



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" A R A G O N "

FACULTAD DE DERECHO

CAUSAS ELIMINATORIAS DE
LA ANTIJURIDICIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ARMANDO

VALENCIA

CHAVARRIA

MEXICO D. F.

1987



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.

Der-802

I N D I C E

	Página
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I	
ASPECTO GENERAL	
Antecedentes históricos.....	2
Concepto y terminología.....	4
Como aspecto negativo de la antijuridicidad..	10
Causas comunes de justificación.....	13
Abuso sobre el uso de las causas eliminatorias de la antijuridicidad.....	16
CAPITULO II	
LEGITIMA DEFENSA	
Historia.....	17
Concepto, Teorías y Fundamento.....	23
Naturaleza y sujetos de la legítima defensa...	30
Diferencia entre la legítima defensa y el est <u>a</u> do de necesidad.....	34
La agresión, el peligro y la defensa.....	36
Legítima defensa putativa.....	43
CAPITULO III	
ESTADO DE NECESIDAD	
Historia.....	46
Concepto, Teorías y Naturaleza.....	49
Requisitos del estado de necesidad.....	58

Exceso en el ataque en estado de necesidad....	61
El robo de indigente.....	63
El aborto terapéutico.....	66

CAPITULO IV

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

Historia.....	70
Concepto y Naturaleza.....	73
Deberes a que se refiere la ley.....	77
Abuso en el ejercicio de un derecho.....	79
Lesiones en los deportes y en el derecho de corregir.....	82
Tratamiento médico-quirúrgico.....	88

CAPITULO V

OBEDIENCIA JERARQUICO-LEGITIMA

Historia.....	91
Concepto.....	92
Problemática.....	95

CAPITULO VI

IMPEDIMENTO LEGITIMO

Historia.....	100
Concepto y Naturaleza.....	102
Caso fortuito.....	108
Interés social por los casos de exclusión penal	109
 CONCLUSIONES.....	 112
BIBLIOGRAFIA.....	116

INTRODUCCION.

En virtud de que las causas eliminatorias de la antijuridicidad o causas de justificación, constituyen temas sumamente amplios y complejos, pues cada una de ellas presenta innumerables problemas, me es imposible extenderme o tratar de agotar cada tema (pues de lo contrario -- crearía una enciclopedia); inclusive cada excluyente de antijuridicidad, individualmente, puede constituir un tema de tesis, más aún, cada aspecto especial.

Por lo anterior en este trabajo lo que pretendo más que nada es hacer accesible y entendible, a nosotros los estudiantes, este tema sumamente complejo, tocando únicamente los puntos y aspectos que a mi parecer son los más importantes.

Siendo la antijuridicidad un elemento esencial en la vida del delito, también lo es las causas eliminatorias, ya que su simple aparición hace que una conducta presuntamente delictuosa, no lo sea, pues está justificada legalmente. Esto es, así como la antijuridicidad es indispensable para que una conducta sea contraria al derecho, así se requieren las causas eliminatorias de la antijuridicidad para que una conducta sea conforme a Derecho.

Estas causas eliminatorias tienen su fundamento primordial en el principio del interés preponderante, es decir, lo que siempre busca el derecho en un conflicto de intereses, es la salvaguarda del bien de valor superior sobre el inferior. Pretendiendo con ello mantener la estabilidad y paz social que es lo que busca el Derecho.

C A P I T U L O I

ASPECTO GENERAL

1. Antecedentes históricos.
2. Concepto y Terminología.
3. Como aspecto negativo de la antijuridicidad.
4. Causas comunes de justificación.
5. Abuso sobre el uso de las causas eliminato-
rias de la antijuridicidad.

1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Hay que señalar que el desarrollo histórico de la anti-
juridicidad a sido muy lento y por consiguiente en
su aspecto negativo (causas de justificación). Incluso
ahora no existe un Código que establezca cuando el acto
es injusto, sino que se enumeran los casos en que la an-
tijuridicidad no existe.

Anteriormente los actos justificados eran incluidos
por las legislaciones antiguas junto a los delitos parti-
culares a que afectaban. Ejemplo de ello: la legítima de-
fensa que era tratada en la parte destinada a los homici-
dios. Posteriormente los Códigos logran el progreso de
deslindar las eximentes a la parte general, ya que éstas
operan en casi todos los delitos.

Estas causas son conocidas desde mucho tiempo atrás,
pero la mayoría de los Códigos Iberoamericanos, siguen
sin distinguir, estas causas de justificación, de los
demás motivos de exclusión penal, y los siguen arunando
en el Capítulo de las "excluyentes de responsabilidad"
(artículo 15, C.P.D.F.). Mucho más científico el Código
penal de Alemania quien para resolver este problema, es-
tableció las "Disposiciones preliminares", en cuyo Capí-
tulo IV se trata de las "causas que excluyen o atenúan
la pena", aunque se crítica el orden en que se exponen.

En el Derecho Romano no encontramos una doctrina so-
bre lo anti-jurídico en su aspecto positivo. Pero si lo
encontramos en su aspecto negativo, como la legítima de-
fensa, estado de necesidad, etc. Lo que si se advertía
en estos tiempos era el error de los jurisconsultos rese-
pecto a la naturaleza de esta figura jurídica, ya que no

consideraban excluida la antijuridicidad del acto, sino la culpabilidad, ya que argumentaban la ausencia del dolo requerido en los delitos a que esas causas afectaban.

En la Edad Media continua esa falsa creencia, así como en las Leyes de Partida de España. La legítima defensa, hacia fines del siglo XVIII, es la primera en irse reglamentando más minuciosamente y la que busca su propio sitio en la Parte General, como característica muestra de las causas de justificación, en que la antijuridicidad se encuentra ausente. A la legítima defensa le sigue el estado de necesidad, y así sucesivamente las restantes causas de exención buscan su propio lugar.

El Derecho italiano y español, anteriormente, no se ocupaban del estudio de esta figura y es hasta recientemente cuando la trata.

El Código penal mexicano de 1931 expresamente señala en su artículo 15 la legitimidad de las causas de justificación. Pero aparte de estas circunstancias detalladas en el Código que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, se encuentran otras, que en orden a una conducta concreta, producen idénticos efectos.

2. CONCEPTO Y TERMINOLOGIA.

CONCEPTO.

Por constituir las causas de justificación el elemento negativo de la antijuridicidad, considero pertinente establecer en primer término que es la antijuridicidad, para posteriormente tratar su aspecto negativo.

Así pues, tenemos que la antijuridicidad es "... El resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contrariación existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone la conducta a la norma cultural reconocida por el Estado..."⁽¹⁾

En otras palabras, es la infracción de las normas de conducta o cultura reconocidas por el Estado. Ya que la armonía de la sociedad se basa en el cumplimiento de determinadas órdenes o prohibiciones que constituyen las normas de cultura establecidas por el Derecho, es decir, de orden jurídico.

Franz Von Liszt estableció una tesis dualista de la antijuridicidad, esto es, contempla este elemento desde dos aspectos:

- a) Una conducta contraria a la sociedad (antijuridicidad material). Se caracteriza por la violación de normas ético-sociales reconocidas por el Derecho.
- b) Una infracción a la ley objetiva establecida por el Estado (antijuridicidad formal). Se caracteriza por la oposición de la conducta a la ley.⁽²⁾

(1) Vela Treviño, Sergio, Antijuridicidad y Justificación, México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A., 1976, Pág. 153.

(2) Tratado de Derecho Penal, T. III, versión española, Madrid, España: Edit. Reus, 1927, Pág. 325.

La antijuridicidad, es toda conducta contraria al orden jurídico-penal y para considerar dicha conducta contraria al Derecho, se requiere que se presenten los siguientes elementos:

1. Que la conducta sea típica, o en otras palabras, que esa conducta este encuadrada dentro de las normas prohibitivas.
2. Que no existan causas de justificación (aspecto negativo) que elimine la antijuridicidad de la conducta.

Ahora sí pasaremos al estudio de las causas de justificación.

En la actualidad el delito ha sido estudiado desde dos aspectos: en su aspecto positivo y en su aspecto negativo.

En su aspecto positivo cuando concurren en el delito todos sus elementos que lo constituyen y la ausencia o inexistencia del delito traerá como consecuencia la aparición del aspecto negativo. Así tenemos que las causas de ausencia de conducta, afectan el elemento positivo que es la conducta; las atipicidades, afectan la tipicidad; y las causas de justificación afectan a la antijuridicidad.

Es de todos conocido que uno de los elementos esenciales del delito es la antijuridicidad, es decir, que la conducta sea contraria a las normas objetivas del ordenamiento jurídico. Primeramente, debe considerarse que toda conducta humana que se encuadre dentro del articulado de la parte especial de los Códigos es por esencia antijurídico, pero puede darse el caso que en la realización del acto intervengan determinadas causas que excluyan la pena,

estas causas son las llamadas "causas de justificación".

Jiménez de Asúa, las define así: "...Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen..."⁽³⁾

Mayer, establece: "...Sin la antijuridicidad entendida como oposición a una norma de cultura no puede darse la acción inculpada; por todo esto las acciones que carezcan de antijuridicidad estarán plenamente justificadas, pues el acto u omisión humanos serán conforme a Derecho..."⁽⁴⁾

Augusto Kohler nos dice que: "...Las causas de justificación son las que excluyen la antijuridicidad de la conducta que entra en el hecho objetivo determinado en una ley penal. Como consecuencia al concurrir una de estas causas la acción imputable resulta realizada con Derecho, pues no ha sido contraria a él..."⁽⁵⁾

TERMINOLOGIA.

En este punto también considero pertinente, primero tratar la problemática de la terminología de las excluyentes de responsabilidad en general y posteriormente las

(3) Tratado de Derecho Penal, T. III, (El Delito), 2ª edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial Losada, S.A., 1961, Pág. 1035.

(4) Tratado de Derecho Penal, T. III, Traducción española, Barcelona, España: Editorial Lebor, 1937, Pág. 869.

(5) Cit. por Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano (parte general), 14ª edición, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1982, Pág. 476.

causas de justificación en especial.

Cuando una conducta reúne los elementos legal, material y moral del delito, la infracción se realiza y la pena se impone, pero pueden presentarse circunstancias internas o externas del agente que lo eximan, las internas ocasionan una inculpabilidad o una inimputabilidad y las externas dan como resultado las causas de justificación. A estas eximentes se suman las excusas absolutorias, que son causas de impunidad, ya que la responsabilidad desaparece en atención al móvil, pues el legislador, en condiciones particulares y casos concretos, juzgó conveniente, por razones de política criminal, abstenerse de penar a los autores de la acción u omisión ilícita.

Florían establece que las causas de inimputabilidad y las de justificación, tienen de común el que hacen desaparecer la culpabilidad; estableciendo las siguientes diferencias:

1. Las de inimputabilidad son subjetivas (personales) y las de justificación objetivas (reales).
2. Cuando un delito se ejecuta con la participación de varios individuos, las causas de inimputabilidad deben considerarse y estimarse en relación a cada persona, mientras que las de justificación presentan un carácter común.
3. Generalmente se admite que la inimputabilidad no suprime la responsabilidad civil, y las de justificación sí la suprime. (6)

(6) Derecho Penal (parte general), T. I, La Habana, Cuba: Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, 1929, Pág. 509.

Todas estas causas atenuantes han sido agrupadas en nuestro Código penal bajo el rubro general de "Causas excluyentes de responsabilidad" (art. 15).

Carrancá y Trujillo nos dice que esta denominación es deficiente, en virtud de que no abarca las excusas absolutorias, y nos dice que es más adecuada la denominación "causas que excluyen la incriminación", ya que su extensión genérica incluye las excusas absolutorias.⁽⁷⁾

Todas las causas de inincriminación originan la misma consecuencia: la improcedencia de la acción penal, es decir, quitan relevancia jurídico-penal a la conducta que de otra manera hubiera sido delictuosa, con todas sus consecuencias penales.

Ahora bien trataré la terminología de las causas de justificación.

Eusebio Gómez nos dice al respecto "...No es, esta, ciertamente, una denominación adecuada, porque si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito..."⁽⁸⁾

La intervención de dichas causas eliminan la delictuosidad, ya que en la conducta realizada, donde existe una causa, no aparece el elemento subjetivo que es indispensable para la existencia del delito. La licitud de ta-

(7) Las Causas que Excluyen la Incriminación (derecho mexicano y extranjero), México, D.F.: Impreso por Eduardo Limón, 1944, Págs. 281 y siguientes.

(8) Tratado de Derecho Penal, T. I, Buenos Aires, Argentina: Compañía Argentina de Editores, 1939, Pág. 536.

les actos, radica en la falta de intención y en la ausencia total de los elementos que caracterizan a la culpa: es decir, el elemento subjetivo que sigue a la acción no está relacionada a una violación de la ley sino a un hecho que la misma autoriza.

Jiménez Huerta establece también que la denominación "causas de justificación", no es precisa ni correcta. Ya que el juicio valorativo que se da a la antijuridicidad de una conducta crea un resultado negativo, lógico es que las circunstancias tomadas en cuenta para valorar la conducta como lícita actúan para impedir el nacimiento de la antijuridicidad, ya que hacen imposible su existencia y vida. Por consiguiente la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse; quien no lesiona ningún interés jurídico o quien lesiona pero actuando conforme al Derecho, no realiza una conducta antijurídica que tenga que ser legitimada. (9)

La denominación de causas de justificación tiene su origen en la época en que el concepto de antijuridicidad estaba hundido en un pozo rodeado de simples negaciones. Se denominaron así porque a través de ellas se justificaba la lesión de un interés protegido penalmente.

En las causas de justificación más que hablar de desaparición de la antijuridicidad, debe de hablarse de ausencia de antijuridicidad, ya que no está contradiciendo al Derecho objetivo; pues la conducta nunca fue antijurídica y por tanto no pudo desaparecer lo que nunca existió.

(9) La Antijuridicidad, México, D.F.: Imprenta Universitaria, 1952, Pág. 119.

3. COMO ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, y en estos casos el agente actúa en condiciones normales de imputabilidad, pero el acto realizado no es penado, ya que es justo, pues se ajusta a derecho, no es contrario a él.

El contravenir el Derecho objetivo, es decir, la antijuridicidad o ilicitud jurídica, representa el segundo requisito o elemento constitutivo del delito. Una vez comprobada la existencia de una conducta humana penalmente relevante, es decir delictiva, hay que determinar si es antijurídica, puesto que una conducta puede ser tanto lícita como ilícita; en virtud de que no todo hecho relevante penalísticamente es siempre un hecho antijurídico dada la existencia del aspecto negativo del delito, que en relación con la antijuridicidad, vendrían a ser las causas de justificación.

En ocasiones la conducta típica está en aparente -- contradicción al Derecho y sin embargo no es antijurídica por existir alguna causa de justificación. Así, las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. Por ejemplo: la legítima defensa.

La ley del mismo modo que puede determinar la ilicitud de una conducta, también puede determinar su licitud. De esa manera "justifica" la acción, esto es, vuelve conforme al derecho una conducta que debía ser contraria al derecho.

La justificación es la facultad que tiene el ordenamiento jurídico de decidir si una acción determinada es

lícita o ilícita, hacer jurídico lo que es antijurídico, fuera de estas dos posibilidades, no hay otras en Derecho. Una acción es jurídica o antijurídica.

No se justifica lo que no tiene importancia jurídica o es extraño al Derecho, sino que se justifica lo que sería antijurídico sin un mandato o permiso, sin una orden o autorización legales. Así tenemos que la razón del estudio de los aspectos negativos de la antijuridicidad, es la existencia de una conducta típica, esto es, de relevancia para el Derecho penal, que resulta del daño o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado.

Las "causas de justificación" son circunstancias de un hecho que borran su antijuridicidad objetiva (aspecto negativo), o en otras palabras, que tienen como efecto, transformar un delito en un no delito.

El concepto de lo negativo de la antijuridicidad solamente se localiza en función del concepto mismo de la antijuridicidad, y por medio del método que las especiales circunstancias de la conducta antijurídica se derivan. Iguales elementos constituyen el aspecto positivo y negativo de la antijuridicidad; la diferencia específica, estriba, en el resultado final del juicio a cargo del juez; en la antijuridicidad, se resuelve el juicio determinando la contradicción; mientras que en las causas de justificación, el resultado del propio juicio es en el sentido de haberse actuado conforme a Derecho.

Para concluir considero oportuno mencionar el incorrecto sistema casuístico de nuestro Código respecto a las causas de justificación, puesto que la aplicación de

dicho criterio, independientemente de no corresponder a una correcta apreciación jurídica, origina innumerables - injusticias, en virtud de que algunos juzgadores aplican el criterio respecto de los casos de ausencia de antijuridicidad, señalando que lo que no se encuentra expresamente mencionado no puede constituir una circunstancia - que excluya la responsabilidad. Y este error se desprende desde tiempo atrás, cuando la construcción conceptual de la antijuridicidad se desprendió del estudio y conocimiento de la legítima defensa; esto es, se obtuvo el contenido de lo positivo (antijuridicidad) a través y por medio de lo negativo (legítima defensa), de aquí se desprende que es antijurídico todo acto que no es considerado como justificado.

4. CAUSAS COMUNES DE JUSTIFICACION.

La frecuencia con que se presentaban determinadas - situaciones en la vida real y la sencillez y concreción de las mismas, originó que el legislador, como creador - de la ley penal, dogmatizara el concepto del delito por la determinación de sus diversos elementos, dando nacimiento a las causas de justificación. Pero hay que establecer que el moderno concepto de antijuridicidad ha originado la variación del alcance de las justificantes, que hoy no se agotan, como antes, en fórmulas taxativas y casuísticas, sino que pueden existir aun cuando los códigos no las establezcan.

Si el delito es un acto antijurídico y la antijuridicidad un concepto valorativo, es indudable que cuando la antijuridicidad falta, nos encontramos en plena juri-

dicidad.

El sistema primordial para reconocer la ausencia de la antijuridicidad, es acudiendo a las "causas de justificación" expresamente establecidas en la ley, ya que toda regla jurídica que permite u ordena la lesión o riesgo de un bien jurídico, le da, por lo tanto, el carácter de acto legítimo y excluye la posibilidad de incluirlo - en los hechos punibles.

El Código penal de 1931, establece en su artículo - 15 las causas de justificación (conjuntamente con las demás causas excluyentes de responsabilidad). Pero independientemente de estas circunstancias expresamente señaladas que impiden el nacimiento de la antijuridicidad, existen otras diversas, que, en orden a una concreta conducta, producen idénticos resultados, como lo son:

- El consentimiento del interesado en aquellas acciones en que el titular del bien jurídico tiene libertad de disposición.
- Existencia de un interés social preferente desvalorizador de otros intereses de menor rango y alcance.

Las causas de justificación eliminan la antijuridicidad de la conducta. La eliminación de este fundamental elemento del delito, requiere como condición, la expresa declaración legal que opere como causa de justificación.

Las causas de justificación, eliminadoras de la antijuridicidad, no se dan en el ámbito suprallegal, sino - que deben estar señaladas expresamente en la ley.

