

879309 11



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE
FACULTAD DE DERECHO



2 Ej

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE 879309

**PROBLEMATICA JURIDICA DERIVADA DE EL
EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

PEDRO MANUEL CERVANTES NIETO

CELAYA, GTO.

JULIO DE 1995.

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES

ANDRES Y GLORIA

CON TODO MI AMOR A AGRADECIMIENTO
LES DEDICO NO SOLO LA TESIS SINO
TODA MI CARRERA.

A MIS HERMANOS

CLAUDIA ANDREA

JORGE

CON MI CARINO Y AFECTO

A MIS ABUELITOS

PEDRO
ANGELITA
MANUEL
CONCHITA

CON UN AFECTO MUY ESPECIAL
QUE LES TENGO

A TODOS LOS MIEMBROS DE MI FAMILIA
CON MUCHO AFECTO

A TODAS LAS INSTITUCIONES EDUCATIVAS
EN LAS QUE TUVE LA OPORTUNIDAD DE RECIBIR
CONOCIMIENTOS, TODO MI AGRADECIMIENTO.

A TODOS MIS MAESTROS
MI AFECTO

A TODOS MIS COMPAÑEROS
MI RECUERDO

INDICE

INTRODUCCION.

INDICE.

Págs

CAPITULO I

DERECHO A LA VIDA.	1
Aspecto teológico de la vida	4
La vida humana.	5
Porqué el hombre es poseedor de un derecho fundamental a la vida	9
Legítima defensa como excepción al derecho a la vida.	17

CAPITULO II

EXPOSICION SISTEMATICA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE ACUERDO A SU DEFINICION, ANALISIS POSITIVO Y NEGATIVO DE LOS MISMOS.	23
El Delito.	24
Análisis de los elementos del delito desde el punto de vista positivo y negativo.	26
Vista positiva y negativa.	26
La conducta y su ausencia.	26
Ausencia de conducta	27
Tipicidad y su ausencia	28
Antijuricidad y su ausencia	29
Imputabilidad y su ausencia	30
Culpabilidad y su ausencia	31

Punibilidad y su ausencia	31
-------------------------------------	----

CAPITULO III

LA ANTIJURICIDAD, EN QUE CONSISTE FORMAL Y MATERIALMENTE. LAS DIFERENCIAS DOCTRINAS SOBRE EL PARTICULAR. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION. EXPLICAR, SEÑALAR CUAL ES SU TRATAMIENTO LEGAL Y LAS QUE SON ACEPTADAS POR NUESTRA LEGISLACION.

La antijuricidad	33
Teorías subjetiva y objetiva de la antijuricidad	34
Diferencia entre injusto y antijuricidad.	37
Teorías de la antijuricidad	38
Teoría de la conducta injusta de Graf Zu Dohna.	39
Teoría de lo contrario a la Sociedad	40
Teoría de lo opuesto a las normas de cultura (M. E. Mayer)	41
Teoría de lo contrario a la norma (Carlos Binding)	41
Teoría de Beling.	42
Teoría de Heinltz	43
Critica de las teorías de Binding y Mayer por Castellanos.	43
Complemento.- Antijuricidad	44
Las causas de justificación, tratamiento legal y las admitidas en nuestra legislación.	44
Causas de justificación.	46
	50

CAPITULO IV

ANALISIS DEL CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA, SUS COMPONENTES, TRATAMIENTO; EL ESTADO DE NECESIDAD SU ESTRUCTURA Y SU TRATAMIENTO. EL EJERCICIO DE UN

DERECHO EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER	52
Consentimiento de la víctima	53
Componentes del consentimiento de la víctima.	54
El estado de necesidad, su estructura y tratamiento.	57
Conceptos del estado de necesidad.	58
Fundamentación del estado de necesidad.	59
Diferencias del estado de necesidad con la legítima defensa	61
Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, como causa de justificación.	62
Homicidio y lesiones en los deportes.	63
Lesiones inferencias en el ejercicio del derecho de corregir	63
Lesiones en tratamientos médico-quirúrgicos.	64

CAPITULO V

LEGITIMA DEFENSA. TRATAMIENTO LEGAL. ESTRUCTURA. PROBLEMÁTICA. PRESUNCIONES DE LEGITIMA DEFENSA.

EXCESO DE LA LEGITIMA DEFENSA.	67
Noción de la legítima defensa.	68
Tratamiento legal.	69
Fundamento de la legítima defensa	69
Elementos de la legítima defensa	72
Presunciones de la legítima defensa	73
Legítima defensa de el inimputable.	77
Legítima defensa putativa.	81
Legítima defensa real contra la putativa.	83
Exceso en la legítima defensa.	85
Complementos.	89

CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFIA	97

INTRODUCCION

El presente trabajo que me permito poner a la consideración de el honorable jurado, es en mi opinión muy personal, breve y sencillo, en el que se encontraran errores propios de cualquier tipo de tesis esperando encontrar su comprensión. Lo que trato de desarrollar en el presente trabajo es un problema que ha diario nos topamos con el en el desarrollo de la noble profesión de la abogacia: La legitima defensa y en no pocas ocasiones su exceso, problemas ambos, muy delicados como lo sabemos.

Invoco ante todo, la comprensión de todos aquellos que se molesten en leer este humilde trabajo y esperando que sepan comprender las imperfecciones que en el se encuentren

La legitima defensa como todos lo sabemos es una causa de justificación que admite nuestra legislación penal vigente en la entidad federativa de Guanajuato, en donde queda debidamente demarcado su imperio.

Los insignes maestros Cardona Arizamendi y Ojeda Rodriguez nos dicen en su aplaudido Código Penal comentado, que las bases para conceptuar la legitima defensa se basa en los siguientes elementos:

1.- UNA AGRESION:

- a) Ilegitima
- b) Actual o inminente
- c) En contra de bienes jurídicos propios o ajenos.

2.- REPULSA O IMPEDIMENTO RAZONABLE NECESARIO.

El mismo ordenamiento penal ya mencionado nos hace mención en su numeral número 34 treinta y cuatro los límites a los que se debe de sujetar la legítima defensa, cosa de suma importancia, ya que en ocasiones al hacer uso de esta acción muchos caen en excesos que en lugar de ser proteger los bienes que la ley establece, se provocan nuevos ilícitos que comete el que en un primer término sería el agredido, convirtiéndose de este modo de víctima en victimario, situación que como todos sabemos en no pocas ocasiones se presenta.

En el presente trabajo de tesis trato de explicar de una manera muy sencilla de porque el hombre tiene el derecho fundamental a la vida, sin que este derecho sea una concesión graciosa de algún semejante o de aquellos que gobiernan nuestras sociedades; haciendo en la mencionada explicación una cobertura que de el aspecto teológico de la vida humana.

La legítima defensa es una causa de justificación, según el Código Penal vigente del estado, -entre otras, claro esta- por lo cual desarrolla este tema tomando en consideración varias teorías que tratan el tema de acuerdo a la opinión de varios autores reconocidos a nivel internacional.

La legítima defensa es una de varias causas de justificación legalmente aceptadas. Otra de ellas es el consentimiento de la víctima, otra el estado necesidad y cerrando la lista el ejercicio de un deber y el ejercicio de un derecho. De todas las excluyentes decidi, por considerarlo conveniente y hasta cierto punto necesario, hacer un

somero análisis de cada una de ellas para que pudiéramos diferenciar principalmente la legítima defensa con el estado de necesidad, ya que en mi propio muy personal considero clave desarrollar en que consisten esas diferencias. Todo un capítulo lo dedique para poder explicar todo lo referente a las causas justificación, tomando en consideración el modo de tratarlas por parte de grandes juristas tanto nacionales como extranjeros como lo son Von Liszt y Carranca y Trujillo así como de Fernando Castellanos.

También dedico, como es lógico, gran parte del presente trabajo, a lo que se refiere exclusivamente a la legítima defensa, desarrollando de manera sencilla el tratamiento legal que se le debe de seguir para poder enmarcarla de forma legal; definiendo así mismo lo que es legítima defensa de acuerdo a la opinión de varios de nuestros maestros juristas más reconocidos, así mismo me permito fundamentar a la legítima defensa en base a lo que respaldan algunos autores y algunas escuelas. También hago mención de los elementos para que pueda existir la legítima defensa, de acuerdo a la ley penal en vigencia en nuestro estado, así como se cae en los excesos en la legítima defensa y toda la problemática que de ello deriva.

Como se vera el trabajo de tesis que se presenta es sencillo, pero considero que toca un punto que a todos aquellos que en el ejercicio de su profesión ya sea de manera privada o en algún organismo de impartición de la justicia, se ha enfrentado alguna vez y sabe lo difícil que es enmarcar perfectamente cuando existe la causa de justificación varias veces mencionada en el presente escrito, y cuando se esta frente a un exceso en la legítima defensa, cuando el agredido se convierte en agresor.

A mi en lo personal este tema siempre me fue llamando la atención desde que yo cursaba la licenciatura por lo cual lo escogi para presentarlo como mi tema de tesis, el cual pongo a su consideración, al cual titulo "Problemática Jurídica Derivada de el Exceso en la Legítima Defensa."

PEDRO MANUEL CERVANTES NIETO.

CAPITULO I

DERECHO A LA VIDA

CAPITULO I

DERECHO A LA VIDA

La vida en general se considera como el poder interno de desarrollo y de resistencia a la introducción, es decir se define en función del movimiento. Vive aquello que se mueve con la condición de que el movimiento sea producido por si mismo y no por medio de un ente externo.

En base a lo que nos dice la enciclopedia general hispano mexicana en su tomo N° 6, página 3721, la vida es una fuerza interna sustancial mediante la cual obra el ser que la posee.

La vida es característica que poseen ciertos fenómenos para producirse o regularse por si mismos.

Se puede decir que desde la antigüedad los fenómenos de la vida se han realizado a partir de la espontaneidad por la cual los seres vivientes se mueven, nutren, crecen, reproducen y mueren de un modo relativamente independiente de las cosas externas. El filósofo Platón identificó alma y vida la nutrición, crecimiento y destrucción que se originan por si mismos, por lo cual entiendo a la vida como propia de los seres animales en cuanto tienen en si mismos una potencia o un principio por el cual sufren aumento o disminución en las direcciones opuestas, Plotino afirmó que la vida es pensamiento y que el pensamiento vive por si mismo.

Santo Tomás consideró que el alma es el principio de la vida. Los filósofos Hobbies y Descartes basándose en una hipótesis mecanicista comparan al hombre y en general al organismo viviente con una máquina bien diseñada. Lo que estos personajes negaban era la identidad entre el alma y la vida, consideraban posible que la materia corpórea en determinadas formas de organización en situación de moverse o desarrollarse por si misma.

Existe un conflicto entre el vitalismo y el mecanismo ya que este último considera que la vida se debe a una determinada organización física-química de la materia corpórea mientras que el vitalismo considera que la mencionada organización no es suficiente y que la vida depende de un principio de naturaleza meramente espiritual. J. Wilhelm Leibniz decidió objetar las dos corrientes mencionadas, ya que según su pensamiento ambas contradicen, en su opinión como ya se dijo, a el gran principio de la física, el cual consideraba que un cuerpo no se mueve sino que es llevado por algún cuerpo vecino y en movimiento y por lo anterior dedujo que única teoría de la vida misma consiste en la concordancia de la acción de las sustancias preestablecidas por Dios.

Kant afirma que la vida es la capacidad de obrar, según la facultad de desear, la facultad de ser causa, mediante las propias representaciones. A su vez Bergson reconocía la fuente de la vida en conciencia y conciencia creadora, es decir, que extrae de si misma lo que produce. El empuje de la vida consiste en una exigencia de creación. No puede crear absolutamente porque encuentra ante si la materia o sea el movimiento que es contrario al suyo, pero que se apropia de esta materia que es la necesidad misma y tiene a introducir la mayor cantidad posible de indeterminación y de libertad.

Por lo anterior y si consideramos que no obstante la coincidencia de opiniones que recogen el concepto de autorregulación muy difícilmente se le puede considerar en todos los casos como característica suficiente de los fenómenos vitales.

ASPECTO TEOLOGICO DE LA VIDA

Las sagradas escrituras nos mencionan que el universo es obra de Dios y también consecuentemente de el Hombre. En uno de los pasajes se lee que Dios dijo:

"Hagamos al hombre a nuestra imagen, según nuestra semejanza: domine sobre los peces del mar y sobre las aves de los cielos, sobre los animales y sobre la tierra. Dios lo creó, pues, al hombre, a su imagen, conforme a la imagen de Dios lo creó, y lo creó macho y hembra. Dios los bendijo diciéndoles: dominad a los peces del mar y sobre las aves del cielo y sobre los animales que reptan sobre la tierra".¹

En una opinión muy particular considero y creo que el origen de la vida es divino a lo que es lo mismo Dios es el creador de la vida en su amplio aspecto general, en donde por consecuencia encaja la vida humana, la cual debe ser considerada como un don divino otorgado por Dios. En este aspecto debemos de mencionar las famosas teorías llamadas evolucionistas las cuales tratan de demostrar que la vida humana como la conocemos en la actualidad es un producto de una evolución natural que suponen que inicio la vida en forma molecular

¹ GENESIS, 1,1,26-28

siguiendo una secuencia hasta llegar a la vida como es ahora. Como ya lo mencione, o si no lo mencionó ahora, no estoy de acuerdo con las teorías evolucionistas por creer que de esta materia, aún la ciencia no ha podido explicar ciertos fenómenos relacionados con la llamada evolución del hombre, y si hablamos mistisísticamente, comparado los huecos ya mencionados del evolucionismo con la grandeza del universo, es fácil inclinarse por la divinidad en la creación del hombre.

LA VIDA HUMANA

A la vida humana, se le debe de considerar no solo distinta a todas las demás, sino que se le debe de considerar fundamental, primaria y condicionalmente y además básica para todas las demás.

La vida humana somos nosotros mismos, constituye nuestra propia existencia, es decir todo lo nuestro como humanos.

El humanismo trascendental nos dice que la vida constituye una realidad radical, básica, primaria así como que es el fundamento y explicación de todo lo demás incluido la vida humana.

Vivir es todo lo que somos y lo que realizamos, es lo más próximo a nosotros. Nuestra vida es todo lo que hacemos y lo que nos sucede a cada instante, por lo que nuestra vida esta llena de sucesos que nos suceden en todo el transcurso de nuestra respectiva existencia, ya sea estos triviales o importantes.

La vida humana consiste en la coexistencia de uno mismo con el mundo y del mundo con uno; como un par de elementos inseparables, imprescindibles y correlativos.

Una de las características esenciales más importantes de la vida del hombre, es que cualquiera de sus acciones necesita de justificación. Vivir es ocuparse en algo. Otra dimensión esencial de la vida humana es la necesidad que tiene de justificarse a si misma en toda su existencia. Cualquiera que sea mi decisión requiere necesariamente una justificación ante mi mismo.

Una forma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada. Una norma jurídica encarna un tipo de acción humana la cual después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la hayan producido, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir por el estado lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetiva.²

“¿Que es nuestra vida?. Soy, de esto no puede haber la más mínima duda. Mi vida, con todas sus alegrías, sus sufrimientos y sus aspiraciones, me produce una certidumbre vital directa. No se trata de un hecho puramente intelectual, sino de el yo vivo, de el estar presente a mí mismo, de mi personalidad. Vivir es sentir la contingencia y la miseria de nuestro espíritu en su condición carnal y presentir la plenitud de la subsistencia”.³

² TRATADO GENERAL FILOSOFIA DEL DERECHO. LUIS RECASENS SICHES. EDITO. PORRUA. EDICION 1970. PAGS. 72, 73, 74, 77, 78 Y 108.

