

69

2 Gen



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

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

LA LEGITIMA DEFENSA
EN LA
AVERIGUACION PREVIA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

LUIS MANUEL MARQUEZ LUGO

MEXICO, D. F.

1984.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA LEGITIMA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA.

PROLOGO

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Introducción

1.- Derecho Romano.	I
a) Evolución de la legitima defensa en el Derecho Romano	II
b) Requisitos de la legitima defensa	IV
2.- Derecho Germánico.	VI
a) Su naturaleza	VI
b) Ejercicio de la legitima defensa.	VII
3.- Derecho Canónico	VIII
a) El Exodo	VIII
b) Concordia Jurisdictionis ecclesiasticae, et Saecularis	IX

CAPITULO II

LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD

1.- La tipicidad	XIII
a) Definición	XIII
b) Elementos del tipo	XV
2.- La Antijuridicidad	XVIII
a) Definición	XVIII
b) Elemento formal y material	XXII
c) Elementos subjetivos	XXV

3.- Noción de las Excluyentes	XXVII
a) Definición	XXVII
b) Enumeración legal	XXIX
4.- Razón de las causas de ser de las causas de justificación	XXXII
a) Ausencia de Interés	XXXII
b) Interés Preponderante	XXXIV
5.- Clasificación de las excluyentes.	XXXIV

CAPITULO III

LA LEGITIMA DEFENSA COMO EXCLUYENTE

1.- Fundamento	XXXVIII
a) Fioretti	XXXVIII
b) Teoría de la cesación del Derecho de punir	XL
2.- Concepto.	XLI
a) Alemán	XLI
b) Argentino	XLIII
c) Ruso	XLIV
d) Mexicano	XLVI
3.- Requisitos Positivos	XLVII
a) Agresión	XLVIII
b) Actual	LI
c) Violenta	LV
d) Sin derecho	LVII
4.- Requisitos Negativos.	LIX
a) Provocación de la agresión	LIX
b) Previendo la agresión pudo evitarse	LXIII
c) Sin necesidad del Medio empleado	LXV
d) El daño que iba a ser causado era de poca importancia	LXVIII

CAPITULO IV

LA AVERIGUACION PREVIA

1.- Su naturaleza jurídica	LXXII
a) Su inicio	LXXIII
b) Como se formula	LXXX
2.- Funciones del Ministerio Público	LXXXIX
a) Como autoridad	LXXXIX
b) Como parte	XCIII

CAPITULO V

LA LEGITIMA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

1.- Problemática de su aplicación	
a) Inconvenientes de su aplicación	XCIX
b) El ejercicio de la acción penal del Ministerio Público	CIV
2.- Inconvenientes para el presunto	
a) Concepto señalado en el III Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Estocolmo.	CXI
3.- Su aplicación	
a) Casos extremadamente específicos	CXIV
b) A donde se manda la averiguación previa después de ser otorgada la libertad.	CXX
c) Facultades del Ministerio Público para revocar la libertad de la legítima defensa dada en la averiguación previa.	CXXII
4.- Documentos que hablan al respecto	CXXIII
a) Diario Oficial de la Federación y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal	CXXIII
b) Comentario al artículo 3º bis. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.	CXXVII
CONCLUSIONES	CXXVIII
BIBLIOGRAFIA	CXXXI

P R O L O G O

La legítima defensa es una de las excluyentes de responsabilidad, através de la cual se elimina uno de los elementos del delito -- que es la antijuridicidad, lo que le permite a las personas defender -- sus derechos y sus bienes, pero, resulta que generalmente al defenderse un ciudadano honrado de una agresión injusta y peligrosa, tiene -- que sufrir la vergüenza de verse sometido a un juicio por haber actuado por un impulso natural al encontrarse frente al peligro, ya que el organismo tiende a reaccionar repeliendo la agresión.

Por lo que es menester agilizar a lo máximo los trámites a -- seguir para que se decrete la libertad dentro de la fase investigadora a quien haya actuado en legítima defensa.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

SUMARIO: Introducción, 1. Derecho Romano; a) Evolución de la legítima defensa en el Derecho Romano, b) Requisitos de la legítima defensa.- 2. Derecho Germanico; a) Su naturaleza, b) Ejercicio de la legítima defensa.- 3. Derecho-Canónico; a) El exodo, b) Concordia Jurisdictionis, ecclesiasticae et saecularis.

INTRODUCCION

Las instituciones de los pueblos antiguos, no han sido recogidos unicamente por la historia. Han seguido viviendo através de las generaciones posteriores, de la misma manera que en los hombres vivén las virtudes y defectos de sus antepasados. La evolución de la cultura no es brusca; no esta de terminada por un corte que delimite con toda precisión lo viejo de lo nuevo.

Y como dijera el licenciado Alfonso Herrera "Las ideas que un día llenaron el alma de los pueblos se han extinguido lentamente por dejar su puesto a otras mas fecundas y mas ricas en vitalidad, capaces de adaptarse a las necesidades de la nueva vida y a los preceptos nuevos, principio orientador".¹ Pero esta no se efectua de una manera radical y completa; los cimientos del edificio derruido sirven de base al que ha de levantarse para substituirlo y así las ruinas de lo antiguo através de esos muros y en apariencia son totalmente nuevos; y ahora empleando la frase del Licenciado Alfonso Herrera "abramos la ventana que mira hacia el pasado y hagamos un estudio, aunque breve de la legítima defensa através de la historia".¹

1. Herrera Gutierrez, Alfonso, Tesis, págs. 17, 18. México, 1939.

1. DERECHO ROMANO

a) Evolución de la legítima defensa en el Derecho Romano:

De lo antes expuesto podemos deducir que todas las instituciones (sin excepción) han tenido su desarrollo histórico, y la legítima defensa no es ajena a ello, pues también ha tenido transformaciones y algunos de los requisitos que entonces se señalaban los tenemos en nuestros días. Iniciemos con el Derecho Romano donde se marca una era de progreso en lo que respecta a la legítima defensa, se conocía esta por apreciación sistemática de sus caracteres psicológicos desde las XII tablas hasta el Digesto, por lo que encontramos que en numerosos textos se expresa el hecho de repeler violentamente, el ataque contra el cuerpo y la vida, pero no consignan un concepto general de la legítima defensa, como nos lo señala el licenciado Herrera Gutiérrez, al decir: "se poseía en el idioma la palabra "fendo" (incitar a la ira) producir tanto en un sentido como en el otro, de lo que más tarde se formaron dos vocablos offendo y deffendo, defender que significa guardarse de un peligro de defendere viene del moderno vocablo cuyo significado de la partícula DE, es el de alejarse produciendo un dolor".¹ De esto concluimos que los romanos al señalar el vocablo offendo se referían a quien agrede a una persona, entendiéndose con esto que debe haber una contienda de hecho y no de palabra, y el vocablo deffendo es el que daban para señalarle al agredido que podía defenderse ante una agresión (offendo), con lo que podemos señalar que aunque los romanos tenían desarrollada la idea de la legítima defensa, no tenían palabras adecuadas con que expresar tal idea, es decir, el lenguaje no supo o no pudo formular una expresión clara del sentimiento de legítima defensa que ya lo traían en la mente como el niño que siente el deseo de algo pero que le faltan elementos con que expresarlo.

En el Derecho Romano se fundamentan para lo anterior en el concepto denominado por ellos de la "delegación" como nos lo hace notar el Licenciado - Martínez Catalan diciendo "la doctrina romana de la legítima defensa se apoya científicamente en el concepto llamado de la "delegación" dicese que es una

Herrera Gutiérrez, Alfonso, Ob. Cit., pág. 19

forma especial de represión, en que se sustituye o delega la acción del Estado, en un individuo (agredido) para castigar al delincuente se fundan en el Derecho Natural, en la necesidad de la vida individual que se reforza con el conocimiento de la Sociedad formandose entonces su caracter jurídico".² Luego entonces la crítica del Derecho Romano por no haber podido entender y desarrollar claramente la doctrina, es injusta ya que en el Derecho Romano se marca una era de progreso en lo que respecta a la legítima defensa, en esta encontramos ya tutelando la vida, la propiedad y la posesión, señalando en ejemplificaciones en cierto modo las condiciones de defensa y en donde -- los caracteres constitutivos de la agresión objeto de la defensa quedaron -- clasificados desde entonces; ellos son la injusticia de la agresión, el peligro inminente, la licitud de librarse del agresor y la proporcionalidad de la reacción defensiva con la agresión. Veamos para confirmar este acerto -- las disposiciones concernientes dictadas por el Emperador Gordiano Augusto y publicadas bajo el consulado de Ariano Papo en el año 243 enunciadas por el Licenciado Herrera Gutierrez que a continuación transcribimos y que dicen: -- "el que hallandose en doloso peligro de su vida hubiere matado a su agresor o a otro cualquiera, no debe temer ninguna calumnia por este hecho".

"Si alguno rechazase con la espada que se le dirigiera, no es tenido como homicida, porque se considera que en nada delinquirió el defensor de su propia salvación".

"Es lícito rechazar la fuerza con la fuerza, adquiriendose este derecho por la naturaleza y este resulta de que es lícito rechazar a las armas con las armas".¹

Comprendase que con éstos preceptos se señalan algunos requisitos indispensables para que proceda la legítima defensa de las cuales haremos alusión mas adelante, encontramos también leyes que tutelan la propiedad y que también se hallaban previstas en el cuerpo jurídico de que nos ocupamos, el Derecho de la legítima defensa esta consignado en las XII tablas y en el Digesto, consignando el Derecho de matar al ladrón haciendo la distinción entre nocturno y el diurno, en efecto hallamos disposiciones al respecto señaladas

2. MARTINEZ CATALAN, JESUS, Tesis, pág. 25, México, 1935.

1. HERRERA GUTIERREZ, ALFONSO, Ob. Cit., págs. 20 y 21.

por el Licenciado Herrera que textualmente dicen: "La ley de las XII tablas permite matar al ladrón aprehendido de noche, con tal que, sin embargo, esto mismo se haga constar dando voces; pero al aprehendido de día permite matarlo solamente si este se defiende con arma; pero de modo que igualmente se haga constar dando voces".¹

"Si como alegas mataste a un ladrón armado, no es dudoso que se considere que fue muerto con derecho al que se había adelantado en la voluntad de inferir la muerte".

"Si alguno hubiere matado a un ladrón nocturno, solo lo hará impunemente, si no pudo perdonarlo sin peligro suyo propio".

"Y así, si yo hubiera matado a un esclavo tuyo, ladrón que me acechaba, estare exento de responsabilidad, por que la razón natural permite defenderse contra un peligro".¹

De lo anterior se desprende que la legislación romana se ocupaba casi exclusivamente de la legítima defensa de la vida. Hemos visto como hay preceptos que directamente los consagran y que hay otros que aludiendo a la propiedad se ocuparon igualmente de la integridad de las personas y que si bien es cierto que se refieren a los bienes, exigen para su procedencia situaciones en las que ha de surgir necesariamente la primera, por ello encontramos las leyes que protegen la propiedad al lado de las que protegen la vida porque las complementan y es que el Derecho Romano eminentemente protector de la propiedad, no podía permanecer indiferente ante la sustracción injusta -- consagrando por ello su defensa. Mas queriendo evitar el abuso desmedido de este derecho limitó con circunstancias múltiples un uso excesivo del mismo, permitiendo una reacción extremada (la muerte de una persona) solo cuando -- existiera un peligro inminente en la persona misma del ofendido .

En lo referente a la posesión también se hallaba tutelada, he aquí algunas disposiciones referentes al respecto señaladas por el Licenciado Herre

1. HERRERA GUTIERREZ, ALFONSO, Ob. Cit., págs. 21, 22, 23.

ra: "A la que posee legítimamente le es lícito rechazar, para retener la posesión que tenía sin vicio, la fuerza empleada con la moderación de una defensa irrepresible".¹

"Así pues podemos repeler con las armas al que viene con armas; mas este inmediatamente no después de un intervalo con tal que sepamos que no solamente esta permitido resistir, para no ser hechado, sino el que hubiera sido hechado heche al mismo no después de un intervalo sino inmediatamente".¹

Por lo anterior deducimos una vez mas el espíritu proteccionista del Derecho Romano hacia el patrimonio, lo que permite no unicamente la defensa de la propiedad sino también de la posesión.

b) Requisitos de la legítima defensa:

De los preceptos señalados anteriormente podemos deducir que para que se hiciera valer la legítima defensa era necesario acreditar ciertos requisitos que se encontraban señalados en las leyes, los cuales son los siguientes a saber:

1.- Establece la sorpresa del agredido.

2.- El agredido debería estar en presencia de una agresión injusta, ya que esta constituye el supuesto sobre el que descansan los demás requisitos, siendo obvio tal situación, la encontramos prevista en todas las leyes que estudiamos.

3.- La defensa del agredido debería ser necesaria, es decir, que este no pudiera conjurar el peligro en que se encontraba con otro medio que el empleado.

4.- La proporcionalidad en relación con la agresión sufrida, mas tal proporcionalidad no se especificó de manera concreta.

5.- La reacción del ofendido debería ser instantanea.

También se hacia mención al dar voces para hacer constar la aprehensión del ladrón e inclusive este era un requisito para que el aprehensor pudiera darle muerte al aprehendido cuando aquél se encontrase en peligro, sin embargo, señala el licenciado Cuevas Alvarado que "en los últimos tiempos del im--

1. HERRERA GUTIERREZ, ALFONSO, Ob. Cit., pág. 23

perio a causa de la inseguridad pública reinante, ya no se exigió tan enérgicamente la inminencia del peligro corrido, ni la circunstancia de dar voces para poder dar muerte al ladrón sorprendido de noche ni el hecho de que este fuera armado y se defendiera tratándose de un robo sorprendido en el día (requisitos consignados en la ley para evitar abusos), requiriéndose solamente el hallarlos en los caminos o dentro de los campos con el ánimo de robo".³

Satisfechos estos requisitos, procedía la legítima defensa; también contemplaba que se ejerciera en favor de un tercero. Es mas, la ley obligaba a prestarla a quienes sostuvieron relaciones de fidelidad, gratitud o de parentezo con la víctima de la injusticia de la agresión como ocurría al soldado respecto de su oficial y al respecto de su dueño".

2. DERECHO GERMANICO

a) Su naturaleza:

En el Derecho Germanico la legítima defensa toma peculiares características, no la hayamos estructurada a la manera del Derecho Romano sino que la encontramos evolucionando através de instituciones diferentes hasta tomar su propia personalidad, estudiemos pues cada uno de estos precedentes que tan ligados se hayan entre sí.

La noción de la legítima defensa es mas remota, comprendía al reo de rapiña, el ladrón y el incendiario que encontraba su justificación en el interés que la sociedad tiene en que se eliminen, sin detenerse a analizar la intencionalidad o motivos que impulsaron al que cometía tal delito.

Señala el Licenciado Cuevas Alvarado que: "el origen remoto de la legítima defensa lo vemos en la ley visigoda y en la ostrogoda en donde se tiene un adelanto al justificar la venganza ejercida de inmediato, que daban al homicidio el carácter de no punible o excusable, tenían el concepto claro de --retribución criminal del Talión, el homicidio de un hombre se justifica ante el cadáver de otro muerto por él, es decir, un homicidio legitima plenamente el de la venganza; ahora para reconocer la legítima defensa solo se hace ade
3. Cuevas Alvarado, Ernesto, Tesis, pág. 69, México, 1944.

lantar el acto de la venganza, es decir, que si un hombre mata a otro y --- aquél es después muerto al pie de la víctima en el mismo lugar y en la misma hora que permanezca delante de su acto ilícito, se compensa una muerte con la otra, pero puede suceder que no acaezca la primer muerte, pero que cierta e inevitablemente deba acaecer, sin herir o matar al agresor, el agredido no debe esperar a ser muerto para que otro lo vengue y de este modo se elimina al tercer sujeto, de este modo el propio agredido se toma su propia venganza y la adelanta en protección de su vida".³

No exigen composición en los casos de venganza de un homicidio cuando se tome inmediatamente después de acaecido, late en este precepto, aunque con carácter algo diferente, uno de los más importantes requisitos que legitiman la defensa lo instantaneo de la reacción. El matador queda impune porque a los ojos de la ley no ha hecho ninguna acción injusta aplicando el Tali6n inmediatamente después de cometido el crimen.

Pero he aquí que con esta disposici6n ocurría pensar que sí se permitía la venganza inmediata de un homicidio por considerarse este injusto, con mayor raz6n debería concederse al agredido constituirse en propio vengador, por asi decirlo, autorizando que este se anticipara en inferir la muerte a quien lo amenazara con ello, y esto fue lo que consagraron las leyes de --- Wihtrad, Ine, Alfredo y Atelstano que autorizen la muerte del agresor hecha en legítima defensa.

b) Ejercicio de la legítima defensa:

En el Derecho Germanico existía la instituci6n de la FRIEDOSIGKEIT --- (privaci6n de la paz), asi que a todo aquel que llegaba a violar esa paz, - podíasele dar muerte como consecuencia del derecho de muerte que ejercía -- el ofendido sobre el ofensor, pero los germanos no solo la muerte del ----- individuo la consideraban un trastorno de la paz, también lo eran la ----- violaci6n del domicilio teniendo el propietario el derecho de expulsar ---- al intruso aún ocasionandole la muerte, sin embargo, tan arraigada estaba -- la costumbre de castigar todo homicidio, que hasta tratandose de los ----- casos a que me he referido, era indispensable como lo ordenaban -----

las leyes de LIUTPRANDO el pago de cierta cantidad como recompensa a los deu dos del muerto, o la recompensa simbólica, señalada por el Licenciado Samano Galvan, en los estatutos locales, los que a continuación transcribimos y que establecen: "aquel que en su casa ha dado muerte al intruso lo lleve después fuera exhibiendolo el cadaver de su agresor en la vía pública, colocando sobre las heridas una o tres pequeñas monedas y aveces también una cabeza de gallo cortada como para obtener el perdón de los familiares, dándoles a entender que solo por una necesidad imprescindible se había llegado a este extremo".⁴

Otro mas es la aceptación de la legítima defensa por el perdón por gracia soberana al condenar un homicidio, esto era muy general en la edad media y se encuentra consignada en los estatutos de Gloucester.

El licenciado Martínez Catalan dice "también en Derecho Germano se dejaba impune la muerte de los germanos, por su falta de preparación, la LEX ENRICE, exigia que el que hubiere matado defendiendose, ademas de no tocar ninguna de las cosas que pertenecian al muerto, lo pusiese con la cabeza hacia el Oriente y los pies hacia el Occidente, teniendolo sobre el escudo, cuando lo tuviese, que clavara en el suelo la lanza y lo rodeara con las armas, trayendo cerca de él, el caballo, luego ir a la ciudad mas próxima y denunciar el hecho a la primera persona que encontrara".²

Y concluye diciendo que: "otras leyes establecen que cuando se hubiere dejado pasar una noche sin declarar el acontecimiento, no se podría alegar legítima defensa".² De este modo, vemos como se ha ido adelantando en el concepto de legitimar la defensa de la persona diferenciandose esencialmente de la venganza privada.

3. DERECHO CANONICO

a) El Exodo:

El pensamiento cristiano, que al principio admitió el derecho de legítima defensa, considero mas tarde, que antes era la caridad hacia el prójimo. Con sus normas de estricta moral, parece imposible poder comprender y --- menos aceptar estas circunstancias por ser incompatibles con su aborrecimiento contra todo lo pasional, por que el ejercicio de la legítima defen--

2. MARTINEZ CATALAN, JESUS, pág. 27, Ob. Cit.

4. Samano Galvan, Leopoldo, pág. 24, México, 1946.

sa heria la caridad al prójimo; por ello, no se podría otorgar a la institución un desarrollo amplio por contradecir la ley divina de la caridad y el --perdon.

Señala el licenciado Samano Galvan que: "en el Derecho Hebreo vemos establecida la defensa legítima de un modo muy rudimentario, encontrandola en el Exodo, cap. XXI, Vers. 13 de la Biblia que dice en lo referente al homicidio involuntario, en donde éste puede englobarse "Mas el que armo acechanzas (a fin de proporcionar la muerte del otro) sino que dios lo puso en sus manos, --entonces yo le señalaré lugar al cual ha de huir".⁴ Disposición en la que --inmediatamente vemos que la legítima defensa bien lejos de constituir un hecho, ameritaba apenas cierta atenuación para el que la ejerciera conmutandolo por destierro el castigo que los familiares del muerto podrían inferirle; y --en el capítulo XXII, 2 y 3 del mismo libro, que establecen lo que a continuación expresamos: Versículo 2 "Si el ladrón fuere hallado forzando una casa y fuere herido y muriere, el que hirio no sera culpado de su muerte".

Versículo 3.- "si el sol hubiere sobre él, salido el matador sera reo de homicidio...".⁴ Posteriormente, en el Desarrollo del Derecho Canónico, la legítima defensa se tiene como acto prohibido por las leyes de la moral cristiana y así, aún cuando la consagra en numerosas leyes, la restringe de manera --considerable.

b) Concordia Jurisdictionis, Ecclesiasticae, et Saecularis:

Dentro de esta obra se encuentra señaladas las causas que estimularon al papa XII para estirpar y desterrar a quienes cometen el delito de homicidio, --señalando que: " A excepción de los privilegiados ninguno debiera de gozar --del fuero en las causas de homicidio" ⁵ por consiguiente se señala en una --forma muy radical que a todos los que matan deben ser condenados, pero mas --adelante se señala que las personas que actuan en legítima defensa también --gozan del fuero, uno de estos preceptos lo encontramos estipulado en el  VII. Not. el cual señala que:

4. Samano Galvan leopoldo, Ob. Cit., págs. 35 y 36

5. Soler Bargallo, Felipe, Concordia Jurisdictionis, Ecclesiasticae, et Saecularis pág. 18, 19, 20.

"es lícito matar a otro por defensa de la honrra, como por defender la vida, la cual debera entenderse en el mismo acto de la ofensa, por presumirse entonces arrebatado, y sin libre consentimiento, por lo cual, el Derecho Civil y Real no impone pena, y lo que todavia es mas, no incurre en excomuni6n el que hiere o mata al clérigo por la defensa suya, o de su prójimo guardada -- la debida moderaci6n".⁵

Por lo que podemos observar en este precepto se señala uno de los elementos mas importantes de la legítima defensa, que consiste en el de rechazar la agresión en el mismo momento y no esperar a que haya pasado algún tiempo, pero el problema que se sucita es cuando un individuo lesiona o mata a un clérigo señalando que lo realizo en defensa propia, por que si se trata de un homicidio, por el simple hecho de tratarse de una persona de la iglesia se le va a condenar por este delito y en el caso de que unicamente quedara lesionado pues es lógico pensar el que el clérigo dira simplemente que fue atacado mas no va a señalar que el otro sujeto actuó en legítima defensa por lo que en este caso seria la palabra del clérigo contra la del sujeto que lesiona a dicho clérigo, también encontramos señalado en la Relect, de la Clement *si furiosus*, *s.* Unic. num. 2 y en el num. 4 al med. que en donde habiendo sucitado la cuesti6n si el lego invalido y acometido estara obligado a huir, por no matar, al agresor, señalando que: "el omitir la fuga o no hacer frente no es ignominioso, ante sí, que lo contrario es defensa inmoderada, e inhumana, mas propia de Bárbaros que de baronos juiciosos y católicos particularmente cuando el honor no se halla vulnerado en el asunto que se roce con las buenes costumbres, ni con la religi6n ni con la utilidad de la república, no se excusara la irregularidad del homicida que no omitio el homicidio, si pudo huyendo, luego hay culpa, y tal vez pecado en la preferencia de Dios lo cual consiste en que haya libertad y claro conocimiento de lo malo".⁵

En el Derecho Canónico trataban por todos los medios posibles de evitar los homicidios señalando que si es posible huir a la agresión se haga y que de no hacerse se caeria en un pecado, también señalaron la diferencia entre el homicidio casual y el homicidio realizado en legítima defensa, ello lo --

5. SOLER-BARCALLO, FELIPE, O. Cit., pág. 20

encontramos establecido en el extracto del VIII. Not. Unic. de la Concordia Jurisdictionis, en la que se señala: "también declaramos que todos y cada uno de los sobredichos, así legos, como Eclesiásticos que en la ciudad de Roma y dominios expresados fuesen indiciados y procesados o en rebeldía llamados por edictos o pregones, y condenados por causa de homicidio, aunque sea hecho en pendencia con armas, o instrumentos proporcionados por su naturaleza para matar, como el homicidio no sea casual o por la propia defensa de ninguna manera gocen del referido beneficio de la inmunidad".

"Por lo que es señalado que si el homicidio no fue causado casualmente o hecho en propia defensa, entonces el reo no goza de inmunidad aunque dicho homicidio haya cometido en riña".

"En el primer caso, es a saber, cuando el homicidio es casual, es involuntario y sin dolo, pero no siempre sin culpa que puede proceder al contingente homicidio, como es, ejercitándose en operación ilícita o aunque lícita, no poniéndose la debida diligencia que tiene obligación el buen padre de familias, para precaver el caso, y entonces el Derecho Civil impone una moderada pena".

En el segundo caso, esto es, cuando el homicidio se ejecuta en propia defensa, no se incurre en pena, como en otros muchos, que expresa dicha, pero siendo voluntario el homicidio, no gozaba de inmunidad el reo".⁵

Pero no obstante lo anterior el licenciado Cuevas Alvarado, hace notar que: "el DECRETUM GRATIANI aunque reconoce la legítima defensa en la práctica le impone muchas restricciones, quedando tal derecho solo en abstracto, en el Derecho Canónico, en su MODERAMEN INculpatae Tutelae, limita grandemente este derecho, pues al hacerse uso de él, según la iglesia, constituía un abuso y la intención de ella era el de reducirlo a su máxima expresión".³

Y por último señala el licenciado Martínez Catalan que: "de igual modo, encontramos que Ludvico I. la reduce a límites estrechos, ordenando, que el que seguido hasta la iglesia matase por defender su propia vida fuese perdonado del pago de toda recompensa, mas obligado a cubrir cierta cantidad a la iglesia y al fisco y de satisfacer una penitencia canónica por el acto efec--

5. SOLER BARGALLO, FELIPE, Ob. Cit., pág. 21

3. CUEVAS ALVARADO, ERNESTO, Ob. Cit., pág. 70

tuado".²

Acorde también con su espíritu, obligaba a todos a auxiliar a quien se encontrase en peligro, presumiendo complicidad con aquél que pudiendo hacerlo no lo hiciera.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Herrera Gutiérrez, Alfonso, Tesis, México, 1939
 - 2.- Martínez Catalan, Jesús, Tesis, México, 1935
 - 3.- Cuevas Alvarado, Ernesto, Tesis, México, 1944
 - 4.- Samano Galvan, Leopoldo, Tesis, México, 1946
- Soler Bargallo, Felipe, Concordia Jurisdictionis, et Saecularis.

CAPITULO II

LA TIPICIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD

SUMARIO: 1. La tipicidad; a) Definición, b) Elementos del tipo.- 2. La Antijuridicidad; a) Definición, b) - Elemento formal y material, c) Elementos subjetivos.- 3. Noción de las excluyentes; a) Definición, b) Enumeración legal.- 4. Razón de las causas de ser de las causas de justificación; a) Ausencia de interés, b) - Interés preponderante.- 5. Clasificación de las excluyentes.

1. LA TIPICIDAD

a) Definición:

En el artículo siete del Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal; se establece: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"¹, pero el delito no es únicamente un acto (acción) u omisión, sino que esa acción para que se convierta en delito debe infringir el ordenamiento normado por los tipos penales, nosotros consideramos que los tipos penales es aquello que el legislador supone que puede suceder, por ejemplo, dice el artículo 302 del Código Penal que: "Comete el delito de homicidio, el que priva de la vida a otro"¹, podemos percatarnos claramente que en este precepto no se nos dice que hagamos y que no, simplemente el legislador previno el que un sujeto le diera muerte a otro y entonces cuando esto sucede se esta encuadrando una conducta a lo descrito por el legislador, de donde desprendemos que no es lo mismo tipo que tipicidad como acertadamente nos lo hace notar el maestro Castellanos Tena al decir: "No debe confundirse el tipo con la tipicidad, lo primero es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".- Y nos define a la tipicidad como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley"².

-
1. Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, edit. Porrúa, pág. 9, 99., México, 1983.
 2. Castellanos Tena, Fernando, Lincamientos elementales de Derecho Penal, - pág. 166 y 165, Edit. Porrúa, México, 1977.

El maestro Porte Petit, define a la tipicidad como "la adecuación de la conducta al tipo"³, y en lo referente al tipo penal, hay muchos autores que --- nos hablan al respecto y estos, en su mayoría coinciden en lo mismo por lo que unicamente enunciaremos unos cuantos, de entre los cuales tenemos al Licenciado Prieto Reyna quien nos dice: "por tipo penal se entiende, la descripción en forma abstracta hecha por el legislador de una conducta delictiva, o sea, un marco trazado por éste, que señala los elementos necesarios -- para catalogar el hecho como delito"⁴, también al respecto nos dice el maestro Jiménez de Asua que "el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito"⁵, y por último tenemos al maestro Carrancá y Trujillo quien al respecto nos dice "no hay delito sin el hecho de que la vida real encaje dentro de las fórmulas descriptivas de la -- parte esencial de los códigos donde se definen y catalogan los delitos, en con secuencia ninguna acción sera delictiva si no esta prevista en la ley penal como típica", y nos define al tipo diciendo "El tipo es una acción descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal".⁶

De las definiciones antes enunciadas deducimos que el tipo penal es lo descrito por el legislador, lo que este supuso que podia suceder, señalando además, los elementos necesarios para que la acción realizada por el sujeto se considere como delito, y la tipicidad es la conducta que se va a encuadrar dentro del tipo penal, por consiguiente, cuando un sujeto comete una determinada conducta que se considera como ilícita, primeramente se va a observar si esta conducta humana se adecua a lo descrito por el legislador como delito, por ejemplo, podemos señalar nuevamente el delito de homicidio que es el tipo mas simple para entender esto, y nos dice el artículo 302 del Código Penal "Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro"¹,

por lo tanto si un sujeto priva de la vida a otro, entonces ya se esta en---

3. Celestino Porte Petit, Dogmatica sobre los delitos contra la vida y la salud, pág. 28, Edit. Jurídica México, 1975.
4. Prieto Reyna, Nicolás, Tesis, pág. 8, México, 1975
5. Jiménez de Asua, La ley y el delito, pág. 167 Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
6. Carrancá y Trujillo, Raúl, Elementos del tipo, Págs. 167, 168, 301, Edit. Porrúa, México, 1976.
1. Código Penal, Ob. Cit., pág. 99

cuadrando su conducta dentro del tipo legal, y lo que falta por analizarse, es si el delito que se ha cometido ha sido en legítima defensa o si el hecho fue intencional o imprudencial.

b) Elementos del tipo:

El tipo es el núcleo real-material de todo delito, y este como nos dice textualmente el artículo siete del Código Penal "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales"¹, pero al señalarlos que "sancionan las leyes penales", nos está determinando claramente que no es únicamente cuando se realiza una conducta, sino que esta, además debe ser ilícita. Ahora bien, consideramos que es menester el recordar que existen delitos denominados como intencionales y no intencionales, el primero de ellos, es cuando un sujeto realiza una determinada conducta con la que tiene el ánimo de cometer un hecho ilícito, y el segundo es cuando no se desea cometer ningún hecho ilícito, mas sin embargo se cometió dicho delito, esto es en cuanto se refiere al delito, pero para que se integre esta, debe contar con ciertos elementos que le den ese carácter, los que consideramos que son el sujeto activo y el sujeto pasivo, pero estos sujetos deben realizar una cierta conducta que infrinja el ordenamiento normado por el tipo penal, y en lo referente a lo anterior nos dice el maestro Carrancá y Trujillo que "Como elementos integrantes del tipo se distinguen en nuestro derecho: el sujeto activo del delito, indeterminadamente denominado por medio de las expresiones "el que" o "al que"; la acción con sus modalidades propias, descritas mediante el empleo de un verbo y en general con las fórmulas "haga o deje de hacer" esto o aquello; y, por último, el sujeto pasivo del delito o sea aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina otro un menor de 18 años, etc."⁶

De lo antes enunciado, podemos percatarnos de que el maestro Carrancá y Trujillo es de la opinión de que los elementos del delito son el sujeto activo, el sujeto pasivo y la acción que realizan, pero otros autores señalan que existen elementos del tipo que son el objetivo, el subjetivo y el normativo, de entre estos autores tenemos al maestro Villalobos quien dice "los elementos del tipo pueden ser objetivos, como dar un golpe o causar una lesión; o ser subjetivo cuando radican y deben estudiarse en el agente del delito

1. Código Penal, Ob. Cit., pág. 9

6. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., pág. 301

aún cuando su concurrencia se valore desde el punto de vista objetivo de la antijuridicidad; como la intención de ofender, en la injuria; o el propósito erótico sexual en el rapto"⁷, y continúa diciendo "por el hecho de ser el tipo una forma descriptiva, todos sus elementos participan de ese mismo carácter descriptivo; pero entre ellos los hay que solo mencionan un dato que puede ser conocido por los sentidos, como la palabra dicha al introducirse en determinada habitación o el disparo de un arma de fuego; y también elementos normativos cuya concurrencia en un caso concreto solo puede ser establecida mediante una valoración: como el carácter de la cosa mueble o inmueble, la incapacidad de un menor o de un enfermo, el perjuicio causado por la revelación de un secreto, etc."⁷, nosotros no estamos de acuerdo con el maestro Villalobos en lo que se refiere al elemento objetivo, porque señala que este elemento es la intención que se tiene de cometer un ilícito, lo cual se desprende de los ejemplos que nos señala "dar un golpe o causar una lesión", y no estamos de acuerdo con ello, porque en los casos de los delitos no intencionales no se tiene la intención de cometer un ilícito, mas sin embargo, se comete este, otro aspecto que encontramos es que en los elementos subjetivos y normativos va a actuar un tercer sujeto quien viene a valorar lo hecho por el sujeto activo, en relación a lo anterior nos dice el maestro Castellanos Tena que: "La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero ha veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo normal. Si se hace necesario establecer una valoración, ya sea cultural o jurídica, el tipo sera anormal. El homicidio es normal mientras el estupro anormal."²

Como podemos observar, el maestro antes citado nos dice que el elemento objetivo es la descripción que hace el legislador del hecho ilícito, en lo que si estamos de acuerdo, y en lo que no coincide con lo enunciado por el maestro anterior, pero en lo que si estan de acuerdo es en lo que se refiere a los elementos subjetivos y normativos, otro maestro que comparte la misma opinión del maestro Castellanos Tena es el maestro Carránca y Trujillo quienes nos enuncia cada uno de estos elementos a modo de ejemplificaciones y -----

7. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, pág. 279, Edit. Porrúa, México, 1975.

2. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., pág. 168.

dice "En la construcción de los tipos, como se, la ley utiliza elementos objetivos (en el activo o en el pasivo), subjetivos y normativos (de valoración jurídica o de valoración cultural). En el tipo de Estupro, es el elemento objetivo la "cópula", son elementos subjetivos del pasivo "mujer menor de 18 años" y normativo de valoración cultural "casta y honesta", "seducción o engaño". En el tipo de robo, es elemento objetivo el "apoderamiento" y son elementos normativos de valoración jurídica "cosa ajena", "mueble sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella -- con arreglo a la Ley (art. 367 c.p.)".⁶

Por lo tanto podemos concluir que los elementos del delito son el sujeto activo quien realiza la acción y que es denominado con las palabras "el que o al que" "haga o deje de hacer" y el sujeto pasivo que es en quien va a recaer la acción, o sea que es quien va a sufrir las consecuencias de lo realizado por el sujeto activo, pero además de estos elementos tenemos los elementos objetivos, subjetivos y normativos, el primero de estos es lo que el legislador señala en una forma simple y llana de lo que es un delito, por ejemplo, nos dice comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro, o nos señala comete el delito de robo el que se apodera de un objeto mueble, con esto nos señala simplemente cual es el delito sin decirnos para nada que más debe requerirse o en que circunstancias debe realizarse como un delito intencional o no intencional.

El elemento subjetivo es cuando se añaden algunos elementos a lo objetivo para determinar en que casos se trata de un delito doloso o culposo, se refieren a los estados anímicos del autor en orden a lo injusto, esto es, que cuando una persona comete un ilícito lo puede hacer en una forma intencional o no intencional, y con el elemento subjetivo se va a determinar cuando se actúa en una forma y cuando en la otra, así podemos decir que son concretamente referidos a los dolos expresados con las palabras "maliciosamente", --

6. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., pág. 301

"voluntariamente", "intención de matar", etc., con cuyos vocablos se alude - al dolo para diferenciar los casos de homicidio, de lesiones, o de aborto - intencional, de aquellos otros de naturaleza culposa.

Y por último tenemos el elemento normativo, en este elemento va a intervenir un tercer sujeto al igual que en el elemento anterior; en el elemento anterior este tercer sujeto va a valorar hasta que punto se tuvo la intención de cometer el delito, y en este elemento normativo el tercer sujeto tendrá que valorar el daño en una forma cultural o jurídica. Dado el papel que a nuestro juicio, desempeñan esos elementos, lejos de ampliar su número nos interesa fijarlos restrictivamente. Es preciso separar los elementos valorativos, sea esta valoración jurídica---como la valoración de lo robado, etc., ---, o sea cultural ---como el "desprecio" en la difamación y la honestidad" en la seducción--- con esto determinamos que lo jurídico es el valor que se le da a los bienes jurídicos, valga la redundancia, en el caso de robo, el juez (tercer sujeto), va a darle un cierto valor a lo robado para que con ello pueda determinar que sanción podrá ser aplicable al caso concreto, y lo cultural es el valor que le va a dar desde un punto de vista moral como - en el delito de estupro, donde tendrá que valorar la "honestidad y la castidad" de la mujer en quien ha recaído el delito.

2. ANTIJURIDICIDAD

a) Definición:

Se han elaborado muchas definiciones respecto de la antijuridicidad o antijuricidad, de la que se ha dicho que es lo contrario a derecho, pero esto mas que una definición, es un significado etimológico que proviene ---- del latín "anti-jus", pero decir esto es incurrir en una tautología, como -- nos lo hace notar el maestro Jiménez de Asua quien señala muy acertadamente y en forma de ejemplificaciones que: "el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea -- antijurídico, contrario al derecho. Pero estonada profundo nos expresa, y -- es una de tantas definiciones tautológicas. Es una de esas traducciones en frase distinta, como la respuesta que nos da el médico cuando le consulta---

mos un dolor de cabeza: "Es una cefalalgia". No se ha hecho mas que traducir al griego lo que el profano dijo en el lenguaje corriente".⁵

Y continua diciendo que el concepto de la antijuridicidad ha venido evolucionando através del tiempo, pero que esa definición nominal se completa -- por negaciones es decir, por el expreso anunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Y concluye diciendo que: "según este sistema negativo, sera antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso. En suma: no se nos dice lo que es antijurídico".⁵

El maestro Castellanos Tena al igual que el maestro Jiménez de Asua --- nos señala que la antijuridicidad es un concepto negativo sobre el cual no se puede dar una idea positiva, diciendo además que "la antijuridicidad o antijuridicidad es puramente objetiva, atiende solo al acto, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado". Y concluye diciendo "lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a -- que se contrae el tipo penal al respectivo".²

Asi podemos decir que el maestro Jiménez de Asua nos define la antijuridicidad como "todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso"⁵, y el maestro Castellanos Tena nos la define como "la "violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo", nosotros estamos de acuerdo con ambos maestros porque coinciden en su definición al señalar que es antijurídico "todo hecho definido en la ley" y al señalar que "la violación del valor o bien protegido", como podemos observar nos dicen lo mismo aunque en diferentes -- términos, en el Derecho Alemán el maestro Hans Welzel al hablar de la antijuridicidad nos dice que "dado que la realización típica es antinormativa, -- y puesto que la violación de una norma prohibitiva es antijurídica salvo que opere una norma permisiva, se desprende que una acción es antijurídica si --

5. Jiménez de Asua, Luis, Ob. Cit., págs. 267, 268.

2. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., págs. 175, 176.

realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva, a menos que proceda a aplicar una norma permisiva. Una vez comprobada la realización completa del tipo mediante una conducta, es posible establecer la antijuridicidad mediante un procedimiento exclusivamente negativo, es decir, a través de la comprobación de que no interviene ninguna norma permisiva. (causal de justificación)".⁸

Consideramos que el maestro enunciado anteriormente, se encuentra en un error al señalar que "una acción es antijurídica si realiza plenamente el tipo de una norma prohibitiva" porque las normas jurídicas no le ordenan al individuo que haga ni mucho menos le prohíbe nada, simplemente le señala que si realiza una cierta conducta es un delito, por ejemplo, el artículo 302 del código penal nos dice "comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro"¹, con esto simplemente le está señalando al sujeto que si mata comete un delito, mas no le dice te ordeno que no mates o te prohibo que mates, es como por ejemplo, en una empresa donde el jefe de personal le dice al trabajador "te ordeno que mañana llegues mas temprano", en este caso le está ordenando que haga algo y tiene que hacerlo, pero cosa muy distinta sería el que le dijese al trabajador "si puede venga mañana mas temprano", en este caso no le está ordenando nada, simplemente le está señalando que si puede realizar una cierta conducta, así en nuestra legislación no se nos dice que hacer y que no hacer (no prohíbe el realizar una cierta conducta), simplemente nos está diciendo que si cometemos una cierta conducta se está cometiendo un hecho ilícito.

Otra cuestión mas en la que no estamos de acuerdo con el maestro antes citado es en lo que nos dice que "una vez comprobada la realización completa del tipo mediante una conducta, es posible establecer la antijuridicidad mediante un procedimiento exclusivamente negativo, es decir, a través de la comprobación de que no interviene ninguna norma permisiva. (causal de justificación)", y no estamos de acuerdo porque con el simple hecho de comprobarse la realización del tipo ya se está actuando antijurídicamente, por consiguiente

8. Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, Pág. 119, Edit. Jurídica de Chile, 1970
1. Código Penal Ob. Cit., pág. 99.

no es necesario que exista alguna de las causales de justificación para que se compruebe la antijuridicidad, además de que las causales de justificación sirven únicamente para eliminar uno de los elementos del delito y que es precisamente la antijuridicidad, por consiguiente el maestro Hans Welzel no nos da una definición exacta de la antijuridicidad y al explicarnos esta lo hace -- en una forma errónea -- así lo consideramos por lo que acabamos de señalar--, otro autor que nos habla al respecto es el maestro Carránca y Trujillo quien nos define a la antijuridicidad diciendo "entendemos que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado", explicando más adelante su definición diciendo "cuando decimos oposición a las -- normas no nos referimos a la ley. Nos referimos a la norma de cultura, o -- sea, aquellas ordenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a sus intereses. Cuando estas normas de cultura son reconocidas por el Estado, la oposición a ellas constituye lo antijurídico".⁶

"Las culturas expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan solo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspira tan solo en una cierta valoración de la conducta humana. Las normas de cultura son, por tanto, los principios esenciales de la convivencia social, regulados por el derecho como expresión de una cultura". Y concluye diciendo "Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, se hace posible la antijuridicidad, o sea la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito. Frente a la realidad de la vida las normas de cultura imponen el deber por medio del derecho penal imponen la sanción para quien las viola. No es por esto, el derecho penal, reparador (no puede devolver la vida al que ha sido muerto en el delito de homicidio) sino sancionador. Y para sancionar una conducta se le somete a un juicio de valor, a una valoración o sea el -- juicio que se propone definir si es antijurídico".⁶

6. Carránca y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., págs. 251, 252, 253.

Ahora bien, nosotros consideramos que el hombre desde el momento en el que se agrupa para vivir socialmente, debe sujetarse a una serie de normas de conducta para poder convivir con las demás personas que se agrupan, porque de no ser así, cada uno buscaría sus propios intereses, y ello los orillaría a cometer una serie de delitos que podrían terminar con la comunidad, también cabe destacar el que en algunas ocasiones hay sujetos que violan dichas normas, por lo que quienes no lo hacen se ven ante la necesidad de protegerse frente a quienes rompen dichas normas de conducta, y en esos casos va a existir una norma permisiva, y al decir una norma permisiva nos referimos a las causales de justificación (y es cuando la ley permite al sujeto agridido defenderse ante una agresión o ante un peligro inminente, en este último caso aún causando la muerte de su agresor). Podemos señalar por ejemplo el homicidio, como delito, no es la simple muerte de un hombre por obra de otro hombre, sino solamente la muerte injusta o ilegítima, no tolerada por la ley, ni legalmente ni casualmente cometidas, y decimos legalmente -- porque es cuando existe una norma permisiva que permite, valga la redundancia, matar a alguien como en el caso de la legítima defensa o en el de extrema necesidad, y también decimos casualmente, porque también suelen darse los casos en los que aún tomando las precauciones debidas se comete algún delito (homicidio o lesión) como en el caso de los delitos cometidos por imprudencia, así pues podemos decir que con la antijuridicidad se va a perjudicar a una determinada persona o a un grupo de personas e inclusive a la sociedad misma (por ejemplo el homicidio, el robo a una empresa, la acuñación de monedas falsas, etc.) y podemos definirla como la violación de un hecho definido como delito, en la ley sin importar si dicha violación es hecha en forma intencional o imprudencial.

b) Elemento formal y material:

Se ha dicho que la antijuridicidad consta de dos elementos que son el formal y el material, los que fueron elaborados por el maestro Franz Von Lizzt, estableciéndose así una doctrina dualista, como nos lo menciona ---- el maestro Castellanos Tena al decirnos "el acto sea formalmente ----- antijurídico cuando implique transgresión a una norma esta -----

blecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídica en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos".² Consideramos que los elementos formales y materiales de la antijuridicidad van aunados y no se pueden separar uno del otro puesto que si se va a transgredir una norma establecida por el Estado, pues es lógico que esto viene a contradecir o a no estar acorde con los intereses colectivos, luego entonces -- consideramos que no debería hacerse esta división de elementos.

El maestro Jiménez de Asua, también nos señala que la antijuridicidad consta de los elementos formales y materiales y al respecto nos dice "el delito en cuanto constituye un acto injusto, es como la infracción civil, un acto culpable contrario al Derecho. El delito es, pues, contrario al Derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: PRIMERO: - el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. SEGUNDO: El acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad. EN SUMA: La antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia".⁵ Como podemos observar, este maestro es de la misma opinión -- que el maestro Castellanos Tena, al decirnos que es lo formal y lo material de la antijuridicidad, en cuanto a la transgresión de una norma establecida por el Estado (formal) y la conducta contraria a la sociedad, pero nosotros nos preguntariamos ¿que en ambos casos no se va a realizar una conducta que va a transgredir una norma establecida por el Estado y como consecuencia de ello va a ser contraria a la sociedad?, pues claro que si, además de que el maestro -- antes citado nos dice que la antijuridicidad formal es la tipicidad, y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia, pero cabe hacer destacar que la tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, y si se esta adecuando una conducta al tipo legal, pues dicha conducta es antijurídica, por consiguiente consideramos que ambos elementos van aunados y uno es consecuencia del -- otro por lo que sería difícil decir cuando termina uno y cuando comienza el

2. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., pág. 178

5. Jiménez de Asua, Luis, Ob. Cit., pág. 277.

otro, también el maestro Ricardo C. Nuñez nos habla al respecto y nos dice - "Es formalmente antijurídico lo contrario a una prohibición jurídico-penal de hacer u omitir. El criterio para decidir y lo único que interesa establecer, es que el hecho está en contra de lo que la ley penal, mediante la amenaza de la pena, manda o prohíbe; quien desobedecé el precepto penal, procede antijurídicamente. Concorre esta desobediencia si entre una acción y el precepto-penal existe, existe una relación lógica. Una conducta es materialmente antijurídica cuando es contraria a una norma de cultura reconocida por el Estado, vale decir, es contraria a las prohibiciones y mandatos mediante los cuales una sociedad exige las conductas convenientes a su intereses y en los que encuentran su fundamento las normas jurídicas. Las normas de cultura están constituidas por las normas de religión, de la moral y de las costumbres, -- por las normas reguladoras del comercio social y de las profesiones, así como, bajo ciertos aspectos, por las normas jurídicas".⁹

En primer lugar debemos hacer notar que el maestro antes mencionado, nos dice que la ley penal manda o prohíbe mediante la amenaza de una pena, en -- lo que estamos completamente de acuerdo, ahora bien, nos dice que lo formal de la antijuridicidad es lo contrario a una prohibición jurídico-penal de hacer u omitir, y lo material es cuando una conducta es contraria a una norma de cultura reconocida por el Estado, como podemos observar, el maestro C. Nuñez invierte los términos, porque mientras que el maestro Castellanos Tena y el maestro Jiménez de Asua, nos dice que lo formal de la antijuridicidad es la transgresión a las normas establecidas por el Estado, el maestro C. Nuñez nos dice que es lo materialmente antijurídico la norma reconocida por el --- Estado y en lo material, mientras que los maestros Castellanos Tena y Jiménez de Asua nos dicen que es la conducta contraria a la sociedad o sea que -- afecta intereses colectivos, el maestro C. Nuñez nos dice que es lo formal -- porque si se hace lo contrario a una prohibición jurídico-penal, se va a -- afectar los intereses de la sociedad.

Y por último tenemos al maestro Ignacio Villalobos quien al respecto -- nos dice que "La antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto-

9.- Ricardo C. Nuñez, Derecho Penal Argentino, págs. 300. 303, Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1964.

se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley. No es preciso pensar por supuesto, que cada especie de antijuridicidad, formal o material, excluye a la otra; por el contrario, de ordinario van unidas ambas y son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, una la forma y la otra el contenido de la misma cosa".⁷ Por consiguiente, nosotros consideramos que tanto el elemento formal como el material, van unidas entre sí, además de que sería muy difícil señalar cuando termina uno y cuando comienza el otro debido a que cuando se comete un hecho ilícito se está oponiendo a una ley establecida por el Estado, y esta ley siempre va a proteger los intereses de la Sociedad porque de no ser así que caso tendría que el Estado señalara una serie de leyes a seguir si no van a proteger intereses o a beneficiar a la Sociedad; pero siguiendo con lo que los autores señalan, podemos concluir que el elemento formal de la antijuridicidad es la transgresión a una norma establecida por el Estado y el elemento material es la contradicción a los intereses colectivos.

c) Elementos subjetivos:

Anteriormente hemos señalado que la antijuridicidad es formal y material, pero también cabe reconocer la existencia del elemento subjetivo que constituye la antijuridicidad en determinadas conductas, así, las injurias no tendrían el desvalor de un atentado si las palabras, no tuviesen el propósito de ofender; ni el fraude sería tal si los actos materiales que los constituyen no llevarán la intención de engañar y obtener un lucro indebido, al respecto, el maestro Villalobos nos dice: "son estimados siempre desde el punto de vista objetivo y por eso quedan en la esfera de la antijuridicidad; como parte de actos incapaces de aprobación en sí, independientemente de que sena reprochables o no al sujeto que los ejecuta, según la conciencia, la capacidad y la voluntad con que los ejecuta. Un demente puede profere frases con propositos de ofender a otra persona y con ello ejecutara un acto antijurídico, inconveniente; pero por su anormalidad que le hace vivir en un mundo irreal y tomar sus determinaciones por una motivación que no le es imputable psicológicamente, el acto no es culpable de su parte; no es reprochable al sujeto".⁷ Como podemos observar el maestro antes citado

7. Ignacio Villalobos, Ob. Cit., pág. 259, 261.

nos dice que lo subjetivo de la antijuridicidad es una acción incapáz de aprobarse por considerarse que esa conducta reprochable afecta a la sociedad, sin importar la intención que se tiene de cometer el ilícito, aunque en algunas -- ocasiones se cometa este con la intención de hacerlo pero sin ser culpable de ello, aunque en algunas ocasiones se comete este con la intención de hacerlo -- pero sin ser culpable de ello, como claramente nos percatamos del ejemplo que nos señala; en lo referente a la subjetividad de la antijuridicidad el maestro C. Nuñez dice "La doctrina alemana sostiene que existen elementos subjetivos -- de la antijuridicidad, en el sentido de que elementos que se encuentran en el alma del autor fundamentan, a la par de los elementos objetivos, la antijuridicidad, sino simplemente, el reconocimiento, que ahora parece superfluo, de -- que el hecho típico no solo se estructura con los elementos que estan fuera -- del alma de su autor, sino también, no pocas veces, con estados anímicos del -- mismo, formando ambos no la antijuridicidad en sí misma, sino la situación material constitutiva de la conducta del autor sobre lo que recae el juicio de -- la antijuridicidad".

Y concluye diciendo "algunos autores alemanes, señalan que por ejemplo -- solo se puede hablar de legítima defensa si concurre la voluntad de defender-- se".⁹

Ahora bien, el maestro Ricardo C. Núñez nos señala que el elemento subjetivo es el ánimo que tiene el sujeto de realizar una cierta conducta ilícita, -- y nos señala como ejemplo el que solo se pueda hablar de legítima defensa si -- concurre la voluntad de defenderse, lo que nos hace suponer que unicamente --- cuando el sujeto tienen el ánimo de cometer un ilícito es cuando existe el elemento subjetivo de la antijuridicidad, por lo que, cuando alguien comete un -- delito imprudencial, no se da este elemento subjetivo de la antijuridicidad, -- de lo que no estamos de acuerdo y nos inclinamos mas por lo que nos señala el maestro Villalobos, pues nos dice que lo subjetivo de la antijuridicidad es la -- reprobación de una conducta sin importar si la intención con la que se cometio el ilícito es reprochable o no al sujeto que cometido el delito, pues puede -- ser una persona que cometio un delito en forma imprudencial - - - - -

9. C. Nuñez, Ricardo, Ob. Cit., pág. 298.

o puede ser una persona que realiza el delito en forma intencional así, podemos decir que lo subjetivo de la antijuridicidad es el resultado que se obtiene del hecho ilícito, sea intencional o no intencional, como en el ejemplo -- que señalamos a un principio donde decimos que las injurias no tendrían el -- desvalor de un atentado si las palabras no tuviesen el propósito de ofender, -- o sea, que si al injuriar a una persona no se le ofende, entonces no se da el delito de injurias.

3. NOCION DE LAS EXCLUYENTES

a) Definición:

Las excluyentes de responsabilidad como algunos autores la llaman o causas de justificación como otros las llaman, son aquellas que como su nombre -- lo dice, excluyen ó eliminan la responsabilidad de quien supuestamente cometió un delito, pero que lo cometió por ciertas circunstancias que hacen suponer que es una persona que no es capaz de delinquir regularmente, en lo referente a las excluyentes de responsabilidad el maestro Castellanos Tena nos da una definición y nos dice "Las causas de justificación son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica". Y continua diciendo "representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad".²

Como podemos percatarnos el maestro Castellanos Tena nos señala que las causas de justificación excluyen a la antijuridicidad, en lo que esta de acuerdo con el maestro Jiménez de Asua quien al respecto nos dice "Cuando falta la antijuridicidad podemos decir que no hay delito, que el hecho se justifica, -- es decir, que hay una causa de justificación. Estas causas son conocidísimas desde antiguo; por la mayor parte de los códigos no las distinguen de los otros motivos de exclusión de pena; y las formulan en conjunto bajo el título de "eximentes".⁵

Y definio las causas de justificación diciendo: "son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumir--

2. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., pág. 181

5. Jiménez de Asua, Luis, Ob. Cit., pág. 284

se en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspectos de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídico, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen. EN SUMA: Las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme a Derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuridicidad".⁵ Como vemos, los maestros anteriores, nos dicen que el elemento que se excluye del delito es la antijuridicidad, con la que se exime la responsabilidad de quien cometió un hecho ilícito, para afirmar esto, ahora citaremos al maestro Villalobos quien al respecto nos dice que "Las excluyentes de responsabilidad son, pues, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del derecho penal, por las cuales el acontecimiento de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por tanto no produce la responsabilidad que es inherente al delito".⁷

De lo antes expuesto podemos decir que las causas de justificación excluyen un elemento del delito. Por lo que este no se constituye, pero se excluye el elemento más no el aspecto, lo cual entendemos de la siguiente manera: elemento es aquello que concurre para la formación de algo complejo, como las letras que forman una palabra, los átomos que forman una molécula o el acto humano y sus calificativas de antijuridicidad y culpabilidad que integran el delito y en materia de cualquiera de los cuales desaparece tal delito (componentes), por ejemplo podemos señalar el agua, de la cual sus elementos son dos moléculas de hidrógeno y una de oxígeno, pero si falta uno de estos elementos, ya no se puede considerar como agua sino como otra cosa, ya sea simplemente oxígeno o hidrógeno.

Ahora bien, el aspecto, no es sino una forma externa, una fisonomía o apariencia con que se presenta la cosa a los ojos del observador; y ni el acto; ni la antijuridicidad ni la culpabilidad son meras fachadas o estampas del delito, señalemos el ejemplo anterior, en donde si al agua le ponemos un colorante rojo por ejemplo, el agua será de color rojo, pero seguirá siendo agua, lo mismo ocurre con el agua de mar la cual no únicamente es de color sino que además tiene otros elementos minerales, pero no con ello dejara de

5. Jiménez de Asua, Luis, Ob. Cit., pág. 284.

7. Ignacio Villalobos, Ob. Cit., pág. 335.

ser agua debido a que no han cambiado ninguno de sus elementos esenciales aun que haya cambiado su aspecto, así, pues, en el delito cuando desaparece alguno de los elementos, desaparece el delito por falta de uno de los elementos - al igual que el agua si le falta uno de sus elementos.

b) Enumeración legal:

Como hemos señalado anteriormente, las excluyentes de responsabilidad, - son aquellas que eliminan el carácter delictivo, pero dichas excluyentes no - es o no son una sola, sino que son varias, pero todas tienen la misma finali - dad que es la de eliminar uno de los elementos del delito, en lo referente - al tema nos dice el maestro Villalobos que: "La enumeración que las leyes ha - cen de las causas que excluyen la responsabilidad no es restrictiva, pues -- cualquier otra condición o circunstancia no prevista pero que elimine alguno de los elementos del delito, hara desaparecer éste, y con él, la responsabi - lidad de su autor, excepción hecha de las excluyentes de antijuridicidad que no pueden producir efecto sin una declaración o un reconocimiento legal".⁷

Y mas adelante nos hace una enumeración legal de las excluyentes dicien - donos primeramente que "la exclusión de la responsabilidad viene de la elimi - nación o ausencia de alguno de los factores del delito, la clasificación de - los mismos debe constar de tantos miembros como son los elementos del tipo - que por ellas pueden ser eliminados, haciendo solamente la excepción de la - tipicidad cuya presencia se presume puesto que solo ante un hecho típico pue - de tener lugar la investigación sobre responsabilidad o irresponsabilidad -- de un acusado, hoy podemos afirmar con certeza que las excluyentes forman -- tantos grupos como son los elementos que integran el delito y puede faltar - en cada caso concreto de cada uno de los acusados".⁷

El maestro antes citado hace una clasificación de las excluyentes que - son:

- A) EXCLUYENTES POR FALTA DE ACTO DEL ACUSADO
- B) EXCLUYENTES DE ANTIJURIDICIDAD
- C) EXCLUYENTES DE IMPUTABILIDAD
- D) EXCLUYENTES DE CULPABILIDAD

7. Ignacio Villalobos, Ob. Cit., pág. 336 y 339.

A) Excluyentes por falta de acto del acusado: Si el delito es un acto humano típicamente antijurídico y culpable la exclusión de la responsabilidad podrá consistir en la falta del acto del acusado.

B) Excluyentes de antijuridicidad: En los hechos, aun cuando las apariencias externas hayan llevado a pensar que lo había y por ello se haya instaurado el - proceso en contra de esa persona; en la falta de antijuridicidad de la conducta, en las condiciones o circunstancias particulares del caso; o en la falta de culpabilidad del agente".⁷

C) Excluyente de imputabilidad: puede provenir, de que, careciendo el agente de facultades normales (imputabilidad), no haya podido obrar ni haya obrado dentro de los presupuestos de la culpabilidad.

D) Excluyentes de culpabilidad: Ahora bien la culpabilidad puede faltar en individuos normales, simplemente porque el hecho típico se haya producido sin dolo ni culpa de su parte, como en el caso de que quien manejara un vehículo con todas las precauciones debidas atropellar a un imprudente o a un suicida que se interpone en su camino de modo imprevisible e inevitable".⁷ De esta clasificación, consideramos que la primera es por demás señalarla, puesto que si el delito que se comete requiere de un acto humano, es lógico pensar que si falta el acto del acusado, no hay delito que perseguir, porque se considera que si no actúa en la comisión de éste, no es culpable de algo que no hace.

En la segunda de las excluyentes que es la antijuridicidad, estamos del todo de acuerdo porque al decirnos que "aún cuando las apariencias externas - hayan llevado a pensar que lo había y por ello se haya instaurado el proceso en contra de esa persona", nos da a entender que cuando un sujeto lesiona - o provoca la muerte de otra aparentemente hay delito, pero con esta eximente se elimina uno de los elementos del delito que es precisamente la antijuridicidad, por lo que no se le puede considerar como delincuente a quien actúe -

7. Ignacio Villalobos, Ob. Cit., pág. 339.

conforme a esta excluyente, por lo que podemos decir que a una persona que - actua en legitima defensa, o sea, cuando repele una agresión injusta, actual, violenta, sin derecho y ademas peligrosa, no se le puede considerar como tal, porque al actuar de esta manera lo hace movido por la necesidad mas no por - asi quererlo.

En lo referente a la imputabilidad el maestro Villalobos nos dice que - es cuando el agente carece de facultades normales, en lo que estamos de acuer - do a medidas porque los niños también son imputables, y no se puede decir que carecen de facultades normales, debido a que un niño si comete un ilícito lo - hace sin pensar que es bueno y que es malo, pero es un niño normal, podemos -- señalar un ejemplo, donde un niño de 4 años de edad juega con otro de 3 años - de edad, a los bandidos, y uno de ellos toma un arma de fuego que se encuen - tra a su alcance, con la que realiza un disparo, y con ello, le causa la muer - te al otro menor, en este ejemplo, uno de los niños esta ejecutando un acto - típicamente antijurídico, mas es imputable al menor (por falta de capacidad - en el agente), por lo tanto no habrá delito sino una desgracia (por falta -- de cuidado por parte de quien dejó el arma de fuego al alcance del menor), - lo que obliga a concluir obviamente que no hay responsabilidad penal por par - te del menor que cometió el homicidio, ya que no se le podra recluir al ni -- ño o tomar ciertas medidas de seguridad como lo es el internarlo en el conse - jo tutelar de menores porque no comprenderia por que lo hacen, pero estos -- niños no son anormales sino normales, porque a cualquier niño normal se le - puede ocurrir jugar a los bandidos y tomar un arma de fuego para ello, ahora que los enfermos mentales efectivamente son personas que carecen de faculta - des normales y por ello son capaces de cometer hechos ilícitos sin asi con -- siderarlos ellos.

Y por último el maestro Villalobos nos señala como excluyente la culpa - bilidad donde establece que "la culpabilidad puede faltar en individuos nor - males, simplemente porque el hecho típico se haya producido sin dolo ni culpa de su parte", y nos pone como -- ejemplo un delito imprudencial; en lo --

que si estamos de acuerdo es en lo que nos dice de la excluyente, pero en lo que no estamos de acuerdo es en el ejemplo, porque pudiera ser que esto funcione en la teoría mas no en la práctica y prueba de ello es que a quien comete un delito imprudencial se le dan ciertas garantías como lo son el arraigo domiciliario o la libertad caucional), desde la agencia investigadora asi como también se le pide que pague los daños causados, lo cual no se hace cuando existe alguna de las excluyentes, porque como ya señalamos anteriormente, exime la responsabilidad de quien actua conforme a estas.

