

875209



UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

17
-2001

**"LEGITIMA DEFENSA"
CAUSA DE JUSTIFICACION,
EXCLUYENTE DE DELITO O DE INCRIMINACION**

TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

Carlos Alberto Lara Franyutti

Director de Tesis

Revisor de Tesis

Lic. Alfredo Fernández Perí Lic. Miguel González González

Boca del Río, Ver.

34057

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios

Por haberme regalado lo más hermoso de mi vida, mis padres, y darme su bendición porque he logrado el triunfo más grande en mi vida.

A mis Padres

Por haberme dado a través de todos estos años la fuerza y el amor necesario para salir adelante, por estar junto a mí siempre apoyándome, por tenerme confianza, por quererme tanto.

A mi Hija

Doy gracias a Dios por tenerte

Hija el amor tan grande que tengo me ha servido de apoyo para la realización de este, mi gran anhelo.

A mi Hermano

Por todos y cada uno de los momentos de mi vida que hemos compartido juntos, por tu apoyo y por darme ánimos para lograrlo. ¡Gracias!

A mi Hermana

Por ser una niña preciosa a la que quiero mucho y darme una gran felicidad al llegar a mi vida.

A mis Abuelos

Por su bendición, cariño y amor que me han brindado toda la vida.

A mis Tíos

Por su amor, consejos y el apoyo que me han brindado en todo momento y que me ha servido para alcanzar una de mis metas más anheladas.

A mi Honorable Jurado

Con respeto y agradecimiento por darme la oportunidad de llegar a realizar lo que más deseo.

A mi Asesor de Tesis

Con agradecimiento a su valiosa ayuda y tiempo otorgado para la realización de la presente.

A mi novia

Gracias por haberme escuchado cuando te necesité, por brindarme tu apoyo incondicional y acompañarme en las situaciones difíciles.

A mis Amigos

Por darme los momentos felices que pasamos juntos, los cuales serán inolvidables, por su amistad ¡Gracias! y ojalá nunca termine, además un especial agradecimiento a Oscar, Liz y Alejandro, esperando que nuestra amistad se fortalezca cada vez más.

INDICE

INDICE

INTRODUCCION	1
--------------------	---

CAPITULO I ANTECEDENTES HISTORICOS

1. ROMA	3
2.- DERECHO GERMANICO	5
3.- DERECHO CANONICO	8
4.- ITALIA	11
5.- FRANCIA	12
6.- ESPAÑA	13
7. EPOCA COLONIAL	16
8.- EPOCA INDEPENDIENTE	17
9.- ARGENTINA	19

CAPITULO II CONCEPTUALIZACION, CLASIFICACION Y NATURALEZA JURIDICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.- CONCEPTO ETIMOLOGICO DE LA LEGITIMA DEFENSA	23
2.- CONCEPTO GRAMATICAL DE LA LEGITIMA DEFENSA	23
3.- CONCEPTO JURIDICO DE LA LEGITIMA DEFENSA	25
4.- CLASIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA	
A) LEGITIMA DEFENSA RESPECTO A TERCEROS	29
B) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA	30
C) LEGITIMA DEFENSA DE PARIENTES	32
D) LEGITIMA DEFENSA DE LA MORADA	33

5.- LIMITES DE LA LEGITIMA DEFENSA	34
6.- LA NATURALEZA JURIDICA DE LA LEGITIMA DEFENSA	36
A) LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO	36
B) LEGITIMA DEFENSA EN LA JUSTIFICACION	38
C) LEGITIMA DEFENSA EN LA NECESIDAD	39
D) LEGITIMA DEFENSA EN LA CONDUCTA	40
7.- LA PRESUNCION DE LA INOCENCIA	42
8. LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA INSUFICIENTE	45

CAPITULO III
LEGITIMA DEFENSA EN EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

1.- ESPAÑA	47
2.- DERECHO GERMANICO	50
3.- DERECHO CANONICO	53
4.- CUBA	55
5.- ALEMANIA	57
6.- ARGENTINA	58
7.- GRECIA	61
8.- FRANCIA	62
9.- MEXICO	63
10.- LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE NUESTRO DERECHO COMPARADO	67

CAPITULO IV
ASPECTOS DOCTRINARIOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.- REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA	71
A) AGRESION LEGITIMA	71
B) LA AGRESION ACTUAL	72
C) PELIGRO INMINENTE DE DAÑO	74

D) REPULSA DE LA AGRESION	74
E) NECESIDAD	75
F) FALTA DE PROVOCACION POR PARTE DEL QUE SE DEFIENDE	76
2.- SUJETOS DE LA LEGITIMA DEFENSA	77
A) SUJETO ACTIVO	77
B) SUJETO PASIVO	79
3.- LA FUNDAMENTACION DE LA LICITUD	80
QUE CONDUCE A LA LEGITIMA DEFENSA	80
A) FUNDAMENTO EVIDENTE	81
B) FALTA DE PROTECCION ESTATAL	81
C) INSTINTO DE CONSERVACION; PROTECCION DEL BIEN JURIDICO	81
D) ENFRENTAMIENTO DE DERECHO E INJUSTO	81
4.- PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA	82
A) RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA	82
B) LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA	85
C) LEGITIMA DEFENSA CONTRA EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA	85
D) LA LEGITIMA DEFENSA DEL INIMPUTABLE	87
E) LA LEGITIMA DEFENSA CONTRA LA AGRESION DE UN INIMPUTABLE	88

CAPITULO V
PROBLEMATICA PROCESAL EN LOS CASOS
DE PRESUNCION DE LEGITIMA DEFENSA

PROBLEMATICA PROCESAL EN LOS CASOS	
DE PRESUNCION DE LEGITIMA DEFENSA	91
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFIA	100
DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS	103
CODIGOS Y LEGISLACIONES	105

INTRODUCCION

INTRODUCCION

El estudio de las instituciones del derecho penal, constituye uno de los aspectos más relevantes del estudio del derecho, pues a través de ellas se analiza y descubre la forma en que la conducta exteriorizada por un ser humano, trasciende a las instituciones jurídicas reflejándose en el análisis de la sanción de la misma.

