

112
2 Ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS
PROFESIONALES
ACATLAN



**"EL MIEDO GRAVE COMO EXCLUYENTE
DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SU
FUNDAMENTACION EN LA MEDICINA
FORENSE"**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
TAPIA RINCON LAURA

ASESOR DE TESIS:

DR. JAVIER GRANDINI GONZALEZ



UNAM
CAMPUS ACATLAN EDO. DE MEX., ACATLAN 13 DE NOV. DE

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

276032

1999



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres:

Laura Rincón Prado
Jorge Tapia Gómez

Con verdadero cariño y agradecimiento por haberme dado el ser, y la oportunidad de realizar mis estudios, todo esto con su apoyo, comprensión y amor que siempre han puesto en mí, más que con palabras, con sus hechos; y que sin ellos definitivamente no habría logrado este triunfo que en mi vida es y será de gran trascendencia.

A mi compañero:

Héctor Trujillo Escobedo.

Por su cariño, apoyo y paciencia.
Por enseñarme a comprender y vivir
la vida con la intensidad del alma.
Por ser él.

A mi amiga:

Rosa Luz Trujillo Escobedo.

Por su amistad y apoyo incondicional en los momentos de alegría y adversidad, en los que siempre he encontrado su mano.

A la Universidad Nacional Autónoma de México
y a la E.N.E.P. Acatlán.

Así como mi más sincero y respetuoso
reconocimiento a todos y cada uno de mis
maestros, por los conocimientos recibidos,
por ayudarme a crecer como ser humano,
por enseñarme a estudiar y a comprender
que el derecho debe ser para todos por
igual y sobre todo por despertarme la conciencia
y el amor para que cada día sea una mejor
profesionista y mexicana que pueda servir al
crecimiento de mi patria, mi orgullo: México.

Al Dr. Javier Grandini González.
Asesor de este trabajo de tesis

Quien por su experiencia y conocimientos
ayudó a que la realización de esta tesis
fuera más sencilla, es decir, tuve la
oportunidad de comprender y discernir
el tema de estudio con más claridad
y objetividad, debido a su amplia capacidad
como docente, investigador, y profesionista.
Por todo esto, profesor, Gracias.

AL HONORABLE JURADO:

LIC. JORGE GUILLERMO HUITRÓN MARQUEZ
DR. JOSÉ MANUEL RUANO Y ORTÍZ
DR. JAVIER GRANDINI GONZÁLEZ
LIC. MIGUEL GONZÁLEZ MARTÍNEZ
LIC. JOSÉ BERNARDO ESPINO DEL CASTILLO BARRÓN

Por todas sus atenciones y dedicación depositada en mi trabajo de tesis, pues con ello se ha visto enriquecida con sus opiniones, observaciones y correcciones del tema desarrollado y con ello he podido comprender de mejor forma el objetivo y razón del mismo, bien se dice que lo mejor de la vida perdura a través de los años y su conocimiento y consejo, créanme, han servido a fortalecer mi experiencia. Siempre los llevaré conmigo.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
1. ANTECEDENTES DEL MIEDO GRAVE.....	3
1.1. Código penal español, cuna del miedo grave.....	3
1.2. El miedo grave en otras legislaciones.....	10
1.3. El miedo grave en la legislación mexicana.....	12
1.4. Análisis comparativo.....	15
2. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURIDICO DEL MIEDO GRAVE.....	17
2.1. Concepto del miedo grave.....	17
2.2. Naturaleza jurídica.....	20
2.3. Evolución historico-legislativo.....	23
2.4. Requisitos legales y fundamento jurídico.....	25
3. DELITO, TIPO Y EXCLUYENTES DEL DELITO.....	33
3.1. Concepto de delito.....	33
3.2. Elementos del delito.....	37
3.3. El tipo penal y sus elementos.....	41
3.4. Causas de exclusión del delito.....	44
3.5. Legítima defensa.....	48
4. MEDICINA FORENSE, PSICOLOGIA Y PSIQUIATRIA COMO CIENCIAS AUXILIARES DEL DERECHO PENAL.....	52
4.1. La medicina forense y el derecho penal.....	52
4.2. La importancia y consecuencias jurídicas del dictamen medico-forense.....	56
4.3. La psicología como apoyo del medico forense para la determinación del miedo grave.....	66
4.4. Apoyo de estudios psiquiátricos del medico forense.....	69
CONCLUSIONES.....	77
BIBLIOGRAFIA.....	80

INTRODUCCION

Esta "tesis" quiere ser lo que su nombre indica, una tesis que ha de servir para estimular al jurista al estudio en el campo del derecho penal y de la medicina forense paralelamente.

Pretende cumplir esta finalidad, mediante la estructura planteada, ofreciendo un panorama claro en la materia. Esta tesis esta situada tanto en el derecho penal como en la medicina forense, recurriendo a la psicología y a la psiquiatría para poder con la ayuda de estas conformar las pruebas idóneas y adecuadas para fundamentar la defensa del presunto responsable, demostrando que en efecto existe la figura de la inculpabilidad, lo cual es motivo de estudio y elaboración de esta tesis.

Esta tesis se basa en lo anteriormente expuesto, tratando de gravar en la memoria los aspectos y principios fundamentales del tema en estudio, más no se propone la tarea de tratar de una manera exhaustiva todos los detalles; me conformo con poner en relieve lo esencial.

Se ha abusado con frecuencia, en el pasado del derecho penal. Se debería tener presente, que todo derecho penal tiene una misión doble y a menudo contradictoria: la lucha exitosa y eficiente contra el delito y al mismo tiempo, la de no descuidar nunca las exigencias y los dictados de la humanidad. El estudiante y el profesionista también deben de estar al tanto de esta misión.

En tanto en el campo de la medicina forense, el jurista es inexperto, le da miedo tomarla de instrumento para la aplicación del derecho, es por eso, que, en esta tesis propongo una aplicación conjunta de la medicina forense y el derecho penal, fundamentando así, en la medicina forense el miedo grave como excluyente de responsabilidad penal.

En el desarrollo de esta tesis encontraremos en primer lugar a los antecedentes de la eximente en estudio, en donde veremos que el derecho español es quien con más abundancia y consideración lo ha adaptado a su ámbito jurídico, desde luego teniendo como antecedente muy importante al derecho romano de la época de Ulpiano, aludiendo ya a la diferencia entre el pavor y el peligro grave. Se menciona también al derecho canónico enfocándose éste más al derecho civil (en la figura del matrimonio) que al derecho penal. También haremos un recorrido por la legislación mexicana, ya en la época independiente, en donde encontramos una aportación importante de México en este tema, que las otras legislaciones aún no habían contemplado.

Posteriormente encontramos el concepto, naturaleza jurídica y el fundamento jurídico del miedo grave, tomando como base para ello, su estudio en la doctrina y jurisprudencia española, sudamericana y mexicana.

En el capítulo tercero, trato de explicar lo más claramente posible al delito, tanto en su concepto como en sus elementos básicos, de igual manera se realiza el estudio del tipo penal para un mejor entendimiento de nuestro tema principal en estudio, así pues, encontramos las causas de exclusión del delito, encuadrando al miedo grave en la eximente que le corresponde con apoyo del código penal. Prestándose el texto para hablar entonces de la legítima defensa y sus posibles semejanzas y diferencias con el miedo grave.

En el capítulo final, encontraremos a la definición de la medicina forense y su campo de acción, así también, encontramos al derecho penal y la correlación entre ambas materias.

Igualmente encontramos al dictamen medico-forense, su importancia y consecuencias jurídicas para la defensa del inculpaado.

También analizamos la función y el auxilio de la psicología y la psiquiatría para la determinación del miedo grave.

Por último encontraremos el ejemplo de un caso de miedo grave correlacionándolo a la medicina forense y al derecho penal; deduciendo así la importancia de la medicina forense para la defensa y en su caso la inculpabilidad del hombre reo, basando su defensa en las excluyentes de responsabilidad penal.

CAPITULO I ANTECEDENTES DEL MIEDO GRAVE

1.1. Código español, cuna del miedo grave.

El miedo grave o insuperable tiene su origen en el código penal español. La moderna teoría penal ha sido muy precisa en la determinación de la naturaleza jurídica de las eximentes, ya que muy distintas son las consecuencias derivadas del hecho de atribuir a una de ellas el carácter de una causa de exclusión de la autoría.

La dificultad que presenta la eximente del miedo insuperable o grave deriva, de que no obstante, apunta esa expresión a una realidad subjetiva, ocurre que por una larguísima tradición la excusa solamente es acogida cuando el miedo resulta apoyado sobre circunstancias externas dotadas de poder intimidante, de modo tal que si bien no podría excusarse al sujeto que en determinadas circunstancias alarmantes no experimenta sensación alguna de miedo, tampoco procedería absolver al que efectivamente tuvo miedo, pero sin que para ello hubiera razón: *vani timoris justa excusatio non est*, para el derecho romano y este principio es directamente trasladado a la legislación española: "más otro miedo que non fuese tal natura, e que dicen vano, non excusarie".

En este apartado se analizará la regulación de la eximente de miedo insuperable en los distintos códigos penales españoles, empezando por el primero de los mismos:

CODIGO PENAL DE 1822.

En el artículo 21, establecía que: "en ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material a la que no haya podido resistir, o por alguna orden de las que legalmente este obligado a obedecer y ejecutar. Compréndase en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar a un hombre prudente, y dejarle sin arbitrio para obrar".

CODIGO PENAL DE 1848.

Este código es de corte liberal conservadora, que desde luego presentaba algunos aciertos, contenía algunas diferencias, como por ejemplo la acogida del principio del "*versari in re illicita*", y por que a nosotros nos afecta, la diferencia en la regulación de la eximente del

miedo, puesto que se dio una nueva redacción en el artículo 8, como una circunstancia que eximía de la responsabilidad penal de la siguiente forma: "el que obra impulsado por el miedo insuperable de un mal mayor". Es decir, se establecía el límite riguroso de un mal mayor únicamente.

El gran comentarista Pacheco comienza diciendo que los casos de fuerza irresistible no plantean en sí problema alguno y son sumamente sencillos pues cuando una persona es forzada no existe una acción humana, los casos más difíciles decían el citado autor, son los de violencia moral o miedo. Llega a la conclusión que los casos de violencia física y de violencia moral son semejantes ya que ésta recae en el hombre de la misma suerte que la violencia material, pues el hombre es un compuesto de materia y de espíritu, la violencia moral fuerza su voluntad, como la material a su mano.

Pacheco considera el miedo como una excusa de inimputabilidad, sin embargo más adelante dice que la persona que actúa con miedo no puede absolutamente hablando, resistirle, despreciando la muerte y los dolores: seríamos héroes. El hombre es débil, por lo común, y el martirio no es su destino. Por lo que la ley no ordena ni puede ordenar también perfección, tiene que considerarnos como somos, y no puede pedirnos sino lo natural, lo ordinario, lo posible.

La comisión que redactó el Código consideró que únicamente debería ser causa de extinción de la responsabilidad la fuerza irresistible, considerando que en la misma estarían comprendidos los casos de violencia moral y por tanto el miedo.

Por otro lado José De Castro, considera que el miedo insuperable hace referencia a la coacción moral. Señala que la comisión que discutió largamente si debería añadir la palabra "Injusto", reñida y controvertida cuestión que en teoría puede dar motivo a amplios y contradictorios comentarios, y que el buen sentido de los jueces resolverá en cada caso particular.

EL CODIGO PENAL DE 1850.

Este código regula la eximente del miedo insuperable de forma idéntica a como lo hace el código de 1848, sin ninguna novedad al respecto.

EL CODIGO PENAL DE 1870.

Este código sigue una línea liberal, en el artículo 8º regula al miedo insuperable de la siguiente manera: "el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor".

Salvador Viada consideraba que la amenaza que constituye ese miedo insuperable ha de ser de tal gravedad e inminencia que pueda decirse que la mayoría de los hombres hubieran cedido a ella. El mal con que se nos amenaza ha de ser mayor o por lo menos igual a los que se nos hace cometer, con ello ha querido significar el legislador que cualquier temor a de ser bastante para significar eximirnos del cumplimiento de nuestro deber. Sólo puede eximirnos de él, y por tanto nuestra responsabilidad criminal, la amenaza de un mal tan grave, por lo menos, como el que se nos obliga a ejecutar.

Groizard, señala que la eximente ha sufrido en este código una adición. Antes el miedo grave había de ser de un mal mayor, ahora constituye también la excusa el miedo grave de un mal igual. La ley ha mejorado, pero todavía en su afán de limitar la excepción no ha entrado de lleno en la buena doctrina y puede ser causa de que en algunos casos respondan de delitos personas que han obrado sin libertad. Pues el que obra arrastrado por la amenaza que constituye un miedo insuperable, carece por completo de libertad, ya sea mayor o menor el mal con que se ve amagado. La cuantía mayor o menor de mal en que consiste la amenaza, no es regla general que sirva para determinar la línea donde acaba la libertad moral y empieza la irresponsabilidad.

El miedo ha de ser insuperable en el sentido de que solamente aquellas amenazas que se dirijan contra la vida de la persona que se quiere convertir en instrumento del delito, o contra los miembros de su familia, son las que mayor impresión puede producir en su ánimo, las eficaces para enervar, hasta destruir, su libertad moral, (la acción no será punible cuando por una amenaza acompañada de peligro de muerte actual e inexcusable una persona se hubiere visto obligada a cometer un acto criminal).

CODIGO PENAL DE 1928.

El Código Penal de la dictadura del General Miguel Primo de Rivera que se diferencia con claridad de los de 1848 y 1870, se inspiraba en el principio de la defensa social, en direcciones intermedias, y da una nueva redacción a la eximente que estamos estudiando.

En primer lugar se dedica la sección primera bajo epígrafe de causas de inimputabilidad, Capítulo II de la irresponsabilidad, Título II de la responsabilidad, Libro Primero de la infracción criminal y de su represión.

El artículo 57º establece que, "también es irresponsable el que obra o incurre en omisión hallándose:

1º Violentado por fuerza material exterior, irresistible, directamente empleada sobre él por otra persona y que anule por completo su libertad.

2º Impulsado por miedo grave de un daño igual o mayor, cierto o inminente, para sí mismo o para su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

Ahora bien, encontramos que el padre Don Jerónimo Montes, critica a este código, porque él considera al miedo insuperable como una causa de inimputabilidad, pues la razón de la irresponsabilidad por el miedo es substancialmente la misma que en los casos más comunes de necesidad: el derecho no puede obligar, por regla general, al heroísmo; y esto equivaldría hacer responsable criminalmente de su acción al que, puesto en la alternativa de cooperar a un delito o morir, cede a la presión de la amenaza. Considera el padre Montes que se trata de una causa de justificación.

Don Eugenio Cuello Calón consideraba que la violencia moral queda reducida al miedo o temor de un mal grave cuando el hecho no reúna las condiciones que integran la legítima defensa o estado de necesidad, decía que deberían darse los siguientes requisitos:

- a) Un miedo invencible al que no pueda oponerse resistencia alguna;
- b) De un daño cierto, real y verdadero;
- c) Inminente, es decir, a punto de producirse, o lejano o remoto;
- d) El daño que amenaza debe ser igual o mayor que el causado por la acción o la omisión;
- e) El mal ha de amenazar al agente, a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos; si fuera otro el amenazado no podrá invocarse esta eximente.

EL CODIGO PENAL DE 1932.

Este Código penal de la II República española regula el miedo insuperable en el artículo 8º de la misma forma que lo hacía el Código penal de 1870. Asimismo regula los aspectos de la responsabilidad civil en el artículo 20º regla tercera de la misma forma que lo hacía el anteriormente citado Código, únicamente se añade respecto a los que efectúan el hecho los límites que para el embargo de bienes señale la Ley de Enjuiciamiento Civil.

EL CODIGO PENAL DE 1944.

Regula la eximente del miedo grave de la forma que aparece en el actual Código penal en el artículo 8º, en donde se regula la eximente con sus requisitos, en el artículo 20º tercera en orden a la responsabilidad civil.

ANTEPROYECTO DE BASES DEL LIBRO I DEL CODIGO PENAL DE 1972.

En la base 5º se regulaba esta eximente de la siguiente forma: " a quien actúe impulsado por violencia moral grave en razón de un mal proporcionado y próximo", es decir, trataba de una fórmula de carácter descriptivo y se veía que era poco afortunada la referencia a la violencia moral, pero siendo particularmente acertado el acudir a la proporcionalidad para conseguir flexibilizar la fórmula actual.

PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980.

Este proyecto no aportaba nada nuevo en la regulación de esta eximente formulada en el artículo 26º . Se presentaron algunas enmiendas, no muchas, así la enmienda 880 del Grupo Parlamentario Comunista proponía que se redactase esta eximente de la siguiente forma: "El que impulsado por un miedo grave o insuperable a perder su vida, su integridad física o mental o las de un pariente próximo, produce un mal no absolutamente desproporcionado", esta enmienda no estaba motivada o justificada.

PROPUESTA DEL ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL DE 1983.

No aporta tampoco nada nuevo en la regulación del miedo insuperable, ni tampoco en sus consecuencias civiles.
Se regula el miedo insuperable en el artículo 22.

EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL DE 1990.

En el borrador de Anteproyecto del Código Penal, parte general, de octubre de 1990, entregado por el Ministerio de Justicia a diversos sectores de la sociedad española, y en relación con la eximente que estamos estudiando, se dice: artículo 19º." Están exentos de responsabilidad criminal: el que obre impulsado por miedo insuperable".

Esta nueva fórmula, en primer lugar, suprime la referencia a un mal igual o mayor. En segundo lugar; el verbo que describe la acción cambia, pues se decía antes con carácter general "el que obra" y ahora dice el "que obre".