4. RAZON DE LAS CAUSAS DE SER DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

a) Ausencia de interés:

Como hemos señalado anteriormente, el Estado es quien excluye la antijuridicidad, cuando hay dos intereses jurídicamente tutelados, en donde por no poderse salvar ambos opta por la conservación del mas valioso, por lo que -- Edmundo Mezger, citado por el maestro Castellanos Tena, señala que la antijuridicidad se funda en a) en la ausencia de interés; y b) en función del interés preponderante. Ahora nos ocuparemos del primero del cual el maestro Castellanos Tena nos dice que: "normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interes social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular; entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales Derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el --- consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger".²

De lo antes expuesto, podemos pensar que se consideran dos momentos en los que actua la antijuridicidad, el primero es cuando el Estado no toma en consideración la voluntad de quien es perjudicado en sus intereses, debido a que se presupone que quien es lesionado va a actuar defendiendose y evitando

2. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., pág. 185.

asi el resultar lesionado de una agresión y el segundo momento es cuando - mas tarde, dicho sujeto hace valer su Derecho señalado que actuó por mera-necesidad, pongamos un ejemplo, en donde un sujeto A se encuentra cenando- en un restaurante en compañía de su novia, cuando de pronto se acerca otro sujeto B quien lo agrede repentinamente con un arma de fuego y sin que A - haya provocado la agresión, por lo que A al verse en peligro se defiende - dandole únicamente un golpe a B para repeler la agresión y como resultado- del golpe el agresor cae hacia atras y con ello se da un golpe en la cabe-za lo que le provoca la muerte, en este caso el Estado autoriza a defender- se a A sin preguntarle (por asi decirlo) si quiere defenderse o no lo quie- re hacer debido a que esta siendo agredido, motivo por el cual puede ser - lesionado o muerto, este sería el primer momento antes señalado, el segun- do momento es cuando A hace constar que actuó en legítima defensa (exclu- yentes de antijuridicidad) que actuó asi por convenir ello a sus intereses, pero que aunque se produjo la muerte de B, unicamente se queria defender, -- repeler la agresión, mas no provocar la muerte del agresor, por lo tanto - A tendra que demostrarle a la autoridad correspondiente que actuó en legí- tima defensa y este viene a ser el segundo momento, con esto se puede de- cir que el Estado al otorgar el consentimiento para que se defienda A, es- tá ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger (en algunas ocasiones el Estado permite no solo defenderse, sino inclusive matar al -- agresor cuando no haya otra solución), por consiguiente se puede decir que el Estado al establecer normas jurídicas tiene interés en que se conserve- el orden para una convivencia social, por lo tanto en cada uno de los indi- viduos tiene un interés que es el que se apeguen a dichas normas, pero si- alguno llegase a quebrantar ese orden, entonces el Estado al tener dos in- tereses frente a frente, opta por el mas valioso, digamos en el ejemplo an- terior, donde A es un individuo honrado y trabajador, este es el interés- del Estado, es quien si se apega a dichas normas, pero B es un individuo - peligroso, que se dedica a delinquir, por lo que el Estado opta por conser- var el mas valioso y tiene interés en él, que en este caso sería A, sin -- embargo, esta ausente el interés por B puesto que este es el menos valioso porque además de quebrantar la armonia social, no le es útil a la sociedad.

b) Interés preponderante:

Como su nombre lo indica es interés preponderante, o sea, se interesa por el más importante, como dice el maestro Castellanos Tena: "cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, optan por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante".² Como ejemplo de lo anterior podemos señalar el caso en el cual un barco por tener demasiado peso en una tormenta, se opta por tirar al mar todo el equipaje que sea posible para salvar a los que viajan en dicho barco, con esto se está salvando el de mayor valor que es la vida de quienes se encuentran en dicho barco, y se sacrifica el de menor valor que es el equipaje el que se puede recuperar después comprando nuevamente lo perdido, pero la vida no se puede volver a comprar.

5. CLASIFICACION DE LAS EXCLUYENTES.

En lo referente a la clasificación de las causas de justificación, -- existe discrepancia entre los autores; sin embargo, nosotros optamos por lo que de ellas nos hacen tanto el maestro Porte Petit como Castellanos Tena, quienes señalan las siguientes:

- 1) LEGITIMA DEFENSA
- 2) ESTADO DE NECESIDAD
- 3) CUMPLIMIENTO DE UN DEBER
- 4) EJERCICIO DE UN DERECHO
- 5) OBEDIENCIA JERARQUICA
- 6) IMPEDIMENTO LEGITIMO

1.- Legítima defensa:

Es el principal caso de antijuridicidad, la cual enunciaremos en el siguiente capítulo.

2.- Estado de necesidad:

El maestro Sebastian Soler, citado por Castellanos Tena señala que el Estado de necesidad "es una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico".²

2. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., pág. 186.

Y concluye diciendo "El Estado opta por la salvación de uno de ellos; aquí cobra vigor el principio del interés preponderante; nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante".² Por lo que podemos decir que el caso más importante de este principio de justificación se refiere a la colisión de dos bienes jurídicos, de los cuales uno solo puede ser salvado, pero lesionando a otro, como por ejemplo, tenemos el salvar la vida de la (futura) madre sólo al precio de la muerte prematura del feto. Aquí debe considerarse, en primer lugar la relación de valor de los bienes jurídicos en colisión; solo el bien jurídico de menor valor puede ser sacrificado para mantener el de mayor valor.

Para la apreciación del valor de los bienes jurídicos habrá de recurrir al orden jurídico en su conjunto; un punto de apoyo lo ofrece especialmente el monto de las conminaciones penales que en hechos que en los demás tengan características similares, por ejemplo, el marco penal del dar muerte con dolo al feto, con el de dar muerte con dolo a una persona.

El principio de justificación expuesto rige también más allá de los casos de colisión de bienes o deberes, para la justificación de una acción que si ciertamente expone un bien jurídico a un peligro, ofrece por otro lado la única posibilidad de salvar justamente ese bien jurídico de una destrucción segura. Ejemplo de ello: es un bombero quien puede salvar a un niño de la muerte segura en las llamas, solo arrojándolo desde la casa hacia una lona salvavidas, a pesar de que también puede caer en forma tal que se quiebre el cuello. Si ese lanzamiento constituye la única posibilidad para salvar al niño, esta justificado, aun cuando fracase.

3.- Cumplimiento de un deber:

Dentro de estas hipótesis puede comprenderse como formas específicas las lesiones y el homicidio cometido en los deportes como lo son la equitación, el fútbol, las luchas, el box, etc. en estos últimos la finalidad del juego es lesionar a uno de los contendientes por medio de golpes lesi-

2. Castellanos Tena, Fernando, Ob. Cit., págs. 187 y 203

10. Celestino Porte, Petit, Programa de la parte general del Derecho Penal, pág. 392. Dirección General de Publicaciones de la U.N.A.M., México, 1968

vos o ponerlo fuera de combate en estado conmocional, por lo que conforme a ciertas reglas, luchan violentamente para vencer al contrario y por encontrarse reglamentado el lesionar a un sujeto no se les puede imputar un delito.

4.- Ejercicio de un derecho:

Cuando un sujeto agrede a otro cumpliendo con su trabajo o cumplimiento de un deber, por ejemplo podemos poner el caso de un abogado cuando en una audiencia injuria a la parte contraria, por que le es imprescindible - hacerlo para defender a su cliente, por lo tanto el abogado no comete ningún acto ilícito ni puede ser acusado de injuriar, ya que esas expresiones las ha advertido en el ejercicio legítimo de su derecho de defender y de su profesión de abogado.

5.- Obediencia jerarquica:

Que es cuando una persona esta obligada a obedecer a su superior, podemos señalar cuando el inferior conociendo la licitud del mandato y pudiendo rehusarse a obedecerlo, no lo hace ante la amenaza de sufrir graves consecuencias; en este caso se integra una inculpabilidad en vista de la coacción sobre el elemento volitivo o emocional, o una no exigibilidad de otra conducta.

6.- Impedimento legítimo:

La fracción VIII del artículo 15 del Código Penal, se establece como eximentes: "contravenir lo dispuesto en una ley penal, dejando de hacer -- lo que manda, por un impedimento legítimo". Podemos ejemplificar esto con el caso del sujeto que se niega a declarar, por impedirselo la ley en virtud del secreto profesional.

BIBLIOGRAFIA

1. Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. Edit. Porrúa, México, 1983.
2. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1977.
3. Porte Petit, Celestino, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud, Edit. Jurídica México, México, 1975
4. Prieto Reyna, Nicolas, Tesis, México, 1975.
5. Jiménez de Asua, Luis, La Ley y el delito, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
6. Carrancá y Trujillo, Raúl, Elementos del tipo, Edit., Porrúa, México 1976.
7. Ignacio Villalobos, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1975
8. Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, Edit., Jurídica de Chile, Chile, 1970
9. Ricardo C. Nuñez, Derecho Penal Argentino, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964.
10. Celestino Porte, Petit, Programa de la parte general del Derecho Penal. Dirección General de Publicaciones de la U.N.A.M., México, 1968.

CAPITULO III

LA LEGITIMA DEFENSA COMO EXCLUYENTE

SUMARIO: 1. Fundamento; a) Fioretti, b) Teoría de la cesación del derecho de punir.- 2. Concepto; a) Alemán, b) Argentino, c) Ruso, d) Mexicano.- 3. Requisitos positivos; a) Agresión, b) Actual, c) Violenta, d) Sin derecho.- 4. Requisitos Negativos; a) Provocación de la agresión, b) Previendo la agresión pudo evitarse, c) Sin necesidad del medio empleado, d) El daño que iba a ser causado era de poca importancia.

1. FUNDAMENTO

a) Fioretti:

De la legítima defensa se ha escrito mucho y como consecuencia de ello, los autores que hablan al respecto buscan elementos suficientes y necesarios para fundamentar su teoría y apoyar su punto de vista (así como en todas las materias que son objeto de estudio), entre otros autores podemos mencionar a Fioretti --enunciado por el Licenciado Cuevas Alvarado-- quien se funda en la teoría denominada por él "Teoría Biológica" en la que nos dice: "así como la resistencia de un cuerpo elastico se opone a una fuerza que la comprima, lo estira o lo tuerza, va haciendose constantemente mayor al crecer ésta, -- hasta el momento culminante en el que la fuerza de cohesión del cuerpo acaba por ser definitivamente superada por el quebrantamiento de la atracción molecular, así también la reacción que todo ser viviente opone a una amenaza contra la misma integridad, va siempre creciendo en razón directa del aumento de la potencia ofensiva hasta el momento culminante de la victoria o de la derrota".¹

Y continua diciendo: "dicho en otra forma encontramos por ejemplo dentro de las muy diversas funciones que desempeñan los glóbulos blancos en caso de ataque al organismo, sea por gérmenes patógenos extraños o bien en virtud de la intromisión de un virus filtrable cualquiera, el organismo humano tendra un gran debilitamiento por el ataque ocasionado y tendremos que si en una herida logran internarse gérmenes que dañen dicho organismo observaremos en esta situación las vigorosas reacciones que presentan los leucositos para

1. Cuevas Alvarado, Ernesto, Tesis, pág. 49 y 50, México, 1944.

contrarrestar, neutralizar y desalojar dichos gérmenes, del organismo, o --- bien en un mal contraído por contagio o debilidad del organismo, que al final nos demuestra las diversas intensidades en que se encuentra agredido el organismo humano, también el medicamento vendrá a otorgar defensa al organismo - en lo que la salud quebrantada, con estas reacciones volvera a su primitivo estado de normalidad".¹

Por lo que podemos decir que a lo antes enunciado también se le denomina "instinto de conservación", porque este es un fenómeno donde intervienen los instintos del ser humano para su sobrevivencia, y no unicamente en los seres humanos, sino también en los animales vamos a encontrar este instinto de conservación; tanto en los seres unicelulares como en los multicelulares, al encontrarse ante un peligro inminente tiene una cierta reacción de agresividad en contra de su agresor, porque en los momentos de inminente peligro, es cuando todo ser humano reacciona sin necesidad de advertencia, preparaciones o momentos adecuados, y ello es debido a que en los seres vivos existe una cierta reacción biológica que alteran su comportamiento, y dichas reacciones nos las explica el maestro Fioretti enunciado por el Licenciado Cuevas - Alvarado quienes nos dice: "el organismo tiene una cierta reacción al encontrarse frente a un peligro el que es un proceso fisiológico en el que el cerebro -- concibe acerca de la defensa. habilisísimas acciones sobre el corazón, que -- son excitaciones personales ya que hasta el sistema respiratorio logra alterarse para engendrar mas tarde una potencia mayor en el músculo y una mayor agresividad en el sistema nervioso; así el cerebro ejerce precisamente con el pensamiento o la idea que se tiene sobre la defensa; sus acciones directas sobre el corazón y cuyas palpitaciones son producto, del grado de miedo que se produce en la persona agredida y que en el momento posible viene a -- dar como consecuencia la legítima defensa".

Y señala un ejemplo al respecto y dice: "en el caso concreto de una máquina de combustión interna en el que observamos que los comburentes y los combustibles producen energía para alcanzar mas tarde movimiento general en-

1. Cuevas Alvarado, Ernesto, Ob. Cit., págs. 51 y 52.

cuya máquina a mayor presión aplicada, el número de revoluciones de dicho motor sera mayor, lo mismo que sucede en el organismo humano en el que la respiración toma mayor frecuencia y rapidéz cuanto mayor desoxidación y oxidación de la sangre se produce también, por lo que a mayor aceleración en la circulación sanguínea vendra mayor capacidad en los musculos, así, estara comprobado como automáticamente nuestra maquinaria humana se prepara a si misma sin que para ello sea necesario la intervención de la voluntad del hombre para que se consiga la reacción necesaria".¹ Y asi podemos decir que esa función cerebral de que nos habla el maestro Fioretti, surge expresamente del peligro producido por una agresión, y a esta función cerebral se le puede denominar como "reacción" por lo que cuando alguien es agredido y responde a dicha agresión, se dice que tuvo una reacción o reacciono ante el peligro.

De modo es que si en las situaciones estudiadas encontramos siempre esa reacción para impedir no solamente la humillación y el ultraje sino el daño injusto, es natural que los hombres realicen verdaderos fenómenos en el momento en que deciden su propia defensa, pero esta reacción, no es unicamente de los hombres (como ya lo habiamos mencionado anteriormente) sino también de los animales quienes al encontrarse ante un peligro inminente repelen la agresión de que son objeto, y en los casos en los que no la pueden repeler optan por huir y salvarse, evitando con ello su muerte y logrando así su supervivencia. Por lo que podemos deducir que, si los animales que no son racionales se defienden ante una agresión, porque luchan por sobrevivir, pues con mayor razón los seres humanos tienen la necesidad de defenderse ante una agresión, y con mayor razón si esta en peligro su vida.

b) Teoria de la Cesación del Derecho de Punir:

Este es el punto de vista desarrollado principalmente por Carrara, que tienen un fondo jusnaturalista indudable. Y al respecto nos habla el maestro Sebastian Soler diciendo "La naturaleza impone dos preceptos: por una parte, el de su propia conservación; por la otra, el de su subordinación a una autoridad. Pero emanando ambos principios de una ley suprema de orden, no pueden no ser entre sí coordinados; ambos tienden al mismo fin de la conservación del hombre".²

1. Cuevas Alvarado. Ernesto, Ob. Cit., págs. 51 y 52.

2. Sebastian Soler, Derecho Penal Argentino, pág. 341, Edit. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1970.

Y continua diciendo "Luego, donde habla el primer precepto debe callar el segundo", "Es imposible que la Ley de la naturaleza que mandó al hombre - no dejarse matar, mande a la autoridad que castigue a aquél hombre porque no se dejó matar". La ley de la naturaleza no puede contradicirse, y por ello, ante ese hecho, cesa en la colectividad del Derecho de Punir".² De acuerdo con esto podemos decir que la cesación del Derecho de Punir, como su nombre lo dice, es el quitar o eliminar el derecho de castigar a un sujeto que ha cometido un hecho ilícito, esto es, que si por naturaleza o por instinto se defendió un individuo de una agresión, el Estado no va a castigar a quien se defendió de dicha agresión por haber lesionado o dado muerte a su agresor, - por lo que si la naturaleza manda al sujeto (por su instinto de conservación) a castigar -por así decirlo- a su agresor, pues con esto se elimina el Derecho de castigar el Estado al que defendiéndose lesiono o mato a su agresor, - por lo tanto cuando uno castiga, se elimina el derecho del otro de castigar - por consiguiente podemos considerar que el hombre en el momento de defenderse por instinto para su propia conservación, se va a coordinar en lo que el Estado le permite hacer, se podría decir que en este caso el Estado le delega el poder al agredido, o sea que le concede el derecho de castigar al agente agresor en los momentos de inminente peligro e imposible ayuda por el -- Estado mismo.

2. CONCEPTO

a) Alemán:

De la legítima defensa ya se ha escrito y dicho mucho, y no unicamente en un solo país, sino que ha sido comentado en todo el mundo, además de que esto no es nuevo, ya desde antaño se habla de la legítima defensa, ahora señalaremos el concepto que tienen de esto algunos países, pero antes que nada debemos determinar que es la legítima defensa y diremos que defender significa mantener incólume una cosa, la persona o el derecho que se ve amenazado, rechazando el peligro y evitando el mal que le amenaza; y es legítima esa -- defensa cuando es auténtica y se lleva a cabo por necesidad, contra una ---- agresión injusta y dentro de los límites indispensables para su objeto, ----

2. Sebastian Soler, Ob. Cit., pág. 341.

por lo tanto la legítima defensa es cuando un sujeto rechaza una agresión -- que es peligrosa, evitando con ello el mal que le amenaza y es llevada a cabo la defensa de la agresión por necesidad; en el Derecho Alemán se define así: "La legítima defensa es aquella requerida para repeler de sí o de otro -- una agresión actual e ilegítima"³, además el maestro Welzel en lo que se refiere a esta excluyente nos dice "la acción de defensa es aquella ejecutada con el propósito de defenderse de una agresión. El que se defiende tiene -- que conocer la agresión actual y tener la voluntad de defensa".³

"La acción de defensa tiene que ser la requerida para la defensa. Esta calidad se determina por la intensidad real de la agresión y de acuerdo a -- los medios que estaban a disposición del agredido. La defensa puede llegar -- hasta donde sea requerida para la defensa efectiva inmediata, pero no debe -- llegar mas alla de lo estrictamente necesario para el fin expuesto. Es por eso que el agredido ha de emplear el medio por leve, que sin embargo, puede -- llegar, según el caso, hasta la muerte del agresor, siempre que este sea el -- último medio de defensa".³

De lo antes expuesto podemos decir que en el Derecho Alemán el pensamiento fundamental es que el Derecho no tiene porque ceder ante lo injusto, pero el maestro Welzel nos dice que el agredido debe tener la voluntad de defenderse, nosotros consideramos que esto es por demas señalarlo, puesto que un sujeto desde el momento en el que es agredido tiene la voluntad de defenderse, también señala el maestro Welzel el que no debe excederse en la legítima defensa quien es agredido, otra cuestión mas que encontramos en el Derecho -- Alemán y que en muy pocos países la vamos a encontrar es que la legítima defensa se encuentra reglamentada en la Constitución, la que es citada por el maestro Welzel y que dice "por la ley de 24-6-68 se introdujo un inciso cuarto al artículo 20 de la ley fundamental, el que señala que: "Todo alemán tiene el derecho de defensa en contra de cualquiera que intente destruir el orden conforme a la Constitución (tal como lo describe el artículo 2º inciso -- 1 a 3), cuando no es posible otra ayuda".³

3. Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, pág. 122, Edit. Jurídica de Chile, --- Chile, 1970.

Y continua diciendo Welzel que "Ahora bien, este derecho político de de fensa transformado en derecho positivo, pariente de la legítima defensa, solo lo tienen los alemanes, los extranjeros pueden invocar únicamente principios supraleales".³ Por consiguiente, como podemos observar de acuerdo a lo que nos señala el maestro Welzel, únicamente los alemanes gozan de ese derecho de legítima defensa y los extranjeros no lo pueden invocar, y únicamente pueden invocar principios supraleales, lo que no se señala en ninguna otra legislación (por lo menos en las que citaremos a continuación), en las que no se hace mención en lo más mínimo a quien puede hacer valer ese derecho -- y quien no, por lo que podemos considerar que en las demás legislaciones --- (por no hacer mención a ello), puede ejercer este derecho cualquier persona sin importar su posición social, su nacionalidad, y porque no decirlo, también nos hace suponer que hasta los enfermos mentales pueden hacerla valer -- puesto que no se hace mención a ello a quienes pueden ejercer ese derecho y quienes no; así, en el Derecho Alemán se señalan como elementos de la legítima defensa la repulsa de una agresión que debe ser actual e ilegítima.

b) Derecho Argentino:

También en el Derecho Argentino se ha escrito sobre el tema, y dentro de este Derecho tenemos al maestro Sebastian Soler quien nos define a la legítima defensa diciendo "Llamamos Legítima defensa a la reacción necesaria -- contra una agresión injusta, actual y no provocada".

Y después nos explica que "Si esa reacción llega a constituir una lesión en la persona o derechos del agresor, esa lesión, aunque encuadrable en una figura delictiva, siendo necesaria, no es ilícita, pues la legítima defensa actúa como una causa objetiva de justificación. (art. 34 inc. 6º., --- c.p.)".

Y concluye diciendo "Siendo la legítima defensa una reacción, para su existencia es necesario que esté determinada por una acción precedente y que esta sea una agresión ilegítima. La base de la legítima defensa es un estado de peligro para un bien jurídico protegido. La legítima defensa es pues, -- fundamentalmente, un estado de necesidad. Esta se da cuando existe la posi--

3. Hans Welzel, Ob. Cit., pág. 123.

bilidad inminente de que un sujeto pierda un bien, sin que esté jurídicamente obligado a soportar dicha pérdida".²

Como hemos visto, en el Derecho Argentino la base de la legítima defensa es un estado de peligro para un bien jurídico protegido por lo que si un bien jurídico no se halla en peligro, pues no va a proceder la legítima defensa, como nos lo señala el maestro Soler al decir que la legítima defensa se da cuando existe la posibilidad inminente de que un sujeto pierda un bien, pero consideramos que no siempre es necesario que se pierda un bien, pues en el caso de que una persona simplemente agrede a otra por lesionarla, quien es agredido y repele dicha agresión, no va a perder un bien, mas si se puede considerar que esta actuando en legítima defensa porque esta repeliendo una agresión. que aunque aparentemente no ponga en peligro su vida, si puede causarle lesiones de las que tardan en sanar menos de quince días, otra cuestión de la que nos habla el maestro Soler es que se puede actuar en legítima defensa a favor de terceras personas y nos dice que "la defensa es posible, en tales condiciones, sea cualquiera el bien jurídico contra el cual la agresión se dirija. Todo bien jurídico es legítimamente defendible. Nuestra ley lo declara expresamente: "el que obrare en defensa propia o de sus derechos" o "en defensa de la persona o derechos de otro". Es, pues, errado restringir la defensa a determinados bienes, o declarar que esos bienes son defendibles solamente cuando exista peligro para la persona".² por lo antes expuesto, podemos observar que en la legítima defensa se pueden defender los bienes de un tercero. Así, en el Derecho Argentino se señalan como elementos de la legítima defensa, la repulsa de una agresión, y que esta agresión sea injusta, actual y no provocada.

c) Derecho Sovietico:

En lo que respecta a la legítima defensa en el Derecho Sovietico, nos dicen los autores Zdravomislov, Schneider, Kelina y Rashkovskaia, que "el artículo 13 del Código Penal de la RSFSR dice: "No constituye delito la acción que, aun cuando ostente las características de un hecho previsto en la parte especial del presente código, haya sido ejecu-

2. Sebastian Soler, Ob. Cit., pág. 345

tada en estado de legítima defensa, es decir, para defender los intereses -- del Estado Sovietico, de la sociedad, de la persona, o los derechos del que se defiende o de un tercero, contra una agresión socialmente peligrosa, con el ocasionamiento de un daño al agresor, con tal que no se excedan los límites de la legítima defensa".⁴

Y de esta excluyente nos dan una definición los autores antes señalados, la que a la letra dice "La defensa necesaria o legítima defensa es la pro---tección, con arreglo a la ley, de los intereses del Estado Sovietico, de los intereses sociales, de los intereses de la persona, o también de los propios derechos o de alguna otra persona, contra una agresión socialmente peligrosa causándole un daño al agresor".⁴

Y nos señalan que "En el derecho penal soviético la legítima defensa -- es, por naturaleza, un derecho autónomo e independiente del ciudadano, que surge ante la existencia de un atentado socialmente peligroso y actual. Este derecho es autónomo porque el legislador no somete la legitimidad de la de---fensa a la condición de que los órganos del poder no pueden intervenir para evitar el ataque socialmente peligroso, o a la posibilidad de evitar el ----atentado por medio de la huida por ejemplo".

Y concluyen diciendo "La legítima defensa no solo es un derecho, de los ciudadanos soviéticos, sino que al mismo tiempo es una obligación moral. Se---vero reproche moral merece quien teniendo la - posibilidad de impedir la ---ejecución de un delito, permanece indiferente contemplando su ejecución".⁴

De lo antes enunciado, podemos decir, que en el Derecho Sovietico los - ciudadanos están obligados a defender tanto los intereses del Estado como --- los intereses colectivos, y esto es algo que no se enuncia en ninguna --- otra legislación puesto que en las demás legislaciones únicamente se señala que la legítima defensa puede hacerse valer cuando se ven afectados los inte---reses del sujeto agredido o de otra persona, pero en ningún momento señalan-

4. Zdravomislov, Schneider, Kelina y Roshkavoskaia, Derecho Penal Sovietico, págs. 193 y 194, Edit. Temis. Bogota, 1970.

que deben defender los intereses del Estado o los intereses colectivos, así pues, los Sovieticos le dan un especial interés a la legítima defensa, tanto que dicen que es una obligación moral del sujeto actuar en legítima defensa, y de no hacerlo, deben merecer un reproche por ello; otra cuestión mas que se señala es el que no debe haber exceso en la legítima defensa, cuestión en la que también las demas legislaciones estan acordes; ahora bien, nos señalan en este Derecho como elementos esenciales para que proceda la legítima defensa- la repulsa de una agresión que debe ser socialmente peligrosa, pero nosotros no estamos de acuerdo con esto último, debido a que si un sujeto agrede a -- otro con el simple ánimo de asustarlo, no con ello quiere decir que por no -- ser socialmente peligrosa esa agresión, no puede defenderse el sujeto agredido, y el último requisito que encontramos de lo antes expuesto es el que se puede causar un daño al agresor pero sin excederse de los límites de la legítima defensa, y en este caso, nosotros nos preguntariamos ¿cuáles son los -- límites de la legítima defensa?

d) Derecho Positivo Mexicano:

Así como en otras legislaciones, la nuestra no es indiferente al problema del que estamos hablando, y así, también en ella se señala como excluyente de responsabilidad a la legítima defensa la que solo tiene interes en --- aquellos casos en que para realizarla se ha ejecutado un acto típico del Derecho Penal, que en condiciones ordinarias seria delictuoso, pues ya se ha -- dicho que toda excluyente de responsabilidad supone la presencia de un acto de esa naturaleza, la cual pierde su carácter delictuoso por eliminarse uno de los factores necesarios para integrar el delito, así, tenemos en nuestro código penal vigente el artículo 15 fracción III que nos dice: "son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:... III. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

2ª. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales:

3ª. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y

4ª. Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado -- con el que causo la defensa.

Se presumira que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquél que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estar-- se verificando el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entra-- das de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de -- cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el -- local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circun-- stancias tales que revelen la posibilidad de una agresión".⁵ Como hemos ob-- servado, el elemento esencial en la legítima defensa es la repulsa de una -- agresión, la que debe ser actual, y no solamente esto sino que además debe -- poner en peligro al agredido a sus bienes o a un tercero, en lo que no esta-- mos del todo de acuerdo porque podriamos considerar que si no hay un peligro inminente, pues el sujeto agredido no tiene derecho a defenderse, lo cual -- nosotros consideramos erroneo.

3. REQUISITOS POSITIVOS

En el derecho positivo Mexicano se señala que se requiere la presencia de "requisitos positivos y negativos" para la existencia de la legítima defen-- sa como se desprende de la fracción III del artículo 15 del Código Penal, -- donde se establecen como requisitos positivos:

5. Código Penal Mexicano, Pág. 11 y 12, Edit. Porrúa, México, 1983.

- a) AGRESION
- b) ACTUAL
- c) VIOLENTA y
- d) SIN DERECHO

a) Agresión:

Primeramente debemos dejar en claro, que la legítima defensa es la repulsa de una agresión y que por repulsa entendemos el repeler o rechazar algo, y entendemos por agresión un hacer, una actividad, y en algunas ocasiones es un no hacer, por lo que, con la actividad realizada se lesiona o pone en peligro la vida de una persona, aunque el agredir no siempre implica el poner en peligro la vida, sino que puede no estarlo, por ejemplo, el que el agredido reciba una bofetada, con esto no quiere decir que por no estar en peligro la vida, no se pueda repeler esta agresión, y al respecto el maestro Mezger citado por el maestro Porte Petit, nos dice: "Por agresión se entiende la conducta de un ser viviente que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos, en consecuencia, --dice Porte Petit-- por agresión debemos entender, la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídico tutelado".⁶ Nosotros consideramos que en el código penal donde seña la que de la agresión resulte un peligro inminente, debería decir como muy acertadamente nos señala el maestro Porte Petit -en lo antes enunciado- que de la agresión resulte una lesión o puesta en peligro un bien jurídicamente tutelado, pues con esto se sobre entiende que cualquier tipo de agresión puede ser repelida, y esta agresión debe ser un movimiento corporal o una actividad, lo cual nos lo señala la Suprema Corte de Justicia al decir "Para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza".⁷

También al respecto nos habla el maestro Welzel quien dice: "Por agresión debe entenderse la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana. Por prin-

6. Celestino Porte Petit, Apuntamientos de la parte general del derecho penal, págs. 503 y 504, Edit. Porrúa, México, 1978.