En tal sentido, el estudio de la Legítima Defensa, como una forma excluyente de la antijuridicidad del ilícito penal, se bifurca en la tolerancia de una repelación de una agresión actual e inminente, en pos de la protección de otro interés jurídico tutelado, mediante la ejecución de una conducta humana, sin la previa autorización del estado.

El presente trabajo de Investigación mediante un desarrollo y análisis profundo de la institución jurídica de mención, pretende descubrir los alcances jurídicos de la legítima defensa, así como la problemática procesal que la misma presenta en la aplicación ordinaria.

El desarrollo de este trabajo, abarca desde el estudio jurídico de la institución, previo el análisis de sus antecedentes históricos, hasta llegar a su reglamentación jurídica actual en nuestro derecho para finalmente compararlo con los restantes derechos internacionales, y obtener con esto el enfoque adecuado que la institución debe tener.

Este modesto trabajo de investigación, no pretende ser un tratado de la legítima defensa, sino simplemente el desarrollo de las inquietudes que el común denominador de la gente se formula bajo una frase común; "¿por qué lo tratan como a un criminal?, si tan solo defendió su casa".

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

La evolución de la legítima defensa en la historia se ha dado como el derecho de castigar, emana de un cierto número de leyes naturales que la han dado al hombre, la necesidad de rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto el cual puede lesionar bienes jurídicos del agresor, sin traspasar la necesidad de su defensa y la medida necesaria para su protección, ya que el hombre que actúa no se puede considerar como peligroso.

1.- EN ROMA

Aunque se aduce el tratar de encontrar en el Derecho Romano una teoría sistemática sobre la legítima defensa es un trabajo perdido, lo cierto es que se hallan principios de suma trascendencia los cuales a continuación citaremos.

Jiménez de Asúa dice; al Derecho Romano se le encuentra admitida ya en las XII tablas y aunque en la evolución sucesivas no llegará a edificarse una teoría sistemática de la misma, en ese Derecho yacen principios de suma trascendencia a ella contraídos. Todas las leyes y todos los derechos permiten rechazar a la fuerza con la fuerza. ⁽¹⁾

Cicerón, amparado por la más honesta razón en cuanto a la defensa privada de la vida, en su discurso Pro Milón, la atribuye como fuente la ley natural no la civil la reputa: "est haec non scripta, sed nata lex" (ley innata, no escrita siendo recibida de la propia naturaleza); habiendo sido proclamada su legitimidad en el Derecho Romano con la conocida frase: "Vim vi repellere licet"; es decir, la legítima defensa es un derecho natural y por lo tanto es un sagrado deber y un sagrado derecho en donde el hombre es portador desde el mismo instante de su nacimiento.

¹⁾ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, Tratado de Derecho Penal, (Segunda Parte), T IV, 2a ed. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires 1961, P. 28

Ciceron proclama entonces la naturaleza de derecho natural asumida en la legitima defensa.

Pensamiento encontrado igualmente en textos de Gayo, Ulpiano, a excepción de Florentino fundamentándola básicamente, en el Derecho de gentes.

"En cuanto a las condiciones en que podían darse, los jurisconsultos de Roma, destacaron que la injusticia del ataque al repeler, su inminencia, la existencia de riesgo y el carácter necesario de la reacción defensiva por no poder salvarse de otro modo. Tuvieron además conciencia de la naturaleza excluyente de la antijuricidad (y no de la culpabilidad o de la pena meramente) que concurre en la legitima defensa, pues declararon que ella eximia también de la responsabilidad civil prescrita por la ley Aquilia".⁽²⁾

Así tenemos en la ley Aquilia, al igual que en otras varias se reconoció el derecho romano lo siguiente: "adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere" era en Roma "de moderaminae inculpatae tutelae" y cuando, con el peligro sobre la persona corriendo de consumo el pudor o los bienes, también estos podían ser objeto de la excepcionalidad protección. Las armas repelidas con las armas, la violencia con la violencia. Se admite la legitima defensa no solo para salvaguardar la vida y la integridad corporal, sino quizá para la protección del pudor y la de los bienes cuando el ataque contra ellos se acompañase de peligro para la persona. En suma, según hemos afirmado, se necesitaba la existencia de un peligro para la persona del dueño y si se trataba de un ladrón diurno sólo era legitima muerte si "se te o defendit".⁽³⁾

(2) IBIDEM P 29

(3) INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO PRIVADO EDIT GRAFICA PANAMERICANA, BUENOS AIRES, ARGENTINA P 48

Las condiciones que el derecho de Roma impuso a la defensa privada para considerarla legítima fueron:

En primer término: la forma de expresar la agresión debería ser injusta.

En segunda: necesaria la existencia del peligro, pero no precisa si el peligro estuviese ya comenzado y bastaba con el mismo fuese inminente, pero si el ataque desaparece, cesa el derecho de defensa; porque entonces la muerte del que agredió y desistió en sus violencias, sería una venganza. Se exigió la necesidad de no poderse salvar de otro modo.

