia al ejercitar un derecho sustancialmente justo.

A la misma conclusión llegaríamos en el caso de que el comprador se hubiera abstenido de acompañar al tercero a la comisión material del delito y únicamente se hubiera limitado a dar instrucciones al tercero; tanto el titular del derecho, como el tercero serían responsables del delito de ejercicio indebido del propio derecho.

Pero en cambio, si el tercero decidiera ejercitar el derecho del titular por iniciativa propia, pensando que aquel se lo habría de agradecer o bien decide ejercitar el derecho aún contra la voluntad del titular por considerar que evitaría de este modo una injusticia; el tercero cometería el delito de robo con violencia, pues realiza la conducta prevista en el artículo 367 con la calificativa prevista en el artículo 372, ambas disposiciones del Código Penal.

5.2.2 Empleo de medios violentos.

La violación de la justicia en la forma a que se refiere Carrara, es precisamente el emplear medios violentos para ejercitar un derecho que, por lo menos en la noción del agente es sustancialmente justo por derivar de una facultad otorgada por el ordenamiento legal.

El activo desea ejercitar su derecho subjetivo, pero encuentra en el disentimiento ajeno un obstáculo que le impide hacerlo efectivo, y en lugar de acudir a la autoridad competente para que constriña a quien se opone para que permita el ejercicio de su derecho, decide emplear violencia para remover dicho obstáculo.

Para el Diccionario de la Lengua Española, la palabra violencia, que proviene del latín ¹¹¹ "violentia", significa. "Calidad de violento. Acción y efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder..." Y violentar significa. "Aplicar medios violentos o cosas o personas para vencer su resistencia."¹¹²

Escriché nos dice que violencia es: "La fuerza que se usa contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere por medios a que no puede resistir... Hay verdadera violencia cuando es capaz de hacer impresión a una persona razonable, inspirándole temor de esponer (así) su persona y su fortuna, o las personas a quienes ama, a un mal grave y presente... y el mal ha de ser presente, pues la amenaza de un mal futuro no causa violencia..."¹¹³

Rafael de Pina define la violencia como la: "Acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce."¹¹⁴

Consideramos que son aplicables en lo conducente al tema que estamos tratando, las disposiciones del Código Penal relativas al robo con violencia y la doctrina respectiva.

La doctrina distingue entre la violencia sobre las personas y la violencia sobre las cosas. El Código Penal en su artículo 373 distingue la violencia sobre las personas en física y moral.

¹¹¹ "Violencia", Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. (Bibliográfica Argentina Omeba. Buenos Aires, 1968.) Pág. 784.

¹¹² Joaquín Escriche. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Nueva edición. Librería de Ch Bouret. México, 1888. Págs. 1938 y 1939.

¹¹³ Rafael de Pina. Diccionario de Derecho. Décimo primera edición. Ed. Porrúa. México 1983. Pág. 486.

La violencia sobre las personas puede ejercitarse sobre el pasivo o bien a una persona distinta que se halle en compañía de él. Así mismo, puede ejercitarse en el momento de la comisión del delito o después de consumado éste, para proporcionarse la fuga o defender el objeto.⁴⁴⁴

La violencia física en las personas implica una acción material sobre el cuerpo del ofendido, a quien se le obliga contra su voluntad a permitir al activo ejercitar el derecho que pretende tener, por medios que no puede evadir. Puede consistir en maniobras materiales como golpes, ataduras, amordazamiento o sujeción.

Jiménez Huerta⁴⁴⁵ explica que la violencia física se da cuando se impide corporalmente a la víctima defender el objeto de que se ve privado, es decir, imposibilitarlo muscularmente a poner en juego sus naturales reacciones orgánicas para proteger el objeto, ya sea paralizándolo o dificultando la acción del culpable. Hay violencia física cuando se golpea, amordaza, ata o se encierra en una habitación al ofendido o a una persona distinta que se halla en su compañía.

No es necesario que la fuerza material sea irresistible, esto es, que reduzca a una total y completa impotencia a la persona sobre que se ejerce; basta que disminuya, aunque sólo fuere en parte, su libertad de movimientos, pues el empleo de la más mínima fuerza material, además de dificultar físicamente la reacción de la víctima para defender o recuperar la cosa, tiene un enorme poder intimidante, cuenta habida de que el lógico que quien la sufre piense en la intensidad de los males que esperan en caso de que intente resistir la fuerza material que sobre ella se hace.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Artículo 374 de Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

⁴⁴⁵ Mariano Jiménez Huerta, Derecho Penal Mexicano, Tomo IV, La Tutela Penal del Patrimonio, Cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 1981, Pág. 65.

⁴⁴⁶ Ibidem.

El artículo 373 del Código Penal nos dice que la violencia moral se da cuando se amaga o amenaza a una persona, con un mal grave, presente o inmediato capaz de intimidarlo.

Al respecto nos comenta Jiménez Huerta¹⁴⁷ que amenaza o amaga quien para ejecutar el delito da a entender, con actos, palabras, ademanes, al sujeto pasivo o a la persona que se halle en su compañía, que le inferirá un mal si opone resistencia, así como también quien después de consumado el delito diere a entender o hiciera ademán o cualquier persona, de inferirle un mal si obstaculiza su huida o intenta recuperar el objeto.⁸

El mal con que se amenaza o amaga debe tener las siguientes características: a) que sea grave, b) presente o inmediato y c) capaz de intimidar a la persona amenazada.

Es grave aquello que reviste mucha entidad o importancia, será grave aquel mal que amenaza con privar de la vida o con inferir alguna lesión corporal, pues estos males, dada su magnitud, son idóneos para enervar o destruir la libertad de las personas.

Es presente o inmediato el mal que amaga o amenaza en cualquier instante del proceso ejecutivo o en un momento posterior al consumativo con causar un mal en este mismo instante o en un futuro muy próximo.

Es presente o inmediato el mal que amaga o amenaza en cualquier instante del proceso ejecutivo o en un momento posterior al consumativo con causar un mal en ese mismo instante o en un futuro muy próximo.

