

00721
229



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS JURÍDICO DOGMÁTICO DEL DELITO
DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:
ALEJANDRA DÍAZ ALVARADO

ASESOR: LIC. JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO



MEXICO, D.F.

2003



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PAGINACION

DISCONTINUA

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



ESTADO LIBRE ASOCIADO DE EL SALVADOR
REPUBLICA

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

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La alumna DIAZ ALVARADO ALEJANDRA, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, la tesis profesional intitulada "ANALISIS JURIDICO DOGMATICO DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El profesor LIC. JULIO ANTONIO HERNANDEZ PLIEGO, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "ANALISIS JURIDICO DOGMATICO DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna DIAZ ALVARADO ALEJANDRA.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna imitación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 14 de agosto de 2003

LIC. JOSE PABLO MARTINO Y SOUZA.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

JPPS/*ipg.

b

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

AGRADECIMIENTOS

A Dios

Por todo lo mucho que me ha dado, quizá sin merecerlo.

A MI PAPÁ

Por ser mi ideal a seguir, la persona que más admiro y porque siempre luchó muy duro para hacer de mí no solo una gran persona sino también una gran profesionalista.

A MI MAMÁ

Que estuvo en todo momento conmigo dando todo, sin esperar algo a cambio; sin tí no lo hubiera logrado.

A MIS HERMANAS:

MARÍA DE LOURDES

Por los bellos momentos compartidos y por ser un buen ejemplo de que la tenacidad y la disciplina lo pueden todo.

MARÍA GUADALUPE

Por haber compartido conmigo muchas bellas vivencias, por tu comprensión y por ser un ejemplo de fortaleza.

VERÓNICA

Por todo el tiempo que hemos compartido, por ser tan inteligente, buena y tierna.

A DANIEL MEDINA
Por compartir conmigo su
vida, su amor y por la dicha de vivir
juntos un bello sueño que un día
será realidad.

A DANIELITO
Porque cada sonrisa suya es
mi mejor aliento para seguir luchando
y por ser siempre un rayito de luz
en la oscuridad.

A SILVIA

**Por ser una excelente amiga y
por haberme apoyado siempre en
todas mis locuras.**

A MIS AMIGOS

**Por todos los momentos agradables que
hemos vivido juntos y por todo lo que
me han apoyado.**

A mi ASESOR

Lic. Julio Antonio Hernández Pliego
Mi gratitud por todo su apoyo, experiencia,
tiempo y conocimientos que dedicó
para que el presente trabajo fuera posible.

A los PROFESORES

Dr. Ricardo Franco Guzmán
Dr. Flavio Galván Rivera
Lic. Ernesto Gutiérrez y González
Por sus enseñanzas

A la UNAM

Recinto de intelectualidad, mi eterna
gratitud por permitirme ser un
miembro de ella.

INDICE

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ANÁLISIS JURÍDICO DOGMÁTICO DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

INTRODUCCIÓN	01
CAPITULO I. ANTECEDENTES.	
1. Venganza Privada	04
1.1. Etapa primaria	04
1.2 Derecho Romano	06
1.3 Derecho Germánico	09
1.4 Derecho Griego	10
1.5 Derecho Español	11
1.6 Derecho Penal en México	14
2. Venganza Divina	20
3. Venganza Pública	21
4. Epoca Humanitaria	22
5. Epoca Científica	23
6.- Prohibición de hacerse justicia por sí mismo y la garantía de acceso a la justicia establecidas en el artículo 17 de la Constitución Política Mexicana.	24
6.1 Antecedentes Constitucionales	24
6.2 Reforma de 1987	30
6.3 Análisis de las garantías contenidas en el artículo 17 constitucional	33
7. Delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho establecido en el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal	39
7.1 Proceso Legislativo	39
7.2 Reforma de 1991	41
7.3 Abrogación del Código Penal de 1931	43

CAPITULO II. GENERALIDADES

1. Concepto de Derecho Penal	45
2. Concepto de delito	47
3. Concepto de tipo penal	55
4. Tipo penal del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho	57
5. Clasificación del Delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho	57
5.1 Por su gravedad	59
5.2 Por la conducta del agente	59
5.3 Por su resultado	60
5.4 Por el daño que causan	60
5.5 Por la duración	61
5.6 Por el elemento interno	61
5.7 Por el número de actos	62
5.8 Por el número de sujetos	62
5.9 Por su forma de persecución	62
5.10 Por su materia	63
5.11 Clasificación legal	63

CAPITULO III. ANALISIS DOGMATICO.

1. Elementos del Delito.	
1.1 Conducta	66
1.2 Ausencia de Conducta	71
1.3 Tipicidad	74
1.4 Atipicidad	80
1.5 Antijuridicidad	81
1.6 Causas de Justificación	81
1.7. Imputabilidad	89
1.8.- Inimputabilidad	90
1.9.- Culpabilidad	92
1.10. Inculpabilidad	94
1.11. Punibilidad	97
1.12. Excusas Absolutorias	99
2. Formas de aparición del delito	
2.1. Concurso	99
2.2 Iter Criminis	100
3. Análisis Jurídico Dogmático del delito	

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

de Ejercicio Indebido del Propio Derecho	
3.1 Conducta	107
3.2 Ausencia de Conducta	112
3.3 Tipicidad	112
3.4 Atipicidad	116
3.5 Antijuridicidad	117
3.6 Causas de Justificación	118
3.7 Imputabilidad	119
3.8. Inimputabilidad	120
3.9 Culpabilidad	121
3.10 Inculpabilidad	122
3.11. Punibilidad	123
3.12. Excusas Absolutorias	124
Formas de aparición del delito	
4.1 Concurso	125
4.2 Iter Criminis	126

CAPITULO IV CRITICA AL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

1. Ambigüedad del vocablo derecho	128
2. Irrisibilidad de la pena	131
3. No aplicación del tipo en la práctica	132
4. Propuesta personal	132
CONCLUSIONES	135
BIBLIOGRAFÍA	137

INTRODUCCIÓN

Dentro de la presente investigación analizaremos el delito de Ejercicio Indebido de un Derecho cuyo decreto se realizó el día 30 de Diciembre de 1983 y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de Enero de 1984; delito que de acuerdo a la Teoría del Delito presenta cuestiones sumamente interesantes y el cual se encuentra incrustado en el ordenamiento punitivo en el artículo 288 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal.

Considero que reviste especial importancia esta figura delictiva, ya que, mediante el tipo penal creado, el legislador pretendió sin conseguirlo, como se analizará en este trabajo, salvaguardar la prestación del servicio público, la administración de justicia, el bien común, la seguridad jurídica y algunos otros principios comunes.

El presente trabajo señalará lo relativo a los antecedentes del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, lo cuales tienen sus primeras manifestaciones mucho antes de que existiera una codificación penal, en los albores de la historia de la humanidad cuando los particulares se hacían justicia de propia mano. Posteriormente al organizarse los pueblos surge como forma política el Estado, el cual se arroga para sí la facultad de castigar en nombre de la comunidad y contempla, entre otras conductas, a la autojusticia como una conducta ilícita que debe ser tipificada.

Así pues, observaremos que algunas legislaciones extranjeras ya contemplaban con anterioridad el Ejercicio Indebido del Propio Derecho como una figura delictiva.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que se refiere a nuestro país el delito de Ejercicio Indebido del propio Derecho encuentra su base en el artículo 17 de la Constitución Política Mexicana, consagrando como garantía de acceso a la justicia que "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes..."

También en este trabajo se realizarán algunas consideraciones sobre la Teoría General del delito, tanto en su aspecto positivo y negativo, además atendiendo aspectos elementales del delito que nos ocupa como los son su naturaleza jurídica, su clasificación legal, el tipo penal, sus elementos, entre algunos otros.

Enseguida se realizará un análisis dogmático del fenómeno jurídico materia de investigación. El estudio consistirá en un análisis minucioso de los elementos positivos y negativos, así como de los aspectos colaterales del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho.

Posteriormente se realizará una crítica al delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho en el sentido de que contiene una ambigüedad el elemento "derecho" contemplado en el ilícito penal materia de investigación, por la irrisible pena alternativa que contiene el mismo y por no cumplir con el fin por el cual el legislador lo creó, consistente en erradicar los vicios de la estructura social como lo es la autojusticia; ya que este tipo penal prácticamente es letra muerta por el poco conocimiento del ilícito por parte de los funcionarios encargados de ejercer la acción penal, es decir, por no tener aplicación en la práctica.

Por último se planteará una propuesta personal en el sentido de que existe la necesidad de derogar el tipo penal de Ejercicio Indebido del Propio Derecho contemplado en el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I

ANTECEDENTES

1. VENGANZA PRIVADA.

Para realizar un estudio minucioso del delito de Ejercicio Indevido del Propio Derecho resulta necesario recurrir a los antecedentes históricos del mismo, los cuales se remontan mucho antes de que existiera una codificación penal, en los albores de la humanidad cuando los particulares se hacían justicia de propia mano.

1.1. ETAPA PRIMARIA.

La idea de hacerse justicia de propia mano nació en los hombres primitivos del sentimiento de venganza y del impulso de la defensa como una respuesta del carácter humano hacia alguna persona o grupos de personas ante la manifestación de una ofensa, reflejando así el instinto de conservación del grupo. Por falta de protección adecuada, que hasta después se organiza, cada particular, cada familia o cada grupo se protege y se hace justicia a sí mismo. Se puede decir que la venganza aparece en su primer periodo como un derecho individual, cuyo límite depende únicamente del libre arbitrio, de la pasión y el interés de quien la realiza.

La *expulsión* de la persona que cometía una ofensa se consideró el castigo más grave que podía imponerse por colocar al infractor en un estado de absoluto abandono y convertirlo en una víctima propicia de las agresiones de los miembros del mismo grupo o por elementos ajenos a éste, pues el grupo garantiza la supervivencia y el hombre es incapaz de sobrevivir por sí solo a las fuerzas de la naturaleza o a los animales feroces. Se practicó la expulsión para evitar la guerra entre las tribus y así poder sancionar hechos violentos cometidos por un miembro del grupo contra otro miembro del mismo.

El **Talión** representa en los pueblos antiguos una limitación con respecto a los excesos de la venganza, pues mediante éste se señala la medida de la reacción punitiva en función al daño causado. Su concepto está claramente expresado en el Éxodo XXI, 23-25, cuando dice "pagará vida por vida, y en general, se pagará ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura".¹

Este principio se encuentra en el Código de Hammurabi, en la Legislación Mosaica y en la Ley de las XII Tablas. "Este conjunto de preceptos consagró el principio de la retribución al sancionar con el daño de la pena otro de semejante gravedad inferido con el delito, extendiendo en ocasiones la responsabilidad a personas distintas del culpable, pretendiendo una compensación perfecta."²

Otra limitación a la venganza fue la **composición**, la cual vino a sustituir el mal de la pena mediante una compensación económica, misma que era entregada al ofendido o a la víctima de la infracción. Tuvo lugar entre los pueblos que conocieron el sistema de intercambio monetario. En un principio la composición era voluntaria, pero posteriormente se convirtió en obligatoria y legal.

Manifiesta Pavón Vasconcelos que "la composición tuvo algunas limitaciones, ya que en relación a ciertos delitos públicos (como por ejemplo la traición) no se admitió la sustitución de la pena y, en otros a pesar de su índole privada, se permitió la venganza del ofendido, como en aquellos delitos que afectaban el honor (adulterio)."³

¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo VII. Edit. Bibliográfica Argentina, 1991. Pág. 963.

² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa S. A. México, 1999. Pág. 56.

³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 57.

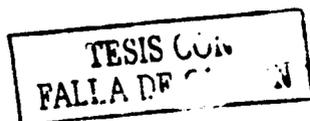
Algunos autores consideran que la venganza privada fue una práctica común entre diversos pueblos como los orientales, los griegos, los germanos, entre otros, y que posteriormente fue un medio para regular las diversas ofensas cometidas entre los diversos grupos que coexistían, pues no existía ninguna autoridad común.

1.2. DERECHO ROMANO.

En los orígenes de su evolución histórica el pueblo romano conoció las figuras de la *expulsión* por la paz y la *composición*. Su organización social primitiva estuvo estructurada de tal forma que correspondía única y exclusivamente el ejercicio de la venganza al *paterfamilias*, pues éste era considerado como la autoridad suprema en el núcleo familiar. El *paterfamilias* era propietario, también era sacerdote doméstico y juez en asuntos hogareños y mantenía en el seno de la familia una rígida disciplina.

Al pueblo romano se debe la aportación de realizar la diferencia entre *delicta privata* y *crimina publica*. Dentro de las instituciones del Derecho Romano la *Perduellio*, era la acción más grave que podía una persona cometer en contra del Estado, después le seguía la *proditio*, que cometía el ciudadano que ayudaba al extranjero contra la propia patria. Por lo que el *judicium perduellionis* castigó los actos realizados por el ciudadano que, como enemigo de la patria ponía en peligro su seguridad y por lo tanto la seguridad del Estado.

El derecho de las XII Tabas en Roma "combinó rasgos arcaicos con otros más avanzados. Al parecer la ley arranca, en amplia medida, de la ley de venganza privada del ofendido. El Estado sólo imponía penas en casos de alta traición (*perduellio*) y en ciertos delitos religiosos graves, sólo en los delitos que se dirigieran inmediatamente contra la comunidad. La misma persecución del asesino



se dejaba a la familia del difunto. Las XII tablas no contenían ninguna prescripción expresa sobre la pena del asesino".⁴

La venganza sólo se permitía cuando la culpabilidad hubiera sido declarada judicialmente. El que en venganza mataba a una persona no condenada era considerado a su vez como un asesino.

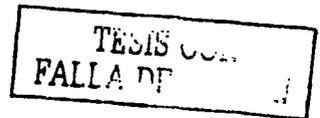
Las XII Tablas prescribían expresamente para muchos delitos la pena de muerte; el que incendiaba a propósito, debía ser quemado, el que hurtaba de noche en las cosechas debía ser ahorcado en el lugar del delito en honor a Ceres, Diosa de la Agricultura, el testigo falso debía ser arrojado al abismo. En realidad nos encontramos con un derecho de talión del ofendido contra el autor cuya culpa estuviera determinada por una sentencia.

En el Derecho Romano las principales legislaciones que regulaban lo relativo a los *crimina pública* eran la *Lex Julia*, la cual comprendía toda clase de crímenes públicos, como los delitos contra la seguridad externa del Estado, es decir, la desertión, la traición por vileza, la excitación de un pueblo a la guerra, entre otros. Otra legislación importante era la Constitución de Arcadia, conocida también como la Ley 5 del Código de la *Lex Julia*, la cual llegaba al grado de castigar la inducción como acción consumada, prolongando la responsabilidad del autor a sus hijos y a los descendientes de estos.

Características del Derecho Penal Romano:

- a) El delito fue considerado como una ofensa pública, aún tratándose de los *delicta privata*.
- b) La aplicación de la pena correspondía al Estado.
- c) Los *crimina extraordinaria*, se persiguieron únicamente a instancia del ofendido.
- d) El conocimiento absoluto del principio de legalidad.
- e) La diferenciación entre los delitos dolosos y los culposos.

⁴ WOLFGANG, Kunkel. Historia del Derecho Romano. Edit. Ariel. Barcelona. 1975. Pág. 21.

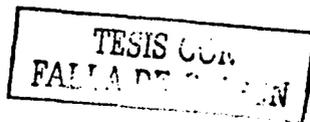


f) Había un reconocimiento, sólo en forma excepcional, de las causas de justificantes de legítima defensa y estado de necesidad.

Desarrollo histórico del sistema procesal romano. El sistema procesal romano atravesó dentro de su historia jurídica por tres etapas, las cuales muestran características específicas, mismas que son: la de *legis actiones*, la del proceso formulario y la del proceso *extra ordinem*. Las dos primeras fases se unen bajo el nombre de *ordo iudiciorum privatorum*, encontramos una separación del proceso en dos instancias, la primera se desarrollaba ante un magistrado y se llamaba *in iure*; la segunda, ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante un "juez privado" y se llamaba *in iudicio* o *apud iudicem* (adelante del juez).

En la primera instancia, se determinaba la constelación jurídica del caso; en la segunda, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas, después de lo cual, las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia. En este período del *ordo iudiciorum* encontramos una transición entre la justicia privada y la pública. La autoridad pública se limitaba a ejercer presión para que el demandado aceptara el arbitraje de un *iudex privatus* y, en el período formulario, a vigilar que se planteara correctamente el problema jurídico ante este árbitro, imponiéndole cierto programa de actuación y prescribiendo la sentencia que debería dictar, según el resultado de su investigación de los hechos. El Derecho Romano conocía, al lado de este procedimiento oficial, otro "arbitraje" completamente privado, en el cual las partes, sin recurrir a ningún magistrado, se ponían de acuerdo, entre sí, y además con un árbitro, para que éste resolviera la controversia surgida entre ellos.

En el procedimiento oficial romano, el papel estatal quedaba reducido a un mínimo. En la fase del *ordo iudiciorum* nadie tenía acceso al *iudex*, sin haber obtenido una autorización previa del magistrado. En la fase preclásica, éste daba



el permiso necesario (*actionem dare*), si la reclamación correspondía a alguna norma consagrada por las XII tablas.

La citada bipartición del proceso, característica del *ordo iudiciorum* daba lugar a la distinción entre los dos conceptos de *iurisdictio* y *iudicatio*. La *iurisdictio* del magistrado era la facultad de conceder o denegar un *actio*, es decir, de permitir o prohibir el acceso al arbitraje de jueces privados. La *iudicatio* del *iudex* era la facultad de dictar sentencia.

La *iurisdictio* quedaba sujeta a requisitos especiales en cuanto a territorio, materia, cuantía y grado; requisitos que determinan la "competencia".

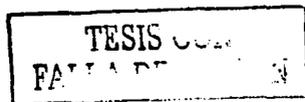
El magistrado disponía del *imperium*, que le permitía denegar acciones o excepciones, imponer *stipulaciones* a las partes; conceder la posesión provisional del objeto litigioso a cualquiera de las partes, etcétera.

Ni los magistrados ni los jueces eran, necesariamente, juristas. Se les exigían tres cosas: honradez, sentido común y buena voluntad para dejarse orientar por jurisconsultos. El período del *ordo iudiciorum* comprendía, por tanto dos fases: la de las *legis actiones* y la del sistema formulario. En la época postclásica se inició una tercera fase, la del procedimiento extraordinario, en el cual la citada bipartición desapareció; ya no se recurría, sino excepcionalmente a jueces privados, el magistrado investigaba los hechos y dictaba él mismo la sentencia.

1.3. DERECHO GERMÁNICO.

"Los pueblos germánicos invadieron el continente europeo en un estado primitivo de cultura en el cual se manifestaba con perfecta claridad el carácter religioso de la organización y el hábito aún de la venganza."⁵

⁵ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México. 1975. Pág. 105.



El Derecho germano, dice Fernando Arilla Bas, "cuenta con instituciones peculiarísimas, el núcleo familiar germano era el grupo familiar (*Sippe*). Las ofensas (*Missitatem*) hechas por un miembro de ésta a otro miembro, se castigaban con la pérdida de la paz (*Friedenslosigkeit*), que privaba al ofensor de la protección al grupo y lo convertía en *out law*, la cual únicamente podía ser recuperada mediante el pago de un precio, el cual era denominado el "precio de la paz" (*Friedensgeld*)."⁶

Por otro lado, las ofensas hechas por un miembro de una *Sippe* a uno de otra, que se reputaban como ofensas al grupo, obligaban a los miembros del grupo ofendido a la venganza de la sangre (*Blutrache*), que podía ser evitada por medio del pago de una cantidad (*Wergeld o Busse*), según se tratara de una ofensa de mayor o menor gravedad. La ofensa de un *Sippe* a otra creaba entre ambas un estado de enemistad (*Fehde o faida*) que terminaba en un convenio de expiación (*Suhnevertrag*).

Las ofensas se calificaban por el resultado. El malhechor respondía tanto de los hechos dolosos como de los culposos y causales (*Ungefahrwerke*) pero no de la tentativa.

1.4. DERECHO GRIEGO.

Actualmente se tiene poca información respecto al Derecho Penal griego, la que se tiene es a través de los escritos de filósofos y poetas; de hecho se le considera como un puente de transición entre los Derechos Oriental y Occidental.

En sus inicios los pueblos griegos conocieron, como muchos otros, las etapas de la venganza privada y de la venganza divina. Pero posteriormente

⁶ ARILLA BAS, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Edit. Pomúa. Pág. 44.

tuvieron el acierto de separar el aspecto religioso de la soberanía que el Estado tenía para castigar.

Considero de gran relevancia al Derecho Penal en Grecia para el mundo entero, en virtud del gran adelanto científico y filosófico que predominaba en dicha época, Grecia constituyó un importante instrumento para la formación del sentido jurídico en Roma, por brotar de ella importantes instituciones jurídicas.

1.5. DERECHO ESPAÑOL.

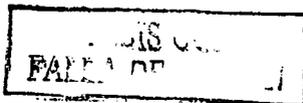
Manifiesta Arilla Bas que "de la España primitiva se desconoce mayor información, pero es sabido que estuvo integrada por varios pueblos como los ligures, iberos y celtas, divididos éstos, a su vez en ilergetes, jacetanos, vascones, cántabros, astures etcétera, mismos grupos que recibían su nombre de las regiones geográficas que habitaban. Al parecer entre los iberos imperó la organización gentilicia, de la cual derivaron la privación de la paz, recuperable por la composición y la venganza del grupo."⁷

Roma influyó fuertemente en algunas Constituciones Imperiales de España, ya que las mismas contenían disposiciones de carácter penal.

En la España visigótica subsistió en un principio la legislación romana para los hispanorromanos vencidos y el derecho consuetudinario visigodo para los vencedores, hasta que la convivencia de ambos pueblos hizo necesaria la unificación. El primer Código trascendente histórica y jurídicamente fue el *Codex Euricianus* o *Statuta Legum*, del año 475, el cual contenía normas inspiradas en el derecho consuetudinario germánico y algunas de Derecho Romano.

Leovigildo (573-586) revisó la legislación unificadora visigótico-romana publicando el *Codex Revisus*, pero la unificación legislativa de vencedores

⁷ ARILLA BAS, Fernando. Op. Cit. Pág. 49.



y vencidos la realizó plenamente el *Liber Judiciorum* (Libro de los Jueces), iniciado en tiempo de Chindasvinto (642-649) y terminado en el Recesvinto (649-672). Este Código, cuya traducción al romano (Fuero Juzgo) fue ordenada por Fernando III en 1241, se aplicó desde esa fecha como fuero local, primero a Córdoba y después a las ciudades que eran reconquistadas a los árabes en la mitad meridional de la Península Ibérica.

El *Liber Judiciorum* dedica al Derecho Penal los libros VI, VII, VIII, IX y parte del XII, que contiene normas relativas a los herejes y judíos. Destacan el carácter intimidante de la pena (Libro VI, título V, Ley 16), pero sin olvidar el preventivo, puesto que, en el Libro I, Título II, Ley 5ª, se expresa que la ley fue hecha para que los buenos viviesen seguramente entre los malos y éstos dejaran de hacer mal por miedo a ella; la personalidad de la pena, que de acuerdo con la disposición del Libro VI, título I, Ley 77, debe recaer sobre el responsable del delito; la aceptación de grados de culpabilidad, distinguiendo el homicidio cometido por ocasión (Libro VI, título IV, Ley 10ª), y por último, la desigualdad ante la ley, y la dureza de las penas, inspiradas muchas de ellas en la retribución talional, la privación de la paz, como tal es desconocida, la pena en consecuencia, reviste, como en Roma, carácter público.

Por lo que hace al derecho local de la Edad Media revistieron gran importancia los Fueros Municipales, en ellos aparece la institución denominada de la *inimittia*, cuya fórmula es "salga por enemigo, *exeat inimicus*", *inimittia* que, cuando el lesionado por el delito es un particular, origina que los parientes de la víctima puedan matar impunemente al enemigo; quien es declarado "enemigo de todo Consejo", y expulsado de él, cuando el delito rompe la paz pública o reviste cierta gravedad. La paz, sin embargo, podía ser recuperada mediante la reconciliación ante el Consejo expresamente convocado. A los fueros hay que agregar las fazañas, resoluciones dictadas por los jueces o señores, que constitúan una especie de jurisprudencia.

En el siglo XIII y a cargo de Jácome Ruiz, del Maestro Roldán y el Obispo Fernando Martínez fueron realizadas las Siete Partidas en que se excluyeron de manera absoluta toda influencia germánica y se aceptaron la romana y canónica. Algunos autores consideran que este Código representaba un gran adelanto para la época, aunque con ciertas excepciones pues dicho ordenamiento legal permitía aún el procesamiento de los muertos, se admitía la composición y entre los medios de prueba seguían figurando los desafíos y el tormento.

Hacia el año de 1770 comienza a surgir una preocupación para realizar un Código Penal, mismo que fue promulgado hasta el año de 1822 y el cual consagraba la caduca división entre "los delitos contra la Sociedad" y los "delitos contra los particulares."⁸

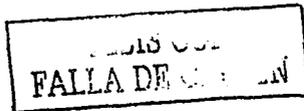
Pero debido a los movimientos revolucionarios del siguiente año cayó en desuso.