Esta índole subsidiaria estaba un tanto en contradicción con el carácter de derecho natural asignado a la defensa privada, finalmente, en cuanto a la proporción, las se guardan bien de establecer normas constantes y rigurosas, y en estos asuntos son inútiles y perjudiciales.

Hagamos constar por último; los romanos tuvieron conciencia de la naturaleza justificante -y no meramente impugne- de la legítima defensa, puesto que proclamaron la exención también de la responsabilidad civil.

2.- DERECHO GERMANICO

En este derecho no se hallaron instituciones de leyes escritas sino costumbres, caracterizadas como venganzas divinas y venganzas de sangre, en efecto la legítima defensa sufrió deformaciones amenazando con convertir su ejercicio excepcional y supletorio en un retroceso hacia los tiempos de la justicia privada, confundiéndose el derecho con el deber, de vengarse.

Sus principales fuentes fueron:

Las antiquísimas leyes germánicas, recopiladas y traducidas al latín con la denominación de "Leges Barbarorum" (Leyes Bárbaras).

Las leyes romanas dictadas por los reyes germanos; Las Leyes germánicas de los países escandinavos (Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia). en donde los hechos si ofenden a un individuo o una familia, se daba el lugar a un derecho de venganza, que se convertía en un deber, más que en un derecho; el ofendido y sus familiares se vengaban del ofensor y de la suya, ya en un auténtico estado de guerra entre las familias.

En cambio, si los delitos afectaban intereses de la comunidad, esto daba lugar a una pérdida de paz para el ofensor quedándose en una peligrosa situación de protección jurídica y se le consideraba como enemigo del pueblo en donde el culpable podía ser muerto por cualquier persona.

Quien invocaba la defensa privada demostraba no haber recibido una lesión en alguna parte del cuerpo para probar que el matador había retrocedido un cierto número de pasos.

En cuanto a sus composiciones judiciales se daban en tres clases:

El Wergeld.- respecto al cual os autores no estaban muy de acuerdo pero consistía en la cantidad de concepto de reparación pecunaria, en donde se pagaba al delincuente y sus familiares del ofendido.

La Busse.- era la cantidad pagada, por concepto de pena, al ofendido o a sus parientes.

El Fridegeid (Fredus o fredum).- cantidad que compraba la paz, se pagaba en cantidad de intermediario en el convenio reconciliatorio. ⁽⁴⁾

En relación con los delitos, algunos siempre fueron considerados públicos, tales como son: traición, desertión, rebelión.

En el Derecho Germánico aparecieron algunas teorías romanas acerca de la legítima defensa que se dieron en cuatro instituciones judiciales:

- 1.- La privación de la paz.
- 2.- El derecho de muerte, que se deriva de la inviolabilidad del suelo y del domicilio.
- 3.- La gracia Soberana.
- 4.- El homicidio que ocurría involuntario, se debía ajustar a la pena pública.

Pero el Estado permanecía impasible ante el derecho de venganza de los familiares de la víctima.

En cuanto a las características de los germanos eran:

La gente primitiva miraba la intención del que cometió el delito y los motivos que lo impulsaron a hacerlo. Para ello no se consideraba como elemento intencional el delito, y siendo más importante la representación objetiva del mismo, puesto que la muerte de cualquier individuo requería de una pena, expiación o venganza, y otra de ellas era la recompensa, simbólica, de tal manera y refiriéndose en este aspecto: "Aquél que en su casa le daba muerte a un intruso, lo tenía que llevar afuera y abandonar el cadáver en la

(4) MARQUEZ PIÑERO, Rafael OP CIT P 48

vía pública, poniéndole sobre su herida una o tres pequeñas monedas y una cabeza de gallo grande".⁽⁵⁾

Como se ha visto, la forma de manifestación del delito se da en el Derecho Germánico si no hay daño no existe pena alguna, y no existían reglas generales sobre la tentativa, también desconocida en el Derecho Romano y por excepción se da en algunos casos concretos, no se castiga y únicamente se penaliza la intención del agente; es decir eran dirigidos a determinada lesión, cuando implicaban algún otro daño y llevaban implícitos el carácter de delitos por sí mismos.

3.- DERECHO CANONICO

El Derecho Canónico calificó a la legítima defensa como un delito atenuado y no le dio el grado de derecho, contribuyendo en mucho a las tiranías medievales, por tal virtud, trataban de que todo acto realizado por sus súbditos diera lugar a un proceso, aunque después se concedía la impunidad por medio de la gracia, en vez de darle el carácter de Derecho.

"El papel del Derecho Penal Católico fue de gran importancia por dos razones:

- 1.- Porque hizo encarnar en largos años el esfuerzo de la norma jurídica romana en la vida social de Occidente.
- 2.- Porque contribuyó a civilizar la brutal práctica germánica, adaptándose a la vida pública, ya que su inicio se dio en el Imperio Romano, con el reconocimiento de la religión cristiana

(5) IBIDEM P. 51

por el emperador Constantino en el año 313 de la era cristiana, especialmente cuando adquirió el carácter de religión oficial y exclusiva con Teodosio. ⁽⁶⁾

El Derecho Penal Canónico tuvo vigencia en la Edad Media, debido a su jurisdicción se extendió por razón de las personas y de la materia. La Iglesia ejerció su poder penal no sólo sobre los clérigos, sino también sobre los laicos siendo la legítima defensa como un derecho natural del hombre primitivo a la obra de la justicia la cual debía ceder y ser restringida en estrechos límites ante la necesidad de la vida social.