El legislador enumera y especifica estas causas de justificación, que se basan en el principio del interés

social preponderante. La conducta típica del actor, ad-- quiere la plena justificación por constituir un interés superior al interés que se vió obligado a destruir, ya - sea porque la conducta lesionadora haya consistido en re- chazar una agresión ilegítima (legítima defensa); porque se permita en una colisión de intereses la destrucción - de un bien objetivamente inferior al salvaguardado, o -- bien, porque el agente actuo ejecutando la ley, que le - impone un deber o lo faculta para ejercer un derecho.

Las causas de justificación se encuentran perfecta- mente señaladas en diversas fracciones del artículo 15 - del Código penal para el Distrito Federal, y son:

- a) Legítima defensa.
- b) Estado de necesidad.
- c) Cumplimiento de un deber o derechos legales.
- d) Obediencia jerárquico-legítima.
- e) Impedimento legítimo.

Estas causas de justificación serán desarrolladas - individualmente en la realización de este trabajo.

5. ABUSO SOBRE EL USO DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Parece ser que el hombre guarda muy profundamente - un sexto sentido, y este sentido extra es el del abuso o exceso.

Es una verdad indudable, desafortunadamente, la ac- titud del ser humano de excederse, por regla general, en toda conducta que realiza y que se encuentra delimitada.

Desde tiempos antiguos el hombre a tomado una acti- tud excesiva o abusadora en muchas de sus acciones, ejem

plo: la subsistencia de los más fuertes sobre los débiles; más recientemente la ley musulmana que permitía la amputación de la mano del ladrón (situación que establece una actitud claramente excesiva, pues no se compara el delito de robo, con el delito de lesiones); y así existen otras situaciones que denotan abuso en el ejercicio de un derecho.

Trasladando lo anterior al punto que estamos tratando, vemos que las causas de justificación no son la excepción, los autores se vieron en la necesidad, también, de tratar el asunto del exceso o abuso de estas causas de exclusión penal. Aunque hay que aclarar que este abuso puede presentarse de dos formas:

- Voluntario, esto es, que el individuo está perfectamente consciente del abuso que va a cometer y pretende evadir la sanción a su conducta mediante alguna de las excluyentes de antijuridicidad.
- Involuntario, es decir, que el individuo, dadas las circunstancias en que se presentan los hechos, ya sea el peligro inminente, el terror que se apodera de él, o alguna otra circunstancia que lo obligue a actuar en la forma que su sentido de autodefensa le dicte, aunque en ocasiones esta conducta sea excesiva.

Pero esta última situación, para desgracia nuestra, es excepcional, el juzgador más frecuentemente trata situaciones de abuso culposo, en el ejercicio de estas causas de justificación.

Para hacer más clara la anterior exposición, considero oportuno ejemplificar sobre el abuso que se comete

concretamente en algunas de las causas de justificación, y así tenemos:

1. Legítima defensa. Dado el empistolamiento que azota - nuestra sociedad, es frecuente observar que de una riña común, generalmente el que se ve perdido saca su arma y asesina a su oponente, y pretende justificarse en esta eximente.
2. Cumplimiento de un deber. Es indiscutible la actitud excesiva y abusadora de las autoridades cuando realizan su trabajo, e incluso fuera de él, es clásico el famoso "charolazo".
3. Ejercicio de un derecho. Frecuentemente se ven niños que sufren el síndrome del niño maltratado, padres -- que escudándose en la supuesta "corrección" de sus hijos, los golpean y martirizan.

Y así, es común ver abusos y excesos de conductas, algunas veces voluntarias, otras involuntarias, que pretenden ocultarse a través de las causas de justificación.

C A P I T U L O II

LEGITIMA DEFENSA

1. Historia.
2. Concepto, Teorías y Fundamento.
3. Naturaleza y sujetos de la legítima defensa.
4. Diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad.
5. La agresión, el peligro y la defensa.
6. Legítima defensa putativa.

1. HISTORIA.

La importancia indiscutible de la legítima defensa como excluyente de responsabilidad, así como su necesidad en la vida de toda sociedad, hacen que parezca insignificante todo tratado que se haga sobre la materia, a la vez explica el reconocimiento que de tal derecho de defensa se hizo, con más o menos precisión, en todos los tiempos. La legítima defensa es tan antigua como el hombre, ya que va relacionada a uno de sus más fundamentales instintos: el de conservación y supervivencia; ya Cicerón lo apuntaba en su oración Pro Milone: "Es ésta una ley innata, no escrita, que recibimos de la naturaleza misma".

Como textos conocidos de la antigüedad que ya citan la legítima defensa, tenemos: las leyes egipcias que imponían a todo ciudadano la obligación de defender a su semejante cuando le viera injustamente atacado. El Exodo, o el precepto de Dracón autorizando el homicidio cometido en defensa de la vida, de la libertad o del honor.

En Roma se conocen diversas leyes, unas y otras inspiradas en precepto expreso de las XII tablas, existiendo además algunos comentarios doctrinales.

El Derecho Canónico sostuvo también la facultad de llegar a dar muerte al agresor violento, siempre que el ataque fuera injusto y la reacción incontinenti y no ex intervalo; es decir que la defensa fuera proporcionada a la gravedad de la agresión y sin exceder los límites de la necesidad, criterio que informa después las Partidas y ha pasado hasta nuestra legislación.

Poco a poco las glosas, los comentarios y los estudios fueron destacando con mayor precisión todos los caracteres, requisitos y límites de la legítima defensa, - hasta llegar a los tiempos actuales en que se ha querido llevar a los códigos una completa cristalización de cuanto corresponde a la esencia de la eximente.

Ahora veremos a la legítima defensa en otras legislaciones:

A) Derechos Orientales.

Históricamente, la legítima defensa ya se preveía - en las legislaciones más antiguas, la encontramos en los pueblos orientales: las leyes de Manú, en la India, consagran el principio de que el que mata justamente no es culpable. En Egipto se impone por las leyes la defensa - del atacado como un deber de solidaridad entre los ciudadanos. En Israel hallamos la presunción de legítima defensa contra el ladrón nocturno, que también encontramos en Atenas, donde se admite igualmente la defensa propia y - ajena, así como la defensa del pudor, la cual ha sido tema de controversia hasta nuestros días.

B) Derecho Romano.

Este Derecho encontró un doble fundamento a la legítima defensa: la razón de la naturaleza, como ya lo establecía Cicerón y el reconocimiento universal. A Roma ya se le reconoce una verdadera teoría sobre la materia: se admiten como bienes defendibles la vida e integridad personal, el pudor e incluso la propiedad cuando el ataque a la misma va acompañado de peligro para la persona, así como la defensa de los demás, especialmente de los parientes.

Como condiciones se señalan la injusticia y la actualidad del ataque, y la imposibilidad de evitarlo de otra manera. La proporcionalidad no se formula de modo general, pero se hallan aplicaciones parciales. Los romanos tuvieron ya conciencia de la naturaleza justificante de la legítima defensa, puesto que la Lex Aquilia eximía también de responsabilidad civil al defensor.

C) Derecho Germánico.

La fragmentación y el retroceso que supone en general el Derecho germánico también hace presencia en la legítima defensa, pero al menos no se negó al atacado el derecho a defenderse hasta llegar a la muerte del agresor; ésta se consideraba como una anticipación de la ejecución de la pena. Al imponerse también al defensor el deber de reparación pecuniaria, se pone más de relieve el primitivismo del Derecho germánico, en contraste con el romano.

D) Derecho Canónico.

El Derecho canónico admitió la defensa necesaria y, por consiguiente, inmediata y proporcionada, contra la agresión injusta y actual. La doctrina más antigua distinguía una necesidad inevitable, que daba derecho a la defensa en cualquier circunstancia; y una necesidad evitable, que eliminaba la defensa en tanto podía evitarse la reacción defensiva por otro medio, como por ejemplo: la fuga. Más tarde sólo se impone la huida a quienes pueden hacerlo sin deshonra.

La moderación de la justa defensa no deja de exigirse de algún modo por el Derecho secular al requerir la -

proporcionalidad entre ataque y repulsión, y castigar como tal el exceso definitivo.

Tales ideas romanocanónicas informan el Derecho común e intermedio, y culminan legislativamente en la Carolina, procedentes de la ciencia italiana, constituyendo, al decir de Von Liszt, una exposición de la legítima defensa, tan completa y acabada, como la encontramos en ninguna otra de las demás doctrinas generales del Derecho penal, si se exceptúan las Partidas, que ya ofrecieron, dos siglos antes la misma o superior perfección. (10)

La síntesis de todo este proceso evolutivo desemboca en las siguientes condiciones impuestas a la defensa privada: injusticia de la causa, peligro actual ó inminente, e inevitable proporción entre la agresión y la defensa para no incurrir en exceso. A estos criterios se atienden los escritores del siglo XIX.

E) Derecho Comparado.

Es hacia fines del siglo XVIII cuando la legítima defensa, englobada hasta entonces en el homicidio como un episodio de este delito, se desliga de esta unión y pasa de la parte especial a la general del sistema.

Existe hoy una división respecto al comparatismo jurídico-penal en dos grandes grupos: los que tratan de la legítima defensa con ocasión del homicidio y de las lesiones. Y el otro grupo que trata de la legítima defensa en la parte general como causa de justificación afectante a todos los delitos. Los más modernos Códigos insisten en -

(10) Ob. cit., T. III, Pág. 62.

esta correcta y definitiva postura.

El Derecho angloamericano, pese a su arcaísmo, no desconoce la institución, marcando así, de algún modo, la diferencia de grado que existe entre la justificación y la mera inculpabilidad o excusa. Ya se comprende que el primero exige más requisitos que el segundo. Por lo mismo, aquél puede actuarse en defensa propia o ajena, y no impone la fuga o retirada, en tanto que el segundo sólo alcanza a la defensa propia o del pariente, y obliga a huir si se puede hacerlo. Tales distinciones se van perdiendo en la posterior evolución.

F) Legislación Mexicana.

Nuestro primer ordenamiento penal mexicano, el Código penal de Veracruz de 1835, inspirado en el español de 1822, pero corrigiendo en parte su articulado, así como enriqueciéndolo con la innovación de la legítima defensa de los bienes, disponía que: "...No estará sujeto a pena alguna el homicidio cometido en legítima defensa de la vida o de la de otra persona, o por la agresión sobre bienes propios o ajenos, la libertad o el honor..."

A su vez las legislaciones penales mexicanas posteriores han consagrado también la legítima defensa. El Código penal de 1871 la recogió en la siguiente fórmula: "...es circunstancia que excluye la responsabilidad criminal por la infracción de las leyes penales: obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho..." (art. 34 frac. IV).

La Comisión de 1912 propuso algunas modificaciones formales al texto de 1871, pero sin modificar en absoluto su contenido sustancial.

El Código penal de 1929, no estableció modificación alguna, salvo las de estilo propuestas por la Comisión de 1912.

El Código penal de 1931, a su vez, adoptó fielmente la fórmula tradicional con las modificaciones de 1929 y - en precepto especial destacó la sanción aplicable en casos de exceso: serán considerados "...como delincuentes - por imprudencia..." los que se excedan en la legítima defensa (art. 16). Como a los delitos culposos señaló el legislador sanciones leves, entre máximo y mínimo amplísimos (art. 60), fácil resulta así realizar una correcta individualización de la sanción de prisión en casos de exceso en la legítima defensa.

A la fórmula legislativa tradicional agregó el legislador de 1931 ciertos casos de presunción de la legítima defensa, nuevos en nuestro clima jurídico-penal a saber y que serán tratados más ampliamente posteriormente. El antecedente próximo de tales presunciones se encuentran en el Código penal Argentino de 1921.

En el Derecho mexicano, se ha reconocido constantemente la legítima defensa con el más alto valor justificante, e incluso un texto constitucional la reconoce como un derecho consagrado en favor de toda persona, el artículo 10 constitucional establece "...la libertad de poseer armas de cualquier clase para su seguridad y legítima defensa...". Tal consagración constitucional da a la legítima

ma defensa una elevada jerarquía jurídica de la que carecen las demás excluyentes que sólo tienen consagración en el derecho secundario.

2. CONCEPTO, TEORIAS Y FUNDAMENTO.

CONCEPTO.

La legítima defensa, la más importante causa de justificación, a sido objeto de estudio de muchos distinguidos juristas quienes dan su particular concepto pero siempre ajustándose a los elementos esenciales de la misma, como son: agresión, peligro inminente y la defensa.

Entre estas definiciones tenemos las de:

Jiménez de Asúa: "...Repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla..."⁽¹¹⁾

Pavón Vasconcelos: "...La legítima defensa es la repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el Derecho..."⁽¹²⁾

Maurach: "...Desde el punto de vista constructivo la legítima defensa supone un ataque actual antijurídico e implica una acción de defensa necesaria, practicada para rechazar el ataque..."⁽¹³⁾

(11) La Ley y el Delito, Caracas, Venezuela: Edición "A Bello", 1945, Pág. 363.

(12) Manual de Derecho Penal Mexicano, 6^a edición, México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A., 1984, Pág. 309.

(13) Tratado de Derecho Penal, T. I, Barcelona, España: Edit. Ariel, 1962, Pág. 385.

Cortes Ibarra: "...Legítima defensa es la reacción - necesaria y racional en los medios empleados contra una - agresión no provocada, sin derecho y actual, que amenaza con inminencia causar un daño en los bienes del agredido. La conducta de quien se defiende, causa un daño afectivo en los bienes del agresor, no resultando responsable por concurrir esta causal de justificación..."(14)

Cuello Calón: "...Es legítima la defensa necesaria - para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agre-- sor..."(15)

Franz Von Liszt: "...Se legítima la defensa necesaa- ria para repeler una agresión actual y contraria al Dere- cho mediante una agresión contra el atacante..."(16)

Castellanos Tena, expresa, que en general todas las definiciones son más o menos semejantes: "...Repulsa de - una agresión antijurídica y actual por el atacado o por - terceras personas contra el agresor, sin traspasar la me- dida necesaria para la protección..."(17)

El Derecho positivo mexicano, nos establece la legítima defensa en el artículo 15 frac. III, expresando:

(14) Derecho Penal Mexicano (parte general), México, D.F.: Edición al cuidado de la Librería Porrúa Hnos. y Cía. S.A., 1971, Pág. 141

(15) Derecho Penal, T. I, (parte especial), 3^a edición, Barcelona, España: Bosch-casa editorial, 1935, Pág. 341.

(16) Ob. cit., T. II, Pág. 332.

(17) Lineamientos Elementales de Derecho Penal (parte general), 15^a edición, México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A. 1981, Pág. 190.

"...Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende..."

TEORIAS.

Se distinguen dos grandes grupos de doctrinas que -- pretenden explicar y justificar la legitimidad de esta -- eximente:

- a) Los que sostienen que la legítima defensa excluye la punibilidad (excusa absolutoria), juzgándose intrínsecamente injusta.
- b) Los que la valúan como causa verdadera de justificación, apreciando el hecho como intrínsecamente justo.

Entre las más importantes de las primeras, tenemos:

I. Teoría de la "inutilidad de la amenaza penal".

Para Kant, la defensa del agredido, que causa un daño al agresor es, en si misma, injusta. Ni la propia necesidad tiene suficiente poder para transformar la injusticia en justicia. Sin embargo, la punibilidad se elimina por ser inútil la amenaza penal en la evitación de la conducta defensora del agredido. (18)

II. Teoría de la "causa psíquica".

Puffendorf nos dice que el agredido, ante la inminencia del peligro, sufre una perturbación mental que lo convierte en inimputable. Fundamenta esta eximente en la per

(18) Citado por Díaz Palos, Fernando, La Legítima Defensa, Barcelona, España: Edit. Bosch, 1970, Págs. 21 y siguientes.

turbación anímica causada por la inminencia del peligro.⁽¹⁹⁾

III. Teoría de la "colisión de derechos".

Teoría famosa y controvertida creada por Von Buri, quien expone con firmeza que, ante el conflicto punitivo suscitado entre dos bienes, el Estado debe preferir la destrucción del menos importante, y tiene este carácter el del agresor por desplegar su comportamiento al margen de toda justificada legalidad.⁽²⁰⁾

IV. Para la Escuela Positiva con Ferri y Fioretti, la legítima defensa representa el ejercicio de un derecho, el cual se pone de manifiesto al rechazar una agresión de naturaleza injusta evidenciadora de peligrosidad y fundamentalmente del carácter antisocial del agresor. Ferri -- sostiene que la legítima defensa es positiva y objetivamente lícita, porque el obrar del agredido que repele la agresión es subjetivamente justo por no estar determinado en móviles antisociales, contrarios al deber jurídico.⁽²¹⁾

En el segundo grupo de doctrinas, tenemos:

I. Teoría "del derecho de necesidad".

Hegel afirma que la agresión injusta es la negación del derecho, la legítima defensa, la negación de esa negación y, por tanto, la afirmación del Derecho, resultando intrínsecamente justa. Para este filósofo (más que jurista), en la necesidad se funda el sacrificio del bien.⁽²²⁾

(19) Ob. cit. Pág. 22.

(20) Ibídem, Pág. 23.

(21) Ibídem, Pág. 24-25.

(22) Ibídem, Pág. 26-27.

II. Teoría de la "defensa pública subsidiaria".

Carrara, perteneciente a la Escuela Clásica, funda - su punto de vista en esta teoría, al sostener la titularidad del Estado sobre el derecho de defensa. En ocasiones, argumenta, el individuo no puede recurrir a él en demanda de su ejercicio, en virtud de lo cual "...la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública esta imposibilitada de actuar...". Lo anterior lo lleva a considerar la defensa privada como una defensa pública subsidiaria y que la función de castigar cesa en la sociedad - cuando la defensa privada puede ser eficaz y la pública - es impotente. (23)

FUNDAMENTO.

Al igual que en el estado de necesidad, en la legítima defensa se da una evolución doctrinal que va desde la mera excusa a la justificación, de lo subjetivo a lo objetivo, hasta el punto de que los autores, sobre todo alemanes, consideran el derecho de necesidad como categoría genérica, de la que son especies la legítima defensa y el estado de necesidad.

A) La legítima defensa como causa de impunidad.

En la progresión doctrinal hasta alcanzar el verdadero fundamento de la legítima defensa, la etapa más primitiva corresponde a esta posición. Kant es la cabeza filosófica de esta postura, de acuerdo con su doctrina más general, que basa el derecho de punir en la justicia absoluta: la necesidad implicada en la defensa no puede transformarse en justicia la injusticia, y la reacción defensiva

(23) -----
Ibidem, Pág. 28-29.

sigue siendo antijurídica, de modo que si no se castiga es porque la necesidad no tiene ley y la represión se -- tornaría inútil.

La inconsecuencia Kantiana se percibe enseguida, pues si funda la pena en un imperativo categórico de justicia, no se comprende cómo luego la suspende por razones de necesidad u oportunismo.

B) La legítima defensa como causa de inimputabilidad o de inculpabilidad.

A este grupo pertenece la doctrina de Puffendorf o de la violencia moral, pues funda la legítima defensa en la perturbación del ánimo que en el agredido produce la inminencia del ataque.