Es hasta el año de 1848 en que se aprueba un nuevo Código inspirado por Pacheco, tomando por modelo el Código de Brasil de 1830, esta legislación, sufrió algunas reformas y volvió a editarse en 1850, compuesta de una parte general, un libro sobre delitos y otro sobre faltas.

En el año de 1869 fue publicada una nueva Constitución Política por lo que en el siguiente, 1870, se puso en vigor aunque con carácter provisional, un nuevo Código Penal que después rigió durante 58 años consecutivos.

Durante la Dictadura de Miguel Primo de Rivera se expidió un nuevo Código Penal el 08 de septiembre de 1928 que consagraba la dulcificación de las penas, la condena condicional, facilidades de pago de multas mediante plazos y descuentos sobre los ingresos, supresión de escalas graduales para la imposición

⁸ VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit., Pág. 110.



de las penas, simplificación relativa de las reglas para estimación de atenuantes y agravantes, uso de mayor número de medidas de seguridad, incluyendo entre ellas la suspensión de sociedades y reducción de algunos delitos mínimos sobre lesiones, robo, estafa y daños, a la categoría de faltas. Este Código Penal establecía nuevos tipos de delitos como el de usura y el de contagio sexual, determinadas huelgas abusivas y atentados contra la libertad de trabajo reglamentando la responsabilidad de gerentes y consejeros en las instituciones de crédito.

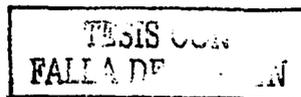
Una vez establecida la República el 14 de abril de 1931 se eliminó el Código Penal creado durante la Dictadura y se restableció la vigencia del anterior Código del año de 1870, siendo el caso que el 08 de septiembre de 1932 se aprobaron 32 bases para la reforma del viejo Código, conforme a las cuales se publicó la nueva Ley que debería regir desde el día 01 de noviembre de 1932.

Para el desarrollo de la presente investigación nos basta hasta el conocimiento del Código Penal español de 1932, ya que éste fue inspiración de la legislación penal en nuestro país.

1.6. DERECHO PENAL EN MÉXICO.

Para estudiar el Derecho Penal Mexicano, se dividirá la historia del mismo en tres apartados:

- a) Derecho Penal Precortesiano.
- b) Derecho Penal Colonial.
- c) Derecho Penal del México Independiente.

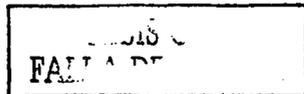


a) DERECHO PENAL PRECORTESIANO.

Antes de la llegada de Hernán Cortés a nuestro país los grupos más destacados que habitaban el territorio eran las culturas: Olmeca, la Maya, la Chichimeca y la Azteca. Para el objeto de la presente investigación únicamente analizaremos ésta última, en virtud de haber sido una cultura de gran trascendencia en nuestro país, de gran representatividad de las demás y porque sólo de ésta se tiene mayor conocimiento a detalle de su derecho.

LOS AZTECAS. Representan una rama dentro de los chichimecas. Vivieron algunas generaciones en Chapultepec, pero no muy felices con la política de sus poderosos vecinos huyeron hacia una isla, en el Lago de Texcoco, donde construyeron la notable Ciudad de Tenochtitlán (¿1325 d.C.?). Los aztecas fueron hábiles y derrotaron Texcoco (1418), Azcapotzalco (1430) y toman la hegemonía dentro de una triple alianza con Texcoco y Tlacopa, logrando extender su poder hasta Veracruz, más allá de Oaxaca y las costas de Guerrero. La política azteca era la de no quitar a los pueblos subordinados su propia forma de gobierno o su derecho, lo importante era que el tributo llegara en la forma convenida. La organización social de los aztecas eran en clanes (*calpullis*), eran grupos de familias emparentadas entre ellas, viviendo bajo un sistema patrilineal. Hubo una vida relativamente democrática, bajo un gobierno de consejos de ancianos. Formaban unidades militares; hacia abajo estaban subdivididos en *tlaxilacalli*; hacia arriba, agrupados en cuatro *campans*. El conjunto de estos *campans* se encontraba sometido a un solo líder militar, el *tenoch*, asistido por nueve jefes. Al parecer los aztecas continuaron durante unas dos generaciones con este sistema del *tenoch*, pero después cayeron en la tradición y pensaron que toda nación necesita un rey. Así pues, el poder monárquico estuvo en manos de varios reyes como: Acamapichtli, Huitzilihuitl, Chimalpopoca, Izcóatl entre otros.

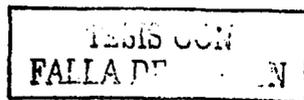
Los aztecas se agrupaban por exigencia de la naturaleza humana, y esas agrupaciones alrededor del jefe más valiente y feroz, atacaban a otras agrupaciones semejantes o se defendían de ellas; por lo que el derecho surgiría



de la lucha de tribu a tribu, mera exigencia de la guerra. Por lo que respecta al derecho penal azteca fue sumamente sangriento, la pena de muerte era la sanción común en las normas legisladas y su ejecución era cruel; las formas utilizadas para la ejecución eran muerte en la hoguera, ahorcamiento, ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, degollamiento, empalamiento y desgarramiento del cuerpo. A veces la pena de muerte fue combinada con la confiscación.

Otras penas eran la caída en la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la pérdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisiones. Penas más ligeras, pero consideradas por los aztecas como una verdadera ignominia era la de cortar o charmuscar el cabello. En algunas ocasiones los efectos de los castigos podían extenderse a los parientes hasta el cuarto grado. El hecho de ser noble era circunstancia agravante, pues consideraban que el noble debía dar el ejemplo. El homicidio conducía a la pena de muerte, salvo que la viuda abogara por una caída en la esclavitud. La riña y las lesiones sólo daban lugar a las indemnizaciones. Como el uso del alcohol fue muy limitado (por ley) y los indios estaban inermes (fuera del caso de guerra), parece que los delitos de lesiones no alcanzaron la frecuencia y gravedad que exigiera una mayor represión. Observamos un gran rigor sexual, con pena de muerte para incontinencia de sacerdotes, para homosexualidad, violación, estupro, incesto y adulterio. También el respeto a los padres fue considerado esencial, las faltas respectivas podían ser castigadas con la muerte. Es de notarse que entre los aztecas el derecho penal fue el primero que en parte se trasladó de la costumbre al derecho escrito.

Por lo que toca a la administración de justicia, entre los aztecas es diferente a la concebida en Roma, ya que, entre los aztecas el juez no está obligado a someterse a una ley o mandato preexistente, pues cada caso tenía su ley. Claro está que el criterio del juez estaba influenciado por las costumbres y el ambiente social. "A la cabeza de la Administración de Justicia estaba el rey, como



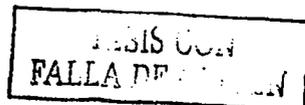
lo estaba a la del sacerdocio y de la guerra; aquel pueblo no conoció más división de poderes que la que imponía la necesidad de repartir el trabajo. Después del rey seguía el Cihuacóatl, gemelo mujer, especie de doble del monarca. El tlacatecatl conocía de causas civiles y criminales; en las civiles sus resoluciones eran inapelables; en las criminales se admitía apelación ante el cihuacóatl, finalmente, en cada barrio había cierto número de centectlapixques, funcionarios a quienes se encomendaba la vigilancia y cuidado de determinado número de familias, y que, en el orden judicial, hacían las veces de jueces de paz para asuntos de mínima importancia.⁹

b) DERECHO PENAL COLONIAL

Esta etapa tiene lugar una vez que fue consumada la conquista por los españoles en nuestro país. A partir de que se establece la Colonia tomaron vigencia las leyes españolas como lo son las Leyes de Indias y las Leyes de Castilla. Algunos autores señalan que el principal cuerpo de leyes para la Nueva España fue la recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias de 1680. La recopilación se compone de IX libros divididos en títulos integrados cada uno por un gran número de leyes.

El título I con 29 leyes se titula "De los pesquisidores y jueces de comisión". Los pesquisidores realizaban una actividad similar a la que actualmente realiza el Ministerio Público. El título II contenía 8 leyes y se denominaba "De los juegos y jugadores." El título III con 9 leyes "De los casados y desposados en España e Indias, que están ausentes de sus mujeres y esposas." El título IV con 5 leyes se denominaba de "De los vagabundos y gitanos" y disponía la expulsión de éstos de la tierra. El título V con 29 leyes se denominaba "De los mulatos, negros berberiscos e hijos de indios." El cual contenía un cruel sistema intimidatorio para castas. El título VI con 24 leyes denominado "De las cárceles y carceleros". El

⁹ ESQUIVEL OBREGÓN, T. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Edit. Porrúa. México. 1984. Pág. 185.



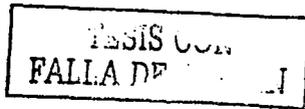
título VII con 17 leyes "De las visitas de cárcel." Y por último el título VIII con 28 leyes denominado "De los delitos y penas y su aplicación."

c) DERECHO PENAL DEL MÉXICO INDEPENDIENTE

Después de consumada la Independencia por algún tiempo continuaron rigiendo las Leyes de la Nueva España, en virtud de que se necesitaba tiempo para la elaboración de leyes dignas para la nación independiente. Las primeras reglamentaciones obedecieron a la necesidad de establecer la paz en el territorio nacional mediante la organización de la policía, reglamentación del uso de las armas, represión de la inseguridad en los caminos públicos sancionando a salteadores y ladrones, con cuyo motivo se dictaron los bandos de fechas 07 de abril de 1824, 03 de septiembre de 1825, 03 de marzo de 1828 y 08 de agosto de 1834, entre otros.

Algunos autores señalan que el primer Código Penal en nuestro país fue el de Veracruz, promulgado por decreto el 28 de abril de 1835 del Gobernador del Estado, el General Don Miguel Palacios, el cual fue modificado y adicionado en el año de 1849, mismo Código que se integró de tres partes, la primera relativa a las Penas y normas generales sobre el delito, la segunda que se denominó De los delitos contra la sociedad y la tercera que comprendió los Delitos contra los particulares. Este Código influyó enormemente en la legislación mexicana, incluyendo el Código de 1871 para el Distrito y los entonces Territorios Federales. Al Código penal de 1835 le siguió el Código Penal de 1869 también conocido como Código Penal de Corona, en honor al magistrado Don Fernando de Jesús Corona, quien realizó los proyectos de las materias penal, civil y de procedimientos.

Para el año de 1861 se formó una comisión integrada por Urbano Fonseca, José María Herrera y Zavala, Ezequiel Montes, Manuel Zamacona y Antonio Martínez de Castro, así como Carlos A. Saavedra en sustitución de Ezequiel Montes. Con motivo de la intervención francesa en nuestro país esta



Comisión suspendió sus trabajos para volverse a integrar en el año 1868 con Don Antonio Martínez de Castro, Manuel Zamacona, José María Lafragua y Eulalio Ma. Ortega, la cual culminó sus trabajos dando origen al Código Penal de 1871, también conocido como Código de Martínez de Castro. Este Código Penal estaba dividido en cuatro apartados: el primero trataba de los delitos, faltas, delincuentes y penas; el segundo de la Responsabilidad Civil en materia criminal; el tercero De los delitos en particular; y el cuarto De las faltas. Este Código tiene gran influencia del Código Penal español de 1870, pero con innovaciones tales como la inclusión de Medidas de seguridad y la institución de la libertad preparatoria.

Para el año de 1926 se integró una nueva Comisión formada por José Almaraz, Ignacio Ramírez Arriaga, Enrique C. Gudiño y Manuel Ramos Estrada, la cual concluyó sus trabajos por lo que el Presidente Emilio Portes Gil expidió el decreto de 09 de febrero de 1929, conocido como Código de Almaraz, mismo que consta de tres libros: Principios Generales, Reglas sobre Responsabilidades y Sanciones (primero); De la Reparación del daño (segundo), y De los Tipos Legales de los Delitos (tercero). Este Código Penal de 1929 recibió fuertes críticas por parte de reconocidos juristas, por lo que ante el evidente fracaso del mismo se convocó a integrar una nueva Comisión.

La nueva Comisión estuvo integrada por José Angel Ceniceros, representante de la Secretaría de Gobernación, José López Lira, representante de la Procuraduría General de la República, José Teja Zabre, representante del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y los entonces Territorios Federales, Luis Garrido por la Procuraduría de Justicia del Distrito y Territorios Federales y Ernesto G. Garza, por los jueces penales, quienes redactaron un proyecto de Código Penal que el Presidente Pascual Ortiz Rubio hizo ley mediante Decreto de fecha 13 de agosto de 1931 y el cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación y que fue el que nos rigió hasta el año 2002.

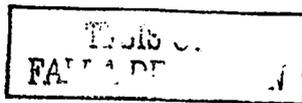
Con fecha 16 de julio del 2002 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Decreto de Nuevo Código Penal en el Distrito Federal con el cual se abroga el anterior Código Penal de 1931 y sus reformas.

2. VENGANZA DIVINA.

La venganza privada que se venía dando como la respuesta de una persona o grupo de personas ante una ofensa inferida por otros fue viéndose influenciada por las supersticiones, dando lugar a la venganza de tipo religioso, en la cual derecho y religión están estrechamente relacionados. La finalidad de la venganza divina no era ya el de vengar el daño inferido al ofendido, sino el daño causado a Dios.

Dentro de este período situamos al Pentateuco, conjunto de cinco libros que integran la primera parte del Antiguo Testamento y en los que se contienen las normas de Derecho del pueblo de Israel, de evidente raigambre religiosa. El derecho de castigar (jus puniendi) proviene de la divinidad y el delito constituye una ofensa a ésta; la pena está encaminada a borrar el ultraje a la divinidad. En el Pentateuco encuéntranse prohibiciones tabú y formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos, la venganza privada.

Este principio teocrático se convirtió en fundamento del Derecho Penal, pues se castigaba al culpable únicamente con la finalidad de que expiase la ofensa causada a Dios con su delito. Se puede decir que, en general, esta época fue manejada por la clase sacerdotal.



3. VENGANZA PÚBLICA.

Esta etapa surge cuando la estructura del poder se va consolidando dentro de los diferentes grupos sociales hasta alcanzar su completa integración con el surgimiento del Estado, en el cual el mantenimiento del orden y paz sociales llevan a la imperante necesidad de sustituir la venganza privada por la facultad de juzgar y castigar otorgada a la persona que detenta el poder.

Durante esta etapa se comienza a hacer distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione de manera directa los intereses de los particulares o el orden público. Esta etapa también es llamada "concepción política"; en la cual los tribunales juzgan en nombre de la colectividad. En esta época se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado (minas, galeras).

Por su parte el jurista Cuello Calón manifiesta que esta etapa se caracteriza por mantener, a toda costa, la tranquilidad pública; "este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes...; reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de la justicia...; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y el mando."¹⁰

¹⁰ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General Edit. Editora Nacional, México. 1989. Pág. 60.

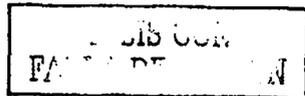
4. ÉPOCA HUMANITARIA.

Esta etapa es muy importante ya que es a partir de la misma que se pone en evidencia la excesiva crueldad de las penas en los períodos anteriores. La obra de César Bonnesana, Marqués de Beccaria "De los delitos y las penas" constituyó una gran influencia humanitaria en la excesiva crueldad de las penas y lo irregular de los procesos, señalándose en esta obra como fundamento de la pena, el contrato social. La obra de Beccaria establece una serie de principios o derechos mínimos del delincuente, lo cual viene a revolucionar todas las ideas imperantes hasta ese momento tanto en los pensadores, juristas y legisladores.

La obra de Beccaria tuvo gran influencia pues la Revolución Francesa, escribe Enrique Ferri "por reacción generosa contra los abusos medievales establece en la Declaración de los Derechos del Hombre, que 'las leyes no tienen el derecho de prohibir nada más que las acciones nocivas a la sociedad' (art. 5), y que 'no deben establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias' (art. 8), de lo que resulta 'que nadie puede ser castigado sino en virtud de una pena promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente (art. 8), y nadie 'puede ser acusado, arrestado y puesto en prisión sino en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas en ellas prescritas' (art. 7). Y como quiera que los hombres nacen y permanecen libres e iguales ante el Derecho (art. 1), así la ley debe ser la misma para todos, lo mismo cuando protege que cuando castiga (art. 6)..."¹¹

La ideología de Beccaria en su obra "De los delitos y de las penas", dio lugar a notables reformas en la legislación penal como lo fueron la abolición de la pena capital y la tortura, además se estableció que la pena debía de ser proporcional a la gravedad del delito de que se tratase, impidiéndose así la imposición arbitraria de sanciones por parte de los encargados de impartir la justicia.

¹¹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 63.



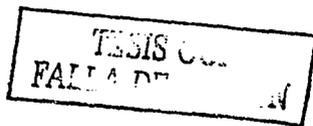
En esta etapa también encontramos a John Howard, quien dedicó gran parte de su vida recorriendo las prisiones de Europa y de las experiencias obtenidas escribió la obra "The State of the prisons in England and Wales", donde pone en evidencia las lamentables condiciones de miseria, hambre, tratos brutales y enfermedades que sufrían los presos a fin de cumplir sus respectivas penas.

5. ÉPOCA CIENTÍFICA.

Durante la Época Científica hubo un gran auge de grandes pensadores jurídicos, los cuales contribuyeron de manera importante en el desarrollo del Derecho Penal, entre los que se encuentran Bentham, Romagnosi, Feurbach, Roeder, Rossi y Carmagnani. Por su forma de pensamiento estos juristas fueron considerados por otros autores como "los clásicos", es decir, "lo viejo, lo caduco". Sin embargo esta ideología ha prevalecido en "La Escuela Clásica".

Pablo Juan Anselmo Von Feurbach es considerado por muchos como el padre del Derecho Penal Moderno, pues es primero en realizar un estudio creando el criterio de la coacción psicológica, dando lugar a la Teoría de la Prevención General. Se le atribuye la paternidad del principio "*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*".

Otro importante pensador fue el jurista Giovanni Carmagnani, quien es autor de la obra "Elementos de Derecho Penal", mismo que sostenía que la pena política encuentra su fin en la defensa y en la intimidación, para evitar delitos futuros.



Sin embargo, se considera como el más destacado de estos pensadores a Francisco Carrara quien escribió la obra "Programa de Derecho Criminal" en 1859, la cual en la actualidad es una importante fuente de consulta.

Se considera que la etapa científica surge a partir de los estudios de las Escuelas Clásica, Positivista, Tercera Escuela (Terza Scuola), etcétera hasta nuestros días.

6.- PROHIBICIÓN DE HACERSE JUSTICIA POR SÍ MISMO Y LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Para arribar al estudio del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, resulta necesario precisar los antecedentes constitucionales del numeral 17 de nuestra Ley Suprema, mismo que consagra la prohibición de hacerse justicia por propia mano.

6.1 ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES.

En la presente investigación consideramos como antecedentes del artículo 17 constitucional los siguientes:

- a) Artículos 242 y 245 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el día 19 de marzo de 1812;
- b) Artículo 202 del decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el día 22 de octubre de 1814;
- c) Artículo 55 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822; base 7a del Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, fechado en la Ciudad de México el día 16 de mayo de 1823;
- d) Artículo 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, fechada en la Ciudad de México el día 31 de enero de 1824;

- e) Artículo 28 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el día 16 de junio de 1856;
- f) Artículo 17 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el día 05 de febrero de 1857;
- g) Artículo 15 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el día 10 de abril de 1865;
- h) Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el día 01 de diciembre de 1916.

Para una mejor comprensión de la evolución que ha sufrido el artículo 17 Constitucional en su redacción transcribiré el texto de cada uno de los artículos anteriormente citados:

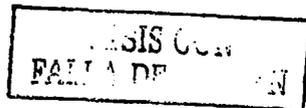
- a) Los numerales 242 y 245 de la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el día 19 de marzo de 1812 referían:

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

"ARTÍCULO 245.- Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado."¹²

Los anteriores artículos poseen gran importancia ya que en ambos numerales se sientan las bases que se refieren a la facultad exclusiva que tienen los tribunales para conocer y dirimir las controversias, así como a la facultad que tienen para ejecutar sus resoluciones.

¹² LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, Edit. Porrúa S. A. México, 1998. Pág. 216.



b) El ordinal 202 del decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el día 22 de octubre de 1814 preconizaba:

***ARTÍCULO 202.-** En el Supremo Tribunal de Justicia no se pagarán derechos.¹³

De la lectura del artículo anterior se desprende la gratuidad del servicio prestado por los Tribunales, quedando prohibido el cobro de alguna cantidad de dinero, pues el Estado es el encargado de cubrir los honorarios de los servidores públicos.

Esta prohibición, que de hecho se encuentra consagrada en la Constitución Política vigente, se refiere al deber que el Estado tiene para que imparta la justicia de manera gratuita y que no haya ni la más mínima posibilidad de que cobren costas por dicho servicio quienes están encargados de impartirla.

c) El artículo 55 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822 y Base 7a del Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana, fechado en la Ciudad de México el día 16 de mayo de 1823 rezaban:

***ARTÍCULO 55.-** La facultad de aplicar las leyes a los casos particulares que se convierten en juicio, corresponde exclusivamente a los tribunales elegidos por ley.

Base 7a: Por parte conducente. Los individuos de la nación mexicana no deben ser juzgados por ninguna comisión. Deben serlo por los jueces que haya designado la ley. Tienen derecho para recusar a los que fueren sospechosos: Lo tienen para pedir

¹³ LARA ESPINOZA, Saúl. Op. Cit. Pág. 216.

la responsabilidad de los que demoren el despacho de sus causas: de los que no las substancien como declare ella misma. Lo tienen para comprometer sus diferencias al juicio de árbitros o arbitradores."¹⁴

Es de señalar que el legislador al redactar estos numerales fundamentalmente resaltó la legalidad como característica importante de los tribunales y el derecho que tienen los individuos para no admitir o aceptar a un Tribunal por carecer de aptitud o de imparcialidad, o bien, por llevar a cabo procesos lentos y proporcionar resoluciones tardías.

d) El artículo 18 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, fechada en la Ciudad de México el día 31 de enero de 1824 establecía:

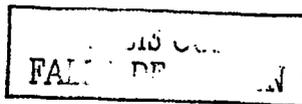
"ARTÍCULO 18.- Parte conducente. Todo hombre que habite en el territorio de la Federación, tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia."¹⁵

En este artículo se hace alusión al principio de igualdad jurídica al establecerse que "todo hombre que habite el territorio de la Federación" tiene derecho a demandar justicia y a que ésta le sea administrada, que además ésta debe tener las características de pronta, completa e imparcial. Pues los procesos lentos, resoluciones tardías y la justicia inaccesible, no son compatibles con los requerimientos de un Estado de derecho como el nuestro.

e) El numeral 28 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el día 16 de junio de 1856 enunciaba:

¹⁴ Ibidem, Pág. 217.

¹⁵ Idem.



"ARTÍCULO 28.- Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia."¹⁶

De gran trascendencia es el precepto anterior, pues el constituyente estableció por primera vez la prohibición de imponer la pena privativa de libertad a un individuo por incumplir con una deuda que derive de un acto jurídico civil y no constituya en sí misma una conducta reputada por la ley como delito. También se establece la prohibición de utilizar medios violentos para hacer efectivo un derecho y se señalan los tribunales como vía para dirimir controversias, los cuales están imposibilitados para retardar los juicios por más del tiempo que establecen las leyes procesales respectivas.

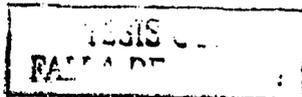
f) El numeral 17 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el día 05 de febrero de 1857 establecía:

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

En este precepto el Constituyente prácticamente mantuvo la redacción del numeral 28 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1856, agregando únicamente la parte última del mismo, relativa a que la justicia debe ser gratuita y que deben quedar entonces abolidas las costas judiciales; de lo que se desprende la prohibición de el cobro de alguna cantidad de

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.



dinero por el servicio prestado por parte de las autoridades judiciales, pues como se mencionó con anterioridad, el Estado es el encargado de cubrir los honorarios de los servidores públicos.

g) Artículo 15 del Estatuto Provisional del Imperio Mexicano, dado en el Palacio de Chapultepec el día 10 de abril de 1865;

"ARTÍCULO 15.- La justicia que determina la ley orgánica."¹⁸

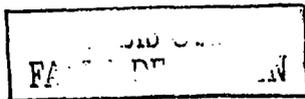
h) Mensaje y Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el día 01 de diciembre de 1916.

"ARTÍCULO 17 DEL PROYECTO.- Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales están expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, y su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."¹⁹

En el precepto anterior el Constituyente hace énfasis en el hecho de que ningún particular, sin estar autorizado legalmente para ello, puede utilizar medios violentos para hacer efectivo un derecho y se señalan los tribunales como vía para dirimir controversias; así mismo se agrega al precepto que el servicio prestado por los Tribunales deberá realizarse dentro de los plazos y términos que al efecto señalan las leyes respectivas.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.