Que el mal sea capaz de intimidar a la persona amenazada quiere decir que debe hacer surgir en el amenazado la representación de un peligro que coarte su libre voluntad. No es necesario que se demuestre objetivamente que el mal era real y

¹⁴⁷ Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. pág. 66.

cierto; basta que tenga la suficiente apariencia objetiva para subjetivamente intimidar. Si para perpetrar el delito se amenaza con una pistola descargada o de juguete, la violencia moral subsiste, pues el amenazado ignoraba la inocuidad del arma, y su apariencia objetiva crea la representación de un peligro capaz de intimidarlo. Las amenazas o amagos que integran la violencia moral son circunstancias de hecho, esto es particularidades fácticas de la conducta ejecutiva del delito, no pueden ser apreciadas si, en realidad, el agente no ha dado a entender con hechos o palabras que se proponía inferir algún mal grave o no ha hecho algún o demostración de este propósito. Prevalerse o aprovecharse el culpable del miedo o temor que su presencia inspira por su mala fama, no es por sí bastante para constituir la violencia moral¹⁴⁸

Es obvio que la amenaza debe ser injusta, pues en caso contrario, por falta de anti-juridicidad, no habría delito; por ejemplo, si se amenaza con denunciar los hechos ante la autoridad competente.

No puede hablarse tampoco de violencia arbitraria cuando se obra en ejercicio de un derecho, permaneciendo -en cuanto a la sustancia y a la forma- dentro de los límites legales; en tal caso falta la justicia informal de que hablaba CARRARA, y el hecho se justifica...¹⁴⁹

La violencia sobre las cosas es la que se ejerce para vencer los medios materiales defensivos del objeto del delito, con el empleo de medios contrarios a los normales y propios para que actúen sobre dichas defensas, a fin de que, vencidas éstas, pueda obtenerse, la libre disposición del objeto, (por ejemplo: romper un vidrio, cortar una cadena). Por recaer sobre las cosas, la violencia quebranta la protección que el poseedor dispensa a las cosas que están en su posesión, encerrándolas, guardándolas, rodeándolas de obstáculos materiales que las defiendan; conducta con la que muestra bien claramente que su voluntad es contraria a todo género de actos encaminados a sacarlas del lugar donde se

¹⁴⁸ Idem págs. 67 y 68.

¹⁴⁹ Giuseppe Maggiore. Ob. Cit. pág. 402.

encuentran y privarle de su posesión. la violencia debe guardar relación directa con el ejercicio del pretendido derecho, debe ser concomitante con él y no independiente de él. si se hiciera uso de la violencia sobre las cosas para procurarse impunidad o para aprovecharse del objeto del delito mismo, se configurará este elemento del tipo.¹²⁰

Respecto a la violencia sobre las cosas, Maggiore insiste en que no hay que olvidar que las cosas sobre las cuales recae la violencia, deben estar en posesión de otros, aunque pertenezcan al agente. Por lo tanto no comete el delito de que tratamos, el que otra con violencia sobre cosas cuya posesión exclusiva tiene actualmente. Para ejemplificar lo anterior, el autor cita el caso de una sociedad proveedora de agua, gas o energía eléctrica, que, por incumplimiento del contrato o por otro motivo, corta los tubos o hilos externos que conducen el gas, agua o energía eléctrica y afirma que sólo la parte de tubos o hilos que existen en el interior de la finca, puede decirse que están en posesión del usuario.¹²¹

Especial dificultad práctica presenta la determinación de la violencia en el ejercicio de un derecho cuando el comportamiento consiste en un mero retener, como podría acontecer cuando por un motivo diverso a la voluntad del deudor a cumplir con su obligación, llegara un bien de éste a manos de su acreedor, en este caso, si el bien del cual se le ha transmitido la tenencia consiste precisamente en la prestación debida, el titular del derecho está facultado para retenerlo aún con medios violentos al amparo de la legítima defensa, sin importar los motivos que haya tenido el deudor para entregarle el objeto, y aún en el caso de no tratarse de la prestación debida, considero que no se integraría el tipo del ejercicio indebido del propio derecho ya que no habría relación directa entre la violencia empleada con la decisión del deudor para entregarle el bien a su acreedor y esta posesión de hecho que se le ha transmitido, también está tutelada por el Derecho, pues no se le puede privar de ella sin su consentimiento sino mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las

¹²⁰ Raúl Carrancá y Trujillo y otro. Código Penal Anotado. Décima tercera edición. Ed. Porrúa. México, 1987. pág. 844.

¹²¹ Giuseppe Maggiore. Ob. Cit. Págs. 399 y 400.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes que se expidan con anterioridad al hecho.

3.3 Momento consumativo.

El delito se consume cuando el agente emplea la violencia con el fin de ejercitar un derecho, sin importar si se consigue o no el objetivo, pero se requiere que haya potencialidad en los medios empleados. La tentativa es admisible cuando, además de no verificarse el resultado, la acción no sea llevada su realización lo cual sólo es posible en el caso de pretenderse hacer efectivo un derecho mediante el uso de violencia sobre las cosas.

Manzini opina igual respecto a la admisibilidad de la tentativa, pues distingue entre ejercicio arbitrario con violencia sobre cosas y ejercicio arbitrario con violencia sobre personas; en el primer caso, en que se trata de un delito material, admite la tentativa (como si alguno, al comenzar a romper una puerta, se ve impedido para continuar); en el segundo caso, por tratarse de un delito formal, este debe tenerse como perfecto apenas se cumple un acto de amenaza o violencia sobre las personas.¹²²

3.4. Bien jurídico protegido.

El origen de la creación de este precepto, corroborado por su colocación sistemática como delito cometido contra la administración de justicia, es el de la defensa del interés político de monopolización por parte del Estado de la impartición de justicia. El artículo 226 respondió a la necesidad de reafirmar el principio de que "nadie puede hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar su derecho" establecido en el artículo 17 constitucional.