³ FILOSOFIA DEL HOMBRE AGUSTIN BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE. COLECCION AUSTRAL. ESPASA CALPE MEXICANA, S.A. MEXICO PAGS. 85 Y 88.

Es indudable y fuerza de toda discusión que la vida humana es el bien jurídico más importante que hay y habrá, lo cual se refleja y ha reflejado en nuestra legislación penal en donde la vida humana se protege desde la misma concepción hasta la extinción natural de la vida.

Existen autores que dicen que el hombre es un ser vivo y como tal es una unidad de cuerpo y espíritu, más este espíritu además de animar y organizar de su racionalidad, con lo cual yo estoy total y completamente de acuerdo. Además estos autores mencionan, que un espíritu que tiene intenciones, que se conoce a si mismo y que conoce a las demás, un espíritu que pretende evadirse de las leyes materiales y que tienen a liberarse de lo orgánico, un espíritu que puede volverse sobre si mismo.

Reflexionar sobre lo que es y sobre lo que hace un espíritu que puede valorar, que se propone fines para buscar su plenitud y que se proyecta hacia el futuro. Este espíritu se manifiesta por sus actividades inmateriales; el raciocinio y la voluntad. En contra de quienes piensan que ello es solamente un conjunto de fenómenos físico-químicos, diremos que ningún órgano, ninguna porción de materia por si sola puede tener la posibilidad de realizar operaciones inmateriales para lo cual es preciso la actuación de una substancia espiritual.

Podemos llegar a la conclusión que la vida del hombre surge cuando el espíritu anima y organiza a la materia y continua en cuanto subsista esa unidad, constituye su esencia fundamental. Explicado de otro modo, la vida es condición fundamental para la existencia del hombre, ya que el humano no es nada sin ella. Por lo anterior es lógico decir que al serle cien por ciento fundamental al hombre la vida, al

corresponderle por naturaleza; la vida para el humano es su más preciada joya para lucir, el don más fundamental y rico que le ha sido entregado.

Por lo anterior podemos decir que como la vida es fundamental para la existencia del hombre, solo a este hombre le pertenece su vida, pero también debemos decir que esta propiedad de ninguna manera le da al hombre potestad ilimitada sobre su propia vida, pues como se sabe con seguridad manifiesta es el don más preciado planeta tierra, ya que gracias a esa esencia que es la vida existimos, se lo que somos, y por lo cual y si hablamos en un tono místico, nadie con ningún argumento ni siquiera en la más profunda depresión, desesperanza o desesperación ni ningún otro motivo, puede justificar la destrucción de la vida ya sea propia, peor aún, o la de algún semejante.

Por la situación que con anterioridad expuse de que la vida es pertenencia exclusiva del hombre, de que esa vida es parte esencial de su naturaleza, por lo cual se puede decir que nadie tiene el derecho de quitársela, en otras palabras, nadie tiene la facultad de destruir o afectar la vida de otro, al contrario, todos tenemos la obligación de cuidar la vida nuestra y en ocasiones la de nuestros semejantes. Para explicar mejor lo anterior podemos decir que el hombre tiene el derecho inalienable de la vida, así como los demás tienen la obligación de respetarla. El derecho de la vida y la obligación de respetarla es de carácter natural ya que se deriva de la esencia del hombre por lo cual no es una disposición gratuita de la autoridad, ni tampoco de un derecho que devenga de una disposición gratuita de la autoridad, ni tampoco

de un derecho que devenga de una disposición normativa creada por el gobierno.⁴

Se puede decir sin lugar a dudas que la esencia de que el hombre es la vida, ya que es imposible que sin esta exista. La vida permanece a cada ser humano para que la disfrute o la sufra; como ya se dijo la vida es el don máspreciado de cualquier ser humano, el cual debe ser respetado ya que pertenece exclusivamente a cada hombre, ya que solo se tiene una sola vida, por desgracia, y nadie tiene el derecho de quitársela a nadie, dado que se atenta contra la propia existencia lo cual evidencia un retroceso en la evolución del ser humano, aunque debe de admitirse que existe casos de excepción al derecho a la vida, una de los cuales es el de a legítima defensa. Por lo anteriormente expuesto y si hablamos en un tono hartomístico, podemos decir que la vida es un don divino el cual nos fue otorgado, es un privilegio que no sabemos por que lo tenemos y existimos, motivos por el no nos podemos permitir el quitar la vida a los demás y tampoco nos podemos privar de nuestra propia existencia.

Desgraciadamente existen tipejillos desadaptados a la sociedad en la cual se “desarrollan” los cuales no respetan el derecho a la vida que tienen los demás y en ocasiones, no pocas, que no respetan ni la de ellos mismos, y en estos tristísimos casos es donde debe de resaltarse la importancia de ese estado a efecto de que se cumplan las disposiciones establecidas y se castigue ejemplarmente a los culpables de privar de la vida a otro u otros. Por lo tanto y como ya se mencionó, no solo debemos de proteger el don de nuestra vida y esperar que el estado como

⁴ EL HOMBRE, LA SOCIEDAD, EL DERECHO Y EL ESTADO. LIC. DIEGO LEÓN RABAGO, UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO. ESCUELA DE DERECHO.- PAGES. 143, 144 Y 145.

encargado de la seguridad pública de la población nos auxilie en la protección de la vida de cada uno en base a normas punitivas.

PORQUE EL HOMBRE ES POSEEDOR DE UN DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA.

Simple y sencillamente porque la vida como un derecho fundamental de el hombre es facultad inherente a su naturaleza.

Por lo tanto de ningún modo son concesiones de quien ostenta el poder en un estado, ni son tampoco facultades emanadas de las normas del derecho privado. Más bien es una obligación de los órganos del estado la regulación y la creación de los medios de protección para el ejercicio de esos derechos por medio de la legislación.

Los derechos fundamentales tienen una doble correlación:

A) Por un lado son correlativos de una obligación de respeto. Para explicar mejor, el ejercicio que cada uno de los hombres hace de sus derechos fundamentales debe de ser respetado por los demás, lo cual se traduce en una obligación de abstenerse de llevar a cabo acciones que afecten la realización de los derechos de los demás.

B) Por otro lado, también son correlativos de una obligación a cargo de sujetos pasivos individualmente determinados: los órganos estatales. Estos órganos del estado tienen 2 tipos de obligaciones: una simple cuando solo deben de abstenerse de realizar actos que atenten, que impidan a cada uno de los hombres del libre ejercicio de sus

derechos. La otra obligación será compleja cuando además de dar cumplimiento al deber de abstenerse para que el hombre ejerza sus derechos, el órgano del estado debe ejecutar actos materiales de protección en favor de el hombre al momento que este último en ejercicio de sus derechos.

I.- Cada ser humano, al mismo tiempo que ejercita sus derechos tiene que cumplir con el deber de no incurrir en abusos que puede afectar a los demás. De ninguna manera es posible permitir que cada ser humano goce de una libertad absoluta en sociedad, que le sea propicia, para caer en un libertinaje perjudicial así mismo y a los demás. Siempre, la igual libertad de los demás constituye una restricción a la libertad de cada uno.

II.- El estado está facultado para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, solamente para evitar que su titular incurra en abusos. Ninguna otra limitación puede ser establecida por quienes detentan el poder. El problema aquí estriba en poder determinar en cada caso cuando comienza a darse ese abuso y hasta donde llegan las facultades de los órganos del estado para tal regulación. Hay que tener presente la consideración de que "A mayores limitaciones de la actividad de los gobernados, mayor poder de los gobernantes", pues esto entraña el peligro de la producción del fenómeno llamado "Estatismo", que no es otra cosa que el establecimiento de abominables dictaduras que terminan por restringir al máximo la libertad del hombre".⁵

⁵ EL HOMBRE, LA SOCIEDAD, EL DERECHO Y EL ESTADO. LIC. DIEGO LEON RABAGO. UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO. ESCUELA DE DERECHO. PAGES. 138.

III.- Debemos concluir que el hombre tiene derecho fundamental a la vida, por la simple y sencilla razón de que el derecho a la vida se funda en la naturaleza del hombre.

IV.- ¿POR QUE TIENEN EL ESTADO LA OBLIGACION DE RECONOCER AL HOMBRE EL DERECHO A LA VIDA?

Antes de contestar a esta pregunta, es necesario exponer algunas doctrinas que se han elaborado respecto al estado y al derecho.

a) Teoría de que el estado ofrece dos caras o dimensiones. Una jurídica y la otra sociológica, pero sin llegar a determinar con precisión cuál sea el tipo de conexión que medie entre ambas.

b) Identidad entre estado y derecho (Kelsen). Llega al extremo de decir que se trata de dos palabras para designar al mismo objeto.

c) El pensamiento actual ha considerado que en el estado hay realidades sociológicas, pero también esencialmente dimensiones jurídicas; sólo que han tratado de entender rigurosamente la relación entre esa realidad social del estado y su ordenamiento normativo.

d) Estado como ser de la naturaleza. Pretende que el estado es un ser natural, un pedazo de la naturaleza y, que, intenta explicarlo mediante una ciencia de tipo natural.

e) Teorías transpersonalistas del estado. Quieren desgradar al hombre considerándolo como mera parte de un todo, como miembro de un cuerpo, negándole toda dignidad moral.

f) El estado como relación de fuerza. El estado es un mero complejo de relaciones de fuerza: el estado consiste en el hecho de que los más fuertes han sometido a los más débiles. Pero aunque en el estado hay relaciones de poder y utilización de fuerza, la realidad estatal no se agota en esas puras relaciones de violencia física, el estado es un mando especial; pero el mando es una relación social que no puede equipararse de ninguna manera a la pura dominación física (crítica a la teoría del estado como relación de fuerza).

Las peculiares características del estado, son las siguientes:

1. Constituye un mando supremo; un mando que no tolera ningún otro mando por encima de él "un poder que no sólo es más fuerte que los débiles, si no incluso más fuerte que los fuertes, y que se impone a todos";

2. Ese mando se objetiva en una regulación externa, en una regulación de la conducta de relación;

3.- Que ese mando tiene la pretensión de ser legítimo;

4. Que ese mando se propone asegurar una convivencia duradera y ordenada entre los hombres y los grupos.

5. Que en el mando estatal se da siempre una referencia intencional a principios de justicia; ésta se hallará o no realizada, más o menos realizada, pero nunca falta por completo la referencia a ella.

Cuando se ha querido caracterizar sociológicamente los hechos colectivos que constituyen la realidad del estado, ésta caracterización ha tenido que mentar una serie de notas esenciales de lo jurídico y ha tenido que referirse al sentimiento intencional del derecho. Así pues, para conocer los hechos sociales que constituyen la realidad del estado, como quiera que son hechos humanos y no son hechos de la naturaleza, es menester interpretarlos en su sentido; y este su sentido consiste precisamente en ser hechos en los cuales se quiere constituir el derecho. Esas definiciones sociológicas del estado va implicada la referencia esencial al concepto de lo jurídico; su sentido estriba cabalmente en que en ellas se pretende constituir y realizar el derecho.

En lo que se refiere a la teoría de las dos facetas o de la doble cara del estado. El haberse dado cuenta grosso modo de que el estado es una realidad social, pero que a él es esencial el aspecto jurídico, fue lo que determinó que gran número de doctrinas dijese que en el estado hay dos vertientes: una real, fenoménica, que exige un estudio sociológico; y otra ideal, normativa, que ha de ser considerada por la ciencia jurídica, Jellinek nos dice que la concepción jurídica del Estado tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan y sirven de pauta a las instituciones y funciones del mismo, así como de las relaciones entre los hechos reales de la vida del estado con aquellos juicios normativos sobre los cuales se apoya el pensamiento jurídico. La concepción jurídica del estado se propone, por consiguiente, completar la doctrina social del mismo; pero no puede en modo alguno confundirse con otra.

En lo que se refiere a la teoría de la identidad del estado y el derecho. Kelsen afirma que el estado es pura y simplemente un sistema

normativo, a saber: el sistema del orden jurídico vigente; nada más. El derecho se reduce pues, a un sistema de normas, a saber: el sistema del orden jurídico del derecho positivo.

El estado, es, en suma, nada más que el sistema del derecho vigente, que es llamado estado, cuando lo concebimos personificado, unificado, es decir, en forma de persona.

PERSONALISMO Y TRANSPERSONALISMO.

Dos posiciones antitéticas e irreconciliables.

Dentro del problema general del derecho justo se encuentra la cuestión más importante es la de cual sea el valor de la personalidad individual en relación con los demás valores que también deben ser considerados por el Derecho.

Según el personalismo, la cultura y la colectividad deben converger hacia el hombre y tomarle como substrato, pues solo así tiene sentido y estarán justificadas; deben convertirse en condiciones o en medios para elevar al hombre a los valores: deben estar al servicio del hombre.

Transpersonalismo (totalismo) el hombre sería un mero instrumento para que se produjesen obras de cultura con substrato objetivo-ciencia, arte, técnica, etc. o para el engrandecimiento y poder al servicio de unas supuestas funciones objetivas a realizar en el poder, en

la gloria estatal en raza, en la cultura, es decir, en magnitudes transpersonales.⁶

Considero que para el presente tópico, estoy completamente de acuerdo con el autor Lic. Diego León Rábago, quien además considero es la persona que respecto a éste tema, es quien con gran fino ha realizado la clara diferenciación entre estas dos posturas opuestas. El mencionado autor nos dice: "La crisis de nuestro tiempo tiene entre sus causas primarias a la negación teórica y práctica, de negar la sujeción de los gobernantes al derecho. No pocos han sostenido que los derechos humanos fundamentales son realidad derechos "formales", es decir, derechos creados por voluntad del gobernante legislador. En otros términos, los derechos fundamentales son, según afirman, concesiones graciosas de quienes detentan el poder, en favor de los gobernados. Esto conduce a la conclusión absurda de que el otorgamiento de derechos a las personas, depende de un mero capricho o de un acto de magnanimidad de la autoridad, sin que ellas estén facultadas para exigir a ésta la creación de un ámbito de libertad y al respeto de la vida y de la dignidad que le son propias. Este tipo de argumentación ha sido invocado frecuentemente para justificar a los regímenes totalitarios y para encubrir las acciones contrarias a la integridad del hombre.

Me parece oportuno mencionar uno de los defensores de esa tesis formalista fue el jurista alemán Gustav Radbruch. El, en 1932, entre otras cosas, escribió lo siguiente: "Quién puede imponer el derecho, demuestra de esta manera que es quien está llamada a dictar el derecho". Después de la segunda guerra mundial, ante la amarga

⁶ TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO. LUIS RECASENS SICHES. EDITO. PORRUA. CUARTA EDICION. 1970. PAGES. 338, AL 334, 497, 499.

experiencia de este acontecimiento, Rasbruch desiste con valentía de hoy ni de ayer y nadie sabe de que lejano pasado procedan” y luego agregan: “Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de ser justas, cuando desconocen arbitrariamente los derechos de los hombres en tales hipótesis, falta a la ley toda justificación. En esos casos, los juristas deben tener el valor de negarles el carácter de normas jurídicas”. Posteriormente, concluye: “La supuesta legalidad propia del derecho que deriva del positivismo jurídico desemboca ...necesidades en la posibilidad del estado totalitario y de sus leyes.”