6.2 REFORMA DE 1987

La primera reforma que sufrió el artículo 17 constitucional, fue la publicada en el Diario de Debates en fecha 23 de diciembre de 1986 y en el Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1987, la cual a la letra reza:

"ARTÍCULO 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

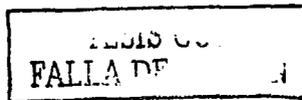
Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil."²⁰

Esta primera y única reforma que ha sufrido el artículo 17 constitucional plantea el orden jurídico y de los instrumentos de procuración e impartición de justicia, además prohíbe al individuo hacerse justicia por mano propia y ejercer violencia para reclamar su derecho. Se plantea el acceso a la jurisdicción como un derecho que tiene todo ciudadano y una obligación por parte del Estado. Para ello se dispone que los tribunales de justicia la impartan en forma expedita y gratuita.

Así pues, las lecturas del dictamen relativo al Proyecto de Decreto que Reforma los Artículos 17, 46, 115 y 116 de la Constitución Política de los

²⁰ DIARIO DE DEBATES. Artículos 17, 46, 115 y 116. Cámara de Diputados. Año II. Núm. 48, 23 de Diciembre de 1983. Pág.111.



Estados Unidos Mexicanos se realizaron en fecha 23 de Diciembre de 1986, la primera y la segunda lectura en fecha 27 de Diciembre del mismo año, estableciéndose las siguientes consideraciones:

"La garantía individual, derecho público subjetivo, contenida en el artículo 17 constitucional, precepto que prohíbe al individuo hacerse justicia por mano propia y ejercer violencia para reclamar su derecho, se complementa, idealmente, con la postulación del acceso a la jurisdicción como un derecho cívico y una obligación estatal. Para ello la Constitución dispone que los Tribunales de Justicia la impartirán en forma expedita y gratuita.

La iniciativa presidencial propone adaptar la garantía jurisdiccional establecida en nuestra Constitución en beneficio y protección de toda persona física o moral, individual o colectiva, a las necesidades del presente, conservando los valores establecidos desde 1824, recogiendo al efecto los principios contenidos en los documentos actuales que atienden a los derechos humanos y a sus libertades fundamentales, documentos que forman parte de nuestro derecho y recogen aspiraciones vigentes en el seno de nuestra sociedad.

La impartición de justicia que merece el pueblo de México debe ser pronta y gratuita. Procesos lentos, resoluciones tardías, justicia inaccesible para las mayorías, no son compatibles con los requerimientos del estado social de derecho. La reforma que se propone en la minuta en examen al artículo 17 constitucional permite a juicio de la Comisión que suscribe, sentar bases firmes sobre las cuales se apoye un moderno sistema procesal en el que el derecho a la jurisdicción asuma su auténtica dimensión de derecho público.

La nueva redacción que se prevé en la minuta en examen no altera la fundamentación y teleología que el constituyente originalmente imprimió al acceso a la justicia, antes bien lo complementa y sistematiza. Así la prohibición de aprisionar a un individuo por deudas civiles con la que se abría el artículo, para ser

el último párrafo del propio precepto, con lo que se adquiere claridad pues se abre con la prohibición de la autojusticia y continúa con la consagración del derecho a la jurisdicción. Igualmente atendiendo a la naturaleza federal del Estado mexicano, el tercer párrafo que al artículo 17 se propone en la iniciativa presidencial y en la minuta que se examina, establecen y garantizan la independencia de los Tribunales Judiciales y al plena ejecución de sus resoluciones. La consagración constitucional de este principio lo convierte en norma rectora de las leyes orgánicas de los Poderes Judiciales de la Federación y de los estados.

Incorporar la independencia judicial al precepto constitucional que garantiza el derecho a la justicia, se estima por la comisión que rinde el presente dictamen como un fiel eco de la exposición de motivos del Proyecto de Constitución del Primer Jefe de Ejército Constitucionalista en que categóricamente se afirma 'uno de los anhelos más ardientes y más hondamente sentidos por el pueblo mexicano es el de tener tribunales independientes que hagan efectivas las garantías individuales contra los atentados y excesos de los agentes del Poder Público'. Igualmente la comisión estima que postular constitucionalmente la plena ejecución de las resoluciones judiciales, como proponen la iniciativa presidencial y la minuta de la legisladora, contribuye a explicitar el imperio que al Poder Judicial es propio y consustancial.²¹

TEXTO VIGENTE

El texto actual del artículo 17 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el siguiente:

***ARTÍCULO 17.-** Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen

²¹ DIARIO DE DEBATES. Artículos 17, 46, 115 y 116. Op. Cit. Pág.112.



las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

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

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.”²²

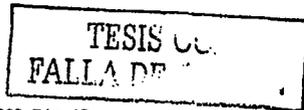
6.3 ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL.

Dentro del texto vigente del artículo 17 constitucional encontramos consagradas algunas garantías, mismas que, dado su importancia para el presente trabajo merecen un análisis minucioso. Las garantías contenidas en el citado numeral son las siguientes:

- a) Prohibición de la venganza privada.
- b) La administración de la justicia expedita.
- c) La independencia de los tribunales.
- d) La garantía de que nadie puede ser privado por deudas de carácter puramente civil.

- a) Prohibición de la venganza privada.

El primer párrafo del artículo 17 constitucional establece que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”.



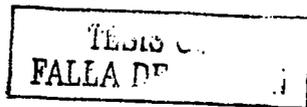
²² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Porrúa S. A. México, 2003. Pág. 16.

Con el anterior precepto el legislador establece que la idea de hacerse justicia de propia mano como una respuesta ante la manifestación de una ofensa cuya ejecución predominaba en los diversos pueblos de la antigüedad ha sido superada con la finalidad de mantener un Estado de Derecho. Se prohíbe al individuo la realización de la venganza privada para dirimir agravios u ofensas cometidos contra las personas o en contra de sus bienes, puesto que la solución de los conflictos que se susciten en la vida en sociedad debe dejarse en manos de las autoridades creadas para tal fin.

En la actualidad la venganza privada es reprimida por la ley penal y existe una institución fuerte y bien organizada, que es el Estado, el cual está encargado de dar solución a los conflictos en sociedad para mantener el equilibrio y paz sociales. Es por ello que los gobernados deben acudir ante los tribunales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos y a su vez las autoridades deben impartir la misma.

Por su parte Burgoa Orihuela manifiesta que "esta disposición constitucional no contiene una garantía individual propiamente dicha. Ésta se traduce en una relación jurídica existente entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por otro; en virtud de la cual se crea para el primero un derecho subjetivo público y para los segundos una obligación correlativa ... La prevención constitucional de que tratamos, en realidad no establece para el gobernado ningún derecho subjetivo ni para el Estado y sus autoridades una obligación correlativa, sino que impone al sujeto dos deberes negativos, no hacerse justicia por su propia mano y no ejercer violencia para reclamar su derecho. Además de esta obligación negativa, el artículo 17 constitucional, en la parte que comentamos contiene tácitamente para los gobernados un deber positivo, anexo a aquella, y que estriba en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos."²³

²³ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Edit. Porrúa. México. 1991. Págs. 629-630.



Podemos concluir que la presente disposición constitucional constituye un freno a la autojusticia, imperante en siglos pasados, pero no demos confundir la presente prohibición constitucional con la defensa legítima ante cualquier agresión que ponga en peligro la vida, la libertad o alguna otra garantía.

b) La administración de la justicia expedita.

El segundo párrafo del artículo 17 constitucional establece que "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales."

Al respecto Burgoa Orihuela expresa lo siguiente: "la garantía de seguridad jurídica establecida a favor del gobernado en este caso, se traduce en la imposibilidad que tienen las autoridades judiciales de retardar o entorpecer indefinidamente la función de administrar justicia, teniendo, en consecuencia, la obligación de sustanciar y resolver los juicios ante ellas ventilados dentro de los términos consignados por las leyes procesales respectivas. Las autoridades estatales judiciales o tribunales tienen el deber de actuar a favor del gobernado, en el sentido de despachar los negocios en que éste intervenga en forma expedita de conformidad con los plazos procesales."²⁴

Esta garantía al establecer la expresión "toda persona" se orienta al principio de igualdad de que gozan los individuos frente a la ley para tener acceso a la justicia, la cual debe ser administrada por los tribunales, quienes estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos legales, y sus resoluciones serán emitidas en forma pronta, completa e imparcial. Las autoridades judiciales están imposibilitadas para retardar los juicios por más del tiempo que establecen las leyes procesales respectivas.

²⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Op. Cit. Pág. 632.

Como hemos señalado en el punto anterior el hombre no puede erigirse en juez para hacer efectivo su derecho, debe entonces recurrir a los tribunales para tal efecto establecidos y en consecuencia estos deben estar en todo tiempo expeditos para administrarla, debiéndose entender por expedito: "Desembarazado. // Libre de todo estorbo, pronto a obrar."²⁵

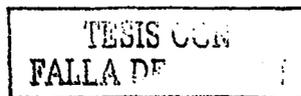
Los tribunales pueden y deben actuar en cumplimiento del precepto constitucional en cuestión; es por lo cual la ley establece las horas en que los servidores públicos deben desempeñar sus funciones, con la posibilidad de que en alguna situación extraordinaria puedan y deban actuar cuando la gravedad y urgencia de la misma lo exijan.

Por otro lado el artículo 17 constitucional establece en su última parte que el servicio que presten los tribunales deberá ser gratuito y deberán quedar prohibidas las costas judiciales. Con esta disposición el constituyente quiso proteger al individuo y garantizarle que la justicia se le administre gratuitamente, es decir, que el individuo que acude ante los tribunales no esté obligado a cubrir los honorarios de los servidores públicos o los derechos por el servicio prestado, pues estos son cubiertos por el Estado.

c) La independencia de los tribunales.

El párrafo tercero del artículo 17 constitucional al disponer que "Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones" se orienta a la teoría de división de los poderes formulada por Carlos Luis Secondat, Varón de la Brede y Montesquieu. Sin embargo, por lo que hace al concepto de "tribunales" que señala este precepto constitucional, "no se refiere única y exclusivamente a aquellos órganos del estado que dependen del Poder Judicial,

²⁵ Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Tomo XXII. Edit. Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1958. Pág. 1548.



sino a todos los que tienen potestad para dirimir conflictos que emerjan de relaciones jurídicas individuales y aun colectivas."²⁶

La idea de independencia de los tribunales se refiere a que la toma de decisiones o las resoluciones que emanen de los mismos no se tomen por influencia o presión de otros órganos de poder público.

d) La garantía de que nadie puede ser privado por deudas de carácter puramente civil.

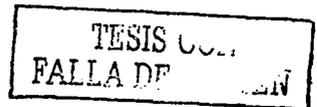
El cuarto párrafo del artículo 17 constitucional al establecer que "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil," dispone que no puede existir ley alguna por la cual se sancione a los individuos con pena privativa de libertad que deriven de deudas civiles.

Las leyes actuales establecen que el individuo responde de sus obligaciones con todo lo que posee; sus bienes, y no su persona; si la deuda no tiene un carácter plenamente civil, sino que participa de uno delictuoso, entonces una pena o medida de seguridad podría decretarse pues se tipificaría una conducta delictiva.

En nuestro país es a partir de la creación del artículo 28 del Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el día 16 de junio de 1856, que se establece expresamente la garantía de que nadie puede ser privado por deudas de carácter puramente civil.

Por su parte el maestro Burgoa afirma que "la garantía de seguridad jurídica de que nadie puede ser aprisionado por deuda de carácter puramente civil, nació dentro de los regímenes de derecho paralelamente a la implantación legal del principio *nulla poena, nullum delictum sine lege*. En efecto, antes de que

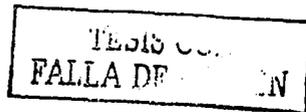
²⁶ LARA ESPINOZA, Saúl. Op. Cit. Pág. 225.



se considerara como delito el hecho catalogado como tal por la ley, cualquier acto podía ser reputado como delictivo; consiguientemente, en ausencia de la exigencia de su previa y necesaria tipificación legal, cualquier hecho o sus consecuencias podrían ser sancionadas penalmente, siendo muy frecuentes los casos registrados en la historia jurídica que deudas puramente civiles eran saldadas no sólo con la privación de la libertad del deudor, sino aún con la muerte del mismo. El carácter civil de una deuda, es decir, del aspecto pasivo de una obligación, se debe fijar a posterior en cada caso concreto de que se trate, atendiendo, sin embargo, al criterio general de que su origen o procedencia no se atribuya a un hecho no tipificado como delictivo. De la garantía de seguridad que tratamos, el gobernado deriva directamente un derecho subjetivo público, consistente en la facultad de oponerse jurídicamente a cualquiera autoridad estatal que pretenda privarlo de su libertad a virtud de una deuda civil contraída a favor de otro sujeto. La obligación que se establece para el Estado y sus autoridades, emanada también de dicha garantía, estriba en la abstención que éstos contraen en el sentido de no privar al titular del derecho subjetivo correlativo (gobernado) de su libertad por una deuda que no provenga de un hecho calificado expresamente por la ley como delictivo.²⁷

Contrario al criterio que antecede, el maestro Jorge Alberto Mancilla Ovando expresa: "considero que es errónea esta interpretación del distinguido jurista, pues la voluntad expresa del constituyente, fue prohibir que se legislara imponiéndole a las deudas de carácter civil la calidad de delito, situación muy distinta a la que interpreta el Dr. Burgoa, quien pretende igualar el principio clásico punitivo a la legislación civil. Lo dispuesto por el artículo de la Ley Fundamental que se estudia constituye una restricción a la esfera de competencia del Poder Legislativo Federal y Estatal, impidiendo toda actividad a este poder público y negándole las facultades para ejercer su atribución de dictar leyes. La garantía de los gobernados se establece de tal forma, que deja al derecho civil el examen de las deudas que puedan originarse en esta materia, y su sanción será en

²⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Págs. Op. Cit. Págs. 628-629.



cumplimiento de la obligación, mismo que será potestad del juzgador, examinarla, declararla y al través de su imperio, hacerla efectiva."²⁸

7. DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 288 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para estudiar en su esencia el delito materia de esta investigación es preciso conocer las consideraciones de hecho y de derecho que los legisladores contemplaron para la creación de la figura delictiva de Ejercicio Indebido del Propio Derecho y resulta importante también conocer las reformas que hasta el día de hoy ha sufrido dicho precepto legal.

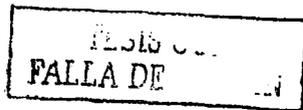
7.1 PROCESO LEGISLATIVO

El 13 de Enero de 1984 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el cual se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código Penal de 1931; creándose, entre otros, en el Título relativo a los "Delitos contra la Administración de Justicia", en el artículo 226, el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, disponiéndose en el mismo que "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida".²⁹

En la 'Iniciativa' se estableció que "en diversos foros se ha planteado la necesidad, que el Proyecto recoge, de sancionar a quien, siendo titular de un derecho u ostentándose como tal, lo ejerce con violencia, esto es, sin atenerse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión, y con ello se procura impedir la autojusticia, proscrita en el artículo 17 constitucional. Con este delito no

²⁸ LARA ESPINOZA, Saúl. Op. Cit. Pág. 227.

²⁹ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Decreto mediante el cual se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal. 13 de Septiembre de 1984. Pág. 04.



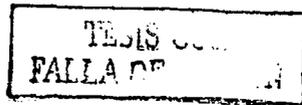
se trata de discutir el derecho que posee o pretende el sujeto activo, sino sólo de sancionar la ilegítima forma de ejercitarlo".³⁰

Así pues, de los dictámenes a discusión del Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931 se estableció lo siguiente:

"La Comisión de Justicia estudió y discutió tanto la minuta de referencia, como la iniciativa del Ejecutivo que le dio origen y consideró pertinente recomendar a vuestra soberanía su aprobación ... en los siguientes rubros: ... 'ejercicio indebido del propio derecho', ... La honorable Cámara de Senadores a través de las Comisiones Unidas Segunda de Justicia, Segunda del Departamento del Distrito y Segunda Sección de Estudios Legislativos, estudió y dictaminó la iniciativa adicionándola con modificaciones derivadas de la deliberación y con la introducción de otros puntos de vista tanto técnicos, como de iniciativas de los propios senadores y de demandas populares.

Tanto la iniciativa como la minuta coinciden en el propósito de modificar la legislación penal incorporando normas que correspondan a las necesidades del presente y a la evolución de las ideas y de los requerimientos en este ámbito, para mejorar sustancialmente la administración de la justicia penal ... La Comisión de Justicia está consciente que la reforma que se estudia es parte importante de un conjunto de adecuaciones legislativas promovidas por el Ejecutivo Federal, con el propósito fundamental de conseguir una mejor procuración, administración e impartición de justicia, que corresponsabilice a las autoridades que tienen a su cargo dicha importante función, así como a todos y cada uno de los ciudadanos de la República.

³⁰ LA REFORMA JURÍDICA DE 1983 EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, Edil. PGR, México, 1984, Pág. 246.



Por lo anterior la Comisión de Justicia concluye que procede a recomendar a vuestra soberanía la aprobación, en sus términos de la minuta que contiene el Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal".³¹

7.2 REFORMA DE 1991

La primera reforma que sufrió el artículo 226 del Código Penal del Distrito Federal es la de fecha 30 de Diciembre de 1991, que a la letra reza:

"ARTÍCULO 226.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."³²

Esta primera reforma al numeral 226 del Código Penal para el Distrito Federal, fue aprobada por el Congreso de la Unión en sesión de fecha 12 de Diciembre de 1991, y mediante ésta, dicha disposición sufrió un cambio trascendental, siendo éste el siguiente:

"... se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa..."; con esta reforma al texto del artículo el legislador estableció al lado de la pena privativa de libertad la de sanción pecuniaria para que el Juez pueda escoger alternativamente entre ellas, por no considerarse esta conducta ilícita como grave. Con lo anterior el legislador buscó alcanzar los fines a que está obligado el Estado en materia de readaptación.

³¹ DIARIO DE DEBATES. Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. Cámara de Diputados. Año II Tomo II, Núm. 45, 29 de Diciembre de 1983, Pág. 11.

³² DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Decreto mediante el cual se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 30 de Diciembre de 1991. Pág. 03.

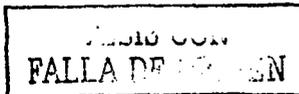
Así pues, del dictamen relativo al Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, del Código de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se estableció lo siguiente:

"En nuestra Carta Magna se consagran postulados políticos fundamentales. Dentro de ellos se significa la seguridad jurídica para el presunto responsable de ilícitos penales, así como la organización del sistema penal 'sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente.'

Revisar y actualizar las disposiciones en materia de procuración y administración de justicia son modificaciones encaminadas a una mejor rehabilitación de quien ha delinquido. Los cambios y transformaciones de nuestra sociedad nos comprometen seriamente a realizar adecuaciones a la legislación penal orientadas a considerar medidas alternativas a la pena privativa de la libertad.

En 1990 se aprobaron diversas reformas que permitieron obtener beneficios adicionales a los procesados y con este antecedente se considera adecuado precisar las penalidades, así como el mejoramiento sustancial en el respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales en todo proceso penal.

Proponemos de esta manera, otorgar atribuciones al juzgador para la aplicación de penas alternativas, ya que como lo dice bien la iniciativa 'la privación de la libertad, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables'...



de la libertad, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables'...

De conformidad con una de las propuestas fundamentales de la iniciativa que nos ocupa y con objeto de establecer la posibilidad de que el juez imponga alternativamente la pena privativa de libertad o la de sanción pecuniaria cuando ello no sea contrario a los fines de la justicia, prevención general y prevención especial en la iniciativa de referencia, se propone señalar específicamente el carácter alternativo de las sanciones para los siguientes delitos: ... ejercicio indebido del propio derecho, Como se pudo apreciar, se trata de delitos considerados como conductas relativamente menos graves, que hizo necesario ampliar la esfera de actuación y valoración del caso concreto que debe hacer el juzgador para la imposición de la pena que considere conveniente, mediante la aplicación de los criterios que los artículos 51 reformado y 52 del Código Penal señalan como normas genéricas"³³

7.3. ABROGACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1931.

Con fecha 03 de julio del año 2002 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal decretó el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, cuya publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal fue con fecha 16 de julio del 2002, quedando abrogado el anterior de 1931, tal como se establece en el quinto transitorio del citado Decreto, el cual a la letra reza que "Se abroga el Código Penal de 1931, así como sus reformas y demás leyes que se opongan al presente ordenamiento".³⁴

³³ DIARIO DE DEBATES. Dictamen relativo al proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 12 de Diciembre de 1991.

³⁴ GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL. Decreto de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, 16 de Julio de 2002. Número 96, XII época. Pág. 01.



Con el anterior Decreto el delito materia de estudio sufrió dos modificaciones: la primera respecto al número de artículo en que se encuentra consagrado, ya que en el Código Penal de 1931 el delito objeto de estudio estaba contemplado con el numeral 226, pero en el nuevo Código Penal se encuentra contenido en el numeral 288; y la segunda modificación respecto a su clasificación, pues estaba contemplado dentro de los delitos cometidos contra la Administración de Justicia, y ahora lo encontramos dentro del Título Décimo Noveno que son los Delitos contra el Servicio Público cometido por particulares .

TRIBUNAL
FALLA DE

CAPÍTULO II. GENERALIDADES

Para arribar al tema central de esta investigación resulta necesario precisar qué es el Derecho Penal, cuál es el concepto gramatical y jurídico del delito, qué es el tipo penal, establecer el tipo penal del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, los elementos del mismo, así como señalar la clasificación de dicho delito, lo anterior tomando en consideración la ley y los diversos criterios que se manejan en la vida jurídica.

1. CONCEPTO DE DERECHO PENAL.

La gestación del concepto Derecho Penal tuvo lugar en los comienzos del siglo XIX, al producirse el cambio terminológico de "Derecho Criminal" por el de "Derecho Penal", pues se desprende del concepto "Derecho Criminal" algo previo al de "Derecho Penal" al hacerse referencia al ilícito y a la culpabilidad, mismos que son anteriores a la ley, mientras que el término "Derecho Penal" atañe a la ley, a la conducta del sujeto calificada como delito y a la función represiva por parte de los órganos del Estado.

El Derecho Penal comparte con las demás ramas del Derecho la importante labor de mantener un orden de naturaleza jurídica. Sin embargo la función especial del Derecho Penal deriva de la potestad represiva que corre a cargo de los órganos del Estado en razón de existir bienes y valores que la sociedad considera necesario preservar, por lo que podemos concluir que la finalidad del Derecho Penal es justamente la protección de estos bienes y valores, ya que sin esta regulación reinaría el caos.

Muchos autores han definido al Derecho Penal, dentro de las más importantes definiciones consideramos las siguientes:

Maurach lo define como "aquél conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, cual es el delito."³⁵

Para Orellana Derecho Penal es "el conjunto de normas de derecho público que estudia los delitos, las penas y medidas de seguridad aplicables a quienes realicen las conductas previstas como delitos, con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos."³⁶

Para Pavón Vasconcelos el Derecho Penal es "el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público Interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social."³⁷

Por su parte Sebastián Soler señala que Derecho Penal "es la parte del derecho que se refiere al delito y a las consecuencias que éste acarrea, ello es, generalmente a la pena."³⁸

Celestino Porte Petit considera que el Derecho penal es "el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones bajo la amenaza de una sanción."³⁹

Ignacio Villalobos dice que Derecho Penal "es la rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro."⁴⁰

³⁵ MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Edit. Anel. Barcelona. 1981. Págs. 46.

³⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. México. 1999. Pág. 51.

³⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 73.

³⁸ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Edit. Depalma. Argentina, 1989. Pág. 21.

³⁹ PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México. 1990. Pág. 36.

⁴⁰ VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit.. Pág. 76.

2. CONCEPTO DE DELITO.

a) CONCEPTO GRAMATICAL DE DELITO. La palabra delito, siguiendo a Castellanos Tena, "deriva del verbo latino *delinquere*, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley".⁴¹

Etimológicamente, según Cabanellas, "el vocablo delito proviene de la similar latina '*delictum*', expresión calificadora de un hecho antijurídico y doloso sancionado por una pena".⁴²

El "delictum" se impuso dentro del vocabulario jurídico del Derecho Romano, como la acción que infringe la obligación ética asumida por la ley del Estado. El significado corriente era el de resbalar, tropezar, cometer una falta; el derecho lo eligió para designar la acción delictual, y su empleo en el lugar del crimen fue oportuno, porque no tenía una directa referencia al aspecto ético, y así se prestaba para el uso neutral que hace la ciencia jurídica.

Actualmente, algunas ramas del conocimiento humano han tratado de conceptualizar al delito. De esta manera, la filosofía lo estima como la violación de un deber necesario, para el mantenimiento del orden social, cuyo cumplimiento encuentra garantía en la sanción penal.

La sociología lo describe como un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos, identificándolo como la acción antisocial y dañosa.

El delito es en términos generales, el quebrantamiento de una ley imperativa. El proceder o la abstención que lleva aparejada una pena. Más

⁴¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México. Pág. 125.

⁴² CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Edit. Heliasta. Argentina. Pág. 352.



técnicamente, es el cumplimiento del presupuesto contenido en la ley penal, que el delincuente, el autor o partícipe responsable de él, no viola, sino que observa.