¹²² Manzini. Citado por Giuseppe Maggiore. Ob. cit. pag. 403

«...responde a un interés público el impedir la autodefensa del individuo, el reprimir toda forma de *vis privata* (violencia privada), es decir, el evitar que un particular se haga justicia por sus propias manos, comprometiendo la paz pública. En el principio *constituta república vis abesto* (constituida la república, manténgase lejos la violencia), está la objetividad jurídica del delito de autojusticia; el Estado no puede abdicar en favor de cualquiera la potestad de proteger el derecho.»¹²³

«...su represión (de la autojusticia) corresponde a la necesidad de que en una sociedad bien ordenada la justicia se convierta en ciertas reglas prácticas que dirijan la conducta de los ciudadanos por medio del legislador, que es el único a quien le compete el derecho de dictar las leyes positivas del Estado, y que luego se administre esa justicia únicamente por los funcionarios provistos de la jurisdicción oportuna, no por la autoridad privada.

Y es necesaria, porque en ciertos actos podría no encontrarse violación del derecho universal que todos los ciudadanos tienen al respecto pleno y vigoroso de la justicia pública. Cuando alguien ejerce un derecho verdadero y real, no podría concebirse delito, es decir, lesión del derecho, en el mantenimiento de éste, si la lesión no se concibe con relación a la justicia considerada como institución social...»¹²⁴

La tesis de que el interés protegido lo detenta la administración de justicia ha sido contradicha con distintos argumentos, como el de que no se afecta ni ataca ésta, puesto que todavía no interviene, y simplemente se presinde de ella tomándose justicia por propia mano.

Contra este argumento, podemos apuntar que no se trata de un ataque a la labor de los tribunales establecidos, sino como ya se indicó, se trata de un ataque al interés por parte del Estado de monopolizar la impartición de justicia y de esta

¹²³ Giuseppe Maggiore. Ob.cit. pág. 393.

¹²⁴ Francesco Carrara. Ob. Cit. pág. 431.

manera garantizar el Estado de Derecho que debe prevalecer en cualquier nación civilizada.

Por su parte Antolsei considera absurdo entender el delito del ejercicio arbitrario del propio derecho, como delito contra la administración de justicia porque según él, en tal caso no es explicable que la lesión de dicho interés público acompañado de violencia sobre las cosas o sobre las personas, pueda determinar una atenuación de la pena, ni es explicable que aparezca como delito perseguible a instancia de parte.¹²⁸

Respecto a las observaciones de Antolsei, podemos decir que la menor gravedad del interés concreto lesionado, el menor reproche social a la conducta delictiva y la menor peligrosidad del activo determinan la menor gravedad de la sanción, respecto a otras figuras lesivas de la administración de justicia; y en cuanto a la querrela necesaria, ésta se puede explicar si consideramos que estamos en presencia de un delito pluriofensivo, pues en el artículo 226 aparece el ataque a la posesión de la cosa o el disfrute actual del derecho, con la misma relevancia que el ataque a la administración de justicia y es por ello que se establece el requisito de procedibilidad consistente en la querrela de la parte ofendida, considerando como tal a la persona frente a la que se ejercita el derecho.

3.3 Culpabilidad

La culpabilidad en el delito de ejercicio indebido del propio derecho es a título de dolo: conciencia y voluntad de usar violencia con el fin de ejercitar un derecho.

Carrara contempla a la culpabilidad como un elemento integrante del delito y opina que para darse este elemento, es necesario que se de un dolo especialísimo, enteramente propio de este delito y que es el conocimiento de estar realizando una

¹²⁸ F. Antolsei. Citado por Miguel Bajo Fernández. La realización arbitraria del propio derecho. Editorial Civitas S.A. España, 1976. Págs. 60 y 61.

cosa formalmente injusta, es preciso que el agente sepa que el derecho es disfrutado por otro y que éste no consiente en que se le prive de él y el desprecio a la justicia consistente en el reconocimiento de que se debe recurrir a la autoridad pública y la negativa a someterse a tal deber.

En realidad, como aquí el dolo no consiste en la intención de violar un derecho participar, sino en la de despreciar la justicia, no puede tener intención de ofenderla el que no recurre a ella porque cree que no está en el deber de hacerlo. Por lo tanto, es preciso, por una parte que se crea tener un derecho lo que excluye la intención de hacer algo sustancialmente injusto; pero también es preciso que se sepa que el ejercicio de ese derecho, ante la oposición de un tercero, exige la intervención de la autoridad pública, lo que expresa la intención de hacer algo formalmente injusto. No todo lo que se hace a pesar de otros, con la opinión de tener derecho a ello, es delito de autojusticia; y no lo es nunca cuando uno cree que tiene derecho, no sólo a hacer algo, sino también de hacerlo de esa manera.¹²⁶

Considero al igual que otros autores, como Antolisei que basta el dolo genérico, y que la opinión de que se necesita el dolo específico, deriva de la inexacta noción del dolo específico, pues el fin de ejercer un pretendido derecho, en verdad, no es otro que la intención de hacerse justicia por sí mismo, que constituye el propio hecho (acción y evento).¹²⁷

5.4 Requisito de procedibilidad.

No se puede proceder contra el autor de este delito sino por querrela de la parte ofendida.

¹²⁶ Francesco Carrara. Ob. Cit. pág. 44L

¹²⁷ F. Antolisei. Citado por Héctor Fabras Cordero. Curso de Derecho Penal. Parte Especial. Talleres Gráficos Universitarios. Venezuela, 1966. Págs. 324 y 325.

Esto se explica, como hemos explicado anteriormente, porque el delito de ejercicio indebido del propio derecho es una figura pluriofensiva, que atenta tanto contra el monopolio estatal de la justicia, establecido como presupuesto necesario del Estado de Derecho, como contra la posesión de una cosa o el disfrute actual de un derecho y es por ello que se establece el requisito de la querrela de la parte ofendida para proceder contra el autor del delito, considerando así a la persona que detenta materialmente el derecho y que sufre las consecuencias del ejercicio indebido, es decir, la persona frente a la cual se ejercita el derecho.