Sus fuentes principales fueron:

- * Los Libros Penitenciales, que fueron condenados por varios concilios y concretamente el que resolvió las penas que se impondrían según los antiguos cánones o las Sagradas Escrituras o a las costumbres.
- * Las Ordenanzas Eclesiásticas
- * Las Capitulares Carolingias
- * Los Sínodos
- * Las Ordenanzas para asegurar la paz de Dios.
- * Los Concilios Particulares y
- * Los Sínodos Papales

"El derecho Canónico alcanzó su desarrollo con los Papas Gregorio VII (1073-1085), Alejandro Tercero (1159-1181) e Inocencio Tercero (1193-1216).

(6) IBIDEM P 49

A finales de 1983 entró en vigor el Código de Derecho Canónico; se trata de una normación orientada a trasladar la legislación positiva de la Iglesia Católica, su promulgación se llevó a cabo con Juan Pablo II en lo referente a los delitos y a las penas en general, mismas que se encuentran ubicadas en el Libro VI, parte uno; y las penas para cada delito se hallan en la parte II del propio libro. ⁽⁷⁾

El Derecho Canónico admitió la defensa necesaria contra la agresión injusta y actual, siendo la doctrina más antigua, diferenciaba la "necesitas nevitabilis" o necesidad inevitable, y autorizaba la defensa en cualquier circunstancia y la "necesitas evitabilis" o la necesidad evitable que no concedía esa facultad cuando el ataque pudiera evitarse de otro modo; pero la importancia del Derecho Canónico procede ante todo del derecho e haber reclamado de una forma más enérgica contra la idea objetiva del delito.

La Legislación Canónica dividió los delitos en:

Delicta Eclesiástica.- que son delitos contra la fe católica, cuyo conocimiento le compete a los Tribunales de la Iglesia.

Delicta Secundaria.- que son aquellos delitos que sólo competen a la sociedad civil, cuya competencia es de los Tribunales Seculares.

Delicta Mixta.- que son ofensores tanto del orden religioso como secular.

En relación a la tentativa en cuanto a forma imperfecta del delito, era conocida por el Ius Canonice, pero se penalizaba solo en casos concretos y no como regla general.

(7) JIMENEZ DE ASUA Luis OP CIT P:31

4.- ITALIA

“En Italia no puede encontrarse una teoría bastante completa sobre la legítima defensa antes de Julio Caro en el siglo XVI. Este famoso práctico la fundó en el derecho natural que proclamaron los romanos de “vim vi repellere” pero siempre que se abre por justa defensa de sí mismo y con el moderamen de la causa, de tiempo y del modo”.⁽⁸⁾

Prosperó Farinacio añadió a los requisitos de la reacción inmediata, del peligro actual y de la injusticia de la causa, la paridad de armas. Además reclamó el uso del medio empleado fuere indispensable, de manera el deber de evitarse con la fuga tener que dar muerte al agresor, pero siempre que el huir no pusiese en peligro al agredido, o no quedase infamado por correr.

Con respecto a la extensión de la legítima defensa, los prácticos de Italia no sólo la admitieron para proteger a la persona, sino también cuando el ataque iba dirigido a la integridad sexual o a los bienes; de igual manera la defensa de terceros fue admitida por la práctica italiana, castigando el exceso con una pena atenuada.

“Con Vicenzo Manzini encontramos que aborda la cuestión de “la lesión de un tercero inocente en lugar del agresor” diciendo: “si la persona expuesta a un peligro, por error en el uso de los medios o por otras causas, obra en defensa contra una persona diversa de aquella que ha ocasionado el peligro, la justificante (de legítima defensa), sin embargo existe, porque en cuanto a la responsabilidad penal la ley considera el hecho cometido contra la persona a la cual estaba dirigido”.⁽⁹⁾

(8) IBIDEM P 33

(9) SILVANO FORTANA, Ravi: José La legítima Defensa y Lesiones de Bienes a Terceros Ed. Palma Buenos Aires, 1970. P. 19

De las anteriores consideraciones, encontramos regulada la "aberratio ictus" (aberración en el golpe) en el Código Penal Italiano y dice así "Cuando por error en el uso de los medios o por tracauso, se ofende a persona distinta de aquella a quien iba dirigida la ofensa, el culpable deberá responder como si hubiera cometido el delito en perjuicio de la persona a quien pretendía ofender, salvo, en lo que respecta a las circunstancias agravantes y atenuantes.

Si este hecho no habría sido punible en el caso, de haber afectado al agresor no lo es tampoco, si, por el indicio error, afectó a una persona diversa". ⁽¹⁰⁾

5.- FRANCIA

El fundamento de las legislaciones penales europeas durante la Edad Media, con la ruptura de la armonía jurídico cultural del imperio romano, a la caída de éste, está construido, como la vida toda, de una mezcla de elementos muy distintos: romanos, bárbaros (germánicos) y canónicos. Tales elementos no permanecen separados cada uno con su correcta esfera de influencia sino se entremezclan dando lugar a un período de transformación, de inestabilidad, de elementos viejos y nuevos, teniendo como principal característica esa mencionada inestabilidad y de una clara falta de homogeneidad así como de consistencia, un período transformativo y extendiéndose a las distintas legislaciones nacionales de cada país y prolongándose hasta los tiempos modernos.

(10) OP. CIT. P.20.