Hermogeniano dijo “Por causa del hombre existe el derecho”. Esta indestructible afirmación se deduce de la función del derecho que consisten regular la conducta del hombre. Quiere decir, en otras palabras, que en la esencia de lo jurídico, el hombre es el elemento medular: el derecho, entonces es indispensable conocer la esencia del hombre. Ahora bien, la naturaleza del ser humano se caracteriza por ser unidad indivisible de materia y espíritu. Es indivisible de materia y espíritu. Es indivisible porque, como expresa Eugenio Trueba. “No puede hablarse válidamente de que el hombre es por un lado cuerpo y por otro espíritu. En realidad se trata de una sustancia única, de naturaleza racional”. El elemento espiritual es complejo, ya que se manifiesta en las actividades constante del pensar, de suyo también compleja. Esta función racional es la que determina para el hombre mismo su ordenación a fines. Es así que el obrar humano es en causa hacia metas, dicho sea más claramente, se propone fines a realizar y puede juzgar de la aptitud de las acciones y de los medios idóneos, en vista del fin último. La razón, así, procede al derecho y lo crea como un medio idóneo para la realización de los fines del hombre. El derecho surge, por tal virtud, por decisión de la razón humana, y está supeditado a los

finés que contienen a ésta: la justicia, el orden, la paz, la seguridad y el bien. De esta suerte, el primer derecho creado por la razón humana, que regula, a la manera de causa primera, los actos del hombre, según nos informa Santos Tomás de Aquino.

Cualquier ordenamiento surgido de la voluntad de una autoridad política, si pretende ser derecho debe estar sustentado en los principios de ese derecho natural, pues sólo tiene validez aquel sistema de normas cuyo contenido propende el perfeccionamiento de la naturaleza racional del hombre".⁷

LEGITIMA DEFENSA COMO EXCEPCION AL DERECHO A LA VIDA.

Antes de entrar al estudio de la legítima defensa como una excepción al derecho a la vida. Considero oportuno mencionar algo de lo que es la seguridad jurídica. "La práctica correcta de la justicia, así como de su debido cumplimiento es un ideal que en ocasiones no se puede cumplir. El estado se enfoca ese propósito, ya que tanto la justicia como el bien común son altos valores comunitarios, entonces se requiere de seguridad y autoridad para mantenerlos y desarrollarlos. La seguridad, es una garantía para que una persona, sus bienes y derechos no serán afectados por ataques violentos e ilegítimos y que si llegaran a producirse, se les otorgará, por la sociedad, protección y reparación. Dice Delos; está en seguridad aquel (individuo en el estado, estado en la comunidad internacional) que tiene garantía de que su situación no será

⁷ EL HOMBRE. LA SOCIEDAD DEL DERECHO Y EL ESTADO. DIEGO LEON RABAGO. UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO. ESCUELA DE DERECHO PAG. 127-130.

modificada sino por procedimientos societarios y por consecuencia regulares".⁶

Es obligación del estado mantener la seguridad a los ciudadanos para que éstos vivan en paz y tranquilidad o cuando menos procurar que esta se logre. En el caso de la legítima defensa desde luego se está en la presunción de que el ataque ilegítimo del agresor no se cuenta con autoridades de que auxillen en el injusto ataque y, que el agredido tiene que sortear su suerte como Dios le dé a entender como se dice vulgarmente. Es decir, el agresor se pone al margen de la ley, entonces el agredido tiene que repeler la agresión como respuesta inmediata de la defensa de los bienes jurídicos propios o bienes jurídicos, entonces en cuando tiene que repeler la agresión no tanto por ejercer justicia por su propia mano, con venganzas, dolo etc., sino porque en ese momento no tiene protección estatal y, están vulnerando sus bienes jurídicos propios o ajenos.

Pero de nadie es un secreto de que los mismos encargados de dirigir las corporaciones policíacas, se encuentran enredados con delincuentes peligrosísimos, cómo lo son los narcotraficantes, asaltantes, secuestradores, etc. La función de las corporaciones policíacas es brindarle a los ciudadanos seguridad y protección, pero lo único que provocan es una verdadera inseguridad. Por la dinámica social que se vive en México, puedo afirmar que es una farsa de que en México se vive en seguridad y tranquilidad y que supuestamente tenemos 75 años de libertad y progreso. Cuando basta simplemente con enterarlos por los medios de comunicación: que asaltaron nuevamente

⁶ DERECHO Y PERSONA HUMANA. EUGENIO TRUEBA O., CAP. SEGURIDAD EDITO. JUS. COLECCION ESTUDIOS JURIDICOS. MEXICO. 1966.

tal o cual negociación, robos domiciliarios que rebasan los millones de pesos, que secuestraron a tal o cual persona, que algunos jefes de corporaciones policíacas estaban en complicidad con los mismos delincuentes. Lo cierto es que nuestras autoridades no brindan la protección a los ciudadanos en forma adecuada, es decir, es un síntoma de que le ha faltado al estado autoridad, para someter a ésta clase de gente voraz, gente sin preparación, ambiciosa que no tiene otro ideal que el de enriquecerse a costa de sus víctimas, quienes no tienen ninguna seguridad y, en lo que se refiere a las estadísticas de los desmanes que menciono en el presente trabajo, en general se puede decir que puedan impunes. Como está, los tiempos, los ciudadanos ya no tienen miedo de que se les prive de su libertad, por medio de las autoridades, quienes logran la detención en forma regular y legal, sino que se tiene terror en cuanto existen tanto delincuentes libres y haciendo de las suyas y repito, que en ocasiones son integrantes o ex-integrantes de las mismísimas corporaciones policíacas, pues el terror consiste en que éste tipo de delincuentes vayan a privar no sólo de la libertad al particular, sino de su vida, propiedades, en forma ilegal, fácil e impune. ¿Qué es lo que debe de hacer el particular, ante tal situación? Considero que es aquí en donde resalta la importancia de la legítima defensa. Ahora bien, tal parece que la legítima defensa en un tema viejo como aburrido, sin embargo, debemos reconocer que la legítima defensa se ha manifestado siempre en la existencia del ser humano. Esto es, que la legítima defensa como excepción al derecho a la vida es inherente a la esencia humana, como capacidad de respuesta al instinto de conservación. Porque de suyo y por naturaleza es al hombre el de salvaguardar sus bienes jurídicos propios como ajenos. Aunado de que en la actualidad existe una inseguridad, intranquilidad social que han proliferado los

delincuentes peligrosísimos, tales como los secuestradores, asallantes, etc.

Yo me pregunto, ¿Qué debemos hacer los particulares al respecto, si las autoridades no auxilian al particular en forma adecuada? ¿Acaso debemos rezar y llorar, para no ser víctimas de viciosos, vagos y pedir al cielo nos proteja? Considero que el particular debe oponer resistencia contra quien atenté en sus bienes jurídicos, sin el temor de que la ley los sancionará, es decir, que el Legislador debe adecuarse a la dinámica social en que estamos viviendo y legislar sobre la legítima defensa en forma más amplia en lo que se refiere al exceso de la misma. Aquí tal parece que la voluntad de la Ley se enfoca a que se debe castigar siempre que puede castigar al agredido por la simple y sencilla razón de que fue en relación con su agresor más hábil, con mayor destreza e inteligencia que sus atacantes. Para esta clase de gentes, antes de castigar se deberían hasta premiarlos en cuanto al instinto de sobrevivencia se refiere y no pedirle que use "Un medio de defensa proporcionando al fin de evitar o repeler la agresión o bien que sea razonable en la repulsión de la agresión". Cuando el agredido es en primer lugar sorprendido y su respuesta será en un estado de sobre exaltación, dado que corre peligro nada menos que su propia vida, aunado a la ignorancia de parte del agredido de cuántos conforman el número de sus atacantes, qué armas portan, etc. Es decir, que la ley ha olvidado ser más precisa en el exceso de la legítima defensa, es decir, no menciona por ejemplo la importancia que reviste en un momento dado, el sexo de los agresores o agredidos, constitución física, ahora, sin número de circunstancias que pasa por alto. Además debemos decir que el agredido suponiendo como dice la Ley que utilice un medio razonable de repulsión, esto no significa que sus atacantes no lo vuelvan a atacar

y ahora sí hasta privarlo de su vida. Entonces el agredido no podría levantarse de ultratumba para decirle al legislador que procedió tal y cómo señala la ley y ni así lo respetaron sus atacantes en su bien jurídico más importante como lo es la vida.

“La legítima defensa constituye un caso de verdadera excepción al derecho a la vida. El fundamento de esta excepción lo es la situación planteada en cada caso de verdadera legítima defensa: Por un aparte encontramos a un agresor, cuya finalidad es la de privar de la vida a otro, lo que es índice claro de una intención dolorosa e ilegítima; por otra parte, encontramos al agredido, cuya finalidad es la de preservar su propia vida, y que sólo destruye la vida de otro por carecer de un medio diverso para salvaguardar la apropiada. La actitud de agresor carece de justificación ética y jurídica, pues ha decidido conciencia, acabar con la vida del otro. La actitud del agredido en cambio, responde sólo a la necesidad de autodefensa. Por tal razón el agredido actúa lícitamente.”⁹

Aquí cabe la opinión de Santo Tomás de Aquino, quien nos dice “que nada impide que un acto pueda tener dos efectos, de los cuales uno sea voluntario y otro accidental. Y los actos morales se especifican por el fin que se pretende, no de lo accidental, o sea, de lo que sucede inintencionalmente. Y del acto de alguien que se está defendiendo puede darse dos intenciones: la conservación propia de la vida y la segunda: la muerte del atacante. Si el acto se hace con la intención de conservar.

⁹ EL HOMBRE: LA SOCIEDAD, EL DERECHO Y EL ESTADO. DIEGO LEON RABAGO, UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO. ESCUELA DE DERECHO. 1983.

CAPITULO II

**EXPOSICION SISTEMATICA DE LOS ELEMENTOS QUE
INTEGRAN EL DELITO DE ACUERDO A SU DEFINICION,
ANALISIS POSITIVO Y NEGATIVO DE LOS MISMOS.**

CAPITULO II

EXPOSICION SISTEMATICA DE LOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DELITO DE ACUERDO A SU DEFINICION, ANALISIS POSITIVO Y NEGATIVO DE LOS MISMOS.

EL DELITO:

De acuerdo a nuestra Legislación, en lo que se refiere al delito en el artículo 11 de nuestro ordenamiento penal nos dice "Delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible".

De esta definición aceptada por nuestra legislación penal se desprenden los elementos que integran el delito y que son:

1. Una conducta.
2. Tipicidad.
3. Antijuridicidad.
4. Imputabilidad.
5. Culpabilidad.
6. Punibilidad.

En el artículo 12 de nuestro ordenamiento penal; se menciona que el delito puede ser realizado por acción o por omisión. El artículo 11 de nuestro Ordenamiento Penal, adopta la fórmula de Mezger al señalar "...Conducta típicamente antijurídica y culpable...". "Ello en virtud de que la tipicidad es delimitante no sólo de la conducta, sino de la antijuridicidad y de la culpabilidad también lo cual es destino a decir "...Conducta típica, antijurídica y culpable..." Ya que se pretende

destacar una especial antijuricidad y una especial culpabilidad es decir, lo penalísticamente antijurídico y culpable."¹⁰

Es necesario asentar que en el Código se agregan dos elementos a la concepción tradicional alemana: la imputabilidad y la punibilidad. Se ha discutido si la imputabilidad es un elemento esencial del delito o si simplemente es un presupuesto. Estoy de acuerdo con los tratadistas Cardona Arizmendi y Ojeda Rodríguez en cuanto a que la imputabilidad entendida como la capacidad de entender y de querer si es un elemento esencial definitorio del delito por la gran importancia que la capacidad tiene en nuestro derecho".¹¹

Que se refiere a la punibilidad considero que si es una característica esencial, por que carácter substancial de la norma es su combinación. Debemos entender a la punibilidad como el establecimiento de la consecuencia en abstracto. Un delito sin sanción no es delito, una norma sin sanción no es norma, es una mera recomendación.

Seguiremos el mismo sistema de Jiménez de Azúa que aparece en "La Ley y el delito" a su vez tomado de Guillermo Saucer. De acuerdo con el método aristotélico de sic et non, contrapone lo que el delito es a lo que no es:

ASPECTOS POSITIVOS

a) Actividad

ASPECTOS NEGATIVOS

Falta de acción

¹⁰ MEZGUER EDMUNDO, TRATADO DE DERECHO PENAL, TITULO PRIMERO, MADRID 1955, PAG. 156.

¹¹ NUEVO CODIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. CARDONA ARIZMENDI Y OJEDA RODRIGUEZ, CARDENAS EDITOR. PAGES. 86, 87, 1978.

b) Tipicidad	Ausencia de tipo
c) Antijuricidad	Causa de justificación
d) Imputabilidad	Causa de inimputabilidad
e) Culpabilidad	Causa de inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva	Falta de condición objetiva
g) Punibilidad	Excusas absolutoria

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO DESDE EL PUNTO DE VISTA NEGATIVO Y POSITIVO.

LA CONDUCTA Y SU AUSENCIA

El delito es ante todo conducta humana. Dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción y la omisión, es decir, el hacer positivo y el negativo; el actuar el abstenerse de obrar.

Concepto de conducta. La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito. La conducta llamada también acto u omisión lato sensu, puede manifestarse mediante actos positivos o negativos, es decir, por actos o por abstenciones.

El acto a la acción, strictu sensu, es todo hecho humano voluntario, todo movimiento voluntario del organismo humano, capaz de modificar el mundo exterior o de poner el peligro dicha modificación. Según Cuello Calón; la acción en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consiste en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se

produzca. Para Eugenio Florian; la acción es un movimiento del cuerpo que se desarrolla en el mundo exterior y por esto determina una variación, aún cuando se aligera o imperceptible.

LA OMISION: La omisión en cambio radica en un abstenerse de obrar. Es dejar de hacer lo que se debe ejecutar. O como dice nuestra Legislación penal en su artículo 13 "Que se responderá del delito producido quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias y si debía jurídicamente evitarlo.

La omisión es una forma negativa de la acción, de acuerdo con Cuello Calón, la omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Para Sebastián Soler el delincuente puede violar la ley, sin que un solo músculo de su cuerpo se contraiga por medio de una omisión o abstención. La omisión simple consiste en un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva, produciendo un resultado típico. Y en la comisión por omisión; hay una doble violación de deberes: de obrar y de abstenerse.

AUSENCIA DE CONDUCTA:

Si la conducta está ausente, evidentemente no habrá delito a pesar de las apariencias. Es pues, la ausencia de conducta uno de los aspectos negativos, o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser la actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito de todo problema jurídico.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito, por ausencia de conducta, es la llamada VIS ABSOLUTA, o fuerza física exterior irresistible, ya que no es una acción humana en el sentido valorativo del derecho, por no existir la manifestación de voluntad, quien así obra no es en ese instante un hombre sino un mero instrumento... Es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera o la piedra que es arrojada y rompe un cristal.

Es unánime el pensamiento en el sentido de considerar como factores eliminitorios de la vis conducta a la VIS MAYOR y a los movimientos reflejos. Estas causas adquieren carácter suprallegal, por no estar expresamente destacadas en la ley, pero puede operar, porque su presencia demuestra la falta del elemento que es siempre un comportamiento humano voluntario. Solo resta añadir que la VIS ABSOLUTA y la VIS MAYOR defieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza.

TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

Tipicidad, es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia con el comportamiento es el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o la adecuación de un hecho a la hipótesis legisladora. Para Celestino Porte Petit la Tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula NULLUM CRIMEN TIPO.

AUSENCIA DE TIPICIDAD

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal legal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

a) Ausencia de calidad exigida por la ley en cuanto a los sujetos activos y pasivos;

b) Si falta el objeto material o el objeto jurídico;

c) Cuando no se dan las referencias temporales o especiales requeridas en el tipo.

d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados por la ley;

e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigido.

f) Por no darse, en su caso, la antijuridicidad especial.