En tercer lugar, y en orden a la responsabilidad civil el artículo 105º establece que la ejecución de un hecho descrito por ley como delito o falta origina la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados en los términos previstos por el Código Civil.

EN EL CODIGO PENAL ACTUAL.

El miedo insuperable, es una causa de exculpación, esto es de ausencia de culpabilidad, regulada por el Código penal actual, en los artículos 8º : "están exentos de responsabilidad criminal:

- El que obra impulsado por el miedo insuperable de un mal igual o mayor;
- La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1,2,3,7 y 10 del artículo 8º no comprende la de responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

En caso de las que hubiese causado el miedo y subsidiariamente los que hubiesen ejecutado el hecho dentro de los límites, respecto a estos últimos, que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.

En todos los supuestos previstos en este artículo, el juez o tribunal que dictare sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las reglas que para el caso se establecen, siempre que las acciones civiles hayan sido ejercidas conjuntamente con las penales.

El miedo debe ser insuperable, es decir, tan intenso que anule la libertad de obrar de la gente. La jurisprudencia entiende para determinar la insuperabilidad o si el miedo es o no invencible que para el común de los hombres y para el agente en sus circunstancias, lo cual critica la doctrina por entender que se realiza el juicio siguiendo la culpabilidad que debería ser personalizado siguiendo un criterio propio del juicio de antijuricidad.

Sí, el miedo fuese superable, puede entenderse concurrente una eximente incompleta (art. 9º), la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación, o una circunstancia atenuante analógica.

1.2. EL MIEDO GRAVE EN OTRAS LEGISLACIONES.

EN EL DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano existieron ya textos referidos al miedo grave.

En primer lugar, se condicionó la eficacia del miedo a la "necesidad" de causar el daño, en especial si éste era la muerte de una persona; así, si una persona por temor causa la muerte de otra estará cubierta por el miedo, pero si la mata habiendo podido detenerla, entonces no se podrá beneficiar de esta circunstancia.

Los textos romanos distinguían si las amenazas que daban lugar al miedo recaían sobre la persona o sobre los bienes. En este sentido solo se consideraban las primeras, pues las amenazas que recaían sobre los bienes exigían un menor sacrificio de conciencia, sin embargo, solía reconocerse la eficacia del miedo cuando se amenazaba, por ejemplo, con un incendio. Se exigía que no era suficiente un temor vano, "vani timoris iusta excusatio non est", y que no fuera un temor cualquiera, sino uno de mal mayor.

Según el Derecho Romano, por miedo debe entenderse el presente, no la sospecha de que se haya de infundir.

También se estableció que el miedo no se refiere al miedo apocado, sino al que experimente la persona animosa. Se negaba la eficacia del temor en el caso que, sin fundamento, se empavorece ante una cosa imaginaria.

Los principios del Derecho Romano pasaron al Derecho español, especialmente al fuero Juzgo y a las Partidas, que establecían con relación al miedo lo siguiente: "miedo de muerte, o de tormento del cuerpo de perdimiento de miembros, o de perder la libertad, o de recibir deshonor, más otro miedo que no fuere de tal natura, no excusaría de la obligación.

EN EL DERECHO CANONICO

Un estudio de esta eximente sería incompleto si no hiciéramos por lo menos una breve alusión a la doctrina del miedo en el Derecho Canónico, pues este concepto se ha tratado, muy profundamente en relación con el matrimonio.

El miedo es un vicio de la voluntad en el actual Código del derecho Canónico de 1983, se regula por una parte como vicio de los actos jurídicos en el canon 125,2 considerando que el acto realizado por miedo grave injustamente infundado, o por dolo, es valido, a no ser que el derecho determine otra cosa, pero puede ser rescindido por sentencia del juez, tanto a instancia de parte lesionada o de quienes la suceden en su derecho, como de oficio, por lo que el Derecho Canónico, considera en principio valido el acto realizado por miedo (violencia moral). Por el contrario si nos referimos a la regulación del miedo en el matrimonio canónico 1.103, considera que es invalido el matrimonio contraído por violencia o miedo grave proveniente de una causa externa. Por lo tanto los requisitos del miedo serían los siguientes:

- a) Ha de ser grave
- b) Ha de ser provocado externamente por una causa humana, con lo que se excluyen las causas naturales.

Basta con la amenaza que causa el miedo presente, la objetividad de provenir de un agente externo, humano, libre sin requerirse que este agente lo infiera, es decir, lo provoque intencionalmente.

1.3.EL MIEDO GRAVE EN LA LEGISLACION MEXICANA.

Existe una posibilidad de que el miedo grave o el temor fundado de que habla el inciso IV del artículo 15° de nuestro Código Penal, no altere las facultades de juicio y decisión, con lo cual no queda eliminada la imputabilidad, pero puede ser también, en el sujeto de temor fundado y no de una emoción como el miedo grave, que el sujeto, razonado con toda serenidad, tome una decisión contraria al derecho como medio de librarse de un mal que lo amenaza; hay que tomar en cuenta entonces, la violencia moral ejercida sobre su voluntad, para tener por excluida su responsabilidad si el peligro era serio de manera que pudiera pasar decisivamente sobre la determinación del inculpaado, si el acto ejecutado no es de tal manera dañosa, que resulte en marcada desproporción con el peligro evitado.

Miedo grave o temor fundado e irresistible: primera parte de la fracción IV del artículo 15° ; contempla el legislador, la vis compulsiva que no anula la libertad pero que actúa, en ella en forma tal, que disminuye la posibilidad de elección entre el mal de cometer un delito y el propio mal que amenaza al agente.

La gravedad del miedo o lo fundado e irresistible del temor son valores que deben ser justipreciados por el juez, teniendo en cuenta, el carácter más o menos intimidante de la amenaza y la naturaleza más o menos débil del amenazado pues la vis compulsiva no priva de la posibilidad física de obrar sin violar la ley.

El constreñimiento que el aspecto de un mal grave e inminente ejerce sobre el alma de un hombre violentando sus determinaciones; según Carrara constituye la fuerza moral o compulsiva, el agente debe así ceder "al instinto de la propia conservación, porque se halle en un peligro inminente, cuando se trata de su vida; de aquí la naturaleza subjetiva de la excluyente, por imputabilidad.

Con su antecedente en el primer Código Penal mexicano de la época independiente, el de Veracruz, de 1835, artículo 111 y 112, el de 1871, se refirió a " quebrantar una ley penal violentada por una fuerza moral, si esta produce temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del infractor", artículo 34 fracción X; a la que el Código penal de 1929 agregó que el mal solo pudiera gravitar también sobre los ascendientes y descendientes o afines, cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado, o los que estuvieran ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad y que no hubiera sido "provocado el peligro de origen del temor o dado causa inmediata y suficiente para él o tenido obligación de afrontarlo por deber profesional o de su ejercicio".

Lo anteriormente anotado establece, en relación con los antecedentes mexicanos y universales, una innovación: contiene el miedo o el temor, el primero es inquietud, ansiedad, perturbación angustiosa del animo por el riesgo o mal que realmente amenaza o que se finge la imaginación; y el segundo es espanto, pasión del animo que hace huir o rehusar las cosas que se consideran dañosas o peligrosas; es un estado pasivo del sujeto, un padecer, una emoción, perturbación o afecto desordenado del animo, lo que en parte también es apreciable al miedo.

Ambos tienen de común que se producen por la representación de un daño que amenaza real o imaginariamente, lo que ocasiona una perturbación psíquica capaz de alterar la normalidad anímica. Pero tiene de diferente que el miedo puede constituir un estado psicológico de perturbación más sustancial que el producido por el temor, ya que este requiere la presencia de la amenaza, real o fingida, en tanto que aquél pueda darse independientemente de aquélla, o sea que entre temor y amenaza de daño, hay una relación más directa que la que se da, entre miedo y amenaza de daño.

El miedo difiere del temor en cuanto se engendra con causa interna y el temor obedece a causa externa.

Cabe distinguir dos especies de fuero moral:

a) El miedo grave

b) El temor fundado, e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor.

En cuanto al miedo, por grave se entiende lo que es capaz de causar una profunda perturbación psíquica, sin que se requiera la amenaza de un mal real, pues la causa puede ser hasta imaginaria.

En cuanto al temor, su causa ha de representar una amenaza de mal inminente.

1.4. ANALISIS COMPARATIVO.

En este apartado haremos un análisis de los aspectos más importantes contemplados acerca de los antecedentes del miedo grave en la legislación española, en el derecho canónico, derecho romano y su desarrollo en México.

Como ya se menciona en los puntos anteriores de este capítulo, encontramos que el derecho español ha aportado con mayor abundancia que otras legislaciones sobre el miedo grave o inminente, desde luego teniendo antecedentes muy importantes como el derecho romano y el derecho canónico.

A grandes rasgos el derecho español considera al miedo grave como un eximente de responsabilidad penal, contemplándolo ampliamente tanto en su doctrina, jurisprudencia y código penal, específicamente en los artículos 8, 10, 20, 60, 87, 101, 102, 104, 107 y 118 estableciendo: que en ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable él que comete la acción contra su voluntad, forzado en el acto por alguna violencia material a la que no haya podido resistir, o por alguna orden de las que legalmente este obligado a obedecer y ejecutar; comprendiéndose en la violencia material, las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar a un hombre prudente y dejarle sin arbitrio para obrar.

El derecho español sostiene que se comete violencia moral con la persona a quien se sitúa, entre dos males entre los cuales uno es inevitable, fundado en esta tesis del miedo grave.

Así, como el derecho español es un gran antecedente para México en derecho, también es el derecho romano y el derecho canónico.

En el derecho romano existieron textos referidos al miedo grave, en donde en primer lugar se condiciona la eficacia del miedo a la necesidad de causar el daño.

Los textos romanos distinguían si las amenazas que daban lugar al miedo recaían sobre la persona o los bienes.

La intimidación se considera como un vicio de la voluntad en el derecho romano respecto de los negocios jurídicos. La intimidación empleada para inducir a la otra parte para la celebración del negocio no influía sobre la validez del mismo, pero aproximadamente desde fines de la República, podía ser causa de su invalidez por su derecho honorario, que

se obtenía por vía de su excepción, independientemente de la acción penal que correspondía a la víctima de la intimidación.

Como vemos, en comparación al derecho español en el derecho romano no se le dio tanta importancia a no ser que afectara al derecho honorario y a la responsabilidad civil.

El derecho canónico considera que el acto realizado bajo el miedo grave es válido, a no ser que haya en el caso concreto y que a través del juicio surgen factores tan determinantes que el derecho disponga otra cosa.

Es necesario aclarar que el derecho canónico sí contempla al miedo grave como excluyente de responsabilidad penal, pero se enfoca más ampliamente al miedo en el matrimonio canónico, considerándolo nulo.

El derecho canónico en consideración al derecho español y romano, contempla al miedo grave en mucha menor dimensión que los dos últimos, pero sin embargo es un gran antecedente en el tema.

A lo largo de la historia de México independiente es donde ya empezamos a encontrar en la legislación nacional a la figura del miedo grave, específicamente en el código penal de 1835, en sus artículos 111 y 112: "quebrantar una ley penal violentada por una fuerza moral, si esta produce temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del infractor".

Cabe hacer notar que el derecho mexicano aporta en el código penal de 1871, algo que ninguna de las legislaciones anteriormente mencionadas había tomado en cuenta: la diferencia entre miedo y temor, pero que sin embargo tienen también algo en común, que los dos se producen por la representación de un daño que amenaza real o imaginariamente de lo que ocasiona una perturbación síquica capaz de alterar la normalidad anímica.

CAPITULO II

CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURIDICO DEL MIEDO GRAVE

2.1. CONCEPTO DEL MIEDO GRAVE.

El miedo antes que nada es un concepto psicológico. De modo muy genérico puede decirse que es un sentimiento de inquietud experimentado en presencia o ante la idea de un peligro, o más claramente, como un tipo de reacción emocional frente al "castigo", como un estímulo que la mayoría de los miembros de la especie considerada -incluida la especie humana- procuran rehuir o evitar.

Lo verdaderamente interesante para el jurista, a fin de fijar más adelante la autentica naturaleza jurídica del miedo, es determinar la graduación o intensidad de que es susceptible tal emoción.

Cabe mencionar que para Lersch, el miedo es un proceso, una vivencia tendencial, impulsiva y, en tanto distinta del fenómeno volitivo. Esta primera indagación psicológica del miedo es de gran interés en presencia de la formula legal, que incluye entre el catalogo de excentos de responsabilidad penal al "que obra impulsado por el miedo grave", lo que ya de entrada parecería eludir el control volitivo, la autodeterminación en el sentido de la norma, y nos llevaría, por ende, a afirmar sin más la categoría de causa de inimputabilidad para la eximente en estudio.

Pero, si recordamos que, conforme a esta misma teoría psicológica hoy dominante, la vivencia tendencial es un punto de partida de todo acto humano, de suerte que sin ella no puede darse acción y que justamente el delito consiste en la realización de aquellas tendencias, del mismo modo que su represión corresponde a nuestra capacidad de decisión conforme al orden jurídico, entonces habrá que profundizar más en el proceso psicológico del miedo, puesto que su origen tendencial es nota genérica del actuar humano.

Si aceptamos que el miedo constituye una perturbación del ánimo, de tipo angustioso por la idea de un riesgo que representa el sujeto, y que cuando adquiere carácter grave disminuye notablemente su capacidad de determinación y elección, ya que lo inhibe totalmente (queda paralizado por el miedo), o bien lo hace reaccionar en forma violenta tratando de eliminar el daño que se teme, se explica porque nuestro más alto Tribunal de Justicia ha sostenido invariablemente, que el mismo excluye el carácter delictuoso del resultado "cuando el agente ejecuta los hechos ilícitos bajo un estado psicológico que nulifica su capacidad de entender tanto la acción como el resultado", criterio que por otra parte ha sido aceptado, aunque no unánimemente, respecto de legislaciones que guardan contacto de similitud con la nuestra.

El miedo grave y el temor exculpante, es otra de las formas que la doctrina reconoce como una causa de no exigibilidad de otra conducta. Para que pueda darse la exculpante, es necesario que se dé precisamente el miedo, entendido como un estado emocional insuperable del agente que le impide actuar de otra manera.

Al respecto se presentan dos situaciones diferentes susceptibles de análisis:

a) Por una parte, puede recurrir a que el miedo suponga un estado emocional tal, que cause la alteración de las facultades mentales de la persona, generando una situación similar a la que acontece en el caso de la inimputabilidad y que es el verdadero caso del miedo.

b) Puede suceder, también, que tal situación no acontezca, en cuyo caso el miedo incide en el contenido de las motivaciones en el momento de actuar, en la inteligencia que las facultades mentales de las personas que siguen reconociendo como regulares y por lo mismo sigue manteniendo su capacidad personal para autodeterminarse en su actuar y en la conciencia del injusto, pero el miedo al incidir en sus motivaciones corta su posibilidad para decidir libremente; viene a ser el caso más claramente identificado de la así denominada *vis compulsiva* (la persona que bajo la amenaza de muerte de un tercero que lo encañona con un arma se ve obligado a cometer un delito, evidentemente en contra de su voluntad).

Este caso, se asimila a los que se recogen como incapacidad para dirigir la acción conforme a la comprensión de la antijuricidad.

Por otra parte, por cuanto se refiere a las motivaciones que generan el miedo, estas, no necesariamente han de ser objetivas, sino que pueden ser subjetivas; así da igual que el miedo tenga como origen una situación real o no, siempre que la misma opere como factor desencadenante de la situación del miedo.

El miedo ha de ser insuperable, conforme al juicio de que no haya tenido otra posibilidad para actuar.

Llegados a este punto, es por demás valioso el estudio del psicólogo español Mira López, quien con gran maestría descriptiva distingue en seis fases o estadios, desde que el miedo invade el recinto anímico y procede a determinar una disolución de funciones, atacando primeramente a las más recientemente establecidas en la línea volutiva, que son, las más elevadas. De esta suerte el sujeto -dice- recorrer rápidamente, de adelante atrás, en la línea temporal, los estadios que señalaron su diferencia humana en la verdadera regresión hacia la nada prenatal.

Tales fases o niveles de intensidad fóbica los domina con los calificativos genéricos de prudencia, cautela, alarma, angustia, pánico y terror.

Teniendo en cuenta todo lo mencionado con anterioridad, podemos decir entonces que el **miedo grave** es una causa de inculpabilidad que se origina de una profunda perturbación psicológica que se produce en el agente ante la amenaza, real y hasta imaginaria, de un mal irresistible grave e inminente.

2.2.NATURALEZA JURIDICA.

Todo cuanto antecede sirve de soporte psicológico para fijar la verdadera naturaleza jurídica de la eximente del miedo grave o insuperable.

Descartados los miedos patológicos o fobias de angustia situacional o flotante que claramente se relaciona con la inimputabilidad plena o semiplena de base patológico-co-mental, cuyo resguardo legal esta en la fracción IV del artículo 15 de nuestro código penal para el Distrito Federal.

Los supuestos del miedo propiamente dicho, de reacción vivencia normal, deben ser enmarcados jurídicamente, según cual sea su grado de intensidad, conforme al esquema psicológico progresivo antes mencionado.