7. 6ª Epoca, 2ª parte, Vol. XVI, pág. 161, A.D. 5966/57 Rafael Espinoza Díaz, 5 votos.

cipio la agresión debe ser una conducta positiva, no un puro "no hacer nada", pero también es agresión la realización de un delito de comisión por omisión, por ejemplo, no llamar a un perro bravo, para el concepto de agresión es suficiente toda amenaza de lesión de un bien jurídico mediante una conducta humana; no se requiere una acción de lesión final (dolosa)".³ Como hemos visto, este maestro es un poco mas claro en lo referente a la agresión, pues nos señala que por agresión debe entenderse la amenaza de lesión de intereses, por lo que si un sujeto A trata de agredir a otro B con un arma blanca, pues A puede defenderse antes de ser lesionado por B, puesto que basta con el simple hecho de que este saque el arma para lesionar a A para que se considere que ya hay la amenaza de una lesión, o sea que desde ese momento ya existe la agresión, en lo referente a esto, el maestro Soler nos dice "La agresión ilegítima aunque ordinariamente consistiera en una acción del agresor, puede también ser una omisión simple que de la omisión misma derive la situación de necesidad".²

Y continua diciendo "No cayendo bajo el concepto de acción los hechos de los animales y las cosas inanimadas, las instituciones de peligro derivadas de estos no daran lugar a la legítima defensa, sino al Estado de necesidad, en su caso. Pero si constituye agresión la acometida de un hombre que se sirve de un animal, o la agresión de un loco. El hecho de este último es una acción, objetivamente ilícita inclusive, aun cuando el sujeto no sea culpable y por ello no merezca pena".² Consideramos que el maestro Soler al decir que "no cayendo bajo el concepto de acción los hechos de los animales y las cosas inanimadas, las instituciones de peligro derivadas de estos no daran lugar a la legítima defensa", se encuentra en un error, puesto que si un animal no hace nada, pues es lógico pensar que no se puede defender ante éllo, pues es como si una persona esta tranquilamente esperando el camión y llega otro y lo agrede, quien agrede no puede señalar que actuó en legítima defensa, también podemos señalar que puede tratarse de un enfermo mental como nos lo hace notar el maestro Jiménez de Asua al decir "Se ha discutido mucho entre los trata-----

3. Hanz Welzel, Ob. Cit., pág. 122

2. Sebastian Soler, Ob. Cit., pág. 348

distas si cabe defensa contra los locos y también si es posible contra los animales. Nosotros pensamos que quedo ya asentada una regla que ilumina este problema tan debatido. Cobra la defensa contra toda agresión y es susceptible de agresión el que es capaz de realizar actos. El loco tiene voluntad y motivación, aunque sean anormales; por eso, su acto es agresivo y nos constituye en defensores legítimos cuando le repelemos. En cambio, el sujetionado no es capaz de acción; por tanto, no cabe legítima defensa contra sus aparentes agresiones. Al salvaguardar nuestra vida del peligro que nos causa estamos en estado de necesidad. Con mayor motivo nos hallamos en él al repeler los ataques de un animal o al destruir el objeto que nos apresa. Pero si el perro es azusado por su dueño, o si este nos ha encerrado en su casa, al matar al animal o al destruir la puerta, obramos en legítima defensa contra el propietario de la bestia y de la madera".⁸ Pero nosotros consideramos que un sujeto es agredido por un perro callejero, quien obviamente no tiene dueño, el sujeto agredido puede repeler la agresión, por lo que consideramos que si se puede decir que quien se defiende de la agresión de dicho animal, actúa en legítima defensa, puesto que el animal esta realizando una agresión la -- que es un movimiento corporal con el ímpetu de lesionar; el maestro Carrancá y Trujillo, también nos habla sobre la agresión diciendo "Se entiende por -- agresión la conducta de un ser viviente, racional o irracional, que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos".⁹ Con lo antes citado, podemos decir que este maestro nos da la razón en lo referente a que se puede defender un sujeto ante cualquier agresión, pues nos esta señalando que la agresión puede realizarla cualquier ser viviente sea racional o irracional, asípues, podemos deducir de lo antes enunciado, que el elemento primordial de la legítima defensa es la repulsa de una agresión, y que esta puede ser realizada por cualquier ser viviente racional o irracional, puesto que dicha agresión se entiende como un movimiento corporal con ímpetu lesivo, pero para -- que se consagre completamente la legítima defensa, es necesario que se ane-- xen otros elementos mas a dicha agresión, los que a continuación enunciamos:

8. Jiménez de Asua, Luis, La Ley y el delito, pág. 294, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.

9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, pág. 330, Edit. Porrúa, México, 1972.

b) Actual:

Actual deriva del latín actualis, acto, y significa presente, por consiguiente al determinarse que para que proceda la legítima defensa es necesario que haya una agresión que sea actual, y como lo actual es lo presente, entonces podemos determinar que se va a repeler una agresión en el mismo momento en que se sucede la acción, por lo tanto no puede ser antes ni después, si es antes, se puede considerar a quien alega dicho derecho como agresor y no como defensor, pero si se hace después, se considera que se actúa en una forma --vengativa, aunque algunos autores nos señalan que si puede ser antes la repulsa de la agresión, pero este antes se refiere únicamente a unas fracciones de segundo, puesto que quien es agredido no debe esperar a ser golpeado, lesionado o muerto para poder defenderse, por lo que la repulsa a la agresión puede ser unos segundos antes de la agresión, o sea, cuando se tiene la certeza de ser agredido; también puede ser aceptada la repulsa de la agresión después, y se dice después, cuando aún persiste el peligro, ahora bien, en lo que se refiere a lo actual de la agresión, el Maestro Porte Petit nos dice "para que exista la legítima defensa, se requiere que haya una agresión, y que esta sea actual, es decir, que sea repelida en el momento mismo en que se produce y que la conducta opuesta del sujeto del delito justifique la juridicidad del acto por la actualidad de la agresión; que la misma agresión sea inminente, esto es, que al sujeto activo no le quede otro camino que matar ante la injusta agresión".⁶

Y continua diciendo: "la exigencia de ser actual la agresión, excluye dos momentos: el pasado y el futuro. Por consiguiente, no podrá haber legítima defensa contra una agresión "acabada o terminada", o bien, que "solo ame-naza en lo porvenir". Y si el peligro subsiste, indudablemente sigue subsistiendo la actitud de la agresión. Es de suma importancia recordar el exacto y claro pensamiento de Bernardino Alimena: "la defensa privada, por tanto, es legítima mientras es necesaria; es decir, mientras dura la actualidad del peligro, ni antes ni después, no antes, porque antes que el peligro empiece, la defensa no es necesaria; tampoco después, porque, cesa el peligro, solo -

6. Porte Petit, Celestino; Ob. Cit., págs. 506 y 507.

puede hablarse de venganza y no de defensa, pues no se puede impedir lo que ya ha sucedido".⁶

También el maestro Soler nos habla al respecto diciendo que "Lo actual debe ser la situación de peligro en el momento de la reacción, en definitiva, tales situaciones se superponen. La agresión ilegítima puede o no consistir en un acto súbito o instantáneo, y crear, en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste mientras subsiste el peligro. El que obra sin estar en peligro actual, no obra en estado de necesidad. "El derecho de defensa comienza con la agresión y concluye con ella", ha dicho en varias sentencias la Suprema Corte de Buenos Aires".²

También en el Derecho Sovietico se habla al respecto, donde nos señala que "La legítima defensa solo puede adelantarse contra una agresión actual, socialmente peligrosa. Como agresión actual debe considerarse la que ya se inició o cuyo comienzo de realización es tan evidente, que los intereses protegidos por la ley se hallan en peligro inminente. La amenaza del atentado se considera actual si la ejecución del ataque es de tal modo inminente y --- evidente, que el no tomar medidas preventivas colocaría ante un peligro inminente, claro e inevitable, a la persona que debe tomar esas medidas".

Y concluye diciendo "No es lícita la defensa contra los actos preparatorios, puesto que estos aún no implican peligrosidad inmediata para el bien protegido".⁴

Como hemos podido percatarnos, los autores antes señalados están de --- acuerdo en que la repulsa de la agresión puede ser antes, si el comienzo de la realización de dicha agresión es tan evidente que puede repelerse, o sea, que únicamente puede ser unos segundos antes, y también están de acuerdo en que si el momento inicial de la agresión ha pasado pero el peligro subsiste,

2. Sebastian Soler, Ob. Cit., pág. 349

4. Zdravomislov, Schneider, Kelina y Rashkovskaia, Ob. Cit., pág. 198.

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 507

persiste aún la agresión, por lo tanto puede repelerse la agresión después - de haberse iniciado pero no cuando ya no exista el peligro, y de acuerdo a - lo señalado al final del precepto anterior, podemos decir que es acerdado el decir que la legítima defensa no procede contra actos preparatorios, puesto- que no se puede considerar que una persona agrede a otra con el simple pensa- miento, porque cada quien es muy libre de pensar en hacer lo que quiera, pe- ro no únicamente en ese momento no procedé la legítima defensa, aun cuando - se prepare el agresor para realizar su acto ilícito, no se puede actuar en - legítima defensa sino hasta consumado el acto, por ejemplo, podemos dividir- el problema en tres fasés, la primera seria cuando un individuo tiene la i-- dea de robar a una determinada persona, unicamente esta pensando en robarlo- y previniendo que si no accede a su deseo, lo va a agredir, en ese momento - aun no se le puede atacar discutiendo que se actuó en legítima defensa, la se- gunda fase se inicia cuando el agresor prepara el instrumento con el que se propone realizar el robo, en esta segunda fase tampoco se puede actuar seña- lando la legítima defensa, y la tercer fase es cuando el sujeto se dispone a robar, y ataca o agrede a quien se propuso robar, y en ese momento es cuando quien es agredido tiene el derecho de defenderse ante esa agresión y cuando- se puede señalar que se actuó en legítima defensa, pero sólo hasta entonces- y no antes, ni después, aunque siendo en el mismo momento en el que se de--- fiende el agredido, pero no se puede defender quien va a ser robado y agredi- do antes aunque el agresor ya tenga todo preparado, porque en este caso no - estan los elementos que son necesarios para hacer efectiva la legítima defen- sa, ni tampoco después de concluida la agresión, a menos que el peligro aún- persista.

También en lo que respecta a la actualidad de la agresión nos dice el - maestro Carrancá y Trujillo que "Por actual debe entenderse lo presente, o - sea, lo que existe en el tiempo de que se habla. Si la agresión es futura, - permite preparar la defensa acudiendo a vías de autoridad o evitar por otro- medio cualquiera la consumación de la misma agresión, por lo que desaparece virtualmente la necesidad del contra-ataque; si ha pasado, la reacción es -- venganza y no defensa. Agresión y defensa han de ser inmediatamente sucesi- vas".⁹

9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., págs. 336.

Y concluye diciendo: "Basta con que lo actual sea la agresión; no es necesario que lo actual sea la lesión efectiva que produce; el agente no tiene que esperar a sufrir la lesión con que se le amenace; contra el solo peligro de ella, o sea contra la agresión, proceda la defensa".⁹

Vemos en el precepto anterior que la respuesta a la agresión puede ser antes de que se reciba el golpe, y apoyando esto nos dice el maestro Jiménez de Asua que "No cabe defensa contra ataques pasados, porque nuestra reacción sería vengativa y no precautoria. Sin embargo, la defensa no solo puede ejercerse en contra de una agresión actual, sino que también es posible contra una agresión inminente. Las partidas, ha pesar de haber sido escrita en épocas tan duras, contenidas ya estas sabias palabras: El acometido "non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaecer que por el primer golpe que le diese podría morir el que fuese acometido e después no se podría amparar". Tan juiciosas frases fueron invocadas por la jurisprudencia española".⁸

Los autores antes enunciados vienen a recalcar lo que ya hemos señalado, por consiguiente podemos decir que para que proceda la legítima defensa, debe haber una agresión la cual debe ser actual, y esta actualidad debe ser en el mismo momento de la agresión, o sea en el inicio o cuyo comienzo de realización debe ser tan evidente, que ponen en peligro los bienes protegidos por la ley, pero como dijera en la Suprema Corte de Buenos Aires, citada por el maestro Soler, "El derecho de defensa comienza con la agresión y concluye con ella".² Por lo tanto no será posible la legítima defensa contra un ataque pasado, pero el peligro puede seguir después de la acción porque persiste la lesión del bien jurídico, por ejemplo, si un sujeto es agredido y robado, este, puede detener al ladrón cuando huye con el botín, y lo puede hacer, debido a que cuando el ladrón huye con el botín, aun persiste el peligro de la pérdida del bien robado, pero cuando no es este el caso y la agresión ya ha concluido, puede constituir esto una venganza, por lo que carecería de todo poder de evitación del mal, que es el fundamento de la reacción defensiva.

8. Jiménez de Asua, Luis, Ob. Cit., pág. 294.

2. Soler, Sebastian, Ob. Cit., pág. 349.

9. Carrancá y Trujillo, Raúl. Ob. Cit. pag. 337

c) Violenta:

Dice nuestro código que la agresión además de actual debe ser violenta, la que podemos considerar como un movimiento con ímpetu lesivo que realiza - un sujeto al agredir a otro, tratando de lesionarlo, el maestro Castellanos-Tena al respecto nos dice "La agresión, además de actual debe ser violenta, - o sea que implique fuerza, ímpetu, debe ser impetuosa atacante. La violencia puede ser física o moral. (fuerza en personas o cosas y amagos o amenazas)".¹⁰ -- Comparte la misma opinión el maestro Carracancá y Trujillo diciendo "Es violento lo que desarrolla fuerza, ímpetu. La integración impetuosa es la más adecuada para representar un peligro inminente de lesión. Propiamente la idea de agresión o ataque contiene ya la de violencia; pero nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más completamente el ímpetu -- lesivo".⁹ La Suprema Corte de Justicia al respecto nos dice "para que la legítima defensa tenga lugar, se necesita que el que alegue, haya obrado repeliendo una agresión actual y violenta; es decir, que se desarrolle de una manera intempestiva que no pudo prever ni evitar el agredido".⁷

El maestro Porte Petit, nos dice que en lo referente a la violencia de la agresión existen dos criterios que son:

- 1.- No es esencia de la agresión la violencia
- 2.- La agresión debe ser violenta.

1.- Al referirse a la legislación Italiana, Autolisei expreso que "en cuanto a las modalidades de la agresión no se requiere la violencia, porque el código habla solo de "ofensa", y continua "La legítima defensa por consiguiente, se admite aun frente al peligro de empleo de medios no violentos -- (por ejemplo: un narcótico), y también frente a una actitud pasiva, como en el caso del individuo que, poniendose delante de la puerta de mi habitación trata de impedirme la entrada. No es necesario que la amenaza se haya concretado en la tentativa de un delito".⁶

9. Carranca y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., pág. 339.

7. Semanario Judicial de la Federación, t. XCVII, p. 1634.

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., págs. 507 y 508.

10. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, -- pág. 197, Edit. Porrúa, México 1977.

"2.- Abarca, Carrancá y Trujillo, Jiménez Huerta y Sodi los tienen entre otros, que la violencia es esencia de la agresión".⁶

Y concluye diciendo "Pensamos que siendo la agresión una conducta con la cual el agente pone en peligro un bien jurídicamente protegido, no hay razón alguna para que se exija que dicha agresión sea violencia. Por ende, la agresión no requiere siempre de la violencia, pues existen agresiones sin que -- concurren esta; pero la ley determina que la agresión además de actual, sea violenta, lo cual es indebido, por las razones que hemos sostenido sobre el particular, y por tanto, no procedería la legítima defensa en estos últimos-casos, cuando la agresión no sea violenta".⁶

Como podemos observar, de lo antes enunciado se dice que la violencia -- es cuando se realiza un movimiento corporal un tanto brusco que lleve una -- cierta fuerza que tenga la intención de lesionar un bien y que además debe -- ser atacante, pero nosotros no estamos del todo de acuerdo con esto, y si es -- tamos mas de acuerdo con el primero de los criterios señalados por el Maes-- tro Porte Petit, por lo siguiente: el hablar de agresión, nos hace pensar de inmediato en la violencia, pero si no actúa con violencia el agresor (toman-- do en consideración que la violencia es un movimiento corporal brusco y con-- ímpetu lesivo), pues no puede darse la legítima defensa, nosotros considera-- mos que en algunas ocasiones no es necesaria la violencia, por ejemplo, si -- un sujeto trata de robar a otro con un arma de fuego, con mostrarle el arma-- y decirle que es un asalto y que le dé lo que traiga, con esto se puede con-- siderar que no está empleando un movimiento que implique fuerza, y por ese -- simple hecho, quien es robado, no puede defenderse ante este robo porque el-- ladrón no emplea la agresión, tomando en consideración que se dice que la -- agresión es un movimiento impetuoso, en este caso, debemos tomar en considera-- ción que hay ciertas conductas que aunque no sean violentas se deben conside-- rar como tales aunque no se realice una fuerza de hecho, otro ejemplo mas -- que podremos señalar en el que no es necesario que exista la violencia nece-- sariamente es el caso en el que un individuo brinca por una barda para intro-- ducirse a una casa habitación durante la noche, no está realizando ninguna --

ó. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., págs. 507 y 508.

violencia. y sin embargo, el que habita dicha casa puede matarlo de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 fracc. III en su última parte del código penal, o suponiendo que no brincara ninguna barda, sino que entre a una casa habitación sin forzar la entrada debido a que es un ladrón diestro para abrir las puertas, en este otro caso tampoco se realiza un movimiento violento, - mas sin embargo quien entra a una casa habitación para robarla, se puede considerar que emplea la violencia aún cuando no se realice una fuerza de hecho, por lo antes señalado, consideramos que la violencia en algunas ocasiones no necesariamente debe realizarse mediante un movimiento corporal, en el que -- se realice una fuerza de hecho para producir la lesión, pues basta con el simple hecho de que se encuentre en peligro un bien jurídico ya sea con el em--pleo de la violencia, o sin esta, para que se considere como tal.

d) Sin derecho:

Se establece que para que proceda la legítima defensa debe haber una -- agresión que sea actual, violenta y además sin derecho, nosotros considera--mos que el señalar esto es obvio, porque quien se defiende de una agresión - que es repentina e intempestiva, esta siendo agredido sin derecho, pero no - comparte la misma opinión el maestro Jiménez de Asua quien nos dice "La exi--gencia primera de la legítima defensa es que se trata de agresión ilegítima--por parte del que resulta ofendido por el hecho. Es frecuente que los comenta--ristas consideren la clasificación de ilegítima defensa puesta a la agresión--por la ley. totalmente superflua. Nosotros no opinamos así, Hay ocasiones en que el acto reviste aspectos exteriores de agresión y sin embargo la conducta es legítima". 3

Nosotros nos preguntariamos ¿cuáles son los casos en los que hay una -- agresión legítima para que no proceda la legítima defensa?, consideramos que para que se defienda alguien de una agresión, es necesario que dicha agresión sea injusta, porque de no ser así, no cabría la legítima defensa, ¿pues no - sería lógico que una persona se defienda de quien no lo agrede! aunque se po--dría hablar de agresión legítima en el caso de los deportes, pero quien es -

agredido en los deportes, no puede decir que actuó en legítima defensa por -- ser agredido debido a que los participantes de dicho deporte, de antemano -- están de acuerdo en que van a ser agredidos y que van a agredir al otro contendiente para ganar, en lo referente al tema nos dice el maestro Soler que "La agresión es ilegítima, como se ha dicho, cuando es realizada sin derecho. Si este no es el caso, no cabe contra ella legítima defensa: así, ésta no es posible cuando la acción del sujeto primario le estaba a este impuesta en -- virtud de un deber legal salvo el caso de ejecución de ordenes ilegales o -- cuando era el ejercicio legítimo de un derecho".²

También el maestro Carrancá y Trujillo nos habla al respecto diciendo -- que: "La agresión es antijurídica cuando contradice las normas objetivas de valoración (Mezger); de donde hay acción antijurídica. Así se trate de un -- inimputable, de un enfermo mental, de un niño. Si la agresión es justa, la -- reacción defensiva no puede estar ilegítimada; de aquí que no proceda contra la autoridad cuando obra legítimamente; no obstante también contra las auto -- ridades admiten la legitimidad de la defensa algunos tratadistas alemanes -- (Mayer), criterio que nos parece aceptable solo cuando la autoridad se extra -- limite en sus funciones regulares, es decir, cuando ya no obra propiamente -- como autoridad".⁹

Como hemos observado, el maestro Carrancá y Trujillo, nos dice que "Si -- la agresión es justa, la reacción defensiva no puede estar legitimada"⁹, en -- lo que no estamos de acuerdo, aquí volvemos a lo que señalábamos anteriormen -- te donde decimos que no puede haber una agresión justa, inclusive ante la au -- toridad si esta actúa fuera de sus funciones o si se excede en estas, como -- el mismo maestro nos lo señala mas adelante al decir "no obstante también -- contra las autoridades admiten la legitimidad de la defensa" por lo tanto la -- agresión siempre debe ser injusta o antijurídica o sin derecho, como la deno -- minan diversos autores, también el maestro Porte Petit nos habla al respecto señalando que "Los tribunales han establecido: "Es de derecho el que, para -- que quede debidamente comprobado el ejercicio del derecho de legítima defen -- sa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determi --

2. Soler, Sebastian, Ob. Cit., pág. 348

9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., pág. 337

agredido en los deportes, no puede decir que actuó en legítima defensa por -- ser agredido debido a que los participantes de dicho deporte, de antemano -- estan de acuerdo en que van a ser agredidos y que van a agredir al otro contendiente para ganar, en lo referente al tema nos dice el maestro Soler que "La agresión es ilegítima, como se ha dicho, cuando es realizada sin derecho. Si este no es el caso, no cabe contra ella legítima defensa: así, ésta no es posible cuando la acción del sujeto primario le estaba a este impuesta en -- virtud de un deber legal salvo el caso de ejecución de ordenes ilegales o -- cuando era el ejercicio legítimo de un derecho".²

También el maestro Carrancá y Trujillo nos habla al respecto diciendo -- que: "La agresión es anti-jurídica cuando contradice las normas objetivas de valoración (Mezger); de donde hay acción anti-jurídica. Así se trate de un -- inimputable, de un enfermo mental, de un niño. Si la agresión es justa, la-reacción defensiva no puede estar ilegítimada; de aquí que no proceda contra la autoridad cuando obra legítimamente; no obstante también contra las auto-ridades admiten la legitimidad de la defensa algunos tratadistas alemanes -- (Mayer), criterio que nos parece aceptable solo cuando la autoridad se extra-limite en sus funciones regulares, es decir, cuando ya no obra propiamente -- como autoridad".⁹

Como hemos observado, el maestro Carrancá y Trujillo, nos dice que "Si-la agresión es justa, la reacción defensiva no puede estar legitimada"⁹, en-lo que no estamos de acuerdo, aquí volvemos a lo que señalabamos anteriormen-te donde decimos que no puede haber una agresión justa, inclusive ante la au-toridad si esta actua fuera de sus funciones o si se excede en estas, como -- el mismo maestro nos lo señala mas adelante al decir "no obstante también -- contra las autoridades admiten la legitimidad de la defensa" por lo tanto la agresión siempre debe ser injusta o anti-jurídica o sin derecho, como la deno-minan diversos autores, también el maestro Porte Petit nos habla al respecto señalando que "Los tribunales han establecido: "Es de derecho el que, para -- que quede debidamente comprobado el ejercicio del derecho de legítima defen-sa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determi-

2. Soler, Sebastian, Ob. Cit., pág. 348

9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., pág. 337

nadas circunstancias, tales como que la agresión de que fue objeto lo impulsó a obrar, sea injusta, pues de otra manera el derecho de rechazarla no --- existiría y agresión injusta o ilegítima es aquella contraria a derecho, es decir, que el que comete o ataca o no tenga ningún fundamento para ello". -- "La agresión debe ser violenta y antijurídica, o sea, que la acción debe dirigirse a rechazar ataques impetuosos o ilícitos, sin derecho; debe consti--- tuir un peligro inminente, en tal forma que el daño que se realice, si no se prevee a la defensa".⁶

De lo antes enunciado, podemos concluir que se debe repeler una agresión injusta para que proceda la legítima defensa, pero también podemos decir que toda agresión es injusta porque no puede haber una agresión justa (excepto -- en algunos deportes), e inclusive cuando una autoridad agrede injustamente a una persona, puede proceder la legítima defensa contra ésta debido a que una autoridad no tiene la facultad de agreder a quienes detiene, otro aspecto -- mas que podemos señalar es cuando un enfermo mental agrede a un sujeto nor--- mal, por lo que esta persona tiene todo el derecho de defenderse contra de -- aquél que agredió injustamente, aunque el enfermo mental considere que actuó justamente, por lo tanto, la agresión que se va a repeler al actuar en legítima defensa debe ser injusta o ilegítima, o sea, que la persona agresora no tiene el derecho de agredir.

REQUISITOS NEGATIVOS

a) Provocación de la agresión:

La ley impide que el agredido provocador de la agresión, se acoja a la legítima defensa, cuando la provocación haya sido causa inmediata y suficien--- te para la agresión (artículo 15 fracc. III, inciso 1), pero ¿cuándo va a -- ser suficiente la provocación para la agresión? nosotros consideramos que es--- te aspecto sera señalado por el juez quien va a determinar si dicha provoca--- ción es suficiente o no, pero como puede determinar esto, en lo referente a la provocación de la agresión, el maestro Soler nos dice "es evidente que

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 509.

al tercer requisito no podemos darle la interpretación que algunos pretenden, entendiendo que la expresión suficiente "significa" suficiente para consti--- tuir en injusto agresor". La complicación traída por este tercer requisito, - consiste en que debe significar algo, y algo distinto de agresión ilegítima. - Desde luego, tampoco puede ser entendido como destinado a excluir los casos - en los que la legítima defensa es solo un pretexto o una simulación".

"Existe simulación de legítima defensa cuando alguien maliciosamente pro- voca una agresión para obtener la oportunidad de reaccionar en situación de - aparente legitimidad, desde luego en tal supuesto, la legítima defensa queda- excluida por inexistencia de un estado de necesidad, como cuando se lesiona - al que huye después de consumado el ataque".² Luego entonces de acuerdo a lo- que nos señala este maestro, si alguien provoca maliciosamente una agresión, - no procede la legítima defensa, por lo que se podría decir que la provocación de una agresión sirve para excluir la excluyente de responsabilidad, para que quede en una forma mas clara, pongamos un ejemplo en el que A provoca a B su- ficientemente para que lo agrede, y al suceder esto, A. dice que se defiende- de B debido a que este agredió a aquél, por lo que A alega haber actuado en-- legítima defensa en contra de B, pero sucede que B dice que A lo provocó para que lo agrediera, y en este caso ya no procede la excluyente de legítima de-- fensa a la que alude A, por consiguiente se podría considerar que no hubo una excluyente, sino una riña ya que A fue provocador de la agresión; ahora bien, -- la Suprema Corte de Justicia nos señala que "no existe dicha excluyente si de la propia confesión del acusado y del quejoso aparece que obró impulsado por la ira y no con ánimo de repeler simplemente la agresión de que dice fue ---- objeto"⁷, pero nosotros podríamos decir que en el caso de que no resultara de la confesión nada en claro en lo referente a si hubo provocación suficiente - de la agresión, el juez es quien debiera determinar esto, pero cómo podrá el - juez hacer esto si este no se encontraba en el lugar de los hechos ni tampoco sabe lo que penso cada uno de los sujetos, por lo que será muy difícil para el juez- considerar si la provocación de la agresión fue suficiente para que se llevara - a cabo la agresión, en lo referente al tema nos dice el maestro Carrancá y --

2. Soler, Sebastian, Ob. Cit., pág. 352.

7. 5ª Epoca, Suplemento 1956, pág. 288. A.D. 173/54 Felipe Chi Queb, 4 votos.

Trujillo que "se considera como injusta la agresión cuando no ha sido provocada en tal forma que justifique la violencia que contiene. En nuestro derecho se requiere que tal provocación sea bastante y contemporánea también de la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella (art. 15 fracc. III la circs. c.p.). Sería aventurado sostener que en este caso la agresión carecería de antijuridicidad; es también antijurídico, es sin derecho, pero no basta legitimar la defensa privada y por ello pueda dar lugar a incriminación, si bien la autoridad jurisdiccional debiera tener en cuenta la agresión misma sufrida por el provocador. La provocación y causación inmediata de la agresión es una circunstancia predominantemente objetiva, que conduce a la figura de la riña, siendo provocador".⁹

Por consiguiente quien provoca a otro, ya está con el ánimo de repeler la agresión, y quien es provocado, también ya tiene esa idea de pelearse, por lo tanto, ninguno de los dos actuaría en legítima defensa, también al respecto, nos habla el maestro Welzel quien nos dice "el derecho de legítima defensa también le asiste a quien ha contribuido a provocar la agresión (por ejemplo haciendo burlas al agresor). En cambio, se pierde el derecho de legítima defensa respecto de una agresión que se ha provocado intencionalmente para poder lesionar al agresor bajo las apariencias de legítima defensa (provocación de la legítima defensa)". Y nos señala un ejemplo: "Si se enfrentan dos individuos a pelear, ninguno de ellos tenía la voluntad de agresión; diferente es el caso cuando uno se excede del marco presupuesto por ambos, sacando por ejemplo un cuchillo, o si uno de ellos abandona el combate de modo claramente reconocido".³

Y también en lo referente a lo anterior, nos habla el maestro Jiménez de Asua diciendo: "Si buscamos ex profeso ser agredido, para vengarnos de secretos, resquemores contra otro a quien sabemos exitable; si le exitamos o le provocamos con burlas, en voz baja haciendo que el individuo explosivo saque un arma, para así matarle con todas las apariencias de una causa de justificación, no ejecutamos una defensa legítima, sino que la hemos buscado como pretexto y no será aprovechable".⁸ y nos pone un ejemplo diciendo: "si en --

9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., pág. 338

3. Hanz Welzel, Ob. Cit., págs. 127 y 128

8. Jiménez de Asua, Luis, Ob. Cit., pág. 295.

un episodio del juego hacemos una sucia jugada de ajedrés o de naipes y recibimos un insulto del perjudicado y en nuestro apasionamiento sacamos un revolver para contestar al que primero injurió, él no debe cruzarse de brazos por haber provocado insuficientemente la agresión nuestra, sino que debe tener el derecho de defenderse sin perjuicio de que la ley lo castigue, tras de absolverle del homicidio, por la injuria primeramente proferida" .⁸ De acuerdo al ejemplo que nos señala este maestro, concluimos que si la provocación de la agresión no es suficiente, pues quien provocó dicha agresión insuficiente tiene el derecho de defenderse pudiendo alegar haber actuado en legítima defensa, pero como señalamos anteriormente, el juez es quien va a determinar hasta que punto es suficiente la provocación para que proceda la legítima defensa, también el maestro Porte Petit nos habla al respecto al decir "consecuentemente se precisan dos requisitos:

- a) Que haya una provocación a la agresión y
- b) Que sea causa inmediata y suficiente para ella.

Y continua diciendo "Delrosal considera que en cuanto a la falta de provocación, última de las circunstancias, exige inapelablemente la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, como antecede en la mayoría de los casos, habrá de resolverse a la vista del caso concreto, ya que dependera, por supuesto del estado de hecho y de la persona, si bien no debe desecharse que el empleo por el legislador del término suficiente se interpretará a través del esquema de la relación de causalidad; esto es, habremos de preguntar en cada situación de defensa si habida cuenta de la presente, se estima o no suficiente la actitud provocativa del defendido. Problema a dilucidar siempre con mesurado criterio de ponderación y una vez comprobada la existencia de las otras dos circunstancias".⁶

"Ripolles estima que la suficiencia a que la legítima defensa se refiere, es concepto también de proporcionalidad respecto a la entidad de la agresión, pues lo que justificaria una bofetada, no justificaria ciertamente un tiro".⁶

8. Jiménez de Asua, Luis, Ob. Cit., pág. 295.

6. Porte Petit. Celestino, Pb. Cit., pág. 509

"Por tanto, solamente una provocación insuficiente no invalidaría una legítima defensa, lo que quiere decir, que no basta la existencia de una provocación sino que, además, se requiere que sea suficiente".

Y concluye diciendo "El hecho de hacer el herir una reclamación racional a su víctima, no puede considerarse como una provocación inmediata, ni suficiente para que ésta lo agrediera, por lo que tal hecho no desvirtua la legítima defensa; y por otra parte, el hecho de que dicho heridor fuese a hacerle esa reclamación, no revela premeditación de su parte, para atentar contra aquella".⁶

Por consiguiente, para que proceda la legítima defensa no debe haber una provocación suficiente de la agresión, pero en el caso de que haya una provocación suficiente, pues no se puede considerar que se de esta excluyente, sino que nos encontramos frente a una riña debido a que ambos sujetos de antemano están de acuerdo para reñir, y es el juez quien va a determinar hasta que punto la provocación es suficiente para que no proceda la legítima defensa, lo cual consideramos que es un gran problema, porque por ejemplo, un sujeto le reclama a un vendedor B un mueble que le salió defectuoso, pero al hacerlo lo hace en una forma altanera, por lo que B se enoja y agrede a A, en este ejemplo, podemos ver muy claramente que es un gran problema determinar hasta que punto la provocación es suficiente para que no proceda la legítima defensa ya que tanto A como B diran que actuaron en legítima defensa, esto sería en el caso de que únicamente quedaran lesionados, pero en el caso de que uno de ellos resultara muerto, el problema sería aún mayor puesto que en este caso el juez debiera tomar en consideración únicamente la versión de la persona que aún vive y las circunstancias que se presenten a menos, que hayan testigos que digan lo contrario.

b) Previendo la agresión pudo evitarse:

Otro de los elementos o requisitos que se señalan en el código penal para que proceda la legítima defensa, son que si se puede evitar la agresión se haga, puesto que de no hacerlo se puede pensar que al tener conocimiento-

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 509.

del problema y no evitarlo, se esta de antemano de acuerdo, por lo que se -- puede considerar esto como una riña y no como una legítima defensa y quien -- fue agredido no podra hacer valer tal excluyente; el maestro Carrancá y Trujillo al respecto nos dice "con la actualidad se enlaza la imprevisión e imposible evitación legal de la agresión. Así, en nuestro derecho no obra en legítima defensa el acusado que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales (art. 15 frac. III. 2a. Circunst. c.p.). La previsión de la agresión es de carácter subjetivo; su posible evitación legal, -- objetivo: la doctrina mas aceptada afirma que este último elemento no impone al agredido la obligación de huir ante la agresión".⁹

También en lo referente a lo anterior, nos habla el maestro Porte Petit quien nos dice "La ley invalida la legítima defensa cuando concurren estas -- dos notas:

- 1.- Que se haya previsto la agresión, y
- 2.- Que se haya podido fácilmente evitarla por otros medios legales.