ANTI JURIDICIDAD Y SU AUSENCIA

LA ANTI JURIDICIDAD radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD. La ausencia de antijuridicidad puede ocurrir que la conducta típica esté es aparente oposición al derecho y, sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

IMPUTABILIDAD Y SU AUSENCIA (INIMPUTABILIDAD)

La imputabilidad, es la capacidad de entender y de querer, en el campo del derecho penal. La inimputabilidad; constituye el aspecto negativo de la imputabilidad. Las causas de inimputabilidad son, todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud mentales, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Tratándose de la inimputabilidad son admisibles, tanto las excluyentes legales como las llamadas supraleales. Las causas de inimputabilidad de naturaleza legal son:

- I.- Estado de inconsciencia (permanente y transitorio)
- II.- El miedo grave;
- III.- La sordomudez.

CULPABILIDAD Y SU AUSENCIA (INCUPLABILIDAD)

Jiménez de Azúa menciona que en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad; como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Fernando Castellanos considera a la culpabilidad como un nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

La inculpabilidad, es la ausencia de culpabilidad. Jiménez de Azúa considera que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche. La inculpabilidad: conocimiento y voluntad.

PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta, es pues:

- a) El merecimiento de penas;
- b) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales;
- c) Aplicación fáctica de las penas en la Ley.

AUSENCIA DE PUNIBILIDAD

En función de las excusas absolutorias no es posible la aplicación de la pena, es decir, que constituye el factor negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter

delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. El estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal.

CAPITULO III

LA ANTIJURIDICIDAD EN QUE CONSISTE FORMA Y MATERIALMENTE.- LAS DISTINTAS DOCTRINAS SOBRE EL PARTICULAR.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION. EXPLICARLAS, SEÑALAR CUAL ES SU TRATAMIENTO LEGAL Y LAS ADMITIDAS POR NUESTRA LEGISLACION

CAPITULO III

LA ANTIJURIDICIDAD EN QUE CONSISTE FORMA Y MATERIALMENTE.- LAS DISTINTAS DOCTRINAS SOBRE EL PARTICULAR.- LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION. EXPLICARLAS, SEÑALAR CUAL ES SU TRATAMIENTO LEGAL Y LAS ADMITIDAS POR NUESTRA LEGISLACION.

LA ANTIJURIDICIDAD:

"Primeramente diremos que el tipo, es la descripción concreta prohibida (del contenido de la materia de la norma) es una figura puramente conceptual y la antijuridicidad, es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto".¹²

"La Antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo Franz Von Liszt ha elaborado una doctrina dualista de la antijuridicidad. El acto será formalmente antijurídico cuando implique transgresión a una norma establecida por el estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico, en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos".¹³

Von Liszt¹⁴ distingue entre formal y material la reprobación jurídica que recae sobre el acto, es según éste autor, doble:

¹² HANS WELZEL, DERECHO PENAL ALEMAN PAGS. 204.

¹³ LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, F. CASTELLANOS, PAGS. 178, DECIMO QUINTA EDICION. DE. PORRUA 1981.

¹⁴ MANUAL DE DERECHO PENAL, CARLOS FONTAN BELESTRA. CAP. ANTIJURIDICIDAD

1) El acto es "formalmente contrario al derecho" en razón de que infringe una norma establecida por el estado o incorporada al orden jurídico.

2) Es materialmente ilegal " en cuanto esa conducta es contraria a la sociedad (antisocial);

La antijuridicidad formal y la antijuridicidad material pueden coincidir en un acto, pero pueden concurrir también separadamente.

La lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contraria al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida que responde a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana: observada en su fondo, esta teoría distingue un doble ordenamiento jurídico: el legislativo y el que es consecuencia de las necesidades de la convivencia, que puede o no haber sido captado por el legislador. Esta posición es igual a la que distingue un derecho natural y otro positivo, como referencias distintas para una también distinta valoración.

En mi opinión considero a la antijuridicidad como algo unitario, indivisible, es decir, que habla de una antijuridicidad material y de otra formal es simple y sencillamente hablar de lo mismo, penetrar en tal tratamiento como supone Von Liszt es apartarse de la esencia de lo antijurídico y es dividir algo que es indivisible, es decir, que habla de una antijuridicidad material y de otra formal es simple y sencillamente

hablar de lo mismo, penetrar en tal tratamiento como supone Von Liszt es apartarse de la esencia de lo antijurídico y es dividir algo que es indivisible, ya que lo antijurídico es un juicio de valor que elabora el legislador por boca de las exigencias sociales. La antijuridicidad estudiada aisladamente puede enfocarse sin dificultades en forma objetiva; más aún, es conveniente y necesario hacerlo, pues su confusión con la culpabilidad, sin aportar beneficios, acarrea peligros que se crearían así voluntariamente.

Para Villalobos la infracción de las leyes significa una antijuridicidad formal y el quebranto de las normas que las leyes interpretan constituye la antijuridicidad material. Si toda sociedad se organiza formalmente es para fijar las normas necesarias para la vida del grupo y por ello el estado¹⁵ proclama sus leyes en donde da forma tangible a dichas normas.

Según Cuello Calón, hay en la antijuridicidad un doble aspecto: la rebeldía contra la norma jurídica (antijuridicidad formal) y el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía (antijuridicidad material).¹⁶

No existe delito sin antijuridicidad; para tener por consecuencia una pena, las acciones u omisiones deben ser contrarias al derecho. Cuando no hay antijuridicidad, la investigación de la culpabilidad es innecesaria, puesto que no existe delito. La consecuencia es importante; las causas que excluyen la culpabilidad son apreciadas subjetivamente y sólo adquieren significación para quien ha estado en ellas. En cambio,

¹⁵ DERECHO PENAL MEXICANO Y. VILLALOBOS, PÁGS. 24 Y SS., SEGUNDA EDICIÓN, PORRÚA, 1960.

¹⁶ CITADO POR F. CASTELLANOS, LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL, PÁG. 178, DÉCIMO QUINTA EDICIÓN, EDITORIAL, PORRÚA, 1981.

las causas de justificación, que tornan jurídica la acción, valen para todos.¹⁷

TEORIAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS DE LA ANTIJURIDICIDAD.

El modo como la antijuridicidad ha apreciarse, ha dividido a los autores en dos grupos:

A) Los partidarios de la teoría subjetiva, para quienes solo pueden haber ilicitudes culpables; las acciones inculpables no pueden ser contrarias a la norma.

En verdad que si lo antijurídico hubiera de expresarse en un término no tautológico (la antijuridicidad es lo contrario al derecho). Que supiera ya en su nombre lo material y lo valorativo del concepto, deberíamos elegir una palabra que terminantemente equivaliera a lo contrario a la norma.

La antijuridicidad material lo concibe Jiménez Huerta como "Un juicio en que se afirma" la contradicción de la conducta "con las normas del derecho"; es decir, que "Lo antijurídico implica desvalor".

ANTI JURIDICIDAD OBJETIVA. Ha de entenderse, pues la contradicción de la conducta con la norma de cultura, producto de la experiencia colectiva que el estado ha reconocido y que en modo alguno puede crear un juez o un tribunal, pues en este caso caeríamos en otro

¹⁷ MANUAL DE DERECHO PENAL. CARLOS FONTAN BALESTRA. CAP. ANTIJURIDICIDAD.

concepto subjetivo de lo injusto. Entonces no sería lo que el delincuente cree contradictorio con el derecho, sino lo que el juzgador estima que se opone a la regla jurídica, lo que sería aún más arriesgado.

¿Lo contrario al derecho o lo contrario al deber? A nuestro juicio (Jiménez de Azúa), de acuerdo con Mayer, teniendo un mismo alcance, cabe hacer pues, un distingo. Lo contrario al derecho es el proceso objetivo del que juzga: el juez compara la acción con la norma; en cambio, lo contrario al deber; es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo.¹⁸

DIFERENCIA ENTRE INJUSTO Y ANTIJURIDICIDAD.

En virtud de que se habla frecuentemente de conceptos tales como "injusto" así como "lo antijurídico" cómo se fuera términos sinónimos.¹⁹ Mientras la antijuridicidad, como mera relación contradictoria entre el tipo realizado y las exigencias del derecho, es una y la misma para todo el derecho.

Existen en las diversas esferas jurídicas, especies de hechos diferentes, de hechos típicos, (materia de prohibición). Y en consecuencia "en esto descansa la diferencia de los conceptos de antijuridicidad y de injusto... Lo antijurídico es una mera relación (referencia contradictoria entre dos miembros eslabonados). Lo injusto por el contrario es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Injusto es el

¹⁸ LUIS JIMENEZ DE ASUA, TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO III PAGS. 962-990.

¹⁹ IDEM.

contenido de la misma conducta antijurídica: La arbitraria, perturbación de lo poseído en el robo, en la tentativa de homicidio, la antijuridicidad es una característica en ese modo de conducta, sin disputa, la relación contradictoria en que aquella se haya, en el orden jurídico.

Por eso hay un específico injusto jurídico penal, como existe un jurídico civil o un específico injusto jurídico administrativo... pero únicamente hay una sola antijuridicidad. Todas las materias reguladas como prohibición en las diferentes ramas del derecho son antijurídicas por el orden jurídico en general.

Fortán Balestra: La antijuridicidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica como totalidad. Por tanto, el objeto junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: La acción antijurídica, la antijuridicidad, en cambio, solamente una relación, la característica axiológica de referencia de la acción.²⁰

TEORIAS DE LA ANTIJURIDICIDAD

Normalmente se acepta lo antijurídico como lo contrario al derecho, según Cuello Calón; la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre un hecho realizado y una

²⁰ CARLOS FONTAN BALESTRA. TRATADO DE DERECHO PENAL. CAP. ANTIJURIDICIDAD.

norma jurídico penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada.²¹

Para Sebastián Soler: el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello comprende a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva. Atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para que una conducta sea antijurídica se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del estado. Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

Para Fernando Castellanos, la antijuridicidad radica en la violación del valor.

TEORIA DE LA CONDUCTA INJUSTA DE GRAF ZU DOHNA.

La antijuridicidad existe porque desde el comienzo del hecho que reprobamos y castigamos, es una actuación antijurídica. La antijuridicidad debe de encontrarse en las razones que motivaron al legislador, tanto a establecer prohibiciones como a conceder facultades.

Una conducta es antijurídica, en el sentido del Código Penal de reich, cuando presenta los elementos constitutivos especiales de un delito legalmente determinado y en esa situación es injusta. En suma

²¹ PORTE PETIT, PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL. PÁGS. 284-344.

Graf Zu Dohna, mientras no se prueba lo contrario, el legislador sólo ha requerido prohibir una conducta injusta.

CRITICA. El hondo problema de la antijuridicidad queda sin adecuada solución. Por una parte se le acusó del peligro de que se pensamiento caía en nociones extrajurídicas al resolver el problema de lo injusto.

TEORIA DE LO CONTRARIO A LA SOCIEDAD (VON LISZT)

La antijuridicidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la norma toda conducta que responda a los fines del orden jurídico y por tanto a la misma convivencia humana. Existe antijuridicidad cuando la conducta humana lesiona o pone en peligro un bien jurídico y es materialmente injusta cuando contradice el orden jurídico que regula los fines de la vida social en común.

TEORIA DE LO OPUESTO A LAS NORMAS DE CULTURA (M. E. MAYER).

El acto antijurídico es lo contrario a esas normas, debiendo operarse no con los resultados metajurídicos, aunque sí supraleales. Lo injusto es lo que se opone a las normas de cultura, en que el derecho se basa, y que se hallan reconocida por el estado, lo injusto que se opone a la norma de cultura reconocida por el estado, lesiona el objeto jurídico, u objeto de protección; es decir, ciertos intereses que el legislador estima

más dignos de tutela que por ello ampara con la amenaza de una pena, a los que abreviadamente se les designa con el nombre de bienes jurídicos o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Lo antijurídico no es la mera contradicción con la regla jurídica que en las leyes se expresa negativamente (por el enunciado de las causas de justificación) sino que posee un contenido real (material). La antijuridicidad de la estimativa del acto.

TEORIA DE LO CONTRARIO A LA NORMA EN (CARLOS BINDING).

Nos dice que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, es decir, la norma valoriza, la ley describe. Binding concibe al delito, como lo opuesto a la norma. El delito para Binding no vulnera la ley, pero sí quebranta algo más esencial para el ordenamiento jurídico de la convivencia humana: la norma que está por detrás y por encima de la ley. La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible.

Nos encontramos con que la vida del derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección jurídica eleva bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y de aquí que el delito, que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Se le critica a este autor porque la norma queda flotando en una vaga zona extra o supra legal, que no satisface las exigencias del penalista.

TEORIA DE BELLING.

Según Belling; no existe un sistema de normas individuales, independientes y determinadas. El delito dice, dentro de la esfera de lo injusto es anormalidad, pero los delitos no son anormalidades.

Al negar la individualidad de las normas no quiere Belling desconocer su función en el orden jurídico. Norma no es igual a derecho; toda la norma es derecho, pero no todo derecho es norma. La norma es el derecho considerado en su aspecto determinado; es decir, en su fuerza obligatoria sobre la acción humana. Ernest Vol Belling se ha encerrado en un círculo vicioso.

TEORIA DE HEINITZ.

Rechaza la pretendida distinción entre antijuridicidad "material y formal"... No existe ninguna razón, para mantener la ambigua denominación. Fundamentalmente existe una sola antijuridicidad determinada por el sistema jurídico, desarrollándose la controversia alrededor de sus límites. En la antijuridicidad es preciso hallar la esencia real, acudiendo a los intereses, más que a los derechos subjetivos o mejor a los bienes jurídicos determinados y puesto de relieve para los fines de protección, más que por las normas jurídicas que Binding no logró precisar, por las normas de cultura que el estado reconoce tal como las concibió Mayer.

CRITICA A LAS TEORIAS DE BINDIG Y MAYER, POR CASTELLANOS.

Nos menciona que lo antijuridico aparece cuando incluso aún no se contradigan las normas. Nos menciona un ejemplo: de una ley que prohibiera penalmente el saludo en vía pública; los infractores realizarían una conducta antijuridica en nada violatoria de las normas de cultura. Sin respecto a Mayer menciona que si la antijuridicidad consiste en la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el estado y no a todas, la antijuridicidad no es sino la oposición objetiva al derecho, sin ser exacto que toda conducta antijuridica viole las normas.

Ignacio Villalobos escribe: el derecho penal no se limita a imponer penas, como guardián del orden público, es él mismo el que señala los actos que deben reprimirse u por eso, es incuestionable que lleva implícito en sus preceptos un mandato o una prohibición que es lo sustancial y lo que resulta violado por el delincuente. Cuando la ley conmina con una sanción a los homicidas a los ladrones debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno no cumple con la ley o ajusta a ella.

COMPLEMENTO - ANTIJURIDICIDAD

Antonio P. Moreno.

Derecho Penal Mexicano.

De. Porrúa, Págs. 32, 33, 1968.

La acción ha de ser antijurídica. Es decir, ha de ser contraria a derecho. Solamente es punible, como enseña Mezger si es antijurídica. El juicio “que expresa el carácter injusto de la conducta, recae sobre la ACCION como tal, especialmente sobre su parte integrante de más importancia, sobre la exteriorización de la voluntad del agente”. En derecho penal una acción es acción PROHIBIDA O NO PROHIBIDA, y por tanto, CONFORME A DERECHO O ANTIJURIDICA. No existe una zona intermedia por un actuar JURIDICAMENTE INDIFERENTE. La lesión objetiva de las normas jurídicas de valorización, lesión del orden objetivo del derecho, perturbación de las manifestaciones de la voluntad reconocida y aprobada por el derecho mismo, es lo que da antijuridicidad a la acción.