Parece obvio que las fases de prudencia y cautela no pueden beneficiarse de la excención de responsabilidad, a lo sumo podrían aspirar en casos muy determinados a una excención incompleta o a una atenuación analógica. Son estado de alarma y angustia, los intermedios en el despliegue emocional, los que constituyen verdaderas causas de inculpabilidad de actuación consiente, pero sus posibilidades colectivas, por la presión angustiada que sufre, están enormemente limitadas. Pedirle en tal disyuntiva un obrar conforme a Derecho sería tanto como exigirle una capacidad de autosacrificio fuera de lo común, ajena al hombre normal. Se trata en suma de la aplicación del pensamiento de la inexigibilidad, alma de la inculpabilidad. La fase de pánico o pavor ingresa ya en la inimputabilidad dado el predominio del subconsciente que anula las facultades volitiva e intelectual del sujeto, propio del trastorno mental transitorio, cuyo enclave legal es el mismo que el de la enajenación mental; así como la ultima fase del terror, dado el inmovilismo del sujeto, su total ausencia de vida consciente entra ya directamente en la falta o ausencia de acto con fundamento en el artículo 7 del código penal, que antes que nada exige, para que haya delito, que exista "acción u omisión" voluntaria.

La actual doctrina española acoge ya sin ninguna vacilación esta sistemática, para los maestros Jiménez de Asúa y Antón Oneca, en el miedo falta una de las bases de la inimputabilidad "el elemento voluntario y libre dentro de la clásica técnica que impera todavía en las legislaciones", variando posteriormente su posición quedando de la siguiente manera: se diría que a falta de la técnica del moderno dogmatismo supieron ver el fundamento de exigibilidad en que aquélla descansa.

El mérito de afirmar entre nosotros la nueva doctrina corresponde sin disputa al maestro Rodríguez Muñoz, quien dando expansión al sistema, estima que esa causa de inculpabilidad que es el miedo grave en nuestro derecho revela la índole normativa de su reverso, la culpabilidad. Sin llegar a esta consecuencia de tipo general defienden la naturaleza inculpable del miedo, no obstante la afiliación psicologista que tras algunas vacilaciones se decide por la inculpabilidad como tesis más segura que se califican de causa de inculpabilidad estricta, haciendo apelaciones a la inteligibilidad.

Córdoba Roda, quien al hacer un análisis de los requisitos de la eximente, con base en la doctrina jurisprudencial, sobre la realidad un tanto contradictoria de la misma como consecuencia de la interpretación heterogénea que de tales requisitos hace aquélla facultando entre los extremos de objetiva causa de inexigibilidad y de causa de imputabilidad, concluyendo como "un unívoco entendimiento de los requisitos de la actual circunstancia del miedo grave conforme a una u otra de esas dos causas llevaría a convertir en medio insuperable en una simple especie del estado de necesidad o del trastorno mental transitorio; esto es, daría lugar a que la eximente fuera por completo superflua.

Sin perjuicio de examinar la jurisprudencia en el estudio analítico de esta causa de inculpabilidad, si que podemos adelantar, que la doctrina hasta hace poco dominante concebía al miedo grave como una causa de inimputabilidad, al valorar el elemento subjetivo de lo insuperable, como condición psicológica de perturbación del ánimo con mengua del elemento objetivo que alude al mal igual o mayor.

Sin embargo, no faltan referencias al Estado de coacción o violencia moral que emparentaría al miedo con el estado necesario en hipótesis de males iguales y puestos ya en ese camino, se ha llegado a valorar entre dos males, en clara afinidad con la tesis de inculpabilidad.

Una de las últimas resoluciones en la materia parece centrarse decididamente en el ámbito de la inculpabilidad en los siguientes términos:

"el miedo insuperable prototipo de emociones asténicas, ha sido destacado por la ley como causa de inculpabilidad o de inteligibilidad específicamente de otra conducta, en cuanto que, si bien reduce considerablemente la libertad electiva del sujeto que lo sufre, no la suprime puesto que si esta sucede por alcanzar las fases álgidas y extremas de pánico y terror, habrá lugar a otro tipo de exención por falta de imputabilidad y aún por falta de acción naturaleza jurídica que viene corroborada por los propios requisitos legales que delimitan esta eximente, ya que de un lado, el miedo ha de ser insuperable o, lo que es lo mismo que no puede ser dominado por el común de los hombres, y de otra parte el mal que amenaza ha de ser igual o mayor que el causado por el Coacto, lo que indica que resta en el sujeto una cierta capacidad valorativa para captar esa proporción entre uno y otro daño, desprendiéndose por lo mismo que el mal temido ha de ser grave es decir, sentido como tal por la valoración individual y social; inminente, como consustancial a toda amenaza siquiera la motivación psicogena del miedo pueda ser distante, y antijurídico, puesto que nadie puede ampararse en el temor sentido ante la coacción legal, siendo finalmente de advertir que, sí bien puede darse el miedo como eximente incompleta por falta de alguno de los requisitos aludidos -superabilidad del miedo. Mal causado mayor que el evitado-, lo que en ningún caso puede faltar es la existencia de tal estado emocional en grado bastante a disminuir la capacidad de elección, grado de disminución que será el modulo diferencial entre esta eximente incompleta y otras atenuantes de raíz igualmente emocional o pasional".

2.3.EVOLUCION HISTORICO-LEGISLATIVA.

Es claro, que sí la raíz del miedo es el instinto de conservación, y que si es una reacción primitiva de defensa, no debe de extrañar que el miedo, como la más primaria de las emociones, se considerase ya en derecho romano, siquiera el fragmento de Ulpiano, que suele citarse por los autores de perfecta aplicación al ámbito penal, aludiendo ya a la distinción entre el pavor o peligro que se considera invencible y el temor que crea un clima de inseguridad, que puede ser dominado con las propias fuerzas.

Hay pues en Roma una doctrina embrionaria de los elementos que interesan para una consideración psicológico-jurídica del miedo:

- a) una perturbación del ánimo,
- b) un mal que amenaza inminente,
- c) el peligro puede ser inmediato o futuro,
- d) que sea grave.

Y aún encontramos en el mismo, alusiones al hombre receptor de la amenaza que no ha de ser hombre apocado, sino más bien el animoso, quedando así excluido.

El primer Código penal español, comprende al miedo inminente en la violencia material: "las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar a un hombre prudente y dejarle sin arbitrio para obrar", en cuyo pasaje es también fácil advertir la herencia romana.

El Código de justicia militar aporta lo siguiente: "en los delitos penados y faltas corregidas en este código cometidos por militares no se estimará al que obra impulsado por el miedo insuperable de un mal igual o mayor", como tampoco, "en los delitos de traición, espionaje, rebelión y sedición militares... cualquiera que sea la condición de la persona responsable".

Por otra parte la exposición de motivos del código castrense que la negativa legal se justifica por la trascendencia extraordinaria de las figuras delictivas mencionadas ya con anterioridad, pero también entiende que el particular que se viera envuelto en el duro trance y no ostentare mando sobre fuerza armada, siempre podrá acogerse a la eximente de obediencia debida, concurriendo, naturalmente, los requisitos de tal causa de exención, entre ellos la falta de malicia al prestar la obediencia.

Mucho más difícil, en cambio, será el poder alegar estado de necesidad, dada la fórmula restricta que de esta eximente da la ley penal militar, sobre todo por la que hace a la fórmula de comparación de males que no admite puedan ser iguales (como lo hace el código ordinario), sino que el mal que se trata de evitar ha de ser siempre mayor que el causado para evitarlo, pues ya se ha dicho que la valoración del mal individual, incluso la propia vida, quedará siempre por debajo de los grandes intereses colectivos y comunitarios lesionados por los graves delitos excluidos de la eximente del miedo grave o insuperable.

En México encontramos la figura del miedo grave o inminente en el primer Código Penal de la época independiente, el de Veracruz, de 1835, artículo 111 y 112, el de 1871, se refirió a "quebrantar una ley penal violentada por una fuerza moral, si esta produce temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del infractor", artículo 34 fracción X; a la que el Código penal de 1929 sólo agregó algunos aspectos para reforzar a esta figura, como se explica ampliamente en el capítulo anterior.

2.4. REQUISITOS LEGALES Y FUNDAMENTO JURIDICO.

REQUISITOS LEGALES.

2.4.1. Miedo insuperable

2.4.2. Mal igual o mayor

2.4.1. MIEDO INSUPERABLE. Lo primero que es menester para que pueda engendrarse la eximente es la efectiva existencia del estado emocional llamado **miedo**. Sobre esta noción psicológica creo haber dicho lo bastante. Recordando tan solo que la perturbación síquica que caracteriza al miedo grave llevó a la jurisprudencia a incluir esta excepción entre las causas de inimputabilidad, pero un entendimiento más objetivo de los restantes requisitos ha moderado aquél rigor de subjetivismo, hasta desembocar en la franca declaración de mera inculpabilidad que hemos destacado.

Ciertamente es difícil separar lo que hay de conmoción anímica o elemento psicológico de lo que es exigible en la situación conflictiva o elemento normativo.

Lo que acontece en la órbita más amplia de la culpabilidad, en la que, si bien es preciso partir de una concepción psicológica, lo que decide en última instancia su carácter jurídico-penal es la reprochabilidad. De igual modo en el miedo hay un trasfondo psicológico, pero de él, no tomamos, sus fases extremas, sino las intermedias: la simple cautela o recelo queda eliminada como inoperante; las más graves de pánico y terror son de tal magnitud que hacen desaparecer la imputabilidad por trastorno mental transitorio. Ello quiere decir que la alteración anímica del miedo no exige tan profunda perturbación, entre otras razones porque, entonces, esta eximente específica sí que resultaría superflua en la economía de código.

A la luz de dicha consideración ha de considerarse igualmente el requisito de **insuperabilidad**, no se trata por tanto, de admitir todo lo que se considere invencible. Ello crearía un clima de inseguridad para la convivencia social insostenible. Bien esta que como punto de partida se tomen en cuenta las condiciones personales del sujeto (sexo, edad, cultura, etc.) pero esto no basta. El precepto no trata de conceder un privilegio a los cobardes, de suerte que la condición subjetiva debe ser moderada por el patrón de la exigibilidad de un hombre sano de mente y de reacciones normales.

En el mismo sentido la jurisprudencia, aporta que cuando se refiere al miedo "que no puede dominar el común de los hombres y la generalidad de las personas". Sin embargo no es este el común sentir de la doctrina, Del Rosal dice, que aquí se apela al ficticio recurso del hombre normal con mengua de la situación del autor, sí bien parece que el ya desaparecido profesor de la Universidad de Madrid critica este punto de vista jurisprudencial pensando en los casos en que el miedo deriva de una falsa creencia del sujeto, los que para nosotros pueden entrar sin dificultad en la exención putativa.

Por otro lado, Ferrer Sama parece adoptar una actitud crítica al respecto cuando dice: "al hablar de la generalidad de las personas nos referimos a la generalidad de los sujetos que se encontrasen en análogas circunstancias personales pues... un mal amenazante que en una anciana provoca un miedo extremo, puede no amedrentar a un hombre adulto". Pero tal matización personal ya la hemos dado por supuesta y es inherente a la doctrina de la inteligibilidad que forzosamente a de operar en el caso concreto.

Cuestión distinta es la que se plantea cuando se instante en el sentido objetivo e impersonal que, a su juicio da la jurisprudencia a la eximente cuando se fija en el acontecer externo para apreciarla o no, sobre todo cuando concurren circunstancias que permiten una eficaz defensa, tales como al estar el autor armado y desarmada la víctima, las cuales desempeñan un papel decisivo, cuando en rigor, dice, debería indagarse sí, independientemente de estas circunstancias externas, estaba realmente sometido el autor concreto, por sus particulares cualidades a un estado emotivo efectivamente insuperable.

Para nosotros la aparente contradicción que presenta la jurisprudencia respecto al miedo grave, puede tener una explicación, que no es otra que la dificultad procesal de prueba en torno a la raíz anímica del miedo, que como todo hecho interno es de difícil indagación, sobre todo en orden a su verdadera identidad, vale decir, la posibilidad de ser o no superado o vencido; de ahí que se aluda a las amenazas dirigidas a quien estaba armado y en disposición de defenderse, las cuales no puede reputarse que tuvieran trascendencia bastante para infundir temor en el grado (legal) requerido; lo que ocurre igualmente cuando se desconocen los hechos que pudieron determinar la conducta del reo.

En definitiva, se trata de configurar a través de datos objetivos el complejo mundo de la psique, del mismo modo en que tantas otras ocasiones se inquieren los distintos *animi* que impulsaron al sujeto de tanta trascendencia para configurar uno u otro tipo delictivo, cuya búsqueda solo puede lograrse con apoyo de signos visibles y de fácil captación.

Terminamos el examen de este requisito poniendo de relieve las analogías y diferencias del miedo insuperable con el estado de necesidad y la legítima defensa.

Las tres eximentes derivan del tronco común de la *necessitas*, pero en el miedo se da un peculiar estado anímico que, como ya hemos visto, es indiferente en las otras dos. Por otra parte, en la defensa se da una agresión injusta seguida de una reacción *legítima* por parte de quien la sufre, lo que la convierte en causa de justificación. Por el contrario, en el miedo insuperable originado por la amenaza del potencial agresor, quien lo soporta actúan contra Derecho, por lo más que no le sea exigible otra conducta adecuada al mismo; por ello es mera causa de inculpabilidad.

Es esta amenaza de un tercero la que introduce un motivo extraño en la conducta del que obra bajo la influencia de la *vis moral*, motivación que no se da en el que se conduce en estado de necesidad, que así queda diferenciado aun en los casos extremos en que tal *status* constituye causa de inculpabilidad, dada la magnitud equivalente de los bienes en pugna.

O lo que es lo mismo, en el estado de necesidad, aún culpable, no se da el vínculo de causación psíquica en una relación bilateral de personas como acaece en el miedo insuperable.

El legislador, por otra parte, nos da a entender que la índole culpable y no justificante del miedo, que como es sabido, se traduce en la exigencia de la responsabilidad civil, para las causa de excepción de la primera clase y que está ausente en las de la segunda, puesto que en esta última se actúa *cure*, de modo que, aun con el distingo legal entre los causantes del miedo y los que lo sufren, cabe afirmar que ambos actúan antijurídicamente, si bien los primeros lo soportan en primer término como portadores de la amenaza que desencadenó la actuación del coacto.

Sí la naturaleza inculpable del miedo comporta esa diversidad de consecuencias en la esfera civil en contraste con la legítima defensa; cuando esta última pierde su carácter de justificación, como ocurre cuando deviene un exceso *defensivo*, se produce otra importante consecuencia de gran frecuencia en la *praxis*, ésta afectante a la responsabilidad penal, y es que dicho exceso en la defensa puede quedar cubierto por la concurrencia del miedo insuperable.

Es difícil, que en la práctica se den legítimas defensas perfectas en las que el agredido reaccione con absoluta sangre fría. Por ello, muchas veces lo que le falta a la legítima defensa, lo suple el miedo insuperable. Y es que, la igualdad de ambas causas fundidas en lo inculpable explica lo que de otro modo podría parecer extraño. Tan es así que la fórmula mixta de excención combinando la defensa y miedo o terror ha tenido reflejo legislativo en Derecho comparado.

2.4.2.MAL IGUAL O MAYOR. Se trata del otro extremo de la eximente en estudio: que el miedo grave venga determinado por la amenaza de un mal igual o mayor.

Es evidente que el mal a que se refiere la Ley es sinónimo de peligro o amenaza inminente, de un perjuicio en perspectiva, sin necesidad de que el mismo llegue a actualizarse hasta constituir una agresión o acontecimiento como pareció exigir la doctrina jurisprudencial, como dice Córdoba Roda, en este punto con razón, una tal exigencia llevaría a trasvasar a esta eximente un requisito extraño, propio de la legítima defensa, con la que así vendría a confundirse. Por la misma razón no es exigible la falta de provocación, presente en la defensa pero ausente en el *metus*, dada la diferente jerarquía entre ambas eximentes.

La crítica doctrinal a este no formulado requisito legal por ciertos fallos jurisprudenciales está por ello justificada, pues reduce sin razón plausible el ámbito de aplicación de la eximente. En la misma línea superflua está, la postura, a veces sostenida, de negar la excención a quien reaccione frente al causante del miedo. Por estimar que ello demuestra la superación del temor. El criterio es rechazado por nuestros penalistas porque, de extremarse tal interpretación, no sólo se reduciría la aplicación de la eximente a los delitos de omisión, sino que como ya hemos visto en

el plano psicológico, los estadios del miedo que interesan al jurista en su vertiente inculpable son aquéllos en que el sujeto actúa en una especie de distocamiento entre el psiquismo superior y su conducta, divorcio, que si se acentúa hasta entrar en la fase álgida del pánico, imprime a la actuación un sentido de automatismo que ingresa ya en la órbita de lo inimputable, de modo que en una y otra esfera subsiste la "acción" parcialmente libre y con la voluntad tan profundamente perturbada, que la desconexión entre acto y capacidad de autororientación en el sentido de la norma es ya completa, de suerte que si avanzando un paso más el estado emotivo del sujeto se llega al inmovilismo del sujeto, lo que falta ya, es la acción misma, superadas las anteriores fases de inculpabilidad y de inimputabilidad.

Por lo mismo es más aceptable posición jurisprudencial que no sólo admite el miedo grave en supuestos de reacción frente al sujeto que amenaza, sino que tal actuar radicado en el miedo sirve de eficaz complemento, en ocasiones para cubrir el exceso defensivo, pues como ya hemos dicho, en tales supuestos de defensa, ésta pierde su carácter de justificante para entrar en el ámbito de lo inculpable, en el que se adecua sin dificultad y de manera homogénea con la eximente en estudio.