6.- ESPAÑA

La "Ley Visigótica" (Breviario de Alarico) contenía importantes preceptos sobre la legítima defensa. Sabido es que en cierta frase de su evolución histórica se conoce a ese Código con el nombre de Fuego Juzgo. Aunque escrito en tiempos de la denominación visigótica y por reyes godos (Recesvinto y Chindasvinto), se eleva sobre la concepción germánica, harto limitada, de la defensa propia, hasta el punto de no sólo absolver al que mata al agresor, sino agregando este fundamento utilitario: mejor es el hombre que, mientras que vive que se defienda, que dejar que lo venguen después de su muerte.

En la Alta Edad Media propiamente española, los Fueros y las Constituciones de Cortes, no dejaron de reconocer la legítima defensa, como ejemplos de ellos podemos citar los siguientes.

* Fuero de Daroca de 1142, este documento señalaba ciertas limitaciones a su ejercicio.

* Fuero de Soria el cual ordenaba: ".....si el matador siendo herido primero y tornare sobre si mataré al otro que hirió sobre la tregua no es traidor, ni halla pena ninguna y luego sea saludado".

* Fuero de San Emeterio, dado por Alfonso VIII el 11 de julio de 1188 y

* Las Constituciones de las Cortes de Huesca de 1188

También al final de la Carta Magna Leonesa, otorgada por Don Alfonso, Rey de León y de Galicia, en las Cortes del año de 1188, se encuentra un importante precepto, referente a la defensa contra el asaltante de la casa; citando el párrafo que lo indica ".....Si por si acaso matase al dueño o a la dueña, se (declarado alevoso y traidor. Si el dueño, la dueña o alguno de aquellos le ayudasen a defender su casa, matase a uno de los asaltantes, no sea castigado como homicida y no responda del daño que le hiciera".⁽¹¹⁾

Las Siete Partidas, dos siglos antes, ofrecían la misma o superior perfección de la Constitutio criminalis de Carlos V. En efecto, en las Partidas se presenta, de modo general, la legítima defensa frente a cualquier daño al querer inferir a nuestra cosas, y antes la vemos referida a casos concretos, resaltando en primer término en favor del defensor de su vida contra el agresor injusto, es decir al que reacciona contra el agresor inminente.

Las Leyes Recopiladas (Nueva y Novísima Recopilación), no pueden ser presentadas como paradigma, sólo se refieren a casos concretos. En la Novísima se habla de "matar con derecho" "en defensa propia", y vagamente se dice: matar al "enemigo conocido o defendiéndose" o al ladrón nocturno que hallare en su casa.

El Código de 1822, al tratar del homicidio, admite con un sentido amplio, la defensa de la vida propia o ajena, de la propiedad y de la libertad. Incluso reglamenta este Código el exceso de la defensa. En el siglo XVI, podemos citar en primer término a Diego Covarrubias, quien se ocupó de la legítima defensa en el homicidio.

(11) IBID P 37

Francisco de Vitoria, uno de los mejores estudiosos en el tema de la legítima defensa, al tratar de las condiciones de la guerra defensiva, única justa, el Padre Vitoria hace en su "Relación" De iure belli, ciertas consideraciones sobre la legítima defensa privada, donde Franco Blasco hubo puesto de relieve.

Vitoria consideró la defensa, cuando se realizaba en sus justos límites, como un acto intrínsecamente lícito y no sólo disculpable, separándose, de la corriente canonista en donde la defensa era en el fondo éticamente injusta, aunque pudiera quedar impune.

Deduciendo su concepto del Derecho Romano él proclamó "siempre es lícito repeler la fuerza con la fuerza".⁽¹²⁾

La legítima defensa cabría no solo en relación a la vida y a la integridad corporal, sino también para defender las cosas y los bienes propios. La vida y la integridad corporal quedaría justificada por el derecho natural; la de los bienes sólo lo juzga lícita por declaración del derecho civil o secular.

Vitoria dice: solo es lícita la reacción frente un ataque actual o inminente; no contra el que ya pasó. La reacción defensiva, para ser legítima, debía mantenerse dentro de los límites proporcionados a a la calidad y la violencia de la agresión, por ser obligado a rechazar ésta con el menor daño posible para el agresor.

"Florencio García Goyena destinó toda una sección (la III) de su Código Criminal español según las Leyes y las prácticas vigentes, a tratar Del homicidio justo por razón de defensa propia, y de otras causas permitidas en derecho (separando de él el "homicidio

(12) FRANCISCO DE VITORIA, RELACION. EDII NACIONAL. S.A MEXICO, D.F P 70.

casual). Construye sus resúmenes legales con leyes de las Partidas y de la Novísima Recopilación sin desdeñar referencias al Código Penal de 1822". ⁽¹³⁾

7.- EPOCA COLONIAL

"En la Epoca Colonial realmente representó el transplante de las instituciones jurídicas Españolas a territorio americano. Con carácter nominal, en los territorios colonizados por España donde se aplica la llamada Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, terminada en 1680, rigió suplementariamente el Derecho Español, principalmente el Fuego Real, el Ordenamiento de Alcalá, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las Partidas y es aquí, como vimos anteriormente, donde se halla reglamentada la legítima defensa" ⁽¹⁴⁾. En esta legislación es notable el hecho de la penas aplicables eran desiguales según las castas; sin embargo estaban equipados españoles y mestizos en algunos casos como a continuación mencionaremos; en el adulterio, no se cuenta con algún antecedente convincente de legítima defensa.