La crítica a esta doctrina se da en razón de que la perturbación del ánimo no puede pretender fundamentar la eximente, y a lo más que puede aspirar es a evitar el reproche de culpabilidad cuando hubo exceso en el defensor, sea al calcular el propio peligro, sea en los límites de la reacción.

C) Teorías Mixtas o Eclécticas.

Aquellas doctrinas que, si bien contienen un pensamiento inicial correcto, luego se extravían en sus consecuencias, desembocando en una fundamentación subjetiva, ajena, como sabemos, a las causas de justificación, de base eminentemente objetiva. Entre estas doctrinas tenemos la de "colisión de intereses" de Von Buri y la doctrina positivista, ya vistas con anterioridad.

D) La legítima defensa como causa de justificación. Con Hegel, pasamos ya a la fundamentación jurídica

de la legítima defensa, con su teoría "del derecho de ne-
cesidad" (ya vista).

La legítima defensa es un derecho primario, consa-
grado por la naturaleza y el Derecho positivo, que no ad-
mite formas subsidiarias de ejercicio (Teoría de la sub-
sidiaridad, Escuela Clásica), una vez que se reconozca -
la existencia de una auténtica situación de ataque inju-
sto y se use de tal derecho en los límites señalados al -
mismo.

En términos de técnica juridicopenal, la legítima -
defensa es una causa de justificación y como tal se fun-
da en el principio del interés preponderante, siempre se
actuará en favor del legítimo (defensor) y no del ilegí-
timo (agresor), y por ello la legítima defensa siempre -
es una causa de justificación.

Por ser una primordial justificante, la legítima de-
fensa es de carácter objetivo, y de este carácter se de-
rivan las siguientes consecuencias:

1. No cabe la defensa contra el que, a su vez, se defien-
de legítimamente, esto es, no puede hablarse de "legí-
tima defensa recíproca".
2. Como causa de justificación que es, ampara a todos los
participantes en ella, posibilitando la legítima de--
fensa de tercero.
3. Al no haber antijuridicidad, no puede derivarse res--
ponsabilidad civil alguna.

Carrancá y Trujillo nos dice que la defensa privada
se legitima, tanto por la necesidad, como por la ausencia
de temibilidad en el sujeto, revelada por sus motivos y
fin.

3. NATURALEZA Y SUJETOS DE LA LEGITIMA DEFENSA.

NATURALEZA.

Hoy nadie discute el carácter objetivo de la legítima defensa, como excluyente de antijuridicidad. Por eso se admite que se extienda a personas y bienes ajenos.

La defensa es legítima o excluye la antijuridicidad del acto en que consiste o del daño que al ejercerla se causa, cuando con ella se rechaza un ataque injusto, pues existe para el Estado una preponderancia indiscutible en el interés de mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos que forman el orden social, sobre la posibilidad de que se cause daño al agresor de esos derechos y, por tanto, transtornador del orden público, con el fin de paralizar su ataque.

En vano se han buscado razones para explicar por qué es más valiosa la vida del agredido que la del agresor, o por qué lo son la integridad, el honor o los bienes económicos de una persona, frente a la vida de aquel a quien se mata para impedirle que lesione, ofenda o robe; la comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino entre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo que se ha convertido en un transgresor de la ley y una amenaza pública, pues si es verdad que a todos los hombres se ha garantizado la vida y el disfrute de los mismos bienes jurídicos, esto es mientras observen un mínimo de solidaridad y de res-

peto para los demás y para la comunidad en que viven, y no hasta el grado de permitirles que destruyan el orden y el bien común al amparo de aquellas garantías.

Por eso se afirma que en la legítima defensa está - de por medio siempre un bien más valioso, y por eso es - jurídico el sacrificio del interés que (socialmente) resulta menor, aun cuando desde puntos de vista individuales pudiera parecer igual o mayor. Todas aquellas afirmaciones sobre ausencia de la protección pública, otorgada al Estado en su función de policía o la recuperación de esa facultad de defensa, ante la inminencia del peligro, etc., no son sino modos personales de sentir el problema o de intuir su solución; enfoques o puntos de vista parciales sobre las condiciones de necesidad o legitimidad del medio empleado para garantizar la supervivencia de - todo Derecho, aun fuera del alcance y de la protección - de las autoridades públicas, lo que significa el manteni- miento del orden y de la estructura social.

SUJETOS DE LA LEGITIMA DEFENSA.

Los seres humanos son los únicos que pueden interve- nir en la legítima defensa, ya como sujeto activo o como pasivo, puesto que son los únicos que pueden ejercer el derecho, resulta evidente que sólo respecto a los mismos pueden plantearse los problemas sobre la responsabilidad y, por tanto, sobre su exclusión; y tampoco puede reali- zarse sino contra los seres humanos porque en la esencia de la eximente está el sacrificio de un derecho pertene- ciente al agresor, y sólo pueden ser titulares de dere- chos las criaturas humanas.

1. Sujeto activo de la defensa.

Es evidente que toda persona humana puede defenderse. El problema comienza a complicarse si se entiende -- que la capacidad de defensa debe coincidir con la capacidad juridicopenal o imputabilidad, o es independiente, de modo que el enajenado o el menor puedan válidamente defenderse. Villalobos nos dice que siendo un ser humano el que ataca y suponiendo necesario lesionar los intereses o la persona misma del agresor, como el único medio de rechazar o paralizar el ataque, se ha sostenido que los actos que se ejecutan corresponden al concepto de la legítima defensa, aun cuando tal agresor sea un inimputable o subjetivamente se halle excluido de culpabilidad, pues entre los requisitos que legitiman la defensa no está el de que los agresores sean culpables sino sólo el de que su ataque sea antijurídico. Matar, herir, golpear o destruir sus armas al loco que nos ataca, o privarle su libertad mientras se avisa a las autoridades del peligro que representa, si lo hecho es el único medio de preservar nuestra vida o nuestra seguridad, se ha considerado como un caso específico de legítima defensa y no como un caso genérico de necesidad. En contra existe la opinión radical de quienes no admiten el carácter objetivo de la antijuridicidad y equiparan ésta, con la imputabilidad o la culpabilidad. (24)

En el supuesto caso y si se admitiera que el ataque

(24) Derecho Penal Mexicano (parte general), 2^a edición, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1960, Pág. 383.

de un demente produce una situación de necesidad y no un caso de legítima defensa, sólo quedaría reconocido el derecho para repeler tales agresiones mediante daños inferiores a los que amenazan, o sea que nunca se podría usar la violencia personal contra el robo o allanamiento de morada, y nunca se justificaría la muerte dada al agresor aun cuando la amenaza fuera también de muerte, por ser esta un mal equivalente y no mayor al que se causaría para evitarlo.

2. Sujeto pasivo de la defensa.

No hay dudas cuando el agresor es una persona humana, incluso si es un inimputable (enajenado, menor), de acuerdo con la tesis mayoritaria que asigna a la antijuridicidad o injusto carácter objetivo, de suerte que el loco, el ebrio o el niño que agreden cometen un acto antijurídico, aunque no sean culpables. Así mismo el inimputable es capaz de acción antijurídica y por ello el acto le es atribuible, aunque no le sea imputable jurídicamente.

Cuando el ataque lo recibamos de los animales o cosas, sólo se presumirá la legítima defensa, cuando lo anterior sea utilizado para la agresión y para defendernos de la misma lo destruyamos.

Así mismo podemos hablar de legítima defensa contra actuaciones arbitrarias de la autoridad, o cuando es una muchedumbre la que agrede, será preciso distinguir: si en el ataque se singularizan determinadas personas, ya que en caso contrario, no encuadra en el plano de la inculpabilidad.

4. DIFERENCIA ENTRE LA LEGITIMA DEFENSA Y EL ESTADO DE NECESIDAD.

Se ha dicho que la legítima defensa no es más que un estado de necesidad privilegiado y se afirma que ambas causas justificantes son parte de un derecho de necesidad. Es sumamente controvertida esta afirmación, pues la necesidad no es el fundamento de la legítima defensa, ni el estado de necesidad puede justificarse hasta el punto de decir que la necesidad no tiene ley. Por lo demás, entre una y otra institución justificante hay sustanciales diferencias.

La legítima defensa es una reacción y el estado de necesidad una acción; la primera es un contra-ataque y el segundo un simple ataque. Tiene la forma de reacción, cuando para liberarnos de un peligro inminente, rechazamos al mismo que con él nos amenaza y, por necesidad de nuestra defensa, no nos limitamos a la simple repulsa del ataque, sino que llegamos hasta la ofensa del agresor

Mientras en la legítima defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor (matar, robar, violar, etc.) y el bien jurídicamente protegido del atacado (vida, honor, libertad, propiedad, etc.); en el estado de necesidad, estricto sensu, el conflicto se produce entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes jurídicos, igualmente protegidos por las leyes; en el robo que comete el hambriento se hallan en colisión el derecho a la vida del que roba, y el derecho patrimonial del despojado.

En el estado de necesidad el peligro tiene origen diverso y hasta por lo común es consecuencia de aconte-

cimientos naturales o accidentales, mientras que la legítima defensa surge debido a un ataque previo.

Manzini piensa, por su parte, que junto a la falta de relación con el peligro -que experimenta el necesitado- de la persona que sufre la acción de quien salvaguarda el bien en conflicto con el suyo, ha de señalarse igualmente que éste "...en ningún caso se dirige contra una persona imputable (como ocurre en la legítima defensa), sino que se dirige siempre contra el interés público tutelado por el precepto penal violado..."⁽²⁵⁾

Otra diferencia que encontramos, es que mientras en la legítima defensa el concepto de agresión exige un derecho o un sujeto de derecho, el estado de necesidad se refiere al de salvación, peligro o daño, que denota hechos objetivos. Por eso el estado necesario no va propia-mente contra una persona (aunque a veces lesionan incluso un bien personal), sino contra el bien en conflicto con el nuestro o con el ajeno que salvaguardamos, y a menudo contra un animal o contra un objeto, como por ejemplo: cuando derribamos la pared contigua del lugar donde peligra una persona, sofocada por el humo del incendio o amenazada por las llamas.

Así mismo, los actos de legítima defensa se dirigen a defender o restablecer el derecho frente a la injusticia, mientras que quien actúa en estado de necesidad pretende salvaguardar un derecho a costa de otro derecho.

De las anteriores diferencias establecemos la gran

(25) Tratado de Derecho Penal, T. II, Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar, 1948, Pág. 417.

separación que existe entre la legítima defensa y el estado de necesidad, sin que existan motivos para que se les estudie estrecha o equiparadamente. Pues mientras en la primera parece haber terminado su evolución y hallarse en el apogeo de su figura técnica, con carácter propio y definido de causa justificante; el segundo se encuentra todavía en una de las fases de su desarrollo, y su contenido vacilante y heterogéneo, no ha podido concretarse técnicamente, de modo unánime, ni aun siquiera para aclarar su lugar en la clasificación de las causas de justificación.

5. LA AGRESION, EL PELIGRO Y LA DEFENSA.

A) LA AGRESION.

Jiménez de Asúa nos dice que es "...El acto con el que el agente tiende a poner en peligro o lesionar un interés jurídicamente tutelado..."⁽²⁶⁾

La agresión debe incorporar los siguientes elementos:

- a) Sin derecho.
- b) Actual.
- c) No provocada.

a) Sin derecho. La agresión debe ser ilegítima, es decir, sin derecho. La legítima defensa es una institución exigida para evitar un mal injusto, por eso no es agresión, en su connotación jurídica, la introducción de la autoridad a una vivienda a fin de cumplir una orden de cateo. De aquí que sea admisible la legítima defensa contra los abusos de la autoridad o cuando no obren en

(26) -----
 Ob. cit., Pág. 160.

ejercicio de sus funciones.

Se rechaza, por considerarse absurdo en la realidad jurídica, la legítima defensa contra la legítima defensa: quien obra amparado en esta causal justificante, no desarrolla una agresión, sino una reacción legitimada; por ello subsiste la responsabilidad del agresor que priva de la vida al agredido cuando éste ejercitaba su derecho de defensa.

b) Actual. La agresión que involucra un inminente peligro, debe, además, ser actual, no pasada ni futura. Antes del ataque no existe mal que conjurar, es innecesaria la autodefensa; después de consumado el mal, es inútil y ya se consideraría como venganza.

Jiménez Huerta al respecto nos señala "...no se actúa en defensa legítima cuando ha cesado totalmente el peligro que originó la agresión, ya que por haberse esfumado la situación de necesidad que fundamenta la legítima defensa, el agente carece de derecho para actuar por sí. Si el mal que nos amenazaba se ha realizado plenamente, no existe legítima defensa, sino acto de venganza de inequívoca índole antijurídica..."(27)

La defensa o reacción debe ser precautoria y no vengativa.

La agresión actual engendra el peligro inminente de daño, de ahí que al cesar éste, se desvanece aquélla. En otros términos, mientras subsiste la amenaza del peligro la agresión sigue siendo actual.

(27) -----
 La Antijuridicidad, México, D.F.: Imprenta
 Universitaria, 1952, Pág. 262.

c) No provocada. La agresión no debe ser provocada por quien pretende la legítima defensa.

Esta explicable y justificada hipótesis, no elimina la responsabilidad de aquellos sujetos que pretenden ocultar verdaderos delitos en una aparente y artificiosa legítima defensa, ya sea buscando ser agredidos o provocando maliciosamente.

Actualmente entre los penalistas, han surgido dificultades para determinar los alcances jurídicos del concepto "provocación". ¿Cualquier provocación por insignificante que sea, neutraliza la procedencia de esta exculpante?. La provocación debe ser suficiente, es decir, idónea subjetiva y objetivamente para explicar satisfactoriamente el ataque del provocado.

No debemos pasar por alto que, entre la provocación y la agresión del provocado debe regir un principio de proporcionalidad. El justo equilibrio entre estos dos factores determina la provocación suficiente.

En estos casos, el juzgador deberá apreciar con prudencia, y mediante un proceso empírico cultural, dadas las circunstancias especiales, los factores provocación y agresión, concluyendo si aquella fue o no suficiente.

B) EL PELIGRO.

De la agresión debe derivarse un inminente peligro de daño, un mal próximo, inmediato, que amenaza causar daño en la persona, bienes y honor del agredido o de un tercero.

En lo relativo, la fracción III del artículo 15 del C.P.D.F., expresa: "...Repeler el acusado una agresión -

real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de -- bienes jurídicos propios o ajenos...". Sólo una interpretación extensiva, nos hace incluir como bienes defendi-- bles todos los derechos.

El concepto "bien jurídico" debe interpretarse, involucrando no sólo los bienes materiales o patrimoniales, sino también aquellos de carácter preponderantemente social o de interés comunal o social (ejemplo: delitos contra la seguridad pública).

La fórmula extensiva con que se interpreta el concepto "bien jurídico", también abarca la noción jurídica de "honor" que es delimitada por el legislador, encuadrándola en los "Delitos contra el honor" y se enumeran los de injurias, difamación y calumnias; de ahí que sólo existirá legítima defensa del honor, cuando la repulsa se dirija a la evitación consumatoria de cualquiera de los delitos expresados.

C) LA DEFENSA.

La defensa constituye el ataque legitimado. Es la -- reacción racionalmente necesaria, dirigida a repeler y -- nulificar el peligro de daño, derivado de la injusta a-- gresión.

La defensa debe apreciarse objetivamente. Son irrelevantes los profundos propósitos del sujeto. Lo que importa es el fin de defensa puesto por el agente en su -- acción y no una interna decisión que bien puede ser anti jurídica.

Otro aspecto que debemos contemplar, es la necesi-- dad de la repulsa, que encuentra su expreso reconocimien

to en la ley.

La defensa es legítima cuando racionalmente es necesaria. De aquí se deriva también un principio de proporcionalidad entre el bien que la agresión quebrantaría y el daño causado por la reacción defensiva.

El derecho a la defensa debe ejercitarse con moderación y límite necesario. Los jueces deberán apreciar los factores enunciados prudentemente y conforme a normas -- empíricas y culturales, teniendo un especial destaque -- las circunstancias del caso concreto.

Mención especial merece hacerse de las medidas preventivas o defensas mecánicas. Son medios defensivos dispuestos exprofesamente, para que, obrando automáticamente, repelen la agresión. Tales son los vidrios colocados en las alturas y superficie de muros o bardas, setos o alambres electrificados, etc.

Considero importante y conveniente hacer mención especial sobre la "Legítima Defensa Privilegiada o Presu-- puestas de la Legítima Defensa". Nuestro Código penal establece dos situaciones en las cuales no se requiere como elemento imprescindible el previo ataque o agresión, sino que ésto se presupone por las circunstancias en que se presenta el hecho, y estos dos casos son:

- I. Cuando se cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio -- donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto

de los que tenga la misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

II. Cuando se cause un daño a un intruso a quien sorprenda en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

Lo anterior se desprende de la importancia trascendental que tiene mantener la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos en sus propios domicilios.

La nocturnidad, la existencia de caminos y lugares deshabitados, etc., ha hecho que desde tiempos antiguos se establezca el derecho a defenderse ante los primeros indicios graves de agresión y sin esperar a tener una certeza absoluta de la misma, ya que mientras esta se presenta, podría originar consecuencias irreparables. Los argumentos requeridos para respaldar el procedimiento defensivo consiste en señalar los indicios suficientes para presumir la agresión y consagrar legalmente tal presunción a fin de quedar amparado por la figura jurídica de la legítima defensa, mientras no se demuestre lo contrario.

En estos dos casos de verdadera angustia, la ley no ha hecho otra cosa que consagrar y reconocer la legitimidad de un procedimiento racional de auto-defensa, previniendo vacilaciones y posibles injusticias que, de no in-

terponerse una presunción legal favorable, sucederían al exigir al acusado que presentara pruebas directas, inequívocas e irrefutables de una agresión real y que amenazara con daños conocidos o determinados, para establecer si -- eran de mucha o de poca importancia comparados con el que se causó al agresor, situación que consideraría injusta, en virtud de que las personas al verse en peligro hacen -- que entre en función su instinto de supervivencia sin reparar en consecuencias futuras.

Para concluir veremos que al comparar estos dos especiales preceptos con la reamentación general de la -- defensa legítima, surge a simple vista la situación de -- privilegios creada para dichas hipótesis, esta situación de privilegio tiene un doble alcance:

1. Jurídico-penal. Desde este punto de vista, significa una expresa derogación del principio rector del "interés preponderante" que establece la regla general de la legítima defensa, ya que elimina la característica esencial que permite la ubicación del interés preponderante, como lo es el que se actúe "sin derecho", pues esta frase no aparece incluida en la redacción -- de las dos hipótesis mencionadas. Rompiendo así, el -- criterio de la proporcionalidad, puesto que el alcance de las dos presunciones susodichas se extiende, por expresa disposición de la ley ha "cualquiera que sea -- el daño causado al agresor".
2. Jurídico-procesal. Desde este punto de vista representan un privilegio en materia de prueba, pues mientras en los casos comunes de legítima defensa los princi--

pios generales imponen al inculpado la carga de la -- prueba, en las hipótesis descritas se establece en su favor una presunción que le exime de acreditar la necesidad racional de defenderse, en que se encontraba.

6. LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA.

Con este nombre suele estudiarse el error que no se refiere a los medios ni a particularidades sobre el modo de ejercer la defensa sino al presupuesto básico de la -- agresión. El sujeto se cree víctima de una agresión violenta, con el peligro inminente que le es anexo, y actúa como si se defendiera, ejecutando actos y causando daños que él reputa o tiene, erróneamente, como legítima defensa. Se trata, por consiguiente, de un relevante caso de error de prohibición, por oposición al error de tipo.

Recordemos que el error de tipo puede recaer lo mismo sobre características fácticas que jurídicas, en cuanto que unas y otras están o pueden estar insertas en el tipo. Por el contrario, el error de prohibición puede incluir un error de hecho, como sucede cuando recae sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: quien cree ser agredido sin serlo y mata al supuesto agresor, realiza el tipo de homicidio, puesto que es consciente de que mata. No hay, por tanto, error de tipo, pero yerra sobre el presupuesto fáctico esencial de la legítima defensa, que es la existencia de una agresión ilegítima, y este error de hecho que incide sobre la justificación es error de prohibición.

Centrada así la naturaleza de esta eximente putativa, los efectos no pueden ser otros que los que se predi

can respecto de error como causa general de inculpabilidad, a saber, la eliminación del dolo (por faltar un importante fragmento de su elemento intelectual: el conocimiento de la significación antijurídica del hecho) y aún la erradicación de la culpa, si el error es esencial y -vencible.

Jiménez de Asúa nos orienta al respecto, al discriminar el error invencible negador de la culpa en la legítima defensa subpuesta o putativa. (28)

El punto de partida es el paralelismo existente entre lo imaginario y lo real, es decir, que el sujeto crea que se dan todas las condiciones o requisitos de la legítima defensa.

Mas cuestionable resulta que el error pueda recaer sobre la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión.

En resumen, la invencibilidad del error en la defensa putativa da paso a la inculpabilidad y la vencibilidad del error sobre cualquiera de los requisitos de agresión y defensa genera siempre culpa.

En caso de que la pretendida defensa putativa no tuviere por causa el error, subsistiría la responsabilidad dolosa, a menos que concurriera otra eximente putativa - (estado de necesidad o coacción en la mente del autor) u otra causa de inculpabilidad (miedo insuperable).

De lo anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

1. La defensa putativa, en cuanto causa de inculpabili--

(28) Ob. cit., T. VI, Pág. 551.

dad que es, sólo ampara al sujeto activo de la misma pero no a los partícipes en la defensa a quienes no - afecta igualmente el error.

2. El que sufre la reacción defensiva supuesta puede defenderse legítimamente, o como dice Maurach, cabe propia legítima defensa frente a supuesta legítima defensa. (29)
3. La defensa putativa genera responsabilidad civil.

Villalobos nos dice que demasiadas veces se ha dicho que el que actúa por error inculpable, que recae sobre - la esencia del acto, tiene a su favor una excluyente de culpabilidad; ⁽³⁰⁾ Sin embargo existen algunas interpretaciones de nuestro derecho, como las que ha sostenido Fernando Arilla Bas o Raúl Carrancá y Trujillo, respecto a que cuando el individuo actúe de buena fe, en condiciones objetivas que le hagan pensar fundamentalmente en una agresión y en un peligro verdadero, comete un delito doloso. ⁽³¹⁾

(29) Ob. cit.. Pág. 388.

(30) Ob. cit.. Pág. 394.

(31) Cit. por Carrancá y Trujillo, Ob. cit..
Pág. 558 y siguientes.

C A P I T U L O I I I

ESTADO DE NECESIDAD

1. Historia.
2. Concepto, Teorías y Naturaleza.
3. Requisitos del estado de necesidad.
4. Exceso en el ataque en estado de necesidad.
5. El robo de indigente.
6. El aborto terapéutico.

1. HISTORIA.

a) Derecho Romano.

Esta figura jurídica también fue objeto de estudios del Derecho romano y es en dicha época cuando relativamente fue sistematizada, con la Lex Aquilia, la Lex Rhodia de Jactu y la de incendio, ruina, naufragio rate nave expugnata, dichas leyes establecían la impunidad al capitán que soltara el ancla de otro buque cuando la suya se hubiese enredado a ella, al que dañara la casa vecina para salvar su propia casa en un incendio, al que arrojara al mar las mercancías del barco con la intención de evitar un naufragio. En tales casos el acto era lícito, carecía de dolo. Aunque a partir de aquí surgen las primeras muestras de contradicción e incertidumbre respecto a la naturaleza de esta eximente.

b) Pueblos Orientales.

Tenemos que las más antiguas legislaciones ya admitían esta excusa para los actos ejecutados en estado de necesidad. Las Leyes de Manú establecieron dos casos de estado de necesidad:

1. El robo de famélico, para evitar el peligro de morir de hambre.
2. El falso testimonio, como medio de salvación de un Brahman.

En los Tratados de los Rabinos y en el Derecho griego figura el principio de que la necesidad no tiene ley.

La Constitución Criminal de "La Carolina" de 1532, declaró el robo famélico impune: "...si un robo de alimentos ha sido verdaderamente necesario por el hambre que

sufría el autor del robo, su mujer o su hijo, y si el robo fuese considerable y manifiesto, los jueces deliberarán de nuevo, como se ha dicho; cuando el ladrón sea declarado impune, no tendrá acción alguna contra él el demandante, por la acción presentada..." (art. 166). Este caso fue objeto de estudio de los juristas de la Edad Media, debido a que este tipo de delito era frecuente a consecuencia del hambre que asolaba a los pueblos de esa época.

c) Derecho Canónico.

Hace alusión constantemente al principio de la necesidad, exigiendo para ello la presencia de los siguientes elementos: que la necesidad sea inevitable y presente; que sea verdadera y no simulada, y que no se deba a culpa de quien la sufre. Es objeto de controversia el hecho de que el estado de necesidad se admitiera para salvar bienes jurídicos diversos a los de la vida o la integridad corporal, pero la mayoría de los autores concuerdan en que no es admisible.

d) Derecho Germánico.

Fundamento esta justificante en dos principios:

1. El principio de que la necesidad no tiene ley, amparó estados de necesidad principalmente relativos a viajeros, indigentes y mujeres embarazadas.
2. El principio del sentimiento de solidaridad, sentimiento muy profundo que tienen los germanos: la asistencia jurídica es, a su juicio, un deber, cuya violación se castiga con penas.

e) Derecho Español.

A través de las Partidas y las codificaciones de -- 1822 en adelante, admiten también la excención de responsabilidad para quien actua necesitado por las circunstancias.

Las Partidas establecieron dos casos de estado de - necesidad: la autorización de destruir la casa vecina pa ra evitar la propagación del fuego que amenaza destruir su propia casa; y el apoderamiento de lo necesario, sin consentimiento del dueño, para calmar el hambre.

Este derecho fue más allá de lo humanamente permiti do, pues el Fuero Real llegó a convenir en que los pa--- dres podían comerse a sus propios hijos antes que rendir por hambre la fortaleza.

f) Derecho Comparado.

Los Derechos vigentes siguen criterios distintos -- respecto al estado de necesidad:

- Unos lo consideran en su aspecto de fuerza irresistible o violencia moral, es decir, se requería que la -- vida estuviese en peligro.
- Otros lo consideraron en su sentido propio, pero de un modo restringido, ya que lo delimitaban al caso de daños causados en su propiedad, sin exentar de responsabilidad cuando se ocasionare la muerte o se lesionara a las personas.
- Otros más lo establecieron con mayor extensibilidad, ya que no sólo se eximía de responsabilidad a los que trataban de salvar la vida y la integridad corporal, sino que se amplía a la libertad, pudor y bienes patri moniales.

Siendo a éste último sistema al que se añhiere nues-
tra legislación, aunque en nuestro Código se da todavía
un paso más trascendental que en el de los europeos, pues
nuestro Código penal en su artículo 15 fracción IV, ex-
tiende esta excusa a las personas que salven la persona
o bienes de un tercero.

2. CONCEPTO, TEORIAS Y NATURALEZA.

CONCEPTO.

El estado de necesidad como excluyente surge cuando
se presenta un conflicto de intereses, ambos tutelados -
por la ley, y el Estado se ve imposibilitado para poder
dirimir dicho conflicto. Así tenemos que al surgir un pe-
ligro para un bien tutelado, se presenta el conflicto,
puesto que la única forma de eliminar ese peligro, es --
afectando otro bien tutelado. Resumiendo, la caracterís-
tica fundamental del estado de necesidad es que existe -
un conflicto entre intereses que son lícitos y sin embar-
go, la ley se ve obligada a permitir el sacrificio de --
uno de ellos, para salvar el otro.

Entre las diversas definiciones que nos dan los au-
tores, tenemos las de:

Franz Von Liszt: "...El estado de necesidad es una
situación de peligro actual de los intereses protegidos
por el Derecho, en que no queda otro remedio que la viola-
ción de intereses de otro, jurídicamente protegidos..."⁽³²⁾

Garraud: "...El delito se comete en estado de nece-
sidad cuando a consecuencia de un acontecimiento de orden

(32) Ob. cit., Pág. 352.

natural o de orden humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión delictiva para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo..."(33)

Cuello Calón: "...El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede ser evitada mediante la lesión de bienes, también jurídicamente protegidos, pertenecientes a otro..."(34)

Jiménez de Asúa: "...El estado de necesidad es una situación de peligro actual o inminente de los intereses protegidos por el derecho, en la que no queda otro remedio que la violación de los intereses ajenos, jurídicamente protegidos, pero de inferior entidad, a condición de que el peligro no haya sido intencionalmente provocado por quien actúa en salvaguarda del bien o interés en conflicto..."(35)

Sergio Vela: "...El estado de necesidad es el conflicto que se presenta en una situación de peligro entre intereses jurídicamente protegidos, colocados en idénticos planos de licitud y en virtud del cual surge la necesidad de sacrificar uno de esos intereses para preservar el otro..."(36)

Sebastián Soler: "...El estado de necesidad es una

(33) Citado por Jiménez de Asúa, Ob. cit., T. IV, Pág. 276.

(34) Ob. cit., Pág. 362.

(35) Ob. cit., Pág. 363.

(36) Ob. cit., Pág. 364.

situación de peligro para un bien jurídico, que sólo pue de salvarse mediante la violación o afectación de otro - interés jurídico..."(37)

Para algunos autores no constituye, dicha excluyente, un derecho, sino un acto que entraña ataque a bienes jurídicos protegidos y justificado en la ley ante la imposibilidad de usar otro medio practicable y menos perjudicial. Las diversas definiciones sobre el estado de necesidad, destacan con carácter esencial la situación de peligro. (38)

TEORIAS.

Para el mejor desarrollo y entendimiento de este -- punto, es oportuno dividir las teorías en tres grupos:

A) Doctrinas Subjetivas.

1. " Teoría de la violencia moral ".

Esta teoría encuentra un viejo antecedente en la tesis aristotélica de las "acciones mixtas" y en los textos de la Glosa, sosteniéndose en el llamado Derecho intermedio por los Prácticos y siendo acogida posteriormente por Filangieri. La doctrina establece que el acto realizado en estado de necesidad es impune porque se realizó en una situación en la que el hombre tuvo que elegir coaccionado por la amenaza de un mal.

2. " Teoría de la inutilidad práctica de la represión ".

(37) Derecho Penal Argentino, T. I, Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina, 1951, Pág. 419.

(38) Cfr. Pavón Vasconcelos, Ob..cit.. Pág. 321.

Esta tesis se formula así: el hombre en estas situaciones se decide siempre por evitar el mal inmediato, causando un daño ajeno sin pensar en el mal remoto (pena) - la sanción que se establezca carece en absoluto de finalidad y una pena inútil es injustificable.

3. " Teoría de la escuela positiva " .

La escuela positiva establece, desde su punto de -- vista antropológico y sociológico, que el acto realizado en estado necesario no indica temibilidad en su autor en razón de que el móvil que lo induce no es antisocial, debe permanecer impune, no porque el acto deje de ser anti jurídico, sino por falta de peligro social.

B) Doctrinas Mixtas.

" Teoría del instinto de conservación "

Fundamenta el hecho necesario en este instinto y según la sistemática de Jiménez de Asúa, tiene un carácter mixto, pues algunos la miran desde un punto de vista subjetivo y otros desde un plano objetivo:

- Puffendorf, para él subjetivamente el acto necesario - debe justificarse, dada la irresistibilidad de nuestro instinto de conservación.
- Thomasius, mira la conservación del hombre desde el -- punto de vista de la legitimidad y la conservación no sólo como un derecho, sino un deber, ya con ello la -- doctrina se hace algo objetiva.
- Janka, sostiene que la conservación de sí mismo es ley suprema de la naturaleza, pues todo lo que vive combate por la existencia; dando un marcado carácter objeti

vo. (39)

C) Doctrinas Objetivas.

1. " Teoría objetiva de la colisión de derechos "

Esta teoría se puede calificar de germanista, con - Hegel a la cabeza: justifica el homicidio necesario diciendo que no permitir a un individuo salvaguardar su vida en peligro sería negarle de un golpe todos los derechos. Y es que la vida es el más absoluto de todos los derechos, y todo lo que la ataque produce una lesión infinita de la existencia.

2. " Teoría que sitúa el estado de necesidad fuera del Derecho Penal "

Esta doctrina encuentra un amplio precedente en -- Fichte, para quien el derecho supone la posibilidad de coexistencia de los hombres, desde el momento en que cesa esa posibilidad ya no puede haber asunto de derecho: matar a otro en defensa de la propia vida no es, pues, ni conforme ni contrario al Derecho, es algo que sale -- fuera del mismo.

3. " Teoría del simple delito civil "

Halscher es el creador de esta teoría y para quien el acto necesario integra un delito, pero nunca de naturaleza penal, sino civil. (40)

NATURALEZA.

La determinación de la naturaleza jurídica del esta

(39) Ob. cit.. T. IV; Págs. 325-329.

(40) Citado por Puig Peña, Derecho Penal (parte general), T. I, 6ª edición, Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, Pág. 399, nota (9).

teponiendo sus intereses a los de los demás, sin im--
portarle en ese momento que la preponderancia de valo--
res se incline en favor de los intereses ajenos.

- b) Así mismo esta preponderancia de intereses debe ser --
valorada por el juzgador, a fin de determinar si en --
las particulares condiciones objetivas en que la situa--
ción de hecho se presentó, estaba a su alcance el em--
pleo o uso de un medio distinto, que permitiéndole sal--
var el interés superior para él, pudiera causar un da--
ño menor al interés sacrificado.
- c) Otro críterio determinante de la preponderancia de in--
tereses, consiste en la ubicación de los casos parti--
culares en el campo de la teoría del delito que les --
corresponda.

Una vez determinada la forma de valorizar los inte--
reses, pasaremos al estudio de las diversas formas en --
que se presenta la situación de necesidad:

- I. " Si el bien que se salva es mayor que
el bien sacrificado "

Aquellos casos en que existe conflicto entre bienes
de valor desigual y de diversa clase, como por ejemplo:
bienes y vidas humanas; o cuando el conflicto es entre --
bienes de igual clase pero de muy diferente valor. El --
críterio general declara la impunidad del acto necesario,
porque en un conflicto de bienes que no pueden coexistir
deben salvarse los más importantes, aún a costa del sa--
crificio de los menos importantes, pero la persona en cu--
yo beneficio se haya realizado el mal debe quedar natu--
ralmente (no legalmente) obligada a la reparación del da--

no causado. Como existe, pues, un perfecto derecho a destruir el bien inferior, estamos ante un claro caso de -- causa de justificación; es más, algunos autores llegan a hablar de un verdadero Derecho de necesidad.

De esta conclusión se deducen las siguientes consecuencias:

1. No cabe legítima defensa contra el que actúa en estado de necesidad.
2. El que causa un daño en tal estado no tiene que indemnizar.
3. Eximirá a los autores como a los cómplices y encubridores.

II. " Si ambos intereses son iguales "

Quando son vidas humanas, el problema se complica -- de sobremanera, pero no por eso se admite que el Derecho se lave las manos o se retire del asunto completo. Según el caso y las circunstancias, podrá reconocerse la presencia de un motivo de perdón o de excusa. Igualmente -- cuando existe identidad de valores entre los bienes ó intereses en conflicto puede presentarse un caso de inculpabilidad. Así mismo estaremos hablando de esta excluyente, en su modalidad de miedo grave o temor fundado, si el mal que amenaza es directamente contra su persona: pero nunca podrá decirse que estamos ante una excluyente -- de antijuridicidad.

III. " Si el bien que se sacrifica es más importante que aquel que trata de salvarse "

Esta situación, como dicen algunos autores, no puede constituir sino el triunfo del egoísmo primitivo y de

la falta de respeto al derecho ajeno y a la solidaridad social, es inútil buscar una excluyente de responsabilidad o una excusa que no existe; a menos que concurren otros elementos como el trastorno mental o algo semejante que produzca una eximente.

Para el Derecho positivo mexicano, el estado de necesidad resulta ser una causa de justificación, atendiendo a la forma en que lo establece el artículo 15 fracción IV del Código Penal, ya que constituye el aspecto negativo de la antijuridicidad.

El estado de necesidad, consecuentemente, adquiere una doble función, de justificante o de exculpante, según la especial y cuidadosa determinación del juzgador, atendiendo esencialmente a la entidad de los bienes en conflicto.

Resumiendo, es la naturaleza misma o la entidad de los bienes en conflicto los que determinan, junto con los elementos de la descripción normativa, los efectos justificantes de la conducta realizada en estado de necesidad. La justificación proviene de la racionalidad y conveniencia de proteger el interés más valioso y, por tanto, la excluyente existe lo mismo para salvar la propia vida -- que para la conservación de cualquiera otra clase de bienes jurídicos, siempre que el daño causado sea menor. Ya que si se sacrifica el de mayor o de igual valor, entonces podrá ser cualquiera otra excluyente de responsabilidad, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

3. REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

El artículo 15 frac. IV del C.P.D.F. establece: "... Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico - de afrontar, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial a su alcance..."

De esta disposición legal, se desprenden los siguientes elementos:

- A) " Que exista la evidencia de un peligro real, actual o inminente y no provocado por el autor "

Con este requisito se enlaza el estado de necesidad con la legítima defensa; solamente hay la diferencia de que mientras en la legítima defensa el peligro se ocasiona por la injusticia humana, en el estado de necesidad, por regla general, se trata de un hecho no dependiente - de la voluntad del hombre.

El peligro actual o inmediato no debe ser provocado por quien pretende la excluyente. El agente resulta responsable, si dolosamente provoca el estado de necesidad con el objeto de preparar su propia impunidad. Siendo improcedente la eximente, por encubrir la provocación un - verdadero acto delictuoso.

- B) " Que el peligro amenace causar un daño en bienes jurídicamente protegidos "

Nuestro Derecho se refiere a la "...necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno...". Debemos interpretar el concepto "bien jurídico", en una forma exten

siva, y así involucrar la salvaguarda de todos los intereses jurídicamente tutelados como la vida, la integridad corporal, el honor, el patrimonio, etc.