Concluyo señalando que el delito, es la actividad humana, acción u omisión, intencional o culposa, que causa o intenta causar un daño a intereses legalmente protegidos y que generalmente acarrea sanciones de diversa índole, personales o económicas, previstas por la ley penal.

b) CONCEPTO JURÍDICO DE DELITO. El delito, a través del tiempo, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra sus fundamentos en las relaciones necesarias que surgen entre el derecho humano contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

De esta manera, la Escuela Clásica a través de Francisco Carrara, define al delito como "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".⁴³

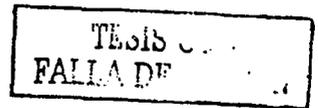
La Escuela Sociológica o Positiva estructuró una noción de delito natural, al definirlo su principal exponente Rafael Garófalo como "la violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".⁴⁴

Sin embargo, el maestro Ignacio Villalobos considera que "de haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir al delito como hecho natural, que no lo es, sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los catálogos legales".⁴⁵

⁴³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 164.

⁴⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 126.

⁴⁵ VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. Págs 199-200.



Partiendo del punto de vista jurídico, se han elaborado definiciones de tipo formal y de carácter sustancial.

La noción formal del delito caracteriza a éste porque siempre existe la amenaza de sanción a ciertos actos u omisiones. Las nociones formales no penetran en la verdadera naturaleza del mismo, por no hacer referencia a su contenido.

Por lo que toca a nuestro actual Código Penal, no define al delito, sino que únicamente se limita a expresar que:

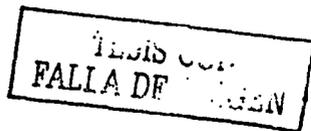
"Artículo 15.- El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión."⁴⁶

El concepto sustancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico penal. Dos son los sistemas principales para realizar el estudio jurídico-esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico.

El primer sistema considera al delito como un todo orgánico, el cual puede presentar aspectos diversos, pero no es en algún modo fraccionable, su esencia radica en el todo y en su intrínseca unidad.

La concepción analítica o atomizadora estudia el delito desintegrándolo en sus propios elementos, considerándolos en su conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón de la unidad del delito; surgiendo de esta forma las concepciones biatómicas, tritómicas, tetratómicas, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etcétera.

⁴⁶ Código Penal para el Distrito Federal. Edit. ISEF México. 2003. Pág. 03



Algunas definiciones formales de delito son las siguientes:

Antolisei Francesco.- Es delito aquel comportamiento humano que, a juicio del legislador, contrasta con los fines del Estado y exige una pena criminal como sanción.

Alimena.- Una vez escrita la ley, es delito todo hecho prohibido, bajo amenaza de una pena.

Brusa.- Es delito una acción u omisión moralmente imputable al hombre, con la que infringe el derecho, garantizado con pena por la ley jurídica promulgada para la seguridad general de los ciudadanos.

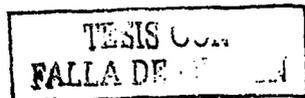
Carmignani.- Es delito la infracción de las leyes del Estado protectoras de la seguridad privada y pública, mediante un hecho humano cometido con intención directa y perfecta.

Carnelutti.- Bajo el perfil jurídico, es un hecho que se castiga con la pena mediante el proceso.

Durkheim.- Es un acto que ofende ciertos sentimientos colectivos, dotados de una energía y una previsión particulares.

Ferri.- Son delitos las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo en un momento determinado.

Feurbach.- Es delito la sanción contraria al derecho de otro conminada por una ley penal.



Grispigni.- Es delito aquella conducta que hace imposible o pone en grave peligro la convivencia y la cooperación de los individuos que constituyen la sociedad: conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal.

Jhering.- Es delito el riesgo de las condiciones vitales o de la sociedad que, comprobado por parte de la legislación, solamente puede prevenirse por medio de la pena.

Impallomeni.- El delito es un acto prohibido por la ley con la amenaza de una pena, para la seguridad del orden social constituido por el Estado.

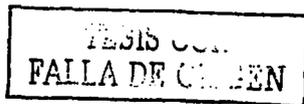
Maggiore.- Delito (reato) (aparte de delito natural) es toda acción que el legislador, en un momento histórico dado, considera dañosa para el orden constituido y por tanto merecedora de aquella grave sanción que es la pena.

Manzini.- El delito (reato) considerado en su noción formal (concepto), es el hecho individual con que se viola un precepto jurídico provisto de aquella sanción específica de corrección indirecta que es la pena en sentido propio.

Mendelshon.- La infracción es el hecho biológico, psicológico, social o mixto, proveniente de la relación antagonista de la pareja penal (infractor-víctima), sancionado por las leyes represivas.

Mouton.- Violación de aquella parte de seguridad y de fe pública que en una sociedad civilizada dispensa al hombre de la eterna vigilancia y de la defensa continua a que se vería obligado si fuera salvaje.

Ortolán.- Es toda acción o inacción exterior que vulnera la justicia absoluta cuya represión importa para la concepción o el bienestar social, que ha sido de antemano definida y al ley le ha impuesto pena.



Ramos.- El delito es la violación de la norma que da origen a la ley penal, norma que recoge los elementos constitutivos de medida media del sentimiento colectivo.

Ritcher.- Una lesión de los derechos ajenos que resulta de la leve voluntad y mal intención.

Ranieri.- Delito es el hecho humano previsto de modo típico por una norma jurídica sancionada con pena en sentido estricto (pena criminal) lesivo o peligroso para los bienes o intereses considerados merecedores de la más enérgica tutela y expresión reprochable de la personalidad del agente, tal cual es en el momento de su comisión.

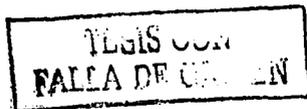
Rossi.- Para nosotros el elemento esencial del delito es el quebrantamiento de un deber.

Rousseau.- Todo malhechor ataca el derecho social, se hace por sus malas acciones traidor a la patria y deja de ser miembro de ella violando sus leyes y aún haciéndole la guerra.

Roux.- La manifestación de voluntad obrando contra el Derecho.

Saldaña.- Delito es el ataque al régimen social en sus instituciones fundamentales.

Stoppato.- Una agresión intencional y voluntaria que impide o turba la afectación de los fines naturales y sociales del hombre.



Son conceptos substanciales del delito:

Beling.- Delito es toda acción típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal, adecuada a la culpabilidad y que llene las condiciones legales de punibilidad.

Cuello Calón.- La acción humana antijurídica, típica, culpable y punible.

Díaz de León.- Delito es la acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Jiménez de Asúa.- El delito como el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se halla conminado con una sanción penal.

Florián.- Un hecho culpable, del hombre, contrario a la ley, conminado por la amenaza penal.

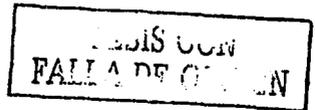
Liszt.- El delito es un acto culpable, contrario al derecho y sancionado con una pena.

Mayer.- El delito es un acontecimiento típico, antijurídico e imputable.

Mezger.- Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable.

Soler.- Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta.

Por otro lado, en el Derecho Positivo Mexicano el concepto del delito, también se ha modificado, ya que primeramente, en el Código Penal de 1871 se estableció que "delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" (artículo 4).



De donde se pueden apreciar como vicios:

- a) El delito no es la infracción de la ley penal, sino de los principios que forman esa ley; y no es esa ley la que el delincuente viola, sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella.
- b) El término voluntario, no se puede entender intencional en este caso, sino en el sentido de consciente y libre.

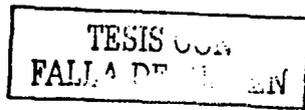
Posteriormente, el Código Penal de 1929, estableció que "el delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal" (artículo 11).

Después en el Código Penal expedido en 1931, con observancia en el Distrito Federal, se precisaba en el artículo 7o.: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales".

El concepto anterior puede entenderse como la conducta, que se configura por el acto o la omisión, y que constituye delito al ser reprobada o rechazada mediante la amenaza de una pena, a través de las leyes penales.

Sin embargo, consideramos que no reporta ninguna utilidad la definición de delito, toda vez que si en la parte especial del Código Penal se reglamentan conductas o hechos constitutivos de delito, carece de sentido establecer el concepto de éste en la parte general del mismo ordenamiento. Por otra parte, estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria, y no por ello pierden su carácter delictuoso. Cabe también considerar que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hallan sancionadas por la ley con pena, sin ser delitos.

Finalmente el Código Penal vigente, precisa en su numeral número 29 que "El delito sólo puede ser realizado por acción o por omisión". Por lo que



aquí observamos que el legislador corrigió el error que mencionábamos anteriormente y se limitó a expresar que el delito únicamente puede realizarse mediante una conducta que puede consistir en un hacer o en no hacer.

En la Jurisprudencia también se ha delimitado la noción jurídica del delito:

"No puede haber delito sin que concurran el elemento objetivo con el subjetivo, o sea la intención de ejecutar el acto sancionado por la ley, la voluntad consciente, libre de toda coacción, de infringir la ley penal (A.J., t.V, pág.344). El delito consiste en un acto antisocial y antijurídico, que es una negación del derecho y está sancionado con una pena y causa una perturbación social (A.J., t.II, pág. 695). El artículo 19 Constitucional, al hablar de que en todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión, se refiere a los hechos tipificados en la ley penal como delictuosos por infracción de la norma, y no a la denominación que les da el Código Penal (A.J., T.XX, Pág.100)."⁴⁷

3.- CONCEPTO DE TIPO PENAL.

Tanto en la praxis como desde una perspectiva dogmática el tipo penal desempeña una importante labor y una posición central en la figura delictiva, por lo que a continuación realizaremos algunos comentarios y proporcionaremos algunos conceptos del mismo.

Para Eduardo López Betancourt el tipo penal es "la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada, en una ley. Se ha considerado al tipo penal, como un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva".⁴⁸

⁴⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Código Penal Anotado. Edit. Porrúa. México, 1989. Pág. 35.

⁴⁸ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. Edit. Porrúa. México, 1999.

Para Mezger "el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal."⁴⁹

Jiménez de Asúa lo define como "la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"⁵⁰

Para Ignacio Villalobos, el tipo es "la descripción del acto o del hecho injusto o antisocial (previamente valorado como tal), en su aspecto objetivo y externo."⁵¹

Por otro lado Jiménez Huerta concibe el tipo como "el injusto recogido y descrito en la ley penal."⁵²

Para Pavón Vasconcelos el tipo legal es "la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma un resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal."⁵³

Debemos distinguir entre tipicidad y tipo, pues la primera se refiere a que debe haber una adecuación de la conducta al tipo legal, mientras que el tipo es la descripción o hipótesis creada por el legislador respecto de una conducta ilícita y establecido en la ley. Podemos pues, considerar que el tipo es la descripción legal de una conducta considerada como delictiva, mismo que constituye un presupuesto del delito, mientras que la atipicidad es un elemento del delito.

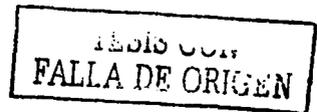
⁴⁹ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal. Vol. I Parte General. Tijuana, B.C. Cárdenas Editores. Pág. 32.

⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios del Derecho Penal. La ley y el Delito. Edit. Sudamericana, Buenos Aires. 1990. Pág. 211.

⁵¹ Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 225.

⁵² JIMÉNEZ HUERTA, Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. Edit. Porrúa. México, 1985. Pág. 115.

⁵³ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 302.



En este punto no entraremos al estudio detallado de la tipicidad en virtud de que el mismo se realizará en un apartado del siguiente capítulo.

4. TIPO PENAL DEL EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.

El tipo penal del Delito de Ejercicio Indebido del Propio derecho se encuentra descrito en el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual a la letra reza:

***ARTÍCULO 288.-** Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida⁵⁴

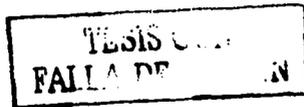
5. CLASIFICACIÓN DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO.

Dentro del estudio del delito y con el objetivo de realizar una más fácil comprensión del mismo, diversos autores han considerado necesario otorgarle una clasificación. Se han presentado diferentes clasificaciones del delito, por algunos tratadistas. Enseguida se señalarán sólo algunas de las más importantes.

Clasificación del delito según Jiménez De Asúa. "Se clasifica al delito de la siguiente manera:

- 1.- Según la conducta del sujeto.
 - a) Acción.
 - b) Omisión.
- 2.- Por el resultado.
 - a) Formales.

⁵⁴ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 73.

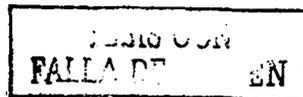


- b) Materiales.
- 3.- Por el daño que causan.
 - a) Lesión.
 - b) Peligro.
- 4.- Calificados por el elemento interno.
 - a) Preterintencionales.
 - b) De dolo.
 - c) De culpa.
- 5.- En cuanto a la participación de los sujetos.
 - a) Un solo agente.
 - b) Codelincuencia.
 - c) Multitudinarios.
- 6.- En cuanto a su duración.
 - a) Delito instantáneo.
 - b) Delito permanente o continuo.
 - c) Delito que crea un estado.
- 7.- Por su estructura.
 - a) Complejo.
 - b) Colectivo." ⁵⁵

Clasificación del delito según Cuello Calón. De acuerdo con este autor "los delitos pueden clasificarse como sigue:

- 1.- Por su gravedad.
 - a) Clasificación Tripartita. Se dividen en crímenes, delitos y contravenciones.
 - b) Clasificación Bipartita. Se dividen en delitos y contravenciones.
- 2.- De lesión y peligro.
- 3.- Instantáneos y permanentes.
- 4.- Formales y materiales.

⁵⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Op. Cit. 215,216, 365.



- 5.- Simples y complejos.
- 6.- De acción y de omisión.
- 7.-Perseguidos de oficio y a instancia de parte.
- 8.- Comunes y políticos.⁵⁶

Para el objeto del presente trabajo la clasificación que me parece más acertada es la de López Betancourt, misma que se cita a continuación:

5.1 POR SU GRAVEDAD.

Con base en lo expresado por López Betancourt "el delito se clasifica de acuerdo con una Teoría Bipartita en:

- a) Delitos.
- b) Faltas.

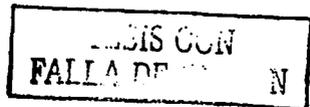
Los delitos son los sancionados por la autoridad judicial, mientras que las faltas son las sancionadas por la autoridad administrativa. Con fundamento en lo anterior, el Ejercicio Indebido del Propio Derecho, es un delito, desde el punto de vista de la clasificación tripartita, en virtud de que la imposición de la sanción corresponderá a la autoridad judicial y no así a la autoridad administrativa.

5.2 POR LA CONDUCTA DEL AGENTE.

Siguiendo a López Betancourt por la conducta del agente el delito se clasifica:

- 1.- Acción. Son aquellos en los cuales se requiere de el movimiento del sujeto para cometer el ilícito.
- 2.- Omisión. Son aquellos que requieren la inactividad del sujeto, es decir, que deje de hacer lo que está obligado.

⁵⁶ CUELLO CALON, Eugenio. Op. Cit. Pág. 95.



a) Omisión Simple. La simple inactividad origina la comisión del delito independientemente del resultado; se viola una ley preceptiva.

b) Comisión por Omisión. Necesariamente, como consecuencia debe haber un resultado, entonces se castigará esa omisión, se viola una ley prohibitiva.

Podemos concluir que el delito materia de investigación es un delito de acción, debido a lo que se desprende de la misma redacción del tipo, el cual establece que el delito consiste en el hecho de emplear violencia para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar.

5.3 POR SU RESULTADO.

Se clasifican en:

a) Formales. Aquellos que para materializarse no requieren de ningún resultado en el mundo exterior, esto es, de ninguna materialización.

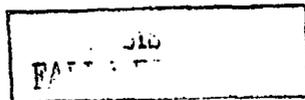
b) Materiales. Requieren de un resultado, de un hecho cierto, un cambio en el mundo exterior.

De lo anterior se concluye que el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho es un delito de resultado formal y material. De resultado formal pues el titular de un derecho o pretendido derecho al realizarse justicia de propia mano causa un menoscabo al servicio público que tiene a su cargo la administración de justicia y no causa ninguna modificación en el mundo exterior; pero si el titular del pretendido derecho al ejercerlo causa por ejemplo la muerte del otro sujeto, estaríamos frente a un delito de resultado material, aunque en este supuesto surgen una serie de contrariedades que se analizarán más adelante.

5.4 POR EL DAÑO QUE CAUSAN.

a) De lesión. Causan una disminución del bien jurídicamente tutelado.

b) De peligro. Sólo ponen en riesgo el bien jurídicamente tutelado.



El delito materia de estudio es un delito de lesión por causar un menoscabo en el servicio público, lo anterior en virtud del empleo de violencia para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho, pues todo sujeto debe de hacer valer sus pretensiones por los cauces o vías legales que el Derecho reconoce y rechazar por todos los medios la justicia de propia mano.

5.5 POR LA DURACIÓN.

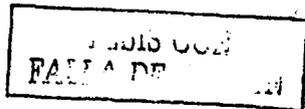
- a) Instantáneos. Cuando se consuman en un solo movimiento y en ese momento se perfeccionan.
- b) Permanentes. Cuando su efecto negativo se prolonga al través del tiempo.
- c) Continuados. Cuando siendo acciones dañosas diversas, producen una lesión jurídica; varios actos y una sola lesión.

Es instantáneo el Ejercicio Indebido del Propio Derecho, porque en el mismo momento de su ejecución se consume, se efectúa mediante una acción única.

5.6 POR EL ELEMENTO INTERNO.

- a) Culposos. Cuando el agente no tiene la intención de delinquir, pero actúa con imprudencia, negligencia, descuido o torpeza.
- b) Doloso. Cuando existe la plena y absoluta intención del agente para cometer su delito.
- c) Preterintencional. El resultado va más allá de la intención del sujeto. Eliminados del Código Penal en la reforma del 10 de enero de 1994.

Es doloso el delito en estudio, en relación a que para la consumación del mismo, el agente tiene plena voluntad de realizarlo, está consciente y desea la producción del hecho delictuoso, pues el titular del derecho o pretendido derecho



que deba ejercitar está consciente del uso de violencia para hacer efectivo tal derecho.

5.7 POR EL NÚMERO DE ACTOS.

- a) Unisubsistentes. Cuando es suficiente un solo acto para cometer un delito.
- b) Plurisubsistentes. Necesariamente requieren la concurrencia de dos o más actos en la realización del ilícito.

Es unisubsistente, porque se comete en un solo acto, no existen más, se configura con la realización de un solo acto, no se puede fraccionar en varios hechos, el agente lleva a cabo su propósito ilícito con la ejecución de un único acto.

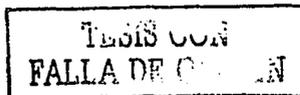
5.8 POR EL NÚMERO DE SUJETOS.

- a) Unisubjetivos. Cuando el tipo se colma con la participación de un solo sujeto.
- b) Plurisubjetivos. Cuando el tipo penal requiere de dos o más sujetos.

El Ejercicio Indebido del propio Derecho es unisubjetivo, ya que para la tipificación de la conducta, únicamente se requiere la participación de un solo sujeto, no se necesitan más individuos para su consumación.

5.9 POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN.

- a) De oficio. Son los delitos en los que no es necesaria la denuncia del agraviado, sino que cualquier persona la puede efectuar, y el Ministerio Público tiene la obligación de perseguir el delito.
- b) De querrela. También conocidos como de petición de parte ofendida; se piensa que es un reminiscencia de la "venganza privada", en la que la gente se hacía



justicia por su propia mano. De esta forma el agredido, a través de la querrela ejercita , si quiere, una acción en contra de su agresor.

Con base en lo anterior, el Ejercicio Indebido del Propio Derecho es un delito que se persigue por querrela de parte, por así desprenderse de la redacción misma del numeral 288 del Código Penal, misma que expresa que sólo se procederá por querrela de la parte ofendida.

5.10 POR SU MATERIA.

- a) Comunes. Son los delitos que se aplican en una determinada circunscripción territorial, en un estado de la República Mexicana, por ejemplo.
- b) Federales. Son los delitos que tienen validez en toda la República Mexicana y de los cuales conocerán únicamente los jueces federales.
- c) Militares. En esta división nos referimos al fuero militar, el cual es sólo aplicable en los órganos militares, es decir a todos sus miembros, pero nunca a un civil.

Con base en lo anterior podemos concluir que el delito materia de investigación es un delito común, lo anterior en virtud de encontrarse contenido en el numeral 288 del nuevo Código Penal del Distrito Federal y porque tiene aplicación en dicha circunscripción territorial.

5.11 CLASIFICACIÓN LEGAL.

Esta clasificación es la que aparece en la ley, por eso es legal; aquí, los delitos se clasifican tomando en cuenta el bien jurídicamente tutelado.

En el Código Penal expedido en 1931, el delito que nos ocupa se encontraba clasificado dentro de los "Delitos cometidos contra la administración de justicia", pero actualmente en el Código Penal vigente, su clasificación desde el

punto de vista legal es, dentro de los Delitos contra el servicio público cometidos por particulares."⁵⁷

⁵⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit. Pág. 80.

**CLASIFICACIÓN DEL DELITO
EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO
(ARTÍCULO 288 DEL NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL)**

CLASIFICACIÓN	POR SU MATERIA	Común Federal Militar	
	POR SU GRAVEDAD	Delito. Falta.	
	SEGÚN LA CONDUCTA DEL AGENTE	Acción. Omisión	Omisión simple. Comisión por omisión.
	POR EL RESULTADO	Formal. Material.	
	POR EL DAÑO QUE CAUSA	De lesión. De peligro.	
	POR SU DURACIÓN	Instantáneo. Continuado. Permanente.	
	POR ELEMENTO INTERNO	Doloso. Culposo. Preterintencional. (eliminados del Código Penal con la reforma del 10 de enero de 1994).	
	POR NÚMERO DE ACTOS	Unisubsistente. Plurisubsistente.	
	POR NÚMERO DE SUJETOS	Unisubjetivo. Plurisubjetivo.	
	POR SU FORMA DE PERSECUCIÓN	De oficio. De querrela.	
	CLASIFICACIÓN LEGAL.	Delitos contra el Servicio público cometidos por particulares.	

REGIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO III

ANÁLISIS DOGMÁTICO

En el presente capítulo se realizarán algunas consideraciones sobre la Teoría General del Delito y un análisis jurídico dogmático del fenómeno jurídico materia de investigación.

1.-ELEMENTOS DEL DELITO

1.1 CONDUCTA

Todo delito está integrado por una conducta, la cual, algunos estudiosos llaman también acción, hecho, acto o actividad. Su descripción típica está dada por un hacer o no hacer; o bien, por un resultado material.

De acuerdo con López Betancourt, puede entenderse por conducta, "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito."⁵⁸

Para Amuchategui Requena la conducta "es un comportamiento voluntario activo (acción o hacer positivo) o negativo (inactividad o no hacer) que produce un resultado."⁵⁹

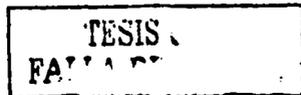
FORMAS DE CONDUCTA. Quedan comprendidas la acción (hacer) y la omisión (no hacer).

ACCION. La acción según Antolisei es "un movimiento del cuerpo del sujeto".⁶⁰

⁵⁸ Ibidem. Pág. 83.

⁵⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. Edit. Porrúa, México, 1993. Pág.49.

⁶⁰ ANTOLISEI, Francesco. Delitos relacionados con quiebras y Sociedades. Vers. Franco Bruno. Edit. Temis. 19674. Pág. 299.



En sentido amplio, señala López Betancourt, la acción debe entenderse como "la conducta exterior voluntaria (hacer activo u omisión) encaminada a la producción de un resultado, ya consista éste en una modificación del mundo exterior o en el peligro de que éste llegue a producirse".⁶¹

De lo cual se deduce que de la exteriorización de un acto de voluntad, mediante un hacer o un no hacer, se producirá un resultado en el mundo exterior o el peligro creado con dicha conducta.

Por otra parte Cuello Calón manifiesta que la acción en sentido estricto consiste en "un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca. La acción (como hacer activo) exige además de voluntad en el agente, una actividad corporal."⁶²

Diversos autores consideran que el delito es un acto y no un hecho, en virtud de que este último es todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza, mientras que el acto supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

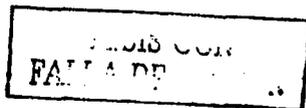
Así pues, consideramos como elementos de la acción:

- a) La voluntad o el querer.
- b) La actividad.
- c) Resultado.
- d) Nexo de causalidad.

La **voluntad** constituye el elemento subjetivo de la acción, es el querer o la intención que tiene el sujeto activo de cometer un delito. Maggiore

⁶¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit. Pág. 85.

⁶² CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit., Pág. 286.



refiere que la voluntad "es la libre determinación del espíritu (autodeterminación)".⁶³

La voluntad, manifiesta López Betancourt, es "la facultad que tienen únicamente los seres racionales de gobernar libre y concientemente sus actos externos e internos."⁶⁴

La voluntad se refiere a que el sujeto activo quiere y desea la acción, por lo que al realizar la actividad, da lugar al tipo delictivo.