Sebastián Soler explica que cuando el resultado del examen valorativo de la acción, afirma la existencia de un conflicto entre el fin que el derecho persigue y el hecho, éste en un expresado con más elegancia que Carrara este doble aspecto de la adecuación de la ley y de la contradicción al derecho, cuando dice que el delito es una “disonancia armónica” que en la frase se expresa, en el modo más preciso la doble necesidad de la adecuación del hecho a la figura que lo describe y de oposición al principio que lo valora”. Hemos admitido que el sujeto que delinque adecua, ajusta su conducta al tipo que la describe, a la norma del derecho penal escrito, que constituye el Código Penal. El legislador lleva a cabo la descripción típica, teniendo en cuenta que la conducta descrita es contraria a derecho, porque perturba el orden del mundo exterior, por ser contraria a la convivencia y a la seguridad social, Prohibe esa conducta típica, mediante la amenaza de aplicar una sanción previa. La conducta es antijurídica porque es contraria al interés social, por consecuencia, contraria al derecho.

CONCLUSIONES:

Considero que la antijuridicidad es única, como adjetivo; es decir, presupone un juicio de valor del legislador que considera sean antijurídicas determinadas conductas, porque lo exige la sociedad en su dinámica social. Es decir, la antijuridicidad no es única y exclusiva de algunas conductas, sino que la antijuridicidad es un juicio de valor que deviene por el legislador quien por boca de las necesidades sociales de seguridad y tranquilidad, se legislan en atención a la realidad social, en sus valores, etc. De tal forma que lo antijurídico sea concomitante con la exigencia social en cuanto a las conductas deben reprimirse, por medio de un juicio de valor, que es la antijuridicidad plasmada en las normas, en una legislación consciente y responsable de la actividad que se les encomienda.

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION, TRATAMIENTO LEGAL Y LAS ADMITIDAS POR NUESTRA LEGISLACION.

Causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representa un aspecto negativo del delito, en presencia de una de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito: LA ANTIJURIDICIDAD.²²

Menciona Cardona Arizmendi y Ojeda Rodríguez, que en las causas de justificación hay ausencia de antijuridicidad, que esto deriva (lo antijurídico) del contraste con la prohibición o el mandato de una

²² LINEAMIENTO ELEMENTAL DEL DERECHO PENAL. FERNANDO CASTELLANOS. PAG. 181.

norma. Y que en las causas de justificación aunque existe una conducta típica, el hecho no es considerado delito en virtud de que el legislador ha estimado que no existe ese contraste entre la conducta y la norma, es decir, que no hay antijuridicidad.²³

Al respecto considero oportuno mencionar que el delito es la conducta típicamente antijurídica, imputable, culpable y punible. De acuerdo a lo que dispone el artículo 11 de nuestro Código Penal.

Y precisamente en las causas de justificación no existe un elemento del delito para si integración y, que es la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada es en apariencia delictuosa, pero en realidad resulta ser conforme a derecho y no se configura el delito, son casos de verdadera excepción, razón por la cual el legislador ha considerado que no son antijurídicas, ya que axiológicamente las causas de justificación tienen mayor peso en cuanto a justicia se refiere. Es decir, que los bienes jurídicos afectados fueron a consecuencia y provocados por las propias víctimas y el estado por medio del legislador quien en un juicio de valor reglamenta tal situación, en reconocimiento de la justicia de los aparentemente agresores.

A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, etc., como quiera que se les quiera mencionar, lo cierto es que en ellas se consagra la ausencia de antijuridicidad, es decir, no se comete ningún delito. Sólo se integran las excluyentes de antijuridicidad por la declaración o el

²³ NUEVO CODIGO PENAL COMNTADO. CARDONA ARIZMENDI Y OJEDA RODRIGUEZ, CARDENAS EDITOR, PAGES, 136, 137, 1978.

reconocimiento hecho por el legislador, es decir, que éste es el único medio de neutralizar la antijuridicidad.

RAZONES DE LA AUSENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Al respecto Edmundo Mezger, menciona que se funda en:

A. Ausencia de interés

Cuando existe el consentimiento del ofendido en la vulneración de sus intereses particulares y siempre y cuando el interés social tenga como propósito la protección de un interés privado del cual libremente pueda hacer uso su titular. Lo mismo ocurre cuando el derecho reputa ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo, en estos casos al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuridicidad en donde resulta lógico y conveniente suponerlo. Villalobos cita dos ejemplos al respecto:

1. El del enfermo llevado al hospital cuando se haya privado de sus facultades de juicio y de consentimiento, sin posibilidad de que sus familiares le substituyan en tales funciones y a pesar de ello se le practican las intervenciones quirúrgicas debidas, con base en la validez de un consentimiento presunto atribuido al propio enfermo.
2. En la gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de

antijuridicidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa.

B. Interés Preponderante.

Cuando existen dos intereses incompatibles el derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la salvación y conservación del preponderante.²⁴

Podrían darse un sin número de razones de las causas de justificación. es decir, en donde no existe antijuridicidad en la conducta y por el cual no existe delito. Pero la verdad es que la persona que actúa en una causa de justificación no tiene ninguna intención de cometer algún delito y, que si éste, aparentemente se comete, es por razones de autodefensa de bienes jurídicos propios o ajenos y que en el momento de su conducta no tiene otro medio de evitar incluso el privar de la vida a alguien, por ejemplo a una persona lo atacan 5 mariguanos en la noche y en ese momento no existe policías de ningún tipo. ¿Qué es lo que debe de hacer ésta persona, si por ejemplo tiene una pistola en su poder? Considero que debe defenderse, porque no le queda otra y, con su conducta puede privar de la vida a alguien, pero considero en lo personal que no estaría cometiendo ningún delito, se estaría en una causa de justificación como es la legítima defensa.

De lo contrario si se castigara a las personas que se encuentran en un verdadero causa de justificación simple y sencillamente no habría

²⁴ LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.- FERNANDO CASTELLANOS. PAG. 18.

una justicia de hombres razonables y sería como regresar al tiempo de las cavernas, es decir, a la ley del más fuerte, de lo cual me pronuncio en contra incondicionalmente.

CAUSAS DE JUSTIFICACION:

Son las siguientes:

- a) Legítima defensa;
- b) Estado de necesidad;
- c) Cumplimiento de un deber;
- d) Ejercicio de un derecho;
- e) Obediencia jerárquica;
- f) Impedimento legítimo.

Causas de justificación que acoge nuestra legislación, son:

Art. 33. El hecho se justifica:

I.- Cuando se comete con sentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puede disponer lícitamente los particulares.

II.- Cuando se obrase en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedir la.

III.- Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesiona otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurra los siguientes requisitos.

- a) Que el peligro sea actual o inminente.
- b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolosamente el peligro.
- c) Que no exista otro medio razonable y menos perjudicial.

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

IV. Cuando se opere en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA, SUS COMPONENTES, TRATAMIENTO, EL ESTADO DE NECESIDAD, SU ESTRUCTURA Y SU TRATAMIENTO. EL EJERCICIO DE UN DERECHO. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

CAPITULO IV

ANALISIS DEL CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA, SUS COMPONENTES, TRATAMIENTO, EL ESTADO DE NECESIDAD, SU ESTRUCTURA Y SU TRATAMIENTO. EL EJERCICIO DE UN DERECHO. EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

Como se podrá apreciar se trata de las causas de justificación que acoge nuestra legislación, incluyendo en ellas a la legítima defensa, cuyo estudio y tratamiento se deja para el próximo capítulo en razón de que precisamente esta causa de justificación en lo que concierne a su exceso, es el tema de la presente tesis.

CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA.

En el artículo 33 del Código Penal del Estado, se acoge como causa de justificación el consentimiento de la víctima. Y se nos menciona en la fracción I del antes citado artículo 33. "Cuando se comete con consentimiento válido del sujeto pasivo, siempre que el bien jurídico afectado sea de aquellos de que puedan disponer lícitamente los particulares.

En el primer término debemos asentar que el delito existe cuando una acción u omisión se realiza contra la voluntad, sin la voluntad o con la voluntad viciada de un sujeto, consecuentemente si la acción u omisión se efectúa de acuerdo con la voluntad del titular del bien afectado, entonces la conducta indica dentro del ámbito de libertad

del sujeto y por tanto hay ausencia de intereses y el estado no tiene porqué emprender acción alguna en contra del activo, siempre que los bienes tutelados sean jurídicamente disponibles por su titular.

El consentimiento del sujeto pasivo es la manifestación primordial, de la ausencia de interés. Dicho consentimiento debe de ser válido, precisa la ley.²⁵

COMPONENTES DEL CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA:

I.- Que provenga del titular del bien jurídico tutelado.

II.- Que verse sobre bienes disponibles jurídicamente por su titular.

III.- Que provenga de una persona capaz y;

IV.- Que la voluntad no esté viciada.

Si se reúnen estos elementos, la conducta pierde su calidad antijurídica, dejando de ser delictuosa, La conexión de la anuencia y los bienes que conforme a la ley son libremente disponibles por el pasivo, habida cuenta que el orden jurídico precisa restricciones a dicha libre disponibilidad, por tanto, la emisión que traspase tales restricciones ya no dota de juridicidad a la conducta. Por otra parte, es necesario establecer que el consentimiento debe de otorgarse antes o constantemente a la realización de la conducta. El consentimiento subsecuente no tiene efectos eliminatorios de antijuridicidad. La estructura de la justificante nos permite colegir que se acepta el llamado

²⁵ DE NUEVO CODIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. CARDENAS EDITOR, 1978, PAGES. 137, 138 Y 139.

consentimiento presunto, esto es, cuando la víctima no tiene oportunidad de consentir, pero se supone que en el caso de poder manifestar su voluntad, consentiría. Como sucedería en un allanamiento de morada realizado con el fin de evitar la producción de daños en la propiedad allanada.

El consentimiento de la víctima en algunos delitos priva de tipo a la acción por requerir la ley que sea cumplida contra su voluntad. Por ejemplo no podrá haber violación, mediante el consentimiento de la víctima; lo mismo ocurre en el allanamiento de morada. En otros casos, la mutación de la situación jurídica de la cosa, por obra del consentimiento, hace perder todo significado delictivo a la acción, como si alguien consistiera en el apoderamiento de la cosa propia. En estas hipótesis la solución es clara; siendo la falta de consentimiento un elemento de tipo, su ausencia lleva consigo también la ausencia de tipicidad y por tanto, de delito.

El efecto del consentimiento en tales supuestos, es el de tipificar la acción. Cabe hacer un distingo entre los bienes jurídicos disponibles y los no disponibles por parte del individuo, para llegar a la conclusión de que el consentimiento elimina la antijuridicidad, en las normas protectoras de los primeros, en tanto que queda ella subsistente en la que contemplan los segundos. Se parte de la base de que en el primer supuesto la ley y tutela solamente el interés particular o privado, en tanto que en el segundo garantiza, además, un interés público o común. En esta, en términos generales, la posición adoptada por Mezger, para quien el consentimiento supone el abandono consciente de los intereses por parte del que "Legítimamente tiene la facultad" de disposición sobre el bien jurídico.

Es por otra parte, la opinión dominante, la que hace depender la eficiencia del consentimiento de la facultad de disposición de quien consiente. Por eso dice SOLER que "La esfera en que la eficiencia del consentimiento es la regla, está constituida por los derechos patrimoniales. El efecto más común del consentimiento es el de quitar al hecho la tipicidad. En lo que se refiere a su función justificante, no hay inconveniente en reconocer al consentimiento eficaz, el efecto de excluir la antijuridicidad. (E. MEZGER).

Lo que ocurre en el derecho argentino es que no se encuentran casos en que el consentimiento, tenga autonomía, como justificante, como ocurre en nuestra legislación, es decir, que por sí solo reste antijuridicidad a la acción. La doctrina fue elaborada en Alemania porque resultó indispensable encontrar justificación a ciertos casos que la razón estaba gritando que son lícitos tales como las lesiones causadas por los médicos en los actos quirúrgicos y que no encajaban en la mezquina enumeración de justificantes del Código Germano. Pero esa necesidad no aparece en nuestra ley que cubre tales casos con el legítimo ejercicio de un derecho.

El Código Argentino requiere, a veces, el consentimiento en la fórmula de la justificante. Así ocurre por ejemplo, en el aborto justificado, al ser necesario el consentimiento de la mujer encinta.

También es necesario el consentimiento, para completar la justificación, en los casos de intervención médica, no impuestas por la ley; si bien el médico obra en tales casos en ejercicio de un derecho no está comprendida en él, la conducta de quien actúa sin la voluntad del paciente. La excepción está expresamente prevista en la ley, para los

casos en que resulta imposible obtener el consentimiento y la actuación del médico se juzga impostergable; pero la ley, que autoriza por el interesado, lo hace bajo la responsabilidad exclusiva del médico.²⁶

En mi opinión, considero que el consentimiento de la víctima como causa de justificación, es antes que nada eliminatoria de tipicidad y como consecuencia anula la antijuridicidad de la conducta. Pero de acuerdo a la legislación el consentimiento válido del sujeto pasivo, debe de ser un bien jurídico afectado de los que pueden disponer lícitamente los particulares, lo cual considero es una cuestión bastante atinada, con esto pretende la legislación mantener un orden en cuanto a los bienes jurídicos tutelados y, estamos de acuerdo de que el consentimiento debe ser anterior o en el momento de la conducta, pero nunca después, porque en tal caso la conducta realizada sí sería antijurídica y el efecto del consentimiento subsecuente se presentaría para convertir algo que de suyo es de interés público en interés privado, otorgándosele la facultad al interesado, si desea o no castigarlo. Es decir, se presentaría para transar sobre cualquier bien jurídico afectado, lo cual sería apartarse del camino de la justicia, así como violar el interés público que compete a las autoridades persecutorias del delito.

EL ESTADO DE NECESIDAD, SU ESTRUCTURA Y TRATAMIENTO.

En nuestra legislación penal; concretamente en el artículo 33 se nos menciona las causas de justificación y, en su fracción tercera, nos habla del estado de necesidad, misma fracción que me voy a permitir

²⁶ MANUAL DE DERECHO PENAL. CARLOS FONTAN BALESTRA. OAG. 24.96.

transcribir "Cuando en situación de peligro para un bien jurídico, propio o ajeno, se lesionase otro bien para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos " .

a) Que el peligro sea actual o inminente.

b) Que el titular del bien salvado no haya provocado dolorosamente el peligro:

c) Que no existe otro medio practicable y menos perjudicial.

No operará esta justificante en los delitos derivados del incumplimiento de sus obligaciones, cuando los responsables tengan el deber legal de afrontar el peligro.

CONCEPTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD.

CUELLO CALON: el estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que solo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

SEBASTIAN SOLER: estado de necesidad, es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico.

VON LISZT: estado de necesidad, es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en la cual queda otro remedio que la violación de los intereses jurídicamente protegidos.

El estado opta por la salvación de uno de los bienes jurídicamente protegidos aquí cobra vigor el principio del interés preponderante, nada más cuando el bien salvado al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho jurídicamente.

FUNDAMENTACION DEL ESTADO DE NECESIDAD.

Filiangieri: Siguiendo un criterio estrictamente subjetivo, estima que el problema se produce a considerar la acción humana motivado por la violencia moral, pues el sujeto al actuar ante una situación de peligro tiene que elegir bajo un estado de coacción provocado por la amenaza del mal por sobrevivir, entre ese mal o lesionar ese bien jurídico ajeno para salvar el propio o el de personas extrañas.

Escuela Positiva: Siguiendo un criterio subjetivo, el acto ejecutado en estado de necesidad no revela temibilidad en su autor si se atiende el móvil, que no se manifiesta como antisocial, por ello debe de quedar impune.