5.7 Penalidad.

Pena alternativa consistente en prisión de tres meses a un año o 30 a 90 días de multa.

5.8 Concurso aparente del ejercicio indebido del propio derecho con otros tipos.

Consideramos que el ejercicio indebido del propio derecho es una figura subsidiaria, es decir, sólo es aplicable en el caso de que la conducta no esté descrita en otro tipo penal.

Sin embargo, creemos que la conducta prevista en los delitos de amenazas, lesiones que no pongan en peligro la vida del ofendido y tardan en sanar menos de 15 días y un daño mínimo causado al ejercer violencia sobre las cosas, son subsumibles, cuando se comentan con el propósito de hacer efectivo un derecho, en el tipo de ejercicio indebido del propio derecho, pues estas conductas figuran como elementos constitutivos de dicho tipo (empleo de medios violentos), cuando sirvieron como medio para el ejercicio indebido y de no ser consideradas así, se destruiría por completo la noción del ejercicio indebido del propio derecho.

Pero si al ejercitar violencia, con el propósito de hacer efectivo un derecho, se somete una conducta delictiva de mayor gravedad a las enumeradas en el párrafo anterior, el ejercicio indebido del propio derecho es absorbido por el delito resultante en virtud de su mayor entidad valorativa, no obstante que la intención

de la causa, deberá considerar la intención del sujeto activo de hacer efectivo su derecho para efectos de atenuar la pena, dentro del mínimo y el máximo aplicable al tipo penal absorbente.

Así mismo, negamos que pueda darse el concurso ideal del ejercicio indebido del propio derecho, con estos tipos penales de mayor entidad valorativa, ya que son incompatibles. Afirmar lo contrario traería un resultado a todas luces injusto y que consistiría en sancionar con mayor severidad al agente que pretendió ejercitar un derecho, que al agente que se encontraba perfectamente consciente de la injusticia con que cometía la acción.

Así pues, no podrá darse el concurso ideal del delito en estudio con otros tipos cometidos con violencia ya que los absorbería o quedaría absorbido por éstos. Si concurre con amenazas, lesiones que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de 15 días o con un daño en propiedad ajena mínimo, el ejercicio indebido del propio derecho absorbe estas conductas; si concurre con allanamiento de morada, lesiones más graves, homicidio, privación de la libertad, daño en propiedad ajena mayor, motín, piratería o cualquier otro que implique el uso de violencia, el ejercicio indebido queda absorbido por éstos.

Al quedar tan reducida la aplicación del artículo 226 en virtud de las razones expuestas, se presenta una cuestión: ¿Cuál fue el propósito de crear este tipo penal?; según los motivos expuestos con la iniciativa del ejecutivo, en que se propuso la creación de este nuevo tipo, la intención fue procurar impedir la autojusticia proscrita por el artículo 17 constitucional, sancionando al titular de un derecho o al que ostentándose como tal, lo ejerciera con violencia, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión; ¿pero qué acaso no estaba ya suficientemente sancionada la autojusticia con los tipos penales ya existentes?, pues como expresaba Mantilla Molina antes de la creación de tipo en estudio a propósito del artículo 17 constitucional "...Al particular que, con el propósito de hacer valer un derecho, invada una propiedad ajena, o penetre sin consentimiento del arrendatario en los locales que tiene arrendados, o tome por sí mismo el bien que había confiado en depósito y cuya restitución se le niega, etc. se le impondrá una sanción no con base al artículo 17 de la Constitución, sino

con base en el precepto del código penal que castiga el despojo de inmuebles, el allanamiento de morada, el robo, las lesiones, etc.¹²⁸

Y tal vez pensando en lo anterior, Antolsei hizo la siguiente afirmación: "No hay ninguna necesidad de contemplar, como delito propio, el ejercicio arbitrario de las propias razones; bastaría considerar como circunstancia atenuante para algunos delitos el fin de ejercitar un pretendido derecho."¹²⁹

Para aclarar las cuestiones planteadas, y en contra de lo que apunta Antolsei, podemos decir, que si bien la mayor parte de posibles ejercicios violentos del propio derecho eran encuadrables en los tipos penales de los que hemos hablado como absorbentes del tipo previsto en el artículo 226, o bien absorbibles en él, no eran previstos todos, por ejemplo, no era posible castigar por ausencia de figura típica al que ejerciendo violencia física, pero sin causar lesión alguna, se apoderara de una cosa propia en poder de otro y por ello fue necesario crear el tipo que se establece en el artículo 226, teniendo éste una aplicación subsidiaria en caso de no poderse encuadrar la conducta en ninguno de los tipos que existían anteriormente.

¹²⁸ Roberto L. Mantilla Molina, "Sobre el Artículo 17 Constitucional", Revista de la facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo VIII 31-32 (Julio-diciembre de 1958) págs. 141 a 159.

¹²⁹ F. Antolsei. Citado por Miguel Bajo Fernández. Ob. cit. pág. 81.

CAPITULO VI

EXAMEN DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN LOS DELITOS DE ROBO, ABUSO DE CONFIANZA, FRAUDE, EXTORSION, DESPUDO Y DAÑO EN PROPIEDAD AJENA COMETIDAS CON LA INTENCION DE HACER EFECTIVO UN DERECHO.

6.1 Robo

El artículo 367 del Código Penal describe al robo como el apoderamiento de una cosa ajena, mueble, sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

Cuando realmente existe un derecho, y el agente pretende hacerlo efectivo apropiándose de una cosa mueble que se encuentra en posesión del deudor, sin duda se dan los elementos del robo consistentes en el "apoderamiento" y el de "cosa mueble", pero en cuanto a los demás debemos hacer las siguientes distinciones para determinar si se dan o no los restantes elementos del tipo:

El elemento de "cosa ajena" no se da, si el apoderamiento versa precisamente sobre la cosa debida, cuya propiedad se había transmitido ya, por mero efecto del contrato. Si el apoderamiento versa sobre una cosa distinta a la debida, si se da este elemento por no habersele transmitido al titular del derecho la propiedad de la cosa. Si el apoderamiento de la cosa debida, lo realiza un tercero con consentimiento del titular del derecho, tampoco se da este elemento, pues el tercero fue únicamente el instrumento de que se valió el titular para apoderarse de una cosa de su propiedad; pero si el tercero realiza el apoderamiento sin consentimiento del titular, si se da el elemento de "cosa ajena".