La **actividad** o movimiento corporal es un elemento externo, que consiste en un "hacer", es la actividad humana, la interna decisión que el agente realiza al exterior.

Para López Betancourt el movimiento corporal consiste "en el cambio de posición del cuerpo o parte de él que realiza el sujeto, sin olvidar que se necesita la existencia de la opción psíquico voluntad y del elemento material movimiento, para que la conducta se configure en forma positiva, es decir, conducta de acción."⁶⁵

El **resultado** "es la consecuencia de la conducta, el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal."⁶⁶

Es decir, el resultado es la configuración de un tipo delictivo previsto y sancionado en la legislación penal.

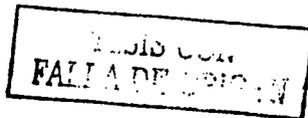
Maggiore define al resultado como "la consecuencia de la acción, que la ley considera decisiva para la realización del delito, o lo que es lo mismo, la realización del tipo de delito fijado por la ley. El resultado es el efecto voluntario en

⁶³ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo I. Edit. Temis. Bogotá. 1989. Pág. 309.

⁶⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit. Pág. 91.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op.Cit. Pág. 50.



el mundo exterior, o más precisamente, la modificación del mundo exterior como efecto de la actividad delictuosa.⁶⁷

Por lo tanto, la modificación del mundo exterior o el peligro de su producción constituyen el resultado de la acción.

El nexa de causalidad "es el ligamen o nexa que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexa es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual éste último no puede atribuirse a la causa."

Principales teorías acerca del nexa causal. Existen diversas teorías respecto a la causalidad de la conducta y el resultado, las cuales son:

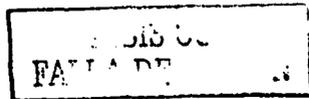
- a) Teoría de la equivalencia de las condiciones.
- b) Teoría de la última condición.
- c) Teoría de la condición más eficaz.
- d) Teoría de la adecuación.

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones. Esta teoría fue creada por V. Buri, y puede resumirse diciendo que por causa entiende la suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como todas las condiciones son equivalentes entre sí, por tener el mismo valor causal, cada una de ellas, a su vez, debe considerarse como causa del resultado.

b) Teoría de la última condición. (Ortmann). Para esta teoría, del conjunto de condiciones concurrentes a la producción del resultado, sólo tiene carácter de causa la última de ellas, es decir, la más próxima al resultado.

c) Teoría de la condición más eficaz. (Birkmeyer). Esta teoría, apoyada en un criterio cuantitativo, pretende que tendría valor causal aquella

⁶⁷ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. Pág.94.



condición que, en el conflicto entre fuerzas antagónicas, desplegara eficacia preponderante.

d) Teoría de la adecuación. (V. Bar). Conforme a esta teoría es causa en la producción del resultado no toda condición sino aquella apropiada para producirlo.

La **omisión simple** consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico, dando lugar a "un tipo de mandamiento" o "imposición".

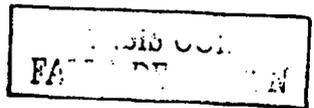
Como elementos de la omisión podemos señalar:

- a) voluntad o no voluntad (culpa),
- b) Inactividad o no hacer.
- c) Deber jurídico de obrar, y
- d) Resultado típico.

La primera consiste en querer no realizar la acción esperada y exigida, es decir, querer la inactividad, o bien en no quererla (culpa).

La segunda es una abstención o inactividad voluntaria o involuntaria (culpa), violando una norma preceptiva, imperativa; no se hace lo que debe hacerse.

El deber jurídico de obrar consiste en una acción esperada y exigida en los delitos de omisión simple, debe estar contenida en una norma penal, es decir, estar tipificada, pues de otra manera su no realización, el no cumplimiento del deber, sería irrelevante penalmente.



Y en cuanto al resultado típico es únicamente típico, al existir un mutamiento en el orden jurídico y no material, ya que se consume el delito, al no cumplirse con el deber jurídico ordenado por la norma penal.

Existe un delito (**comisión por omisión u omisión impropia**) de resultado material por omisión, cuando se produce un resultado típico y material por un no hacer voluntario o no voluntario (culpa), violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva.

Sus elementos son:

- a) Una voluntad o no voluntad (culpa).
- b) Inactividad.
- c) Deber de obrar (una acción esperada y exigida) y deber de abstenerse.
- d) Resultado típico y material.

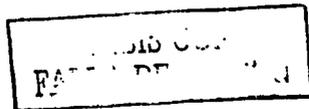
1. 2. AUSENCIA DE CONDUCTA

La ausencia de conducta es uno de los aspectos negativos del delito, que impide la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, el sustento de todo delito. Muchos llaman a la conducta soporte naturalístico del ilícito penal. Entonces la conducta no existe y por tanto se da lugar a la inexistencia del delito.

De acuerdo con el artículo 29 del Código Penal, "El delito sólo puede ser realizado por acción u omisión"⁶⁸.

Por lo que ante la ausencia de conducta (acto u omisión) nada hay que sancionar.

⁶⁸ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 03.



Entre las causas impeditivas de la integración del delito por la ausencia de conducta, podemos señalar :

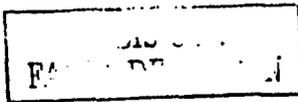
- a) La vis absoluta o fuerza física exterior irresistible.
- b) La vis maior o fuerza mayor.
- c) Los movimientos reflejos.
- d) Sueño y sonambulismo.
- e) Hipnosis.

a) LA VIS ABSOLUTA O FUERZA FÍSICA EXTERIOR IRRESISTIBLE. Este caso de ausencia de conducta está previsto en el artículo 15 fracción I del Código Penal del Distrito Federal como "excluyente de responsabilidad" al establecerse "Artículo 29, fracción I. La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente."⁶⁹

En la Vis Absoluta la aparente conducta desarrollada como consecuencia de una violencia exterior, de carácter físico, que proviene de otro, cuya superioridad le impide resistirla; no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad, a pesar de que el sujeto sea perfectamente imputable, al poseer salud y desarrollo mentales para comportarse en el campo jurídico penal, como persona capaz. Es de concluirse que obra quien ejercita sobre dicho sujeto la fuerza física.

b) LA VIS MAIOR O FUERZA MAYOR. En esta causa, opera la ausencia de conducta, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que siempre es un comportamiento humano voluntario. Entonces como no existe voluntad por parte del sujeto, la ley no lo considera responsable.

⁶⁹ Ibidem. Pág. 06.



Difieren la vis absoluta de la vis maior, por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza.

c) LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios, se considera que si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito.

d) SUEÑO Y SONAMBULISMO. Manifiesta Pavón Vasconcelos que "el sueño, es un estado fisiológico normal de descanso del cuerpo y de la mente consciente, que puede originar movimientos involuntarios del sujeto con resultados dañosos... y que al no integrarse la conducta, por falta de voluntad, habrá inexistencia del hecho y por ende del delito."⁷⁰

Es decir, una persona que se encuentra en estado de sueño, al no tener dominio sobre sí misma, al faltar su voluntad, si comete un acto tipificado como delictivo, no será responsable del mismo.

Para Jiménez de Asúa el sonambulismo "es una enfermedad nerviosa, o mejor dicho, posiblemente no es más que una manifestación parcial de otras neuropatías (como el histerismo) o de epilepsia..."⁷¹

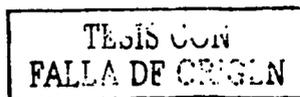
Para Pavón Vasconcelos el estado sonambúlico "es similar al sueño, distinguiéndose de éste en que el sujeto deambula dormido. Hay movimientos corporales inconscientes y por ello involuntarios."⁷²

Con base en lo anterior es de concluirse que dado el estado de inconciencia en que se encuentra el sujeto, no interviene el elemento volitivo por lo

⁷⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 289.

⁷¹ JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit. Pág. 191

⁷² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 292.



que el sujeto no puede ser responsable de un acto delictivo, y por lo tanto se considera que habrá ausencia de conducta.

e) HIPNOSIS. Pavón Vasconcelos manifiesta que consiste "en una serie de manifestaciones del sistema nervioso producidas por una causa artificial. Tales manifestaciones pueden ir, desde un simple estado de somnolencia, hasta uno sonambúlico, pasando por diversas fases en las cuales se acentúa, en sus características externas, el grado de hipnotismo... En síntesis, el hipnotismo se caracteriza por la supresión artificial de la conciencia o, cuando menos de su disminución, a través de la sugestión, lo que establece una necesaria correspondencia psicológica entre el paciente (hipnotizado) y el hipnotizador. La exclusión del delito se apoya en la ausencia de conducta (acción) y en la hipótesis de causación de daños por el hipnotizado, a virtud del mandato impuesto por el hipnotizador, la responsabilidad de éste surge como autor mediato, por no ser aquél sino un mero instrumento de éste, a través de la sugestión hipnótica."⁷³

Por otra parte López Betancourt manifiesta que el hipnotismo "es un procedimiento para producir el llamado sueño magnético, por fascinación, influjo personal o por aparatos personales."⁷⁴

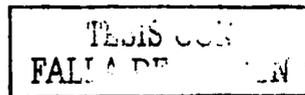
Existe también ausencia de conducta en esta otra forma de inconsciencia temporal cuando el sujeto que se encuentra bajo el estado hipnótico comete un delito.

1.3 TIPICIDAD

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya ausencia impide su configuración. Al respecto está regulada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 14 al establecerse que,

⁷³ IDEM.

⁷⁴ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit. Pág. 111.



"en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"⁷⁵.

Lo cual significa que no existe delito sin tipicidad.

Hay que distinguir entre tipo y tipicidad. El tipo es para Amuchategui Requena "la descripción legal de un delito, o bien, la abstracción plasmada en la ley de la figura delictiva."⁷⁶

Para Pavón Vasconcelos el tipo legal es "la descripción concreta hecha por la ley de una conducta a la que en ocasiones se suma su resultado, reputada como delictuosa al conectarse a ella una sanción penal."⁷⁷

Es decir, el tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales.

Mientras que la tipicidad es para el Profesor Castellanos Tena "la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto"⁷⁸;

Celestino Porte Petit la define como, "la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula nullum crimen sine tipo."⁷⁹

Para Luis Jiménez de Asúa, "la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuridicidad por concretarla en el ámbito penal."⁸⁰

⁷⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op. Cit. Pág. 15.

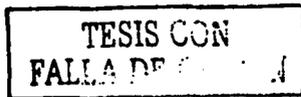
⁷⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 56.

⁷⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 302.

⁷⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. Cit. Pág. 165.

⁷⁹ PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Op. Cit. Pág. 109.

⁸⁰ JIMENEZ DE ASUA. Op. Cit. Pág. 219.



Existen infinidad de clasificaciones en torno al tipo, pero las más comunes son las siguientes:

I.- Por su composición.

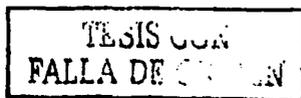
- a) Normales. Cuando la ley al establecer los tipos se limita a hacer una descripción objetiva.
- b) Anormales. Cuando el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (cosa ajena mueble, en el robo). Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

II.- Por su ordenación metodológica.

- a) Fundamentales o básicos. El tipo es básico cuando tiene plena independencia.
- b) Especiales. Son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (homicidio en razón del parentesco).
- c) Complementados. Estos tipos se integran con el fundamental, al cual nunca excluyen, y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación).

III.- Por su autonomía o independencia.

- a) Autónomos o independientes. Los que tienen vida propia, no dependen de otro tipo.
- b) Subordinados. Dependen de otro tipo, al cual no complementan sino subordinan. (V. gr. homicidio en riña).



IV.- Por su formulación.

- a) Casuística. En los cuales, el legislador no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el ilícito.
- b) Amplia. En estos tipo se describe una hipótesis única, pero en ella caben todos los modos de ejecución.

V.- Por el daño que causan.

- a) De daño o de lesión. Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución (V. gr. fraude, homicidio).
- b) De peligro. Cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

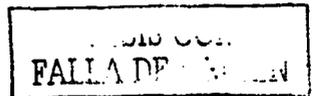
ELEMENTOS DEL TIPO

El tipo penal se conforma de modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como los medios empleados, que de no darse tampoco será posible la tipicidad. En la descripción de los tipos penales siempre intervendrán diversos elementos, que pueden ser de naturaleza objetiva, normativa o subjetiva.

ELEMENTOS OBJETIVOS. "Son aquellos susceptibles de ser apreciados por el simple conocimiento y cuya función es describir la conducta o el hecho que pueden ser materia de imputación y de responsabilidad penal."⁸¹

Por otro lado el maestro López Betancourt manifiesta que "al referirnos Al elemento objetivo del tipo penal, estamos hablando de la descripción de la conducta antijurídica desde el punto de vista externo, el tipo penal tiene un carácter descriptivo, pero esto no quiere decir que sea únicamente una descripción externa... El elemento objetivo, se identificará con la manifestación de la voluntad en el mundo físico, requerida por el tipo penal. Es un concepto tomado

⁸¹ PAVÓN VASCONCELOS. Op. Cit. Pág. 307.



del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describe objetos del mundo real. La ley penal no contiene exclusivamente descripciones con un resultado, hay tipos penales más concretos, en los que su contenido material no sólo consiste en la realización de una conducta o en la producción de un resultado, sino se tienen que dar en la forma, con los medios o con las modalidades de la misma ley."⁸²

a) Calidades referidas al sujeto activo. Pavón Vasconcelos manifiesta que "a veces el tipo establece determinada calidad en el sujeto activo a la cual queda subordinada, por así decirlo, la punibilidad de la acción bajo un concreto tipo delictivo. Ello excluye la posibilidad de ejecución de la conducta (acción u omisión) por cualquier sujeto..."⁸³

b) Calidades referidas al sujeto pasivo. López Betancourt manifiesta que "el sujeto pasivo en la perpetración de un delito es quien sufre directamente la acción, es sobre quien recaen todos los actos materiales utilizados en la realización del ilícito. Es el titular del derecho dañado o puesto en peligro."⁸⁴

Pavón Vasconcelos señala que "en otras ocasiones la ley exige determinada calidad en el sujeto pasivo, operándose el fenómeno de la ausencia del elemento típico cuando el sujeto no la reúne y por ende la impunidad de la conducta o del hecho en el especial ámbito del tipo concreto."⁸⁵

c) Referencias temporales y espaciales. Pavón Vasconcelos expresa que "la punibilidad de la conducta o del hecho queda a veces condicionada a determinadas referencias de tiempo y lugar, de manera que la ausencia en el hecho de tales elementos del tipo trae como consecuencia la inexistencia de la tipicidad de la acción u omisión."⁸⁶

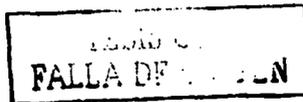
⁸² LOPEZ BETANCOURT. Op. Cit. 128.

⁸³ PAVON VASCONCELOS. Op. Cit. Pág. 308.

⁸⁴ LOPEZ BETANCOURT. Op. Cit. Pág. 53.

⁸⁵ PAVÓN VASCONCELOS. Op. Cit. Pág. 309.

⁸⁶ Idem.



d) Referencias a los medios de comisión. Pavón Vasconcelos manifiesta que "en ciertos casos la exigencia de la ley al empleo de determinado medio lo hace esencial para integrar la conducta o para hacer operar alguna agravación de la pena."⁸⁷

e) Referencias al objeto material. En este caso se hace referencia al objeto material o corporal de la acción. El objeto material es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito. Así, pueden ser los sujetos pasivos, la cosas inanimadas o los animales mismos. La cosa puede ser el objeto material, De Pina Rafael lo define como "la realidad corpórea e incorpórea susceptible de ser materia considerada como bien jurídico."⁸⁸

No debe confundirse el objeto material con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones éste puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.

ELEMENTOS NORMATIVOS. Para Pavón Vasconcelos "forman parte de la descripción contenida en los tipos penales y se les denomina normativos por implicar una valoración de ellos por el aplicador de la ley. Tal valoración se reputa necesaria para poder captar su sentido, pudiendo ser eminentemente jurídica, de acuerdo con el contenido iuris del elemento normativo, o bien cultural, cuando se debe realizar de acuerdo a un criterio extrajurídico."⁸⁹

ELEMENTOS SUBJETIVOS. A estos elementos se les ha denominado elementos subjetivos del injusto. Pavón Vasconcelos expresa que "los elementos subjetivos que contienen los tipos están referidos al motivo y al fin de la conducta descrita."⁹⁰

⁸⁷ Idem

⁸⁸ DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*. Edt. Porrúa, México, 1989. Pág. 119.

⁸⁹ PAVÓN VASCONCELOS. Op. Cit. Pág. 310.

⁹⁰ Idem. Pág. 311.

1.4 ATIPICIDAD

Constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impositivo de la integración del delito. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Suele distinguirse entre ausencia de tipo y ausencia de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, inadvertida o deliberadamente, no describe una conducta que, de acuerdo con el sentir general, debería ser incluida en la lista de los delitos. La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo, pero no se amolda a él la conducta dada.

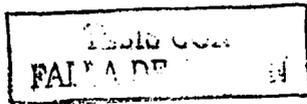
Para Pavón Vasconcelos hay atipicidad cuando "el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad, es pues, ausencia de adecuación típica."⁹¹

Así mismo, se originan hipótesis de atipicidad en los siguientes casos:

- a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo.
- b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo.
- c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos.
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo.
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley.
- f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal."⁹²

⁹¹ Idem. Pág. 312.

⁹² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. Pág. 321.



Podemos decir que, en general, es causa de atipicidad, la falta de alguno de los elementos del tipo, como está contemplado en la fracción II del artículo 29 del Código Penal vigente.

1.5 ANTIJURIDICIDAD

Para Javier Alba Muñoz, citado por Castellanos Tena , "es la contradicción objetiva de los valores estatales, ... actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del Poder".⁹³

La antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo. El juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.

1.6 CAUSAS DE JUSTIFICACION

Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad, las cuales pueden surgir, cuando estamos ante una conducta típica que está en aparente oposición al Derecho, pero que, sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Es decir, aunque exista una conducta delictuosa, en algunos casos, se reconoce la preeminencia de un derecho a actuar fundado en situaciones de excepción.

Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. También se les llama justificantes, causas eliminatorias de antijuridicidad o causas de licitud.

⁹³ CASTELLANOS. Op. cit. Pág. 177.

Nuestro Código usa la expresión "causas de exclusión del delito", comprendiendo varias de naturaleza diversa.

Sin embargo, las que nos interesa examinar en este apartado, son exactamente las justificantes. Estas recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa.

De acuerdo con nuestro Derecho Positivo Mexicano son causas de justificación, las consagradas en las fracciones IV, V y VI del numeral 29 del Código Penal para el Distrito Federal :

- a) Legítima Defensa.
- b) Estado de Necesidad.
- c) Cumplimiento de un Deber y Ejercicio de un Derecho.

a) LEGITIMA DEFENSA

Jiménez de Asúa, refiere que la legítima defensa "es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios." ⁹⁴

La definición legal de legítima defensa está contemplada en nuestro derecho en el artículo 29 fracción IV, primer párrafo del Código Penal para el Distrito Federal, la que establece que: "Se repela una agresión, real, actual, o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor. Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño

⁹⁴ JIMENEZ DE ASUA. Op. cit. Pág. 191.

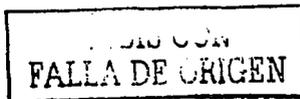


a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión."⁹⁵

Del concepto anterior, se desprende que por **repeler** se entiende rechazar, impedir, evitar, no permitir que algo ocurra. Por **agresión**, la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. **Real**, que dicha agresión debe ser cierta, no hipotética o imaginaria. Lo **actual o inminente** se refiere a lo presente o muy próximo de ocurrir. Pero no bastan los conceptos anteriores para colocarnos en una legítima defensa, es necesario que ésta sea, **sin derecho**; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado; que dicha agresión **amenace bienes jurídicamente tutelados**, pertenecientes al que se defiende, o a terceros a quienes se protege. Además de que debe existir **necesidad de la defensa, racionalidad en la defensa respecto a la amenaza**, y la **no provocación dolosa** suficiente e inmediata, por parte del agredido o de la persona a quien se salvaguarda.

Además nuestra ley prevé dos casos de presunciones de legítima defensa en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, mismas que se refieren a la causación de algún daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. El segundo caso de presunción de

⁹⁵ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 07.



legítima defensa existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Las presunciones de legítima defensa son *iuris tantum*, es decir pueden admitir prueba en contrario.

Por otro lado, existe exceso de legítima defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión. Al decir de Soler, "cuando hay una intensificación innecesaria de la acción inicialmente justificada".⁹⁶

Manifiesta Amuchategui Requena "el exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, y rebasa la medida necesaria para defenderse o para defender a otro."⁹⁷

Así mismo, de acuerdo con la ley sustantiva, en los artículos 29 y 83 tercer párrafo, quien se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso no exista otra causa de exclusión del delito.

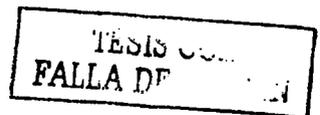
b).- ESTADO DE NECESIDAD.

Según Cuello Calón, "el estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona".⁹⁸

⁹⁶ SOLER, Sebastián. Op. Cit. Pág. 240.

⁹⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op.Cit. Pág. 71.

⁹⁸ CUELLO CALON, Eugenio. Op.Cit. Pág. 202.



De acuerdo con la fracción V del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal el estado de necesidad tiene lugar cuando "se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."⁹⁹

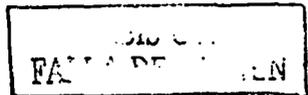
La doctrina discute la naturaleza jurídica del estado de necesidad, señalando, que es indispensable distinguir si los bienes en conflicto, son de igual o de diferente valor. Nuestro anterior Código Penal de 1931 definía al respecto, que podía tratarse de un bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardado. Sin embargo nuestra ley actual en el numeral 29 no establece nada en relación al valor del bien jurídico lesionado ni del salvaguardado.

Podemos señalar que el estado de necesidad se distingue de la legítima defensa, en que el primero constituye en sí mismo una acción o ataque, en tanto que la defensa es reacción contra el ataque. Además de que en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la legítima defensa recae sobre bienes de un injusto agresor.

El estado de necesidad está regulado en nuestro Código Penal, también en el artículo 29, cuyo texto, establece en la fracción V: "se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo."¹⁰⁰

⁹⁹ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 07.

¹⁰⁰ Idem.



Pavón Vasconcelos señala que "los elementos del estado de necesidad son:

- a).- Un peligro; real, grave e inminente.
- b).- Este peligro debe recaer sobre algunos bienes jurídicos.
- c).- Que el peligro no haya sido ocasionado dolosamente por el agente.
- d).- Que se destruya o lesione un bien protegido por el derecho.
- e).- La no existencia de otro medio practicable y menos perjudicial.¹⁰¹

Un caso específico del estado de necesidad regulado en el Código Penal para el Distrito Federal es: el aborto terapéutico,

El aborto terapéutico encuentra su regulación en el artículo 148, que dispone "no se aplicará sanción: cuando de no provocar el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora."¹⁰²

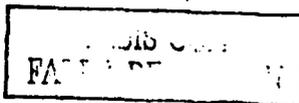
Consideramos que tal hipótesis no era necesario que se reglamentara por separado, por caber perfectamente dentro de la amplia fórmula de la fracción V del artículo 29.

El robo de indigente o de famélico era considerado como un segundo caso específico del estado de necesidad, mismo que encuadraba igualmente en el contenido de la fracción V del artículo 29, y estaba contemplado en el artículo 379, y decía: "No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares de momento".¹⁰³

¹⁰¹ PAVON VASCONCELOS. Op. cit. Págs. 326 a 328.

¹⁰² Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 36.

¹⁰³ Ibidem. Pág. 82.



Con la abrogación del Código Penal de 1931 desapareció el tipo penal de robo de famélico, ya que nuestra ley punitiva vigente omite establecer este tipo penal.

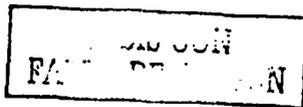
c).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

Ambas justificantes se encuentran establecidas en la fracción VI del multicitado artículo, como causas de exclusión del delito: "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo."¹⁰⁴

Dentro de estas hipótesis (derecho o deber), puede comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico quirúrgicos. Esto es, en algunos deportes como el pugilato, al deportista le es permitido lesionar a su contrario para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; como aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, se funda la justificación, es decir, se presupone el ejercicio de un derecho en la ausencia de la antijuridicidad del acto, por el reconocimiento que de estos deportes hace el Estado, en las autorizaciones que concede para su práctica y en el fomento que les otorga para su enseñanza, en algunos institutos oficiales.

Por lo que hace a las lesiones consecutivas de tratamientos médico quirúrgicos, encuentran su justificación en el reconocimiento que el Estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estéticas, o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor.

¹⁰⁴ Ibidem Pág. 04.