C) " Rechazo del peligro mediante la causación de un daño "

El rechazo constituye la positiva acción lesionadora de intereses jurídicos de la cual depende la conservación del bien mayor.

La actuación del sujeto puede recaer en una cosa -- que en sí misma es causa del peligro (en un animal furioso que nos ataca, en un auto sin control que hace peligrar gente, etc.); o en una cosa extraña al peligro (robar alimentos para no morir de hambre, utilizar un extinguidor ajeno para evitar la propagación del fuego, etc.).

En ambos casos debe determinarse si el mal causado para evitar el peligro es racionalmente necesario. Dependiendo la justificación de esta eximente en el empleo -- del único medio practicable y menos perjudicial. Si existe otro medio menos perjudicial, la excluyente desaparece, surgiendo la figura del exceso en el estado de necesidad, aplicándose al autor la correspondiente penalidad. Dejando al juzgador en estos casos (de exceso) el arbitrio de resolver, de acuerdo con la situación concreta, la procedencia o improcedencia de esta excluyente.

D) " Que el autor no esté jurídicamente obligado a soportar el mal "

No puede invocar el estado de necesidad quien tiene el deber jurídico de sufrir el mal que le amenaza o de exponerse al peligro. Es intuitivo que quien tiene dicho

deber, no debe ampararse con esta figura jurídica en el caso de que, para sustraerse del mal que le amenaza, lesione intereses ajenos. Del mismo modo, no actúa con licitud quien tiene el deber jurídico de exponerse al peligro, pues si el ejercicio de un derecho otorgado al individuo para salvar intereses preponderantes, es la causa que motiva la licitud de las conductas realizadas bajo el imperio de la necesidad, el ordenamiento jurídico puede limitar el ejercicio de ese derecho e imponer a alguien el deber jurídico especial de exponerse al peligro.

De lo anteriormente expuesto resulta, que el deber legal de sufrir el peligro por razón de empleo o cargo a que hace referencia el párrafo final de la fracción IV del artículo 15, no agota, en lo absoluto, las situaciones en las que quien se halla ante un peligro debe soportarlo.

La razón de esta limitación impuesta por la ley se deriva de la naturaleza excepcional del estado de necesidad, esto es, el derecho al sacrificio de los intereses constituye una excepción que la ley reconoce y que puede, por lo mismo, limitarlo en su alcance justificante cuando realiza una valoración especial.

La obligación de soportar el peligro, según nuestra ley, tiene su origen en el "deber legal" fundado en el cargo o empleo del sujeto; es decir, el deber tiene como causa genérica la previa aceptación del sujeto de los riesgos derivados de su actividad. Tal es el caso de los bomberos, policías, socorristas de la cruz roja, etc.

Por esto, considero más avanzada en ese aspecto al

Código español, que establece que este deber debe encontrarse legalmente impuesto, ya sea por la ley o por obligación contractual. Los Códigos Militares imponen a sus subordinados el deber de afrontar el peligro. Lo mismo sucede con funcionarios y encargados de ejercer servicios de naturaleza arriesgada. El médico, en caso de epidemia, no podrá alegar el temor de contagio, pues tiene la obligación de obedecer las órdenes de las autoridades sanitarias. Ciertas profesiones civiles, como capitanes, oficiales, etc., de transportes mercantes, tienen la obligación de sobreponerse al peligro.

Pero todas las personas anteriormente mencionadas, estarán amparadas por la necesidad para evitarlos, cuando esos riesgos sean anormales y extraordinarios.

Considero también oportuno, hacer mención de dos situaciones que eliminan dicha obligación de afrontar el peligro y son, (en el Derecho español):

1. Cuando el que tiene obligaciones de enfrentarse al peligro, por profesión u oficio, no está ejerciéndolo.
2. Cuando la desproporción entre los bienes en conflicto es grande, no se podrá exigir al que tales profesiones ejerce, el deber de inmolación.

4. EXCESO EN EL ATAQUE EN ESTADO DE NECESIDAD.

Constituye uno de los casos que nuestra ley pena como delincuente por imprudencia; es decir, por el exceso en el ataque desarrollado en estado de necesidad.

Las causas que generalmente se aceptan para justificar el exceso son el terror y el arrebató, explicables obviamente por las circunstancias objetivas en que se pro

duce el estado de necesidad, Carrancá y Trujillo, sugiere además: el haber empleado un medio más perjudicial -- que el que proceda, entre los practicables. (41)

Villalobos por su parte considera que el error y el exceso son dos casos que se pueden estudiar simultáneamente, ya que generalmente el exceso se debe a error o forma parte de alguna de sus consecuencias. (42)

El error (inculpable) del agente, ante la presencia del estado de necesidad, independientemente de dejar sin efecto la excluyente objetiva de antijuridicidad, ya que no existe su fundamento, produce una excluyente de culpabilidad ya que el sujeto no actúa con verdadero conocimiento del acto que ejecuta sino integrado a éste con otros elementos, al pensar que su conducta se sujeta a las condiciones de licitud.

Ese error de suponer la existencia del estado de necesidad, puede presentarse en cualquiera de los elementos de la exigente:

1. El sujeto cree que hay un peligro que en realidad no existe.
2. El sujeto juzga inevitable la violación de intereses ajenos, ignorando la existencia de otros medios para salvar el bien amenazado.
3. El sujeto estima, contrario a la realidad, que los bienes que trata de salvar son más valiosos que los que sacrifica.

Sin embargo, puede presentarse que el exceso que --

(41) Ob. cit., Pág. 329.

(42) Ob. cit.. Pág. 377.

presupone un estado de necesidad real y que consista en causar un daño mayor al verdaderamente indispensable, puede ser resultado de una conducta dolosa por parte del agente, quien conociendo su abuso se aprovecha de las circunstancias para causar un mal mayor a aquél que bastaría para la defensa de los intereses en peligro.

El error también puede ser culposo o inculposo:

- a) Culpable, si quien incurre en él no ha puesto el cuidado necesario para limitar sus actos lesivos a lo estrictamente necesario o a las formas en que menos daño causen.
- b) Inculpable, cuando con la única intención de contrarrestar el peligro y poniendo en su conducta todo el esmero que las circunstancias de urgencia permitan, se comprueba que pudo haberse causado menos daño.

5. EL RORO DE INDIGENTE.

Un supuesto típico del estado de necesidad es el apoderamiento realizado por un indigente de alimentos para saciar su hambre. Integra un caso que se encuadra en la tesis de conflicto entre bienes de valor desigual, puesto que se ponen en lucha el bien jurídico de la vida del autor y el bien jurídico de la propiedad del titular de los bienes sustraídos. Estamos, pues, si todo ello se prueba, ante un claro caso de causa de justificación.

El hecho a encontrado regulación legislativa desde las más antiguas leyes. Ya en las legislaciones de los pueblos orientales se encuentran preceptos relativos al hurto famélico. En el Derecho romano, sin embargo, no existe un disciplinamiento especial del mismo; no así en

el germánico, donde se encuentran concretas muestras de su regulación. Sin embargo, fue el Derecho canónico el que dedicó especial atención al mismo, aunque las condiciones que exigía para la exoneración de culpa hacía que no fuera reconocido con gran amplitud. Avanzada la Edad Media también se recogió la doctrina y pasó después a -- los grandes cuerpos legales de principios de la Edad Moderna.

Posteriormente domina en las legislaciones un silencio absoluto sobre este interesante problema, pero el resurgir de la cuestión en la época actual, dadas las terribles hambres que asolaban a Europa en los últimos tiempos, pusieron nuevamente de actualidad el hurto famélico y encuentra acogida en grandes sectores de la doctrina y preceptos específicos de las legislaciones.

El Código español de 1929 consideró el caso dentro de sus verdaderas dimensiones de excluyente, si bien repite la condición de que el robo se cometa "por una sola vez" y se refiere solamente a la necesidad de alimentación, dejando fuera muchas otras que pudieran ser imperiosas también.

El legislador de 1931 hizo una modalidad muy avanzada al Código, ya que eliminó del capítulo de las excluyentes el robo de indigente, al mismo tiempo que extendió el ámbito de su objeto, al establecer: "...no se castigará al que, sin emplear engaño, ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento..." (art. 379 C.P.D.F.).

Villalobos al respecto señala, que es de lamentar - que la colocación del precepto en la parte especial del Código nos lleve a pensar que el legislador se basó en - la necesidad del robo, como una causa de excusa y no como una excluyente de antijuridicidad, además de conservar - la indebida limitación del privilegio a "una sola vez". Afortunadamente la razón y el sentido jurídico han hecho letra muerta de esta singular disposición, pues mientras exista la excluyente general de responsabilidad por el - estado de necesidad, cualquier tribunal tendrá que reconocer la exención, siempre que el robo se cometa dentro de los presupuestos de esa necesidad. (43)

Carrancá y Trujillo por su parte refutando lo anterior nos dice, que lo que contiene el artículo 379 del - Código penal es una causa de impunidad fundada en la utilidad social que se revela en presencia de un estado de necesidad específico. Por lo cual se trata de una real - excusa absolutoria, de círculo más restringido que el amplísimo de los estados necesarios previstos por el art. 15 frac. IV del Código penal. (44)

La naturaleza excusante del robo por indigencia se desprende del cuadro de circunstancias que el artículo - 379 del C.P. establece: ser la primera vez que esta en - la situación del mismo precepto, no emplear engaños ni - medios violentos, robar aquellos objetos estrictamente -

(43) *Ibidem*, Pág. 369.

(44) *Ob. cit.*.. Pág. 331.

indispensables para satisfacer necesidades propias o familiares cuyo imperio momentáneo representa peligro de perecer. Valorizadas desde el punto de vista de la utilidad social, todas esas circunstancias justifican ampliamente la impunidad del primer robo, ya que el indigente no demuestra peligrosidad. Pero desapareciendo dichas -- circunstancias, entonces la excusa absolutoria desaparece con su restricto ámbito legal para hacer posible la aplicación de la fracción IV del artículo 15 del C.P.

Por estas consideraciones no se estima como defecto técnico del legislador de 1931 el haber incluido ambos -- preceptos en el articulado del Código, dando al estado -- de necesidad naturaleza de excusa concretamente en relación con el delito de robo.

Sólo una laguna jurídica cabe mencionar en relación con la fórmula adoptada en el artículo 379 del C.P. y es que no hace referencia a los estados de indigencia culpables.

6. EL ABORTO TERAPEUTICO.

Es el segundo caso que la ley regula especialmente, en nuestro artículo 334 del Código penal se establece la impunidad del aborto necesario, embriotomía o aborto terapéutico: "...no se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corre peligro de muerte, a juicio del médico que la asiste, oyendo éste -- el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora..."

Como se desprende del anterior precepto aquí también hay un conflicto de intereses protegidos por la ley: la

vida de la madre y la vida del feto.

¿ En verdad existe conflicto entre intereses iguales ?

La mayoría de los autores consideran y coinciden en que no existe este supuesto conflicto de intereses iguales, la vida de la madre y la del feto, y para la explicación de este problema, me remito al argumento que da González de la Vega: "...No hay que sujetarse a los argumentos de base sentimental, tales como la preferencia de la mujer, con afecto en la vida y de la que la necesita el marido y los demás hijos, en tanto que la criatura es desconocida, en el seno del vientre de la madre. La razón es de orden dogmático y de rigurosa técnica. No hay colisión de dos bienes iguales, no hay conflicto entre dos vidas humanas, porque la del feto no es tal vida. Al concebido se le tiene por nacido para lo que le sea favorable, y ello es una ficción jurídica, pero no es persona hasta que no haya salido del claustro materno. El aborto no tiene como objeto jurídico la vida del embrión, sino el derecho de la sociedad a propagarse. Pues bien: este interés demográfico es muy inferior a la vida humana, y por tanto, la colisión la resuelve el médico salvando la vida de la madre, que es un bien jurídico superior, y sacrificando ese bien demográfico a que acabamos de aludir..."(45)

Algunos autores consideran que el aborto terapéuti-

(45) Derecho Penal Mexicano (Los Delitos), México, D.F.: 18^a edición, Editorial Porrúa, S.A., 1982, Pág. 132.

co sólo debe realizarse previo consentimiento de los padres. Pero me adhiero al criterio de Jiménez de Asúa respecto a que lo anterior sería contraproducente y exageradamente escrúpuloso ya que, como dice dicho autor, el -- amor maternal surgiría y la madre preferiría sacrificarse a que muriera su hijo, asimismo afectaría psicológicamente a toda la familia, ya que se sentirían culpables -- de sacrificar un familiar.⁽⁴⁶⁾ Así que la ley mexicana para evitar estos problemas optó por la solución que considererán más apropiada, confiar la solución del conflicto, al juicio de la única persona capacitada por su conocimiento técnico: el médico.

Quienes intervienen en este acto necesario (es decir, la mujer cuando conciente, el médico y eventualmente un tercero relacionado: el marido de la mujer y padre del producto), no realizan una conducta antijurídica, siempre que sus argumentos estén fundados en un conflicto real y no aparente. La situación de hecho queda sujeta a la valoración que realiza el médico y el juicio acerca de la juricidad o antijuridicidad de la conducta -- queda al libre albedrío del juzgador, quien tomara como base las circunstancias especiales que rodearon el asunto.

Hay que establecer que el Código penal vigente establece este problema basándose en las antiguas ideas sentimentales, ya que incluye el aborto entre los delitos -- contra la vida y la integridad corporal.

(46) Ob. cit.. Pág. 369.

Para terminar, considero conveniente establecer el criterio incorrecto que adopta la Iglesia, al oponerse - al aborto terapéutico e imponer a la mujer como obligación una maternidad heroica con peligro de su propia vida si es necesario, basándose originalmente en principios espirituales sobre la redención del nuevo ser.

C A P I T U L O I V

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO

1. Historia.
2. Concepto y Naturaleza.
3. Deberes a que se refiere la ley.
4. Abuso en el ejercicio de un derecho.
5. Lesiones en los deportes y en el derecho de corregir.
6. Tratamiento médico-quirúrgico.

1. HISTORIA.

A) Derecho Romano.

Ya se reconocía la impunidad de los actos realizados en el ejercicio de un derecho o de un deber, que lesionaran un bien jurídico ajeno. Esto se admitía, cuando la facultad de comportarse de un modo perjudicial para los intereses de otro, se basaba, en forma directa, en una norma jurídica; o cuando procedía del ejercicio de la autoridad pública. Igualmente era procedente la eximente cuando se trataba de una facultad privada legalmente reconocida (tomar nuestra cosa al ladrón que nos robó).

B) Derecho Canónico.

Siguió los pasos del Derecho romano y así, el que hacía uso de su derecho no cometía ningún delito; tampoco quien cumplía un deber impuesto por la ley, como el juez y el verdugo, sólo que en este caso y en la obediencia a la autoridad, cuando existía derramamiento de sangre, los libros penitenciales decretaban ciertas penitencias para los verdugos, y para los soldados que mataban en guerra. Así mismo era objeto de impunidad el que usaba de una facultad, como la de dar muerte al ladrón nocturno.

Los Prácticos trataron otro caso de exclusión y que consistía en que, si lo aconsejaba un interés de política penal, la ejecución de la ley o de los actos legítimos de la autoridad, podían excluir la responsabilidad de quienes actuaran sin deber y sin mandato, como era el caso de la muerte de un bandido ejecutada por un parti--

cular.

C) Derecho Español.

El antiguo Derecho español apenas y tiene antecedentes de esta causal justificante, sólo se refiere al derecho de educar y corregir. Las Partidas reconocían implícitamente el derecho de corrección, ya que se consideraba homicidio culposo el realizado por el padre o maestro que se exediera al corregir a sus hijos o alumnos.

El Código español actual ya establece un precepto general, pues establece que están exentos de responsabilidad criminal: "...El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo..."

D) Legislaciones Contemporáneas.

Las legislaciones vigentes siguen tres diversos sistemas:

1. Unos Códigos no mencionan este grupo de eximentes, aunque sus penalistas lo han trabajado dogmáticamente.
2. Otros, hablan de la eximente de ejecución de la ley y orden de la autoridad, con respecto a ciertos delitos.
3. Otros más, prevén de modo general estas causas de justificación, sin más que enunciarlas y sin fijación de límites.

E) Legislación Mexicana.

El Código penal de 1871 establecía como circunstancia excluyente de responsabilidad: "...Obrar en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, empleo o cargo público...". Pero debido al abuso que de esta excluyente hicieron los de--

fensores en los jurados populares, ya que la relacionaban con la legítima defensa: se criticó a fin de que fuera redactada más claramente.

El Código penal de 1929, transcribió sin variante alguna el precepto relativo de 1871.

Es hasta nuestro Código de 1931, cuando se hace una pequeña variación a dicho precepto, ya que establece que es circunstancia excluyente de responsabilidad: "...Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, consignados en la ley..." (Art. 15, frac. V).

Se advierte que de dicha excluyente se desprenden dos diversas especies de justificación:

- a) El deber consignado en la ley. Que puede derivar del ejercicio de funciones públicas o de la persona privada y sin ejercicio de dichas funciones; al referirse la ley a deberes legales, esta excluyendo a los de otra índole: éticos, sociales, religiosos, etc. Los deberes en ejercicio de funciones públicas autorizan el empleo de los medios adecuados y necesarios, incluso la fuerza cuando es necesario. Hay que hacer notar que el precepto no establece los medios para su cumplimiento, los cuales deberán ser aprobados por la autoridad jurisdiccional según sean los casos.
- b) El Derecho consignado en la ley. Esto da lugar a diversos problemas como: las conductas realizadas en el ejercicio de un derecho legal (deben ajustarse a la ley y a las circunstancias de cada caso); Derecho de corrección, que abarca a padres, tutores, maestros, etc., aquí el juez deberá apreciar la justificación -

de la medida empleada, en cada caso concreto, en atención a su elección propia entre varias que pueden elegirse y a la extensión con que haya sido aplicada; por último tenemos los derechos profesionales, los cuales excluyen la antijuridicidad de ciertos actos objetivamente delictuosos, por ejemplo: lesiones causadas en operaciones quirúrgicas.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA.

CONCEPTO.

Estas causas de justificación generalmente se consignan juntas en la doctrina y en los textos legales, y ello es así porque las mismas no son más que facetas distintas de un obrar "en ejecución de la ley", ya sea porque ésta imponga un determinado deber que hay que cumplir, puesto que al conceder un derecho concede también los medios para hacerlo efectivo.