"Ahora bien, si se prevee la agresión y se puede fácilmente evitar, por otros medios legales, ya no se está en una hipótesis de legítima defensa sino de una riña, en caso de que haya de parte del que ha previsto, un contraataque, con relación a la agresión de que es objeto. La razón de este apartado legal, consiste, en que quien prevee la agresión y la puede evitar y -- sin embargo, no la rehuye, no puede acogerse a la justificación de la legítima defensa".

"La sola evitabilidad de la agresión no invalida la causa excluyente de incriminación de legítima defensa, pues se requiere además, que se haya previsto".

Y concluye diciendo "Los tribunales han determinado: "si bien es verdad que el reo consideró que no era honorable rehuir al encuentro no debio esti-

9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., pág. 337.

marse tal actitud de su parte como una aceptación de la inminente contienda, a lo que ciertamente iba a ser obligado, si el ahora occiso era un tipo peligroso; de donde resulta que si era imposible, dada la rapidéz del evento, que el reo hubiera podido rehuir tal encuentro y, frente al dilema de privar de la vida al ofensor o ser muerto por este, que lo hizo objeto de una agresión indiscutible en cuanto lo acometió con propósito de dañarlo, es incuestionable que la causa que excluye la incriminación se configura jurídicamente, -- siendo racional el medio empleado por el quejoso en su defensa, pues no siempre puede sostenerse el criterio de la fuga vergonzosa sea una obligación -- para el agredido, ya que muchas veces la huida suele no eludir el peligro, -- dado que quien rompe el equilibrio jurídico, atacando por vías de hecho, graves, coloca al atacado en un plan de repeler la agresión, si reviste las características de la legítima defensa, por la naturaleza actual, violenta, -- inminente y sin derecho del ataque".⁶

Como podemos percatarnos, el maestro antes citado nos dice que con la -- actualidad se enlaza la imprevisión e imposible evitación legal de la agresión, en lo que estamos de acuerdo, porque un sujeto al ser agredido repentinamente difícilmente puede evitar la agresión aun cuando desee hacerlo, por ejemplo podemos decir que no se le puede exigir a quien ha tenido una dificultad con una persona que se oculte o evite encontrarse con ella, bajo la -- pena de que al actuar libremente y encontrarse con quien tuvo la dificultad y al ser atacado, mate al otro sujeto al defenderse, por lo que se le considere penalmente responsable, excluyéndose la legítima defensa, porque tal -- exigencia contradice la libertad de los ciudadanos de comportarse en sus actividades como mejor le parezca, por consiguiente podemos decir que el pre--veer la agresión y evitarla no siempre es fácil puesto que el sujeto agredido no tiene la seguridad de cuando va a ser el preciso momento en el que se le va a agredir.

c) Sin necesidad del medio empleado:

En nuestra legislación dentro de los requisitos "negativos" que se señalan para que proceda la legítima defensa está el que nos dice "Que no hubo --

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 519

necesidad del medio empleado en la defensa", y al respecto nos dice el maestro Porte Petit que: "El problema de la defensa con relación a la ofensa o -- ataque, se contemplan desde estos puntos de vista:

"A) Varios autores sostienen que debe prescindir de la proporción de los bienes en conflicto: Mezguer considera que "no es preciso la absoluta paridad de ataque y defensa, pues en caso necesario puede el agredido recurrir al empleo de los medios mas graves, verbigracia, muerte del agresor, para defenderse contra el ataque que se dirige a sus intereses jurídicamente protegidos, -- aun cuando este último sea, por ejemplo, un simple interés patrimonial, solo que en tales casos es preciso que el atacado no tenga a su disposición un medio menos grave de repeler el ataque, pues el derecho no tiene porque ceder -- el paso al injusto".

Y continua diciendo el maestro Porte Petit que: "Sauer piensa que "se ha de considerar que el criterio legal de la necesidad no presupone en sí ninguna proporcionalidad entre los valores atacados y protegidos", recordando que se ha estimado que en la legítima defensa no esta el valor frente al valor si no al derecho frente al injusto".⁶

"B) Para algunos lo que interesa no es la comparación de los medios de -- agresión y contraagresión, sino de los bienes jurídicos atacados por ambas -- partes y de la intensidad del ataque".

"C) Otra corriente mira unicamente a la proporcionalidad de los medios.

No debe entenderse que existe racionalidad, cuando hay proporcionalidad de los medios, pues puede haber desproporcionalidad, y sin embargo, existir -- racionalidad del medio empleado".

"D) Algunos autores consideran que deben existir proporción de bienes -- y medios. Así Batlaglini indica que "a los fines de la proporción", no se -- puede mirar solamente a los medios sino que debe sopesarse también la importancia de los bienes en conflicto".

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 521

Y concluye diciendo el maestro Porte Petit que "Nosotros pensamos que - pueden presentarse estas hipótesis:

- 1ª. Cuando no hay desproporción ni de bienes ni de medios (proporcionalidad de bienes y de medios).
- 2ª. Cuando hay desproporción de bienes y de medios empleados.
- 3ª. Cuando hay desproporción de medios empleados y no de bienes.
- 4ª. Cuando hay desproporción de bienes en conflicto y no de medios".⁶

De lo antes expuesto, nosotros nos apegamos mas por la primera de las hipótesis porque consideramos que debe haber una cierta proporcionalidad del daño que se iba a causar con el medio empleado para evitarlo, pongamos un ejemplo un tanto cuanto exagerado, digamos que un niño, de 4 o 5 años se encuentra jugando en el patio de su casa, pero como ésta es una vengencia, se percata de que la puerta de la casa de uno de sus amiguitos con los que juega se encuentra abierta, por lo que opta por entrar a llamar a su amigo para jugar -- con él, pero resulta que en la mesa se encuentran unos juguetes con los que -- siempre juegan este niño y su amigo, y se le hace facil tomarlos para jugar, -- pero serca se encuentra el abuelito de su amigo, el cual es inválido, por lo que se encuentra en la cama; dicho señor, se da cuenta de que el niño se lleva los juguetes, por lo que toma un arma de fuego que tiene a su alcance y mata al niño, en este ejemplo aunque muy llevado a los extremos, claramente podemos observar que no hubo una proporcionalidad tanto del medio empleado como del bien jurídico, en este caso, el sujeto inválido fácilmente podria hablarle al menor para que dejara los juguetes o tal vez después pedirle a los padres o hermanos del menor que le fueran devueltos dichos juguetes, por lo que consideramos que debe haber una proporcionalidad tanto del medio empleado como del bien protegido, en lo referente al tema, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que "Aún suponiendo que se pretenda identificar la agresión con -- el golpe que se afirma infirió la víctima sobre la cara del procesado, tal -- acontecimiento no puede considerarse constitutivo de una agresión, si no fue -- realizado con ímpetu lesivo sino solo para manifestar desprecio, lo que se -- infiere de lo que ha relatado el propio reo".⁷

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 522

7. 6a. Epoca, 2a. parte: Vol. XXXIII, pág. 128. A.D. 65241/51

Suponiendo que el golpe que el reo recibió en la cara tenga carácter de agresión por haber sido inferido con el ímpetu lesivo que caracteriza la violencia implícita a la agresión y que precisamente la misma llevó al reo a disparar contra su víctima, resulta evidente que tal situación tampoco es posible, jurídicamente hablar de legítima defensa, ya que la agresión debe imponer necesariamente una situación de peligro para la persona, honor o bienestar que se defiende o persona, honor o bienes de un tercero a quien se defiende, situación de peligro que de ninguna manera surgía de esa supuesta agresión".⁷

Nosotros consideramos que la legítima defensa sí procede cuando no hay una situación de peligro, ya que un sujeto que recibe una bofetada con el ímpetu lesivo. si puede repeler dicha agresión, pues no tendrá que esperar hasta que se encuentre en una situación de peligro para poder repelerla, pero claro que la repulsa de esta debe ser proporcional, porque el hecho de que el agredido reciba una bofetada, no implica que éste dispare un arma de fuego, o le provoque la muerte a su agresor con un arma blanca o con cualquier otro objeto. ya que esto sería un exceso en la legítima defensa.

d) El daño que iba a ser causado era de poca importancia:

Encontramos como último requisito para que proceda la legítima defensa el establecido en el art. 15 fracc. III inciso 4º que a la letra dice: "Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa",⁵ nosotros consideramos que este requisito y el anterior, se encuentran coordinados entre sí, puesto que si no hay necesidad del medio empleado es porque además puede ser fácilmente reparable el daño por otros medios legales o que el daño que iba a causar el agresor era de poca importancia con el que se causo con la defensa, por ejemplo se puede decir que no hubo necesidad de matar a quien le dio una bofetada, en lo referente al tema nos dice el maestro Porte Petit que "nosotros consideramos esta exigencia legal que invalida la legítima defensa, inadmisibile, pues esto nos lleva a soportar (por el he--

7. Ga. Epoca, 2a. parte: Vol. XXXIII. pág. 128, A.D. 65241/51
5. Código Penal Mexicano, Ob. Cit., pág. 12

cho de que el daño que iba a causar era fácilmente reparable después por medios legales) las agresiones injustas. Ya manzini expresaba que una anticuada doctrina pretende que no exista necesidad de la defensa, si el mal que se quiere evitar, no es, o no se considera, realmente irreparable; pretensión que es absolutamente arbitraria, pues por ejemplo, una bofetada no constituye un mal irreparable y, sin embargo, nadie se atrevería a negar el derecho de rechazar con la fuerza a quien va a bofetearnos".⁶

"Indudablemente que si el daño es notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa indica que existe una evidente desproporción de los bienes en conflicto, y, entonces, nos encontramos ante un caso de exceso de la legítima defensa, de acuerdo con la ley. Sin embargo, esta exigencia legal hace negativo un criterio correcto de la racionalidad del medio empleado en la defensa, ya que puede existir una desproporción en los daños causados, y no obstante, estar frente a una legítima defensa, por existir racionalidad en el medio empleado".⁶

También el maestro Carrancá y Trujillo nos habla al respecto al decir: - "La agresión calificada debe integrar un peligro inmediato próximo de daño. - Así se expresa en nuestro derecho que de ella resulte un peligro inminente -- (artículo 15 fracc. III por 1. c.p.). Y es eminente lo que está para suceder prontamente, a virtud de la agresión actual".⁹

"La defensa contra la agresión calificada ha de limitarse a la que imponga la necesidad proporcional; si desbordase a la agresión dejaría de ser necesaria para convertirse también en desproporcionada o excesiva".⁹

"Cabe subrayar que tal, proporción ha de ser la que racionalmente corresponda según el sujeto que desarrolla la reacción, pero apreciada en último análisis por la autoridad jurisdiccional. A este respecto priva por entero un criterio subjetivo en determinados tratadistas: debe tenerse en cuenta cómo se presenta el hecho ante la conciencia del que se defiende, pues si el derecho esta hecho para los hombres sería vano juzgar la necesidad como la juzgarían tranquilamente los alejados del peligro".⁹

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 524.

9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Ob. Cit., págs. 338 y 339.

De lo antes señalado podemos decir que efectivamente que si el daño es - notoriamente de poca importancia comparado con el daño que se causó, estamos ante una evidente desproporción, en efecto; si proclamamos que todos los derechos son defendibles, resultaría que el propietario de un manzano que dispara un tiro mortal sobre el niño, encaramado entre las ramas, que le hurta las frutas, realizaria una defensa de la propiedad, aunque esta fuera excesiva. - Nada mas bárbaro que creer que se ejecuta un acto de defensa en tales circunstancias y modos. Ahora bien, si para huir de tal crueldad, negamos que el propietario del manzano tenga derecho a defender los frutos, negariamos que hay derecho de defender el patrimonio. El propietario del manzano no necesita de fenderlo matando al niño. Si la defensa legítima es un estado de necesidad, - ha de quedar limitada por esa regla antes dicha; no podemos sacrificar un bien superior para defender otro insignificante.

Y por último tenemos lo que señala el art. 15 fracc. III del Código Penal en su parte última donde señala que se puede matar a quien pretende entrar en una casa y se encuentra escalonando por alguna de las paredes de esta o a quien se encuentre dentro de ella, respecto a esto nos habla el maestro--Porte Petit quien nos dice que "Entendemos que en ambos casos se trata de una presunción Juristantum como con acierto la clasifica el profesor Juan J. G. - Bustamante.- de que la agresión y el peligro son calificados tal como se requiere para que la defensa privada quede legitimada; y como se advierte la --presunción ampara igualmente la defensa de la persona, el honor y de los bienes propios o ajenos, aunque en este caso con determinados requisitos objetivos. Es importante destacar uno especial entre todos estos: la nocturnidad. - Esta a nuestro parecer, forma el núcleo de la presunción que nuestro derecho consagra". Y nos señala un ejemplo en el que nos dice "Supongase el caso de - la policía Judicial que, para practicar el cateo y la aprehensión que se le encomienda en domicilio determinado, fractura, por la noche, su entrada. Aquella presunción no amparará validamente la defensa privada; y ello se justifica suficientemente por no ser injusta la agresión, como se requiere en la regla general".⁶

6. Porte Petit, Celestino, Ob. Cit., pág. 340.

En el ejemplo que nos señala el maestro Porte Petit nos dice que si la policía Judicial entra en un determinado domicilio por la noche y sin el consentimiento de quien lo habita, no se le puede matar, porque si lo hace, entonces no esta actuando en legítima defensa sino que esta cometiendo un homicidio sin que se de la figura de la excluyente de responsabilidad, en lo que no esta mos de acuerdo puesto que la persona que descubre a quien esta entrando a su casa o que ya esta dentro de ésta, no va a estarle preguntando quien es, porque el intruso al saber que no se puede matar a la policía Judicial, pues es lógico el pensar que podra decir que es un Judicial para que no le dispare, - pero al estar ya cerca en vez de mostrarle una identificación, le muestra un arma de fuego o simplemente le dispara y lo mata, además de que en el código-penal, no se nos dice a quienes no se les puede matar ante esa situación, --- simplemente dice "al que causare cualquier daño a un intruso" y no especifica a quienes si se puede hacer daño y a quien no, por lo tanto se puede lesionar o inclusive matar, a quien se descubre entrando a una casa por la noche, sin importar si es una autoridad o no lo es, debido a que una autoridad no tiene la facultad para entrar a una casa habitación sin el previo consentimiento de quienes la habitan.

BIBLIOGRAFIA

1. Cuevas Alvarado, Ernesto, Tesis, México, 1944.
2. Soler, Sebastian, Derecho Penal Argentino, Edit. Tipográfica Argentina, -- Buenos Aires, 1970.
3. Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, Edit., Jurídica de Chile, Chile, 1970.
4. Zdravomislov, Schneider, Kelina y Roshkavoskaia, Derecho Penal Sovietico, Edit. Temis, Bogota, 1970
5. Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Edit. Porrúa, México, 1983.
6. Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la parte general del Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1978
7. H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
8. Jiménez de Asua, Luis, La ley y el delito, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1978
9. Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, - 1972.
10. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, --- Edit. Porrúa, México, 1977.

CAPITULO IV

LA AVERIGUACION PREVIA

SUMARIO: 1.- Su naturaleza jurídica; a) Su inicio, b) Como se formula.- 2. Funciones del Ministerio Público; a) Como autoridad, b) Como parte.

1. SU NATURALEZA JURIDICA

Antes que nada, debemos saber como se encuentra integrada la Dirección General de Averiguaciones Previas, y esto lo vamos a encontrar establecido - en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en el artículo 26 el que a la letra dice "Esta dirección general esta integrada por las siguientes dependencias: Dirección general; sub-dirección de agencias investigadoras; sub-dirección de mesa de trámite; sub-dirección de consignaciones; departamento de averiguaciones previas; agencias investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal; y mesas de trámite de --- averiguaciones previas en el Distrito Federal".¹ Y en lo referente a las --- atribuciones que tiene la dirección general de averiguaciones previas el --- maestro Colín Sanchez nos dice "En las atribuciones de la Dirección General de Averiguaciones Previas: procurar las averiguaciones previas en el Distrito Federal y en su caso, ejercitar la acción penal; citar las resoluciones - procedentes en las negociaciones a que se contrae la fracción anterior, sometiéndolo al procurador los casos de No ejercicio de la acción penal; revisar las averiguaciones previas que remitan en consulta los agentes adscritos a - las investigadoras, que no sean relativas a la falta de elementos para ejercitar la acción penal; y las demás que les señalen las leyes y los reglamentos".²

Y continua diciendo "Estos departamentos tienen competencia dentro del territorio que fije el Procurador y, atendiendo a lo señalado por el artículo 28, estará bajo el cuidado de un jefe agente del Ministerio Público que - designe el Procurador, que ejerza autoridad inmediata sobre los agentes ---- investigadores, jefes de mesa y demás personal de las agencias investigado--

1. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, art. 26.
2. Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, --- pág. 116, 117, Edit., Porrúa, México, 1979.

ras y mesas de trámite del Territorio correspondiente".²

Pero en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en ningún momento se hace mención de cuantas agencias investigadoras deben haber como mínimo ni como máximo, así como tampoco en que lugar deben estar ubicadas cada una de estas, lo que nos hace suponer que habrán tantas agencias investigadoras como sean necesarias, dependiendo esto del número de delitos que se cometan, así como también del número de personas que haya, así --- pues, hasta nuestros días existen 37 agencias investigadoras en el Distrito Federal, de igual forma podemos suponer que en cada una de las Delegaciones Políticas habrá por lo menos una, y la competencia de esta va a ser determinada por la circunstancia de la delegación de que se trate, esto es, que va a depender de la delegación en la que se encuentre dicha agencia, y del número de estas -- que se encuentren en dicha Delegación, va a depender la jurisdicción de cada -- una, y para el ejercicio de sus funciones, estará un encargado quien deba realizar las investigaciones necesarias para acreditar la existencia de un hecho ilícito, y este encargado tendrá bajo su control al personal necesario para realizar las averiguaciones desde su inicio hasta la consignación, y cuando haya -- necesidad de perfeccionar dicha averiguación mandarla a las "mesas" de trámite (cuando no hay detenido), adscrita a la misma agencia, y en los casos en los -- que no hay elementos que comprueben el delito, no ejercer acción penal, o cuando se trata de los delitos denominados como "concentrados", se manda la averiguación al Sector Central (directamente a la Procuraduría General de Justicia -- del Distrito Federal), para que el personal determinado por el Procurador continúe con los trámites de la averiguación previa iniciada por los agentes del -- Ministerio Público que se encuentran en las agencias investigadoras, hasta su -- consignación, consulta de archivo o reserva según sea el caso.

a) Su inicio:

Antes de saber como se inicia, debemos determinar que es la averiguación -- previa y quien su titular; nosotros consideramos que la averiguación previa como su nombre lo indica, es el averiguar o investigar el o los hechos de los que

2. Colín Sanchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ob. Cit., pág. 117, Edít. Porrúa, México 1979

se presume la realización de un delito en agravio de una determinada persona, y es previa, porque es previa al proceso que se sigue ante el juez penal --- quien va a determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo. El Licenciado Osorio y Nieto, al respecto nos da un concepto de la averiguación -- previa y dice "Como fase del procedimiento penal puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".³ Por lo que podemos decir que durante la averiguación previa se van a reunir los elementos suficientes que le den la -- certeza al órgano investigador de la existencia de un hecho ilícito y como -- consecuencia de ésto, la presunta responsabilidad, y tales elementos le van a ser presentados al juez quien va a determinar si efectivamente el presunto -- responsable ha cometido un hecho ilícito. Pero se podría preguntar ¿quién es el órgano investigador? pues es el titular de la agencia investigadora que es el Ministerio Público, y a ello nos hace alusión el Licenciado Osorio y Nieto quien nos dice "El titular de la averiguación previa es el Ministerio Público; tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 21 Constitucional que contiene la atribución del Ministerio Público de averiguar, de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la atribución de orden Constitucional de averiguar los delitos y estas atribuciones -- las lleva a cabo mediante la averiguación previa, la titularidad de la averiguación corresponde al Ministerio Público"³, y en efecto, en el artículo 21 -- Constitucional se establece "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél..."⁴, por consiguiente, al establecerse que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, se puede deducir que efectivamente éste es el órgano investigador, además de que también el Código de Procedimientos Penales en el artículo 3º fracc. I establece "Corresponde al Ministerio Público: I.- Dirigir a la policía judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las

-
3. Osorio y Nieto, Cesar A. La averiguación Previa, Págs. 5 y 8, Edit. Porrúa, México, 1983.
 4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. págs. 17, Edit., -- Porrúa, México, 1983.

diligencias que a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo, aquellas diligencias;..."⁵. así como también en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en el artículo 1º fracc. II establece "Corresponde al Ministerio Público:

II.- Investigar con auxilio de la policía judicial y de la policía preventiva del Distrito Federal, los delitos de su competencia; ..." ¹ Así pues, como podemos apreciar el organo investigador es el agente del Ministerio Público, quien se encuentra en cada una de las agencias investigadoras y tienen como función investigar los hechos de un ilícito.

Por ser el titular de la averiguación previa el Ministerio Público, éste es quien va a iniciar la función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente pueda presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas, y tal función la va a iniciar cuando una persona va a hacer la acusación de un hecho ilícito al Ministerio Público, tal y como se establece en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en el artículo 1º -- fracc. I donde se establece "Corresponde al Ministerio Público:

I.- Recibir las denuncias y querellas sobre hechos que puedan constituir delito;..."¹

Esta acusación puede ser hecha en forma directa e inmediata, ya sea por conducto de los particulares, ya por la policía, y dicha acusación puede ser hecha por denuncia o querrela según sea el delito.

Primeramente debemos determinar que es una acusación, y esta, nos dice el Licenciado Osorio y Nieto que "Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido".³

5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, pág. 10, Edit., Porrúa, México, 1983.

1. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Ob., Cit., pág. 18.

3. Osorio y Nieto, Cesar A. Ob. Cit., pág. 8.

Por lo tanto, la acusación es cuando se hace del conocimiento del Ministerio Público de un hecho ilícito, y esta acusación puede ser hecha de dos maneras que puede ser por denuncia (de oficio) o a petición de la parte ofendida (querrela). Por denuncia entendemos que es la que hace cualquier persona - al Ministerio Público de un hecho delictuoso el cual va a ser perseguible de oficio, y al respecto el Licenciado Osorio y Nieto nos da un concepto y dice: "Denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio".³ También el maestro Colín nos habla al respecto diciendo "Dentro del ámbito del Derecho de Procedimientos Penales, es importante distinguir la denuncia como medio informativo y como requisito de procedibilidad".²

"Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado; o bien, que el ofendido sea un tercero".²

"La denuncia no es, de ninguna manera, un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se avoque a la investigación del delito, bastara que dicho funcionario esté informado, por cualquier medio, para que, de inmediato, esté obligado a practicar las investigaciones necesarias para concluir, en su oportunidad, si aquello de lo que tiene conocimiento constituye una infracción penal. y siendo esto así, quien es el probable autor".²

Y concluye diciendo "De tal consideración, se concluye: la denuncia puede presentarla cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la Ley".²

De lo antes expuesto, estamos de acuerdo con el autor en lo que se refiere a que através de la denuncia se le informa al organo investigador lo que se sabe acerca de un delito, pero en lo que si no estamos de acuerdo con este autor es en lo referente a que la denuncia no es un requisito de procedibilidad, y no estamos de acuerdo por lo siguiente: primeramente debemos determinar que es un requisito, y esto lo entendemos como algo necesario o indispensable para poder llevar a cabo una cierta conducta o para entrar a algún lugar de

3. Osorio y Nieto, Cesar A. Ob. Cit., pág. 8

2. Colín Sánchez, Guillermo, Ob. Cit., pág. 236.

terminado, por ejemplo, para entrar en la escuela primaria se exige como requisito que el niño tenga 6 años cumplidos, y sino cumple con esto, no podrá entrar a la escuela.

Como procedibilidad, entendemos que es la actividad que se va a llevar a cabo, o sea, los pasos que se van a seguir para llegar a una conclusión; así pues, podemos entender por requisito de procedibilidad algo indispensable para que se lleve a cabo un procedimiento, por lo que consideramos -- que la denuncia si es requisito de procedibilidad en virtud de que es algo indispensable para que se inicie el procedimiento, ya que como nos dice el autor, através de aquella (la denuncia), se le informa al Ministerio Público lo que se sabe de un delito, esto también lo podemos deducir de lo establecido en el artículo 16, párrafo 2º de nuestra Constitución el que a la letra dice: "No podrá librarse, ninguna orden de aprehención o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal".⁴ -- Así, se dice que sino hay denuncia, no se puede girar ninguna orden de -- aprehención o detención, luego entonces, se puede decir que la denuncia si es un requisito de procedibilidad; otra cuestión más en la que no estamos de acuerdo es en lo que nos dice que basta con que dicho funcionario este in formado por cualquier medio para que de inmediato este obligado a practicar las investigaciones necesarias, lo que nos hace suponer, que si ---- aquél escucha por la radio que se han cometido varios robos dentro de su --- jurisdicción, esta obligado a investigar los hechos de dicho ilícito aún -- cuando no hayan sido denunciados, ni que es lo robado, ni a quienes, ya -- que si no se sabe esto último, sería un gran problema. si tomamos en consi deración el gran número de personas que transitan a diario por dicho lugar, -- además de las que ahí habitan, y no estamos de acuerdo porque si bien es -- cierto que los delitos de oficio son aquellos que tienen una importancia tal que no es necesario que la persona ofendida solicite que se persiga el delito (por lo que la denuncia de un hecho delictivo puede hacerla cualquier -- persona sin importar que la misma provenga de un procesado, de un sentencia do o de un extranjero, ni tampoco el sexo, ni la edad, salvo las excepciones previstas por la ley como ejemplo de los delitos que se persiguen de ----

4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ob. Cit., pág. 12

oficio tenemos el delito de robo, despojo, fraude, etc.), también es cierto - que es necesario que el órgano investigador debe tener una versión lo mas detallada posible para poder plasmarlo en la averiguación previa y partir de -- una base para iniciar la investigación, porque de otro modo sustentaria dicha averiguación en una base frágil, por lo que si se basara en lo que escucho por la radio, unicamente pondria esto, pero si una persona se presenta en la agencia a denunciar el ilícito, lo va a hacer en una forma más detallada, aunque pensamos que este autor probablemente se basó en lo establecido en el artículo 262 del código de procedimientos penales que a la letra dice "Todos los fun-- cionarios de la policía judicial estan obligados a proceder de oficio en la - investigación de los delitos de que tengan noticia, excepto en los casos si-- guientes:

I.- Cuando se trata de delitos en los que sólo se puede proceder por que rella necesaria, si no se ha presentada ésta, y

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, y éste no se ha llenad^o,⁵ Como podemos ver, este artículo establece que se debe realizar la investigación de los delitos de que se tengan noticia, en lo que no estamos de acuerdo, por lo antes expuesto, asi pues, podemos decir que la denuncia es cuando una persona, cualquiera que sea, salvo las excepciones previstas por la ley, hace -- del conocimiento del Ministerio Público de un hecho que razonablemente se pueda considerar como delito y que es perseguible de oficio.

Ahora la otra de las formas en las que se hace la acusación de un deter-- minado delito ante el agente del Ministerio Público es la denominada a peti-- ción de la parte ofendida o por querella, la que entendemos que es la acusa-- ción hecha por la persona que ha sido afectada directamente en sus intereses, y únicamente si esta persona lo desea, se ejercitara acción penal en contra - de quien se supone cometió el hecho ilícito, al respecto el Licenciado Osorio y Nieto nos dice "La querella puede definirse como una manifestación de volun-- tad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido - con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no per

seguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción pena".³ También el Maestro Colín Sánchez nos habla al respecto diciendo "La querella es un hecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido".²

"Tratandose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también su legítimo representante, cuando lo estime necesario, pondrán en conocimiento del Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso para esta clase de delitos, sin la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho".²

Y concluye diciendo "Si la querella es presentada por los legítimos representantes, sera válida, porque la ley procesal de la materia lo permite; empero, "para las querellas presentadas por personas físicas, sera suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio en los que solo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo". (art. -- 264 del c.p.p. para el D.F.)".²

Por lo tanto podemos decir que la querella existe cuando la persona ofendida directamente se presenta ante el Ministerio Público para hacer del conocimiento de éste, el hecho delictivo, y unicamente puede presentarse la persona ofendida, porque si se presenta otra persona que no sea la ofendida no se puede iniciar la averiguación debido a que estas denuncias se hacen de los delitos que no se siguen de oficio pero si a petición de parte, o sea que la parte afectada es quien deside si desea que se ejerza acción penal en contra de quien presuntamente cometio un delito en su agravio, tal y como se deduce de lo establecido en el artículo 264 del c.p.p. que señala "Cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querella de la parte ofendida, bastara que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276, se reputara --

3. Osorio y Nieto, Cesar A., Ob. Cit., pág. 8

2. Colín Sánchez, Ob. Cit., pág. 241 y 244.

parte ofendida para tener por satisfechos los requisitos de la querrela necesaria, a toda persona que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito, y, tratándose de incapáces, a los ascendientes y, a falta de estos, a los hermanos o a los que representen a aquellas legalmente...".;

Por lo tanto la querrela unicamente se lleva a cabo cuando la persona -- afectada, hace del conocimiento del Ministerio Público del hecho delictivo, y dentro de los delitos que se siguen a petición de parte tenemos los señalados en el artículo 263 del Código de Procedimientos Penales, el que a la letra di ce sólo podran perseguirse a petición de la parte ofendida, los siguientes -- delitos:

I.- Rapto y estupro:

II.- Injurias, difamación, calumnias y golpes simples, y

III.- Los demás que determine el Código Penal".⁵

En SUMA, podemos decir que la averiguación previa se inicia con la acu-- sación de un hecho delictuoso ante el agente del Ministerio Público, y tal acu-- sación dependiendo del delito de que se trate puede ser perseguible de ofi cio (denuncia) o a petición de parte (querrela), y dicha acusación primeramen te va a ser escuchada por el agente del Ministerio Público para determinar -- si efectivamente parece que si hay delito, y de ser así, procede a hacerlo -- constar por escrito y a buscar toda clase de pruebas.

b) Como se formula:

El agente investigador que es el Ministerio Público, al tener conocimien to de los hechos de un supuesto ilícito, se encuentra, a primera vista, ante la imposibilidad de determinar si revisten las notas distintivas del ilícito, y también, ante el problema de saber quien es el autor o si aquél a quien se hace la imputación lo ha cometido.