OBEDIENCIA JERÁRQUICA

La obediencia jerárquica "consiste en causar un daño en obediencia a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía."¹⁰⁵

Cuando el subordinado carece del poder de inspección, es decir, legalmente tiene el deber de obedecer, surge la única hipótesis de la obediencia jerárquica constitutiva de una verdadera causa de justificación y no de una no exigibilidad de otra conducta.

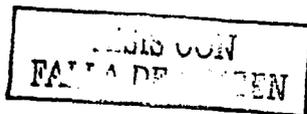
La justificación por obediencia jerárquica, se equipara a la de cumplimiento de un deber.

Con la reformas publicadas en el Diario Oficial del 10 de Enero de 1994, la fracción que hacia referencia textual sobre esta causa de justificación, quedó derogada en el Código Penal de 1931.

IMPEDIMENTO LEGÍTIMO

El impedimento legítimo , que se encontraba expresamente recogido como una circunstancia excluyente de responsabilidad por el artículo 29, fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal, desapareció de las causas que excluyen el delito, en la reforma al artículo citado, contemplada en el Decreto del Congreso de la Unión de 21 de Diciembre de 1993, que una vez promulgado por el ejecutivo Federal , se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de Enero de 1994. Dicha disposición recogía dicha justificante de la siguiente manera: "Contravenir a lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda , por un impedimento legítimo."

¹⁰⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 76.



Para Amuchategui Requena el impedimento legítimo "consiste en causar un daño, en contravención en lo dispuesto por una ley penal, de manera que se deje de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. Constituye propiamente una omisión."¹⁰⁶

Por su parte Carrancá y Trujillo manifiesta que "la mencionada causa de justificación se refiere sólo a omisiones, nunca a actos ... y tales omisiones han de obedecer a una causa legítima"¹⁰⁷

1.7 IMPUTABILIDAD

La imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, porque para ser culpable un sujeto, precisa que antes sea imputable. Esto es, para que un individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; por tanto, la aptitud (intelectual y volitiva), constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad.

La imputabilidad es "la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal";¹⁰⁸

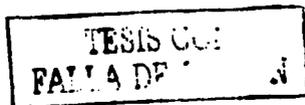
En consecuencia, aquel que es imputable debe resultar capaz de responder del acto típico penal en que incurrió.

La responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado; aunque igualmente puede entenderse que son responsables, quienes habiendo ejecutado el hecho ilícito, están obligados previa sentencia firme, a responder de él. El

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ CARRANCÁ Y TRUJILLO. Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. México. 1989.

¹⁰⁸ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op.Cit. Pág. 78.



fundamento de la responsabilidad está dado no sólo por el resultado objetivo del delito, sino también por la causalidad psíquica.

Por otro lado, cabe señalar que es preciso que la imputabilidad exista en el momento de la ejecución del hecho. Sin embargo en ocasiones el sujeto, antes de actuar, voluntaria o culposamente, se coloca en situación inimputable, y de esta manera produce el delito. A estas acciones se les llama *liberae in causa*, es decir, libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto. Al respecto el Código Penal, establece la responsabilidad penal, tratándose de las acciones libres en su causa, que excluye dichas acciones, al señalar en el artículo 29 fracción VII : "...a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico por el resultado típico producido en tal situación."¹⁰⁹

1.8 INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal."¹¹⁰

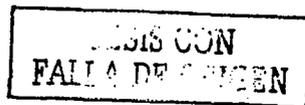
CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

La inimputabilidad constituye el elemento negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Tratándose de la inimputabilidad son admisibles tanto las excluyentes legales como las llamadas supra legales.

¹⁰⁹ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 07.

¹¹⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 78.



El artículo 29 del Código Sustantivo de la materia, establece en la fracción VII, "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender, el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación."¹¹¹

La fracción transcrita abarca dos grandes hipótesis:

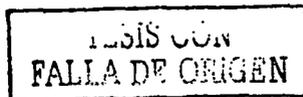
- a) Trastorno Mental.
- b) Desarrollo intelectual retardado.

El trastorno mental consiste en la perturbación de las facultades psíquicas. La actual formula legal al respecto comprende los trastornos mentales transitorios o permanentes, así como a aquellos sujetos sordomudos o ciegos con desarrollo intelectual retardado que les impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, aún cuando no presenten un verdadero trastorno mental.

Es de concluirse que los protegidos por estas eximentes, deben quedar al margen de toda consecuencia represiva por haber realizado el hecho penalmente tipificado sin capacidad de juicio y decisión. Sin embargo se admite que el Estado adopte determinadas medidas, que no son propiamente penas, para la atención de tales sujetos, sobre todo, para la debida protección de la comunidad.

Al respecto el artículo 65 del Código Penal, dispone que el Juzgador dispondrá, en el caso de los inimputables, la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo al procedimiento correspondiente.

¹¹¹ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 04.



Comúnmente se afirma en nuestro medio, que los menores de 18 años son inimputables y, por lo mismo, cuando realizan comportamientos típicos del Derecho Penal, no se configuran los delitos respectivos. Sin embargo consideramos que con base en la efectiva capacidad de entender y de querer y en virtud de ese mínimo de salud y desarrollo de la mente, no siempre será inimputable el menor de 18 años. Hay Códigos en donde la edad límite es diferente.

1.9 CULPABILIDAD

Para Jiménez de Asúa, en amplio sentido puede definirse la culpabilidad como "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica."¹¹²

Castellanos Tena, considera a la culpabilidad como "el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto."¹¹³

La culpabilidad se ocupa de los elementos subjetivos del delito: DOLO y CULPA, según el agente dirija su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la ley como delito, o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia.

Por lo que hace al Código Penal para el Distrito Federal se precisan las formas de culpabilidad en su artículo número 18 que dice a la letra "Las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa y culposamente. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos objetivos del hecho típico de que se trate, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta su realización. Obra culposamente el que produce el resultado típico, que

¹¹² JIMÉNEZ DE ASUA. Op. Cit. Pág. 93.

¹¹³ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Pág. 182.

no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de deber de cuidado que objetivamente era necesario observar."¹¹⁴

DOLO: Según Eugenio Cuello Calón, el dolo "consiste en la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso o simplemente en la intención de ejecutar un acto delictuoso".¹¹⁵

Castellanos Tena, refiere que "el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico".¹¹⁶

En la conducta dolosa se precisan dos elementos constitutivos, el intelectual, el cual implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes a un ilícito, y el volitivo, que es la voluntad de querer la conducta o el resultado; y los alcances de los mismos permiten distinguir lo que es un "dolo directo" y un "dolo eventual".

En el DOLO DIRECTO el sujeto activo tiene intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico. De acuerdo con López Betancourt "hay dolo directo cuando se quiere la conducta o el resultado. Es decir, el dolo se caracteriza en querer el resultado, si es delito material, y en querer la conducta, si es delito formal."¹¹⁷

En el DOLO INDIRECTO O EVENTUAL el sujeto desea un resultado típico, a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otras diferentes. Manifiesta por su parte López Betancourt que "en el dolo eventual hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca."¹¹⁸

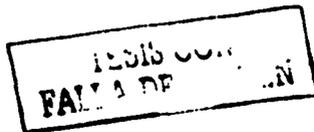
¹¹⁴ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 04.

¹¹⁵ Cuello Calón: Op. Cit. Pág. 59.

¹¹⁶ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Pág. 182

¹¹⁷ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit. Pág. 225.

¹¹⁸ IDEM.



CULPA. Existe la culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

Para Mezger, "actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado."¹¹⁹

Por otro lado el maestro Pavón Vasconcelos define a la culpa como "aquél resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres."¹²⁰

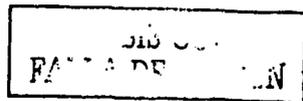
Dos son las especies principales de la culpa: **CONSCIENTE**, con previsión o con representación, e **INCONSCIENTE**, sin previsión o sin representación. La culpa consciente existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá. La culpa es inconsciente cuando no se prevé un resultado previsible, penalmente tipificado.

1.10 INCULPABILIDAD

La inculpabilidad es el aspecto negativo de la culpabilidad. De acuerdo con López Betancourt la inculpabilidad va a tener lugar "cuando concurren determinadas causas o circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y querer, en la ejecución de un hecho realizado por un sujeto imputable.

¹¹⁹ MEZGER, Edmundo. Op. Cit. Pág. 200.

¹²⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Op. Cit. Pág. 371.



La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad.¹²¹

CAUSAS DE INculpABILIDAD

Amuchategui Requena señala que las causas de inculpabilidad son "las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento"¹²²

Podemos decir entonces que la inculpabilidad opera al hallarse ausentes los elementos esenciales de la culpabilidad: conocimiento y voluntad.

Siguiendo al jurista Castellanos Tena, "las causas de inculpabilidad son el error esencial de hecho, que ataca el elemento intelectual, y la coacción sobre la voluntad, que afecta el elemento volitivo."¹²³

ERROR.- El error es un falso conocimiento de la verdad. El error se divide en:

- a) Error de hecho y
- b) Error de derecho.

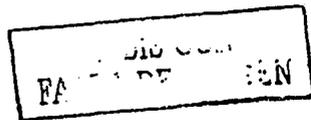
a) ERROR DE HECHO

También denominado error esencial, en el cual el sujeto actúa antijurídicamente creyendo actuar jurídicamente, es decir, hay un desconocimiento de la antijuridicidad de su conducta y por ello, constituye el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo.

¹²¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. cit. Pág. 236.

¹²² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 86.

¹²³ CASTELLANOS TENA. Op. cit. Pág. 270.



b) ERROR DE DERECHO

Este no produce efecto de exclusión del delito, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. La ignorancia de las leyes a nadie aprovecha.

Ahora, con la reforma penal, se reglamenta expresamente entre las causas de exclusión del delito, el error esencial de hecho, la nueva fracción VIII del artículo 29, señala: "Se realiza la acción o la omisión bajo un error invencible: a) Sobre alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o por que crea que está justificada su conducta...".¹²⁴

La fracción en la primera parte, se refiere al llamado error de tipo, pues alude al error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales de la descripción legal. En la segunda, consagra el error de prohibición, también denominado error de permisón o de prohibición, ya que por un error invencible el autor cree lícito su comportamiento, acorde con el derecho.

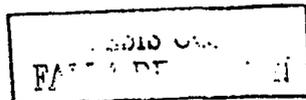
En resumen, las causas de inculpabilidad están constituidas por :

- A) El error esencial de hecho, y
- B) La coacción sobre la voluntad.

ERROR ESENCIAL DE HECHO. La doctrina denomina a las situaciones en donde existe este tipo de error como **EXIMENTES PUTATIVAS**, entendiéndose por tales, "las circunstancias en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundadamente, al realizar un hecho típico del Derecho penal, hallarse amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica permitida, lícita, sin serlo."¹²⁵

¹²⁴ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 05.

¹²⁵ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Pág. 352-353.



LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. De acuerdo con Ignacio Villalobos al hablar de la no exigibilidad de otra conducta se hace referencia a "consideraciones de nobleza o emotividad, pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona que obre en un sentido determinado, aun cuando haya sido violado una prohibición de ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del Derecho y con el orden social. Se trata de infracciones culpables cuyo sujeto, por una indulgente comprensión de la naturaleza humana y de los verdaderos fines de la pena, puede ser eximido de las sanciones que se reservan para la perversidad y el espíritu egoísta y antisocial."¹²⁶

Dentro del Código Penal encontramos casos de no exigibilidad de otra conducta, como por ejemplo el estado de necesidad (artículo 29, fracción V) o por ejemplo el encubrimiento de parientes (artículo 321).

1.11 PUNIBILIDAD

Para Amuchategui Requena la punibilidad es "la amenaza de una pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole la norma."¹²⁷

Pavón Vasconcelos define a la punibilidad como "la amenaza de pena que el estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social."¹²⁸

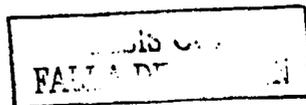
La punibilidad puede ser apreciada desde tres puntos de vista:

- a) El merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta.
- b) La imposición concreta de la pena a quien ha sido declarado culpable de la comisión de un delito (ejercicio del jus puniendi).

¹²⁶ VILLALOBOS, Ignacio. Op. Cit. Pág. 421.

¹²⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 90.

¹²⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Op. Cit. Pág. 497.



c) La acción específica de imponer a los delincuentes, a posteriori, las penas conducentes.

Se discute si la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito. Los grandes juristas después de amplios análisis han concluido que la punibilidad no es elemento esencial del delito, toda vez, que como señala el maestro Carrancá y Trujillo, al hablar de las excusas absolutorias, en tales causas deja de subsistir el carácter delictivo del acto y se excluyen sólo la pena, de donde se infiere que la punibilidad no es elemento esencial del delito. O al decir del doctor Celestino Porte Petit, "cuando existe una hipótesis de ausencia de condiciones objetivas de punibilidad, concurre una conducta o hecho, típicos, antijurídicos, imputables y culpables, pero no punibles en tanto no se llene la condicionalidad objetiva de punibilidad, lo cual viene a confirmar que ésta no es un elemento sino una consecuencia del delito."¹²⁹

CONDICIONALIDAD OBJETIVA

Las condiciones objetivas, se definen como "aquellas exigencias ocasionales establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación."¹³⁰

FALTA DE EXCUSAS OBJETIVAS

La condicionalidad objetiva puede o no estar contenida en la descripción legal de un delito, por lo que si está presente se considera como parte integrante del tipo; pero si falta en él, constituye entonces mero requisito ocasional y, por ende, accesorio, fortuito. En nuestro Código Penal pocos delitos tienen penalidad condicionada.

La condicionalidad objetiva no constituye elemento esencial del delito.

¹²⁹ PORTE PETIT. Op. cit. Pág. 277.

¹³⁰ Ibidem Op. cit. Pág. 278.

1.12 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD O EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Estas constituyen el factor negativo de la punibilidad. Para Amuchategui Requena "las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad."¹³¹

En presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito permanecen inalterables, sólo se excluye la posibilidad de punición. La punición "consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto."¹³²

2. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

2.1 CONCURSO

El concurso "es el modo en que puede aparecer el delito en relación con la conducta y el resultado"¹³³.

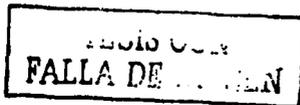
Una sola conducta produce un solo resultado, pero hay dos casos en los cuales se presentan dos figuras que hacen ubicarse en el concurso de delitos:

- a) Ideal o formal.
- b) Real o material.

¹³¹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 90.

¹³² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Penología, Edit. UNAM. México, 1998.

¹³³ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 38.



De acuerdo con nuestro Código Penal en el artículo 28 primera parte "existe concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos..."¹³⁴.

Es decir, que el concurso es ideal o formal cuando con una sola conducta se producen varios resultados típicos (delitos), por lo cual existe unidad de acción y pluralidad de resultados. Por otro lado, el concurso real o material está establecido en el segundo párrafo del numeral 28 del mismo ordenamiento y establece que "existe concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos."¹³⁵

Por lo que éste se presenta cuando con varias conductas se producen diversos resultados, es decir, existe pluralidad de conductas y de resultados.

2.2 ITER CRIMINIS

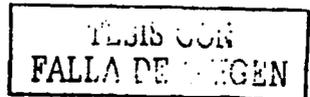
El delito tiene un desarrollo. Generalmente cuando se produce, ha pasado ya por diversas fases o etapas, cuya importancia radica en la penalidad, que podrá variar o de plano no existir. Dicho desarrollo, camino o vida del delito se conoce como *iter criminis*.

Zaffaroni manifiesta que "desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina *Iter Crminis* o camino del crimen, significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito."¹³⁶

¹³⁴ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 06.

¹³⁵ IDEM.

¹³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. V. IV. Tijuana, B.C. Cárdenas Editor. Pág. 461.



FASES DEL ITER CRIMINIS

Antes de producirse el resultado típico, en el sujeto activo surge la idea o concepción del delito. La ley castiga la intención solo cuando se exterioriza de forma objetiva en el mundo exterior; sin embargo es necesario conocer ese recorrido del delito, aun esa fase interna para conocerlo mejor.

"El iter criminis consta de dos fases: una interna y subjetiva; externa y objetiva la otra. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se llama fase interna. En tanto que la fase externa principia con la manifestación y termina con la consumación."¹³⁷

La doctrina y las diferentes legislaciones han subdividido ambas fases en distintos periodos o momentos, sin embargo, unos más o unos menos, siempre quedan todos comprendidos.

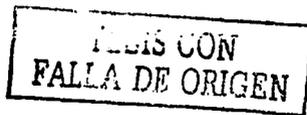
De esta manera, el maestro Castellanos Tena, considera que la fase interna comprende tres etapas denominadas:

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

a) La **idea criminosa** es la tentación de delinquir, que puede ser amparada o rechazada por el individuo, pero si permanece como idea fija en su mente puede nacer la deliberación.

b) La **deliberación** es entendida como la meditación sobre la idea criminosa, la que puede resultar rechazada o aceptada. En la deliberación se pone de manifiesto un antagonismo entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

¹³⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 40.



c) La **resolución** es la mera intención y voluntad de delinquir. Propósito firme de cometer el delito, que no ha salido al exterior.

Respecto a la fase interna, surge el problema relativo a la incriminación de las ideas ¿son punibles las ideas? La frase del célebre Ulpiano "Cogitationis poenam nemo patitur" (nadie puede ser penado por sus pensamientos) y la de Rossi, ilustre Clásico, que señaló: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado...", citados por Castellanos Tena, nos conduce a erradicar a la moral del campo del Derecho, ya que el ejercicio de la justicia está delegado a la autoridad social, en tanto que los derechos del hombre no se ofenden con actos internos, de esta manera los pensamientos no pueden tenerse como delitos. "La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; y la tutela del orden interno sólo a Dios."¹³⁸

Continuando con la exposición del maestro Castellanos Tena, la fase externa abarca a) manifestación, b) preparación y c) ejecución.

a) Manifestación. La manifestación surge cuando la idea criminosa que existía antes sólo en la mente del sujeto, aflora al exterior, pero sólo como idea o pensamiento exteriorizado.

La manifestación no es incriminable. por excepción existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica v.gr., el artículo 209 del Código Penal sanciona "al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, honor o derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo."¹³⁹

En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra el delito.

¹³⁸ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Págs. 284 y 285.

¹³⁹ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 51.

El fundamento constitucional de la idea anterior, se encuentra en el artículo número 6 de nuestra Constitución Política Mexicana, que a la letra dice: "La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público. ...".¹⁴⁰

En otro orden de ideas, consideramos que la "manifestación" es una fase que sale sobrando, porque creemos que se encuentra implícita en la preparación, puesto que no necesariamente al aflorar al exterior la manifestación lo va a hacer como idea, es más comprensible que se exteriorice generalmente como acto preparatorio.

b) Actos preparatorios. Para Amuchategui Requena son "aquellos actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, son actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia, no revelarán la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos."¹⁴¹

Por otro lado, Sebastián Soler los define como "aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado."¹⁴²

Siguiendo a Jiménez de Asúa "los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente."¹⁴³

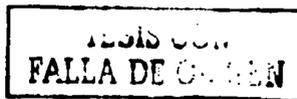
Expone el maestro Castellanos Tena que "los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos. (...) La tentativa difiere de los actos preparatorios ;

¹⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Op. Cit. Pág. 08.

¹⁴¹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 41.

¹⁴² SOLER, Sebastián. Op. Cit. Pág. 195.

¹⁴³ JIMÉNEZ DE ASUA. Op. CIT. Pág. 472.



en estos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo."¹⁴⁴

c) Ejecución. Amuchategui Requena expresa que "consiste en la realización de los actos que dan origen propiamente al delito. Aquí se pueden presentar dos situaciones: tentativa y consumación."¹⁴⁵

El maestro Castellanos Tena define a la tentativa como "los actos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto."¹⁴⁶

Jiménez de Asúa define simplemente a la tentativa como "la ejecución incompleta de un delito."¹⁴⁷

Para Zaffaroni la tentativa es "la conducta punible que se halla entre la preparación no punible y la consumación del delito."¹⁴⁸

Por nuestra parte, consideramos que la tentativa es la determinación expresada a través de cualquier manifestación, al realizar en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado (el delito), o al omitir los que deberían evitarlo, ante la no integración del ilícito que se pretendía, por causas ajenas a la voluntad del agente.

La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa y ya iniciada la actividad criminal viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente.

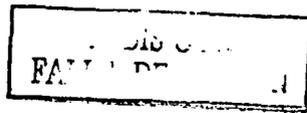
¹⁴⁴ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Págs. 287.

¹⁴⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 42.

¹⁴⁶ CASTELLANOS TENA. Op. Cit. Pág. 287.

¹⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Op. Cit. Pág. 474.

¹⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 482.



Finalmente, señalaremos que nuestro Código Penal vigente, no define la tentativa, sino que precisa cuándo es punible, y lo hace en el numeral 20: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado."¹⁴⁹

Con lo anterior se hace notar que la punibilidad en la tentativa nace cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. De lo anterior se desprende que hay que distinguir entre tentativa punible y tentativa impune, ésta última es la que surge como resultado del desistimiento o el arrepentimiento del agente.

Clases de tentativa. Se pueden distinguir entre:

- a) Tentativa acabada.
- b) Tentativa inacabada.

Tentativa acabada. También es llamada delito frustrado y consiste en que "el sujeto activo realiza todos los actos encaminados a producir el resultado, sin que éste surja por causas ajenas a su voluntad."¹⁵⁰

Tentativa inacabada. Llamada también delito intentado, consiste en que "el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual este no ocurre. Se dice que hay una ejecución incompleta."¹⁵¹

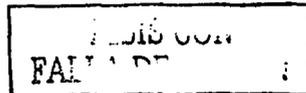
Desistimiento. "Cuando el sujeto activo suspende espontáneamente los actos tendientes a cometer el delito o impide su consumación, no se le castiga."¹⁵²

¹⁴⁹ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág.04.

¹⁵⁰ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 42.

¹⁵¹ IDEM.

¹⁵² IDEM.



Delito imposible. "El agente realiza actos encaminados a producir el delito, pero éste no surge por no existir el bien jurídico tutelado, por no ocurrir el presupuesto básico indispensable o por falta de idoneidad de los medios empleados."¹⁵³

Delito putativo. Zaffaroni manifiesta al respecto "en el caso en que el sujeto imagina que su conducta es delito, cree cometer un injusto, pero todo eso es un efecto de una ilusión del autor, pues la conducta no tiene ese carácter. No puede surgir responsabilidad penal alguna respecto de este supuesto, porque la imaginación del autor no puede fundar la antijuridicidad."¹⁵⁴

Amuchategui Requena señala que "también es llamado delito imaginario y consiste en actos tendientes a cometer lo que el activo cree que es un delito, pero en realidad no lo es."¹⁵⁵

CONSUMACION

Para Amuchategui Requena la consumación "es la producción del resultado típico que ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado"¹⁵⁶

3. ANÁLISIS JURÍDICO DOGMÁTICO DEL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

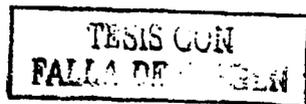
Unas vez que se realizaron algunas consideraciones sobre los elementos del delito, enseguida efectuaré un análisis jurídico dogmático del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, mismo que está contemplado en el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal y que a la letra dice:

¹⁵³ IDEM.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 476.

¹⁵⁵ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 43.

¹⁵⁶ IDEM.



"Artículo 288.- Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de treinta a noventa días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."¹⁵⁷

3.1 CONDUCTA. Del precepto anteriormente citado se desprende que el primer elemento positivo del delito es la conducta, el cual se manifiesta a través de un hacer, es decir, el fenómeno materia de investigación que nos ocupa es un delito de acción, el cual consiste en emplear violencia para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho y por el cual se produce un resultado.

Ya que la conducta tipificada en el delito en estudio necesariamente requiere del elemento violencia es importante determinar que se entiende por la misma.

Para el Diccionario de la Lengua Española la palabra "**violencia**", que proviene del latín *violentia*, significa "calidad de violento. Acción y efecto de violentar o violentarse. Acción violenta o contra el natural modo de proceder..." y violentar significa "Aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia."¹⁵⁸

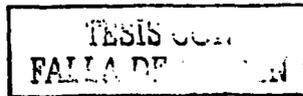
De Pina define la violencia de la siguiente manera "Acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce."¹⁵⁹

Escriché manifiesta que violencia es "la fuerza que se usa contra alguno para obligarle a hacer lo que no quiere por medios violentos que no puede resistir... Hay verdadera violencia cuando es capaz de hacer impresión a una

¹⁵⁷ Código Penal para el Distrito Federal. Op. Cit. Pág. 38.

¹⁵⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. Bibliográfica Argentina Omeba. Buenos Aires. 1968. Pág. 784.

¹⁵⁹ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa. México, 1983. Pág. 486.



persona razonable, inspirándole temor de exponer su persona y su fortuna, o las personas a quienes ama a un mal grave y presente ... y el mal ha de ser presente, pues la amenaza de un mal futuro no causa violencia...".¹⁶⁰

La doctrina distingue entre la violencia sobre las personas y la violencia sobre las cosas. El Código Penal vigente en su artículo 225 distingue la violencia sobre las personas en física y moral.