Constituyen otras conductas que forman parte del aspecto negativo de la antijuridicidad, en virtud de estar legalmente justificadas ya que se realizan por mandato de la ley o porque nacen de un derecho reconocido por la ley; lo primero porque las leyes se dan para ser cumplidas, lo segundo porque el ejercicio de un derecho legal no puede ser considerado antijurídico, en virtud de que es conforme a la ley. Por consiguiente, esta eximente, se origina por la concurrencia de un deber especial o de un derecho por el cual se realiza el acto y que, por su misma naturaleza de deber o derecho cumplido, elimina la antijuridicidad de aquella conducta. De la fórmula "ejecución de la ley", se derivan dos diferentes figuras:

1. Cumplimiento de un deber.
2. Ejercicio de un derecho.

Los autores al respecto, más que dar una definición dan su particular punto de vista, y así tenemos:

Garraud: "...Es obvio que no puede constituir acción antijurídica aquella que se realiza en ejecución de la ley, por mandato expreso de ella o simplemente porque la autoriza. Imaginar que una ley no debe ser ejecutada es tan absurdo como ver un delito en la ejecución de la ley..." (47)

Mezger: "...No actúa antijurídicamente el que en virtud de una situación oficial o de servicio está obligado o tiene derecho a actuar en la forma en que lo hace; si bien el límite de la facultad oficial o pública constituye también el límite de la causa de exclusión del injusto, límite fijado objetivamente por las normas legales o, cuando estas mismas lo reconocen, por el arbitrio del sujeto, adecuado a la naturaleza del deber de que se trata, esto es, subjetivamente entendido..." (48)

Jiménez de Asúa: "...La orden de la ley, el ejercicio de un derecho, o el cumplimiento de un deber, son causas de justificación en que el ejercicio ordenado, la facultad reconocida o el deber cumplido representan valores predominantes sobre el interés que lesionan..." (49)

(47) Cit. por Jiménez de Asúa, Ob. cit.. Pág. 490.

(48) Tratado de Derecho Penal, T. I, Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, Pág. 116

(49) Ob. cit.. Pág. 491.

Pessina: "...Es indudable que no hay derecho contra el Derecho, y, por eso, desde el momento que un acto ha sido querido por el Derecho, esto es, consentido o mandado por él, no puede constituir una negación del Derecho..."(50)

NATURALEZA.

Independientemente de tratarse de un deber o de un derecho, en virtud de que se trata de actos que en condiciones ordinarias, deberían considerarse como delitos, hay que tomar en cuenta esa supuesta ilicitud y el deber o derecho de ejecutar dichos actos, en condiciones especiales, para convenir que estamos ante un deber y un derecho consagrados jurídicamente. Tras de este deber o derecho existe un concurso de intereses que obliga a optar por el más importante, ejemplo: el deber que tiene un policía de efectuar una orden de cateo en una casa, es preferente, frente al derecho de propiedad del dueño de dicha casa.

En el cumplimiento de estos deberes o derechos pueden lesionarse bienes jurídicos vitales de la sociedad o derechos propios de personas particulares. Pero la ley que imperativamente impone el cumplimiento de estos deberes o derechos, no puede determinar como antijurídicas las conductas que se realicen tendientes a su cumplimiento.

La naturaleza de estas causas de justificación se encuentra en la finalidad de la ley, es decir, en el ideal buscado de regular en la mejor forma posible las re

(50) Elementos de Derecho Penal, Madrid, España: Edit. Reus, 4ª edición, 1936, Pág. 307.

laciones entre los que están sometidos a su imperio. La ley siempre trata de buscar las mejores soluciones para los conflictos que la vida social produce constantemente, y esto lo pretende hacer a través de sus normas de comportamiento; por lo anterior, considera que, en determinadas situaciones, deben existir deberes y derechos que forzosamente tienen que cumplirse. De lo anterior se desprende que si surge un conflicto de intereses legalmente tutelados cuando se está cumpliendo un deber o ejercitando un derecho que la norma jurídica establece, la ley considerará superior o preferente el interés que la ley otorga al deber o ejercicio de actuar, que aquél que se va a lesionar con dicha conducta.

El fundamento de estas excluyentes de la antijuridicidad es la misma ley, la preponderancia de los intereses, ya que el deber o el ejercicio que se realiza es de orden puramente jurídico y es la misma ley la que legitima la afectación al interés vulnerado por la conducta.

Debemos establecer que la palabra "ley" ha de interpretarse en su significación de norma jurídica, sin que se entienda limitada su aceptación estrictamente formal - norma jurídica emanada del poder legislativo -, su alcance también abarca a su sentido material: norma jurídica emanada en reglamentos, circulares o cualquiera otra disposición de observancia general.

En cada una de estas eximentes, lo fundamental será la preponderancia de intereses, la conducta afectará un interés tutelado jurídicamente por la ley y que es la propia ley, a través del juicio del juzgador, la que de-

be resolver la situación conflictiva, otorgando o negando la antijuridicidad de cada conducta típica según sea el caso.

3. DEBERES A QUE SE REFIERE LA LEY.

La ley impone sistemáticamente, determinados deberes a los hombres, o en relación a su simple calidad de ciudadano.

Así tenemos que existen dos clases de deberes:

a) "Deberes inherentes a determinadas funciones públicas"

La mayoría de los deberes que la ley impone tiene como destinatario al hombre como desempeñador de determinadas funciones públicas. El ejercicio de esas funciones públicas, lleva frecuentemente al sujeto a realizar conductas típicas, las cuales no serán punibles por no ser antijurídicas, mientras su conducta se encuadre en los límites señalados por la ley correspondiente. Funciones que son reguladas por el Derecho Administrativo y otras normas jurídicas extrapenales, por ejemplo: el deber que el Reglamento de Policía impone a un subordinado de "... proceder, aun cuando se encuentre franco, a la detención de los delincuentes a quienes sorprenda in fraganti..."

Se considerarán las funciones públicas como: "...Aquellas prestaciones personales obligatorias que en tiempo de excepción suelen las leyes imponer a determinados individuos..."⁽⁵¹⁾

Una situación que considero importante mencionar es que, en la mayoría de estos deberes jurídicos la ley no

(51) -----
 Jiménez Huerta, Ob. cit.. Pág. 199-200.

regula específicamente la forma en que el funcionario público ha de actuar en su cumplimiento, falta señalar una determinación objetiva de los límites del deber. En estos casos, el funcionario no realiza una conducta antijurídica mientras actúe dentro de un margen adecuado a la propia naturaleza del deber; otras veces, la ley determina objetiva y específicamente la forma en que el deber ha de ser cumplido. Dejándose al libre albedrío del juzgador, quien realizará un juicio valorativo de la conducta, determinando si el deber del servidor público estaba o no sujeto a la conducta típica de que se trate.

Resumiendo, cuando se realice una conducta típica por el cumplimiento de un deber de servicio que corresponda a los funcionarios públicos, la misma no será antijurídica si dentro de los límites señalados por la ley estaba consagrado el daño causado al interés tutelado legalmente; pero cuando la ley señale un deber, pero no establezca un límite expreso, entonces el juzgador deberá realizar el juicio valorativo para determinar lo relativo a la antijuridicidad, tomando en cuenta la naturaleza del deber y las circunstancias objetivas y subjetivas -- que se desprendan de la conducta realizada.

b) "Deberes inherentes al individuo por su simple calidad de ciudadano"

La ley es de aplicación general, sus mandamientos y prohibiciones deberán ser acatadas por todos aquellos individuos que estén sometidos a su imperio. En determinados casos, en forma genérica, la ley impone a los sujetos, deberes que tienen que ser cumplidos, so pena de im

ponerles la sanción correspondiente.

La ley generalmente no establece los límites del deber que se cumple, en relación con el interés que se daña en el cumplimiento, por lo que se desprende que el jugador tendrá que valorar si la conducta típica era ubicable dentro de un límite razonable para el cumplimiento - del deber según el juicio que el juzgador lleve a cabo, será jurídica o antijurídica esa conducta típica.

Cuando en el cumplimiento de estos deberes se lesionan bienes jurídicos ajenos, surge la antijuridicidad de la conducta. Algunos de los deberes que se imponen al individuo son:

1. El deber jurídico de prestar auxilio a la persona que se halla en peligro (art. 340 C.P.)
2. El deber de aprehender al delincuente sorprendido in fraganti (art. 400 frac. V, C.P.)
3. El deber de declarar a toda persona que sea citada como testigo (art. 242 C.F.P.P.), etc.

Las formas, modos, medios y límites en que dichos - deberes deben ser cumplidos rara vez aparecen determinados en forma concreta. Pero, toda conducta que encuadre dentro de un margen adecuado a la propia naturaleza del deber que ha de cumplirse, como lícita debe ser valorada.

4. ABUSO EN EL EJERCICIO DE UN DERECHO.

Para ubicar correctamente la problemática en su aspecto general, se requiere determinar la razón misma de la justificación, derivada del principio del interés pre

ponderante. La vida en sociedad origina necesariamente - la delimitación de las facultades del libre comportamiento, normando y valorando los intereses protegidos por el Estado, cuando la valoración hecha jerarquiza en tal forma esos intereses de tal modo que permite la afectación de uno en salvaguarda del otro, la conducta que se realice no podrá ser antijurídica, pero en aquellos casos en que el sujeto actuante vaya fuera de los límites valorados culturalmente, el principio de la preponderancia no operará y por ello, el individuo encuadrará su conducta en la antijuridicidad tipificada.

Abusar en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber, presupone la existencia de tal derecho o deber y que se esta rebasando los límites en que - la conducta esta amparada. Siempre es "la justa estimación de los bienes en concurso" la que marca dichos límites, y cuando la ley no establece concretamente los actos permitidos o mandados sino que otorga una facultad genérica o crea un cargo público dotado de facultades discretionales, que requieren mayor o menor arbitrio para ejercer esa facultad, es posible que quien realice ese cargo, esas atribuciones o esos derechos, se extralimiten a lo que realmente corresponde a esas circunstancias. Así por ejemplo: el padre que corrige cruelmente a sus hijos, abusa de su derecho de corrección, el funcionario que tolera u ordena actos injustos o antisociales, estará abusando del ejercicio de su derecho.

El Derecho para actuar confiere o reconoce la norma jurídica en función de la valoración correspondiente, es

to es, que es la propia norma la que delimita entre el uso o el ejercicio del derecho y el abuso de éste.

El principio general que rige el abuso del derecho se fórmula de la siguiente manera: "...será antijurídica la conducta típica que el juzgador así determine en el juicio correspondiente, como excedida en las limitaciones normativas, por inoperancia de la preponderancia de los intereses que fundamentan culturalmente el derecho conferido..."(52)

Esto es, que el derecho y el deber han de usarse de acuerdo con su propio fin y en una forma tal que se dirijan a un bien mayor que los posibles males que también acompañan al acto.

Modernamente el ejercicio de un derecho tiene como tope insuperable el abuso. Anteriormente, el titular de derechos podía usar de ellos hasta abusar. La época individualista lo consagró en la práctica más que en las leyes; pero la solidaridad humana y los principios socialistas, que poco a poco avanzan en las legislaciones, ha condenado el abuso del derecho.

En resumen, todo abuso del derecho, convertirá en antijurídicas aquellas conductas que siendo típicas pretenden justificarse por el ejercicio del derecho consignado en la ley, ya que ésta, por sí misma y de la norma de cultura, determina los límites en que el derecho puede ejercitarse legítimamente.

(52) Vela Treviño, Ob. cit.. Pág. 310.

5. LESIONES EN LOS DEPORTES Y EN EL DERECHO DE CORREGIR.

Para el mejor desarrollo de este punto, considero - conveniente tratar individualmente cada aspecto:

A) Lesiones en los Deportes.

Desde la primera maldición bíblica, la vida del hombre es permanente lucha, actualmente ese afán de lucha - se acentúa más, surgiendo la competencia. La competencia es lid, en cierto modo y está determinado por el conjunto de las necesidades individuales y colectivas.

El deporte tiene modernamente una función social -- que cumplir, liberar al hombre por algunas horas, de las tareas especializadas de la semana, y es por esto que el Estado reconoce, e inclusive fomenta, los deportes como una manera de lograr un desarrollo armónico e integral - del organismo. Pese al amplio sentido gramatical con que los diccionarios la equiparan a toda recreación o divertimento, la palabra "deporte" se ha consagrado para señalar sólo aquellas recreaciones en que predominan los - ejercicios musculares y de habilidad física, llevando -- consigo supuestos ineludibles de lealtad, nobleza y de - legitimidad.

A las autoridades corresponde señalar, en representación del Estado, los ejercicios que verdaderamente llenan esa finalidad, así como los reglamentos de los mismos, razón por la cual se ha justificado los deportes, - pese a sus consecuencias de violencia, de lesiones e inclusive de muerte, desprendida de esa misma autorización oficial que los ampara, o por encaminarse a un fin reconocido por el Estado.

Para un entendimiento mejor de esta problemática, -
clasificaremos a los deportes en tres grupos:

- I. Deportes que no implican lucha directa entre los --
hombres.
- II. Deportes de lucha directa, sólo por destreza.
- III. Deportes de lucha, cuyas reglas disciplinan el em--
pleo sistemático de la violencia.

En los primeros dos grupos su desarrollo no presupone antijuridicidad penal ni motivos para requerir autorizaciones especiales, ya que no se ejecutan actos previstos en las leyes penales, pero, los deportes comprendidos en estos grupos crean situaciones de particular peligro para quienes lo practican y en ocasiones para terceros, por lo cual el Estado debe autorizar y reglamentar dichos actos. Lo que se autoriza en estos casos es el riesgo, excluyendo así la responsabilidad de los participantes - en el juego y en casos de accidentes considerarlos como caso fortuito, en relación a sus consecuencias.

En el tercer grupo, donde se realizan actos típicos del Derecho penal, lo que se excluye es la antijuridicidad de esos actos (golpes en el box y lucha); sus consecuencias se equipararán al caso fortuito siempre que se actúe conforme a las exigencias y limitaciones reglamentarias, pues al obrar así el autor, los daños que originó los hizo en ejercicio del derecho nacido de la autorización otorgada por el Estado.

En el ejercicio de este derecho es necesario separar los actos -golpes, violencias, etc.- derivados de la esencia y base del juego o deporte, de aquellos actos tí

picos -homicidio o lesiones- que puedan ocasionarse. Pues to que los primeros no constituyen una conducta antijurídica, en virtud de estar encuadrados en los reglamentos que rigen ese determinado deporte. Existiendo una doble fundamentación para ello:

- I. Porque son ejecutadas en el ejercicio del derecho -- que el Estado reconoce a los ciudadanos para practicar y ejercitar determinados deportes en la forma por él reglamentada.
- II. Porque el individuo que voluntariamente toma parte - en ellos, presta válidamente su consentimiento para ser afectado por los golpes y violencias que los juegos implican según los reglamentos.

Concluyendo, estableceremos los razonamientos que - fundamentan las lesiones cometidas en los deportes:

- a) La actividad deportiva es lícita.
- b) En orden a esa licitud, debe partirse del supuesto de que, las lesiones o el homicidio producidos, son la - consecuencia lícita de una actividad lícita, salvo -- prueba en contrario.
- c) Cuando la prueba producida demuestre que la lesión o el homicidio son la resultante de una actividad dolosa o culposa, entonces se estará frente al delito de lesiones u homicidio con las consecuencias penales correspondientes.

Esto es, el juzgador, al realizar el juicio correspondiente a la declaración de existencia o ausencia de - antijuridicidad de determinada conducta típica, debe tomar en especial consideración si el resultado acaecido -

es, en realidad, una consecuencia del deporte mismo o si sobrevino como causa de una motivación anormal del sujeto activo, ya que en este último caso, la conducta será antijurídica y culpable.

B) Lesiones en el Derecho de Corregir.

El derecho de corrección es comprensible, cuando éste se ubica dentro de su verdadero sentido: ejercer siempre en beneficio del hijo, pupilo, discípulo, etc. - La facultad de educar y corregir, que pertenece a los padres sobre los hijos, a los maestros sobre los discípulos, y a los patronos sobre los aprendices, sólo se puede ejercer cuando para ello no se emplean medios violentos (como azotes, encierros, represiones, etc.); que constituirían delitos si no existiera el vínculo que los une.

El derecho de corrección está relacionado a toda actividad educativa. La pedagogía moderna ha superado los viejos métodos correctivos para acatar otros sistemas de corrección más adecuados a los nuevos sistemas educativos que tienden a forjar y fomentar el desarrollo de la conciencia del menor sobre principios éticos e ideas altruistas y generosas.

La ley también ha ido evolucionando paralelamente con los sistemas educativos, los ordenamientos jurídicos vigentes siguen concediendo potestad para corregir y castigar, pero restringidamente para evitar abusos, a aquellas personas que, en virtud de los lazos de sangre y afecto que les una con el menor que ha de ser corregido, han de ejercitarla por ley natural dentro de adecuados límites, y así tenemos que:

- El art. 423 del C.C.D.F., establece: "...los que ejerzan la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente..."
- El art. 577 del C.C.D.F.: "...el tutor tiene, respecto del menor, las mismas facultades que a los ascendientes concede el artículo 423..."
- El art. 347 del C.P.D.F. nos dice que no son punibles: "...los golpes dados y las violencias simples hechas - en ejercicio del derecho de corrección..."

La frase "en ejercicio del derecho de corrección", que emplean los anteriores artículos, establecen, indudablemente, que los castigos, violencias y golpes a que se refieren dichos preceptos, constituyen los límites máximos a que puede lícitamente llegarse en el ejercicio del derecho de corrección.

En el ejercicio de este derecho de corrección puede darse el caso de que se ofendan bienes jurídicos del menor sobre el que recae el castigo, pues éste se materializa en violencias y golpes que pueden ocasionar lesiones. Pero es admisible que el ejercicio de la facultad de castigar transforme en lícito todas las formas de castigos y todos los resultados dañosos que los mismos originaran (pero siempre dentro de los límites máximos que la propia ley establece). El interés colectivo educacional siempre prevalecerá sobre aquellos del menor que a través del castigo pudieran lesionarse.

Existen dos situaciones en las cuales hay contradicción entre los autores y que tratare muy superficialmente:

I. El caso del marido en cuanto a la facultad de dirigir

y corregir a su mujer.

Unos autores dicen que si la familia es un organismo social, entonces debe existir una autoridad y un titular de la misma con particulares poderes correctivos, y en este caso, corresponde al marido sobre su mujer los mismos poderes que tiene sobre los hijos con fines correctivos.

Me hago partícipe de las ideas de otros autores que consideran que esta forma de pensar no va de acuerdo con la cultura y el Derecho de nuestro tiempo, y así tenemos que en el ordenamiento jurídico de México, esta situación es inoperante, ya que el artículo 167 del Código Civil, establece que: "...el marido y la mujer tendrán en el hogar autoridad y consideraciones iguales..."

II. El caso de que los titulares del derecho de corrección puedan transferir su facultad a otra persona.

Aquí algunos autores consideran que no puede transferirse o trasladarse el derecho de corregir, puesto que se trata de un "derecho personal".

Otros autores consideran que sí puede delegarse el ejercicio del derecho de corregir, expresa o tácitamente, a terceras personas, pero siempre y cuando dicha delegación tenga por objeto lograr el mejor cumplimiento del fin educativo que es lo primordial que busca el derecho de corregir. Esta autorización se fundamenta en el orden cultural que rige nuestra vida de relación, argumentos a los que me adhiero.