Hegel: Adopta un posición distinta y encuentra el fundamento de esta causa de justificación en el plano objetivo, al decir que el sujeto reafirma con su actuar un derecho superior, como lo es la propia

vida. No permitirle poner a salvo su vida expresa, cuando este se encuentra en peligro, es pretender la negación de todos los derechos.

“El sacrificio o menoscabo del bien jurídico se justifica por la necesidad de salvaguardar un bien mayor, esto es, resulta conditio sino que no el que sea más importante el interés jurídico puesto a salvo, que al sacrificado, habida cuenta que quien sacrifica un bien de igual o mayor jerarquía que aquel que salvaguarda, no puede encontrar justificación.

Si se carece del elemento actual o inminencia del peligro, es obvio que la afectación al bien jurídico no puede justificarse porque dicha afectación no era necesaria y en tal caso, podía evitar el peligro sin la puesta en juego de la violencia o sea, sin la consumación última y definitiva del sacrificio.

La provocación dolosa del peligro entraña igualmente la eliminación del fundamento de la necesidad, toda vez que el sujeto buscaba, quería o consentía la situación de peligro para el bien jurídico propio o ajeno.

Por otra parte se infiere a contrario ya que la provocación culpable del peligro no trae consigo de acuerdo con la ley, la eliminación de la necesidad, por lo que en todo caso existirá exceso en la justificante.

MICHAÏLOFF: al hablar del estado de necesidad, nos dice, que el interés del estado se inclina a la salvación de una vida y

no a la pérdida de dos, cuando por razón del conflicto de bienes se hace el sacrificio de una de ellas.

Solo desde un punto de vista objetivo, en razón de la esencia misma del elemento del delito antijuridicidad, cuyo nacimiento se impida encuéntrese el fundamento de esta causa de justificación y no puede ser otro sino el valor preponderante que, dentro de la jerarquía de los bienes en colisión, tiene el salvado con relación al sacrificado.²⁷

DIFERENCIAS CON LA LEGITIMA DEFENSA.

Para CARRANCA Y TRUJILLO, el estado de necesidad difiere de la legítima defensa en:

1. En que se constituye en sí mismo una acción o ataque en el estado de necesidad y en la legítima defensa es reacción contra el ataque.

2. Mientras en el estado de necesidad la lesión es sobre bienes de un inocente, en la legítima defensa recae sobre bienes de injusto.

Fernando Castellanos agrega las siguientes:

²⁷ NUEVO CODIGO PENAL COMENTADO. CARDONA ARIZMENDI Y OJEDA RODRIGUEZ. CARDENAS EDITOR. PAGES. 144-145, 1978.

3. En la legítima defensa hay agresión; mientras que en el estado de necesidad hay ausencia de ella;

4. La legítima defensa crea una lucha, una situación de choque entre un interés ilegítimo (la agresión) y otro lícito (la reacción, contra ataque); en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflicto entre intereses legítimos.²⁸

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO, COMO CAUSAS DE JUSTIFICACION.

En nuestra legislación penal se aceptan las dos justificantes de antejuricidad y en la fracción cuarta del artículo 33 se dice "Es causa de justificación cuando se obrase en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho.

Dentro de estas hipótesis (cerebro o deber) pueden comprenderse como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometido en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del derecho de corregir.

²⁸ LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL. A. CASTELLANOS DE. PORRUA, PAG. 206, 1981.

HOMICIDIO Y LESIONES EN LOS DEPORTES:

Hay deportes como la esgrima, el polo, foot-ball americano, soccer, etc., que se desarrollan entre dos o más personas o equipos que, por medio de la habilidad física y conforme a ciertas reglas, luchan violentamente por vencer al contrario, tratan no de lesionar pero el riesgo de lesiones es muy grande, porque supone dentro del juego el ejercicio de la violencia. La solución para las lesiones inferidas en estas actividades deportivas, salvo casos de perfidia o imprudencia debemos encontrarla en la ausencia del elemento moral. En el pugilato a los que intervienen les es permitido lesionar a su contra para vencerlo por la superioridad de sus golpes lesivos o por ponerlo fuera de combate en estado conmocional; cómo aquí la intencionalidad y la finalidad lesiva existen, solo podemos fundar la justificación en la ausencia de antijuridicidad del acto, por el reconocimiento de estos deportes que hace el estado.

LESIONES INFERIDAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE CORREGIR.

Se refiere a los que ejercen la patria potestad o la tutela y en el ejercicio en el derecho de corregir, no serán punibles, si no tardan en sanar menos de quince días y no pongan en peligro la vida y, además, el autor no abuse de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesidad frecuencia.

LESIONES DE TRATAMIENTOS MEDICO-QUIRURGICAS.

Los criterios para legitimar las lesiones médico-quirúrgicas, son:

A. Algunos las justifican por el consentimiento del paciente o de su familia. El argumento es inadmisibile, por ser el derecho penal de interés público.

B. Ausencia de dolo; es ineficaz este razonamiento, para tener un delito como intencional, es suficiente que el sujeto activo se proponga producir la lesión, con independencia de la finalidad última.

C. Se causan las lesiones en el ejercicio de una profesión: criterio insostenible, porque entonces no quedarían amparadas por la justificante las situaciones de las personas ajenas a la medicina, al auxiliar a sus semejantes practicando operaciones de emergencia propias de una profesión a la cual son completamente ajenas.

D. Se trata más bien de un ESTADO DE NECESIDAD la antijuridicidad se ve destruida por el reconocimiento que el estado, en las diferentes actividades, hace de la licitud de las intervenciones curativas y estáticas, por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor. La justificación formal deriva de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tuteado por la tipificada prohibitiva.

El deber debe ser legal y su cumplimiento también el deber puede derivar de la ley, o de cualquier vinculación que lícitamente imponga obligaciones jurídicas.

El cumplimiento de un deber traducirse en actos cuya licitud este enmarcada en la ley, si no hay tal, la conducta no puede justificarse y caeremos en el ámbito del exceso o del cumplimiento del deber error cree que su conducta está justificada.

Por otra parte se reglamenta el ejercicio de un derecho, precisándose que debe ser legítimo. Sin estar expresamente contenido en la ley, caso de los derechos que emanan de un contrato por ejemplo. Corresponderá al juzgador precisar si el deber o el derecho son legales o legítimos respectivamente, acudiendo no solo al ordenamiento penal, sino al total orden jurídico.

Como ejemplos de ejercicio de un derecho podemos añadir las lesiones inferidas en la práctica de un deporte, toda vez que el deporte es una actividad autorizada por el estado de manera tal que su práctica constituye el ejercicio legítimo de un derecho. Tenemos también la intervención médico-quirúrgica, el derecho de corrección de que gozan los padres respecto de los hijos, etc. En nuestra legislación se suprime el tratamiento del impedimento legítimo y la de obediencia jerárquica como casos concretos de justificación, pues el legislador ha estimado con acierto, que tales institutos no son sino especies del cumplimiento de un deber legal.

IMPEDIMENTO LEGITIMO: Debemos decir que nuestra legislación no lo acoge, pero sin embargo, lo trataremos en la presente tesis. El impedimento legítimo consiste en contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo. Es así como es tratada como causa de justificación con el Código Penal del Distrito Federal el nuevo Código Comentado del Estado de Guanajuato. Cardona Arizmendi y Ojeda Rodríguez. Cárdenas editor 1979. Págs. 147.148.

Opera cuando el sujeto, teniendo obligación de ejecutar un acto, se abstiene de obrar, colmándose, en consecuencia, un tipo penal.

Ejemplo: es el caso del sujeto que se niega a declarar, por impedirselo la ley en virtud del secreto profesional (en realidad esta hipótesis cabe en la justificante por cumplimiento de un deber).

CAPITULO V

**LEGITIMA DEFENSA, TRATAMIENTO LEGAL.-
ESTRUCTURA PROBLEMÁTICA.- PRESUNCIONES DE
LEGITIMA DEFENSA.- EXCESO DE LA LEGITIMA
DEFENSA.**

CAPITULO V

LEGITIMA DEFENSA, TRATAMIENTO LEGAL.- ESTRUCTURA PROBLEMÁTICA.- PRESUNCIONES DE LEGITIMA DEFENSA.- EXCESO DE LA LEGITIMA DEFENSA.

NOCION DE LA LEGITIMA DEFENSA.

Tomaremos en consideración la opinión de diversos autores para poder establecer una noción importante por lo nos remitiremos a lo que nos dicen Juristas de la talla de los que a continuación enumeramos, con su respectiva opinión:

CUELLO CALON, para este Jurista la legítima defensa es: La defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione los bienes jurídicos del agresor.²⁹

FRANZ VON LISZT, nos dice que, se legitima la defensa necesaria para repeler una agresión, actual y contraria al derecho, mediante una agresión contra el atacante.³⁰

JIMENEZ DE ASUA, nos ilustra de la siguiente forma: La legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica, actual, o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios.³¹

²⁹ DERECHO PENAL I. PÁGS. 341 8va. EDICION. 1974.

³⁰ TRATADO DE DERECHO PENAL TOMO II. PÁG 332 DE. MADRID.

³¹ LA LEY Y EL DELITO. PÁGS. 363

Como nos dimos cuenta después de estudiar las anteriores definiciones de esos prominentes estudiosos del Derecho, existe claramente una constante en esas definiciones, es decir, se habla de una repulsa a la agresión antijurídica y actual por el atacado o bien por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

TRATAMIENTO LEGAL.

En nuestra legislación se encuentra, como sabemos, la legítima defensa como una causa de justificación en el artículo 33 treinta y tres de nuestro Ordenamiento Penal Vigente en su fracción II, que textualmente nos dice: "Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla."

FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA

Si nos remitimos a la antigüedad nos daremos cuenta que desde esas épocas ha sido reconocida la legítima defensa e inclusive el mismísimo Derecho Canónico se ha ocupado de ella al establecer lo siguiente: "Vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt. "Lo anterior si lo traducimos al castellano dice: "Todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza." Pero aun en la actualidad debemos aceptar que aun se discute el verdadero fundamento de esta causa de justificación.

ESCUELA CLASICA

La legítima defensa descansa en la imperiosa necesidad de que en un momento dado en el transcurso de la vida de cualquier ser humano, existe la imposibilidad del estado acudir en auxilio del individuo injustamente atacado con el objeto de evitar la consumación de la agresión. Lo anterior a cualquier persona incluidos Usted y yo hemos vivido en mas de una ocasión. Cuando esta falta de asistencia, justificada o no, del estado a uno de sus ciudadanos visitantes, es lícito y justo que éste se defienda en su persona o la de sus semejantes y en sus bienes jurídicos.³² En mi opinión la defensa privada es la que sustituye a la pública.

Lo anterior lo considero como fundamento, el mas acertado, por la razón, como ya lo dije, de que es lo que pasa en la vida real, en otras palabras en la practica misma.

Según dicen los positivistas, si el agresor muestra su temibilidad al realizar el ataque injustificado, será legítimo lo que se haga para rechazar ese ataque tan maligno de un individuo idem, por la razón de que se trata de un simple acto de justicia social, siempre que el acto de defensa reúna los requisitos legales claro esta; es mi humilde opinión el que se defiende no esta actuando peligrosamente.

Para el maestro Hegel si la agresión injusta es la negación del derecho, la defensa legítima es la negación de esa negación, por lo cual

³² DERECHO PENAL MEXICANO. TOMO II, PAG. 73

deriva en la afirmación del Derecho, siendo su fin directo la anulación de la injusticia. Fácil de comprender.

Si nos ponemos a entender lo que el insigne jurista Jiménez de Asúa nos dice en su teoría, diremos que la legítima defensa crea o viene a fundamentar la preponderancia de intereses ya que debe de considerarse de una mayor importancia el interés del ciudadano agredido que el interés del el agresor. Con lo estoy en completo acuerdo.

Otro estupendo estudioso de las leyes como lo es Carranca y Trujillo, conciliando diversas opiniones afirma categóricamente, que la Defensa Privada o sea la Legítima Defensa se legitima suficientemente, tanto por la necesidad, como también por la ausencia de temibilidad del sujeto que agrede, así como la imposibilidad de defensa por parte del estado para el sujeto que se ve agredido de una manera injusta.

Para otro de los grandes maestros del derecho, como indudablemente lo es Ignacio Villalobos, la legítima defensa se ve provocando una permisencia al bien social sobre el bien de un particular que el propio interesado expone en constituirse en agresor y por eso es lícito y jurídico sacrificar una vida o un bien concreto cuando una u otro han sido feamente comprometidos por si mismo propietario o tenedor; jurídicos de un ciudadano, deja de ser de un interés social, cuando se vuelve contra la sociedad a la que pertenece y contra la disciplina, que son los objetivos de toda protección penal.³³

³³ COMENTARIOS AL CODIGO DE DERECHO PENAL MEXICANO PAG. 381 DE. PORRUA.

ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.- Una agresión:

- a) Ilegítima,
- b) Actual o inminente
- c) En contra de bienes jurídicos propios o ajenos.

2.- Repulsa o impedimento razonables necesarios.

Como podemos ver, la agresión es simple y sencillamente el ataque a un bien jurídico. En la actualidad nuestra ley nos menciona que el ataque debe de ser actual e inminente, es decir, la estamos entendiendo en el cuerpo del presente, es la actualidad e inminencia, para que esto derive "ipso facto" un peligro para el interés jurídicamente tutelado. Esto es lo que de verdad interesa y por lo cual se fundamenta el que sea autorizado o permitido no solo repeler la agresión, sino inclusive impedirla, con lo cual se esta rechazando totalmente el extremo inadmisibles de exigirle al agredido esperar recibir el primer golpe o la primera agresión, para hasta después tener el derecho a defenderse o iniciar la defensa, tomando en cuenta que sólo en ese momento la agresión se actualizó.

La ley también hace una mención: "Cuando se obrare en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos". Nos damos cuenta que la formula que la ley exige es la necesidad de la defensa, es sumamente obvio que quien hace surgir la agresión por ser su deseo, la admita o la consienta, no puede ni se le debe de aceptar, la invocación que haga en su favor que haya necesitado defenderse, sino que habrá en tal situación, una voluntaria aceptación de un intercambio de acciones lesivas, o lo que es

lo mismo, estaremos en una presencia de una vulgar y prosaica riña. Indudablemente debemos de considerar que constituye una conducta lícita y jurídica, el que un individuo tome las medidas precautorias necesarias, a efecto de asegurar su integridad en el derecho de legítima defensa que haga valer por cuanto no existe en el momento de la previsión, situación concreta de peligro evidente. El punto de vista del maestro Eberhard Spiro, atinadísimamente afirma categóricamente: "Quien entra en una taberna en la que suele haber peleas, puede pese a ello, hacer uso de la legítima defensa, en caso de ser agredido". (citado por Jiménez de Asúa, Luis, tratado de Derecho Penal. Segunda Edición. Tomo IV. Pág. 175.)

PRESUNCIONES DE LEGITIMA DEFENSA

Me voy a permitir mencionar dos tipos de situaciones hárto vistas en la vida real:

1.- Cuando al que se acusa, durante la noche rechazaré, en el momento de estarse verificando, el escalamiento o fractura de las cercadas, paredes o entradas de sü casa o departamento habitado o de sus dependencias cualquiera que sea el daño causado al agresor.

2.- Si se causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera persona a la que tenga obligación de defender, o en el local en donde se localicen bienes propios o respecto de los que se tenga la misma obligación, si la presencia del extraño ocurre de noche o en circunstancia que revelen la posibilidad de una agresión.