El juego del error como causa de inculpabilidad y de otra parte el miedo, como síntoma de reacción de una personalidad anormal y que, por ende, obraría como causa de inimputabilidad por enfermedad mental, pueden ser las dos válvulas de escape al entendimiento un tanto objetivado del miedo grave o insuperable que la doctrina a enrostrado a la jurisprudencia, como si la misma hubiera procedido acumulando requisitos que escapan a la decisión legal de la eximente. La incongruencia, si la hubo, existiría en concebir, en todo caso, como causa de inimputabilidad al miedo y luego referirse al hombre medio o común para medirlo, pues ciertamente lo inimputable y normal se repelen. Pero concebida la eximente del miedo grave como causa de inculpabilidad, a tenor de las últimas resoluciones del Tribunal Superior de Justicia se concibe perfectamente la invocación o llamada al hombre razonable, al hombre sano de mente y de reacciones normales en iguales circunstancias. Claro es que el miedo comporta un fondo psicológico de perturbación anímica, pero se ha hecho un esfuerzo por separar la linde que separa al respecto lo inculpable de lo inimputable, sin olvidar incluso la posibilidad de falta del acto mismo.

También ha sido objeto de crítica la exigencia por la jurisprudencia de un *móvil lícito* para que se pueda dar paso a la eximente de suerte que, de mediar una motivación distinta (riña, venganza) debe rechazarse de plano la estimación de la causa.

La observación doctrinal es, en sí misma, exacta, puesto que, basada la eximente en un estado emocional característico, los móviles que se han llevado al mismo son ajenos y, en todo caso, no son tenidos en cuenta por la ley.

2.4.3.FUNDAMENTO JURIDICO.

El código penal para el Distrito Federal vino considerando en el pasado, como una causa excluyente de responsabilidad, según su artículo 15: "obrara en virtud del miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del sujeto, precepto que al ser estudiado por nuestros juristas dio origen a considerar en él inmersas dos excluyentes: *la del miedo grave y la del temor fundado*, considerando a ambas de naturaleza diversa como se explica en el punto anterior de este capítulo, pues la primera constituía un caso de inimputabilidad por trastorno mental transitorio, la segunda lo era de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

El código penal, en su artículo 15 fracción IV y IX contempla al miedo grave o inminente, el cual es nuestra excluyente en estudio, de la siguiente manera:

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

Se establece a la causa de no exclusión del delito a la *no exigibilidad de otra conducta*. La misma ofrece al juzgador un fundamento objetivo de ciertas hipótesis que excluyen legalmente el delito, con lo cual podría precisar con mejor posibilidad el límite de lo punible en el caso particular.

A manera de ejemplo, podemos señalar como caso particular de esta excluyente al miedo grave o insuperable, respecto de la cual, Gómez Benitez, señala que la presente eximente se ha ido alejando cada vez

más del terreno de la *inimputabilidad*, y aproximándose más al de la *inexigibilidad de conducta distinta*. Es decir, que cada vez se hace más evidente que la presente eximente no depende tanto del efecto psíquico del miedo, como de la improcedencia de exigir a un ser humano que ante determinados estímulos o amenazas reales reacciones de forma distinta a como lo hizo, esto es, delictivamente, ocasionando un mal (típico y antijurídico) no superior al que pretende evitar.

Al efecto Bustos Ramírez comenta: " en forma totalmente dominante se le considera una causa de no exigibilidad "; Sin embargo últimamente algunos autores desde un criterio preventivo general estricto, estiman que se trata de una causa de justificación, con lo cual se convierte la necesidad de la pena no en un principio regulativo general, sino en fundamento del merecimiento de pena, viene a sustituir la función específica del bien jurídico, lo que implica tanto una confusión para la teoría del injusto como para la del sujeto responsable, pues no se consideran con precisión los problemas referentes a la motivación del sujeto al actuar (que produjo un injusto y en consecuencia de ello, lo cual no puede entonces ser pasado por alto a la hora de enjuiciar al hecho y al sujeto, de otro modo se puede ser muy restrictivo o muy flexible en el juicio).

La gravedad del miedo o lo fundado e irresistible del temor son valores que deben ser justipreciados por el juez teniendo en cuenta, el carácter más o menos intimidante de la amenaza y la naturaleza más o menos débil de amenazado, pues la *vis compulsiva* no priva de la posibilidad física de obrar sin violar la ley.

El constreñimiento de un mal grave e inminente ejerce sobre el alma del hombre, violentando sus determinaciones.

En la primera parte de fracción IV del artículo 15 de nuestro código penal, contempla el legislador la *vis compulsiva* que no anula la libertad pero que actúa en ella en forma tal que disminuye la posibilidad de elección entre el mal de cometer un delito y el propio mal que amenaza al agente.

2.4.4.EL MIEDO GRAVE Y LA JURISPRUDENCIA.

Nuestra jurisprudencia ha establecido que la violencia moral requiere, la presencia de un peligro inminente, por el que haya una disminución de la libertad electiva del sujeto.

El juzgador debe apreciar y tomar en consideración las condiciones personales del sujeto, la hora, el lugar, situación del agresor y del agredido y el mal que produce el miedo, comparando entre ambos males, el peligro que existe para que el se defiende y la idoneidad y la prudencia de los actos que ejecuta para evitar el daño probable de que se halle amenazado, no debiendo procederse con criterio extremadamente riguroso.

Para que el miedo sea grave, tiene que ser de aquellos de los cuales no puede oponerse resistencia alguna; para que sea inminente ha de ser de hechos no remotos y lejanos, sino presentes. Por la sensible alteración psíquica que causa el miedo, pueden producirse la fuga, la pasividad absoluta o el acometimiento.

No pueden confundirse las excluyentes del miedo grave y la legítima defensa, pues en la primera el agente obra con automatismo y en la segunda conscientemente repeliendo la agresión.

CAPITULO III DELITO, TIPO Y EXCLUYENTES DEL DELITO

3.1. CONCEPTO DE DELITO.

3.1.1. PRELIMINARES

Son numerosos los penalistas que han pretendido elaborar una definición del delito con validez universal; una definición fincada en elementos inmutables; pero vanos han sido los esfuerzos desplegados y orientados a tal finalidad, "pues hallándose la noción del delito en íntima conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo y cada siglo, aquella ha de seguir forzosamente los cambios de éstos, y por consiguiente es muy posible que lo penado ayer como delito se considere hoy como lícito y viceversa. Es pues, inútil buscar una noción de delito en sí".

3.1.2. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA DELITO

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

3.1.3. NOCIÓN FORMAL

En principio tenemos que nuestro código penal define en su artículo 7° al delito: es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, mencionando además que el delito es:

a) Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento.

b) Permanente o continuo, cuando la consumación se ahoga en el tiempo.

c) Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad del sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

Esta concepción prescinde incluir en la definición los elementos que constituyen la esencia misma del acto delictivo; funda su noción exclusivamente en el carácter punible; es delito entonces, toda conducta moral o inmoral, dañosa o inocua, siempre y cuando esté dispuesta en la ley y amenazada con la aplicación de una pena.

3.1.4. DEFINICIÓN DE FRANCISCO CARRARA

Carrara como genuino representante de la escuela clásica, define al delito de la siguiente forma: 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.

Para Carrara, el delito no es sino un "ente jurídico", esto es, una infracción a la ley, debido a que su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación de un derecho.

Llama al delito infracción a la ley, en virtud de que un acto se convierte en delito únicamente cuando choca contra ella.

Pero para no confundirlo con el vicio, o sea del abandono de la ley moral ni con el pecado, violación de la ley divina afirma su carácter de infracción a la ley del Estado y agregó, que dicha ley debe ser promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, pues sin tal fin carecería de obligatoriedad y, además, para hacer patente que la idea especial del delito no está en transgredir las leyes protectoras de los intereses patrimoniales, ni la propiedad del Estado, sino la seguridad de los ciudadanos.

Ese sistema es en realidad una consecuencia de la teoría *jus-naturalista*, que está en el fondo de la construcción carrariana, de acuerdo a ella, el Derecho es un derivado racional de la ley suprema del orden, y en la razón se encuentran los principios lógicos para desarrollar todo el contenido detallado de las instituciones penales, sin que el legislador pueda incriminar a su arbitrio determinados hechos que no reúnen en sí las categorías que Carrara exige para que un acción pueda ser declarada.

Carrara sienta un criterio esencial duradero al afirmar que el delito no es un hecho, sino una infracción, un ente jurídico, ello es, una relación de contradicción entre el acto del hombre y la ley, una "disonancia armónica" según su elegante expresión.

La definición de Carrara es más filosófica que dogmática.

3.1.5. NOCIÓN SOCIOLOGICA

La escuela positiva sostuvo en sus postulados la concepción del delito como: "hecho natural", resultado de causas antropofísicas y sociales.

Rafael Garofalo, el jurista de esta tendencia doctrinal, construyó la definición de delito natural entendiéndolo como: "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad". Con esta definición pretendió encontrar una noción inalterable del delito valedera en todo lugar y tiempo.

Garofalo, considera que, su noción de delito comprende una variabilidad de hechos; así son ofensas al sentimiento de piedad, el homicidio, heridas, mutilaciones, estupro, secuestro, injurias, calumnias, etc.

Garofalo, distingue el delito natural del delito artificial o legal, entendiendo este como toda conducta reputada delictiva por la ley sin ocasionar ofensa a los sentimientos de piedad y probidad, tales son los delitos políticos, aquellos que hieren el sentimiento religioso o el honor.

Ignacio Villalobos, al respecto opina: "la esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza, pero, la esencia del delito, la delictuosidad, es fruto de una valoración de ciertas conductas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de altruismo, de orden, de disciplina, de necesidad en la convivencia humana, por tanto, no se puede investigar que es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella sola no existe, sino a lo sumo buscar y precisar esas normas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa.

3.1.6. NOCIÓN SUSTANCIAL

Jiménez de Asúa nos proporciona una definición de delito: " es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".

La conducta que se exige provenga de un sujeto imputable (capaz de querer y entender), sólo es delictuoso si encuadra exactamente a la descrita en la ley penal (típicidad), si se opone al orden jurídico (antijuricidad), si subjetivamente le es imputado a su autor (culpabilidad), y si se encuentra amenazado con una sanción (punibilidad); debiéndose cumplimentar además las eventuales condiciones de las cuales depende la efectividad aplicativa de la sanción (condiciones objetivas de punibilidad).

3.2.ELEMENTOS DEL DELITO

A pesar de haber estimado que en las definiciones del delito se incluyen elementos no esenciales, haremos el estudio de ellos justamente, con el de los que si lo son, para tener una idea completa de la materia.

ELEMENTOS POSITIVOS

- a) actividad o conducta
- b) tipicidad
- c) antijuricidad
- d) imputabilidad
- e) culpabilidad
- f) condicionalidad objetiva
- g) punibilidad

ELEMENTOS NEGATIVOS

- A) ausencia de acción
- b) ausencia de tipo
- c) causas de justificación
- d) causas de inimputabilidad
- e) causas de inculpabilidad
- f) falta de condición bjetiva
- g) excusas absolutorias

3.2.1. ELEMENTOS POSITIVOS

Entendemos por conducta, el comportamiento corporal voluntario, el delito a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como valoración objetiva o subjetiva, lo cual encuentra sus principales fundamentos en las relaciones surgidas entre el hecho humano contrario al orden ético-social.

La tipicidad, es la adecuación de la conducta a alguno de los tipos legales, teniendo como características las siguientes:

- 1.- La realización de una conducta, acto u omisión.
- 2.- Que la conducta encuentra en un tipo específico de una norma.
- 3.- Que exista una norma anterior de conducta que se quebranta.
- 4.- Que sea punible.

La antijuricidad, se ha afirmado en la antigüedad que la antijuricidad es un concepto negativo desaprobador del hecho humano frente al derecho; es decir, como la antijuricidad da sobre ella una idea positiva, sin embargo comúnmente se acepta como antijurídico, lo contrario al derecho.

El maestro Porte Petit, argumenta que se tendrá como antijurídico una conducta adecuada al tipo, cuando se pruebe la existencia de una causa de justificación recalcando que por hoy así funcionan los códigos penales, valiéndose en un proceso de expulsión lo cual significa un criterio de congruencia o mejor dicho de una doble omisión para tener por antijuricidad una conducta a la violación de una norma penal, y la ausencia de una justificación.

La imputabilidad, es cuando no ocurre la excepción a la regla de incapacidad y de inculpabilidad.

La culpabilidad, es la realización de un hecho subsanable en una figura típica, no presupone sin más que a su autor, le puede ser aplicada la pena en ella establecida; necesariamente es precisamente afirmado a través del correspondiente juicio que el impuesto típico, es reprochable a su actor por haberlo realizado intencionalmente o imprudencialmente, y en circunstancias en las que se le podía exigir otra conducta diversa.

Pasaron ya las épocas en que el derecho penal, tomaba exclusivamente en consideración el resultado típico activo, el derecho actual requiere que el derecho típico puede serle reprochable a su autor, en función a su conducta sólo entonces procede pronunciar en su contra la siguiente reprobación: tú eres de hecho culpable”.

Las condiciones objetivas y la punibilidad, cabe destacar que estos elementos están actualmente derogados.

3.2.2. ELEMENTOS NEGATIVOS

Ausencia de conducta, consiste en el peculiar comportamiento de un hombre traducido exteriormente en una actividad, o inactividad voluntaria.

La atipicidad, cuando no hay adecuación alguna de la conducta al tipo.

La ausencia de tipicidad o atipicidad constituye el aspecto negativo de la tipicidad impidiendo la integración del delito más no equivale a la ausencia del delito o del tipo; esto supone a la falta de previsión de la ley de una conducta o hecho, hay tipicidad en cambio cuando el comportamiento humano con reto previsto legalmente en forma abstracta no encuentra perfecta adecuación en el precepto, de estar ausente o ausentes algunos de los supuestos constitutivos del tipo.

La inimputabilidad, es una excluyente de responsabilidad que se refiere en forma exclusiva los trastornos de carácter transitorio, que nulifican en el sujeto la capacidad de entendimiento y voluntad sobre los actos realizados.

Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de incluir la antijuricidad.

Cuando falta laguna de las condiciones exigidas por la ley, entonces hablamos de la ausencia de comisión objetiva de punibilidad.

Excusas absolutorias; son las que hacen un acto típico, antijurídico, imputable a un acto y culpable, no se asocia pena alguna por razones de utilidad pública.

3.2.3. PRESUPUESTOS DEL DELITO

Son las circunstancias jurídicas o de hecho, cuya existencia debe ser previa a la realización del delito.

Clasifican a los presupuestos en generales y esenciales.

Son generales cuando necesariamente deben concurrir para la configuración de cualquier delito, pues su ausencia implica la imposibilidad de integrarlo; mencionan como tales a la norma penal, al sujeto activo, al pasivo, y al bien jurídico.

Estiman como presupuestos especiales a los condicionamientos de la existencia de un delito concreto y cuya ausencia puede originar la no aparición del delito, como la falta de preñez para la comisión del aborto; o bien el cambio del tipo delictivo.

Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la voluntad o el hecho típico o antijurídico y punible, siendo autor material del delito o bien cuando participaba en su comisión contribuyendo a su ejecución.

Sujeto pasivo, por tal se conoce al titular del derecho privado, lesionado o puesto en peligro por el delito, como la ley titula bienes, no solo personas y en forma colectiva que pueden ser pasivos:

- a) la persona física
- b) la persona moral o jurídica
- c) el Estado
- d) la sociedad

La doctrina nos señala al objeto del delito, clasificado de la siguiente manera:

1.- Objeto jurídico, por el que entendemos el bien jurídico tutelado a través de la ley penal, mediante la amenaza de una sanción.

2.- Objeto material, es la persona o cosa dañada que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva; no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.

3.3. EL TIPO PENAL Y SUS ELEMENTOS

3.3.1. CONCEPTO DE TIPO

El vocablo tipo proviene etimológicamente del latín *tipus* y éste del griego *tupos* que significa modelo o ejemplo. A manera de ilustración es importante saber que de él surgen los compuestos *arquetipo* y *prototipo* que vienen a denotar en forma primaria un modelo específico, mediante el cual a través de una descripción se remarcan las características y perfiles que debe tener una obra material o intelectual, una especie o una situación dada.

En forma primaria, la peculiaridad básica del tipo consiste en describir las conductas que, de llevarse a cabo, serán acreedoras de penalidad.

Tipo es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias.

El tipo ante todo tiene una finalidad definitoria del delito. La función de éste concepto estriba en proporcionar soluciones, unitarias, orgánicas y exhaustivas a toda la fenomenología del delito.

Ahora bien, cuando el legislador llega a plasmar en las leyes penales esa descripción, lo hace atendiendo a una estimación anterior, en el sentido que tales conductas no son neutras, sino por el contrario, implican un trastocamiento en la convivencia de las personas que integran la comunidad; por eso a fin de evitar su realización o su repetitividad en caso de haberse cometido se les prevén o inflige castigo.

Los tipos en lo penal solo incluyen conductas consideradas con alto contenido de afectación a bienes que deben ser salvaguardados más prioritariamente que otros.

En el tipo está la razón de ser de la antijuricidad, desde el momento que el legislador crea la figura, lo hace bajo el condicionamiento de considerar implícita la antijuricidad, con este señalamiento, al sucederse su realización en el mundo real, implica la lesión antijurídica que solo se desvanece si el propio legislador la autoriza.

El tipo y la típica tienen la diferencia de continente y contenido, el primero es creado abstractamente en la ley y la segunda es la estimación que se hace al saber la conducta en el tipo. La acción que efectivamente es realizada al ser captada por alguno de los tipos, se le etiqueta de típica y trasciende, en razón de la típica, al ámbito penal. De tal manera, la típica forzosamente conlleva que la conducta humana a de ser típica, exigiéndose su adecuación al tipo penal.