6. TRATAMIENTO MEDICO-QUIRURGICO.

El Estado otorga al particular que ha acreditado sus conocimientos y capacidad técnica el título determinado que lo faculta para ejercer una profesión. Creando en favor de su titular el derecho de realizar todos aquellos actos que son necesarios para alcanzar el fin a que cada profesión esta encaminada, aún en los casos en que para lograr dicho fin sea necesario realizar una conducta que lesione o dañe bienes e intereses tutelados por el derecho.

La licitud de la conducta del médico que al realizar una intervención o tratamiento quirúrgico causa heridas o mutilaciones al enfermo, se fundamenta (en el ordenamiento jurídico de México), en el derecho profesional que el Estado reconoce en favor de aquellas personas que han cursado los estudios establecidos por el propio Estado para el ejercicio de la medicina.

Es indudable e indiscutible que uno de los fines lícitos reconocidos por el Estado es la conservación, restablecimiento y mejora de la salud física de los individuos que habitan su territorio. Pero, no por esto, puede decirse que todos los actos ejecutados con este fin son lícitos, pues es el propio Estado el que regula el ejercicio de la medicina en favor exclusivo de aquellas personas que están en la legítima posesión de un título profesional.

La licitud de la actividad del médico cirujano está sujeta al consentimiento que debe otorgar la persona que ha de sufrir las lesiones o mutilaciones quirúrgicas, ya

que el derecho profesional del médico no la autoriza (independientemente de los casos de estado de necesidad) a proceder por su propia iniciativa.

La lícitud o legitimación de la intervención profesional del médico se da por ser saludable o beneficiosa de acuerdo con el criterio médico y según las concepciones científicas y culturales de la época siempre normadas por el criterio del valor social de los intereses. De lo anterior se desprende que sean admisibles y lícitas las intervenciones quirúrgicas con móviles estéticos, e inadmisibles e ilícitas las intervenciones médicas con fines eutanásicos o experimentales.

Por otra parte, las lesiones que se deriven del ejercicio de una actividad profesional saludable o benéfica consentida por el paciente, sólo serán legitimadas si la intervención se realizó conforme a las normas técnicas e higiénicas. Ya que el derecho que el Estado otorga al médico para ejercer su profesión no es un derecho absoluto e ilimitado que el profesional pueda ejercer a su conveniencia, sino que se trata de un derecho que debe adecuarse a las normas técnicas e higiénicas que la ciencia tiene establecidas.

Así mismo, el consentimiento que el paciente otorga para ser intervenido, tampoco es absoluto e ilimitado, sino que es un consentimiento preciso y limitado que sólo autoriza aquella operación que sea la conveniente para su salud o beneficio.

Una intervención quirúrgica inadecuada desde el punto de vista médico realizada por ignorancia o impruden-

cia, un error técnico de ejecución, originarán que esa - conducta profesional del médico sea ilícita, y de sus re - sultados lesivos se originarán típicos delitos de lesiones u homicidios culposos.

Quando la muerte es resultado de una operación grave consentida por el enfermo (con excepción de los estados de necesidad), y realizada de acuerdo a las normas - médicas, no podrá calificarse de ilícita la actuación -- del médico ni el resultado acaecido, ya que la actividad médica, independientemente del resultado, fue socialmente adecuada al orden jurídico-cultural imperante, y el - resultado luctuoso será admitido como una triste realidad del límite de la vida humana.

Para concluir, hay que hacer notar el caso de intervenciones curativas realizadas por personas carentes de habilitación profesional, y se presentan dos situaciones:

- a) Será antijurídica, cuando la persona está consciente del delito que comete, pues el ordenamiento jurídico impone el deber a quien carece del derecho profesional de abstenerse de ejercitar actos propios de esa - actividad profesional.
- b) Será jurídica, cuando la persona actúa en un estado - de necesidad o con el consentimiento del titular del bien jurídico (siempre que las circunstancias que se presenten en determinada situación así lo ameriten).

C A P I T U L O V

OBEDIENCIA JERARQUICO-LEGITIMA

1. Historia.
2. Concepto.
3. Problemática.

1. HISTORIA.

A) Derecho Romano.

El principio general estaba constituido por la responsabilidad del que manda, sin que incurriera en culpa alguna el que estaba obligado a obedecer. En el derecho romano la autoridad del pater familia se extendía hasta a eximir de responsabilidad a la mujer o al esclavo que, en acatamiento de aquella autoridad, delinquieran, salvo cuando se tratara de delitos de superlativa gravedad.

B) Derecho Germánico.

Estaba exento de responsabilidad el que delinquiera en obediencia al rey o al duque, de los actos del siervo debía indemnizar su señor.

C) Derecho Canónico.

Se estableció en un principio que la orden superior debía ser incondicionalmente obedecida, jamás podía excusarse el inferior cuando el mandato envolvía la violación de la ley divina, ya que se debe obedecer antes a Dios - que a los hombres, y además, en caso de ordenarse conductas irregulares, se provocaba la incapacidad de ejercer el ministerio divino, por falta de la suficiente mansedumbre evangélica.

D) Derecho Mexicano.

Según los términos en que está redactada la causa - de justificación en nuestro derecho, ésta se puede dividir en los siguientes requisitos:

1. Existencia de una relación jerárquica legítima.
2. Que el mandato ofresca a lo menos apariencia de licitud, o en su mejor caso sea lícito.

3. Que subsidiariamente la prueba no acredite que el sujeto conocía que el mandato era delictuoso.

Estos requisitos serán tratados más ampliamente, cuando se trate el punto referente al concepto.

Encontramos que nuestro Derecho creó generosamente esta figura jurídica, pues el subalterno queda relevado de responsabilidad en numerosos casos que otras legislaciones no admiten. Es seguro que nuestro legislador tuvo para ello en cuenta las grandes diferencias de cultura - que suelen existir entre los gobernados y los gobernantes en México.

2. CONCEPTO.

Una situación que es importante tratar en este capítulo es: ¿ Debe todo subordinado obedecer ciegamente; ha de considerarse a la persona sobre la ley, de manera que obligue su mandato por el simple hecho de la jerarquía y aun cuando la orden fuera antijurídica ?

Algunos autores exceptúan el caso en que su cumplimiento sea consecuencia de un deber de obediencia que ferece y ciegamente le es impuesto al inferior por una regla cualquiera de derecho objetivo. Dando sus puntos de vista al respecto:

- Cuando los actos ejecutados en cumplimiento de un deber jurídico, a la orden del superior al inferior, en aquellos casos en que el derecho impone el mandato con fuerza absolutamente obligatoria, se considerará autor mediato o intelectual a aquel que dió la orden.
- Por voluntad de la ley pueden tener algunas veces fuer

za obligante ciertas órdenes antijurídicas, y que cuando una orden es de observancia estricta, la conducta - del subordinado, conforme a la orden, no puede ser antijurídica, ya que el que la cumple, obra como debe.

- Obra legítimamente el inferior que cumple la orden contraria al derecho dada por su superior, en los casos - excepcionales en que se impone a aquel un deber ciego de obediencia.

Por nuestra parte, no creo que en el ordenamiento jurídico de México pueda presentarse esta situación, pues contrariamente al deber de obediencia absoluta que imponen otros autoritarios ordenamientos extranjeros, el de México no obliga al inferior a acatar y cumplir ciegamente toda clase de órdenes que emanen del superior, ni aun siquiera en la esfera policial o militar, sino que tienen que cumplir ciertos requisitos, como se desprende del -- concepto dado por nuestro legislador en su artículo 15 - frac. VII del C.P.: "...obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía..."

Del anterior concepto se desprenden varios elementos que a continuación mencionaré y ejemplificaré para su mayor comprensión:

a) Superior legítimo. Los caracteres de superioridad, legitimidad y jerarquía constituyen, como presupuestos, la obligatoriedad de un mandato y esta obligatoriedad, a su vez, constituye la razón de ser de la excluyente. Así tenemos que cuando en un gobierno de facto, un --

usurpador que se hiciera pasar como jefe del Poder Ejecutivo y exigiera entregas ilegales de dinero, la obediencia de los gobernados no estará amparada por esta eximente, por no provenir el mandato de un superior legítimo.

- b) Jerarquía. Es una graduación dentro de un orden determinado. Así, la orden que diera un presidente municipal a un empleado de inferior categoría, pero perteneciente a otro municipio, carecerá de obligatoriedad por falta de jerarquía entre quien expide la orden y su destinatario.
- c) Dentro de la órbita de atribuciones de quien lo dicta. Es otro requisito para que el mandato pueda producir efectos. Así, cuando un comandante demuestre su superioridad legítima y jerárquica sobre el agente infimo del mismo cuerpo de policía, no podrá ordenar a éste un embargo de bienes ni dictar una sentencia para que el policía lo ejecute.
- d) Formalidades. La orden debe expedirse conforme a la ley, cuando tales formalidades existan.

Algunos otros autores también dan su particular concepto al respecto y así tenemos:

Puig Peña, nos dice que: "...Una persona obra en -- virtud de obediencia debida, a los efectos justificantes, en el campo punitivo, cuando realiza un acto ilícito cum pliendo órdenes recibidas de su superior jerárquico..."⁽⁵³⁾

 (53) Derecho Penal (parte general), T. I, 6ª edición, Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, Pág. 377.

Cuello Calón, establece que: "...La orden del superior jerárquico justifica la conducta del subordinado que la ejecuta cuando el mandato sea legítimo y el subordinado obre conforme a los deberes que la ley le impone..."⁽⁵⁴⁾

Rafael de Pina, expresa que: "...La obediencia jerárquica o debida es una consecuencia de la relación de dependencia existente entre los funcionarios de una determinada categoría con los de categoría superior..."⁽⁵⁵⁾

3. PROBLEMATICA.

La problemática consiste en determinar cuando la obediencia jerárquica es causa de justificación o de ausencia de culpabilidad:

- a) La doctrina clásica, Carrara y Pessina, y otros tratadistas modernos, consideran que es una causa de justificación, ya que en este supuesto existe una colisión jurídica entre el deber de obediencia y el de respeto a la ley.
- b) La doctrina moderna con Ernesto Mayer al frente, contradicen la anterior teoría aduciendo lo siguiente: las causas de justificación nos hablan de una falta de antijuridicidad de la conducta; es decir, la conducta es lícita. Ahora bien, en el acto realizado por obediencia el hecho sigue siendo, en cambio, antijurídico. La ausencia de pena no deriva de esa naturaleza; deriva de que el sujeto no actúa en plena conciencia,

 (54) Ob. cit.. Pág. 338.

(55) Código Penal Comentado, 5ª edición, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1960, Pág. 37.

se halla bajo el influjo de un error esencial, puesto que cree erróneamente que se le manda un acto justo. Y sólo podrá contradecirse esta tesis, en el caso de que el inferior haya examinado la naturaleza de la orden y haya llegado al pleno convencimiento de que es injusta. (56)

De lo anterior desprendió que si queremos desentrañar la verdadera esencia de la exclusión de responsabilidad, es necesario separar los casos especiales que pueden presentarse y que dan al problema una enorme complejidad, y así tenemos:

1. La orden delictuosa o antijurídica dada al ingenuo y confiado ejecutor. Cuando este la toma como justa, y a pesar de tener facultades para oponerse y no realizar la orden, es claro que al efectuarla pone algo de su propia determinación y, si queda excluido de responsabilidad, no será por la obligatoriedad que no existe sino por el error en que fácilmente es inducido por una orden del superior legítimo a quien se presupone que actúa de buena fe y es capaz de juzgar. Aquí estamos ante una causa de inculpabilidad.
2. La orden dada al inferior quien la ejecuta, pudiendo no hacerlo, pero que se vió forzado por amenazas o por peligros tácitos (perder el empleo). En este caso también puede considerarse eliminada la culpabilidad, si el delito en cuestión no es grave de modo que los daños ocasionados son de menor estima a los que resul

(56) Cfr. por Vela Treviño, Ob. cit.. Págs. 259-279.

ten de los temores fundados. Existe una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta.

3. Por último queda la hipótesis en que la excluyente cobra perfiles propios, y es aquella en que quien debe obedecer está obligado verdaderamente por la ley, de modo que no pueda dejar de hacer lo que se le manda. Aquí si la exención de responsabilidad emana específicamente de la obligatoriedad del mandato o del hecho de obrar solamente por obediencia, y lo mismo da que al sujeto le parezca legal o ilegal lo que tiene que hacer; no lo ejecuta porque crea que es legal sino -- porque tiene el deber de hacerlo. Existe en toda organización y jerarquía una necesidad de coordinación para su funcionamiento y es por esto que, sobre la posibilidad de que se cometan errores, faltas y aun delitos, las leyes se apegan a la ética y al criterio de los superiores, quienes se supone que por algo tienen este carácter, e imponen la obligación de obedecer, a veces aun ciegamente, so pena de que surga el desorden, la anarquía y la consiguiente parálisis de la vida social. En este caso se trata de una causa de justificación.

Se ha dicho que, si la obediencia es ineludible, es taremos ante un caso de "no exigibilidad de otra conducta". Al buscar una excluyente supralegal como la que se ha consagrado con esta denominación; se quiere aludir a motivos humanos, de afectos familiares o de amistad, etc., que el sujeto no haya podido superar y que la sociedad y las costumbres admiten y respetan, pero nunca se referi-

rán a causas, motivos, impedimentos o preceptos jurídicos; puesto que si es la ley la que permite, manda o prohíbe, no se está en supuesto alguno supralegal sino en la previsión precisa y clara del que cumple un deber o ejercita un derecho.

Los argumentos que considero valorativos para demostrar que la obediencia jerárquica constituye una causa de justificación son:

- a) Al examinar el fundamento de esa obligatoriedad ineludible de algunos mandatos, vemos que también rige aquí la valorización comparativa de los intereses jurídicos en concurso, por una parte la consagración de la anarquía, si se permite que todo inferior discuta y revoque los mandatos, y por otra la posibilidad de que alguna vez abuse de su autoridad un mal jefe y ordene actos inconvenientes o antijurídicos.
- b) La calificación que se da de obligatoria a la obediencia que puede fundar la excluyente, ya que si realmente existe una obligación legal de actuar en la forma impuesta por el mandato, el caso se encuadra del supuesto genérico de toda justificación: "obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho".
- c) La distinción que se hace entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material o de contenido. El que obedece sin tener facultades para negarse a ello estará justificado formalmente porque hace lo que debe de hacer, sin que a él le corresponda investigar ni resolver más allá de los requisitos formales de la orden que recibe, justificado formalmente por cumplir un de

ber que le ha impuesto la ley. Si el contenido de su conducta no es jurídico o si lo ejecutado carece de - justificación material, esto sólo puede ser estudiado en relación con el superior que dió la orden y a quien la ley reserva el juicio y la determinación.

- d) La juricidad o antijuricidad, se refiere a la conducta y no al resultado, por lo que la muerte de un - individuo aunque es lamentable puede ser jurídico si se ejecuta en legítima defensa o cumpliendo un deber (puede ser de obediencia), resultando jurídica la conducta del que obedece y antijurídica la del que manda en un sólo hecho.

Concluyendo, para que la obediencia constituya una causa de justificación deben concurrir las circunstancias siguientes:

1. Que exista una relación jerárquica entre el superior y el subordinado.
2. Que la orden se refiera a las relaciones habituales - del servicio entre uno y otro funcionario.
3. Que el superior obre dentro del límite de sus atribuciones oficiales.
4. Que la orden reúna los requisitos externos de legalidad determinados por la ley.

C A P I T U L O VI
IMPEDIMENTO LEGITIMO

1. Historia.
2. Concepto y Naturaleza.
3. Caso fortuito.
4. Interés social per los casos
de exclusión penal.

1. HISTORIA.

Entre las legislaciones históricas no encontramos más que un antecedente general de la excluyente en el de recho romano.

Entre las modernas no hay ejemplo de la excluyente salvo en los códigos españoles, únicos que la formulan. Los códigos españoles de 1848, 1870 y 1928, establecían que: "...Están exentos de responsabilidad criminal: el que incurre en alguna omisión hallandose impedido por cau sa legítima o insuperable...". Pero el Código de 1932 ha suprimido la excluyente.

Legislación Mexicana.

a) Código Penal de 1871. Ajustándose a la tradición legis lativa española, al mismo tiempo que precisando que la omisión había de producir necesariamente un resultado antijurídico, cosa que no establecía el texto -- tradicional, nuestro ordenamiento clásico estableció que: "...es excluyente de responsabilidad criminal: infringir una ley dejando de hacer lo que ella manda, por un impedimento legítimo e insuperable...". De lo anterior se observa que los textos españoles habían ← establecido disyuntivamente las calificativas del impedimento: legítime o insuperable; en tanto que en el texto mexicano convirtió la disyuntiva en copulativa.

Dos situaciones se desprendían del texto español:

- Omisión por impedimento legítimo.
- Omisión por impedimento insuperable.

En el primer caso la excluyente se fundará en la ju ricidad de la acción, este es, constituirá causa de jus-

tificación; pero en el segundo caso podrá reconocerse la inimputabilidad del acusado, ya que el impedimento no ha de poder ser superado por él.

La doble calificativa del impedimento en el texto - mexicano obliga a considerar que faltando alguna de esas calificativas la omisión no estará justificada.

b) Código Penal de 1929. Estableció como circunstancia - excluyente de responsabilidad penal: "...Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda por un impedimento legítimo e insuperable..."

Se observa que la contravención justificada por el precepto fue reducida al mandato de una "ley penal", no de una ley general, por lo que quedaron sin justificación todas aquellas otras omisiones derivadas de los demás -- mandatos del derecho, público y privado.

c) Código Penal de 1931. Considera como circunstancia ex cluyente de responsabilidad penal: "...Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que man da por un impedimento legítimo..." (art. 15 fr. VIII).

Aquí vemos que se suprime la calificativa de "insu- perable", que podría entenderse amplía la esfera de apli- cación de la excluyente por comprenderse en ésta todos - aquellos impedimentos que sólo sean legítimos, sin aten- der a su posibilidad de superarlos o no el agente. Para algunos autores el motivo de la supresión se debió a que, se trata de evitar las confusiones provenientes de que - por motivo legítimo se interpretaban causas de justifica- ción, y por motivo insuperable causas de inimputabilidad, estimando que en el concepto de legítimo cabía el de que

el impedimento hubiera podido ser superado o no, agregando que en la aplicación de la excluyente el juez debe tener en cuenta las circunstancias personales del sujeto y el medio en que actúa, así como la intensidad de las fuerzas contrarias al acto que estaba obligado a ejecutar.

Carrancá y Trujillo nos dice que por legítimo se entiende lo que es conforme a las leyes, lo que es verdaderamente legal, en el orden físico o en el moral, de aquí que el precepto "legítimo" comprenda todos los impedimentos que la ley, la moral y la realidad de las cosas opongan al cumplimiento de una obligación de hacer. (57)

Los argumentos en contra que se dan a esta supresión es que los impedimentos pueden referirse a intereses jurídicos de mayor valor, de igual o de menor de los que proteja la ley incumplida, y también que pueden ser superables o insuperables. Pues sólo en el caso de que sean iguales o mayores, y además insuperables, debe existir la ininclinación.