Remitiéndonos a los 2 dos últimos párrafos de la fracción III del artículo 11 once del Código anterior nos daremos cuenta que se establecían unas presunciones "juris tantum", de legítima defensa, que encuadraban perfectamente en la fórmula general que la institución adoptada por dicha ley, por lo que tal inclusión resultaba realmente innecesaria, y mas si se toma en consideración que el legislador local de 1956 al redactar el dispositivo, tomando como modelo el dispositivo del artículo 15 del Código Penal Federal, suprimió la última parte del párrafo VII de la fracción III, que textualmente dice: "En circunstancias tales, que revelen posibilidad de una agresión"; lo que fue substituido por los términos que siguen: "Ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallen...", lo que vino a ser mas claro el encuadramiento de las presunciones de marras en la fórmula general de la excluyente, tomando en consideración que no solo se exigía "la posibilidad", como en el legislación federal, sino una real y efectiva violencia sobre las personas o cosas; por tales razonamientos el Código del 77 en una acción acertadísima las suprime.³⁴

Con el único y noble fin de ampliar el conocimiento de la legítima defensa, me voy a permitir citar algunas jurisprudencias al respecto, para darnos cuenta cual es la interpretación que nuestras máximas autoridades judiciales le dan a este asunto.

1.- Legítima Defensa.- Concepto de Agresión.- En primera, para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesione intereses jurídicamente protegidos y que hace

³⁴ NUEVO CODIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. CARDONA Y OJEDA. CARDENAS EDITOR. PAGS. 139-140.

necesaria la objetividad de la violencia por parte de la que la rechaza.- Sexta Epoca, Segunda Parte, Tesis 165 visible a 340, foja.

2.- Legítima Defensa e Injurias.- Las solas injurias no configuran agresión con la características señaladas por la ley para la integración de la eximente legítima defensa.- Sexta Epoca, Segunda parte, Tesis 166, visible a fojas 342.

3.- Estado de Necesidad y Legítima Defensa.- El estado de necesidad es causa de justificación que por naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión de un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada, dolosa o culposamente por el agente.- Sexta Epoca, Segunda Parte, Volumen XLI, Página 31. Amparo Directo 5613/60 Moreno Islas, relacionada a Tesis 197, visible a fojas 407.

PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

En el devenir de nuestra vida no siempre se produce una conducta lisa y llanamente repulsiva de una injusta agresión, en no pocas ocasiones la situación se complica de fea forma y las posibles soluciones que se vayan a aplicar constituyen verdaderos escollos. Nos remitiremos a aquellas situaciones que con harta frecuencia nos topamos en nuestra noble y sufrida y pocas veces comprendida profesión de Abogados.

1) RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA.

Según lo que se lee en nuestra aplaudida legislación penal, la riña es la contienda en obra con propósito de dañarse reciprocamente. (Artículo 216). En la riña los protagonistas se colocan al margen de la ley al acudir a las vías de hecho para arreglar sus diferencias y por lo mismo ambas actitudes son antijurídicas. Mientras que en la legítima defensa se requiere para su existencia de una conducta lícita, que sea acorde con la ley frente a una acción injusta, es decir, una lícita y otra ilícita; por lo que sin más preámbulos la riña excluye terminantemente la defensa legítima, como lo ha reconocido de una manera lineal nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.³⁵

2) LEGITIMA DEFENSA CONTRA EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA.

Giuseppe Maggiore ha sostenido y son varios los que siguen su teoría, que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa, es decir un nuevo ilícito, y lógicamente y sin que sea un trabalenguas, provoca una legítima defensa. Para Manzini cuando el exceso es debido a culpa, el mismo constituye una violencia punible y por ende es injusta de la cual no es causa suficiente se dice, eficiente el primer agresor que por lo tanto tiene facultades para obrar en legítima defensa.³⁶

De lo hasta el momento expuesto, tengo que mencionar que no estoy de acuerdo con los citados maestros, sin que suene a petulancia de

³⁵ LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.- F. CASTELLANOS. PÁGS. 199, 200, 201.- DE. PORRUA. 1981.

³⁶ DERECHO PENAL. TOMO V PÁG. 418. DE. TEMIS. 1945.

mi parte, por la razón de que considero que nunca se puede encuadrar el exceso en la legítima defensa, y lo que es muy grave se llegaría al extremo de castigar a cualquier sujeto por la simple razón de que para defenderse lo hizo con gran habilidad o por haber sido mas habilidoso que el que lo agredió y lo superó, por lo que considero que se caería en una injusticia de proporciones faraónicas el hacer pasar ante la ley al agresor como víctima del agredido por la razón o forma en que el segundo de los mencionados se defendió y esa forma de defenderse sea considerada excesiva. Muchas personas que supieran defenderse así mismo y a los suyos podría dudar de la transparencia de la ley al ser considerado como un vulgar delincuente y ser castigado por la justicia por defenderse a él y a los suyos. Y por lo cual considero que el exceso en la legítima defensa no debe de castigarse, a menos que sea algo fuera de toda proporción. (Ejemplo un cañón contra una punta).

Legítima Defensa reciproca. En mi opinión considero que no es admisible la legítima defensa reciproca, ya que si hacemos un análisis detenido y concienzudo nos daremos cuenta que nos es posible encontrar una justificación valida para las dos actitudes, ya que sería sumamente necesario que con ellas, cada una por su lado, se repeliera una agresión injusta o ilegal, y las conductas no pueden ser consideradas a el mismo tiempo como acciones jurídicas y antijurídicas.

LEGITIMA DEFENSA DE EL INIMPUTABLE

Este tema es uno de los que considero mas importantes en nuestra ley. La legítima defensa de un inimputable puede parecer algo fácil de entender y aplicar, pero se dan casos, no pocas veces, que

demostrar la inimputabilidad de un individuo es difícil, imaginemos lo que significa poder demostrar que un sujeto de estos actuó en legítima defensa.

Primeramente debemos dejar en claro que se entiende por inimputabilidad, según lo establece nuestra Ley Penal Vigente en nuestro Estado.

Artículo 35.- No es imputable quien, en el momento del hecho, y por causa de enfermedad mental que perturbe gravemente su conciencia, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, atentas las peculiaridades de su personalidad y las circunstancias específicas de su comportamiento, no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión.

El tribunal oyendo la opinión médica especializada sobre la peligrosidad del agente y su tratamiento adecuado, ordenará el sometimiento del declarado inimputable a una medida de seguridad curativa, conciliando sus intereses con los de la sociedad; salvo el caso de grave perturbación de la conciencia sin base patológica, en que no se aplicará ninguna medida.³⁷

Artículo 36.- Al agente que, por efecto de las causas a que se refiere el artículo anterior, en el momento de la acción u omisión solo haya poseído en grado moderado la capacidad de comprender el carácter

³⁷ CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES COMENTADOS. FRANCISCO GUIZA ALDAY.

ilícito del hecho y de determinar su conducta de acuerdo con esa comprensión, se le aplicará una pena no menor de un tercio del mínimo ni mayor de un tercio del máximo de lo establecido por la ley para el correspondiente delito.

Si la imposición de la pena se considera perjudicial para el debido tratamiento del agente por mediar causas patológicas, se aplicara solamente una medida de seguridad curativa.³⁸

Artículo 37.- La grave perturbación de la conciencia ocasionada por haber ingerido bebidas alcohólicas o por el uso de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias semejantes, se rige lo dispuesto en los artículos 35 y 36 si la ingestión o el uso fue involuntario o por error; en caso contrario se considerará al agente imputable.³⁹

Artículo 39.- No es imputable quien en el momento del hecho sea menor de dieciséis años.⁴⁰

Ahora bien, después de dejar perfectamente establecido lo que para nuestra ley se entiende por inimputabilidad, pasaremos a hacer algunas referencias de acciones en donde intervengan personas inimputables. Pero antes veremos que dicen juristas como Giuseppe Maggiori, el cual sostiene que la reacción de un loco, es decir de un inimputable, aunque sea únicamente defensiva no se le debe de considerar por ningún motivo como legítima defensa, equivale a la acción de un animal que agrede a el que le esta atacando, el ejemplo

³⁸ CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES COMENTADOS. FRANCISCO JAVIER GUIZA ALDAY.

³⁹ IDEM.

⁴⁰ IDEM.

suenan un poco cruel, pero hablando entre profesionales creo que se debe de entender; existen por otro lado juristas como el gran Quintano Ripolles que considera por su parte que no debe operar sólo la causa de inimputabilidad, por ser injusto atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que iría a su vez a enriquecer a un injusto agresor, debe de optarse por la legítima defensa, ya que el enajenamiento o inimputable es un hombre que se encuentra dotado de instintos y reacciones vitales a quien la ley debe todas las garantías posibles de protección. Debo decir que es muy válida la opinión de este autor.

Si partimos desde el punto de vista de la naturaleza objetiva de la antijuridicidad, es de admitirse la defensa legítima de parte de quien se encuentra bajo un trastorno mental, ya sea este un problema transitorio o ya se permanente pues su conducta debe de ser valorada de un modo objetivo y dársele en el caso la calificación de justa, por la razón de la agresión antijurídica que se esta repeliendo.

LEGÍTIMA DEFENSA CONTRA INIMPUTABLES

Ya tenemos bien definido de acuerdo a nuestra ley, que a la conducta de un individuo inimputable nunca es culpable por tener una falta de capacidades de conocimiento y voluntad; pero si puede ser esa conducta de el inimputable una acción antijurídica y dar lugar a una reacción de defensa legítima, lo cual es lógico.

LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Este tipo de acción es en ocasiones difícil de aceptar, ya que al actuar el sujeto lo hace de una manera inculpable, pero su actuar es antijurídica. Por qué menciono lo anterior?. Voy a tratar de explicarlo de una manera que sea fácil de entender. Como ya dije el sujeto al defenderse piensa que tiene el derecho de hacerlo y que el Derecho está de su lado, craso error, ya que no tiene la razón, para entenderlo mejor paso a lo siguiente.

¿Qué es la defensa putativa? He aquí su CONCEPTO: Existe legítima defensa putativa cuando el sujeto cree fundamentalmente, por un error esencial de hecho, encontrarse ante una situación tal, que es necesario repeler mediante una legítima defensa, sin que en realidad exista en esa situación una agresión injusta en su contra.

Ahora me voy a permitir remitirme a lo que algunos notables juristas nos dicen acerca de esta situación.

Para empezar me remito a lo que dice el gran Jiménez Asúa al respecto: La defensa putativa se da si el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto en su contra y en realidad se haya ante un simulacro.⁴¹

Para otro de los grandes estudiosos del el Derecho como lo es José Rafael Mendoza, la defensa legítima putativa existe solo cuando el

⁴¹ LA LEY Y EL DELITO, PAG. 507.

sujeto supone erróneamente encontrarse ante una agresión injusta, cuando en la realidad no se da ésta.

Ahora voy a mencionar algo que para mi es importante, y es lo que sigue. En la legítima defensa putativa la culpabilidad se encuentra ausente por la falta de el elemento moral del delito, en función o en base del error esencial del hecho. En otras palabras, no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico. Hay que mencionar algo sumamente importante, y es lo siguiente, para que conocido y previsto muy bien las circunstancias de hecho señaladas como relevantes en el tipo penal y tener una plena conciencia de la significación antijurídica de su conducta. Se requiere fundamentalmente, como lo dice Jiménez de Asúa, el conocimiento de que se quebranta el deber, es decir en este caso se actúa motivado por un error esencial de hecho.⁴²

LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA RECÍPROCA

Legítima defensa putativa recíproca. Si hablamos técnicamente no existe inconveniente para admitirla legítima defensa putativa recíproca. En ocasiones excepcionales dos personas al mismo tiempo y por un error esencial, puede creerse ambos, fundadamente según ellos, víctimas de una agresión injusta en su contra. Este tipo de situaciones difícilmente, creó yo, se presentan en la vida real, ya que por lo general una persona es la que inicia una agresión en contra de algún semejante,

⁴² LA CULPABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO. REVISTA JURIDICA VERACRUZANA. PAG. 45. 1957.

en que en la inmensa mayoría este agresor se confunda con una posible agresión injusta en su contra.

LEGITIMA DEFENSA REAL CONTRA LA PUTATIVA.

Ahora pasaremos a hacer mención de otro tipo de clasificación de la legítima defensa, y es la legítima defensa real contra la putativa. Según mi forma de pensar considero que este tema es bastante importante como ya lo veremos cuando establezcamos cuando existe este tipo de situación; que en una cosa estoy seguro, y es que este tipo de defensa legítima, se da en la vida real en no pocas ocasiones, ya que hasta a algunos de nosotros nos ha tocado, tal vez no ha todos, ver que se lleva a cabo alguna acción que encuadra perfectamente en este tipo de defensa legítima.

Si el sujeto por error de apreciación o por torpeza de su parte, cree obrar en legítima defensa de él o sus bienes, con el propósito de, según él, de repeler una imaginaria injusta agresión, está acometiendo o agrediendo a la persona que cree es su injusto agresor. En este tipo de situación que puede suceder, pues en principio de cuentas hemos de decir que a la persona que el erróneamente agredido está atacando, tiene el derecho de reaccionar a la defensa de él o de los suyos o de sus bienes jurídicos. Expliquémoslo un poco más detenida y detalladamente. Existe un individuo que se cree que es, en su imaginación claro, agredido de una manera injusta, este tipo reacciona ante la supuesta violencia injusta en su contra, su acción es por un lado carente de culpa, pero es evidentemente antijurídica; que debe de hacer el tipo al que se le agrede injustamente pensando que se está repeliendo una

agresión? Defenderse. ¿Que defensas legítimas encontramos en esta situación? La de el primer sujeto es una legítima defensa putativa. La del segundo sujeto es una legítima defensa real, al individuo que se le esta asignando la legítima defensa putativa le beneficiara una causa de inculpabilidad; al que se le asigna la legítima defensa real le beneficiara una justificante.

DELITO PUTATIVO Y LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Antes de que nada desde de quedar completamente claro que no debe de confundirse el delito putativo con la legítima defensa putativa, ya que es necesario que no haya ningún tipo de confusión en este asunto, ya que si bien es cierto no es difícil de comprender, considero que no sale sobrando dejar bien establecido que existe riesgo de confusión entre lo que se debe de entender por delito putativo y lo que es la legítima defensa putativa. En el delito putativo el sujeto que entra en acción, se imagina o creó que comete una infracción punible, es decir que merece una pena por haberla realizado, pero el muy inepto no sabe que en realidad no ha cometido ninguna acción o acto que sea considerado delito. Lo anterior es lo que se conoce como delito putativo. No pocas veces se ve esto en la vida real y no solo en las películas. Las personas que hemos tenido la gran dicha y satisfacción de haber estudiado el Derecho, no pocas veces nos topamos con personas que se supone haber cometido un ilícito castigado por la ley, cuando en realidad se acción no tiene nada de ilícito. Desgraciadamente existen "abogados" que aprovechándose de esta situación explotan la ignorancia de las personas para estafarlos.

El jurista Siler en relación al delito putativo y la legítima defensa putativa nos dice atinadamente según mi punto de vista, que el delito putativo es la contrapartida de la legítima defensa putativa, ya que en el primero de los mencionados, es decir el delito putativo, se piensa que se esta actuando contra lo que la ley dice, es decir se cree actuar antijurídicamente cuando en la realidad no existe ningún delito en esa acción; en tanto que en la legítima defensa putativa, el sujeto cree o supone, por ignorancia, estarse defendiendo de una agresión injusta, cuando en realidad esa agresión injusta no existe mas que en su mente, y lo que el supone que es la acción de defensa, es en la realidad la verdadera agresión injusta que va a generar la legítima defensa real. Así de fácil, señores.

Como vimos en este asuntillo no existe ningún tipo de problema para entenderlo, la dificultad estaba en una posible confusión de conceptos, al menos a mi se me dificulto un poco comprender esta diferencia, me supongo que por cansancio, ya que después lo entendí.