Y para hacer lo anterior, es menester que el organo investigador realice una serie de investigaciones para acreditar el delito y la presunta responsa--

5. Código de Procedimientos Penales, Ob. Cit., pág. 58.

bilidad y para ello procede a iniciar la averiguación previa, durante la cual reunira los elementos legales que justifiquen el ejercicio de la acción penal; y estos requisitos los encontramos establecidos en el Código de Procedimientos Penales en los artículos 12, 13, 14, 274, 275, 277, 278, 279 y 280, los que a la letra dicen:

"Art. 12.- Las actuaciones del ramo penal podrán practicarse a toda hora y aún en los días feriados, sin necesidad de previa habilitación; se deberán escribir a máquina, a mano o por cualquier otro medio apropiado, y se expresará en cada una de ellas el día, mes y año en que se preactiven. Las fechas y cantidades se escribirán precisamente con letra y, además con cifra".⁵

"Art. 13.- En ninguna actuación judicial se emplearan abreviaturas ni -- raspaduras. Las palabras o frases que se hubieren puesto por equivocación, se testaran con una línea delgada, de manera que queden legibles, salvándose al fin con toda precisión y antes de las firmas. En la misma forma se salvarán -- las palabras o frases omitidas por error que se hubieren entrerrenglonado.

Toda actuación judicial terminará con una línea tirada de la última palabra al fin del renglón; si éste tuviere todo escrito, la línea se trazará debajo de él antes de las firmas".⁵

El artículo anterior no se lleva a cabo tal y como se establece, pues no se corrigen con una línea delgada los errores, simplemente se pone delante de la palabra que se puso por error, la palabra de "se dice", y a continuación -- lo correcto, por ejemplo: digamos que se pone "el señor Juan Herrera Saldivar, compró un automóvil", lo cual se corrige de la siguiente manera "se dice rentó un automóvil", por lo tanto no se corrige con una línea, ni mucho menos se salvan los errores al final, simplemente así se dejan, y lo único que si se -- hace es lo señalado en el último párrafo.

"Art. 14.- Todas las hojas del proceso deberán estar foliadas por el respectivo secretario, quien cuidará también de poner el sello de la secretaría

al fondo del cuaderno, de manera que abrace las dos caras.

Todas las fojas del expediente en que conste una actuación deberán estar rubricadas en el centro por el secretario, y si cuando se examine a un testigo quisiere firmar cada una de las fojas de su declaración, se le permitirá-hacerlo.

Si antes de que se pongan las firmas ocurrieren algunas modificaciones o variaciones, se harán constar. Si ocurrieren después de haber sido puestas las firmas, se asentarán por el secretario y se firmarán por las personas que hayan intervenido en la diligencia".⁵

"Art. 274.- Tan pronto como los miembros de la policía judicial que se encuentren de turno tengan conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, levantarán un acta en la que se consignarán:

I.- El parte de la policía, o, en su caso, la denuncia que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por uno u otro;

II.- Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la existencia del delito, ya a la responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores, y

III.- Las medidas que dictaren para completar la investigación".⁵

"Art. 275.- Cuando el delito que se ponga en conocimiento de la policía sea de aquéllos que menciona el artículo 263, una vez recibida la querrela y antes de practicar la primera diligencia, el agente que la reciba tendrá la obligación de tomar las siguientes providencias:

I.- Hacer saber al querellante las sanciones en que incurra, si se produce con falsedad;

5. Código de Procedimientos Pneales. Ob. Cit., págs. 13, 62 y 63.

II.- Asentar los datos generales para la identificación de la persona -- querellante, entre los cuales se contará, en todo caso, la impresión de las huellas digitales al pie del escrito que se presentare, y

III.- Comprobar la personalidad del querellante, en los términos establecidos por el artículo 264".⁵

"Art. 277.- Las actas se extenderán en papel de oficio, autorizándose cada hoja con el sello de la oficina e insertándose en ellas las constancias -- enumeradas en el artículo 274, las diligencias de ratificación o de reconocimiento de firma y de todas las determinaciones o certificaciones relativas.-- Además, se agregarán los documentos y papeles que se presenten".⁵

"Art. 278.- En las oficinas de policía judicial se llevarán los libros -- necesarios para dar entrada a los asuntos que se tramiten, y se formará expediente con copia de cada acta y con los demás documentos que se reciban, dejando copia de estos últimos cuando fuere necesaria la remisión de los originales".⁵

"Art. 279.- Cuando se reciban armas u otros objetos que se relacionen -- con el delito, se hará la descripción de ellos en las actas, expresandose las marcas, calidades, materia y demás circunstancias características que faciliten su identificación; si se recibiere dinero o alhajas, se contará el dinero, expresandose la clase de moneda y su número, y se especificarán debidamente -- las segundas, entregandose el recibo que mencionan los artículos 98 y 269".⁵

De acuerdo a lo establecido en este artículo, al recogerse algún objeto, al dueño de éste o a quien se le recoja se le dara un recibo para que posteriormente pueda solicitar que le sean devueltos y ello sea posible con dicho recibo, y la copia de éste se enexa al expediente, pero esto, en la práctica no se lleva a cabo ya que unicamente se recogen los objetos, se da fe de ---- ellos (en la agencia investigadora) y se ponen a disposición del juez, cuando no son entregados por el agente del Ministerio Público a quien acredite la --

propiedad de dichos objetos, pero nunca se da recibo alguno por estos.

Ahora bien, lo anterior, es lo que nos dice la Ley de como se debe elaborar una averiguación previa, pero en la práctica diaria (de acuerdo a datos - proporcionados en una agencia investigadora), se realizan de la siguiente manera: La averiguación se inicia con la mención del lugar, y número de la agencia investigadora en la que se inicia la averiguación, el departamento de averiguaciones previas al que pertenece, también debe señalarse la fecha y la hora correspondiente, después sigue el llamado "exordio" el cual consiste en - una narración breve de los hechos que motivaron el levantamiento del acta, seguidamente se le toma la declaración al ofendido o denunciante de un ilícito-penal, a quien se le toma la protesta de conducirse con verdad, siempre y --- cuando sea mayor de 14 años, porque de lo contrario unicamente se le exhortará.

En seguida se le preguntan los datos generales a quien se le esta tomando la declaración, y a continuación se le pedirá que haga una narración breve y concreta de los hechos que va a hacer del conocimiento del agente investigador que es, como ya hemos señalado anteriormente, el Ministerio Público, quien deberá encausar y orientar al interrogatorio, sin presionar de ningún modo ni sugerir al declarante.

Una vez asentada la declaración en el acta respectiva se permitirá al declarante leer su declaración para que la ratifique y firme, y en el caso de - que se querrelle, además de la firma deberá imprimir su huella digital. Y en el caso de que el declarante no sepa leer, una persona designada por él mismo o en su defecto el propio agente investigador dara lectura a la declaración y en el lugar de la firma, imprimira su huella digital (de acuerdo a lo establecido en el artículo 275 fracc. II del Código de Procedimientos Penales, el que ya hemos enunciado anteriormente).

Cuando se encuentre presente el presunto responsable, se le remitira al servicio médico, para que el médico legista dictamine acerca de su integridad física (si hay lesiones, que tipo de lesiones, etc.), y estado psicofísico --

(si esta en estado de ebriedad, bajo el influjo de algún estupefaciente, etc.), a estas personas se les exhorta para que se conduzcan con cordad, mas no se les protesta, porque si son culpables, no se les puede acusar de no haber de clarado en su contra, pues tienen todo el derecho de defenderse; y en el caso de que no se sepa quien es el presunto responsable del ilícito, se hace constar en el acta poniendo "quien resulte responsable".

También el Ministerio Público tiene la obligación de inspeccionar o de observar, examinar y describir las personas, lugares, objetos, cadáveres y -- efectos de los hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho, con el fin de integrar la averiguación, también se le da intervención a la policía judicial para que realice las investigaciones ne cesarias para encontrar los elementos suficientes que acrediten la existencia o inexistencia del delito así como también a los peritos, ésto, dependiendo -- del tipo del delito de que se trate; tanto a la policía judicial como a los -- peritos se les da intervención através de la via telefónica, y ya hecho esto, se pone una razón en la averiguación previa en la que se señala día, hora del llamado, quien lo recibe y la clave que le corresponde. Y ahora de acuerdo-- a lo establecido en el artículo 134 bis, en su último párrafo se dice que "Los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o perso-- na de su confianza que se encargue de su defensa, a falta de uno u otro, el -- Ministerio Público le nombrará uno de oficio".⁵

Como podemos ver, este artículo que se aumentó al Código de Procedimien-- tos Penales, actualmente no ha cumplido con el fin para el que fue creado, ya que anteriormente, o sea, cuando entro en vigor, la intención que se tenía era de que los pasantes de derecho que prestaban su servicio en las agencias in-- vestigadoras fungieron como defensores de oficio, pero resulta que actualmente por ordenes de la Nueva Procuradora, ya no hay pasantes de derecho en dichas -- agencias, por lo que ahora el agente del Ministerio Público para cumplir con -- este requisito nombra a uno de sus familiares como defensor cuando no tiene -- un abogado particular. Y al final de la averiguación se da fe de lo actuado, -- y firman tanto el Ministerio Público como su secretario. Ahora bien, para que

5. Código de Procedimientos Penales. Ob. Cit., pág. 36.

quede en una forma mas clara lo antes expuesto, pondremos lo que sería el -- "machote" de una averiguación previa, señalando que esto es lo que se pone -- en todas las averiguaciones al iniciarlas, aunque el procedimiento que se si gue en cada una de las averiguaciones va a variar ue acurdo al delito del -- que se trate, porque debemos señalar que hay algunos delitos que son mas de- licados que otros, así pues, una averiguación quedaria de la siguiente mane- ra:

DEPARTAMENTO L DE AVERIGUACIONES PREVIAS
1ª AGENCIA INVESTIGADORA
TERCER TURNO
DELITO ROBO
AVERIGUACION PREVIA 25344/982

HOJA 1

En la Ciudad de México, Distrito Federal, siendo las 13 trece horas del día 18 diez y ocho de Diciembre de 1982, mil novecientos ochenta y dos, el - suscrito Agente del Ministerio Público adscrito al tercer turno de la prime- ra agencia investigadora en el Departamento "L" DE AVERIGUACIONES PREVIAS, - quien actua en forma legal en compañía de su Oficial Secretario con quien al final firma y DAN FE. - - - - -

HACEN CONSTAR - - - - -

- - - - -Que minutos antes de la hora indicada se presentó en esta representa- ción social el que manifestó llamarse MARIO RAMIREZ HERNANDEZ que viene a de nunciar el delito de Robo cometido en su agravio y en contra de quien resul- te -- responsable, por lo que el suscrito ordenó el inicio de la presente co mo directa que es - - - - -

-CONSTE - - - - -

-DECLARO EL DENUNCIANTE- - - - -

- - - - -El personal que actua procede a tomarle su declaración, el que respon- de al nombre de MARIO RAMIREZ HERNANDEZ quien previamente protestado y adver- tido en términso de Ley, por sus generales manifestó llamarse como ha queda- do escrito, ser de 22 dos dos años de edad, soltero, católico, originario de Sinaloa, con domicilio actual en la ciudad de México en las calles de Moneda número 18 uno, ocho en el centro de la ciudad y en relación a los presentes hechos. - - - - -

DECLARA - - - - -

- - - - -Que el día de ayer siendo aproximadamente las 6 seis horas, etc., (a continuación se hace la naracción de los hechos y en los casos en los que -- hay detenido, se le hace saber el beneficio que le concede el artículo 134 - bis, quedando esto como sigue - - - - -

- - - - -RAZON: Siendo las 14:00 catorce horas, el personal de actuaciones --- HACE CONSTAR, que se le hace saber al presentado, el beneficio que le conce- de el artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales, para que nombre defensor y se procede a tomarle su declaración correspondiente, el presenta- do: MARIO RAMIREZ HERNANDEZ, se reserva el derecho y en su oportunidad hara- el nombramiento, ya que sus familiares no han comparecido a la oficina - - - - -

CONSTE - - - - -

- - - - -RAZON: Siendo las 18:00 Diez y ocho horas, el personal de actuaciones HACE CONSTAR, que en virtud de que el presentado: MARIO RAMIREZ HERNANDEZ, - se abstienen de nombrar defensor se le procede a tomar su declaración corres- pondiente. - - - - -

----- CONSTE -----
 después se le toman sus generales y su declaración), a continuación se hace el llamado a la Policía judicial para que investigue los hechos, y se pone una razón en la que se señala quien recibió el llamado en la guardia de agentes, y el número que le corresponde al llamado, y al final de la averiguación se hace el acuerdo el que va como sigue ----- ACORDO.-----
 VISTO LO ACTUADO EL SUSCRITO EN INVESTIGACION DE LOS HECHOS.-----
 ACORDO-----
 -----Por iniciadas las siguientes actuaciones, registrense en el libro de gobierno bajo el número que le corresponde como directas que son.-----
 -----Originales de las presentes actuaciones se envían al C. Jefe del Departamento "L" de averiguaciones previas, (mesa de trámite) para su prosecución y perfeccionamiento, y copias al carbón remítanse al C. Director-General de averiguaciones previas y al C. Jefe de averiguaciones previas para su conocimiento.-----
 -----CUMPLASE-----
 -----SE CIERRA Y AUTORIZA LO ACTUADO----- DAMOS FE-----

EL C. AGENTE DEL M.P.
 Nombre y Firma.

EL OFICIAL SECRETARIO
 Nombre y firma.

Una vez que el Ministerio Público haya realizado las diligencias conducentes para la integración de la Averiguación Previa en la agencia investigadora, se debiera señalar el trámite que se deba seguir, obviamente a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma, y las posibles resoluciones que puede determinar el Ministerio Público son:

A) Ejercer acción penal, esto es lo que se hace cuando se ha integrado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

B) Envío a mesa de trámite, la que se encuentra en la misma agencia, y esto se realiza cuando no hay detenido y se desea que se haga una investigación mas a fondo.

C) Envío a la agencia central o Sector Central, se envían a este lugar cuando los delitos son de los llamados concentrados, habiendo detenido o no habiendolo; son concentrados debido a una circular emitida por el Procurador-General de Justicia del Distrito Federal en el que se considera que algunos delitos deben tener un trato especial toda vez que son delitos considerados como de alto grado de peligrosidad o como de difícil integración y acreditación en cuanto a cuerpo del delito y presunta responsabilidad, lograndose con

este trato especial, el ser integrados a la perfección, y esto no se aplica - mas que a nivel interno porque la Circular unicamente va a regir dentro del - ámbito interno no pudiendo aplicarse en otras dependencias, además de que esta circular es emitida por un director de una dependencia, sobre las cuestiones de su área competencial, y tal circular establece: "La necesidad de que - la procuración de justicia llegue a todas las personas de manera pronta y expedita, a fin de que las molestias a éstas se reduzcan al mínimo, hace necesaria la creación de la Agencia Central Investigadora del Ministerio Público de pendiente de la Dirección General de Averiguaciones Previas para que integre las averiguaciones previas cuando existan personas detenidas, por lo que con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1º fracción IV, y 19, fracción - II, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, ha tenido a bien dictar el siguiente

A C U E R D O .

PRIMERO.- Se crea la Agencia Central Investigadora del Ministerio Público, dependiente de la Dirección General de Averiguaciones Previas.

SEGUNDO.- La Agencia Central Investigadora del Ministerio Público estará ubicada en el edificio que ocupan las oficinas centrales de la Procuraduría".₁

TERCERO.- La Agencia Central Investigadora del Ministerio Público tendrá a su cargo el inicio, persecución y perfeccionamiento de las Averiguaciones - Previas en que existan personas detenidas que esten a disposición del Ministerio Público y cuyo conocimiento corresponda al Sector Central, o en aquellos casos en que por acuerdo superior así se determine.

CUARTO.- La Agencia Central Investigadora del Ministerio Público funcionará en tres turnos de 24 Hrs. de labores por 48 de descanso".₁

D) Envío a otro departamento de averiguaciones previas de otra agencia - por ser este lugar la jurisdicción que le corresponde, esto es, porque los -- hechos materia de una averiguación sucedieron en el perímetro de otro departamento de averiguación previa o de otra agencia investigadora del Ministerio - 1. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Público, puede remitirse la averiguación previa y el detenido en su caso al departamento o agencia correspondiente.

E) Envío por incompetencia a la Procuraduría General de la República, es to es, cuando los hechos que motiven el inicio de una averiguación previa constituyan posibles delitos del orden federal, y

F) Envío por incompetencia al consejo tutelar para menores infractores en el Distrito Federal cuando los hechos que se investigan aparezca como autor del hecho delictivo un menor.

2. FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Anteriormente el Ministerio Público no tenía las facultades con las que cuenta hoy en día, estas le fueron otorgadas a partir de la constitución de 1917 según nos lo señala el Licenciado Castro Juventino quien nos dice: "Se reúne el congreso constituyente en Querétaro, se expide la Constitución de 1917. Se discutieron en su seno ampliamente los artículos 21 y 102 constitucionales que se refieren al Ministerio Público. En el informe a esa asamblea del C. Primer Jefe Venustiano Carranza -al tratar este punto-, explica cómo la investigación de los delitos por parte de los jueces había creado la llamada "Confesión con cargos", estableciendo una situación insostenible, ya que estos funcionarios judiciales en su afán de notoriedad ejercían verdaderas arbitrariedades, y en cambio el Ministerio Público era una figura decorativa que no ejercía la función para la que fue creado, y pugnaba por situar a cada quien en el lugar que le correspondía, quitándole al juez la facultad de policía judicial y de acusador que hacía los cargos para arrancar la confesión de los reos"⁶, y desde entonces el Ministerio Público tiene una actividad dualista donde actúa como autoridad y como parte.

a) Como Autoridad:

Se dice que el Ministerio Público es una institución dependiente del Esta

6. Castro Juventino. V., El Ministerio Público en México, pág. 20, Edit., Porrúa, México, 1976

do (poder ejecutivo) que actua en representación del interés social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes, en lo referente a esto nos dice el Licenciado Colín Sánchez que "Para fundamentar la representación social --- atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esa manera se persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad".²

Y continua diciendo "Es indudable que el Ministerio Público representa en sus múltiples atribuciones el interés general, y de acuerdo con ello, tal interés que originariamente corresponde a la sociedad, al instituirse el Estado queda delegado en él para proveer todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad, y aunque por lo general, no representa al Estado en aspectos particulares de éste, concebido como personas morales, dicha representación es posible, debido a que la legalidad siempre debe ser procurada por el Estado através de sus diversos órganos".²

Y también el Licenciado Castro Juventino opina al respecto diciendo: "Si racusa afirma que el ejecutivo esta encargado de conservar el orden, de vigilar la seguridad pública, de asegurar a todo ciudadano la libertad en el ejercicio de sus derechos; en suma, a él compete velar por la plena ejecución de la ley. Y respecto de la acción penal -que mira por que se cumpla con la aplicación de la ley penal-, forma parte de las atribuciones esenciales y legítimas del poder ejecutivo, siendo el arma que la sociedad le da para que disponga de ella en el cumplimiento de su misión. Ciertamente es también, sin embargo, que el ejecutivo no se reserva esta facultad para sí, sino que la entrega y delega para su ejercicio al Ministerio Público, que debe gozar por lo tanto de independencia en el ejercicio de su función técnica, sin admitir intromisión del ejecutivo en ese aspecto. Si bien el Ministerio Público es un órgano administrativo, el poder ejecutivo no tiene -ni debe tener-, ninguna urgencia en el ejercicio de la acción penal".⁶

2. Colín Sanchez, Guillermo, Ob. Cit., págs. 89 y 90

6. Castro Juventino, V., Ob. Cit., págs. 39 y 40.

Así podemos observar que se dice que la sociedad es quien le delega el poder al Ministerio Público, y este es representante de aquella, por lo que el Ministerio Público adquiere la autoridad por parte del Estado, pero como aquél es nombrado por el Procurador y este a su vez por el poder Ejecutivo -- (presidente de la República), entonces el Ministerio Público es una autoridad administrativa o una autoridad no judicial quien tiene como función la persecución de los delitos, además del ejercicio de la acción penal, y quien también actúa en la agencia investigadora como autoridad, lo que se desprende de lo establecido en el artículo 21 Constitucional, así como también de lo establecido en el Código de Procedimientos Penales en los artículos 3º fracción I y III, y en el 273, así como también en la Ley Orgánica de la Procuraduría -- General de Justicia del Distrito Federal en el artículo 1º fracción II y IV, y tales artículos a la letra dicen:

"Art. 21 Constitucional: La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél..."⁴

"Art. 3º del C.P.P.: Corresponde al Ministerio Público:

1. Dirigir a la policía judicial en la investigación que éste haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las diligencias que a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o -- practicando él mismo aquellas diligencias;"⁵

"III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código, y pedir en los demás casos, la detención del delincuente".⁵

"Art. 273.- La policía judicial estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, lo mismo que la policía preventiva, cuando actúe en averiguación o persecución de los delitos.

4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ob. Cit., pág. 17

5. Código de Procedimientos Penales, Ob. Cit., pág. 10

Tanto el Ministerio Público como la policía judicial se sujetarán a los reglamentos y leyes orgánicas respectivas, en lo que concierne a las diligencias que hayan de practicar antes de iniciarse el procedimiento judicial,"⁵

"Art. 1º Corresponde al Ministerio Público:

II. Investigar con auxilio de la policía judicial y de la policía preventiva del Distrito Federal, los delitos de su competencia;

IV. Ejercitar la acción penal;"¹

Por lo tanto, el Ministerio Público es una autoridad porque tienen un poder de mando señalado en los artículos anteriores, y se dice mando, porque va a mandar que se lleven a cabo una serie de actos para acreditar la presunta responsabilidad y va a mandar, mas no a pedir ni a sugerir como lo hace ante el juez penal y para mandar tiene a su cargo a una serie de personas a quienes podrá poner en movimiento para que lo auxilién a esclarecer el hecho delictivo, de entre estas, cuenta con los peritos de diferentes áreas, como lo son en balística, en dactiloscopia, en química, en fotografía, los peritos arquitectos, en tránsito, los peritos del laboratorio, estos son los que se encargan de levantar a las personas que fallecen en la calle, también cuenta con el médico legista el que tiene como finalidad determinar la integridad física, del presunto responsable del delito, y en algunas ocasiones la del querellante como lo es en el caso del estupro donde va a determinar la edad clínica y si efectivamente hubo desfloración, también va a determinar el estado psicofísico, como lo es en el caso de los conductores para determinar si se encuentra bajo el influjo de alguna droga o del alcohol, o si se encuentra en su estado normal. También dentro de las personas que se encuentran a cargo del Ministerio Público, tenemos a la policía judicial, tal como se establece en el artículo 21 de la Constitución de la República (antes citado), de donde se deduce que la facultad de la policía judicial es auxiliar al agente del Ministerio Público para encontrar los elementos que acreditan la presunta responsabilidad, y al respecto el licenciado Castro Juven- tino dice "La facultad de la policía judicial tiene por objeto llenar los re

5. Código de Procedimientos Penales, Ob. Cit., pág. 10

1. Ley Orgánica de la Procuraduría Genal de Justicia del Distrito Federal, - p. 18

quisitos exigidos por el artículo 16 constitucional. Comprobados que sean -- estos extremos ya se podrá ejercitar la acción penal ante la Jurisdicción co rrespondiente".⁶ También el maestro Colín Sanchez habla al respecto "Durante el inicio de la averiguación previa se pone de manifiesto la función de la - policía judicial a cargo del Ministerio Público, quien actuando como autori- dad en la investigación de los hechos, es ayudado por el ofendido, por los - peritos y terceros".² Así, debemos determinar, que la policía judicial es -- quien investiga los hechos, así como también los peritos bajo el mando del - Ministerio Público para esclarecer el asunto, encontrando los elemen^utos sufi- cientes y necesarios para acreditar la presunta responsabilidad o la falta - de elementos para acreditarla, pero también consideramos necesario señalar - que una de las características del Ministerio Público es la indivisibilidad- como nos lo hace notar el Licenciado Castro Juventino quien nos dice "El Mi- nisterio Público es indivisible en él sentido de que "ante cualquier tribu-- nal y por cualquier oficial que la ejercite, el Ministerio Público represen- ta a una sola y misma persona en instancia: La sociedad o el estado".⁶

Y así vemos como dentro del procedimiento, uno es el agente del Ministe- rio Público que inicia la averiguación y ejercita la acción penal y otro el- que actúa en el proceso, quien pide al juez que se aplique la sanción que -- considere pertinente, y aún pueden reemplasarse en el curso del proceso. A - pesar de lo cual se dice --en términos generales--, que ha sido el Ministe-- rio Público el que ha hecho la persecución de los delitos, tal y como lo es- tablece la Constitución, porque la institución es indivisible.

b) Como parte:

Como ya hemos señalado anteriormente, el Agente del Ministerio Público- tiene una personalidad dualista, esto es, que actúa como autoridad y como -- parte, y actúa como parte ante el juez penal. Esto es establecido, como tam- bién ya lo señalamos anteriormente, a raíz del Congreso Constituyente de --- 1917 donde el C. Venustiano Carranza señala que si una persona era juez y par- te a la vez, se ejercían muchas arbitrariedades, por lo que se optó por señalar a una

6. Castro Juventino, V. Ob. Ci., págs. 255 y 44
2. Colín Sánchez Guillermo, Ob. Cit., pág. 255

persona como juez y a otra como parte, y efectivamente, creemos que se encuentra en lo cierto porque debemos tomar en consideración que para conseguir a un sujeto, por la posible comisión de un delito, es necesario reunir todos los elementos que sean posibles para acreditar la presunta responsabilidad de quien realizó tal ilícito, así como el cuerpo del delito, y si quien va a reunir tales elementos (es el juez, pues el acusado no va a tener oportunidad de defenderse puesto que aquél va a reunir los elementos que a su consideración, sean suficientes para aplicarle una determinada sanción, así pues, la parte acusada, se encontraría ante una gran desventaja y aún más, no tendría ni siquiera oportunidad de defenderse; mas sin embargo si una es la autoridad y otra la parte, como sucede, pues tanto el acusado como el acusador, -- tienen las mismas oportunidades (uno de acusar y el otro de defenderse), además de que con esto el juez podrá analizar las pruebas que le sean presentadas tanto por el acusado como por el acusador para el esclarecimiento del asunto, y así poder determinar cuales pruebas son fehacientes para acreditar el delito o no, y así brindarles iguales oportunidades a ambas partes.

Así pues, se establece en el artículo 21 Constitucional que "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial"⁴, de lo -- cual se desprende que únicamente la autoridad judicial es quien va a imponer las penas y como el Ministerio Público no es una autoridad judicial sino administrativa, ya que depende del procurador quien es una autoridad administrativa, no puede imponer una pena: al respecto el Licenciado Colín Sánchez -- Dice "Como el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es -- posible considerarle órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo, derivándose de esto su carácter de parte, puesto que la represión penaria, pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de la misma, para que la ley quede violada, persigue el delito y al subjetivarse las funciones estatales en: "Estado-Legislación, Estado-Administración y Estado-Jurisdicción": el Ministerio Público realiza las funciones del Estado-Administración, poniéndose como sujeto ante el Estado-Jurisdicción, pidiendo la actuación del Derecho,

4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ob. Cit., pág. 17

pero sin actuarle él".²

Y continua diciendo: "En esas condiciones, el Ministerio Público actúa con el carácter de "parte" hace valer la pretensión punitiva y de acuerdo con ello, ejerce poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo, sobre todo, presenta a través de su actuación, las características esenciales de quienes actúan como "parte"; "ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases".²

Y concluye diciendo "El Ministerio Público dada su naturaleza y fines, carece de funciones jurisdiccionales: éstas son exclusivamente del juez, de tal manera que debe concretarse a solicitar la aplicación del Derecho, mas no declararlo".² Y al respecto, también nos habla el Licenciado García Ramírez quien dice: "El Ministerio Público es autoridad durante la averiguación previa y parte en el proceso, desde que ejercita la acción penal"⁷, y efectivamente el Ministerio Público actúa como parte durante el proceso cuando ejerce acción penal, por ser aquél una autoridad administrativa, ahora bien, también en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se establece en el artículo 34 que: "Son atribuciones de la Dirección General, se establece en el artículo 34 que: "Son atribuciones de la Dirección General de Control de Procesos a través de los agentes adscritos al Ramo Penal:

I.- Intervenir conforme a derecho en los procedimientos y procesos ante el juzgado de su adscripción, promoviendo las diligencias tendientes a comprobar el delito, la responsabilidad penal de los inculcados, y exigir la reparación del daño; cuidando que las diligencias se realicen conforme a las leyes aplicables;

III.- Concurrir a las diligencias, audiencias y visitas que se practiquen en el juzgado de su descripción;

IV.- Formular los pedimentos que sean procedentes y desahogar las vistas dentro de los términos legales así como presentar oportunamente las conclusiones correspondientes:

2. Colín Sánchez, Guillermo, Ob. Cit., pág. 92

7. García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, pág. 240, Edit. Porrúa, - México, 1980

V. Cuidar que los procesos se sigan con toda regularidad;

VI. Interponer los recursos legales que procedan.

VIII. Remitir al Procurador las órdenes de comparecencia, aprehensión y cateos que reciban del Juzgado de su adscripción; y

IX. Los demás que les señalen las leyes y los reglamentos".¹

De lo cual se deduce la función del Ministerio Público como parte en el proceso, también de algunos artículos del Código de Procedimientos Penales - se deduce esto, como lo son los artículos 2º, 3º fracc. V, 6º y 272 que a la -- letra dicen:

Art. 2º. Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales;

II. Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley;

III. Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el código Penal".⁵

"Art. 3º. Corresponde al Ministerio Público:

Pedir al Juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado".⁵

"Art. 6º. El Ministerio Público pedirá al Juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias

1. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal p. 41 y 42

5. Código de Procedimientos Penales, Ob. Cit., págs. 10, 11, 9 y 62.

excluyentes de responsabilidad a que se refiere el capítulo IV, título I, libro primero, del Código Penal, o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido".⁵

"Art. 272. Cuando el acusado sea aprehendido el Ministerio Público estará obligado bajo su más estricta responsabilidad, a poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial, remitiéndole, al efecto, el acta correspondiente.

Tratándose de delitos por imprudencia, cuya pena de prisión no exceda de cinco años, el acusado será puesto a disposición del juez directamente, sin quedar internado en los lugares de prisión preventiva para que pueda solicitar su libertad provisional".⁵

De esto podemos deducir claramente que cuando el Ministerio Público actúa ante el juez penal, lo hace como parte, en suma, podemos decir, que el agente del Ministerio Público es una autoridad administrativa, por lo tanto no puede aplicar una sanción al presunto responsable de un delito, y quien si lo puede hacer es una autoridad judicial, por consiguiente, al Ministerio Público únicamente le compete llevar a cabo las investigaciones que crea pertinentes para acreditar el ilícito y ejercitar la acción penal, y como va a presentar estas pruebas al juez (quien si es una autoridad judicial y quien si puede aplicar una determinada sanción a quien resulte responsable de un hecho ilícito), pues va a ser la parte acusadora (por ser el Ministerio Público el representante de la sociedad), así pues el Ministerio Público actúa como parte durante el proceso o sea, ante el juez Penal.

5. Código de Procedimientos Penales, Ob. Cit., págs. 10, 11, 9 y 62.

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

- 1.- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- 2.- Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, México, 1979.
3. Osorio y Nieto, Cesar A., La Averiguación Previa, Edit. Porrúa, Méx. 1983.
4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Porrúa, Méx. 1983
5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, - Méx. 1983.
6. Castro Juventino, V., El Ministerio Público en México, Edit. Porrúa, México, 1976.
7. García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, México, 1980.

CAPITULO V

LA LEGITIMA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA

SUMARIO: 1. Problemática de su aplicación; a) Inconvenientes de su aplicación. b) El ejercicio de la acción penal del Ministerio Público.- 2. Inconvenientes para el presunto; a) Concepto señalado en el III Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Estocolmo.- 3. Su aplicación; a) Casos extremadamente Específicos, b) A donde se manda la averiguación previa después de ser otorgada la libertad, c) Facultades del Ministerio Público para revocar la libertad de la legítima defendida en la averiguación previa.- 4. Documentos que hablan al respecto; a) Diario Oficial de la Federación y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, b) Comentario al Artículo 3º bis. del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.- 5. Conclusiones.