En cuanto al elemento "sin derecho" podemos decir que el que se apodera de la cosa debida de la que se le había transmitido la propiedad pero no la posesión, actúa amparado con la causa de justificación establecida en la fracción V del artículo 15 del Código Penal, sólo cuando exista necesidad racional del medio empleado, y sólo

habría tal necesidad racional para apoderarse de la cosa, antes de recurrir a la instancia judicial, en el caso de que el deudor estuviera a punto de desaparecer llevándose consigo la cosa, pues en ese caso la justicia llegaría demasiado tarde. El titular de un derecho que se apodera de una cosa distinta a la debida, definitivamente actúa "sin derecho", pues aunque tiene derecho a que se le pague, no tiene derecho alguno sobre la cosa de la que se apoderó. En cuanto al tercero que actúa con consentimiento del titular del derecho, corre con la misma suerte que correría éste, si realizara el apoderamiento personalmente; si actúan sin consentimiento del titular actúa siempre "sin derecho".

Por lo que respecta al elemento "sin consentimiento de la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley", si el apoderamiento que realiza el titular del derecho o el tercero con su consentimiento, recae sobre la cosa debida cuya propiedad ya se había transmitido, no se da este elemento, pues la persona que puede disponer de la cosa con arreglo a la ley es el dueño. Obviamente si se da el elemento si el tercero no cuenta con el consentimiento del titular.

Podemos concluir que cuando existe efectivamente un derecho y éste intenta hacerse efectivo mediante el apoderamiento de una cosa mueble que está en posesión del deudor, esta conducta sólo constituye robo, si el activo se apodera de una cosa distinta a la debida o si se comete por un tercero sin consentimiento del titular. Por lo tanto no se da este delito cuando el titular del derecho se apodera de la cosa precisamente debida o lo hace un tercero con consentimiento del titular. Para que esta última conducta pudiera integrar el tipo previsto en el artículo 226 de Código Penal es necesario que se haya empleado violencia, de no ser así, estaríamos en un caso de autojusticia no tipificado.

En el caso de haber una creencia errónea sobre la existencia de un derecho y la intención del agente fue apoderarse precisamente de la cosa de la cual se pensaba dueño, se dan todos los elementos del robo, sin embargo falta el de la culpabilidad por ausencia de dolo. Igualmente, para que esta conducta pueda configurar el delito de ejercicio indebido del propio derecho, es necesario que se haya empleado violencia.

En caso de haber una creencia errónea sobre la existencia del derecho y la intención del agente fue apoderarse de una cosa distinta a la debida, se dan todos los elementos del robo y además el de la culpabilidad.

En cualquiera de estos dos últimos casos el tercero que actúe con consentimiento del titular correrá la misma suerte que éste, pero si actúa sin dicho consentimiento, sin duda se configurarían todos los elementos del robo.

6.2 Abuso de confianza.

El artículo 382 del Código Penal, describe al delito de abuso de confianza como la disposición para si o para otro, con perjuicio de alguien, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se haya transmitido la tenencia y no el dominio.

Si el titular de un derecho le es entregado por su deudor un bien mueble, sin la intención de transmitirle el dominio y aquel dispone de la cosa con el propósito de hacer efectivo su derecho, podemos observar que se dan los elementos de "disposición para si o para otro", "cosa mueble" y "previa acción de transmitir la tenencia". Pero respecto al elemento "cosa mueble" y "previa acción de transmitir la tenencia". Pero respecto al elemento "cosa ajena" caben las mismas aclaraciones que hicimos respecto al robo: si el derecho existe realmente y el apoderamiento es precisamente de la cosa decida de la cual ya se habia transmitido la propiedad, no se da este elemento, pero si la disposición recae en una cosa distinta a la debida, si se da este elemento; si hubiese una creencia errónea sobre la existencia del derecho, el elemento "cosa ajena" si se daría. Respecto al elemento "perjuicio de alguien" no se da si el derecho existe realmente y lo entregado no exceda en valor al derecho, pero si se da si existía la creencia errónea del derecho. Sin embargo, en el caso del error en la existencia del derecho, a pesar de darse todos los elementos del abuso de confianza, no se da el elemento de la culpabilidad por la ausencia de dolo (ánimus lucrandi).

Si la cosa mueble fuera entregada por el deudor a un tercero que tuviera conocimiento de la existencia del derecho titular, sin la intención de transmitirle

el dominio, y el tercero dispone de la cosa para entregársela al titular, se dan todos los elementos del abuso de confianza excepto el de "con perjuicio de alguien", en caso de existir en realidad el derecho y de que el valor del bien no exceda el del derecho, ya que no se daría un perjuicio patrimonial. Si el derecho no existiera realmente sí se daría el perjuicio patrimonial, sin embargo si el tercero estaba en la creencia de su existencia, no se da el elemento de la culpabilidad.

El acto de disponer el titular de un derecho, o un tercero de un bien mueble del cual se le ha transmitido la tenencia pero no el dominio, con la intención de hacer efectivo un derecho y sin que exceda el valor del bien mueble al del derecho, es un caso de autojusticia que no se encuentra tipificado.

4.3 Fraude.

El artículo 386 del Código Penal nos dice que comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido.

En el caso de que el titular de un derecho o un tercero engañe a una persona o aproveche su error para lograr la entrega de una cosa, con la intención de hacer efectivo el derecho, no se da el elemento del lucro si existe realmente el derecho y el valor de lo obtenido no supera al del derecho, si lo supera, habrá fraude por la diferencia.