De todos estos documentos el más importante en el aspecto legislativo es la Recopilación de las leyes de Indias elaborada por el fiscal Antonio Maldonado y terminada por el doctor Vasco de Puga, precisamente en el libro VII, que contiene ocho títulos referidos al delito y a las penas.

(13) IBIDEM. P.36

(14) IBIDEM P.37.

8.- EPOCA INDEPENDIENTE

En esta Epoca Independiente las principales leyes vigentes encontradas durante ese tiempo, fueron: la Recopilación de Indias, Autos Acordados, Ordenanza de Minería, de Agua y de Gremios; las Ordenanzas de Bilbao, Las Partidas y la Novísima Recopilación, integraron el derecho supletorio y como se mencionó antes, en estos dos últimos cuerpos de leyes forman en parte la causa de justificación en análisis. Esta legislación fue realmente escasa y tuvo tantos problemas que el Gobierno hubo de reconocer expresamente la constante vigencia de la Legislación Colonial y de la metropolitana siendo la supletoria de la anterior, como la Legislación Mexicana propia por la cual también es muy escasa la legítima defensa.

Nuestro primer ordenamiento penal Mexicano, el Código Penal de Veracruz de 1835, inspirado en el español de 1822, pero corrigiendo en parte su articulado, así como enriqueciéndolo con la innovación de la legítima defensa más destacada de los bienes. En el derecho mexicano, como se advierte se ha reconocido de modo constante la legítima defensa con el más alto valor justificante, e incluso como un derecho consagrado en favor de toda persona: el art. 10 Constitucional consagra en favor de todo ciudadano: "...Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio para su seguridad y legítima defensa"⁽¹⁵⁾ y "sin más limitación de que las armas no sean destinadas al uso exclusivo del ejército y en cuanto a su portación que se obtenga licencia"⁽¹⁶⁾. Tal consagración constitucional de legítima defensa tiene una excepcionalmente elevada jerarquía jurídica, de la que carecen las demás excluyentes que solo tienen consagración en el derecho secundario.

(15) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 102a. ed.1994.P.5

(16) MARQUEZ PIÑERO, Ratael. Derecho Penal. (Parte General), 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1986. P.48

A su vez las legislaciones penales mexicanas han consagrado la legítima defensa; el Código Penal de 1871 la recogió en la siguiente fórmula: es circunstancia excluyente de la responsabilidad criminal por la infracción de las leyes penales, "obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de las personas honor o bienes de otro, repeliendo un agresión actual, violenta y sin derecho, a no ser que el acusado pruebe haber intervenido con alguna de las circunstancias siguientes:

- 1.- El agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.
- 2.- Se previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.
- 3.- No hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa.
- 4.- El daño a causar por el agresor era fácilmente reparable después por otros medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el causado por la defensa.

Para calificar si el exceso de la defensa es grave o leve se impuso al juzgador tomar en consideración no solo el hecho material, sino también el grado de agitación y sobresalto del agredido; la hora, sitio y lugar de la agresión, edad, sexo, etc., y demás circunstancias del agresor y del agredido; el número de los atacantes y de los que se defendieron, las armas empleadas en el ataque y en la defensa. Como se desarrolla, es un sistema completo permitiendo llegar prácticamente hasta el perdón judicial en los casos de exceso leve en el ejercicio del derecho de defensa y hasta la apreciación del terror, el arrebato en el acusado, valorando en vista de los datos circunstanciales y personales en juego.

Lo anterior nos permite sistematizar los elementos de la legítima defensa:

- a) Una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho.
- b) Contra una persona, su honor o sus bienes, entendiéndose por esto último los económicos, pues al decirse "o no" se comprende el patrimonio moral o espiritual.
- c) El rechazo de esa agresión verificada por el agredido o por un tercero.
- d) El agredido no haya dado causa inmediata y suficiente para la agresión.
- e) Que no lo haya previsto o podido fácilmente evitar por otros medios legales.

Todos los anteriores requisitos, la consecuencia es la incriminación.

9.- ARGENTINA

En la República de Argentina podemos encontrar el Proyecto Tejedor el cual toma los preceptos de la legítima defensa, incluyendo su texto, del código penal de Barviera y tenía el mérito en ese punto de haber incluido, en la parte general, cuanto toca a la propia defensa.

Dentro de ese Proyecto se extiende la defensa privada en contra de un individuo en flagrante delito con las circunstancias de una actitud amenazante, resistencia con armas, pero con las condiciones de no poderlo aprehender de otro modo o al no obedecer las actitudes intimidatorias en un momento dado pueda asumir la persona al estar siendo robada.

El Código Penal empezó a regir en el año 1887 en Argentina, estableció cambios basándose en el modelo de Código Penal Español; así vemos los preceptos que establecen la legítima defensa propia y la de un pariente son idénticos a los incluidos en el Código de España; sin embargo en la defensa de un extraño, exige a éste ser grave, es decir que la agresión sufrida sea de consecuencias críticas para el agredido.

En la defensa privada del hogar, se exime de la pena a la mujer que hiere mata a aquél que intente violarla o robarla; aspecto el cual consideramos innecesario, debido a que pueden defenderse los "derechos", siendo obvio la honra de la mujer como uno de los principales.

En efecto, encontramos la existencia de una cifra respecto a la legítima defensa en la cual se obliga a la persona contemplada dentro de este precepto y como resultado matare o hiriese a alguno, debe de dar aviso del suceso a la autoridad más inmediata, y si no cumple con esta condición, se presumirá la existencia de exceso en la legítima defensa, aunque demuestre que no hubo ataque peligroso en contra de él; y no obstante sea absuelto, se le condenará por haber ocultado el hecho o haber declarado a la autoridad, con la sanción correspondiente al caso.