3.2.2. ELEMENTOS DEL TIPO

- a) Sujeto del delito
- b) Modalidades de la conducta
- c) Objeto material
- d) Elementos objetivos
- e) Elementos normativos
- f) Elementos subjetivos

a) SUJETOS DEL DELITO

Es la persona física individual que desarrolla la acción criminal. Este elemento queda incluido en las formas " el que", " a la ", " al que ", haga esto o lo otro, que usa nuestro legislador en las diversas figuras delictivas.

Debemos advertir que en la comisión de un delito pueden intervenir dos o más sujetos, aplicándose en estos casos las reglas de la participación delictiva. En otros casos las pluralidades de sujetos son esenciales para la integración del delito, como por ejemplo en la asociación delictiva.

b) MODALIDADES DE LA CONDUCTA

El tipo penal frecuentemente hace referencia a circunstancias de carácter especial, a medios de ejecución, a otro hecho punible, etcétera. Estas son modalidades de la conducta o del hecho descrito. Así el artículo 286 del código penal para el Distrito Federal, hace mención de elementos especiales.

c) OBJETO MATERIAL

El tipo También alude al objeto material de la conducta, esto es, a la persona o cosa sobre las cuales la acción típica se realiza. En el homicidio, la persona humana constituye este elemento; en el robo, el bien inmueble; en el aborto, el fruto de la concepción.

d)ELEMENTOS OBJETIVOS

También en el tipo se contemplan elementos objetivos perceptibles mediante la simple actividad cognoscitiva. Por ejemplo: El apoderamiento, en el delito de robo.

f)ELEMENTOS SUBJETIVOS

En esta clase de elementos, la conducta del autor únicamente cobra relevancia típica cuando está enderezada en determinado sentido finalista. La realización externa contemplada objetivamente, es irrelevante si el autor no le ha impreso especial finalidad exigida en el tipo. El delito de injurias se configura cuando la expresión de la acción ejecutada se realiza para manifestar desprecio a otro, con el fin de hacerle una ofensa.

3.3.3 CLASIFICACION DE LOS TIPOS

Los tipos penales se han clasificado fundamentalmente en:

a)Normales y Anormales.

Los tipos Normales se caracterizan por involucrar elementos puramente objetivos, como en el caso de homicidio y lesiones.

Los tipos Anormales incorporan componentes de índole subjetiva, como es el caso de fraude o rapto.

b)Básicos y especiales.

Es Básico cuando sus elementos descriptivos son el fundamento esencial de otros tipos esenciales.

Los delitos de infanticidio y parricidio constituyen tipos especiales por tener como fundamento la privación de la vida, como el homicidio, que es el tipo básico.

c)Complementados o Privilegiados

El tipo básico sin perder su autonomía, ocasionalmente se agrava en la penalidad por aparecer determinadas circunstancias. Estos son los tipos complementados, como el homicidio con premeditación, ventaja o traición.

En otros casos, la penalidad del tipo básico es atenuada; entonces tenemos los tipos privilegiados, como el homicidio en riña, en duelo, por infidelidad conyugal.

3.4. CAUSAS DE EXCLUSION DEL DELITO

Con el rubro de " causas de excluyentes de responsabilidad", el código penal de 1931, que comenzó a regir en el Distrito Federal el 17 de Septiembre de ese año, se ocupa de la materia, en los artículos 15 a 17.

La responsabilidad nace de la voluntad de infringir la ley, o de imprevisión, negligencia, falta de reflexión, etc. en los delitos de culpa. Las circunstancias exculpantes de que vamos a ocuparnos, son aquellas que impiden que sea acción punible una acción prohibida por la ley. El criminal no se convierte en inocente al estar amparado por alguna de esas exculpantes, si no que sus actos se justifican o se excusan, en virtud de que proceden de circunstancias personales del actor y extrañas del delito, o bien el inculpado queda amparado por el ejercicio de un derecho, justificándose el acto realizado; "por eso se exige que la justificación o la excusa deba ser intrínseca al hecho culpable, a diferencia de las atenuaciones, que nacen de circunstancias extrínsecas al delito".

Cuando existe una causa de justificación el agente no es culpable ni moral ni jurídica mente, por que no se encuentra en las condiciones normales de imputabilidad.

Las Leyes antiguas dejaban al arbitrio judicial la decisión de las excusas. La significación de esta palabra "excusa", era vaga e incierta; se consideraba como excusa la edad, el sexo, el estado de ánimo y los antecedentes; en general, todas las circunstancias que podían mover a la piedad. Actualmente estas excusas se consideran como atenuantes, y se resuelven por el juez, despues de haber declarado culpable al reo, y solo se toman en cuenta para disminuir el castigo.

Las causas de suspensión de la culpabilidad se divide en dos categorías:

1a. Causas generales de inculpabilidad, cuando a pesar de los elementos esenciales de la imputabilidad (inteligencia y voluntad), son defectuosas; por ejemplo la alteración de las facultades mentales, falta de discernimiento en el menor;

2a. Causas especiales de justificación, cuando el agente se encuentra en un estado normal de imputabilidad, pero en condiciones excepcionales que le imponen la obligación de cumplir el acto, mandato de la ley o del superior, la legitima defensa, etc.

Las causas de justificación y los motivos de excusa se confunden muchas veces, y no se pueden diferenciar con exactitud. "Las causas pueden dividirse en excusas propia mente dichas y en hechos justificativos. Las excusas no excluyen la responsabilidad, la disminuyen solamente, y los hechos justificativos excluyen toda intención criminal".

Esta definición filosófica y legal, que nace de los términos en que se encuentra redactado el artículo 65 del penal Francés, no tiene razón alguna de ser entre nosotros. Lo que algunos autores llaman excusas y otros causas de justificación, nuestro código las designa con el nombre de *causas de exclusión de responsabilidad penal*.

Estas causas se encuentran perfectamente puntualizadas, y basta que ocurra una de ellas para que el procesado quede plenamente exculpado o justificado.

Pueden acompañar al hecho que se juzgue, dos o más circunstancias exculpantes, y como veremos después algunas suponen la existencia de otras; de manera que racionalmente no pueden encontrarse separadas, por más que nuestro código penal las enumere en diferentes incisos y que la práctica haya consagrado su completa separación.

El distinguido catedrático de derecho penal en la Universidad de Barcelona, Eugenio Cuello Calón, nos dice que: " Se dividen en dos grupos las causas de irresponsabilidad, uno comprende las causas de inimputabilidad; otro las de justificación. En las primeras la irresponsabilidad se funda en la ausencia o en la profunda perturbación de las bases de la imputabilidad (conciencia y voluntad), son éstas la enfermedad mental, la edad menor de 16 años, la violencia y el miedo grave.

En las causas de justificación las bases de la imputabilidad subsisten sin alteración alguna, la conciencia y la voluntad del agente funcionan con normalidad, pero el acto realizado y en apariencia delictuoso, es justo y conforme a derecho; a este grupo pertenecen la legítima defensa, el causar un daño en la propiedad o derechos ajenos, la ejecución de la ley, la obediencia debida y la omisión por causa legítima o insuperable.

Esta distinción hecha entre las causas de irresponsabilidad no solo tiene una justificación de carácter doctrinal.

Cuando se habla de excluyentes debe entenderse que se alude a situaciones cuya presencia implica la posibilidad de sancionar la conducta, no obstante la actuación del activo, ejecutando la parte descriptiva del tipo; es decir, existe tipicidad formal, pero al operar la excluyente, no la habrá en sentido material.

Las excluyentes de responsabilidad son pues, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del derecho penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por tanto, no produce la responsabilidad que es inherente al delito.

Técnicamente se han catalogado como excluyentes, tanto las justificantes como las inculpabilidades y a ellas, debe agregarse la inimputabilidad por trastorno mental accidental o involuntario.

La excluyente es un marco legal inhibitor de la jurisdicción penal, bajo el presupuesto de presentarse, sólo cuando existe la posibilidad abstracta de aplicar la pena.

Por otra parte, la necesidad de precisar cual es la excluyente que opera no es una cuestión de preciosismo técnico; tiene consecuencias pragmáticas.

Las justificantes se reducen conceptualmente al ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber. La que por antonomasia se encuentra entre las primeras es la defensa legítima que en todas las legislaciones tienen un apartado específico.

Se constriñe al ejercicio del derecho de defensa mediando la agresión. En forma paralela el contenido de la excluyente identificada como el ejercicio de un derecho distinto a la defensa, se entiende como el del derecho específicamente autorizado por la ley.

En otra área despenalizada; cuando media inimputabilidad debe diferenciarse el caso de que existe excluyente de responsabilidad y otros en los cuales, al no tener el sujeto capacidad para ser activo de delito, queda fuera del ámbito represivo y, sin embargo, se le siguen consecuencias, tomándose medidas de orden penal.

Cabe hacer mención que anteriormente respecto de las excluyentes se seguía una división ya superada, pero es necesario mencionarla: la exclusión de pena derivaba por causas de justificación no hay delito; en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las causas absolutorias no hay pena.

Sobre la excepcional importancia que debe reconocerse a las causas que excluyen la responsabilidad penal, baste decir que ellas y no el catálogo de los delitos nos dan la distinta fisonomía de un código penal.

Para el positivismo criminal, atento a la peligrosidad del sujeto, ésta no existe por bajo de cierto mínimo de edad; y por encima de él, la peligrosidad puede ser muy diversa según cada sujeto y dado su desarrollo mental y estado psicofisiológico.

Por último, es necesario atender a los móviles determinantes del delito, pues cuando por ellos no se revele una personalidad antisocial porque la acción se justifique ética o legítimamente, tampoco debe haber culpabilidad. En consecuencia no debe haber causas *in genere* excluyentes, sino culpabilidad o inculpabilidad, según la temibilidad del sujeto.

Nuestro Código penal contempla a las excluyentes de responsabilidad en su artículo 15.

3.5.LEGITIMA DEFENSA

3.5.1. DEFINICION DE LA LEGITIMA DEFENSA

Ha sido definida como la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor, cuando no traspase la medida necesaria para la protección; o como la defensa que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho, por medio de una lesión contra el agresor. La defensa es legítima cuando se contraataca a fin de que una agresión grave no consuma el daño con que amenaza inminentemente.

La llamada defensa legítima es la excluyente por excelencia, de fácil comprensión y aceptación, porque despierta en la mente una especie de derecho congénito a la existencia humana.

Históricamente es la primera en haber sido reconocida con entidad legislada.

3.5.2.LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL

La redacción de esta excluyente aparecía en los términos siguientes: "repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".

Actualmente el artículo 15 fracción IV, segundo párrafo del código penal nos dice que: "se presumirá legítima defensa, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar de la gente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares de circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

La clásica fórmula (que es la que se menciona al principio de este apartado) con antelación derogada, conservada por muchos códigos de la República consistía en: obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente.

Las condiciones negativas de la defensa son:

*Falta de provocación

*Ausencia de previsión

*Fácil evitabilidad

*Proporcionalidad racional, tanto en el medio empleado como en el daño ocasionado.

3.5.3. DESGLOSE COMPARATIVO DE LA LEGITIMA DEFENSA

Pasamos a efectuar un desglose comparativo, que tradicionalmente se ha establecido para la legítima defensa.

En cuanto a "obrar el acusado" (fórmula suprimida en el código penal, apareciendo actualmente en su lugar "repeler"), significa una conducta de reacción ante lo injusto.

En lo relativo a "en defensa", es decir, llevando a cabo una actividad de tutela, protección, guarda, sostén o apoyo de las esferas o marcos que jurídicamente la ley considera deben ser salvaguardados, consistentes en "su persona, honor o sus bienes; o la persona, honor o los bienes de otro". La pregunta obligada: ¿específicamente, qué esferas, marcos o bienes son los susceptibles de lesión, que para evitarla, el Estado autoriza la defensa legítima?

La mayoría de los doctrinarios se inclina por determinar que todos los "bienes" resultan aptos para ser salvaguardados en relación con el individuo en lo particular, más no así los colectivos, porque estos últimos debe ampararlos el Estado a través de sus mecanismos oficiales.

Nosotros empleamos una fórmula sencilla, utilizando el tipo. En efecto, el derecho penal, es la reacción más violenta del Estado, en la protección de intereses que de manera preponderante determina su carácter prevalente, o sea, los considera privilegiados, imponiéndose sanción penal a quienes las transgredan.

Hay interés de no tan alta dimensión limitados al ámbito civil, administrativo, etc., no requiriéndose para su cuidado una reacción de gran intensidad. En esta perspectiva debemos ver la legítima defensa como una especie de sanción fijada por el Estado, en contra de quienes agredan en forma típica los intereses respectivos y la aplicación de esa sanción se le autoriza al particular para que la imponga, ya que, el

Estado, en el caso de la legítima defensa, las más de las veces, no puede estar presente cuando se suscita el evento; por eso, queda a cargo del particular tomar las medidas proteccionistas correspondientes, incluyendo en su caso, la ejecución de las más dramáticas.

Esto sólo debemos verlo como un símil para un diagrama de mejor comprensión, porque en paridad, se trata de la autorización para causarle daño al agresor, debido a que el particular sólo puede llegar al nivel que lo haría el Estado en cuanto a su esquema de bienes jurídicamente protegidos en el área penal. No olvidemos que en principio, nadie está autorizado a hacerse justicia por su propia mano.

En lo tocante a "repeler el acusado una agresión real, actual e inminente"; es patente que sí no existe la agresión, no puede haber defensa; de ahí resulte innecesario hablar de agresión real. No debe escapar, que por agresión se entiende el "acontecimiento (ataque); a cometer a alguno con objeto de causarle daño", un comportamiento que afecta en forma típica una esfera jurídica.

3.5.4.DEFENSAS PRIVILEGIADAS

Es explicable la autorización de causar daño, a quien durante la noche está llevando a cabo escalamientos, fractura de los cercados o entradas de la casa que habita. Otro tanto debe decirse en relación con el daño causado al extraño que legítimamente se encuentra dentro de un domicilio habitado, no obstante consideramos que debe prevalecer la racionalidad en el medio y en el daño. Igual sucede con las denominadas *offendiculae* (mecanismos de defensa material como bardas con vidrios, rejas con picos, etc.)

Sí el invasor nocturno es un niño y se lesiona con el mecanismo o si e coloca una escopeta que va a dispararse al abrir la puerta y aparece muerto un infante que probablemente iba a robar algún objeto o a recoger una pelota que se introdujo previamente. No hay racionalidad ni en el medio, ni en el daño.

La ley militar, por su rigidez disciplinaria y jerárquica, acepta se cause cualquier daño sin imponer sanción. La ley para los civiles no se estructura con tanto rigor, por eso, el uso del *offendiculae* no puede ser clasificado, de modo general y sin discriminaciones, como una forma de legítima defensa. Para aceptar que lo es, se debe examinar caso por caso a fin de ver:

- a) Sí hay proporción entre el bien defendido y la lesión o daño que el aparato puede causar (y sí puede causar varias, debe tomarse en cuenta la más grande de todas).
- b) Sí se tomaron medidas para que el aparato no vaya a dañar a terceros inocentes.
- c) Que en realidad se demuestre que quien ha sufrido daño por obra de tales artefactos, se proponía causar daño en previsión del cual se puso el aparato.

En síntesis: sólo hay defensa legítima cuando los *offendiculae* obran en las mismas circunstancias en que lo haría el dueño para proteger su derecho.

CAPITULO IV

MEDICINA FORENSE, PSICOLOGIA Y PSIQUIATRIA COMO CIENCIAS AUXILIARES DEL DERECHO PENAL.

La enciclopedia de las Ciencias Penales, es el esquema de las ciencias que se ocupa de estudiar en alguna forma las conductas consideradas antisociales y las normas que las rigen.

Este principio general tiene excepciones, ya que las ciencias penales estudian también conductas parasociales y antisociales, así como los sujetos que las cometen; las normas penales rigen ciertas conductas que no son en sí antisociales, pero que son consideradas en esta forma por el legislador.

La denominación "penal" no debe considerarse como represión en realidad no nos gusta el término, pero lo utilizamos para una mayor comprensión; algunos autores usan la denominación de "ciencias criminales", pero nosotros usaremos el de ciencias penales.

Tenemos pues que las ciencias penales se dividen en cinco grandes partes: Criminología, Historia y Filosofía, Ciencias Jurídicas y Ciencias Básicas.

Las ciencias criminológicas, tratan del mundo del ser, mientras que las ciencias jurídico-represivas, son ciencias del mundo del deber ser, es así, las dos son totalmente diferentes.

4.1. LA MEDICINA FORENSE Y EL DERECHO PENAL.

4.1.1. EL DERECHO PENAL

Debemos considerar la ciencia del derecho penal, como el estudio de las normas penales, de aquellas que nos dicen qué conductas son punibles, cuál es la pena que a estas conductas corresponden y además las reglas de aplicación en sí, en qué causas puede haber excluyentes de responsabilidad o en qué casos se ve disminuida, etc.

Maggiore nos hace ver que la expresión "Derecho Penal" se aplica tanto para designar al conjunto de las normas penales como para nominar a la ciencia del derecho penal. En el primer sentido se trata de un conjunto de normas y en el segundo en una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual.

Sáinz Cantero explica que por ciencia del Derecho Penal entendemos la disciplina que tiene por objeto el estudio del ordenamiento penal positivo. Conocer el Derecho Penal Positivo no significa solo conocer y entender sus disposiciones, significa además elaborarlo y hacerlo sistema.

Jiménez de Asúa afirma que el Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y sancionando la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.