1. PROBLEMATICA DE SU APLICACION

a) Inconvenientes de su aplicación:

Después de haber analizado en una forma breve la legítima defensa, así como la averiguación previa, ahora trataremos un tema sobre el que se ha escrito muy poco, y sin embargo, es un tema muy controvertido y es el de "la legítima defensa en la averiguación previa", y decimos que es muy controvertido porque en este tema encontramos problemas tanto para el Ministerio Público al otorgar la libertad, como para quien ha actuado en legítima defensa (la que va a excluir uno de los elementos del delito que es -- la antijuridicidad como ya lo hemos señalado en el capítulo II); --- primeramente debemos dejar en claro que al hablar de legítima defensa, no siempre se debe pensar en la muerte del agresor, debido a que aún --- cuando resulte lesionado éste, también se va a dar esta eximente y de ello nos hace alusión el maestro Soler al decir "El error que yace en esas divagaciones consiste en suponer que la legítima defensa debe terminar siempre con la muerte del agresor no podría negarse que obra en legítima defensa el --- que, a empellones y puntapiés, saca de su oficina al que pretende sus--

mento o al que se empeña en permanecer en domicilio ajeno contra la voluntad - del dueño" ¹, y efectivamente, la legítima defensa se da aún cuando no resulte muerto el agresor, porque no necesariamente debe acaecer la muerte de éste, -- cuando esto no sea necesario, lo que podemos deducir de lo establecido en el artículo 15 fracción III. párrafo 3º del Código Penal el que a la letra dice - "Que no hubo necesidad del medio empleado en la defensa" ², por consiguiente si no hay necesidad de privar de la vida al agresor, no debe llevarse a cabo esto, así, el que un sujeto reciba una bofetada con ímpetu lesivo, no implica el que el agredido dispare un arma de fuego, y no podría negarse que éste al darle un empujón a su agresor o darle un golpe y lesionarlo, esta actuando conforme a ésta excluyente, pero sucede que esto únicamente se toma en cuenta en la doctrina, ya que en la práctica no se lleva a cabo; éste, es uno de los tantos vi cios que vamos a encontrar en las agencias investigadoras, ya que cuando el A gente del Ministerio Público, se encuentra ante esta situación, lo que hacen - es consignar a ambos sujetos por el delito de riña (esto es debido a que aquél no tiene la certeza suficiente de que uno de los dos efectivamente actuó en le gítima defensa. por lo que ejercita la acción penal, y así el juez va a deter- minar si se trata de una riña o si realmente existe alguna de las excluyentes- de responsabilidad de acuerdo a las pruebas que le presenten), por lo que no - es extraño que la mayoría de los tratadistas hablen casi siempre refiriendose- a la muerte del agresor , por ser estos casos los mas comunes en los que se h bla de legítima defensa.

Después de haber precisado esto, podemos señalar algunos de los incove--- nientes que consideramos que puede tener el Agente del Ministerio Público al - otorgar la libertad a quien haya actuado conforme a dicha excluyente de respon- sabilidad, y el primero de ellos es que a aquél le compete el ejercicio de la- acción penal en contra del presunto responsable de un hecho ilícito, por ser - una autoridad administrativa; y a la autoridad judicial le compete determinar- la sanción que le corresponde a quien sea responsable de este delito, y a quien no lo sea decretarle su libertad, esto, de acuerdo a lo establecido en el ar- tículo 21 Constitucional el que a la letra dice "La imposición de las penas es

1.- Soler, Sebastian, Derecho Penal Argentino, pág. 345, Edit., Tipográfica -- Editora Argentina. Buenos Aires. 1970.

2.- Código Penal para el Distrito Federal, pág. 12, Edit. Porrúa, México, 1983.

propia y exclusiva de la autoridad judicial, la persecución de los delitos --- incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél"³, aunque claro que también el órgano investigador puede otorgar la libertad con las reservas de ley, cuando no se com--- pruebe el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad.

Otro de los inconvenientes que vamos a encontrar es que el Ministerio Pú--- blico no puede decretar la libertad a quien haya actuado en legítima defensa - de acuerdo a lo establecido en el artículo 6° del Código de Procedimientos Pe- nales para el Distrito Federal el que a la letra dice "El Ministerio Público - pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existi- do, sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque exista en fa- vor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad a que- se refiere al capítulo IV, título I, libro primero, del Código Penal, o en los casos de amnistia, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido"⁴, luego entonces si el Ministerio Público tiene los elementos suficientes que acrediten que una persona actuó de acuerdo a alguna de las excluyentes de responsabili- dad, debe ejercitar la acción penal (de acuerdo a lo establecido en este ar--- tículo), y después durante el proceso solicitarle al juez que decrete la liber- tad al presunto responsable por considerar que el delito no se va a integrar - completamente (porque debemos recordar que generalmente se dice que "el Minis- terio Público ejercitó la acción penal" o que "el Ministerio Público pidió al juez que se aplique la sanción correspondiente al delito", aunque uno es el --- que actúa en la agencia investigadora y otro el adscrito al juzgado), porque - va a faltar uno de los elementos de éste, que en este caso es la antijuridici- dad, por lo que consideramos que seria absurdo que el Ministerio Público ejer- cite acción penal contra una persona que actuó en legítima defensa (cuando las pruebas así lo demuestren plenamente), pues estaria actuando en una forma arbi- traria, además de que va a consignar a quien no es responsable de un delito.

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21, pág. --- 17, Edit. Porrúa, México, 1983.

4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, art. 6° pág. 11 Edit., Porrúa, México, 1983.

Otro de los inconvenientes que tiene el Agente del Ministerio Público para comprobar los elementos del delito es el tiempo, pues este resulta muy corto, y la mayoría de las veces (si no es que en todas), necesita de mas tiempo para comprobar la existencia del hecho ilícito, puesto que es necesario que practique una serie de diligencias, además de que debe darle intervención a la policía judicial, así como también a los peritos en la materia, según sea la naturaleza del delito; por lo que con el tiempo tan corto con el que cuenta es muy difícil que se compruebe el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, - este tiempo, lo encontramos establecido en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en un acuerdo girado por el C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal del sexenio pasado el Lic. Alanis Fuentes en el que se señala "La función del Ministerio Público orientada - por la actual administración responde a la convicción de que la actividad que le es propia en el esclarecimiento de hechos posibles, debe ser congruente con las pautas de humanización del derecho, esencia de la nueva filosofía de procuración de justicia".

"La orientación mencionada debe observarse en forma prioritaria en aquellos casos en que el Ministerio Público está en la obligación de tomar decisiones que supone restricción de los derechos de particulares, especialmente cuando se trata de la libertad individual".

"Consecuentemente durante la averiguación previa, en que alguna persona - esté detenida, es preciso tomar todas las medidas destinadas a agilizar los -- trámites debiendo resolver su situación jurídica dentro del término de veinticuatro horas, evitando así que deficiencias administrativas que puedan surgir en la averiguación, sean sufridas por el presunto responsable, que se encuentra privado de su libertad a disposición del Ministerio Público, por lo que -- con fundamento en los artículos 1º. fracc. VI, IX y X, y 18, fracc. III y IV - de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, he tenido a bien dictar el siguiente

A C U E R D O

PRIMERO.- En todos los casos en que existan personas detenidas con motivo de una averiguación previa, el Agente Investigador del Ministerio Público, deberá resolver su situación jurídica, dentro del término de 24 horas" ⁵, y para complementar esto, a continuación enunciamos los artículos en los que se funda el acuerdo antes citado, los que a la letra dicen: "Artículo 1º corresponde al Ministerio Público:

VI.- Poner a disposición de autoridad competente, a las personas detenidas en flagrante delito o en casos urgentes, en el tiempo que señala el artículo - 107 fracc. XVIII, párrafo 3º de la propia Constitución, para que se proceda -- conforme a derecho y se salvaguarden las garantías individuales; ⁵

IX.- Promover lo necesario para la expédita administración de Justicia;

X.- Cuidar que las leyes se apliquen debidamente y procurar justicia en - el ámbito de su competencia; ⁵.

Artículo 18.- Son atribuciones del Procurador General de Justicia del Distrito Federal:

III.- Promover las acciones pertinentes para una eficaz procuración de la justicia en los términos de la Ley;

IV.- Dar a los funcionarios y empleados de la Procuraduría las instrucciones generales o especiales que estime convenientes, para el cumplimiento de -- sus atribuciones o funciones; ⁵.

De lo antes enunciado podemos percatarnos de que el C. Lic. Alanis Fuen-- tes al realizar este acuerdo, se baso en lo establecido en el artículo 107 --- fracc. XVIII, párrafo III de nuestra Constitución, el que a la letra dice "Tam-- bién sera consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una --- aprehensión, no pusiere al detenido a disposición de su juez, dentro de las -- veinticuatro horas siguientes" ³, lo que nos hace suponer que consideró la apre

5. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, - págs. 278, 18 y 29.

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pág. 81.

hensión como sinónimo de detención, ya que en ambos casos el resultado es el mismo, o sea, que de ambas maneras el presunto responsable va a ser privado de su libertad.

Así pues, de acuerdo a lo antes enunciado podemos considerar que el Agente del Ministerio Público cuenta únicamente con 24 horas para integrar los elementos del delito, tiempo que consideramos que en la mayoría de las veces no es suficiente, porque debe tomarse en consideración que hay delitos que por su naturaleza no pueden comprobarse o por lo menos tener la certeza de la existencia de este ilícito y la presunta responsabilidad de quien se dice que lo ha cometido.

Por lo tanto podemos concluir que el Ministerio Público al tener conocimiento de que una persona actuó en legítima defensa, no va a poder decretarle su libertad de inmediato debido a los inconvenientes antes señalados, pero claro esta, que nos estamos refiriendo a los casos en los que se tienen todos los elementos que así se lo acrediten, o sea en los casos específicos donde no se tenga duda que se actuó conforme a esa excluyente.

b) El ejercicio de la acción penal.

Como ya hemos señalado en el capítulo anterior, el titular de la acción penal es el Ministerio Público, y esta facultad le es otorgada por el artículo 21 Constitucional, el que establece "La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"³, por lo tanto, ésta, es la única persona que puede ejercitar la acción penal, y en lo referente a esto, el Licenciado Osorio y Nieto nos dice "La acción penal es la atribución Constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto"⁶, y el maestro Florián citado por el maestro Colín Sánchez también establece que "La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal."⁷

3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pág. 17

6. Osorio y Nieto, Cesar A., Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pág. 36

7. Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; pág.-277, Editorial Porrúa. México, 1979.

La Suprema Corte de Justicia también nos habla al respecto al decir "El ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación a las garantías consagradas en el artículo-21 Constitucional".⁷

Por lo que podemos decir, que el proceso se puede concebir como algo dinámico, y para que así se manifieste, es indispensable que un impulso lo provoque y este impulso viene a ser el ejercicio de la acción penal que es una atribución que tiene el Ministerio Público, la que le es otorgada (como ya lo señalamos anteriormente), por el artículo 21 de nuestra Constitución, ahora bien, la acción penal tiene su principio mediante el acto de la consignación y cuando se realiza ésta, se considera que ya se ejerció aquella en contra del presunto responsable, al respecto la Suprema Corte de Justicia nos dice "Basta -- con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercido la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que, después y ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y pida todo lo que a su representación corresponda"⁸, por lo que podemos deducir que el Ministerio Público no necesita de palabras especiales para señalar que esta ejerciendo acción penal, ni tampoco señalar una determinada acción penal para cada caso concreto, simplemente se limita a realizar la consignación, porque como nos dice el maestro Colín Sánchez "La acción penal es -- única porque no hay una acción especial para cada delito, se utiliza por igual para toda conducta típica de que se trate"⁷, así, podemos decir que el Ministerio Público únicamente ejerce acción penal cualquiera que sea el delito del -- que se trate y de quien se trate, pero por ser una atribución del órgano investigador el ejercicio de dicha acción, si quiere puede no hacerlo puesto que es el titular de la misma, tal y como nos lo señala el maestro Colín Sánchez al -- decir "La propia naturaleza administrativa de la actuación del Ministerio Pú--

8. Quinta Epoca: Tomo VII, pág. 262.- Revuelta Rafael.

8. Quinta Epoca: Tomo XXVII, pág. 2002.- Martínez Inocente.

7. Colín Sanchez, Ob. Cit., pág. 230

blico, reside en la discrecionalidad de sus actos, puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no, en contra de una persona; situación en la que no podría intervenir el órgano jurisdiccional oficiosamente para avocarse al proceso. Aún mas, la sustitución como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la institución, permite que se den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran al Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del órgano administrativo".⁷

Por consiguiente, si el Ministerio Público no ejerce acción penal, no se puede iniciar el proceso sin que así lo pida, además de que sino lo hace, el Juez no puede obligarlo a ello, y en todo caso lo que se prodría hacer es seguirle un Juicio de responsabilidad, de acuerdo a lo establecido por la Suprema Corte de Justicia quien señala: "El artículo 21 de la Constitución, al confiar la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público lo hizo sin traba y sin distingos de ninguna especie; así, si el Agente investigador se desiste de la acción penal, violando la ley orgánica respectiva, esto será motivo para que se le siga el correspondiente juicio de responsabilidad, más no para anular su pedimento, ni menos para que los Tribunales se arroguen las atribuciones que son exclusivas del Ministerio Público y manden continuar el procedimiento de no acusación pues esto equivale al ejercicio de la acción penal y a perseguir un delito, violando abiertamente el artículo 21 Constitucional".⁸

De lo antes expuesto hemos podido apreciar que cuando el Ministerio Público no ejercita la acción penal no se le puede obligar a ello, debido a -- que el artículo 21 Constitucional lo esta facultando, es más, ni siquiera -- se puede apelar al desistimiento de dicha acción através del Juicio de Amparo, de acuerdo a la opinión de la Suprema Corte de Justicia, pero el maestro Juventino Castro y el maestro Ignacio Burgoa, opinan lo contrario; primeramente tenemos al Maestro Castro quien nos dice que "Los efectos del Amparo serían en el sentido de que el Ministerio Público ejercite su acción, en los

7. Colín Sánchez. Guillermo. Ob. Cit., Pág. 91.

8. Quinta Epoca: Tomo XXVI, pág. 1035, -Rubin Antonio.

casos en que se encuentra que si procede, y de ninguna manera sería la autoridad judicial o el recurrente, ofendido por el delito los que tomarían en sus manos la acción penal. Las víctimas del delito tienen derecho a que se les repare el daño que les haya causado este, y cuando el Ministerio Público se niega a ejercitar la acción penal puede privarlos de la posibilidad de obtener dicha reparación".⁹

"De manera que debe establecerse la procedencia del Juicio de Amparo, -- contra actos del Ministerio Público que se niega a ejercitar la acción penal, ya que si bien la Constitución establece como función del Ministerio Público -- la persecución de los delitos, la establece como un deber ineludible que tiene que cumplir, y no como un derecho que ingresa en su patrimonio personal, -- y menos estableciendo la posibilidad de que con dicha función se prive de su patrimonio a los ofendidos por el delito".⁹

Y se fundamenta para decir lo anterior en lo siguiente: "La Constitución en su artículo 21 a la letra dice: " La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe -- al Ministerio Público y a la Policía Judicial la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél ...".⁹

"Analicemos detenidamente esta disposición constitucional. Primeramente se establece: la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, los Constituyentes en forma terminante y absoluta, sin interferencias de ninguna especie, establecen la función jurisdiccional con los -- caracteres de propiedad y exclusividad. Y es que por la facultad decisoria del Juez al imponer las penas, o al absolver de ellas, efectúa un acto de la soberanía de la nación como ya habíamos visto, y tal facultad en modo alguno puede ser compartido por ningún otro sujeto o funcionario en el proceso. -- Por eso los Constituyentes no vacilaron, y en forma decidida estatuyeron la facultad de imponer las penas, por parte de la autoridad judicial, con el carácter de propia y exclusiva."⁹

9. Castro V. Juventino, El Ministerio Público en Mexico, Págs. 48, 49, 103 y 104, Edit. Porrúa, México, 1976.

"En cambio, el mismo artículo afirma que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, aquí ya no esta hablando de propiedad ni de exclusividad: tan solo se establece que incumbe dicha facultad persecutoria al Ministerio Público. Se le señala un determinado campo funcional a -- la Institución; función que no va a poder ser llenada por el particular, ni-- por el Juez, ya que la obsesión de los constituyentes de 17 --en este punto guiados por ideas de Don Venustiano Carranza--. fué evitar que los Jueces -- al mismo tiempo que ejercen sus funciones propias, persigan los delitos, -- creando la peligrosísima "confesión con cargos", convirtiendose así en Juez y parte".⁹

Y como señalamos anteriormente, el maestro Burgoa también es de la opinión de que sí debe proceder el Juicio de Amparo en contra del no ejercicio de la acción penal ejercida por el Ministerio Público quien al respecto nos dice: "El ofendido debe tener el derecho de entablar la acción constitucional contra el acuerdo del Ministerio Público en el sentido de no ejercitar su facultad persecutoria, pues de esta manera dicha institución y su jefe, -- que es el procurador, tendrían un dique a su posible actuación arbitraria -- de dejar impunes los delitos o irreparados los daños causados por estos al ofendido. Si se determinase la procedencia de la acción de amparo contra -- dichas decisiones del Ministerio Público. la Justicia Federal tendría oportunidad de establecer, en cada caso concreto que se presentase a su conocimiento, si la negativa por parte de dicha entidad de perseguir un delito y acusar a su autor está o no legalmente fundada, pudiendo obligar a la mencionada Institución a ejercitar la acción penal en el caso de que se reunieran los requisitos legales para el efecto".¹⁰

"De esta manera, los derechos de los ofendidos por un delito, quedarían mas substraídos o, cuando menos mas protegidos, de un posible proceder arbitrario del Ministerio Público y, por ende, de las supremas autoridades de los estados principalmente (Gobernadores, quienes son los que nombran al -- Procurador de Justicia en sus respectivos estados, el cual a su vez es el --

9. Castro V. Juventino, Ob. Cit., pág. 104

10. Burgoa, Ignacio. Las Garantías individuales, pág. 663, Edit. Porrúa --- México 1979.

jefe de dicha institución".¹⁰

Y para determinar lo anterior, el maestro Burgoa se apoya en lo siguiente: "A pesar de que nos hemos referido a la actuación del Ministerio Público considerandola como "facultad", estimamos que en el fondo entraña una -- obligación social muy importante a su cargo que le impone el artículo 21 -- Constitucional siendo una obligación de dicha institución la persecución de los delitos en las fases a que hemos aludido, debe concluirse que su desempeño no debe quedar al irrestricto arbitrio de los funcionarios que la componen, encabezados por los procuradores correspondientes. Por consiguiente, si la existencia de un delito se comprueba durante el periodo investigatorio respectivo y existen datos que demuestren la presunta responsabilidad -- en su comisión, el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal contra el presunto responsable ante el órgano judicial competente. Este deber, de rivado del mismo artículo 21 de la Constitución excluye la facultad de abstenerse del ejercicio de la acción punitiva, ya que no perseguir los delitos ni a sus autores, entraña una situación antisocial que pone a la colectividad en permanente peligro, auspiciando a la perpetración permanente o -- periódica de hechos delictuosos bajo el signo de su imputabilidad".¹⁰

"Ahora bien, la obligación Social a que hemos aludido no solo la tiene dicha institución frente a la comunidad, sino que la asume, en cada caso con creto frente a los sujetos que sean, víctimas u ofendidos de un delito. Esta obligación social individualizada nos lleva a la conclusión de que el artículo 21 Constitucional, en lo que al Ministerio Público atañe, así contie ne una verdadera garantía individual en favor de todas las personas que --- sean sujetos pasivos de un hecho tipificado legalmente como delito, asistiendoles el Derecho correlativo consistente en exigir de la citada institución de la investigación penal correspondiente y el ejercicio de la acción-punitiva ante los Tribunales. Esta consideración, a su vez, apoya la proce dencia del Juicio de Amparo contra las decisiones del Ministerio Público en lo que respecta al no desempeño de la mencionada acción".¹⁰

10. Burgoa, Ignacio, Ob. Cit., pág. 666 y 667.

Como hemos podido apreciar, los maestros antes citados son de la opinión de que el Ministerio Público tiene la obligación de ejercitar la acción penal y en el caso de no hacerlo se le puede obligar a llevarlo a cabo a través del Juicio de Amparo, pero la Suprema Corte de Justicia opina lo contrario y nos señala que: "El Ministerio Público actúa como autoridad en la fase llamada de la averiguación previa, por lo que en ese lapso puede violar garantías individuales y procede el juicio de Amparo en su contra; pero concluida la averiguación y ejercitada la acción penal, el primer acto de tal ejercicio, que es la consignación, y todos los demás que realice y que terminan con las conclusiones acusatorias, ya que no son actos de autoridad, sino actos de parte de un proceso y no dan lugar al amparo".⁸

"El Ministerio Público ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad, y, por lo mismo, contra su acto, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la acción penal. Las facultades del Ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la Sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución que puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 Constitucional".⁸

"Si bien es verdad que el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público, conforme a los términos del artículo 21 de la Constitución General de la República, también es que la falta de ese ejercicio es legal por parte del Ministerio Público, cuando los datos que arroja la averiguación son insuficientes para darle vida, debiendo advertirse que aún en el supuesto de que fuera susceptible de juzgarse indebida, le sionaria en último extremo el derecho Social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia Constitucional; pues de estable-

8. Sexta Epoca: Segunda parte; Vol. II pág. A.D. 1989/56 José Márquez Muñoz
S. Quinta epoca: tomo XXV. pág. 1551.- López Revuelta Juan.

cerse lo contrario, es decir, de conceder el Amparo éste tendría por objeto obligar a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, (a sabiendas de que no existen elementos bastantes para darle movimiento o de que operen -- impedimentos legales para lo mismo), lo cual equivaldría a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación, la persecución de los delitos contrariando expresamente el contexto del artículo 21 invocado".⁸

De lo antes enunciado, podemos deducir que tanto el maestro Castro como el maestro Burgoa, son de la opinión de que el Ministerio Público debe ejercer acción penal cuando se tengan los elementos que acrediten el delito, y -- de no hacerlo, se le obligue a ejercitar la acción penal a través del Juicio de Amparo, y para señalar esto, se fundan en determinar que la persona afectada tiene derecho a que le sea reparado el daño que haya resultado del ilícito, y de no ejercitar la acción penal, se les puede privar de la posibilidad de obtener dicha reparación; además de que el Ministerio Público estaría actuando en una forma arbitraria, puesto que al tener los elementos que acrediten el delito debe ejercitar dicha acción, y si no lo hace, pues dejaría -- impunes los delitos, pero, resulta que como muy acertadamente se establece -- en la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público es la única autoridad (de acuerdo a lo señalado en el artículo 21 Constitucional), que puede ejercer acción penal, y al obligarsele a éste a ejercer dicha acción, pues ya no sería facultad exclusiva del Ministerio Público esto, sino que entonces también a los Tribunales de la Federación les competiría la persecución de los delitos y lo que iría en contra de lo establecido en el artículo 21 Constitucional, y no se llevaría a cabo la función para la que fue creado este artículo.

2. INCONVENIENTES PARA EL PRESUNTO.

- a) Conceptos señalados en el III Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Estocolmo:

8. Quinta Epoca: tomo C., pág. 1010. 8285/48.- Mayoría de 3 votos.

Anteriormente ya hemos dicho que cuando una persona actua en legítima - defensa, nos encontramos ante dos problemas, el primero de ellos (del que ya hemos hablado anteriormente), que es el del Ministerio Público al otorgar la libertad a quien actua de acuerdo a dicha excluyente cuando queda demostrado fehacientemente, y el segundo (del que ahora hablaremos), es el que tiene -- quien actua de esa manera; pues quien así actua lo hace por necesidad, ya -- que si no hubiera sido agredido, no hubiera lesionado o privado de la vida a su agresor, así pues, quien es detenido y consignado por repeler una agre--- sión injusta, actual, violenta y sin derecho, se va a sentir mal por ello, - e inclusive va a tener una cierta desconfianza hacia las autoridades, y no - solo eso, sino lo que es peor probablemente esta persona después de ser honrada se convierta en un delincuente, aún cuando esten detenidas durante un - corto tiempo; al respecto el maestro Carrancá y Trujillo dice "Contemporanea mente se ha acentuado la crítica contra las penas cortas que atacan la liber tad, pues ve en ellas un peligro, más que una eficaz medida de defensa So--- cial. Tales penas, se dice, son desiguales, en relación con los diversos -- vínculos de cada uno de los reos; son costosas, no intimidan, sino que, antes al contrario, hacen perder el temor a la privación de la libertad, son - degradantes, pues moralmente catalogan al individuo en el grupo de los delin cuentes conocidos; por último son contaminadoras toda vez que permiten ejem plos y relaciones amistosas con el mundo de la delincuencia"¹¹, y efectiva mente, a quien actua en legítima defensa se le va a considerar como un delin ciente peligroso, pues mientras no demuestre que actuó en esta forma, se le va a considerar como un homicida, puesto que se le va a consignar por el de lito de homicidio cuando resulte muerto el agresor, y cuando resulten lesio nados ambos sujetos. seran consignados por ese delito (de lesiones), y des-- pués sera problema del presunto responsable demostrarle al juez que actuó en legítima defensa. otro problema mas que va a tener es el que tendrá que reci bir a sus familiares en un lugar indecoroso no porque se encuentre en mal -- estado, sino que por el hecho de ser un reclusorio, en donde van a estar re--- cluidos muchos delincuentes, pues ya es indecoroso para quien realmente no - se dedica a delinquir, por lo que va a resultar vergonzoso para esta persona

11. Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, pág. 601, Edit. Porrúa, México. 1976.

el tener que recibir a sus familiares en esos lugares, al respecto nos dice el Doctor Quiroz Cuarón que en el III Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Estocolmo Viena se señaló que "Las indignidades que lleva consigo - la inspección corporal repetida, la vida rigurosamente reglamentada, las celdas atestadas, el completo aislamiento del mundo exterior, la vigilancia hostil y las condiciones humillantes en que pueden recibirse visitas, lleguen - hasta el extremo de que un día de cárcel sin motivo puede ser de por sí una gran injusticia Social".¹²

Así, podemos decir que este tipo de problemas algunas veces traen como consecuencias algunos traumas Psicológicos, para este sujeto, puesto que al salir en libertad se va a sentir extraño porque después de estar aislado del mundo exterior y de estar bajo una vigilancia tan estricta en los reclusorios, lo van a hacer que después le tengan un cierto temor a la policía, en algunas ocasiones, y en otras, pierde el temor de ser privado de su libertad; otro problema que vamos a encontrar, es el del tipo de personas con las que van a tratar dentro del reclusorio, porque es imposible separarlos a todos - debido al gran número de personas que se encuentran reclusas, y esto no únicamente en nuestro país, ya que esto es un problema a nivel mundial, lo cual deducimos de lo dicho en el III Congreso de las Naciones Unidas (citado por - el Dr. Quiroz Cuarón), donde se señaló que "En realidad, las condiciones que concurren en las cárceles pueden muy bien ser una consecuencia del número -- excesivo de los detenidos, que a su vez suele ser efecto del exceso de confianza puesto en la detención preventiva y de la lentitud e ineficacia de la administración de justicia"¹², lo que aquí en la Ciudad de México se ha venido incrementando poco a poco debido al gran número de personas que cada día llegan a la capital, lo que ha ocasionado que aumente aun más el desempleo, y así mismo la delincuencia; por lo que quienes realmente si son delincuentes van a tener un trato directo con quienes no lo son, y aún cuando en el reclusorio se tienen separados a los de primer ingreso, no por ello no van a tener trato con aquellos ya que esto únicamente es durante el primer mes por que después los clasifican y los pasan con los que ya tienen mas tiempo en -

12. Dr. Quiroz Cuarón, Asistencia a Reos Liberados, págs, 17 y 18, Edit. Ediciones Botas, Mexico,

el Reclusorio. y en tal clasificación se les va a señalar el lugar donde van a tener su dormitorio. y en este lugar es donde van a tener un trato mas directo con los delincuentes, pues como ya señalamos anteriormente (a quienes actuan en legítima defensa y lesionan o provocan la muerte de su agresor), - se les va a consignar por el delito de que se trate, por lo que tendran que tratar con verdaderos delincuentes, pero esto no es todo, sino que quien actua conforme a esta eximente, además del problema económico (porque tendra - que hacer gastos innecesarios), también tendra el problema moral, porque para una persona que no es delincuente es molesto y vergonzoso tener que estar internado en el reclusorio, por muy corto que sea el tiempo que este en dicho lugar, y esto, probablemente se refleje en su carácter, ya que se hara - un poco rebelde por considerar que si lesionó o privó de la vida a su agresor lo hizo por necesidad ya que no tuvo otra opción, mas no por así quererlo, además de que va a tener la idea de que va a ser fichado por defenderse.

3. SU APLICACION

a) Casos extremadamente específicos:

Como ya hemos señalado anteriormente, corresponde al Ministerio Público, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 Constitucional, el ejercicio - de la acción penal, mas puede no hacerlo cuando así lo considere pertinente, y consideramos que uno de estos casos puede ser cuando un sujeto actúe conforme a alguna de las excluyentes de responsabilidad (en este caso, hablamos en concreto de la legítima defensa); y tenga los elementos suficientes que - así lo acrediten; pero sucede que el artículo 6º del Código de Procedimientos Penales establece "El Ministerio Público pedirá al juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad -- del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de -- las consecuencias; excluyentes de responsabilidad a que se refiere el cap. -- IV, título 1, libro Primero, del Código Penal, o en los casos de amnistía, -

prescripción y perdón o consentimiento del ofendido"⁴. lo que nos hace suponer que el órgano investigador siempre debe ejercer acción penal en contra de cualquier persona que se encuentre a su disposición, aún cuando no se compruebe su presunta responsabilidad, y después ya como parte en el proceso -- (porque debemos recordar que al Agente del Ministerio Público en la agencia-investigadora --durante el procedimiento-- es una autoridad y cuando se encuentra ante el juez penal --en el proceso-- es parte). solicitarle al juez la aplicación de la sanción correspondiente o la libertad del procesado, según sea el caso del que se trate, lo que consideramos que no es muy acertado, pues a quien no se le comprueba la presunta responsabilidad, o sea, a quien no haya cometido un hecho ilícito, sería injusto que se le consignara, teniendo la facultad el Ministerio Público de no ejercitar acción penal, al respecto el maestro Colín Sánchez dice: "Tomando en cuenta el fin y el objeto de la acción penal la doctrina le atribuye un carácter Público; además, como la ejercita un órgano del Estado (M.P.) y se sirve de la misma para la realización de la pretensión punitiva, se dice que es obligatorio su ejercicio; no debe quedar a su arbitrio, pues si se cometió el delito, será ineludible provocar la jurisdicción para que sea el órgano de ésta quien defina la situación jurídica, porque al Ministerio Público solo se le encomienda su ejercicio y, al no hacerlo, rebasa sus funciones".⁷

"Nosotros consideramos el problema en forma contraria, la acción penal es obligatoria, siempre y cuando haya razones fundadas para suponer que una persona es responsable de un delito (art. 16 Const.); por eso es constante y a nadie extraña, que el Ministerio Público mande archivar el expediente formado en una averiguación sin consignar el caso a un juez, cuando no encuentre méritos para hacerlo; con ello no hace "declaración del Derecho", simplemente se abstiene de perseguir a una persona en contra de quien no existen méritos suficientes. Pues bien, lo mismo debe pensarse cuando de las diligencias practicadas aparecen satisfechos, por ejemplo, los requisitos de una legítima defensa: malcante (o varios) se introduce a un domicilio ajeno, de noche, o se presenta en un comercio, ante testigos, hace violencia para obtener la entrega de bienes, el secuestro de una persona, el desahogo de pasio-

4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ob. Cit., pág. 11.

7. Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pág. 229.

nes sexuales, etc., y el agredido (inclusive a veces después de ser golpeado) hace uso de armas para defender su derecho, y lesiona o priva de la vida al o a los agresores; si al Ministerio Público se lo demuestran así todas las-- pruebas que de lo investigado no se desprenden elementos para considerar al -- sujeto autor de un delito, ¿Será racional que se consigne y pida absurdamente su detención la formal prisión, etc., por el tabú primitivo de que no debe declarar el Derecho?"⁷

Continua diciendo "La realidad es que de lo practicado no existen datos para suponerle responsable de un delito, por eso se deben archivar las diligencias, con la reserva de reanudar la tramitación si aparecen nuevos datos-- que alteren la situación. Esto no se preconiza de casos dudosos, pero sí, -- con el criterio racional y humano de que tanto se habla al hacer aplicación-- de las leyes, para casos ciertos, de evidencia o de presunción en que resulte monstruoso seguir molestando, persiguiendo y perjudicando a quien fué víctima de un atraco y logró evitar que se consumara éste totalmente".⁷

Y concluye diciendo "Ahondando un poco más en el problema cabria preguntarnos: ¿Para qué sirven, entoces las presunciones establecidas por el artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, en los párrafos últimos de su inciso III, si además existen datos positivos que inducen a concluir que el indiciado obró con derecho y no es responsable de un delito, y a pesar de ello se le ha de perseguir como delincuente?"⁷

Como podemos observar, este autor es de la opinión de que si el Ministerio Público no tiene los elementos suficientes que le acrediten la presuntiva responsabilidad no ejercite la acción penal, así como también cuando exista alguna de las excluyentes, por lo tanto, en esos casos debe dejarlos en libertad con las reservas de ley, (esto es indevido a que el Ministerio Público por ser una autoridad administrativa no puede decretar una libertad absoluta), también quien esta de acuerdo con este autor es el maestro Villalobos quien al respecto dice "Si las excluyentes que venimos estudiando eliminan el carácter delictuoso de los hechos que se juzgan, es evidente que todo ---

7. Colín Sánchez, Guillermo, Ob. Cit., pág. 229

juez o tribunal debe tomarles en cuenta de oficio, pues la función jurisdiccional tiene por objeto hacer la declaración, positiva o negativa, sobre la existencia de un delito y de la responsabilidad consiguiente, y nada justificaria una conducta frente a pruebas que hablaran de ausencia del delito".¹³ Y en efecto, las excluyentes eliminan uno de los elementos del delito (que es la antijuridicidad), por lo que se puede decir que éste no existe, y si no hay ningún hecho ilícito, pues sería injusto que se consignara a quien -- actua en legítima defensa, en lo que estamos del todo acorde, pero en lo que si no somos de la misma opinión, es en lo referente a que todo juez o tribunal debe tomarles en cuenta de oficio, aunque creemos que tomo en consideración lo establecido en el artículo 17 del Código Penal el que a la letra dice "Las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal se haran valer -- de oficio"², pues como podemos ver, en este artículo no se establece en que momento se debe hacer valer la excluyente de oficio, no dice si es durante -- procedimiento o durante el proceso; pero nosotros consideramos que si se tratare de casos extremadamente específicos, o sea, cuando se tengan todos los elementos que demuestren plenamente que efectivamente se actuó en legítima -- defensa, quien en un momento dado debería actuar de oficio seria el Agente -- del Ministerio Público no ejercitando acción penal contra esta persona en -- virtud de que aquél, tiene la facultad de ejercitar dicha acción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 Constitucional, y esto lo va a llevar a -- cabo cuando asi lo considere pertinente, pero si no se comprueba la presunta responsabilidad, o no existe el delito, o se da alguna de las excluyentes de responsabilidad como lo es la legítima defensa (siempre y cuando no haya lugar a duda de ello), puede no hacerlo.

Ahora bien, consideramos que en el caso de las eximentes de responsabilidad, el Ministerio Público es quien en un momento dado puede hacerlas valer de oficio sin que sea necesario que así lo solicite quien haya actuado -- de esa manera, en virtud de que este funcionario es quien va a reunir los elementos que así se lo demuestren no así el juez a quien necesariamente le -- deben presentar pruebas tanto la parte acusadora como la defensora para de--

13. Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, pág. 346. Edit. Porrúa, México, 1979.

2. Código Penal para el Distrito Federal, Ob. Cit., pág. 13.

mostrarle esto, además, es menester que el órgano investigador solicite que se decrete la libertad a dicho sujeto cuando esto proceda, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º del Código de Procedimientos Penales (ya cita do anteriormente) lo cual puede hacer en cualquier momento del proceso ---- tal y como lo establece la Suprema Corte de Justicia al decir "Una excluyen te de responsabilidad puede hacerse valer en cualquier estado procesal, in clusive dentro de las 72 horas que tiene el juzgador para resolver acerca -- de la formal prisión del encausado, pero para que surta sus efectos jurídi-- cos, esto es, para que se extinga la acción -- penal, es necesario que se -- hayan practicado todas y cada una de las diligencias pertinentes en el proce so, pues solamente en tales condiciones podrá el sentenciador valorar las - pruebas y concluir si se acreditó o no la eximente alegada, cosa que no suce de en el caso, porque de las constancias de autos se advierte que faltan mul tiples diligencias que practicar, en consecuencia, aunque debe concederse el amparo porque no hay datos para decretar auto de formal prisión, esta conce sión no debe tener mas alcance que el de poner en libertad por falta de méri tos al quejoso con las reservas de Ley"⁸, otra jurisprudencia en relación a esto también establece "Aun dentro del término Constitucional para dictar la formal prisión puede decretarse la libertad del detenido que ha obrado al -- amparo de una excluyente de responsabilidad criminal, a pesar de que la ley- procesal respectiva nada diga sobre el particular; pero para que esa liber-- tad opere es menester que de las constancias de autos se desprenda la exis-- tencia de la excluyente".⁸

De lo antes expuesto, podemos percatarnos que el juez dentro del térmi no Constitucional que tiene para dictar el auto de formal prisión, que es de 72 horas, también puede dictar el auto de libertad por falta de méritos cuan do se le demuestre plenamente que un sujeto actuó en legítima defensa, por - lo tanto, consideramos que en estos casos el Ministerio Público debe dejar - en libertad a dicho sujeto, porque si de la investigación realizada resulta - que éste actuó conforme a dicha excluyente, y dicho órgano investigador sabe que por ello se le va a solicitar al juzgador que decrete la libertad, y que

8. Suprema Corte de Justicia, Informe 1938, pág. 37

8. Semanario Judicial de la Federación, tomo LVIII, pág. 1140.

ésta la puede decretar hasta en 72 horas, sería absurdo que se le consignara; pongamos un ejemplo señalado por la Suprema Corte de Justicia que dice "el deber de un velador es cuidar las cosas que se encuentran a su cargo y si al guien en horas de la noche pretende entrar con propósitos aviesos, el daño que el velador le cause a esa persona se encuentra amparado por la presunción de legítima defensa que la ley consigna y no por la justificante de cumplimiento de un deber. Su deber como velador es de carácter contractual, y el cumplimiento del deber a que se refiere la excluyente es de aquellos que tienen entidad legislada".⁸

En este caso, claramente podemos percatarnos que se actuó en legítima defensa y sería una desagradable experiencia para el velador tener que estar detenido por haber actuado como él consideraba que debería hacerlo, y si tuviera que estar en un reclusorio durante cierto tiempo para acreditar que -- actuó conforme a dicha eximente (aunque sean 72 horas), el velador en otra ocasión en que se encuentre en una situación parecida, dudaría en lesionar o privar de la vida al sujeto, que ha entrando a la fábrica donde trabaja como tal, además de que este sujeto, probablemente desde ese momento va a comenzar a tener una gran desconfianza hacia las autoridades; otro ejemplo mas que podemos señalar es el caso de un individuo que trata de entrar en una casa habitación por la noche, y al introducirse lo hace por la ventana, y los habitantes de dicha casa se percatan de ello y le señalan que se vaya, pero no se va sino por el contrario rompe los cristales de la ventana y realiza un disparo lesionando a una de las personas que se encuentran dentro de dicha casa, por lo que otra de estas personas, le da un golpe al intruso con un palo de escoba, y dicho golpe le ocasiona la muerte, en este caso, también se tienen los elementos necesarios para acreditar la legítima defensa por lo que sería injusto e innecesario un castigo para quien provocó la muerte del intruso puesto que está actuando conforme a dicha excluyente quien infirió el golpe y produjo la muerte del agresor, pero no necesariamente debe ser lesionado el sujeto que habita la casa, sino que basta con el simple movimiento, para que se considere que actuó en legítima defensa, tal y como lo establece la Suprema Corte de Justicia al decir "No es indispensable para la e--

8. Séptima Epoca, Segunda parte: Vol. 2, pág. 19. A.D. 7820/68 José Bueno González. Unanimidad de 4 votos.

xistencia de la agresión que el agresor llegue hasta el momento de efectuar el primer disparo sino que debe considerarse que existe una positiva agresión... cuando, sin provocación por parte del agredido, y sin que existan antecedentes de enemistad el agresor hecha mano a su revolver con el fin de disparar, pues en tal caso la vida del agredido se encuentra en inminente peligro"; otro ejemplo más que podemos señalar es cuando un sujeto A es agredido por otro B, pero resulta que B se encuentra armado, y al defenderse A logra desarmar a B y con dicha arma lesiona a su agresor, por lo que en este caso A, actúa en legítima defensa, tal y como se establece en la Suprema Corte de Justicia que dice "Si una persona se ve agredida intempestivamente y logra desarmar a su agresor y con la misma arma hiere o éste no puede afirmarse que con el simple desarme desaparecieron las circunstancias que exige la Ley para la legítima defensa y que las lesiones fueron inferidas en riña; pues el estado de ánimo del agredido no le permite apreciar con serenidad -- tal circunstancia y sigue obrando bajo el impulso de un temor".⁸ Estos, solo son unos cuantos casos que podemos señalar, donde consideramos que se debería otorgar la libertad en la agencia investigadora, pero hay otros mas en los que debería ser otorgada la libertad por el agente del Ministerio Público quien debe tomar en consideración que si se ejerce acción penal en contra de quien actuó en legítima defensa, y se tienen todas las pruebas que así lo demuestren fehacientemente, sería injusto, puesto que estaría en el Reclusorio por lesionar o privar de la vida a un sujeto, porque si bien es cierto que realizó esto, también es cierto que lo llevo a cabo por mera necesidad, además de que para este sujeto sería vergonzoso estar en esos lugares sin ser un delincuente.

b) A donde se manda la averiguación previa después de otorgada la libertad.

Cuando un sujeto trata de hacer valer la legítima defensa en la agencia investigadora, lo que hace el agente del Ministerio Público es estudiar los elementos que tiene en ese momento, y en la mayor brevedad posible, llevar a cabo todas aquellas diligencias que a su consideración sean necesarias para-

⁸ S. Semanario Judicial de la Federación, Tomo LVII, pág. 622

S. Suprema Corte. primera Sala, 442/40/2a.

poder determinar si efectivamente se reúnen los elementos de dicha excluyente, y de ser así, notificarle esto al jefe del Departamento (quien es su jefe inmediato); esto se hace cuando se considera que se trata de un caso extremadamente específico, donde se demuestre plenamente que efectivamente actuó en legítima defensa el presunto responsable.

En este caso, el Jefe del Departamento hace del conocimiento de este hecho al C. Procurador General de Justicia del Distrito Federal para solicitarle que autorice el no ejercicio de la acción penal, quien a su vez manda a uno de sus auxiliares a la agencia investigadora quien tiene la facultad de decidir al respecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25, fracc. - II, inciso "a" de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal el que a la letra dice "Son atribuciones de los agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador:

II.- Dictaminar en los asuntos en que el Procurador o por delegación de éste, los subprocuradores deban decidir:

a) Sobre la falta de elementos para ejercitar la acción penal;"⁵

Así, uno de los Auxiliares del Procurador se traslada hasta la agencia investigadora donde se presume que un sujeto actuó en legítima defensa, y al llegar éste, va a examinar la averiguación, y si considera que efectivamente se ha actuado conforme a las excluyentes, autoriza el no ejercicio de la acción penal en una forma verbal, por lo que en ese momento se deja en libertad a quien se considera que actuó de acuerdo a alguna de las eximentes y al siguiente día, dicha averiguación se manda al Departamento de los Auxiliares del Procurador donde se analiza la averiguación previa en una forma mas detenida y detallada para determinar si efectivamente ese sujeto actuó conforme a dicha excluyente, y si a consideración de los Auxiliares del Procurador -- ya se habian agotado todas las diligencias necesarias y con ello se demostró la legítima defensa, se autoriza el no ejercicio de la acción penal y la ave

5. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Ob. Cit., pág. 36

riguación se manda a la reserva, pero antes se le manda al C. Procurador para que la ratifique y firme.* Como podemos observar, los pasos a seguir en la agencia investigadora para que se le otorgue la libertad a quien ha actuado en legítima defensa, cuando las pruebas así lo demuestren plenamente, es muy sencillo, además de llevarse a cabo en un tiempo muy corto, a diferencia del tiempo que se lleva si se consigna a quien haya actuado conforme a esa exigente, pues deberá estar por lo menos 24 horas en la agencia investigadora, y otras 72 mas a disposición de la Autoridad Judicial (este tiempo, es el que tiene esta autoridad para dictar el auto de formal prisión o decretar la libertad por falta de méritos), este tiempo es el mas corto para que una persona quede en libertad cuando se ejercita la acción penal.

c) Facultades del Ministerio Público para revocar la libertad de la legítima defensa dada en la averiguación previa:

El Ministerio Público (Como ya señalamos anteriormente), es una autoridad administrativa, por lo que no puede aplicar una sanción, o sea que no puede dictar una sentencia, y unicamente le compete investigar los hechos delictuosos y ejercer acción penal, de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 Constitucional; por ende, cuando el Ministerio Público no ejercita dicha acción penal, la averiguación previa se manda a la reserva, al respecto el Licenciado Osorio y Nieto dice "Los actos que realiza el Ministerio Público son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se aplican a ésta, los principios del Derecho Administrativo, tan es así, que pueden ser revocables, comprendiendose dentro de la propia revocación, la modificación y sustitución de uno por otro" 6, por lo que, se dice que se manda a reserva la averiguación porque no se manda a archivar en una forma definitiva, sino que está "guardada", por asi decirlo, hasta que se encuentran otros elementos que comprueben la existencia del ilícito y en lo referente a esto, el maestro Colín Sánchez nos dice "Para ilustrar en mejor forma nuestra afirmación, basta citar que, durante la averiguación previa, cuando por alguna circunstancia, no ejercita la acción penal por los hechos que le han sido denunciados y a sus-

* Datos proporcionados en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, por un auxiliar del Procurador.
6. Osorio y Nieto, Cesar., pág. 91. Ob. Cit.,

actuaciones recae una determinación de archivo, no significa que en el futuro no pudiera proceder; al aparecer nuevos elementos que satisfacen las exigencias legales, su obligación ineludible será ejercitarla y no cabría ninguna forma, de argumentar que la averiguación estaba archivada porque, precisamente por carecer de funciones jurisdiccionales, sus resoluciones no causan estado", así pues, si el Ministerio Público, después de haber agotado todas las diligencias que considere pertinentes para esclarecer el asunto y considera que muy bien puede no ejercitar acción penal porque las pruebas así lo acreditan, y deja en libertad a quien se supone que no es culpable va a mandar a la reserva la averiguación, la que puede ser revocada por el Ministerio Público en el momento en que tenga nuevos elementos para ello, pero únicamente cuando se tengan nuevos elementos, porque se supone que ya reviso la averiguación previa y ya realizó todas las diligencias pertinentes que lo llevaron a tener la certeza de que se actuó conforme a esa exigencia, además los Auxiliares del Procurador ya la revisaron y autorizaron el no ejercicio de la acción penal, de acuerdo a las facultades que le son otorgadas por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en el artículo 25, fracción II, inciso a, (el que ya señalamos en el punto anterior); cabe hacer notar que todas las averiguaciones en las que no se ejercita acción penal, se manda a la Sala de Auxiliares, donde se pueden revocar todas aquellas que se encuentren en este lugar, por lo tanto, cuando se otorga la libertad en la agencia investigadora a quien haya actuado en legítima-defensa, puede revocarse dicha resolución cuando aparezcan nuevos elementos que demuestren lo contrario.

4. DOCUMENTOS QUE HABLAN AL RESPECTO.

- a) Diario Oficial de la Federación y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal:

De lo que hemos estado haciendo alusión, que es que se otorgue la liber

tad a quien actuó en legítima defensa cuando las pruebas así lo demuestren -- fehacientemente, se ha establecido en el Diario Oficial de la Federación, en el Decreto publicado el día 29 de diciembre de 1981 que se aumentara el artículo 3º bis, al Código de Procedimientos Penales, en el que se habla al -- respecto, y dicho Decreto a la letra dice: "EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNI-- DOS MEXICANOS, decreto:

SE REFORMA Y ADICIONA EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO -- FEDERAL.

ARTICULO UNICO.- Se reforman los artículos 100, 271 y 272 y se adicio-- nan los artículos 3º bis. y 265 bis. del Código de Procedimientos Penales -- para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

"ARTICULO 3º Bis. En las averiguaciones previas en que se demuestre ple-- namente que el inculcado actuó en circunstancias que excluyen la responsabi-- lidad Penal previo acuerdo del Procurador General de Justicia del Distrito-- Federal, el Ministerio Público lo pondra en libertad y no ejercitara acción-- penal.

TRANSITORIOS

ARTICULO PRIMERO.- EL presente decreto entrará en vigor al día siguien-- te de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

ARTICULO SEGUNDO.- Se derogan las disposiciones legales que se opongan-- al presente decreto.

México, D.F., a 23 de Diciembre de 1981.- Marco Antonio Aguilar, Cortés,
D.F.- B las Chumacero Sánchez, S.P.- Antonio Cueto Citlán, D.S.- César Rubén
Hernández Enriquez, S.S.- "Rubricas"

En cumplimiento de lo dispuesto por la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente decreto en la presidencia del poder Ejecutivo Federal en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los veintiseis días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y uno.- José López Portillo.

-RUBRICAS- El Srío. de Gobernación, Enrique Olivares Santana.-RUBRICAS-".

Este decreto entro en vigor en el mes de enero de 1982, y desde ese año, se aumento en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el artículo 3º Bis., el que hasta la fecha sigue teniendo vigencia, lo que demuestra que al establecerse este último, se ha elaborado pensando que es menester darle una mayor protección a los ciudadanos, en el sentido de que si se encuentran ante un peligro inminente no duden en defenderse, aunque -- probablemente también se penso que no seria justo que una persona que no es delincuente sea consignada y tenga que estar en el reclusorio, aún cuando el juez puede decretar la libertad de dicho sujeto en cualquier momento del proceso, y al decir en cualquier momento nos referimos a que inclusive dentro del término de 72 horas que tiene el juez para decretar el auto de formal -- prisión, puede decretar la libertad por falta de méritos, de acuerdo a lo establecido por la Suprema Corte de Justicia al decir "las autoridades judiciales tienen facultad para declarar la procedencia de las eximentes de responsabilidad en cualquier estado del juicio, inclusive antes del auto de formal prisión; pero para ello se precisa que se justifiquen en forma plena e indubitable".⁸ Luego entonces cuando la autoridad judicial tenga la certeza de que se actuó conforme a dicha excluyente va a decretar la libertad a quien -- haya actuado de esta manera sin tener que esperar a que concluya el proceso; con esto, quien haya actuado conforme a dicha excluyente, tendra que estar -- por lo menos 72 horas en el reclusorio, lo que seria vergonzoso para este sujeto, además de que seria un trabajo innecesario, pues quien actua en legítima defensa y las pruebas así lo demuestran plenamente, saldra en poco tiempo.

Lo antes enunciado puede evitarse si el agente del Ministerio Público - no ejercita acción penal contra este sujeto, ya que se encuentra dentro de - sus facultades de acuerdo a lo establecido en el artículo 21 Constitucional, pues en él se establecen que al Ministerio Público le incumbe la persecución de los delitos, pero si estos no existen, o sea, si no hay delito que perse-- guir, entonces dicha autoridad (porque ya hemos señalado anteriormente que - el Ministerio Público es una autoridad en la agencia investigadora), no tien-- en la obligación de ejercitar dicha acción, si se da una de las excluyentes, no se va a integrar completamente el delito porque se eliminan uno de los e-- lementos de éste que es la antijuridicidad, por lo que consideramos que cuan-- do no hay delito que perseguir, el órgano investigador puede dejar en liber-- tad a quien se le imputaba dicho ilícito.

Además de lo antes enunciado, consideramos pertinente señalar que den-- tro de este artículo debería establecerse que si el Ministerio Público opta-- por realizar la consignación respectiva, pudiera decretar la libertad a --- quien actua en legítima defensa mediante una caución, como si se tratara de-- un delito imprudencial, aunque éste y la eximente que estamos tratando se -- contraponen entre sí, de acuerdo a lo establecido en la Suprema Corte de Jus-- ticia que dice "Si hay imprudencia no puede existir la intención y si proce-- de el agente queriendo el resultado, pero repeliendo una agresión, obra jus-- tificadamente; el quejoso incurre en error al creer que la remisión del le-- gislador al delito imprudencial cuando no hay exceso en la repulsa, autoriza a conjuntarla siendo antitéticas"⁸, de lo que deducimos que en el delito im-- prudencial no se tiene la intención de lesionar o privar de la vida a un su-- jeto (porque nos estamos refiriendo a estos casos), mientras que en la legít-- ima defensa si se tiene la intención de ello al repeler una agresión; pero-- nosotros hacemos alusión a, que se decrete la libertad caucional porque si -- bien es cierto que tanto en el delito imprudencial como en la eximente de -- que hacemos alusión, se tiene un resultado. también es cierto que en el pri-- mero se reúnen los elementos del delito, no así en el segundo, donde se eli-- mina uno de ellos que es la antijuridicidad, por consiguiente, consideramos-- que sería factible que se decrete la libertad en esa forma, ya que si en el delito im

prudencial se hace de esa manera aún cuando se reúnen todos los elementos -- del delito, porque no hacerlo en la legítima defensa donde se elimina uno de estos, por lo que no se considera integrado aquél, y de esta manera habría -- mayor amplitud de posibilidad de que obtengan la libertad la persona que actúa repeliendo una agresión dándose el caso de la presente eximente, pero -- claro que nos referimos a los casos extremadamente específicos.

b) Comentario al Artículo 3º Bis. del Código de Procedimientos Penales:

Consideramos que al establecerse en el artículo 3º bis. del Código de -- Procedimientos Penales para el Distrito Federal que se decrete la libertad -- en la agencia investigadora a quien haya actuado conforme alguna de las ex-- cluyentes de responsabilidad fue muy acertado, pues con ello se evita un pro-- ceso innecesario, además de evitarse problemas a quien actúa en esa forma, -- porque a esta persona no se le puede considerar como un delincuente ya que -- no comete ningún ilícito, y decimos esto, no porque no haya un lesionado o -- un occiso, sino que las eximentes eliminan uno de los elementos del delito -- que es la antijuridicidad, por lo que aquél no se integra.

También estamos de acuerdo con este artículo, porque tanto el Ministe-- rio Público como el juez penal, al decretar la libertad a quien actuó confor-- me a dicha eximente (cabe aclarar que la autoridad judicial hace esto hasta-- antes de dictar la sentencia), lo van a hacer con las reservas de ley, con -- lo que el expediente queda abierto hasta que se presentan pruebas que demues-- tren lo contrario, y con ello, se siga con el procedimiento o proceso, según sea el lugar donde sea otorgada esta libertad (el procedimiento es en la fa-- ce investigadora, o sea, ante el Ministerio Público, y el proceso se sigue -- ante el juez penal, el que se inicia con la consignación), o hasta que se -- mande el expediente a archivar en una forma definitiva.

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

1. Soler Sebastian, Derecho Penal Argentino, Edit. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970.
2. Código Penal para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México, 1983.
3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Porrúa, México, 1983.
4. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México, 1983.
5. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
6. Osorio y Nieto, Cesar, A., La Averiguación Previa, Edit. Porrúa, México, 1981.
7. Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Edit. Porrúa, México, 1979.
8. Castro V., Juventino, El Ministerio Público en México, Edit. Porrúa, México, 1976.
9. Burgoa, Ignacio, Las Garantías individuales, Edit. Porrúa, México, 1979.
10. Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1976.
11. Dr. Quiroz, Cuaron, Asistencia a Reos Liberados, Edit. Ediciones Botas, - México,
12. Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México, 1979.
13. Suprema Corte de Justicia.

CONCLUSIONES

1.- Las excluyentes de responsabilidad, como su nombre lo indican a excluir la responsabilidad de quien lesiona o priva de la vida a un sujeto, al encontrarse en circunstancias que se le presentan al ser agredido, dentro de estas excluyentes tenemos la legítima defensa, la cual consideramos que surgió a raíz del gran número de personas que cada día eran agredidas, tanto en sus bienes como en su persona, por lo que quienes sufrían esas agresiones se veían en la necesidad de defenderse, al hacerlo lesionando o matando a su agresor, tenían que sufrir determinada sanción, ante este problema el Derecho Romano implantó dos vocablos que fueron: *offendo* y *deffendo*, con lo que se les permitía a los ciudadanos defenderse de la ofensa sin temor a ser aprehendidos o castigados por haber lesionado o causado la muerte de su agresor, pero aún cuando no tenían una definición exacta, ya señalaban algunos de los requisitos indispensables que tenemos hasta nuestros días para que proceda la legítima defensa como lo son: la repulsa de una agresión, la que debe ser inmediata e injusta, también se señalaban la proporcionalidad de la repulsa con la agresión, estableciendo además la distinción entre el ladrón diurno y el nocturno.

Requisitos esenciales que se encuentran en vigor dentro de nuestra legislación para que proceda la legítima defensa como excluyente de responsabilidad, aún cuando no hayan dejado una definición exacta.

2.- Generalmente cuando se habla de legítima defensa se piensa en la muerte del agresor, lo cual es erróneo, porque ya en el Derecho Romano se hablaba de la proporcionalidad en relación con la agresión sufrida, lo que nos hace suponer que la defensa debe ser acorde con la agresión; esto es, que una bofetada no podría justificar la muerte de quien infirió dicha agresión, pues en este caso no se podría hablar de legítima defensa sino de exceso de ésta, por lo que no siempre es necesario que se prive de la vida al agresor para que se dé esta eximente, porque no podría negarse que quien lesiona a su agresor al desarmarlo actúa conforme a esta excluyente, tampoco podría negarse esto cuando una persona saca a empujones de su casa a un intruso que pretende sustraerle algún objeto (sin tener derecho a esto), acor-

de con esto el maestro Sebastian Soler dice "el error que yace en esas divagaciones consiste en suponer que la legítima defensa debe terminar siempre - con la muerte del agresor", lo que consideramos que es acertado, pues en algunas ocasiones no es menester privar de la vida al agresor de acuerdo a las circunstancias que se presenten en el momento de la agresión.

3.- Al agente del Ministerio Público le incumbe la persecución - de los delitos, y como consecuencia de esto, el ejercicio de la acción penal, mas en algunos casos puede no hacerlo, ya que esta facultado para ello de -- acuerdo a lo establecido en el artículo 21 de nuestra Constitución, en el -- que se señala que este funcionario debe investigar los hechos ilícitos, pero si resulta que no se integran todos sus elementos, no debiera consignar a --- quien se le acusaba, tal y como sucede con las excluyentes de responsabili-- dad donde aún y cuando se integran todos los elementos del delito (como lo - hemos señalado en el capítulo II al hablar de la Noción de las Excluyentes), - se elimina uno de estos, la antijuridicidad, desvirtuando con ello la respon-- sabilidad del indiciado.

De acuerdo con esto, opinamos que el Ministerio Público puede -- otorgar la libertad a quien actua en legítima defensa en los casos extremada-- mente específicos, o sea, cuando tenga los elementos suficientes que le de-- muestren plenamente que se actuó conforme a esta eximente.

4.- Estamos de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º bis. del Código de Procedimientos Penales al determinar que debe otorgarse la libertad a quien haya actuado conforme alguna de las eximentes de responsabili-- dad cuando se demuestre plenamente durante la fase investigadora, y estamos-- de acuerdo por lo señalado en el punto anterior, además de que seria injusto que se castigase a quien no es un delincuente, porque si bien es cierto que lesiono o privó de la vida a un sujeto, también es cierto que no se trata de un delincuente ya que actuó de esta manera por mera necesidad mas no por así quererlo, otra cuestión mas por la que estamos de acuerdo es porque si el -- juez otorga la libertad antes de dictar Sentencia a quien actuó en legítima-- defensa, lo hace con las reservas de ley, al igual que el Ministerio Público,

por lo que no habria mucha diferencia en este aspecto (esto es posible debido a que si el Ministerio Público tiene los elementos suficientes que le acrediten que esta persona actuó conforme a dicha excluyente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6º del Código de Procedimientos Penales, pedirá al juez penal que le decrete la libertad a esta persona).

Ahora bien, consideramos que en el artículo 3º bis. del citado código, se debería establecer que el órgano investigador también pudiera decretar la libertad al presunto responsable a través de una caución, como si se tratara de un delito imprudencial, toda vez que si bien es cierto que en ambas conductas existe un resultado, también es cierto que en el primero se integran todos los elementos del delito, no así en los casos de legítima defensa donde se elimina uno de estos que viene a ser la antijuridicidad, por consiguiente debería existir amplitud de posibilidades para obtener la libertad ya que la persona que actúa repeliendo la agresión dándose el caso de la presente eximente, no lo hace con el impulso de dañar, lesionar o matar, sino con el impulso de resguardarse o protegerse (bien sea corporal, moral o materialmente).

5.- De acuerdo a lo establecido en los dos puntos anteriores, el Ministerio Público podría otorgar la libertad con las reservas de ley o en su defecto fijarle al indiciado una caución, la cual deberá ser de acuerdo a las posibilidades económicas del individuo, cuando haya actuado en legítima defensa y esta circunstancia se encuentre demostrada fehacientemente.

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

- Burgoa, Ignacio, Las garantías individuales, Edit. Porrúa, México, 1979.
- Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de Derecho Penal, Edit. Porrúa, México, 1983.
- C. Nuñez, Ricardo, Derecho Penal Argentino, Edit. Bibliográfica Argentina, - Buenos Aires, 1974.
- Castro V., Juventino, El Ministerio Público en México, Edit. Porrúa, México, 1976.
- Carrancá y Trujillo, Raúl, Elementos del tipo, Edit. Porrúa, México, 1976.
- Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, Edit. Porrúa, México, 1983.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Edit. Porrúa, México, 1983.
- Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de procedimientos penales, Edit. - Porrúa, México, 1979.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edit. Porrúa, México, 1983.
- Cuevas Alvarado, Ernesto, Tesis, México, 1935.
- Dr. Quiroz, Cuaron, Asistencia a reos liberados, Edit. Ediciones Botas, México,
- García Ramírez, Sergio, Derecho Procesal Penal, Edit. Porrúa, México, 1980.
- H. Suprema Corte de Justicia de la Nación (jurisprudencia)
- Hans, Welzel, Derecho Penal Alemán, Edit. Jurídica de Chile, Chile, 1970.
- Herrera Gutierrez, Alfonso, Tesis, México, 1939.
- Jiménez de Asua, Luis, La ley y el delito, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1978.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Martínez Catalán, Jesus, Tesis, México, 1935.
- Osorio y Nieto, Cesar A., La averiguación previa, Edit., Porrúa, México, --- 1981.
- Porte Petit, Celestino, Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud, Edit. Jurídica México, México, 1975.

Porte Petit, Celestino, Programa de la parte general del Derecho Penal, Edit. Dirección General de publicaciones de la U.N.A.M., México, 1968.

Prieto Reyna, Nicolás, Tesis, México, 1975.

Sámano Galván, Leopoldo, Tesis, México, 1946.

Soler, Bargallo, Felipe, Concordia jurisdictionis ecclesiasticae, et Saecularis.

Soler, Sebastian, Derecho penal argentino, Edit. Jurídica de Chile, Chile, - 1970.

Villalobos, Ignacio, Derecho penal mexicano, Edit. Porrúa, México, 1975.

Zdravomislov, Schneider, Kelina y Rashkavoskaia, Derecho penal soviético, -- Edit. Tesis, Bogotá, 1970.