En caso de no existir efectivamente el derecho, pero habiéndose creído de buena fe en su existencia, habrá una causa de inculpabilidad por ausencia del *ánimus lucrandi*.

Obtener la satisfacción de un derecho o un pretendido derecho por medio del engaño o el aprovechamiento del error del deudor, es otro caso de autojusticia no típico.

6.4 Extorsión.

Según el artículo 390 del Código Penal, comete el delito de extorsión el que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial.

Si el titular de un derecho obliga a su deudor a darle alguna cosa, con la intención de hacer efectivo su derecho, y el derecho existe realmente, sólo se da el elemento "obligar a otro a dar" y por lo tanto no habrá extorsión; si el derecho es inexistente se darán todos los elementos de la extorsión pero faltará el de la culpabilidad. En cualquiera de estos casos podrá darse el tipo del ejercicio indebido del propio derecho si se emplea violencia para obligar al deudor a dar la cosa.

Si es un tercero el que obliga al deudor a darle una cosa para hacer efectivo el derecho del titular y obra con consentimiento de este, correrá la misma suerte que él; si obra sin su consentimiento y el derecho existe realmente, se darán los elementos de "obligar a otro a dar" y "ausencia de derecho" pero faltará el de "obtención de lucro o perjuicio patrimonial"; si el derecho no existía realmente, pero se creía en él, se darán todos los elementos de la extorsión, pero faltaría el de la culpabilidad por ausencia de dolo; no podría en este caso darse el tipo de ejercicio indebido si el tercero sin consentimiento empleare violencia, pues como hemos indicado anteriormente, para que se integre este delito, es necesario que el derecho sea ejercido por su titular o un tercero que actúe conjuntamente con él o por sus instrucciones, por supuesto que si la violencia empleada por el tercero constituye un delito, le será aplicada al tercero la pena correspondiente a ese delito.

6.5 Despojo.

Comete el delito de despojo según el artículo 395 del Código Penal: 1) el que de propia autoridad y haciendo violencia, furtivamente o empleando amenaza o engaño, ocupe un inmueble ajeno o haga uso de él o de un derecho real que no le pertenezca

II) el que de autoridad propia y haciendo uso de los medios indicados, ocupe un inmueble de su propiedad, en los casos en que la ley no lo permita por hallarse en poder de otra persona o ejerza actos de dominio que lesionen derechos legítimos del ocupante III) el que en términos de las fracciones anteriores cometa despojo de aguas.

Si el titular de un derecho pretenda hacerlo efectivo ocupando un inmueble desocupado o usando un derecho real, de propia autoridad y haciendo violencia, amenazando, engañando o furtivamente, existiendo realmente el derecho, y ocupa o usa precisamente el inmueble que le es debido, cuya propiedad ya se le había transmitido por efecto del contrato, o bien use el derecho real que ya se le había transmitido, no comete despojo por falta del elemento "ajeno", pero en este caso si se emplea violencia o amenaza, se comete el delito de ejercicio indebido del propio derecho. Si ocupa el inmueble o usa el derecho real un tercero, con el propósito de hacer efectivo el derecho del titular, con su consentimiento, ambos siguen la misma suerte, pero si realiza la conducta sin consentimiento del titular, comete el delito de despojo pues se integran todos los elementos del delito.

En este caso planteado, si la existencia del derecho resultara errónea, en el caso del titular del derecho y el tercero con consentimiento, se integrarían todos los elementos del despojo, pero habría causa de inculpabilidad respecto a ese delito, sin embargo, serían culpables de ejercicio indebido del propio derecho si hubieren empleado violencia o amenazas. El tercero que actúa sin consentimiento del titular resultaría igualmente culpable de despojo.

En el caso de que el titular de un derecho quisiera hacerlo efectivo ocupando un inmueble que se encuentra ocupado, de propia autoridad, utilizando violencia, amenaza, engaño o furtivamente, cometería despojo. Obviamente correría en este caso la misma suerte el tercero que quisiera ejercita el derecho del titular.

6.4 Daño en propiedad ajena.

Según lo que dispone el artículo 399 del Código Penal, se comete el delito de daño

en propiedad ajena, cuando por cualquier medio se cause daño destrucción o deterioro de cosa ajena, o de cosa propia en perjuicio de tercero.

Considerando aquí el daño, no como el causado al emplear violencia sobre las cosas con el fin de hacer efectivo un derecho, sino como el daño que se causa siendo éste el objetivo directo del agente que pretende así la destrucción de una obra material que la cree lesiva de su propia derecho, resultan intrascendentes los motivos que haya tenido el agente para la causación del daño, pues éstos no influyen en la integración de los elementos del tipo ni en el dolo, pues para que se de éste, basta que se quiera causar el daño, sin importar que se pretenda con esto hacer efectivo un derecho.

En todos los casos anteriores en los que se concluyó que no obstante la intención del agente de hacer efectivo un derecho, se da la comisión de uno de los delitos contra las personas en su patrimonio ¿podría decirse que hay una causa de justificación por el ejercicio de un derecho?

La respuesta parece ser negativa, en virtud del requisito exigido por la fracción V del artículo 13 del Código Penal, consistente en la existencia de la necesidad racional del medio empleando, pues no creemos que ésta se de en el ejercicio de un derecho patrimonial, el cual debe reclamarse ante los tribunales. Podría sin embargo haber causa de justificación, en el caso que apuntábamos a propósito del robo, de que el deudor estuviera a punto de desaparecer con la cosa debida y la justicia llegaría demasiado tarde.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La tendencia primitiva del hombre ha sido el hacerse justicia por si mismo. Esta tendencia se ha desarrollado en sociedades rudimentariamente constituidas y cuando el poder estatal ha sido débil, pero a medida que el poder estatal fue aumentando, éste intentó limitar el daño que podía causarse al vengar una ofensa, trató de sustituirlo por una compensación económica y estableció limitaciones al ejercicio de venganza, las cuales aumentaron conforme se fue consolidando el poder estatal, hasta llegar a la prohibición categórica a los individuos de hacerse justicia por propia mano y para ejercer violencia para reclamar su derecho, asignando al Estado la exclusividad de la impartición de justicia.