4.1.2. LAS CIENCIAS BÁSICAS Y LAS CIENCIAS MÉDICAS.

Las ciencias básicas son aquellas que se llamaron auxiliares y que con motivo de la celebración de la asociación Internacional de Derecho Penal en Palermo, Italia, en 1933, al discutir lo relativo a la especialización del juez penal, don Luis Jiménez de Asúa a nombre de la delegación española pidió que los estudios de los juristas abarcarán, además del Derecho, la Antropología, Biología y Sociología criminológicas y se opuso a que el congreso las llamaran ciencias auxiliares. Hoy sabemos que estas ciencias son necesarias, no sólo para el jurista, sino para cualquier profesionalista que tenga algo que ver con las ciencias penales en general.

Se llegó a la conclusión de que las ciencias básicas, esenciales o fundamentales, son la Medicina y la Psiquiatría Forense, y la Estadística.

Por otro lado Rodríguez Manzanera propone una clasificación diferente, ya que la Medicina y, Psiquiatría Forense no pueden considerarse como la base, esencia o fundamento, de las ciencias penales; ni son el punto de partida, pues no toda caso de conducta antisocial presenta problemas médicos, ni todo sujeto antisocial es un caso psiquiátrico.

Por lo anterior, se clasificaron la Medicina y la Psiquiatría Forense dentro del rubro "Ciencias Médicas", sin que esto implique de manera alguna, bajarlas de rango o desconocer su importancia, sino simplemente colocarlas en un lugar más propio.

4.1.3. LA MEDICINA FORENSE

Es la aplicación de las ciencias medicas a la ilustración de los hechos que con ellas se relacionan, investigadas por la justicia o a la formulación de algunas leyes que con las mismas disciplinas medicas se relacionan.

La Medicina Forense es el conjunto de los conocimientos médicos dirigidos a resolver problemas de esta índole, que se plantean por el derecho.

Fernández Pérez expresa que: "la Medicina forense es una disciplina de aplicación de conocimientos científicos, de índole fundamentalmente medica, para la solución de problemas biológicos y humanos que están en relación con el Derecho."

Grandini González define a la Medicina forense como: "la disciplina que se auxilia de la totalidad de las ciencias medicas para dar respuesta a cuestiones jurídicas."

4.1.4. OBJETO DE LA MEDICINA FORENSE

La Medicina Forense tiene por objeto auxiliar al Derecho en dos aspectos fundamentales; el primero toca a las manifestaciones teóricas y doctrinales, básicas cuando el jurista necesita de los conocimientos médicos y biológicos, sí se enfrenta a la formulación de alguna norma que se relaciona con estos conocimientos; el segundo es aplicativo a la labor cotidiana del medico forense, y se comprende fácilmente en sus aplicaciones al Derecho penal a través de algunas cifras.

También el objeto de la medicina forense es asesorar al jurista para la correcta formulación de la norma relacionada con los conocimientos médicos y biológicos, como lo es la resolución posterior de los casos concretos relacionados con esas normas; pero en uno y otro caso, el objeto de la medicina forense es el de auxiliar al derecho en la correcta formulación de esas normas; como posteriormente en la correcta aplicación de las mismas; sus objetivos son específicos y corresponden a una especialidad medica.

4.1.5. METODO EN LA MEDICINA FORENSE

Si la medicina forense es el conjunto de todos los conocimientos médicos y biológicos aplicados a resolver los problemas que se plantean desde la vertiente del Derecho, su método no es otro que el de las ciencias médicas, y el método de la medicina forense es el conjunto de los recursos de que ésta se vale para tratar de resolver los problemas de quienes se encargan de administrar justicia.

Como ciencia positiva que es, dos son sus métodos fundamentales: la observación y la experimentación. La primera puede ser simple o directa, como cuando se observa la cicatriz que una lesión ha dejado en el rostro; o instrumental como cuando se determina e cuantifica la alcoholemia en la sangre, o cuando en el lavado de los dedos de las manos se investiga el contacto con la marihuana mediante la cromatografía en capa fina. Observación es la que se hace en la práctica de la necropsia médico-forense, o la que se hace en la víctima en los casos de los delitos de violación, o cuando se precisa la edad cronológica de una persona, o si ésta es púber o impúber.

Mediante la observación y la experimentación, la medicina forense busca el conocimiento de la verdad, fin supremo de la justicia.

La observación y la experimentación tienen por objetivo descubrir las causas de los fenómenos que se estudia y a la vez, establecer las leyes que los rigen en la aparente irregularidad de los mismos.

4.2. IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DICTAMEN MEDICO FORENSE.

Al ser el miedo un concepto eminentemente psicológico y personalismo deberá ser acreditado y probado en los distintos procesos penales.

En ocasiones, el miedo puede tener una causa u origen patológico, por lo que será también imprescindible la intervención de los psiquiatras.

En la práctica nuestros jueces y tribunales miran con un poco de desconfianza y hasta con recelo la aplicación de la eximente completa o incompleta del miedo insuperable, y conocen las dificultades de limitación y contenido que desde luego entraña. Existe en este sentido, en mi opinión, una cierta cautela o prevención e incluso inseguridad, por los efectos jurídicos penales y civiles que tiene una y otra.

No suelen demandar un informe de tipo psicológico, pues creen que pueden apreciar, cuando así lo hacen, la eximente completa o incompleta del miedo insuperable o grave en la plenitud conceptual. La excepción la hacen únicamente con la aplicación de ña enajenación mental y el trastorno mental transitorio.

4.2.1. DICTAMENES E INFORMES MEDICOS DE RUTINA.

Son los documentos que se escriben con relación a toda intervención médica, mediante la cual se pretende aclarar científicamente algún problema médico con el fin de auxiliar a la justicia. Es la intervención solemne del médico; es cuando su ciencia y su técnica se visten de gala para llegar a los tribunales bajo protesta de fiel desempeño del cargo pericial.

Por disposición legal, los perito practicarán todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte le sugieran, y espesarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su *dictamen*, y que los peritos lo presentarán por escrito y lo ratificarán en diligencia especial.

Vemos que la designación legal de este documento es la de *dictamen*, y si hemos incluido la designación de informe, es porque en otras latitudes este documento se conoce bajo tal nombre y porque, en ocasiones la intervención médico-forense puede traducirse en un documento que realmente es un informe por cuanto se comunica la noticia de un suceso a cerca de una persona o sobre el alcance o significación de alguna circunstancia médica o biológica, como cuando se comunica el resultado de las pruebas de laboratorio investigando la sífilis en sangre o en líquido cefalorraquídeo o cuando se dan los resultados de las pruebas biológicas de embarazo.

El dictamen se forma de tres partes esenciales:

- *preámbulo
- *parte sustancial o fundamental
- *conclusión

1. Preámbulo y planteamiento del problema.

Personalidad del perito y planteamientos del problema, que es conveniente hacer en los términos que usa la autoridad que dispone la intervención. También es conveniente tener en cuenta que muchas veces los abogados tienen ideas vagas o confusas sobre la medicina forense.

El perito, aún cuando la autoridad lo pida, no debe pronunciarse sobre los conceptos de "culpabilidad", "responsabilidad" o "inocencia" pues esta es la función del juez y al médico sólo le corresponde colaborar diagnosticando, pongamos por caso, el estado de salud mental o, por el contrario, un determinado estado patológico permanente o transitorio. Pero siempre hay que partir del planteamiento correcto del problema. Por ejemplo:

- a) Practicar el examen somático.
- b) El psicoanalítico.
- c) Las pruebas de laboratorio.
- d) Las de psicología para precisar si el sujeto es débil mental y, en su caso, el grado de estabilidad mental.
- e) Para determinar: si es responsable de sus actos, y si está perturbado mentalmente, transitoria o permanentemente y si las perturbaciones lo hacen irresponsable de sus actos.

El perito debe explicar que lo que el defensor solicita es que se haga el estudio integral de la personalidad del infractor o el estudio de clínica criminología o el examen somático y funcional y social del sujeto, mediante el llamado:

" estudio pluridimensional de personalidad del criminal". En este estudio esta comprendido el examen somático y el de las funciones, tanto vegetativas como mentales, generalmente las conscientes, pues respecto al estudio "psicoanalítico", es decir, de las funciones subconscientes para interpretar el delito, muchas veces no es posible hacerlo porque los sujetos mismos, por sus características no lo permiten. Por otra parte, cuando se aclara con quien formula la solicitud, se pone de manifiesto que lo que se desea es el estudio integral de la personalidad del infractor y no el estudio de sus funciones mentales subconscientes.

El dictamen es un testimonio escrito. Si en efecto es técnico, está totalmente alejado de los deseos, de los sentimientos y las racionalizaciones deformadoras de los motivos extralógicos; el dictamen se basa en experimentos y en los resultados de pruebas de laboratorio que otros peritos puedan verificar al repetirlos, sirve de base a las conclusiones y éstas se alejan de lo polémico.

2. *Los antecedentes* se obtienen principalmente de tres fuentes diversas: del expediente judicial, que es fundamental, ya que los abogados afirman que lo que no consta en autos no existe; del sujeto mismo que examinamos, y los datos que resultan de la propia observación.

3. *La observación y la experimentación* son la parte básica del dictamen; por ser la parte más técnica de este documento y sus características, es posible valorar la calidad científica del documento y de quien lo emite. Es la parte en que las historia clínicas habituales corresponden al estado actual del sujeto. La buena observación y los experimentos adecuados al sujeto son los factores básicos de la función pericial. Se debe observar desde la actitud, el porte, la mímica y los diversos medios de expresión del sujeto: se expresa cuando esta nervioso, cuando tiene actos sintomáticos y actos fallidos.

Experimentamos cuando hacemos una cuidadosa exploración de los reflejos o de los órganos de los sentidos, pero en la medida que usamos técnicas que nos permitan obtener datos cuantitativos, pisaremos terreno más firme que cuando usamos métodos de exploración más toscos, que en la clínica diaria son justificables pero no cuando la técnica debe servir a la verdad que es la que debe presentarse a los tribunales.

Entre los resultados obtenidos con un reloj para determinar la agudeza auditiva y los obtenidos mediante el audiómetro, en los tribunales, es preferible lo segundo; están de por medio los intereses económicos del trabajador y de la empresa, o la libertad de una persona.

Entre el dictamen que afirma en el sujeto lentitud mental y torpeza en la inteligencia, y el dictamen que precisa que la edad mental del sujeto con la prueba de ejecución de Kohs es de 8 años y que los tiempos de reacción son lentos y proporciona las cifras medias a los estímulos visuales, auditivos y táctiles, es lógico que tiene mayor validez el segundo y que sus conclusiones serán más comprensibles para quienes las debe utilizar: el juez, los defensores y el Ministerio Público.

La función pericial es, pues, la de observar hechos, analizarlos, agruparlos con método interpretarlos lógicamente, cuidando de no incurrir en el error frecuente de observar bien o interpretar mal, en forma parcial, superficial o errónea. Pero, además de la observación, que, como ya dijimos, le permite a él y a los otros peritos, repetir sus experimentos.

El dictamen es el resultado lógico de las observaciones y experimentos hechos con método y, en la medida de lo posible registrados gráficamente y por consiguiente, verificables. En resumen, el valor científico de un dictamen está en razón directa de la cantidad de hechos bien observados, de la abundancia de experimentos realizados y de los diagnósticos analíticos que fundamentalmente se hayan establecido.

4. En cada caso hay que discernir las mejores e indispensables *pruebas de laboratorio o gabinete* que son indispensables realizar, aquí es donde se descubre al auténtico clínico forense.

Insistimos en la conveniencia de que el perito debe formular su esquema de trabajo de acuerdo con la naturaleza del problema y de la personalidad del sujeto que debe estudiar.

5. *La interpretación y discusión.* Ya hemos dicho que los datos o resultados de las exploraciones que el perito realiza actúan como fuerzas con intensidad y dirección. Debe hacerse en esta parte del dictamen un balance de estas fuerzas, puesto que el dictamen no es una opinión sino que debe conducir a conclusiones científicas que exigen una labor previa a valorar críticamente todos los datos y resultados obtenidos.

Es aquí donde el perito debe convencer, no afirmar dogmáticamente, sino dar las razones que sirven de fundamento a sus afirmaciones. Es aquí en donde el perito debe discutir, valorar y aclarar aquellos hechos que no se ajustan o que disipan con el diagnóstico que fundamentalmente se haya establecido.

Es en esta parte del dictamen donde el perito debe establecer la correlación causal: de la descomposición sintética, o tener en cuenta el valor del conjunto y no el del hecho aislado.

6. *Las conclusiones.* Deben ser bien maduradas en la reflexión y justas; ni tímidas ni temerarias: "vigilantes y prudentes", expresadas en forma clara, concreta y ordenada, dando respuesta a las cuestiones que se plantearon al principio del dictamen, en el preámbulo; teniendo muy presente el perito, que es servidor de la verdad y de la justicia y que la justicia y la verdad técnica son, a su vez, instrumentos servidores a los intereses de la defensa de la sociedad.

4.2.2. LA PRUEBA PERICIAL

Hay que partir de los conceptos de "prueba" y de "pericia". A este respecto no hay que confundir el término: "medios de prueba" con el de "prueba".

Los medios de prueba son los instrumentos que sirven para obtener los elementos necesarios que, utilizándolos, pueden llevar a la conclusión de sí un determinado hecho está o no probado.

De la utilización del medio de prueba puede llegarse o no a probar el hecho con que el se pretende llegar a la verdad.

Así, cuando la ley del procedimiento penal habla de "confesión judicial", "documentos públicos y privados", "dictámenes de peritos", "inspección judicial", confunde en esa numeración medios de prueba con pruebas. En efecto, la confesión es el resultado de la declaración del responsable de haber cometido el delito. Es decir, es el resultado de la utilización, por decirlo así, del responsable. El responsable es un "medio" que se utilizó para probar. Fue un instrumento que nos sirvió para obtener elementos, de los que concluimos: si confiesa, que está probada su responsabilidad, y si declara y no confiesa, se utilizó el medio; pero no se obtuvo la prueba de confesión.

En cuanto a los documentos públicos, estos son los instrumentos, es decir, los medios para probar.

Por lo que se refiere al "dictamen de peritos", el dictamen no es un medio de prueba; el medio, el instrumento, es el perito, y el dictamen no es sino el resultado de la utilización del perito, dictamen que puede llevar o no, a probar el hecho.

En lo tocante a la "inspección judicial", la prueba es el resultado del reconocimiento que hace el juez o el Ministerio Público, resultado que puede llevar o no, al conocimiento del hecho. Por lo que respecta a "declaraciones de testigos", los testigos son los medios utilizados para obtener la declaración y ésta es la que, utilizándola, con ella puede llegarse o no, a probar el hecho.

En consecuencia, "la prueba es lo que sirve para probar". Lo que sirve para probar es el "dictamen del perito", "la declaración del testigo", "el resultado de la inspección", etc., pero no es el "testigo", ni lo es el "perito"; es lo que ellos produjeron. Esto es lo que sirve para probar.

En cuanto al concepto de "pericia", debemos entender que no es sino la "experiencia que tiene una persona en un determinado arte o ciencia". El título profesional, cuando se adquiere, no convierte a quien lo adquiere, en "perito" en la materia a que se refiere el título; para que esa persona sea perito necesita tener experiencia a que se refiere el título.

La prueba pericial no es sino el resultado de la aplicación de la experiencia que una persona tiene en un arte o ciencia, una persona, un objeto o a un lugar. Al utilizarse el medio de prueba, se puede llegar a tener o no el hecho probado; el tener probado el hecho significa poseer la verdad y, para llegar a la verdad, se pasa por las siguientes etapas:

La primera etapa es la de la *ignorancia*, es decir, ausencia de conocimientos de hecho alguno que conduzca a la verdad que se trata de poseer.

En cuanto a la segunda etapa, *de la certeza*, estado de ánimo en el que la convicción rechaza los motivos que se expongan en contrario, o sea: conocimiento seguro y claro de alguna cosa.

Tercera etapa, *del estado de convicción*, en el que se tiene los hechos apoyados en motivos sólidos, es decir, están probados de manera tal que racionalmente no se les puede negar.

La cuarta etapa es *el estado de posesión de la verdad*. Si la verdad es la conformidad de la idea con la cosa, conocer la verdad es establecer esa conformidad.

La prueba pericial es uno de los medios para conocer la verdad que permite establecer la conformidad de la idea que del delito da el Código Penal con la "cosa", que son los datos de los que se desprende que es posible que se haya cometido un delito.

4.2.3. VALOR Y EFECTOS JURIDICOS DE LA PRUEBA PERICIAL

El valor de la prueba pericial depende de las circunstancias, las primeras con relación al perito y las segundas con relación a la persona que debe apreciar la prueba.

1. Circunstancias de aptitudes del perito:

- a) Aptitud física del perito
- b) Aptitud psíquica del perito
- c) Capacidad técnica del perito
- d) Amplia práctica del perito en el arte o ciencia
- e) Amplio tiempo de ejercicio de esa experiencia
- f) Adelantos de la ciencia o arte
- g) Frecuencia de la renovación de los conocimientos
- h) Habilidad en el campo de su arte o ciencia
- i) Honestidad en el empleo de la ciencia o arte
- j) Claridad en el planteamiento del problema
- k) Estricta aplicación de la lógica en el razonamiento
- l) Precisión en las conclusiones

2. Circunstancias de aptitudes de quien emplea el dictamen:

- a) Aptitud física
- b) Aptitud psíquica
- c) Facultad de análisis
- d) Precisión en el empleo del dictamen
- e) Razonamiento lógico en el empleo
- f) Razonamiento de las conclusiones
- g) Honestidad y habilidad en la aplicación de los conocimientos adquiridos por el dictamen
- h) Conclusiones claras sobre las razones por las que se llega al conocimiento de la verdad.