El Código Penal vigente desde 1922, establece en la materia muy parecidos preceptos a los de la ley española, sus fórmulas son análogas, aunque simplificada la defensa ajena, a las del Código Penal derogado, salvo lo que atañe a los textos complementarios relativos al conyugicidio, filicidio o fratricidio, a la defensa de la honra de la mujer, y del aviso de haber obrado en legítima defensa con absurda presunción del exceso en el caso de silencio, los cuales se suprimen en la ley vigente, como lo fueron en los proyectos de 1891,

1906 y 1917, de donde precede la redacción de las disposiciones sobre defensa ajena y propia vigentes hoy en Argentina.

Las reformas que se han intentado después en la Argentina han seguido el mismo rumbo o en forma muy pequeña algo disidente. El Proyecto Gómez Coll no introduce muchas novedades, solo enmienda el Código vigente, introduciendo la condición de "necesidad" con los mismos requisitos de la legítima defensa.

Finalmente en dicho Proyecto, aparece la defensa contra violencias a la autoridad: en forma más innovadora, aparece el Proyecto Paco, en el cual los requisitos aunque son los mismos no aparecen separados, ni tampoco se presenta en incisos diferentes la defensa propia y ajena.

El Proyecto del Poder Ejecutivo del 1 de agosto de 1951, existe una redacción como el Código Fascista de 1930 y se muda el calificativo de legítima, caracterizando a la agresión, por el de injusta. El deseo reformista no ha llegado a suprimir los supuestos de la legítima defensa del hogar o durante la noche. Sin embargo se unifican la defensa propia y ajena.

En el Código de Justicia Militar, ley 14029, del 4 de julio de 1951, introduce un especial eximente del delito de abuso de autoridad, en donde se habla de la legítima defensa, y de la necesidad, en el empleo abusivo del medio, para reprimir delitos flagrantes de traición; en una fórmula de defensa del estado de necesidad.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTUALIZACION, CLASIFICACION Y NATURALEZA

JURIDICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.- CONCEPTO ETIMOLOGICO DE LA LEGITIMA DEFENSA

Si bien es cierto que en el Derecho Romano, fue entendido como defensa, tomado del latín *defendere*, cuyo significado es alejar, rechazar, de un enemigo defender, proteger; el ejercicio de una violencia impuesta por la necesidad de tutelar la vida, los bienes y el honor; uniendo a esta palabra con el tecnicismo jurídico de Legítima en sí conlleva a la potestad donde el derecho va a reconocer, para rechazar la violencia de una agresión antijurídica no es más que un pleonástico tecnicismo jurídico. En la antigüedad existió una palabra que en su significado contenía las dos ideas tanto de ofensas como de defensa. Esta palabra era el verbo *Fendo* que en su significado era incitación a la ira".⁽¹⁷⁾

Aunque no existiera el lenguaje hablado ni palabras, las cuales reprodujesen exactamente los motivos psicológicos contenidos en el concepto de Legítima Defensa; ésta se encontraba claramente contenida o diseñada en la mente de los romanos.

Por esta situación los jurisconsultos reconocieron e hicieron efectivo el derecho de defensa, el cual apareció escrito ya con sus características en la Ley de las XII Tablas, y en el Digesto; el nacimiento y muerte del Derecho Romano.

2.- CONCEPTO GRAMATICAL DE LA LEGITIMA DEFENSA

El concepto de legítima defensa gramatical algunos autores la han definido en diferentes formas como son:

(17) DICCIONARIO DE LENGUA ESPAÑOLA, Ed. Especial para Ediciones Culturales Internacionales, México 1991. P.241.

"La defensa requiere impedir o repeler la agresión de un acto dañino, de tal manera que la acción defensiva sea posible y evitar un verdadero delito. ⁽¹⁸⁾

En la acción de defensa el acto de repeler un ataque injusto.

Franz Von Liszt define a la Legítima Defensa como "aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria a derecho por medio de una lesión contra el agresor". ⁽¹⁹⁾

Jiménez de Asúa "define a la Legítima Defensa como la que repulsa la agresión legítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir o repelerla". ⁽²⁰⁾

Luis Silliceo, dice que "es la repulsa nacional contra un ataque injusto llevado contra un bien, propio o ajeno, jurídicamente defendida". ⁽²¹⁾

Maurach la señala diciendo "siendo la Legítima Defensa necesaria para repeler, de si mismo o de un tercero, la agresión actual y antijurídica, y añade que en la defensa el agresor se enfrenta claramente al derecho de defender, no debiendo ceder el derecho ante el injusto". ⁽²²⁾

(18) IBIDEM. P.242 (19) GOMEZ LOPEZ, Orlando. Legítima Defensa. Ed. Temis Bogotá-Colombia 1991 Pág. 464

(20) JIMENEZ DE ASUA, Luis. OP. CIT. Pág. 344 (21) IBIDEM. P. 345

(22) DICCIONARIO ENCICLOPEDICO HISPANO MEXICANO. Ed. Porrúa, S.A. México. 1990. P. 540

Significa en donde la legítima defensa va a ser necesaria cuando vamos a repeler una agresión ya sea contra uno mismo o de un tercero, pues la legítima defensa es considerada como una reacción justa a un ataque sorpresivo.