SEGUNDA.- El artículo 17 constitucional tiene un orden filosófico-jurídico y contiene los principios que inspiran al sistema judicial mexicano.

Dicho artículo contiene la prohibición para hacerse justicia por si mismo y asigna en exclusiva al Estado la función de impartir justicia. La función jurisdiccional encargada al Estado de manera exclusiva, representa una etapa avanzada en el desarrollo del hombre en sociedad y un presupuesto necesario en un Estado de Derecho ya que la autojusticia se encuentra absolutamente proscrita de toda comunidad civilizada.

TERCERA.- El tipo penal del ejercicio indebido del propio derecho establecido en el artículo 226 del Código Penal, fue creado recientemente, con el propósito de impedir la autojusticia proscrita por el artículo 17 constitucional. La incriminación del hecho tiene como fin el impedir la violenta sustitución de la actividad individual a la actividad de los órganos estatales con actividad jurisdiccional.

CUARTA.- En este delito se comprenden únicamente las conductas violentas, sin considerarse otros casos de autojusticia en los que no se emplea ésta.

QUINTA - Los elementos del tipo son: a) la intención de hacer efectivo un derecho o un pretendido derecho y b) el empleo de medios violentos.

SEXTA - En cuanto al primer elemento, el sentido como debe tomarse la palabra "derecho" para la correcta interpretación del artículo 226 del Código Penal, es como cualquier facultad que deriva de una norma jurídica, excluyéndose cualquier otro tipo de derechos.

Es irrelevante si el derecho que se pretende hacer efectivo existe realmente o no, basta con que el sujeto activo crea de buena fe que el derecho le pertenece en virtud de una apariencia objetiva que lo haya llevado a tal error.

El derecho que pretende ejercitarse, necesariamente debe ser propio. Si un tercer pretende ejercitar un derecho a nombre y por cuenta de otro, haciendo uso de medios violentos, obrando de acuerdo con el titular, cometerá el delito de ejercicio indebido del propio derecho, si por el contrario decidió el tercero ejercitar el derecho de otro por iniciativa propia, cometerá un delito diverso o caerá en una atipicidad.

SEPTIMA - En cuanto al segundo elemento, la violencia puede ser empleada sobre las personas o sobre las cosas; y la violencia sobre las personas puede ser física o moral, con aplicables en lo conducente las disposiciones relativas al robo con violencia y la doctrina respectiva.

OCTAVA - El delito se consume cuando el agente emplea la violencia con el fin de ejercitar un derecho, sin importar si se consigue o no el objetivo, pero se requiere que haya potencialidad en los medios empleados. La tentativa es admisible cuando además de no verificarse el resultado, la acción no sea llevada a su realización, lo cual sólo es posible en el caso de pretenderse hacer efectivo un derecho mediante el uso de violencia sobre las cosas.

NOVENA - Los bienes jurídicos protegidos en este delito son dos: a) La administración de justicia, considerada como el interés político de monopolización por parte del estado de la impartición de justicia para garantizar el Estado de Derecho que debe prevalecer en cualquier nación civilizada y b) la posesión de una

cosa o el disfrute actual de un derecho.

DECIMA.- El requisito de procedibilidad consistente en la querrela de parte ofendida, se explica por este último bien jurídico protegido que se ha mencionado.

DECIMA PRIMERA.- La culpabilidad en el delito de ejercicio indebido del propio derecho es a título de dolo: conciencia y voluntad de usar violencia con el fin de ejercitar un derecho.

DECIMA SEGUNDA.- El ejercicio indebido del propio derecho es una figura subsidiaria, sin embargo, los delitos de amenazas, lesiones que no pongan en peligro la vida del ofendido y tardan en sanar menos de 15 días y daño en propiedad ajena mínimo causado al ejercer violencia sobre las cosas, son subsumibles en el delito estudiado, pues figuran como elementos constitutivos del tipo (empleo de medios violentos), cuando sirvieron de medio para el ejercicio indebido, pues de no ser consideradas así, se destruiría por completo la noción del ejercicio indebido del propio derecho.

DECIMA TERCERA.- Si al ejercitar violencia, con el propósito de hacer efectivo un derecho, se comete una conducta delictiva de mayor gravedad a las enumeradas en la conclusión anterior, el ejercicio indebido se subsume por su menor entidad valorativa en el delito resultante, no obstante la intención del agente de hacer efectivo un derecho. En este caso, el juez de la causa deberá considerar esta intención para efectos de atenuar la pena dentro del mínimo y el máximo aplicable al delito resultante.

DECIMA CUARTA.- No puede darse el concurso ideal del ejercicio indebido del propio derecho con otros tipos cometidos con violencia ya que se subsumirían en él o quedaría subsumido en ellos. Si concurre aparentemente con amenazas, lesiones que no ponen en peligro la vida y tardan en sanar menos de 15 días o un daño en propiedad ajena mínimo, estos tipos quedan subsumidos en el ejercicio indebido del propio derecho; si concurre con cualquier otro tipo que implique el uso de violencia, el ejercicio indebido queda subsumido en éste.

DECIMA QUINTA.- La mayor parte de los ejercicios violentos del propio derecho, eran previstos ya en los tipos existentes antes de la creación del tipo estudiado, sin embargo no eran previstos todos y por ello fue necesaria la creación de éste teniendo una aplicación subsidiaria.

DECIMA SEXTA.- La intención de hacer efectivo un derecho al realizarse las conductas previstas en los delitos de robo, abuso de confianza, fraude, extorsión o despojo, puede influir en la integración de los elementos del tipo o en la culpabilidad. En el caso del daño en propiedad ajena, resulta intrascendente la mencionada intención para la integración de dichos elementos o de la culpabilidad.