Dada la naturaleza de la prueba pericial procede su uso cuando el Ministerio Público o el juez, o el procesado, para obtener la verdad, es necesario examinar a una persona, un objeto o un lugar, examen que requiere conocimientos especiales y experiencia en la aplicación de esos conocimientos, de los que carece el Ministerio Público, el juez, el procesado o la víctima.

Los peritos deben tener presente que sus dictámenes, por lo que respecta al valor probatorio de los mismos, es decir, hasta donde llevan al conocimiento de la verdad, dependen de la apreciación que de ellos hagan los tribunales; de tal manera que la autoridad judicial o el Ministerio Público, en su caso, deben expresar las razones por las cuales esos dictámenes los llevan al conocimiento de la verdad.

Es de suma importancia para el perito saber los efectos que producen los hechos de rendir la protesta de desempeñar el cargo, rendir el dictamen, ratificarlo y declarar que al formularse se procedió, por el perito, de acuerdo con su capacidad científica y experiencia.

El simple hecho de presentar el dictamen y, en su caso, ratificarlo, incorpora a éste a las diligencias, ya sea que las practique el Ministerio Público o las practique el juez, ese hecho lo liga, no sólo durante la investigación, no sólo durante la instrucción, sino hasta después de que se dicte sentencia y hasta cuándo ésta se encuentre cumpliéndose.

El perito tiene una muy especial situación dentro del procedimiento: es un "sujeto al procedimiento"; es decir, forma parte integrante de él por el solo hecho de haber rendido su dictamen.

Como está sujeto, lo mismo puede ser llamado por el Ministerio Público para ampliación, aclaración, esclarecimiento de conceptos, etc., de su dictamen, que puede serlo también por el juez, aún cuando haya rendido su dictamen ante el Ministerio Público o que lo haya hecho ante un juez distinto al que lo llamó y aún pueda hacerlo ir ante él, al momento de pronunciar sentencia para que el juez que lo llame esté en aptitud de pronunciar esa sentencia con mejores elementos.

Puede llamársele también por la sala de apelación, para que lo amplíe, aclare y resuelva las dudas que sobre el dictamen se le presenten a ese tribunal.

Los peritos al emitir su dictamen deben hacerlo por escrito, y tanto el juez como el Ministerio Público, en su caso, están obligados a que lo ratifiquen en una diligencia especial; pero podrá ordenar la ratificación el juez o el Ministerio Público, únicamente en el caso de que los dictámenes fuesen objetados de falsedad o que, tanto el juez como el Ministerio Público, lo estimen necesario.

Si en los dictámenes de los peritos designados por el Ministerio Público, el procesado o el ofendido, se apreciaren discordancias o contradicciones, el juez los citará a una junta en la que el mismo les señalará con precisión los puntos de discordancia que existieren, y se asentará en una acta que al efecto se levante, el resultado de la discusión sobre cada uno de los puntos de contradicción planteados.

En esa junta deberán resolverse todos los puntos de diferencia. Si los peritos no se pusieren de acuerdo en la junta mencionada, así se hará constar en el acta que al efecto se levante; pero el juez está obligado a nombrar un tercer perito, que venga a resolver las discrepancias que hubieren surgido.

4.2.4. LA PERICIA MEDICO-FORENSE

La ley ordena el estudio de la personalidad del indiciado, estudio al que se denomina: "*examen psicofisiológico*"._En cuanto al estudio de la personalidad del procesado, se juzga indispensable y es así como a partir de la expedición de las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, hay obligación de llevar a cabo ese estudio sin el cual no es posible ni que el Ministerio Público formule unas correctas conclusiones acusatorias, ni que el juez esté capacitado para dictar sentencia; tanto más, cuanto que, éste debe tener en cuenta para aplicar la pena las peculiaridades del delincuente, los motivos que lo impulsaron y determinaron a delinquir, las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de cometer el delito, sus antecedentes y condiciones personales, entre otros elementos, los cuales no será posible determinar sin contar con el perito médico-forense.

Complemento del estudio de la personalidad es la identificación del sujeto.

La intervención del perito médico forense en el estudio de la personalidad del indicado y más tarde en la del procesado, y finalmente para la aplicación de la pena y durante el cumplimiento de ésta, es indispensable para conocer los importantes aspectos de esa personalidad y los cambios que sufre en tanto va hacia delante el desarrollo del proceso y, posteriormente, la aplicación de la pena.

Desde 1929 se estimó que el funcionario que conociera de un hecho delictuoso estaba obligado a hacer que tanto el ofendido como el presunto responsable fueran examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que estos dictaminaran, con carácter provisional, sobre los puntos siguientes:

- a) Su estado psico-fisiológico
- b) Sus circunstancias personales
- c) Su género de vida
- d) Las condiciones económicas, sociales y familiares del detenido.

En el fuero común forzosamente debe ser identificado el detenido en el momento en el que se le envíe a la prisión preventiva, y también hay obligación de volverlo a identificar después de que el juez le ha decretado la formal prisión y ha fijado en ésta el delito o delitos por los cuales va a seguirse el procedimiento. No así en el fuero federal, pues en este fuero solamente puede indentificarse a quien se encuentra ligado a un procedimiento penal, pero hasta el momento en que se le decrete la formal prisión y no antes.

Las disposiciones con respecto a la identificación en el momento que se envía a la persona a la prisión preventiva, parten de la legislación procesal de 1929.

4.3. LA PSICOLOGIA COMO APOYO DEL MEDICO FORENSE PARA LA DETERMINACIÓN DEL MIEDO GRAVE.

Alexander y Staub sostienen la necesidad de reemplazar la imputabilidad, como concepto jurídico, por un diagnóstico criminal, basado en el grado de participación del "yo" consciente y del "yo" inconsciente en el hecho; es decir, para determinar la responsabilidad del sujeto, habría que efectuar un diagnóstico criminal psicoanalítico. Por este medio se trata de investigar en ciertos hombres y en ciertas situaciones, el efecto de la fuerza conjunta del dolor imaginado y del dolor real para impedir la actuación antisocial.

Para la indagación de que ha determinado al hecho la comisión del delito o la desviación de su conducta, los médicos forenses y criminólogos se valen de la psicología, particularmente freudiana, que les permite acceder a las reconditeses y honduras del "yo" inconsciente del individuo.

Una fuente importante de estímulos atemorizantes lo constituye el comportamiento de los otros miembros de la especie. Los etólogos han estudiado con bastante detenimiento este tipo de estímulo, conocido también como "señal estímulo".

El psicólogo español Mira López, quien con gran maestría descriptiva distingue en seis fases o estadios, desde que el miedo invade el recinto anímico y procede a determinar una disolución de funciones, atacando primeramente a las más recientemente establecidas en la línea volutiva, que son, las más elevadas. De esta suerte el sujeto -dice- recorrer rápidamente, de adelante atrás, en la línea temporal, los estadios que señalaron su diferencia humana en la verdadera regresión hacia la nada prenatal. Tales fases o niveles de intensidad fobígena los domina con los calificativos genéricos de prudencia, cautela, alarma, angustia, pánico y terror.

En la fase inicial de *prudencia*, el sujeto adopta una actitud modesta, de autolimitación voluntaria, de pasar inadvertido y trata de convencerse de que su comportamiento es el justo y adecuado.

En el estadio de *cautela* hay ya una actitud de recelo y concentración, los movimientos responden a motivos "precausionales" con reflejo en la intimidad, de un estado de reciente preocupación, de atención expectante y el temor al fracaso empieza a morder en la conciencia. Lo importante en esta fase es que la conciencia del sujeto ya no está en paz, ni su prospección es nítida, ni su voluntad se siente dueña de la personalidad.

La tercera frase, de *franca alarma* y desconfianza intensa, se impregna ya de movimientos superfluos, y aparecen alteraciones del ritmo y seguridad de la conducta motriz que se traduce en temblores y movimientos iniciales de retroceso, y el reflejo subjetivo de esta situación deviene en una división del campo intelectual: el sujeto se da perfecta cuenta de que no puede controlar el curso de sus pensamientos, el juicio pierde su claridad y se siente una penosa impresión de insuficiencia, de impotencia del yo; es la puerta de entrada a la fase siguiente...

La *angustia* en que la desorganización funcional provocada por el miedo inhabilita para las mejores posibilidades de reacción. El diencefalo empieza a adquirir dominio sobre la corteza; los centros neurovegetativos se excitan y engendran la llamada "tempestad visceral", y la repercusión íntima se traduce en un ánimo ansioso y angustiado, pero con una extraña mezcla de furor y temor incontenibles, actitudes incompatibles que elevan el sufrimiento al máximo, por lo que sí la tensión emocional aumenta, se producirá el ingreso al siguiente estadio...

El *pánico*, caracterizado por la dirección automática de la conducta. En él la fuerza muscular parece centuplicada, pero es ciegamente liberada en actos que sólo causalmente, resultan adecuados. Es así como a veces el pánico puede hacer un héroe del sujeto -para Mira López, el valor y el miedo son dos conceptos contrapuestos, pero a la vez íntimamente unidos. Es de destacar por el reflejo jurídico que comporta, la afirmación de que el miedo es una actitud normal y lo anormal el valor-, que no se da cuenta de ello, ni de cuanto le ocurre, de modo que si persiste la excitación, agotará también los centros de automatismo y el individuo quedará sumergido en la siguiente fase...

El *terror*, en la que los fenómenos de inhibición ha alcanzado ya su plenitud, en brusco contraste de la fase anterior; desaparecen incluso los movimientos parciales y el sujeto yace como estatua de piedra esto es, "petrificado", confundido con la tierra o "aterrorizado"; ahora ya no existe vida subjetiva propiamente dicha, pues solamente se conservan las actividades neurovegetativas mínimas para asegurar la existencia del ser y domina una absoluta amnesia de lo que suceda durante esta fase, que puede llegar a durar varias horas.

Junto a esta categoría psicológica del miedo que podemos llamar normal cuando se afina en persona sana de espíritu, interesa también resaltar la existencia de "miedos patológicos o fobigenos".

La fobia, la definiremos como: un miedo insensato, sentido por un cerebro que es en lo demás sensato. Lo característico de las fobias es que quien las sufre reconoce la falta de base razonable para tal sufrimiento y, no obstante, sigue siendo su víctima. Es interesante para el jurista en que en tales casos el miedo viene a representar cierta categoría psiquiátrica de modo que junto a una angustia real se habla de una angustia libre o flotante, y de una "angustia en situación". La primera pertenece al acervo de la humanidad y nadie puede librarse totalmente de ella. La segunda es la forma más grave y por naturaleza patológica: brota espontáneamente en situaciones psicopáticas, en el comienzo de un brote esquizofrénico, en el seno de la depresión ciclotímica, en las llamadas psicosis exógenas (delirium tremens, psicosis elípticas, delirios febriles, crisis seniles, etc.).

Sólo excepcionalmente aparece la angustia libre en casos graves de neurosis obsesiva. En cambio la angustia en situaciones es la propia de los individuos neuróticos y ocupa un lugar intermedio entre dos tipos de angustia ya aludidos: la real y la libre.

4.4. APOYO DE ESTUDIOS PSIQUIATRICOS DEL MEDICO FORENSE.

4.4.1.PSIQUIATRIA FORENSE

La psiquiatría forense es la ciencia médica que estudia las enfermedades mentales. En su concepción de "forense" se ocupa de los problemas médico-jurídicos que surgen de la enfermedad mental.

La psiquiatría forense o judicial es la disciplina que se propone aclarar los casos en que alguna persona por el estado especial de su salud mental, necesita consideración especial ante la ley.

Es importante diferenciar la psiquiatría forense de la psicología criminológica, pues hay casos en que son confundidas.

La psiquiatría estudia las enfermedades mentales; la psicología estudia tanto procesos normales como anormales (psicopatología), pero hay una diferencia de grado, pues en la práctica de psicólogo clínico, atiende anomalías neuróticas, en tanto que el psiquiatra se encarga de las psicosis.

Para ser más claros, cuando el paciente pierde el principio de realidad, es decir, cuando ya no distingue lo verdadero de lo falso, lo real de lo imaginario, entonces es un psicopático, y debe ser atendido por un psiquiatra; mientras conserve contacto con la realidad, en tanto sus problemas de personalidad puedan hacerse conscientes, puede ser auxiliado por un psicólogo.

La autonomía de la psiquiatría forense ha sido defendida por varios especialistas; esta independencia la tiene tanto de la psiquiatría clínica como de la medicina forense, debido a que ha agregado problemas e intereses diversos a los de las mencionadas ciencias.

Creemos en la autonomía de la psiquiatría forense, que ha ganado por propio derecho; sería erróneo circunscribir el alcance de esta ciencia a los límites del Derecho vigente, negándose el título de disciplina autónoma y considerando como su objeto exclusivo dar respuesta a todas las cuestiones que los tribunales puedan proponer a los peritos.

La psiquiatría forense es una ciencia de gran utilidad en cuanto nos explica las enfermedades mentales y sus relaciones con el crimen.

4.4.2. EL MIEDO GRAVE DESDE UNA PERSPECTIVA MEDICO-PSIQUIATRICA.

El miedo, <<gigante negro del alma>>, según feliz expresión psiquiátrica que suele utilizar la jurisprudencia, es la más antigua de todas las emociones humanas y se remonta a tiempos ancestrales.

Los psiquiatras desde un punto de vista práctico establecen unos criterios generales, ante la dificultad de dar un concepto claro y terminante de lo que se entiende por miedo.

Lo más importante es indicar que el miedo, así como sus diversas graduaciones como el temor, el terror o el pánico como veremos no constituye una enfermedad mental. Se trata por el contrario de una emoción que hace u obliga a reaccionar a la persona.

Por el contrario la angustia, la fobia y la ansiedad constituyen enfermedades o trastornos mentales que si bien tiene una estrecha relación con el miedo requieren ya el tratamiento de un especialista médico en la materia.

Las emociones pueden ser primitivas (susto, excitación, pavor) y se encuentran no solamente en el hombre sino también en los animales.

Las emociones propias de la vida anímica superior que sólo se presentan en las personas (horror, entusiasmo, indignación, cólera) están caracterizadas por constituir un trastorno nervioso vegetativo.

Desde una perspectiva filosófica puede definirse el miedo como la espera de un mal o como la perturbación angustiada del ánimo por temor de un riesgo personal que amenaza al sujeto o que, incluso, puede fingir la imaginación y traicionar la voluntad de quien lo padece.

Si queremos profundizar en el contenido de la eximente de miedo grave o insuperable, es preciso antes realizar un estudio, aunque sea breve, desde un punto de vista médico-psiquiátrico y también psicológico. Además así también contribuimos a establecer unas bases más firmes y sólidas para más tarde poder afrontar el estudio de la eximente del miedo grave y entrar ya en el terreno estrictamente jurídico-penal que es el que nos compete, aún sabiendo que estos problemas extrapenales son desde luego apasionantes en todos los sentidos.

La jurisprudencia ha descendido al terreno psiquiátrico y psicológico cuando estudia esta eximente, y considera al miedo como prototipo de acciones asténticas, de fondo endotímico, que si bien reduce considerablemente la libertad electiva del sujeto que lo sufre, no la suprime, puesto que si tal sucede por alcanzar el miedo sus fases álgidas y extremas de pánico y terror, habrá lugar a otro tipo de exención.

También la jurisprudencia considera al miedo como una excitación anímica y cerebral que perturba en mayor o menor grado las facultades psíquicas de comprender y querer del individuo afectado, favoreciendo o promoviendo la predominancia de los mecanismos instintivos más arcaicos o ciegos, sobre los racionales, mermando o anulando con ello sus mejores posibilidades de elaboración de una respuesta demorada e inteligente, por efecto de la inhibición funcional de los centros corticales discriminatorios e inhibitorios, de adquisición más reciente, acarreado con ello unos efectos psicológicos.

El miedo suele ser clasificado como una emoción básica que acompaña a todos los actos que realiza un ser humano. Mediante la emoción, el "yo" se siente afectado sea por percepciones del mundo interno o externo, sea por tendencias que emanan de la profundidad del ser. En ambos casos, cuando ésta afectación del "yo" resulta de gran intensidad, surge la vivencia emocional, que puede provenir de tres esferas distintas:

- a) la vitalidad
- b) el yo individual
- c) el ambiente que nos rodea.

Nos dice Rey Ardid que las vivencias emocionales del "yo" individual pueden referirse a la conservación del individuo, tales como el susto (vivencia de amenaza súbita e inesperada), la agitación (emoción ante un peligro que nos irita y desorienta), la ira (emoción agresiva, al contrario de las dos anteriores), el temor, la confianza y la desconfianza.

Como hemos dicho antes, el miedo es considerado como un estado anímico o emocional, definiendo las emociones como: las fuerzas integrantes que movilizan al organismo a emprender una acción destinada a satisfacer sus necesidades. Las emociones de emergencia protegen al organismo del peligro y lo prevén. Por ejemplo el miedo y la rabia protegen al organismo movilizándolo para la lucha o la huida frente a un peligro tangible o apercebido racionalmente. Si no es posible enfrentarse eficazmente con el peligro y la amenaza del peligro, y el organismo está abrumado por emociones de emergencia excesiva e inadecuadas que no pueden ya realizar una función protectora sino que

son en sí nocivas. Si esta reacción no puede ser controlada por el pensamiento consciente, se produce entonces un pensamiento no informante, la represión y los otros mecanismos automáticos de reparación, como los síndromes histérico, obsesivo y fóbico. Estos síndromes liberan en parte al organismo de la hiperestimulación dolorosa producida por un miedo excesivo insuperable. El mecanismo es capaz entonces de volver a funcionar aunque el funcionamiento sea limitado.