EXCESO DE LA LEGITIMA DEFENSA.

Esto que voy a exponer es harto importante ya que representa una situación que ha creado situaciones de confusión a varios de nuestros mas aplaudidos Jueces y mucho mas a los no tan aplaudidos, el exceso en la legítima defensa. El exceso en el ejercicio de un derecho amparado por la ley. Voy a invocar, para no variar, a varios de los mas leídos juristas para conocer su opinión al respecto del asunto que nos ocupa.

Veamos lo que dice Soler quien define a el exceso en la legitima defensa como una intensificación de una acción inicialmente justificada.

Ahora conozcamos lo que Don Fernando Castellanos nos dice al respecto; para este autor se da el exceso en la legitima defensa cuando el individuo primeramente agredido va mas allá de lo necesario para poder repeler la agresión injustificada de que fue objeto.

Considero oportuno remitirme a lo que la Legislación Penal Vigente en el Estado de Guanajuato dice al respecto, es decir al exceso en la legitima defensa, por lo cual transcribo a continuación lo siguiente sacado textualmente de la mencionada ley:

Artículo 34.- El que actúa justificadamente pero excede de los límites impuestos por la Ley o por la necesidad, será castigado con un tercio del máximo de la pena que corresponda al delito cometido, según sea doloso o culposo el exceso.

No es punible el exceso proveniente de una excitación o perturbación mental que las circunstancias hicieran excusable.

Como vemos nuestros legisladores nos dejan de una manera muy comprensible y adecuada esta situación.

El exceso, para que sea eso, debe de tener necesariamente un origen totalmente lícito, un origen bien justificado, una agresión injustificada; no existirá exceso, desde el punto de vista en que lo estamos entendiendo claro esta, cuando no exista una agresión injustificada; no existirá exceso, desde el punto de vista en que lo

estamos entendiendo claro esta, cuando no exista una agresión injustificada en contra de el agredido y que posteriormente se excede en su defensa; cuando no exista una situación de peligro actual e inminente, cuando no exista tampoco un deber legal o un derecho que impulse legítimamente a actuar al primeramente agredido no habrá exceso. Como vemos, si esta ausente o definitivamente no existe ese origen justificado para la defensa legítima, no habrá otra cosa que un simple hecho ilícito, un delito vulgar, simple y llano.

Voy a poner un ejemplo, y para ello me remitiré a la riña. Un sujeto agrede primeramente a otro, el agredido responde a la agresión y su vez agrede. El que actúa primeramente y el que responde a la agresión no podrán invocar en ningún momento que actuaron en legítima defensa ya que los dos se agredieron, y tampoco van por ningún motivo caer en un exceso de la legítima defensa, ya que esta desde el primer momento es inexistente para cualquiera de los dos, por lo cual no hay exceso, hay un delito.

Solo se excede o habrá exceso, cuando alguien este ante una agresión ilegítima y llegue a utilizar un medio que no sea considerado razonablemente necesario; también está la situación de quien ante una situación de un peligro actual e inminente evita un mal menor o es él quien provoca tal situación peligrosa, o cuando pudiendo poner en practica un plan o un medio menos perjudicial, no lo hace de ese modo, y por último mencionaremos a quien al estar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho rebase los límites que han sido previamente establecidos por la Ley o por el orden jurídico para tal cumplimiento o para tal ejercicio, en estos casos que menciono también estamos ante un exceso en el derecho de defenderse.

Debemos de entender que el exceso debe de ser considerado como un hecho que aunque posea un origen completamente licito, posteriormente se convierte o metamorfosea en un acto punible plenamente; el exceso ya es una conducta antijuridicamente lógicamente. Pero sin embargo, su origen justo debe según creó yo, provocar una atenuación en la pena que se vaya a aplicar, ya que indudablemente y eso cualquiera lo debe de comprender, claro habrá sus honrosas excepciones, no es lo mismo empezar una acción para obrar justificadamente, y después cometer un exceso que será el ilícito, a alguien que desde un principio su accionar es totalmente ilícito sin ninguna duda.

Por lo general quien inicia una agresión es una persona por naturaleza agresiva y violenta y por lo tanto altamente peligrosa, ya sea que se encuentre en sus cinco sentidos o peor aun cuando se encuentra bajo los efectos de el alcohol o de alguna droga o sicotropico, y quien responde a la agresión no necesariamente es una persona que se le considere violenta o peligrosa, sino que actúa en defensa de su persona o sus bienes jurídicos o de los que forman parte de sus seres queridos. En una opinión muy personal, considero que la persona que se excede es una persona sino mas violenta, si con mas posibilidades de defensa que cualquier otra persona.

COMPLEMENTO UNO

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

Son causas aquellas en que si bien el hecho es intrínsecamente malo, es decir, contrario al derecho, no se encuentra el sujeto del delito en las condiciones necesarias ahora poderle atribuir el acto realizado, por no concurrir en el desarrollo de éste, la salud mental, la conciencia o la espontaneidad, según nos lo dice el insigne maestro Don Luis Jiménez de Asúa.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Son las que como ya lo sabemos, excluyen la antijuridicidad de la conducta que en un principio fue considerada como antijurídica. O como dice Augusto Kohler excluyen la antijuridicidad de la conducta que entra en el hecho objetivo determinado por una Ley Penal.

CAUSAS DE IMPUNIBILIDAD O EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Son causas personales que simple y sencillamente excluyen la pena, o en otras palabras dejan subsistir el carácter delictivo de el acto y no hacen mas que excluir la pena, según nos lo dice Max Ernesto Mayer. Su fundamento está en la causa de utilidad social que hace aconsejable socialmente hablando la no aplicación de penal alguna en ciertos casos.

Recuerdo que en el Código Penal de el año de 1871 se disponía lo siguiente: "Cuando la culpa sea de exceso notoriamente le ve en la defensa legítima no se impondrá pena alguna, pero sin perjuicio de la reparación civil en que incurra el reo." Lo anterior estaba establecido en el artículo número 200 de la mencionada Ley. Así mismo estaba contemplado que el juzgador debería de tomar en consideración varios elementos para poder calificar esa acción mencionada en líneas arriba, esos elementos eran que si el exceso había sido leve o grave, no solo el hecho material, sino también el grado de agitación y sobresalto del agredido, la hora, sitio y lugar de la agresión, la edad, sexo, constitución física y demás circunstancias de el agresor y de el agredido; también se tomaba en cuenta el número que realizó la defensa, si es que fueron varios claro esta; así mismo se tomaba en consideración las armas que se emplearon en el ataque, si las hubo, y lo mismo si las hubo en la defensa.

COMPLEMENTO DOS

Ahora hagamos una breve mención de algunos Códigos Penales de otros estados de la República para ver que establecen respecto al tema de la presente.

El de el hermoso estado de Yucatán en el Sur de nuestro país denomina imprudencia delictiva a lo relacionado a el exceso en la legítima defensa. El de el norteño estado de Tamaulipas dice que cuando haya exceso notoriamente le ve en la defensa legítima no se impondrá pena alguna, salvo la reparación del daño. El Código Penal del alegre estado de Veracruz considera a el exceso como un delito de culpa y a la letra dice: En los delitos de culpa, por exceso en la legítima defensa y por exceso en el estado de necesidad...

La Ley Penal de el estado de Michoacán en el centro de el país considera a el exceso como una excluyente de responsabilidad.

Como pudimos ver en lo que se refiere a el exceso no hay un acuerdo en los estados de nuestra hermosa República Mexicana, para el tratamiento legal que se le debe de dar, legalmente hablando claro esta señores. Algunas legislaciones de las mencionadas líneas arriba hablan de que el exceso en la legítima defensa es imprudencia, otros lo trasladan a la reparación de el daño, otros llegan a decir que el exceso en la legítima defensa es por culpa, o sea que lo confunden con la culpa y así por el estilo. Lo anterior nos indica que difícilmente comprenderemos la esencia misma que reviste la esencia misma que reviste la defensa legítima como una causa de justificación y todo parece indicar que la actitud tomada por nuestros legisladores se enfoca

primordialmente el profundo contenido filosófico, como el natural que reviste una defensa legítima, tratando de encuadrarlo en cualquier forma de culpa a efecto de poder castigar a un particular que en sus derechos y garantías que la Ley de nuestro país le han sido atropelladas, invocando el mentado legislador que los medios empleados fueron excesivos o que su acción defensiva fue a su parecer excesiva. Uno piensa una cosa al ver que el legislador castiga el exceso de la defensa que una persona haga de sus bienes jurídicos o de los demás, y lo que pienso al igual que otros muchos es que al castigar lo anterior se puede afectar la estabilidad social, la seguridad, la paz social tan estimada en la sociedad en la que nos desenvolvemos, lo cual se convierte en una inseguridad para los honestos y trabajadores ciudadanos organizada, o no, la cual a causa de la crisis por la que por algunos errorcillos estamos viviendo en la actualidad ha crecido a niveles alarmantes para la sociedad. No pido que todos los ciudadanos escondamos bajo nuestras ropas pavorosas armas de fuego para la defensa de nosotros y de los nuestros, ya que esto ocasionaría un verdadero caos en el que todos saldríamos perdiendo. Mi idea es que no se castigue a un sujeto por el solo hecho de haberse defendido, a él o a los suyos, de un modo atinado y se proteja a el tipejo que agredió a el que se supo defender atinadamente. Se han dado casos, desgraciadamente, en los que a un compatriota honesto y trabajador, ha ido a parar a prisión por el simple hecho de haberse sabido defender de una agresión ilegítima de un individuo, por lo general, que es una lacra para la sociedad. El primero de los mencionados se ve afectado en varias cosas como lo son el descuido en el que deja a su familia, pérdida de trabajo, pérdida de la invaluable libertad; el segundo de los nombrados si por algo es enviado a prisión hasta sale ganando ya que va a comer tres veces al día, alimentos sumamente modestos, pero algo es algo para este tipo de

lacras. A todo lo anterior me pregunto: Con lo anteriormente mencionado ¿Quién pierde? y me contesto yo solo: Perdemos todos, pierde la sociedad, pierde MEXICO, ¿O no?.

La Ley de un modo inexplicable pierde de vista una cosa: El delincuente obra fuera de la ley sin que le importen las consecuencias que su accionar le puedan traer y la Ley que hace al respecto?, simplemente que el agredido por serlo simplemente, debe de actuar dentro de la Ley al defenderse de la ilegítima agresión de las que son objeto él o los suyos. Es gracioso: Al delincuente se le protege por agredir y que le contesten en una acción defensiva; al agredido limitémosle su accionar defensivo. ¿Es lógico señores? para mí es patético.

Si en el futuro yo llegó a ser Legislador de la República o Local, les aseguré que de inmediato veré la forma de que la legislación deje de proteger a un individuo que ataque a otro sin que haya motivo, y que mejor se dedique a proteger al sujeto que supo defenderse de una ilegítima agresión. Es todo.

CONCLUSIONES

Por todo lo anteriormente y fundado, me voy a permitir exponer de una manera harto breve mis conclusiones de el trabajo de tesis, muy modesto, que tengo a bien presentar a la consideración de quien me haga el servicio de leerlo. Pasemos pues a las mencionadas conclusiones.

PRIMERO.- En primer lugar tengo la obligación de dejar bien en claro que el presente trabajo esta dirigido a que el ejercicio de la Legítima Defensa no existe exceso, en otras palabras quiero decir que la Ley no debe de castiga a un sujeto que fue agredido injustamente en su persona o bienes jurídicos o en lo de los demás. Y además considero que el Código Penal vigente en el estado de Guanajuato, tiene una laguna en su artículo 34 treinta y cuatro, ya que en este numeral tiene englobado el exceso que se de en todas las causas de justificación existentes, lo que considero erróneo, ya que se debería de identificar a cada una de ellas.

SEGUNDO.- Sabemos que en la Legítima Defensa se esta tratando de la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, ante la agresión ilegítima y que está sea actual o inminente.

Tomemos en consideración que quien actúa en el momento de defender los mencionados bienes ya sean propios o ajenos, no tiene en consideración, aunque se trate de un conocedor de las leyes, de que al momento de estar en plena acción de defensa de que la Ley dice al estarse defendiendo debe de existir una "necesidad razonable", para que puede repeler la multitudada agresión o repelerla. Todo lo cual considero fuera de toda lógica, ya que desde mi punto de vista se esta atentando contra el instinto de conservación, es "contra natural". Necesariamente

nuestra legislación penal debe modificar este arcaico dispositivo en beneficio de la razón o la lógica, de la mismísima justicia. Debemos de tener en mente que el agredido de un modo injusto siempre se encuentra en desventaja frente al injusto agresor, ya que aparte de la desagradable sorpresa de verse agredido en sus bienes jurídicos tiene que medir sus acciones para no cometer un ilícito que lo ponga detrás de las rejas. Yo creo que ha todos en alguna ocasión en el devenir de nuestra existencia, hemos sido agredidos injustamente y peor aun agreden a nuestros seres queridos, yo les pregunto una cosa: Cuando esto sucede, cuando vemos que agreden injustamente a nuestros padres, hermanos, abuelos, hijos, cuando los hay, esposas y demás familiares, ¿Al iniciar su defensa lo haremos moderadamente aunque por eso los mencionados salgan perjudicados?. Yo creo que primero los defiende hasta ponerlos a buen recaudo y después me preocupo si al hacerlo cometí un delito. Me imagino que una inmensa mayoría piensa como yo, ¿O no?. Es todo.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, NICOLAS.
DICCIONARIO DE FILOSOFIA.
EDITORIAL PORRUA.

BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, AGUSTIN.
FILOSOFIA DEL HOMBRE.
COLECCION AUSTRAL.
ESPASA CALPE MEXICANA, S.A.

CARDONA ARIZMENDI, ENRIQUE Y OJEDA RODRIGUEZ,
CUAUHTEMOC.
NUEVO CODIGO PENAL COMENTADO DEL ESTADO DE GUANAJUATO
CARDENAS EDITOR, 1978.

CASTELLANOS, FERNANDO.
LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL.
DECIMOQUINTA EDICION.
EDITORIAL PORRUA, 1981.

FONTAN BALESTRA, CARLOS.
MANUAL DE DERECHO PENAL.
CAPITULO: ANTIJURICIDAD.
EDITORIAL PORRUA.

GUIZA ALDAY, FRANCISCO JAVIER.
CODIGO PENAL Y DE PROCEDIMIENTOS PENALES, COMENTADO Y
CONCORDADO.
EDICION: REPLICACION ESPECIAL DE LA UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE, 1992.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.
LA LEY Y EL DELITO.
CARACAS, VENEZUELA.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.
TRATADO DE DERECHO PENAL, TOMO II.
EDITORIAL PORRUA, MEXICO.

LEON RABAGO, DIEGO.
EL HOMBRE: LA SOCIEDAD, EL DERECHO Y EL ESTADO.
EDICION DE LA UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO.

MEZGER, EDMUNDO.
TRATADO DE DERECHO PENAL, TITULO I.
MADRID, 1955.

NUEVA BIBLIA LATINOAMERICANA.
GENESIS, VERSICULOS 26 AL 28.
EDICIONES PAULINAS.

PORTE PETIT, EMILIO.
PROGRAMA DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL.
EDITORIAL PORRUA.

RECASENS S. LUIS.

TRATADO GENERAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO.

EDITORIAL PORRUA, 1979.

TRUEBA OLIVARES, EUGENIO.

DERECHO Y PERSONA HUMANA.

EDITORIAL COLECCION DE ESTUDIOS JURIDICOS.

MEXICO, 1966.

TRUEBA OLIVARES, EUGENIO.

EL ABORTO.

**EDICIONES DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE
GUANAJUATO, 1978.**

WELZEL, HANS.

DERECHO PENAL ALEMAN.