Así mismo, en vista de que el texto vigente reduce la excluyente a lo legítimo, no se puede clasificarla fijamente entre las causas de justificación.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA.

CONCEPTO.

El impedimento legítimo constituye el último de los aspectos negativos de la antijuridicidad y opera cuando el sujeto, teniendo la obligación de ejecutar un acto,

(57) Ob. cit.. Pág. 375.

se abstiene de obrar, encuadrándose, en consecuencia, en un tipo penal; de los siguientes conceptos que dan los autores, se observará que el comportamiento es siempre omisivo. Así mismo surge, nuevamente, el principio del interés preponderante, impide la actuación una norma de carácter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la acción. El impedimento legítimo es un caso que vuelve conforme a Derecho a ciertas conductas típicas, o sea, que se trata de una afectación a la anti-juridicidad. Entre algunos de los conceptos que dan los autores sobre el impedimento legítimo, tenemos los de:

Carrancá y Trujillo: "...Así como el que actúa en cumplimiento de un deber legal no obra antijurídicamente, el que deja de cumplir ese deber legal porque tenga un impedimento que la propia ley reconozca como tal, al omitir lo que está obligado a hacer no obrará antijurídicamente, pues la colisión de leyes obliga a su omisión..."⁽⁵⁸⁾

Pacheco: "...Son aquellas omisiones prohibidas por la ley penal y que sin embargo están exentas de responsabilidad, a diferencia de todas las demás excluyentes, que se refieren no a omisiones sino a actos..."⁽⁵⁹⁾

Silvela: "...El que no ejecuta aquello que la ley ordena porque lo impide otra disposición superior y más apremiante de la misma ley, no comete delito; le exime a no dudarle de responsabilidad la legitimidad misma que motiva su inacción. El que no practica el hecho que de-

(58) Ibídem, Pág. 377.

(59) El Código Penal Concordado y Comentado, T. III, 4ª edición, Madrid, España: 1870, Pág. 344.

biera haber ejecutado por un obstáculo que no estaba en su mano vencer, tampoco delinque, pues le exime de responsabilidad la imposibilidad de vencer el obstáculo que le impide cumplir la ley..."⁽⁶⁰⁾

Abarca: "...Esta causa se caracteriza por el conflicto de deberes y derechos, pues la causa que impide el cumplimiento de una ley, es una causa legítima, es decir fundada también en la ley; de donde resulta que el impedimento legal es una excepción a la obligación general de cumplir la ley..."⁽⁶¹⁾

Nuestro artículo 15 frac. VIII del Código Penal nos dice: "...Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal...: Contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo..."

NATURALEZA.

Definitivamente para hacer una explicación más clara y precisa respecto a la naturaleza jurídica de esta figura, se requiere distinguir los diversos impedimentos posibles y a su diferente naturaleza. El impedimento para ejecutar un acto puede ser de dos formas:

I. De hecho. Que a su vez puede subdividirse en dos supuestos:

a) De una fuerza irresistible o insuperable físicamente.

Como por ejemplo, quien no acude al llamado de una autoridad por estar secuestrado o por estar interrumpidas

⁽⁶⁰⁾ Derecho Penal Mexicano, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1960, Pág. 161.

⁽⁶¹⁾ El Derecho Penal en México, México, D.F.: Revista de Derecho y Ciencias Sociales, 1941, Pág. 323.

las comunicaciones con el lugar de la cita. En estos casos el autor quedará exento de responsabilidad por no haber acto por parte del sujeto acusado, ya que dichas omisiones serían totalmente ajenas a su determinación y no constituirían una manifestación de voluntad, que es en lo que podría constituir su acto.

b) De una causa que sólo racionalmente y por prudencia - se debe admitir como excluyente de responsabilidad en la determinación que toma el agente.

Por ejemplo: cuando un enfermo contagioso se abstiene de acudir a la autoridad, cuando ésta lo cite, por el temor de contagiar. En estos casos se elimina la culpabilidad, ya que existe un impedimento moral, de razón o -- que pesa sobre la determinación del sujeto, sin constituir precisamente, una coacción externa o ejercida por otra persona.

II. De Derecho. Que es aquella en que la omisión ocurre por haber una obligación o un derecho de carácter jurídico, que ha facultado al sujeto para actuar en la forma típica y aparentemente delictuosa. Por ejemplo: cuando una persona se niega a declarar en un juicio, ya sea por el parentesco que tenga con el acusado o bien por la obligación que en tal sentido le imponga el secreto profesional.

Pero cuando el artículo 15 frac. VIII del Código Penal, incluye en la redacción de la hipótesis un vocablo tan preciso y lleno de contenido jurídico como lo es el que se refiere a que el impedimento debe ser "legítimo", se está refiriendo al propio ordenamiento jurídico gene-

ral, esto es, que esta causa de exclusión de la responsabilidad sólo podrá funcionar, cuando la naturaleza del impedimento este fundamentada en una norma de derecho positivo, sólo lo que se origine en la ley y en ella se base, podrá ser un impedimento legítimo.

De lo anterior se desprende que sólo constituirá el impedimento legítimo una causa eliminatória de la antijuridicidad, cuando dicho impedimento sea de derecho, esto es, que cuando se trate de un impedimento de hecho, estaremos ante ausencia de conducta o de inculpabilidad, pero no de justificación.

Por constituir el impedimento legítimo un aspecto negativo de la antijuridicidad, también estará regido -- por el principio del interés preponderante. En este caso atenderá a su origen en el orden jurídico general, el conflicto es de estricto derecho, ya que mientras una norma jurídica impide la realización de la conducta, otra diferente sanciona la omisión de la conducta esperada. Aquí lo que tiene que resolverse es, cuál de las normas tiene preponderancia y si la que prevalece es la norma que impide la actuación, el impedimento será legítimo y la omisión que implica violación de un deber jurídico de actuación podría ser valorada como justificada, es decir, la conducta omitida a pesar de ser típica, será conforme a Derecho.

El criterio básico que se toma para determinar la preponderancia depende del lugar en que se ubique la norma creadora del impedimento, dentro del ordenamiento jurídico general; esto es, es necesario establecer la je--

rarquía de las normas y para ello, es aceptable el principio de la estructura escalonada del orden jurídico, según el cual, el fundamento de validez de una norma no puede depender de un hecho o serie de hechos, sino de otra norma, hasta llegar a la norma fundamental llamada Constitución.

En el impedimento legítimo existe un derecho especialmente conferido: el de violar por omisión el mandamiento de la norma de inferior rango, cuando otra superior crea el impedimento. Se trata de un derecho especial porque sólo protege a los ubicados en la obligación jurídica de actuación que se omite por causa de la norma de superior jerarquía, o sea, que es la ley la que como excepción, autoriza a violar la ley.

Así mismo del concepto que da nuestro Código sobre el impedimento legítimo, se desprende otra situación que considero importante tratar y es la de que la contravención tiene que ser a lo dispuesto "en una ley penal". Con esta posición discriminatoria, la ley pretende eliminar anticipadamente las diversas causas que doctrinariamente pueden fundamentar a la conducta esperada (los impedimentos de hecho), y queda como causa exclusiva para la fundamentación la que proviene de la ley y concretamente de la ley penal. Reduciendo de sobremanera el marco de aplicabilidad del impedimento legítimo, lo que es lógico y adecuado, ya que es una cuestión relativa a la antijuridicidad y bajo el principio del interés preponderante.

Resumiendo, diremos que la omisión de la conducta -

esperada siempre debe tener como causa a la propia ley y en una jerarquía de valores, atendiendo al principio del interés preponderante, siendo el juzgador el encargado de calificar si el impedimento es legítimo, y si es así el contravenir al mandamiento de la ley penal no será antijurídico, a pesar de ser típica la conducta omitida.

3. CASO FORTUITO.

El caso fortuito constituye una causa de inculpabilidad, dentro de las excluyentes de responsabilidad, pero el motivo de su inclusión en este trabajo, es por la importancia y relación que tiene con algunas causas de justificación, por ejemplo: con los daños causados en el ejercicio del deporte, en el estado de necesidad, etc.

Por lo anterior procedere a tratarlo en una forma muy superficial. Y así tenemos que, nuestro Derecho establece como circunstancia excluyente de responsabilidad penal el caso fortuito, al cual se refiere en su artículo 15 frac. X, al establecer: "...Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas ..."

En el derecho romano culpa y caso quedaron asimilados. Pero Carrara nos dice que existe una distinción en razón de la previsibilidad por parte del sujeto, esto es, el no haber podido prever, distingue el caso de la culpa, por más que siempre se dé un mínimo de culpa en el caso, mínimo que sin embargo no debe ser reprochable.

Es por ello que la imposible previsibilidad forma parte esencial de la noticia del caso, pues por fuerza -

mayor debe entenderse, no solamente el efecto natural -- que no puede imputarse al hombre o lo que acontece fuera de una cosa, sino también lo que suceda por nuestra voluntad, pero que esté más allá de los límites de la previsibilidad que es humanamente posible.

El criterio de impunidad en el caso fortuito está, generalmente, establecido por la opinión común. La divergencia se presenta cuando se trata de los daños derivados de él. La Escuela Positiva ha sostenido al respecto que el Estado es el que debe indemnizar. Resulta innegable una cosa y es la obligación de toda sociedad y por consiguiente, de su organización, el Estado, de resarcir el daño producido por el caso fortuito.

Desde el punto de vista del sujeto a quien no puede imputarse ni intención (dolo) ni imprudencia (culpa), se desprende que el elemento psíquico del delito se encuentra ausente, y por ello, ausente también la voluntad, y es por ello que el caso fortuito constituye, el límite mínimo de la culpabilidad.

En relación a la fórmula legal cabe señalar que, al referirse a la ejecución de un hecho lícito con todas las precauciones debidas, tan defectuosa formulación imposibilita la justificación de un mínimo de culpa o sea que se deja el caso fortuito fuera de lo normal humano.

4. INTERES SOCIAL POR LOS CASOS DE EXCLUSION PENAL.

Al Código penal de 1929 corresponde el mérito de haber establecido: "...las circunstancias excluyentes se -

averiguarán y harán valer de oficio..." (art. 46); lo que sustancialmente reprodujo el vigente: "...Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se harán valer de oficio..." (art. 17). El precepto no tiene antecedentes históricos en legislaciones extranjeras anteriores, lo que es sumamente trascendental, pues fue nuestro legislador el primero en plantearse y resolver este problema.

El máximo interés social preside en la idea de la exclusión de responsabilidad penal en todos los casos de excepción que el derecho recoge y formula en la ley. Ello justifica de sobremanera el que se imponga a la autoridad jurisdiccional el deber de tenerlos en cuenta en primer lugar. No ha de esperar el juez a que el acusado se escude tras de ellos ni a la gestión de su defensor, es la sociedad misma la que, no habiendo imputabilidad ni culpabilidad ni antijuridicidad, y mucho menos acción ni tipicidad, sufriría agravio si se impusiese una sanción, ya que nada ameritó la defensa social.

Esta aportación ha tenido una importante aplicación en nuestro Derecho, en virtud de que si no existiera esta figura jurídica se presentarían un sinúmero de injusticias, pues se requeriría que la persona inculpada debiera de invocar y probar, además, en su defensa la existencia de una excluyente de responsabilidad. Lo que originaría que todas las personas deberían tener conocimientos jurídicos a fin de conocer la existencia de tales excluyentes y cuando procederían.

Aquí, considero, que el legislador sigue haciendo -- predominar el interés social preponderante, característi

ca fundamental de todas las excluyentes de antijuridicidad, pues al crear esta figura jurídica lo hizo con la intención de defender el interés de la sociedad por defender a su colectividad, frente a las injustas agresiones de los sujetos que no tienen ningún derecho a perturbar la paz social.

CONCLUSIONES

Más que tratar de hacer un resumen sobre mi trabajo voy a pretender colocarme en el lugar del legislador y - dar mi particular punto de vista sobre algunos aspectos que a mi entender y parecer son errados o acertados, y - así comencare por decir que:

1. No estoy de acuerdo con la denominación "causas de -- justificación", sino que me adhiero a los autores que lo denominan "causas eliminatorias de la antijuridicidad"; y lo anterior lo argumento en que al establecer se la palabra "justificar", se acepta que existe un - delito y el inculpado debe probar su inocencia o justificar su conducta, situación que considero injusta. En cambio con la denominación que definiendo, no existe este problema, ya que al eliminarse la antijuridici--dad, consiguientemente se elimina el delito, por ca--recer de uno de sus elementos esenciales.
2. Respecto al concepto de legítima defensa, quiero hacer notar que estando por concluir este trabajo, surgió - una nueva reforma a esta figura jurídica, cambiando - la redacción de dicho concepto. Agregando sólolamente - un nuevo elemento: que la agresión sea "real"; considero que el legislador al colocar este nuevo elemento, pretende eliminar la figura jurídica de la legítima defensa putativa; pero su aplicación, creo, que - va a originar problemas, puesto que en un caso de --- agresión, el agredido en ese momento no se va a poner a pensar si esa agresión es "real" o "imaginaria", -- sino que él va a actuar de acuerdo a su instinto. Pe-

ro en fin, creo que este punto puede ser tratado como tema de tesis, cuando ya exista más doctrina al respecto.

3. En cuanto a los presupuestos de la legítima defensa o legítima defensa privilegiada, es muy errónea la descripción por parte del legislador en lo que se refiere al requisito de que "...se sorprenda a un extraño de noche...". Creo que aquí sale sobrando la palabra "de noche", puesto que el mismo derecho debe tener el agredido de defender sus pertenencias o familiares de día o de noche.
4. En el estado de necesidad existe una situación en la cual considero que el legislador originó una laguna - jurídica que debe llenar, y es en relación con el deber jurídico de afrontar el peligro. Aquí debió establecer hasta que punto es obligatoria esta disposición o hasta que punto es improcedente, y no solamente mencionarla, hay que tratar más este aspecto, como lo hace el Código español y que mencionó en el desarrollo de este trabajo.
5. En el robo de indigente encuentro dos puntos a tratar:
 - I. En relación al requisito que estableció el legislador de que el robo se cometa "por una sola vez", aquí considero que ésta connotación representa una navaja de dos filos; por una parte excluye la posibilidad de que una persona pueda encuadrarse en ese precepto dos veces, esto es, la primera vez se le "perdona", pero la segunda ya no, aún cuando esta última puede ser de más trascendencia que la --

primera; por otra parte, si no se estableciera este límite podría originarse el abuso de esta figura jurídica. En este caso a mi parecer lo más adecuado, sería dejar al libre criterio del juez, resolver este problema de acuerdo con las circunstancias que se presenten.

- II. La laguna jurídica que dejó el legislador al no tratar el aspecto de los estados de indigencia culpables, que en cierta forma se relaciona con mi anterior punto de vista.
6. En lo que se refiere al abuso del Derecho dentro de las figuras jurídicas: cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho; considero que el legislador debe realizar nuevas reformas al Código, en virtud de que las penas que impone actualmente, parecen no intimidar a las personas, ya que constantemente aumenta el índice de criminalidad de los padres al "corregir" a los hijos o del funcionario al "cumplir su deber".
 7. Un tema muy controversial es el que se refiere a las lesiones en los deportes y más específicamente en el box. Al respecto existen opiniones muy diversas, mi particular punto de vista es que dicho deporte es como todos, siempre hay un riesgo que tiene que correr la persona que le gusta el deporte, lo que si considero conveniente es reformar el reglamento correspondiente a fin de proteger más a los contendientes.
 8. Respecto a la problemática que se presenta en la obediencia jerárquica, considero que el legislador debe dar al juzgador una facultad amplísima para determi--

nar la responsabilidad, ya que esta figura jurídica - puede ser pauta para innumerables injusticias. El juez debe hacer una minuciosa investigación a fin de des--lindar responsabilidades. Es sumamente complejo este problema y creo que el legislador debe tratar más este aspecto.

9. Por el contrario, considero un gran acierto del legislador de 1929, seguido por el de 1931, haber plasmado el interés social por los casos de exclusión penal. -- Es un gran paso que da el Derecho mexicano, ya que ni gún otro precepto extranjero había tocado el tema. Ade más de que tiende a proteger a la sociedad que en el - último de los casos es el fin que persigue el Derecho.

B I B L I O G R A F I A

- Angeles Contreras, Jesús.
"Compendio de Derecho Penal", México, D.F.: Textos Universitarios, S.A., 1969.

- Castellanos Tena, Fernando.
"Lineamientos elementales de Derecho Penal" (parte general), 15^a edición, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1981.

- Carrancá y Trujillo, Raúl.
"Derecho Penal Mexicano" (parte general), 14^a edición, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1982.

- Carrancá y Trujillo, Raúl.
"Las Causas que Excluyen la Incriminación" (derecho mexicano y extranjero), México, D.F.: Impreso por Eduardo Limón, 1944.

- Cortés Ibarra, Miguel Angel.
"Derecho Penal Mexicano" (parte general), Edición al cuidado de la Librería Porrúa Hnos. y Cía. S.A., 1971.

- Cuello Calón, Eugenio.
"Derecho Penal", Tomo I (parte especial), 3^a edición, Barcelona, España: Bosch - casa editorial, 1935.

- De Pina, Rafael.
"Código Penal Comentado", 5ª edición,
México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1960.

- Díaz Palos, Fernando.
"La Legítima Defensa" (estudio técnico-jurídico),
Barcelona, España: Casa Editorial Bosch, 1970.

- Franco Sodi, Carlos.
"Nociones de Derecho Penal" (parte general),
2ª edición, México, D.F.: Ediciones Botas, 1950.

- Gómez, Eusebio.
"Tratado de Derecho Penal", Tomo I., Buenos Aires,
Argentina: Compañía Argentina de Editores, 1939.

- Jiménez de Asúa, Luis.
"Tratado de Derecho Penal", Tomo IV, el delito
(segunda parte: las causas de justificación),
2ª edición, Buenos Aires, Argentina: Editorial
Losada, S.A., 1961.

- Jiménez Huerta, Mariano.
"La Antijuricidad", México, D.F.: Imprenta
Universitaria, 1952.

- Liszt, Franz Von.
"Tratado de Derecho Penal", Tomo II., Traducida de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, 3ª edición, Madrid, España: Instituto Editorial Reus, S.A., 1927.

- Maggiore, Giuseppe.
"Derecho Penal", Volumen I (El Derecho Penal - el Delito), Bogota, Colombia: Editorial Temis, 1954.

- Pavón Vasconcelos, Francisco.
"Manual de Derecho Penal Mexicano", 6ª edición, México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1984.

- Puig Peña, Federico.
"Derecho Penal", Tomo I (parte general), 6ª edición, Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

- Sisco, Luis P.
"Delitos Cometidos en el Ejercicio del Deporte", Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo - Perrot, 1963.

- Vela Treviño, Sergio.
"Antijuridicidad y Justificación", México, D.F.: Editorial Porrúa, S.A., 1976.

- Villalobos, Ignacio.
"Derecho Penal Mexicano" (parte general)
2^a edición, México, D.F.:
Editorial Porrúa, S.A., 1960.

- Villalobos, Ignacio.
"Dinámica del Delito", México, D.F.:
Editorial Jus, 1955.