Martínez Val, considera al miedo como un estado anímico o emocional de reacción de defensa frente a una situación de peligro.

Los elementos del miedo serían para él, sistematizadamente los siguientes:

- a) Reacción del sujeto.
- b) Idea de defensa.
- d) Peligro.
- e) Estado anímico, por el que considera que el peligro puede ser real o irreal.
- f) Intencionalidad, en el sentido de que en el miedo hay una <<intencio>> hacia un objeto o propósito que se objetiviza, está fuera del sujeto, aunque afectándole profundamente: es la propia conservación.

4.4.3. LA OPINION DE LOS DOCTORES PIGA, VALLEJO-NAJERA, LOPEZ IBOR, Y MIRA LOPEZ. LA TEORIA DEL HOMBRE MEDIO NO ES VALIDA EN PSIQUIATRIA.

El doctor Piga considera efectivamente que los términos miedo, susto, pavor, terror, espanto, desánimo, desaliento, cobardía y otros giran en derredor de un concepto fundamental que es el miedo.

El susto es la impresión repentina causada en el ánimo por el miedo, espanto o pavor.

El espanto es terror, asombro o consternación, y amenaza o demostración con la que se infunde el miedo.

No obstante todos estos conceptos presentan características diferenciales que matizan estados de ánimo diferentes y, sobre todo, manifestaciones distintas.

Otros conceptos asimismo importantes relacionados con los anteriores son, por ejemplo, los de desánimo, desaliento, cobardía.

También sería necesario citar como lo hace Vallejo Nájera los importantes conceptos de angustia y de ansiedad.

En primer lugar es preciso distinguir el concepto de miedo de la fobia y también de la angustia y de la ansiedad tarea no pacífica.

El miedo <<metus>> es una reacción ante un peligro externo conscientemente reconocido y real, pero cuando el miedo resulta desproporcionado con relación a las demandas de la situación, es resistente a las explicaciones y/o razonamientos correctos, no se encuentra bajo control voluntario y conduce a evitar la situación temida, nos encontramos con la fobia (miedo no razonable ni justificado).

En la fobia, por consiguiente, estamos en presencia de temores irracionales y exagerados hacia objetos, situaciones o funciones corporales que no son inherentemente peligrosas ni la fuente real de la ansiedad. El sujeto que padece la fobia es impotente para combatir aun cuando pueda darse cuenta del aspecto irracional del miedo. El simple pensamiento del objeto fóbico es suficiente para inducir ansiedad, y a medida que el paciente se acerca en la realidad al estímulo fóbico, la ansiedad crece hasta alcanzar una intensidad que llega al pánico.

La diferencia entre el miedo y la fobia se sitúa pues en aspectos cuantitativos. La fobia se desencadena siempre ante el mismo estímulo pacífico que lo provoca, pese a los esfuerzos del enfermo para vencerlo. Los síntomas de que una persona tiene fobia se pone de manifiesto cuando el sujeto se pone en contacto con el objeto de la fobia, si el sujeto quiere sobreponerse a la fobia aparece una desazón creciente.

La angustia sería una reacción ante un peligro inconcreto y desconocido, sin objeto real, es decir, imaginario o simbólico, y aparece espontáneamente. La angustia no sabe lo que teme, por el contrario el temor siempre tiene un objeto que o bien está sensorialmente presente, o es actualizado por la representación. En el miedo existe un sentimiento motivado y reactivo que se acompaña de un contenido concreto: la situación de peligro o el objeto amenazador que ha provocado la reacción. En el caso de que se desvirtúe aumentando en frecuencia e intensidad y se haga crónica, estamos ante una neurosis de angustia.

El doctor Vallejo Nájera nos ha dicho, que considera al miedo como una reacción temerosa (con sus dos series de comprobantes psíquicos y somáticos) ante un peligro concreto que la justifica.

En los casos de miedo la persona tiene un sudor frío, temblores, sequedad de la boca, etc., el miedo produce alteraciones de funciones corporales producidas por tensiones psicológicas: úlceras de estomago, crisis asmáticas, calambres y alergias musculares.

El miedo surge ante un peligro, y es lógico que el organismo se preste a la lucha, por eso hay una aceleración de los latidos del corazón, mayor flujo sanguíneo que oxigena los músculos, y respiración acelerada. Aumenta la tensión arterial y hay una contractual vascular periférica <<es cuando decimos se quedo pálido de miedo>> que permite mayor concentración sanguínea en los órganos vitales. También hay concentración vascular y sequedad en las mucosas <<no podía tragar saliva>> incluso las personas tiene los labios blancos. Asimismo se incrementa el peristaltismo intestinal y la secreción y urgencia en la eliminación de orina (el riñón no sólo acelera sus funciones, sino que las modifica selectivamente durante los episodios de tensión emocional por el miedo).

El miedo constituye un mecanismo normal de defensa sin el que la vida no sería posible. El temor en el sentido de que no ocurra algo nocivo se halla relacionado con las tendencias del instinto de conservación del individuo. El miedo es un sentimiento psíquico, por lo tanto un sentimiento motivado o reactivo, que se acompaña de un contenido concreto: la situación de peligro o el objeto amenazador que ha provocado la reacción del miedo.

Para el doctor Piga, el miedo es una perturbación angustiosa del ánimo, por un riesgo o mal real o aparente, exigiéndose que haya una perturbación que angustie al amedrentamiento, pero no que el riesgo determinante del miedo sea real, basta según este autor, con la apariencia de la realidad del riesgo.

4.4.4. EL MIEDO COMO CAUSA DE MOTIVACION DE LA VOLUNTAD

La voluntad es la capacidad que tiene la persona para elegir entre realizar o no una determinada acción, esa capacidad depende directamente del deseo y la intención de realizar un acto en concreto. En toda acción voluntaria tienen lugar las siguientes etapas que claramente se pueden distinguir:

- a) La motivación, que es el factor que incita a actuar al individuo, es el estímulo impulsor.
- b) La racionalización. Una vez se ha producido en el sujeto la motivación, tiene lugar un proceso de razonamiento: se reúnen los datos obtenidos y se valora la necesidad de la acción, comparandose los factores favorables con los desfavorables para estimar si es oportuno o no actuar.
- c) La decisión. El individuo entre todas las posibilidades de actuar toma una resolución, es decir, decide realizar aquello que quiere y cómo hacerlo, o renuncia a ello. Esta etapa quizás sea la más lenta, porque determinará en definitiva, las consecuencias que tiene para la persona.
- d) La acción que es la manifestación externa de la voluntad que se expresa en un acto concreto.

Pues bien, el miedo incide ya en la primera etapa, pues el sujeto a consecuencia del mismo queda motivado de una u otra forma, incitándole a obrar, por lo que las siguientes etapas de racionalización, decisión y acción quedan profundamente afectadas por el miedo.

Es importante decir que el sujeto es siempre libre pero su voluntad en sus etapas que ha expuesto está afectada, cohibida, condicionada o motivada por un elemento extraño y ajeno que es el miedo.

4.4.5. LA PRUEBA DEL MIEDO EN LOS PROCESOS PENALES

Al ser el miedo un concepto eminentemente psicológico y personalísimo deberá ser acreditado y probado en los distintos procesos penales. Al no poseer, desgraciadamente, nuestros jueces y tribunales unos conocimientos mínimos sobre psicología, deberán solicitar los conocimientos de los psicólogos y de los psiquiatras.

En ocasiones, el miedo puede tener una causa u origen patológico, por lo que será también imprescindible la intervención de los psiquiatras.

En la práctica nuestros jueces y Tribunales miran con un poco de desconfianza y hasta con recelo la aplicación de la eximente completa o incompleta del miedo grave o insuperable, y conocen las dificultades de limitación y contenido que desde luego entraña.

Existe en este sentido, en mi opinión una cierta cautela o prevención o incluso inseguridad, por los efectos jurídicos penales y civiles que tiene una y otra.

No suelen demandar un informe de tipo psicológico, pues creen que pueden apreciar, cuando así lo hacen, la exigente completa o incompleta de miedo insuperable o grave en la plenitud conceptual. La excepción la hacen únicamente con la aplicación de la enajenación mental y el trastorno mental transitorio.

CONCLUSIONES

Podemos afirmar que:

La raíz del miedo es el instinto de conservación y es una reacción primitiva de defensa; el miedo como la más primaria de las emociones, se consideró como principal antecedente en el derecho romano, de ahí paso a formar parte del derecho español, que es de donde lo adopta nuestra legislación ya en la época independiente.

El miedo es un concepto psicológico, es una emoción, pues constituye una perturbación del ánimo, que cuando adquiere carácter grave disminuye notablemente la capacidad de determinación y elección ya que inhibe totalmente al sujeto, o bien lo hace reaccionar en forma violenta tratando de eliminar el daño que se teme.

En cuanto se refiere a las motivaciones que generan el miedo, estas no necesariamente han de ser objetivas, sino que pueden ser subjetivas. Entonces podemos afirmar que el miedo grave es una causa de inculpabilidad que se origina de una profunda perturbación psicológica que se produce en el agente ante la amenaza, real y hasta imaginaria, de un mal irresistible, grave e inminente.

Para que pueda engendrarse la eximente del miedo, es indispensable que se dé el miedo grave, como consecuencia del miedo insuperable y de un mal igual o mayor.

No pueden confundirse las excluyentes del miedo grave ni la legítima defensa, pues en la primera el agente obra con automatismo y en la segunda conscientemente repeliendo la agresión.

La importancia de la medicina forense se deduce de su definición y amplios dominios, así como de sus elevados objetivos que rebasan los intereses individuales para llegar a los intereses sociales.

Una de las principales funciones de la medicina forense es asesorar al jurista para la correcta formulación de la norma relacionada con los conocimientos médicos y biológicos, como lo es la resolución posterior de los casos concretos relacionados con esas normas; pero en uno y otro caso, el objeto de la medicina forense es el de auxiliar al derecho en la correcta formulación de esas normas; como posteriormente en la correcta aplicación de las mismas; sus objetivos son específicos y corresponden a una especialidad médica.

La responsabilidad de la medicina forense es de dos ordenes: moral y material. En el primero, del acto médico forense puede surgir la condena o la absolución del procesado, el honor, la libertad o la fortuna que pueden depender de las conclusiones médico-forenses.

Siempre entrarán en juego los más elevados valores del hombre, tanto desde de la actuación del jurista que resuelve, como desde la del técnico que colabora, ya que una sentencia injusta puede basarse en un dictamen médico deficiente.

La medicina forense está llamada a resolver problemas que afectan al individuo desde que inicia su existencia en el seno materno hasta mucho después de su muerte. Se pronuncia por su capacidad u orientar sobre responsabilidad; en lo penal, de acuerdo con las leyes en vigor, debe ser el estudio del infractor desde el primer momento en que éste entra en contacto con los funcionarios del Ministerio Público o de la policía judicial; durante el juicio dictaminará sobre las lesiones, el aborto o los delitos sexuales; y para la sentencia orientará al juez en su amplio arbitrio judicial, con el estudio integral de la personalidad del infractor; y aún después de la sentencia, en la etapa de la ejecución penal, en la cárcel o en la penitenciaria, la actuación de la medicina forense es importante para la correcta identificación del sujeto a la hora de establecer su clasificación criminológica, y en los momentos de establecer los tratamientos.

Todo tratamiento gira alrededor de la víctima y del ofensor, y con ambos la identificación se impone. Ya he dicho que la importancia de la medicina forense es por igual para el futuro médico que para el futuro licenciado en derecho.

Los conocimientos médicos y biológicos enriquecen la cultura general, facilitan el estudio y la comprensión del derecho penal al iluminar el entendimiento de la conducta humana. También proporciona elementos de valía a los agentes de la policía judicial, a los agentes del Ministerio Público, a los defensores, jueces y magistrados.

Para la indagación de que ha determinado al hecho la comisión del delito o la desviación de su conducta, los médicos forenses y criminólogos, se valen de la psicología, particularmente freudiana, que les permite acceder a las reconditeses y honduras del "yo" inconsciente del individuo.

La psiquiatría forense es una ciencia de gran utilidad en cuanto, que nos explica las enfermedades mentales y sus relaciones con el crimen.

La prueba pericial es determinante en el proceso seguido en un caso de miedo grave.

Es preciso, realizar un estudio, aunque sea breve, desde un punto de vista médico-psiquiátrico y también psicológico; contribuyendo así a establecer unas bases más firmes y solidas para más tarde poder afrontar el estudio de la eximente del miedo grave y entrar ya en el terreno estrictamente jurídico-penal que es el que nos compete.

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

BIBLIOGRAFIA

ARDILA, Rubén. LOS PIONEROS DE LA PSICOLOGIA, edit. Paidós, Buenos Aires, 1971.

BONNET, E.F. MEDICINA LEGAL, edit. Libreros López Editores, Argentina, 1983.

CAMPOS, Alberto. DERECHO PENAL, edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

CARMIGNANI, Giovanni. ELEMENTOS DE DERECHO CRIMINAL, traducción Antonio Ferrero, edit. Temis, Barcelona, 1979.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. DERECHO PENAL MEXICANO, parte general, edit. Porrúa, México, 1997.

CASTELLANOS, Fernando. LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, edit. Porrúa, México, 1997.

CASO, Antonio. SOCIOLOGIA, edit. Libreros Unidos Mexicanos, México, 1960, 10ª edición.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, edit. Sista, México, 1998.

COLIN, Sánchez G. DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, edit. Porrúa, México, 1997.

CORDOBA, Roda J. LAS EXIMENTES INCOMPLETAS EN EL CODIGO PENAL, Barcelona, edit. Ariel, 1997.

CORONA, Guillermo. EL PROCESO DE LA PSIQUIATRIA, edit. Herrero Hermanos, México, 1972.

CORTES, Ibarra M.A. DERECHO PENAL, edit. Cárdenas, México, 1992.

CUELLO, Calón Eugenio. DERECHO PENAL, tomo I, edit. Bosch, Barcelona.

DE LA FUENTE, R. DELINCUENCIA Y PATOLOGIA MENTAL, Departamento de psiquiatría y salud mental, UNAM, 1980.

DE PINA, Rafael. DICCIONARIO DE DERECHO, edit. Porrúa, México, 1994.

DIAZ DE LEON, Marco A. CODIGO PENAL FEDERAL, comentarios, edit. Porrúa, México, 1997.

EYSENCK, H.J. FUNDAMENTOS BIOLÓGICOS DE LA PERSONALIDAD, edit. Fontanella, Barcelona, 1970.

FERNANDEZ, Pérez R. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA MEDICINA FORENSE, edit. Méndez Cervantes, México, 1992.

GRANDINI, González Javier. MEDICINA FORENSE, edit. Mexicana, México, 1995.

GRAY, J.A. LA PSICOLOGÍA DEL MIEDO, traducción española, Plaza & Janes S.A., Barcelona, 1969.

GOLDESTEIN, Raúl. DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, edit. Astrea, Buenos Aires, 1978.

GONZALEZ DE LA VEGA, F. EL CODIGO PENAL COMENTADO, edit. Porrúa, México, 1997.

GONZALEZ Q.J. DERECHO PENAL MEXICANO, edit. Porrúa, México, 1997.

HENTING, Hans. ESTUDIOS DE PSICOLOGÍA CRIMINAL, tomo II, edit. Eposacalpe, Madrid, 1962.

HIGUERA, Gumea J. LA EXISTENTE DEL MIEDO INSUPERABLE EN EL DERECHO PENAL COMÚN Y MILITAR, edit. Bosch, España, 1991.

JIMENEZ DE ASÚA, L. PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL, LA LEY Y EL DELITO, Abeledo-Perrot editores, Buenos Aires, 1990.

JIMENEZ, Huerta Mariano. LA TIPICIDAD, Imprenta universitaria, UNAM, México, 1953.

LOPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo. CODIGOS ESPAÑOLES, RECOPIACIÓN Y CONCORDANCIAS, edit. Akal, España, 1987.

MALO, Camacho G. DERECHO PENAL MEXICANO, edit. Porrúa, México, 1997.

MARCHIORI, Hilda. PSICOLOGÍA CRIMINAL, edit. Porrúa, México, 1991.

MEZGER, Edmundo. DERECHO PENAL, parte general, edit. Cárdenas, México, 1990.

MIRA Y LOPEZ, E. MANUAL DE PSICOLOGÍA JURIDICA, edit. Buenos Aires, Argentina, 1961.

PACHECO, J.F. EL CODIGO PENAL CONCORDADO Y COMENTADO, Madrid, 1967.

PIGA, A. ALGUNOS DATOS PARA EL ESTUDIO PSICOLOGICO DE LA CIRCUNSTANCIA DE MIEDO INSUPERABLE, edit. Rev. Der. Privado, Barcelona.

QUIROZ, C. A. MEDICINA FORENSE, edit. Porrúa, México, 1980.

RODRIGUEZ, Manzanera L. CRIMINOLOGÍA, edit. Porrúa, México, 1995.

SODI, Demetrio. EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL, Ediciones Jurídicas, México.

SILAMMY, N. DICCIONARIO DE PSICOLOGÍA, traducción española, edit. Plaza & Janes, Barcelona, 1969.

TOCAVEN, García R. PSICOLOGÍA CRIMINAL, Instituto de Ciencias Penales, México, 1967.

WEYGANDT, W. PSIQUIATRIA FORENSE, 2ª edición, Editora Nacional, México, 1967.

ZAVALA, C. ALTERACIONES DE LOS CROMOSOMAS EN ENFERMOS MENTALES, Aspectos Genéticos de la Criminalidad. Secretaría de Gobernación, México, 1966.