Jiménez Huerta manifiesta que "la violencia física se da cuando se impide corporalmente a la víctima defender el objeto de que se ve privado, es decir, imposibilitado muscularmente a poner en juego sus naturales reacciones orgánicas par proteger el objeto, ya sea paralizando o dificultando la acción del culpable. Hay violencia física cuando se golpea, amordaza, ata o se encierra en una habitación al ofendido o a una persona distinta que se halla en su compañía."¹⁶¹

Comenta Jiménez Huerta que "amenaza o amaga quien para ejecutar el delito da a entender, con actos, palabras, ademanes, al sujeto pasivo o a la persona que se halle en su compañía, que le inferirá un mal si opone resistencia, así como también quien después de consumado el delito diere a entender o hiciera además a cualquier persona, de inferirle un mal si obstaculiza su huida o intenta recuperar el objeto."¹⁶²

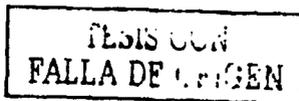
Con base en lo anterior, el mal con que se amenaza o amaga debe tener las siguientes características:

- a) Que sea grave.
- b) Presente o inmediato.
- c) Capaz de intimidar a la persona amenazada.

¹⁶⁰ ESCRICHÉ, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Edit. Librería de Ch Bouret. México, 1888. Págs. 1536-1539.

¹⁶¹ JIMÉNEZ HUERTA, Manano. Op. Cit. pág. 65.

¹⁶² *Ibidem*. Pág. 66.



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

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

"Que el mal sea capaz de intimidar a la persona amenazada quiere decir que debe de hacer surgir en el amenazado la representación de un peligro que coarte su libre voluntad. No es necesario que se demuestre objetivamente que el mal era real y cierto; basta que tenga la suficiente apariencia objetiva para subjetivamente intimidar. Si para perpetrar el delito se amenaza con una pistola descargada o de juguete, la violencia moral subsiste, pues el amenazado ignoraba la inocuidad del arma, y su apariencia objetiva crea la representación de un peligro capaz de intimidarlo. Las amenazas o amagos que integran la violencia moral son circunstancias de hecho, esto es, particularidades fácticas de la conducta ejecutiva del delito, no pueden ser apreciadas si, en realidad, el agente no ha dado a entender con hechos o palabras que se proponía inferir algún mal grave o no ha hecho algún ademán o demostración de este propósito. Prevalerse o aprovecharse el culpable del miedo o temor que su presencia inspira por su mala fama, no es por sí bastante para constituir la violencia moral."¹⁶³

Por su parte Raúl Carrancá y Trujillo refiere que "la violencia sobre las cosas es la que se ejerce para vencer los medios materiales defensivos del objeto del delito, con el empleo de medios contrarios a los normales y propios para que actúen sobre dichas defensas, a fin de que, vencidas éstas, pueda obtenerse, la libre disposición del objeto (por ejemplo romper un vidrio, cortar una cadena). Por recaer sobre las cosas, la violencia quebranta la protección que el

¹⁶³ *Ibidem*, Págs. 67-68.

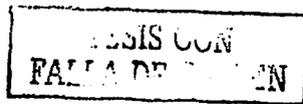
poseedor dispensa a las cosas que están en su posesión, encerrándolas, guardándolas, rodeándolas de obstáculos materiales que las defiendan; conducta con la que muestra bien claramente que su voluntad es contraria a todo género de actos encaminados a sacarlas del lugar donde se encuentran y privarle de su posesión. La violencia debe guardar relación directa con el ejercicio del pretendido derecho, debe de ser concomitante con él y no independiente de él. Si se hiciera uso de la violencia sobre las cosas para procurarse impunidad o para aprovecharse del objeto del delito mismo, se configurará este elemento del tipo.¹⁶⁴

Respecto a la violencia sobre las cosas; Maggiore "insiste en que no hay que olvidar que las cosas sobre las cuales recae la violencia deben estar en posesión de otros aunque pertenezcan al agente. Por lo tanto no comete el delito de que tratamos, el que obra con violencia sobre cosas cuya posesión exclusiva tiene actualmente. Para ejemplificar lo anterior, el autor cita el caso de una sociedad proveedora de agua, gas o energía eléctrica que, por incumplimiento del contrato o por otro motivo, corta los tubos o hilos externos que conducen el gas, agua o energía eléctrica y afirma que sólo la parte de tubos o hilos que existen en el interior de la finca, puede decirse que están en posesión del usuario."¹⁶⁵

Gran dificultad presenta la determinación de la violencia en el ejercicio de un derecho cuando el comportamiento consiste en un mero retener, como podría acontecer cuando por un motivo diverso a la voluntad del deudor a cumplir con su obligación, llegara un bien de éste a manos de su acreedor, en este caso, si el bien del cual se le ha transmitido la tenencia consiste precisamente en la prestación debida, el titular del derecho estará facultado para retenerlo aún con medios violentos al amparo de la legítima defensa, sin importar los motivos que haya tenido el deudor para entregarle el objeto, y aún en el caso de no tratarse de la prestación debida, consideramos que no se entregaría el tipo de ejercicio indebido del propio derecho ya que no habría relación directa entre la violencia

¹⁶⁴ CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL. Op. Cit. Pág. 844.

¹⁶⁵ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. Págs. 399-400.



empleada con la decisión del deudor para entregarle el bien a su acreedor y esta posesión de hecho que se le ha transmitido también está tutelada por el Derecho, pues no se le puede privar de ella sin su consentimiento sino mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes que se expidan con anterioridad al hecho.

En el Ejercicio Indebido del Propio Derecho, en la comisión del mismo, el sujeto activo exterioriza una voluntad o querer delictuoso y como consecuencia de esto, se realiza un cambio en el mundo exterior. (resultado material). Conteniendo los elementos que integran la acción como son:

a) La voluntad o el querer. Consistente en la intención que el sujeto activo del delito tiene de cometer la conducta ilícita.

b) La actividad. Consistente en la exteriorización de esa voluntad o querer por parte de un sujeto activo del delito, la cual consistirá en el ejercicio de un derecho o pretendido derecho que dicho individuo considera poseer, esto mediante el empleo de la violencia, la cual puede ser física o moral.

c) Resultado. Como consecuencia de la realización o exteriorización de la conducta delictiva, sufrirán un perjuicio las personas sobre las que recae el ejercicio de violencia que emplea el sujeto activo para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho, y por ende traerá consigo un cambio en el mundo exterior.

d) Nexo de causalidad. Debe existir un nexo causal o una relación de causalidad, entre la conducta del sujeto y el resultado; de esta forma y aplicando la Teoría de la Equivalencia de las Condiciones, tenemos que, si suprimimos una de las condiciones por las cuales se puede cometer el ilícito, éste no llegaría a producirse y no traería como consecuencia un resultado material, es decir, si en la figura delictiva que nos ocupa, Ejercicio Indebido del Propio Derecho se suprime el

empleo de la violencia para ejercitar el derecho o pretendido derecho, no se cometería el ilícito.

SUJETOS.

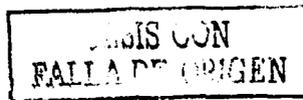
- 1.- Sujeto activo.- Es el sujeto titular de un derecho o pretendido derecho que mediante el uso de violencia intenta hacerlo efectivo y sin recurrir a las autoridades legalmente constituidas para ello.
- 2.- Sujeto pasivo del delito.- Es el titular del bien jurídicamente tutelado, en será el Servicio Público.
- 3.- Sujeto pasivo de la conducta.- Quien resiente la conducta delictiva, es decir, será aquél sobre quien se ejerza la violencia para hacer efectivo un derecho.

3.2 AUSENCIA DE CONDUCTA.

Por lo que respecta al elemento negativo del delito denominado ausencia de conducta, establecemos que si falta la manifestación de voluntad por parte del sujeto activo, es decir, del sujeto titular de un derecho o pretendido derecho que legalmente deba recurrirse al Estado para hacerse efectivo; en consecuencia, la conducta no se integraría, y por ende, por ser la conducta un elemento esencial del delito, éste último no llegaría a materializarse, y de esta forma para que tenga lugar la ausencia de conducta basta que exista una causa impeditiva de la integración del delito, como lo es la vis absoluta o fuerza física exterior irresistible, la vis maior o fuerza mayor, los movimientos reflejos, sueño, sonambulismo e hipnosis.

3.3 TIPICIDAD

Este segundo elemento positivo del delito tiene lugar cuando un sujeto realiza una conducta que encuadra perfectamente con la descripción hecha por el legislador del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho establecido en



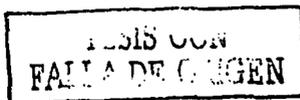
el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal, es decir, se colman todos y cada uno de los elementos del ilícito.

Con base en el análisis del artículo anteriormente citado los elementos del tipo del delito en estudio son:

ELEMENTOS OBJETIVOS.

a) Calidades referidas al sujeto activo. El sujeto activo del delito es un particular. Necesariamente deberá ser aquella persona que sea titular de un derecho y que ejercite violencia para réclamar el mismo sin recurrir a las autoridades legalmente constituidas para ello.

b) Calidades referidas al sujeto pasivo. En este caso existe dificultad para determinar quien es sujeto pasivo del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, pues no existe unidad entre la persona sobre la que recae la acción del sujeto activo y el sujeto titular del bien jurídicamente tutelado, en este caso el Estado, es decir, el servicio público (sujeto pasivo del delito). Consideramos que el sujeto pasivo de la conducta será quien resiente la conducta delictiva, en otras palabras, será aquél sobre quien se ejerza la violencia para hacer efectivo un derecho. En este último caso, el sujeto pasivo de la conducta requiere de una calidad, ya que sólo puede serlo el obligado a satisfacer el derecho de una persona titular de una pretensión (sujeto activo). En el caso de un contrato de mutuo, sólo puede ser sujeto pasivo el deudor y no cualquier persona, por lo que se concluye que sí se exige calidad respecto del sujeto pasivo en el tipo en estudio. Estas consideraciones son en razón de que siempre que exista un derecho, trae la contrapartida la obligación de otro sujeto de satisfacer el indicado derecho. Podemos concluir que el sujeto pasivo deberá ser quien tiene la potestad suficiente para satisfacer la pretensión del sujeto activo del delito.



c) Referencias temporales y espaciales. El delito materia de investigación no contiene ninguna referencia de tiempo o lugar, toda vez que no estipula tiempo determinado en el que se deba desplegar la conducta delictiva, ni tampoco un lugar específico para que se lleve a cabo el delito, por lo que podrá serlo cualquiera siempre que sea idóneo.

d) Referencias a los medios de comisión. En el delito en estudio el legislador estableció como medio comisivo el empleo de la violencia, al expresamente señalar en el mismo "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, **empleare violencia...**"; por lo cual el empleo de "violencia" es esencial para integrar la conducta.

e) Referencias al objeto material. Es la persona o cosa sobre quien recae la ejecución del delito, entonces en el delito en estudio será aquél sobre quien se ejerza violencia para hacer efectivo un derecho. Como había señalado anteriormente no debe confundirse el objeto material con el sujeto pasivo, aún cuando en ocasiones éste puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito. En el delito en estudio el sujeto pasivo de la conducta es al mismo tiempo objeto material del delito.

ELEMENTOS NORMATIVOS. En el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho los términos "derecho", "pretendido derecho" y violencia" son elementos normativos por requerir una valoración por parte del juzgador para poder captar su sentido.

ELEMENTOS SUBJETIVOS. En la descripción que hace el legislador aparece un elemento subjetivo "Al que **para hacer** efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar...", y además que dicho sujeto trató de hacerse justicia por su

propia mano. Ese es el fin o propósito del agente, ya que si el propósito del agente fuere otro distinto, el artículo 288 sería inaplicable.

CLASIFICACIÓN DEL TIPO PENAL.

I.- Por su composición. Es anormal. En virtud de que el legislador incluye en la descripción del tipo materia de estudio el elemento normativo "empleare violencia". Claramente se desprende del artículo 288 del Código Penal que el sujeto activo debe emplear violencia para hacer efectivo un derecho, y para tal suerte el juzgador debe atender a lo ordenado en nuestra doctrina para posteriormente valorarlo y aplicarlo al caso concreto. Así mismo aparece un elemento subjetivo al establecer el tipo "al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar ...". Observamos que este elemento perfila y limita el alcance de dicha figura típica, pues el derecho o pretendido derecho debe tener bases fácticas y jurídicas que le sirvan de apoyo en la idea de que el sujeto activo trató de hacerse justicia por su propia mano, el delito no existirá si falta este propósito o fin

II.- Por su ordenación metodológica. Es de tipo fundamental o básico, porque tiene plena independencia y se encuentra formado por una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado.

III.- Por su autonomía o independencia. Es un delito autónomo o independiente, pues tiene vida propia, no dependen de otro tipo.

IV.- Por su formulación. Es amplia, pues el tipo de Ejercicio Indebido del Propio Derecho se describe una hipótesis única, en la que caben todos los modos de ejecución, siempre y cuando se haga uso de la violencia.

V.- Por el daño que causan. Es un delito de daño o de lesión, pues se lesiona el bien jurídico protegido por el ilícito en estudio en virtud de que el agente se hace

justicia por propia mano sin el sometimiento que debe tener ante las normas y cauces legales.

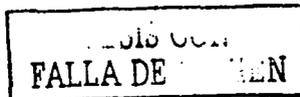
3.4 ATIPICIDAD

Tendrá lugar cuando no exista adecuación de la conducta desplegada por el sujeto activo y el tipo descrito por el legislador en el artículo 288 del Código Penal. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Las hipótesis de atipicidad son:

a) Cuando falta la calidad exigida por el tipo en cuanto al sujeto activo. Esto sería cuando el sujeto activo no sea titular de algún derecho o a sabiendo esto, ejercite violencia para hacerse justicia por su propia mano. Es importante tener en cuenta que es irrelevante si el derecho que se pretende hacer efectivo existe realmente o no, es suficiente que por una apariencia objetiva, el sujeto activo crea de buena fe que el derecho que desea ejercitar le pertenece. El delito no se modifica en ninguno de sus aspectos por la circunstancia de que el derecho ejercido fuera verdadero y realmente existente o imaginario y erróneamente supuesto, pero en este último caso debe haber circunstancias reales y tangibles, es decir, apreciables objetivamente, que hayan inducido al agente al error. Sobre el particular dice Carrara "... Por lo tanto, para la esencia de este delito es indiferente que el derecho ejercido sea verdadero y justo, o supuesto e injusto, pues el delito no está en haber violado la justicia en su sustancia, sino en haberla violado en la forma."¹⁶⁶

b) Cuando falta la calidad exigida por el tipo, respecto al sujeto pasivo. Es decir, cuando el sujeto pasivo de la conducta no es quien tiene la potestad suficiente para satisfacer el derecho de una persona titular de una pretensión (sujeto activo).

¹⁶⁶ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen V. Edit. Temis. Bogotá. 1993, Pág. 342.



c) Cuando hay ausencia de objeto o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos. Por lo que hace al objeto jurídico habrá atipicidad cuando no se dañe al servicio público y por lo que hace al objeto material tendrá lugar cuando no se haya ejercido violencia alguna sobre determinado sujeto de quien se pretenda haga efectivo un derecho.

d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias temporales o espaciales exigidas por el tipo. No opera esta hipótesis de atipicidad en virtud de que el tipo de Ejercicio Indebido del propio Derecho no exige alguna referencia de tiempo o lugar.

e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los medios de comisión señalados por la ley. Es decir, habrá atipicidad cuando no medie en la conducta del agente el empleo de la violencia, pues el empleo de la misma es esencial para integrar la conducta del delito en estudio.

f) Cuando están ausentes los elementos subjetivos del injusto, requeridos expresamente por el tipo legal. Habrá atipicidad en la conducta del sujeto activo cuando la finalidad de su conducta no sea la descrita por el legislador en el tipo penal en cuestión, es decir, que no sea "para hacer" efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar.

3.5 ANTIJURIDICIDAD

Este elemento está presente en el ilícito en estudio, ya que, para poder considerarse como tal, debe ser contrario a derecho. La antijuridicidad tendrá lugar cuando el sujeto activo emplee violencia para hacer efectivo un derecho, omitiendo la vía legal; es decir, cuando el agente se haga arbitrariamente justicia a sí mismo, por lo que dicha conducta será antijurídica y en consecuencia

se integrará el tercer elemento positivo del delito materia de la presente investigación.

3.6 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

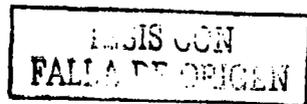
El estudio del tercer elemento negativo consiste en un análisis para determinar si en el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho opera alguna causa justificante, es decir, si estamos ante una conducta típica que está en aparente oposición al Derecho, pero que, sin embargo, no sea antijurídica por reconocerse la preeminencia de un derecho a actuar fundado en situaciones de excepción.

a) LEGITIMA DEFENSA.

Considero que la legítima defensa contemplada en el artículo 15 fracción IV, primer párrafo del Código Penal para el Distrito Federal, no puede operar como excluyente en el delito en estudio, toda vez que para que se integre ésta se necesita el elemento básico consistente en repeler una agresión, real, actual, o inminente y además injusta; por lo que no puede decirse que al reclamar un derecho violentamente el sujeto activo afirme que repele un agresión, razón por la cual no puede configurarse la causa de justificación en cuestión.

b).- ESTADO DE NECESIDAD.

Esta figura jurídica en cierto momento puede llegar a presentarse como una causa de justificación en el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, toda vez que, en la hipótesis de que una persona que ejerce un derecho empleando violencia por estar en una situación de peligro real, grave, no provocado dolosamente por el mismo y por estas razones afecta un bien jurídico tutelado del sujeto pasivo y no tiene otro medio de salvaguardarlo, aunque el sujeto activo viole o quebrante el tutelado por el delito materia de investigación



como lo es la administración de justicia, su conducta a pesar de ser típica no podrá ser considerada antijurídica.

c).- CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

El cumplimiento de un deber es una causa de justificación que podría llegar a configurarse cuando el sujeto activo realice una conducta que encuadre con el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho; un ejemplo podría ser cuando un agente de la policía judicial cumplimenta una orden de aprehensión para lo cual ejerce violencia, y como lo establece la fracción VI del artículo 29 del Código Penal "siempre que exista necesidad racional del medio empleado" para cumplir el deber, entonces estará amparado por una causa de justificación, toda vez que si bien es cierto que encuadra su conducta al ilícito en estudio, también lo es que está cumpliendo un deber, por lo tanto su conducta no se podría catalogar como antijurídica. El ejercicio de un derecho considero que podría llegar a configurarse si una persona actúa conforme a un derecho que la propia ley le concede, pues estará amparado por una causa de justificación. Por ejemplo un individuo al ejercer su derecho de libertad decide practicar un deporte reconocido y autorizado legalmente por el Estado, está ejerciendo un derecho que le concede nuestra Constitución y mediante el ejercicio de su derecho ocasiona un daño a otro deportista, como en el caso de los boxeadores, la conducta del sujeto activo no podrá ser considerada antijurídica a pesar de ser típica por permanecer dentro de los límites legales.

3.7 IMPUTABILIDAD

Cuarto elemento positivo del delito materia de investigación, el cual se presenta cuando el sujeto activo al realizar la conducta, consistente en emplear violencia para hacer efectivo un derecho y omitiendo la vía legal, conoce la ilicitud de su acto y quiere realizarlo (conciencia y voluntad), es decir, debe tener capacidad de entender y de querer.

Para ser imputable el sujeto debe tener un desarrollo mental y físico suficiente, esto es, un desarrollo mental en cuanto a que debe poseer capacidad psíquica necesaria y un desarrollo físico el cual se obtiene al cumplir la mayoría de edad y que en nuestro país es de dieciocho años.

ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA. Las acciones *liberae in causa* se presentan cuando el agente se coloca en un estado de inimputabilidad para cometer el delito de Ejercicio Indevido del Propio Derecho; como es voluntaria esta situación es imposible calificar de inimputable al agente, puesto que deseó la realización del hecho delictivo.

3.8 INIMPUTABILIDAD

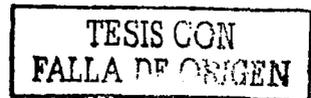
La inimputabilidad es el aspecto negativo de la imputabilidad y consiste en la ausencia de capacidad de querer y entender en el ámbito del derecho penal."

CAUSAS

El artículo 29 del Código Sustantivo de la materia abarca en la fracción VII dos grandes hipótesis:

- a) Trastorno Mental.
- b) Desarrollo intelectual retardado.

El **trastorno mental**, transitorio o permanente, opera en el delito en estudio, cuando por ejemplo el sujeto activo se halla afectado temporalmente en su capacidad de entender y querer en virtud de haber tomado un medicamento, sin que lo haya provocado él mismo o cuando un sujeto que padece de un trastorno mental permanente como puede ser un loco, imbécil o idiota y dicho sujeto ejerce un derecho empleando para tal fin violencia, aunque su conducta es típica y antijurídica, el sujeto no es imputable y por lo tanto no se le puede



reprochar el injusto penal por existir la capacidad para querer y entender. Aunque es necesario señalar que para considerar a un individuo como inimputable en virtud de un trastorno mental transitorio, es necesario comprobar este hecho.

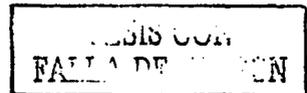
Por lo que hace al **desarrollo intelectual retardado** es una figura jurídica en la que el sujeto por faltarle su capacidad de entender y querer no puede ser considerado agente delictivo. Aunque en el delito en estudio es necesario que el sujeto tenga capacidad de entender y querer lo que está realizando para entender que es titular de un derecho y decida ejercitarlo.

Minoría de edad. Esta opera cuando el sujeto activo es un menor (no ha cumplido los dieciocho años), el cual ejercita un derecho violentamente sin recurrir a la autoridad legalmente creada para ello, pero por ser menor de edad el sujeto activo no será considerado como delincuente sino como infractor y por ello se le pondrá a disposición del Consejo Tutelar para Menores para su rehabilitación.

3.9 CULPABILIDAD

Se presenta la comisión del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho exclusivamente de manera dolosa, porque el sujeto activo tiene la plena conciencia y voluntad de usar violencia con el fin de ejercitar el derecho o pretendido derecho. Desea la realización del resultado típico.

Carrara contempla a la culpabilidad como un elemento integrante de este delito y señala que para darse es necesario que se dé un dolo especialísimo, enteramente propio de este delito y que es el conocimiento de estar realizando una cosa formalmente injusta, es preciso que el agente sepa que el derecho es disfrutado por otro y que éste no consiente en que se le prive de él y el desprecio



a la justicia consistente en que el sujeto activo reconoce que debe acudir ante la autoridad pública y la negativa para someterse a tal deber.

Señala Carrara "en ese desprecio a la justicia consiste el dolo característico del delito de autojusticia ... porque solo se hace culpable cuando sabe que no puede obrar de esa manera, esto es, cuando reconoce que su deber sería implorar la autoridad del juez, y no quiere someterse a ese deber."¹⁶⁷

3.10 INculpABILIDAD

La inculpabilidad se presenta cuando el sujeto activo del delito al emplear violencia hace efectivo un derecho y a pesar de que su conducta es típica y antijurídica no se le podrá reprochar su actuar por existir una causa de inculpabilidad.

CAUSAS DE INculpABILIDAD:

a) ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. Considero que no opera el error de hecho ni el de derecho en virtud de que, si bien en el delito que nos ocupa, el sujeto activo **actúa bajo la creencia** que ejerce un derecho, el cual puede o no ser cierto y verdadero, y tiene la idea de estar haciendo algo justo, no obstante, no operan estas causas de inculpabilidad pues el agente al emplear violencia e ignorar la justicia, a sabiendas de que debe recurrir a ella, no puede creer que esté actuando conforme a derecho, pues su conducta es totalmente antijurídica. En apoyo a lo anterior Carrara expresa en relación al ilícito de Ejercicio Arbitrario de Pretendidos Derechos Propios "la crimosidad ... consiste en la intención de reemplazar con mi autoridad la autoridad de la ley positiva o la del juez, a quien debiera recurrir para que sancionara mi derecho."¹⁶⁸

¹⁶⁷ CARRARA, Francesco. Op. Cit. Pág. 441.

¹⁶⁸ Ibidem. Pág. 437.

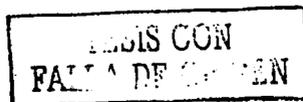
b) ERROR DE DERECHO. Este no produce efecto de exclusión del delito, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley no justifica ni autoriza su violación. Es decir, el sujeto activo del delito en estudio debe acudir ante la autoridad para dirimir su controversia, porque esto es lo que señala la ley; en caso de que dicho sujeto no acuda ante la autoridad y emplee violencia para ejercitar su derecho no opera esta causa de exclusión porque el error de derecho no favorece a ninguna persona.

ERROR ESENCIAL DE HECHO. En este caso aunque el sujeto activo considera que actúa justificadamente por ser titular de un derecho o cree serlo, su conducta no puede considerarse lícita pues el sujeto hace uso de la violencia.