DECIMA SEPTIMA.- Cuando a pesar de la intención de hacer efectivo un derecho, se comete uno de los delitos mencionados en la conclusión anterior, no puede decirse que se actúa al amparo de la justificante del ejercicio de un derecho.

BIBLIOGRAFIA

BAJO Fernández Miguel. *La Realización Arbitraria del Propio Derecho*. Ed. Civitas. España, 1976.

BERNALDO de Quirós Constancio. *Derecho Penal (parte general)*. Ed. José María Cajica Jr. Puebla, México. 1949.

BURGOA Ignacio. *Las garantías Individuales*. Vigésima primera edición. Ed. Porrúa México, 1988.

_____. *Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*. Ed. Porrúa. México, 1984.

CANCINO Antonio J. *El delito de autojusticia*. Ed. Temis. Bogotá, 1982.

DE PINA Rafael *Diccionario de Derecho* Décimoprimer edición. Ed. Porrúa. México, 1983.

ESCRICHE Joaquín. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Nueva edición. Librería de Ch. Bouret. México, 1888.

ESQUIVEL Obregón Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México Tomo I. Los Orígenes*. Ed. Polis. México, 1937.

CAMARA de Diputados del Congreso de la Unión. LII Legislatura. *Derechos del Pueblo Mexicano (antecedentes, origen y evolución del articulado constitucional)*. Articulado, tomo III (arts. 16 a 22). Tercera edición. Librero editor Miguel Angel Porrúa. México, 1985.

CARRANCA y Trujillo Raúl. *Derecho Penal Mexicano. Parte General*. Décima tercera edición. Ed. Porrúa. México, 1980.

CARRANCA y Trujillo Raúl y otro. Código Penal Anotado. Décima tercera edición. Ed. Porrúa. México, 1987.

CARRARA Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen V. Ed. Temis. Bogotá, 1986.

_____. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen II. Cuarta Edición. Bogotá, 1977.

CASTELLANOS Tena Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Décimo sexta edición. Ed. Porrúa. México, 1981

CASTRO Juventino V. Garantías y Amparo. Sexta edición. Ed. Porrúa. México, 1989.

FEBRES Cordero Héctor. Curso de Derecho Penal. Parte Especial (conforme al Código Penal venezolano reformado). Talleres Gráficos Universitarios. Mérida, Venezuela, 1966.

GARRONE José Alberto. Diccionario Jurídico. Tomo III. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1987.

GOMEZ MONT y Ureta Felipe. Prevalencia Ficta de Normas Penales Incompatibles (concurso aparente de normas). Tesis E.L.D., 1973.

GONZALEZ de Cossio Francisco. Apuntes para la Historia del Jus Puniendi en México. Talleres Offset Larrios, S. A. México, 1963.

GONZALEZ de la Vega Francisco. El Código Penal Comentado. Octava edición. Ed. Porrúa. México, 1987.

GUIZA Alday Francisco Javier. Código Penal y de Procedimientos Penales para el estado de Guanajuato Comentado y Concordado. Edición Universidad Lesallista Benavente. Celaya. Guanajuato, 1992.

INSTITUTO de investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. Diccionario Jurídico Mexicano (P-Z). Segunda edición. Ed. Porrúa. México, 1988.

JIMENEZ de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. tercera edición. Ed. Lozada. Buenos Aires, 1965.

JIMENEZ Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano. tomo I Introducción al Estudio de las Figuras Típicas. Cuarta Edición. Ed. Porrúa. México, 1983.

_____. Derecho Penal Mexicano. tomo IV. La Tutela Penal del Patrimonio Cuarta edición. Ed. Porrúa. México, 1981.

KUNKEL Wolfgang. historia del Derecho Romano. Traducción de la Cuarta edición alemana. Ediciones Ariel. Barcelona, 1955.

LOZANO José María. Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo Relativo a los Derechos del Hombre. Tercera edición facsimilar. ed. Porrúa. México, 1980.

MAGGIORE Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Volumen III. Delitos en Particular. Ed. Temis. Bogotá, 1955.

MANTILLA Molina Roberto L. "Sobre el artículo 17 Constitucional", en Revista de la Facultad Derecho de la U.N.A.M. Tomo VIII 31-32 (julio-diciembre de 1958) México, 1958.

MONTIEL y Duarte Isidro. Estudios sobre Garantías Individuales. Cuarta edición facsimilar. Ed. Porrúa. México, 1988.

ORLANDIS José. "Las Consecuencias del Delito en el Derecho de la alta Edad Media", en anuario de Historia de Derecho Español. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1947.

PAVON Vasconcelos Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Quinta edición. Ed. Porrúa. México, 1982.

PINCHERLI Eugenio. II Codice Penale Italiano Annotato. Torino Fratelli Bocca Editori. roma, 1890.

PORTE PETIT Candaup Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal I. Quinta edición. Ed. Porrúa. México, 1980.

RADBROUCH Gustavo y otro. Historia de la Criminalidad (ensayo de una criminología histórica). brosh, casa Editorial. Barcelona, 1935.

RAGGI y Ageo Armando M. Derecho Penal Cubano. El Código de Defensa Social, Estudio Teórico Práctico, Tomo I. Ed. Cultural. La Habana, 1938.

ROSAS Benitez Alberto. Historia del Derecho. Historia General y Edad Antigua Segunda edición. EDUG/Universidad de Guadalajara. 1982

RUIZ Funes Mariano. "El Derecho Penal de la Venganza", en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. Tomo IV. Enero-Junio 1942. Nos. 13 y 14. México, 1942.

SAENZ Arrollo José. La Renovación Nacional a través del Derecho. La obra legislativa de Miguel de la Madrid. Ed. Porrúa. México 1988.

TENA Ramírez Felipe. Leyes Fundamentales de México (1808-1987). Décimo cuarta edición. Ed. Porrúa. México, 1987.

VILLALOBOS Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Segunda edición. Ed. Porrúa. México, 1960

VILLORO Toranzo Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Tercera edición. Ed. Porrúa, México, 1978.