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA. Considero que no opera esta causa de inculpabilidad, en virtud de que el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho es un delito en el cual no se pueden aceptar conductas culposas, además, es visible que para su configuración es menester el uso de violencia con la cual desaparece consideración respecto de la conducta realizada por el sujeto.

3.11 PUNIBILIDAD

La pena establecida para el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho la encontramos en el artículo 288 del Código Penal, misma que consiste en prisión de tres meses a un año o multa de treinta a noventa días. Esta pena se le aplicará al sujeto que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar empleare violencia; y corresponderá al juzgador determinar la que deberá imponer al sujeto activo del delito.



CONDICIONALIDAD OBJETIVA

Por lo que hace al delito en estudio contiene un elemento o exigencia establecida por el legislador en el tipo para que la pena tenga aplicación, la cual consiste en la querrela de la parte ofendida para la persecución del delito y si falta ésta no se puede perseguir el mismo.

El requisito de procedibilidad es la querrela de la parte ofendida que en este caso sería la persona que detenta materialmente el derecho y que sufre las consecuencias del ejercicio indebido del propio derecho.

3.12 AUSENCIA DE PUNIBILIDAD O EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Estas constituyen el factor negativo de la punibilidad. Para Amuchategui Requena "las excusas absolutorias constituyen la razón o fundamento que el legislador consideró para que un delito, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad."¹⁶⁹

En presencia de una excusa absoluta, los elementos esenciales del delito permanecen inalterables, sólo se excluye la posibilidad de punición. La punición "consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto."

Mínima temibilidad. Considero que en el delito en estudio no tiene lugar esta excusa absoluta, pues el sujeto titular de un derecho o pretendido derecho al ejercitar éste es necesario que emplee violencia, razón por la cual dicho agente no puede considerarse de poca peligrosidad.

¹⁶⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Op. Cit. Pág. 76.



4. FORMAS DE APARICIÓN DEL DELITO

4.1 CONCURSO

Existe una disyuntiva para determinar si se da concurso ideal o real en el Ejercicio Indebido del Propio Derecho, pues por un lado, si consideramos que tal vez este delito es una figura subsidiaria, es decir, que sólo es aplicable en el caso de que la conducta no esté descrita en otro tipo penal, entonces podría pensarse que la conducta prevista en los delitos de amenazas y lesiones que no pongan en peligro la vida del ofendido y tarden en sanar menos de quince días y un daño mínimo causado al ejercer violencia, son subsumibles en el mismo, cuando se cometan con el propósito de hacer efectivo un derecho, pues estas conductas figuran como elementos constitutivos de dicho tipo (empleo de medios violentos). Pero si al ejercer violencia, con el propósito de hacer efectivo un derecho o pretendido derecho se cometiere una conducta delictiva de mayor gravedad a las mencionadas en el párrafo anterior, el Ejercicio Indebido del Propio Derecho sería absorbido por el delito resultante en virtud de su mayor entidad valorativa, no obstante que la intención del agente haya sido hacer efectivo un derecho.

Considero que no puede darse el concurso ideal del Ejercicio Indebido del Propio Derecho con tipos penales de mayor entidad valorativa, pues son incompatibles. Afirmar lo contrario traería como consecuencia la injusticia de sancionar con mayor severidad al agente que pretendió ejercitar un derecho que al agente que se encontraba perfectamente consciente de la injusticia con que cometía la acción.

Así pues, no podrá darse el concurso ideal del delito en estudio con otros tipos cometidos con violencia ya que los absorbería o quedaría absorbido por éstos. Si el agente concurre con amenazas, lesiones que no ponen en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días o con un daño en propiedad ajena

mínimo, el Ejercicio Indebido del Propio Derecho absorbería estas conductas; por otro lado si concurre concurre con allanamiento de morada, lesiones más graves, homicidio, privación de la libertad, daño en propiedad ajena mayor, motín, piratería o cualquier otro que implique el uso de violencia, el Ejercicio Indebido quedaría absorbido por éstos.

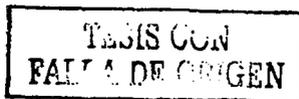
Mi opinión consiste en estimar que el delito en estudio es AUTÓNOMO, por lo que quedaría destruido de manera total la figura del Ejercicio Indebido del Propio Derecho, pues no sería aplicable en virtud de la ya existencia de otros tipos penales como las amenazas, las lesiones, el homicidio etcétera, pues al particular que con el propósito de hacer valer un derecho invada una propiedad ajena o penetre sin consentimiento del arrendatario en los locales que tiene arrendados, o tome por sí mismo el bien que había confiado en depósito y cuya restitución se le niega, etc se le impondrá una sanción no con base en el artículo 288 del Código Penal para el Distrito Federal, sino con base en el precepto que castiga el despojo de inmuebles, el allanamiento de morada, el robo, las lesiones, etc.

4.2 ITER CRIMINIS

En el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho es factible que se presente el Iter Criminis, es decir, que tienen lugar tanto la Fase Interna como la Fase Externa, ya que este ilícito es eminentemente doloso.

FASE INTERNA

Se concibe la idea delictuosa en la mente del sujeto, posteriormente medita sobre la misma y resuelve ejecutarla. El sujeto titular del derecho o pretendido derecho resolvió internamente la decisión efectiva de cometer el ilícito en cuestión. Esta etapa no es sancionada.



FASE EXTERNA

En esta etapa el delincuente transmite a los demás su idea de realizarse "justicia" por propia mano, prepara los actos necesarios para efectuar la conducta ilícita (como por ejemplo compra un arma para amenazar a su deudor) y finalmente comete el delito.

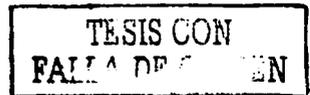
EJECUCIÓN.

A) Consumación. Se verifica cuando el agente se ha hecho justicia por sí mismo, es decir, cuando ha empleado violencia para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho. Considero que el momento consumativo tiene lugar independientemente de que el agente haya conseguido o no el fin que se propuso, ya que este delito se perfecciona con la ofensa al bien jurídico tutelado que es el Servicio Público.

B) Tentativa. Por mi parte, considero que la tentativa puede presentarse en el delito materia de estudio cuando la ejecución del delito se inicia y una circunstancia imprevista viene a frustrar la voluntad del agente.

En el delito en estudio es posible que tenga lugar tanto la **tentativa acabada como la inacabada**. En el primer caso puede ocurrir que el sujeto activo realice todos los actos encaminados a producir el resultado y éste no se produzca por causas ajenas a su voluntad; y en la **tentativa inacabada** puede ocurrir que el sujeto deje de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual este no ocurre.

Considero que en el delito de Ejercicio indebido del propio Derecho se presenta el **desistimiento** cuando el agente titular de un derecho o pretendido derecho suspende espontáneamente los actos tendientes a cometer el delito o impide su consumación.



CAPÍTULO IV.

CRÍTICA AL DELITO DE EJERCICIO INDEBIDO DEL PROPIO DERECHO

En el presente capítulo haré una exposición de los motivos por los cuales considero que el tipo de Ejercicio Indebido del Propio Derecho es una figura jurídica de gran complejidad dada la imprecisión del tipo, ya que la misma es confusa y no tiene aplicabilidad en la práctica.

1.- AMBIGÜEDAD DEL VOCABLO DERECHO.

En el ilícito materia de estudio se pretende ejercitar un derecho, pero la palabra "derecho" tiene diversos significados, por lo que es necesario precisar cuál de ellos se debe considerar para la integración del delito. Lo anterior es de gran importancia ya que, tanto el órgano investigador como el juzgador deben realizar una valoración de lo que se debe entender por este término.

El término "derecho" es muy amplio, por lo que en un estado de derecho una persona tienen muchos, los cuales tienen origen en la Constitución Política; algunos de estos son: garantías de igualdad, garantías de libertad, garantías de propiedad, garantías de seguridad jurídica.

Al hablar de garantía, de acuerdo con Couture, debemos entender "Tutela, amparo, protección jurídica. // La enumeración de derechos y deberes hecha por la Constitución política Mexicana, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma Republicana de gobierno. // Etimología: del francés *garantie* que significa garantía."¹⁷⁰

¹⁷⁰ COUTURE, J. Eduardo. Diccionario de Política. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1982. Pág. 347.

Por otro lado, Villoro Toranzo manifiesta que "la palabra "derecho" deriva del vocablo latino *directium* que, en su sentido figurado significa "lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma". "Derecho" es lo que no se desvía a un lado ni a otro, lo que es recto, lo que se dirige sin oscilaciones a su propio fin."¹⁷¹

Las garantías anteriormente mencionadas tienden a asegurar los derechos reconocidos a la persona en las normas del derecho subjetivo, entre los cuales tenemos los Derechos Civiles, los Derechos Políticos, los Derechos Sociales.

Los Derechos Civiles tienden a proteger la existencia, la libertad, la igualdad, la seguridad, la dignidad y la integridad física y moral del ser humano, comprendiendo así los derechos a la vida, a la igualdad ante la ley, la libertad de expresarse, reunirse y asociarse libremente, a la libre circulación y residencia, a no ser sometido a la esclavitud, a no ser ilegal y arbitrariamente detenido, a gozar de un juicio regular, a ser juzgado con las garantías debidas, a no ser sometido a torturas, penas infamantes o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.

Los Derechos Políticos permiten la participación de los nacionales en general y de los ciudadanos en particular en la estructura política de la sociedad de la que son miembros; ejerciendo el derecho para desempeñar todo tipo de empleo, cargo o comisión gubernamental, y gozar de ciertas prerrogativas como lo es el voto, entre otras.

Los Derechos Sociales procuran proteger a la persona misma como integrante de un grupo social. Comprendiéndose el derecho al trabajo en condiciones justas y favorables en el desarrollo del mismo, el derecho a formar sindicatos, el de seguridad social, a gozar de un decoroso nivel de vida que

¹⁷¹ VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa, México, 1978. Pág. 4-6.

incluya una buena alimentación, vivienda y a gozar de buena salud, así como el derecho a la educación.

Por su lado manifiesta Villoro que "la palabra "derecho" es un término análogo y que cuatro son los sentidos en que se usa dicha palabra:

- 1) Derecho como facultad.
- 2) Derecho como ciencia.
- 3) Derecho como ideal ético o moral de justicia.
- 4) Derecho como norma o sistema de normas."¹⁷²

Respecto al primero de ellos el mencionado autor nos dice lo siguiente: "el derecho como facultad recibe el nombre de derecho subjetivo, por atender al "sujeto" que tiene la facultad o poder (el derecho) bajo al protección de la ley, de usar y disponer de algo libremente y con exclusión de los demás. El derecho subjetivo por excelencia es el derecho de propiedad, pero también son derechos subjetivos el derecho de la patria potestad, que es la facultad que tiene un adulto de ejercer poder sobre un menor, el derecho de la legítima defensa y los derechos de los trabajadores, por no citar mas que algunos ejemplos. Los derechos subjetivos se dividen en derechos reales y personales, según que la facultad del sujeto se ejercite en primer término sobre una cosa (*res*, en latín) o se dirija a una o varias personas."¹⁷³

Dada la existencia de una inmensidad de derechos que concede nuestra Carta Magna resulta muy confuso determinar a qué tipo de derecho se refirió el legislador al crear el tipo penal de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, pues no delimitó o especificó a que clase de derecho se refiere y por ende, donde la ley no distingue, no puede el intérprete distinguir, teniéndose como resultante que el tipo penal contenido en el numeral 288 del Código Penal es insuficiente para su aplicación, por ser de complejo entendimiento para los funcionarios encargados de administrar justicia y con ello resulta la inoperancia del ilícito en la

¹⁷² VILLORO TORANZO, Miguel. Op. Cit. Pág. 6

¹⁷³ IDEM.

práctica, ya que para determinar si todo ejercicio de un derecho por medio de la violencia quebranta el bien jurídico tutelado por la norma, es necesario en primer lugar establecer qué se debe entender por el término "derecho", esto en virtud de que, puede existir confusión en el órgano competente para administrar justicia.

2.- IRRISIBILIDAD DE LA PENA.

El artículo 288 del Código Penal señala: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que deba ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de 30 a 90 días multa. En estos casos sólo se procederá por querrela de la parte ofendida."¹⁷⁴

Con un bien jurídico de gran trascendencia, como lo es el servicio público, el cual permitirá la debida Administración de Justicia para mantener la armonía en un Estado de Derecho, considero incongruente se aplique una pena alternativa muy leve.

Por lo cual, en mi opinión, no se cumple la finalidad que se propuso el legislador con la creación del tipo, misma que fue la erradicación de la autojusticia del plano jurídico.

No es explicable que aparezca como delito perseguible a instancia de parte, es absurdo ya que el bien jurídico ofendido no es de interés privado sino público, ya que incumbe a todos y cada uno los individuos que vivimos en este país: el servicio público. Se da mayor relevancia a la parte ofendida, considerando como tal a la persona frente a la que se ejercita violentamente el derecho que al ataque al servicio público, mismo que impide la debida administración de justicia.

¹⁷⁴ DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Decreto mediante el cual se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal. ... Op. Cit, Pág. 03.

3.- NO APLICACIÓN DEL TIPO EN LA PRÁCTICA.

A pesar de que el tipo penal en estudio fue creado como un mecanismo de protección para el ejercicio de los derechos concedidos por el Estado hacia los gobernados, esto es, que se erradicara la autojusticia del plano jurídico, también no lo es menos que dicha pretensión a la fecha no ha logrado el fin que el legislador perseguía con la creación del tipo penal, ya que aún existen grandes vicios en nuestra estructura social.

Considero que no hay aplicación del tipo por parte de los servidores públicos encargados de impartir justicia; esta afirmación la hago porque al realizar una investigación de campo en las agencias del Ministerio Público números 19, 20, 24, 24 BIS y 45, los CC. Agentes del Ministerio Público, los Licenciados Héctor Bautista Olmedo, Nahum Alfonso Matías Cruz, José Luis López Vences, Gerardo Gutiérrez Toledo, y Octavio Archundia Velázquez, al preguntarles si alguna vez habían ejercitado acción penal en contra de alguien por la comisión del delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho, el cien por ciento contestó negativamente.

Siendo por el anterior motivo por los cuales atribuyo la no aplicación del tipo de Ejercicio Indebido del Propio Derecho en la práctica.

4.- PROPUESTA PERSONAL.

Al quedar tan reducida la aplicación del artículo 288 en virtud de las razones anteriormente expuestas se presenta una cuestión: ¿Cuál fue el propósito de crear este tipo penal? De acuerdo con los motivos expuestos con la iniciativa del Ejecutivo, con la que se propuso la creación de este nuevo tipo, la intención fue procurar impedir la autojusticia proscrita por el artículo 17 constitucional, sancionando al titular de un derecho o al que ostentándose como tal lo ejerciera

violentemente, sin apegarse a las normas legales relativas al ejercicio de su pretensión, pero ¿acaso no estaba ya suficientemente sancionada la autojusticia con los tipos penales ya existentes?

Debemos tomar en cuenta que si el objetivo del legislador al crear este tipo penal era impedir que los gobernados se hicieran justicia por propia mano sin recurrir ante la autoridad competente para ello, no lo consiguió en virtud de que, si bien el delito en estudio consiste en "ejercer un derecho o pretendido derecho que deba ejercitarse, mediante el empleo de violencia" entonces al legislador se le olvidó tipificar la autojusticia sin violencia como en el caso de un sujeto que invade una casa ajena para buscar cosas que le fueron robadas y que supone allí escondidas, las cuales encuentra en dicho lugar y que se lleva, aprovechando la ausencia del poseedor de las mismas. Es por lo anterior que, de considerarse que el tipo penal en estudio contempla la autojusticia, solo lo hace con respecto a la que se ejerce violentamente y no la autojusticia sin violencia, razón por la cual no se cumplió con la finalidad que perseguía el legislador.

Por su parte Mantilla Molina expresaba antes de la creación del tipo penal en estudio a propósito del artículo 17 constitucional "... al particular que con el propósito de hacer valer un derecho invada una propiedad ajena o penetre sin consentimiento del arrendatario en los locales que tiene arrendados, o tome por sí mismo el bien que había confiado en depósito y cuya restitución se le niega, etc se le impondrá una sanción no con base en el artículo 17 de la Constitución sino con base en el precepto del Código Penal que castiga el despojo de inmuebles, el allanamiento de morada, el robo, las lesiones, etc."¹⁷⁵

Por otro lado Antolisei manifiesta que "No hay ninguna necesidad de contemplar como delito propio, el ejercicio arbitrario de las propias razones;

¹⁷⁵ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Sobre el Artículo 17 Constitucional Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo VIII 31-32 (Julio-Diciembre de 1958) Pags. 141 a 159.

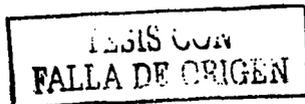
bastaría considerar como circunstancia atenuante para algunos delitos el fin de ejercitar un pretendido derecho.¹⁷⁶

Con base en lo anteriormente expuesto en la presente investigación considero que el tipo penal de Ejercicio Indebido del Propio Derecho contenido en el numeral 288 del Código Penal es letra muerta en nuestra legislación por su no aplicación en la práctica, su levisima pena consistente en prisión de tres meses a un año o multa de treinta a noventa días, el poco conocimiento del ilícito por parte de los servidores públicos encargados de ejercer la acción penal y por la falta de delimitación por parte del legislador respecto del vocablo "derecho".

Al no conseguirse el fin para el cual fue creado dicho tipo penal propongo la derogación del mismo por resultar necesario y conveniente. En todo caso bastaría la creencia de que se ejerce un derecho para determinar que el agente delictuoso no lo hace con la única intención de dañar, lesionar o despojar; sino con la intención de ejercer un derecho sobre lo que considera como suyo; razón por la cual podría considerarse como una circunstancia atenuante del delito que corresponda.

Considero que, si lo que el legislador desea es evitar que el gobernado se haga justicia por propia mano, sería conveniente que el Estado garantice la prestación del servicio público para impartir una administración de justicia efectiva, rápida e imparcial.

¹⁷⁶ ANTOLISEI. Op. Cit. Pág. 61.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- El primer antecedente del delito de Ejercicio Indevido del Propio Derecho nació en los hombres primitivos del sentimiento de venganza y del impulso de la defensa como respuesta ante la manifestación de una ofensa.

SEGUNDA.- El delito de Ejercicio Indevido del Propio Derecho encuentra su base en el artículo 17 de la Constitución Política Mexicana, consagrando como garantía de acceso a la justicia que "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes..."

TERCERA.- Atendiendo a la clasificación de los delitos, en función del resultado el delito de Ejercicio Indevido del Propio Derecho es de resultado formal y material, ya que el agente delictuoso al realizar justicia por propia mano afecta al Servicio Público, pero no causa modificación alguna en el mundo exterior; es de resultado material si dicho sujeto cometiere además otra conducta delictiva como por ejemplo el homicidio (concurso ideal). Y en razón del daño causado al bien jurídicamente tutelado el delito en estudio es de lesión por causar un menoscabo en el Servicio Público, pues todo sujeto debe hacer valer sus pretensiones por las vías legales.

CUARTA.- De la redacción misma del numeral 288 del nuevo Código Penal se desprende que el delito materia de estudio se persigue por querrela de parte, lo cual es un absurdo, pues se da mayor relevancia a un interés privado como lo es la persona frente a la que se ejercita violentamente un derecho que al bien jurídico ofendido: el Servicio Público.

QUINTA.- En el delito en estudio el legislador estableció como medio comisivo el empleo de la violencia, por lo cual este elemento es esencial para integrar la conducta. Por ende si se emplea medio diverso no se estará en presencia de este ilícito.

SEXTA.- El delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho es eminentemente doloso ya que, tanto por su forma y medios de comisión, así como por el elemento normativo en la descripción legal, sólo de manera intencional se puede cometer, no admitiendo por tanto la culpa.

SEPTIMA.- Dada la complejidad del tipo penal en estudio y la necesidad del medio comisivo "violencia" en el mismo, de cometerse este ilícito se aplicaría una sanción no con base en dicho tipo sino con base en el precepto penal que corresponda como por ejemplo homicidio, robo, lesiones, amenazas, allanamiento de morada, despojo, etcétera.

OCTAVA.- De acuerdo con el numeral 288 del nuevo Código Penal se castigará a quien comete el delito de Ejercicio Indebido del Propio Derecho prisión de 3 a 9 meses o de 30 a 90 días multa, por lo que con un bien jurídico de gran trascendencia como lo es el Servicio Público resulta incongruente se aplique una pena alternativa muy leve.

NOVENA.- La complejidad del término derecho y el poco conocimiento del tipo penal por parte del órgano investigador son factores que influyen en la no aplicación del mismo en la práctica.

DÉCIMA.- Es pertinente que el órgano legislativo discuta la posibilidad de derogar el tipo penal de Ejercicio Indebido del Propio Derecho contemplado en el artículo 288 del nuevo Código Penal en virtud de no haber conseguido el fin para el cual fue creado y por no tener trascendencia en el proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ANTOLISEI, Francesco. Delitos relacionados con las quiebras y sociedades. Versiones de Francisco Bravo y Jorge Guerrero. Bogotá. Edit. Temis. 1981. Pág. 492.
- 2.- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma. Derecho Penal. Edit. Porrúa. México, 1993. Pág. 250.
- 3.- ARILLA BAS, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. Pág. 280.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Edit. Porrúa. México. 1989. Pág. 478
- 5.- CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen V. Edit. Temis. Bogotá. 1993, Pág. 548.
- 6.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México. Pág. 285.
- 7.- COUTURE, J. Eduardo. Diccionario de Política. Edit. Depalma. Buenos Aires. 1982. Págs. 570
- 8.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Edit. Editora Nacional. México. 1989. Pág. 360.
- 9.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Principios del Derecho Penal. La ley y el Delito. Edit. Sudamericana, Buenos Aires. 1990. Págs. 380.
- 10.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Derecho Penal Mexicano. Tomo IV. La Tutela Penal del Patrimonio. Edit. Porrúa. México, 1985. pág. 365.
- 11.- LARA ESPINOZA, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal. Edit. Porrúa S. A. México, 1998. Pág. 279.
- 12.- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. Edit. Porrúa. México, 1999. Pág. 305.
- 13.- MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo I. Edit. Temis. Bogotá. 1989. Pág. 370.
- 14.- MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Barcelona. Editorial Ariel. 1981. Págs. 425.
- 15.- MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1988. Págs. 274.
- 16.- Orellana Wiarco, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. Edit. Porrúa. México. 1999. Pág. 432.
- 17.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa S. A. México, 1999. Pág. 356.
- 18.- PORTE PETIT, Candaudap Celestino. Apuntamientos de la Parte General De Derecho Penal. Edit. Porrúa. México. 1990. Págs. 388
- 19.- Porte Petit. LA REFORMA JURÍDICA DE 1983 EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. Edit. PGR, México, 1984. Pág. 246.
- 20.- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Penología. Edit. UNAM. México, 1998. Págs. 197.
- 21.- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Edit. Depalma. Argentina, 1989. Pág. 394.



- 22.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México. 1975. Págs 356.
- 23.- VILLORO TORANZO, Miguel. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa. México, 1978. Págs. 480.
- 24.- WOLFGANG, Kunkel. Historia del Derecho Romano. Edit. Ariel. Barcelona. 1975. Pág. 325.
- 25.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. V. IV. Tijuana, B.C. Cárdenas Editor. Pág. 625.

REVISTAS CONSULTADAS

- 1.-MANTILLA MOLINA, Roberto L. Sobre el Artículo 17 Constitucional. Revista de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. Tomo VIII 31-32 (Julio-Diciembre de 1958) Págs. 141 a 159.

DICCIONARIOS

- 3.-CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Edit. Heliasta. Argentina.
- 4.- DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. Edit. Porrúa. México, 1989. Pág. 496.
- 1.-ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo VII. Edit. Bibliográfica Argentina, 1991. Pág. 963.
- 5.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. Bibliográfica Argentina Omeba. Buenos Aires. 1968. Pág. 784.
- 2.- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo Americana. Tomo XXII. Edit. Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1958. Pág. 119.
- 7.-ESCRICHÉ, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Edit. Librería de Ch Bouret. México, 1888. Págs. 1745.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1.-CARRANCÁ Y TRUJILLO, RAÚL Y OTRO. Código Penal Anotado. Edit. Porrúa. México, 1987. Pág. 844.
- 2.-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa S. A. México, 2001. Pág. 16.
- 3.- DIARIO DE DEBATES. Artículos 17, 46, 115 y 116. Cámara de Diputados. Año II. Núm. 48. 23 de Diciembre de 1983. Pág.111.



4.- DIARIO DE DEBATES. Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. Cámara de Diputados. Año II. Tomo II. Núm. 45. 29 de Diciembre de 1983. Pág.11.

5.-DIARIO DE DEBATES. Dictamen relativo al proyecto de decreto que reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, 12 de Diciembre de 1991.

6.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Decreto mediante el cual se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal. 13 de Septiembre de 1984. Pág. 04.

7.- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. Decreto mediante el cual se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia de Fuero Federal, del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 30 de Diciembre de 1991. Pág. 03.

8.- GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL. Decreto de Nuevo Código Penal para el Distrito Federal. 16 de Julio de 2002. Número 96, XII época. Pág. 01.