3.- CONCEPTO JURIDICO DE LA LEGITIMA DEFENSA

Varias son las definiciones dadas sobre la legítima defensa, pero hoy en día varios tratadistas la consideran como:

a) "La legítima defensa es el repulso inmediato; necesario y proporcionado a una agresión actual e injusta; de los cual se deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho".⁽²³⁾

b) "La legítima defensa puede definirse como la que es necesaria para rechazar un ataque".⁽²⁴⁾

c) "Se ha denominado también como la acción necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte de quien se defiende".⁽²⁵⁾

d) "acción que es necesaria para evitar o repeler un ataque por parte del que se define, contra un tercero".⁽²⁶⁾

(23) PAVON VASCONCFLLOS, Fco. Manual de Derecho Penal Mexicano (Parte Gral) 9a ed. Fd Porrúa, S.A México 1990 pág 315

(24) DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS Vol. IV Ed. Porrúa, México, 1983. P.316

(25) CARRANZA Y RIVAS, Raúl Derecho Penal Mexicano T. II. Ed. Porrúa, S.A México 1990 P. 63 (26) OP. CIT. P. 65

e) La Suprema Corte de justicia de la Nación, ha sostenido en sus diferentes tesis, el entender por legítima defensa lo necesario para rechazar un ataque jurídico, actual, dirigido al que se defiende contra un agresor o contra terceros. Es decir, la situación fundadora de la legítima defensa se caracteriza por este ataque actual y antijurídico.

Como podemos observar dentro del concepto jurídico de la legítima defensa existen diversos conceptos los cuales analizaremos cada uno de ellos:

La legítima defensa, o defensa justa, es considerada como la acción requerida para impedir o apartar de sí o de otro una agresión actual o legítima contra un bien jurídico.

Actual.- Esto quiere decir deberá ser reciente, no con posterioridad porque esto nos estaría diciendo que se trataría de una venganza y no de una protección hacia un ataque.

Agresión la definiremos como "la conducta de todo ser (racional e irracional) que amenaza, lesiona a los intereses jurídicamente protegidos".⁽²⁷⁾

En la legítima defensa se da una serie de agresiones que son consideradas como:

a) "La conducta de un ser, viviente, racional e irracional, que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos".⁽²⁸⁾

(27) RODRIGUEZ MUÑOZ José Arturo Tratado de Derecho Penal T I Ed. Porrúa, S.A. México 1990 P. 317

(28) PAVON VASCONCELOS. Francisco OP CIT P. 453

b) "Es el hecho de poner en peligro, por medio de un acto positivo, una situación existente, jurídicamente protegida". (29)

El significado de la palabra agresión se entiende a toda clase de actos materiales de acontecimientos tendientes a dañar a otro.

La agresión no sólo puede ser material, exteriorizada por medio de la fuerza física; también puede ser moral; pues puede consistir en amenazas, ofensas al honor. Asimismo la agresión puede provenir de cualquiera, normalmente imputable o no, y aún en sentido nato de una bestia, y puede rechazarla cualquiera persona humana.

La agresión casual ha sido calificada como.

Primer requisito de ella. - lo integra su actualidad. En nuestro derecho se expresa, una agresión actual. Por actual se entiende lo presente, o sea lo existente en el tiempo del cual 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 tal motivo desaparece virtualmente la necesidad del contra ataque, si ha pasado, la reacción es venganza y no defensa, agresión y defensa han de ser inmediatamente sucesivas.

Basta con que lo actual sea la agresión; no es necesario para lo actual sea la lesión efectiva producida, el agente no tiene que esperar a sufrir la lesión con la cual se le amenace; contra el solo peligro de ella, o sea contra la agresión, procede la defensa.

(29) RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo OP. Cit. P. 254

Segundo requisito.- La misma agresión ha de ser, además violenta en nuestro derecho se expresa: una agresión violenta cuando se está desarrollando fuerza. La agresión impuesta es la más adecuada para presentar un peligro inminente de lesión. Propiamente la idea de agresión o ataque contiene ya la violencia; pero nuestros legisladores prefirieron ser redundantes a fin de caracterizar más completamente el ímpetu lesivo.

Tercer requisito.- La agresión ha de ser antijurídica. Así se expresa en nuestro derecho una agresión sin derecho. Para que la defensa privada pueda estar legitimada es indispensable que la agresión sea antijurídica, y lo es cuando contradice las normas objetivas de valoración.

Cuando hay acción antijurídica así se trate de una imputable, de un enfermo mental, de un niño. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede estar legitimada, en virtud de no proceder contra la autoridad cuando esta obra legítimamente.

Sólo se considera como injusta la agresión cuando ha sido provocada en tal forma que justifique la violencia cometida en nuestro derecho requiriéndose que tal provocación sea bastante y contemporánea.

La actividad agresiva es más directa, concreta y peligrosa a diferencia de la meramente provocativa, es actividad de excitación y de estímulo, no le importa la perpetración de perjuicios a la persona o a sus derechos.

4.- CLASIFICACION DE LA LEGITIMA DEFENSA

a) LEGITIMA DEFENSA RESPECTO A TERCEROS

La legítima defensa puede ejercerse válidamente para proteger a otro, siempre y cuando concurren las circunstancias en donde la ley exige para a propia defensa. Deben converger aquellas donde se hacen admisible la defensa de la propia persona o derecho haciéndose extensivo a la defensa de otro el derecho de autodefenderse.

El único requisito variante es el de la falta de provocación suficiente, puede haber habido provocación y haber sido suficiente en los términos y en el espíritu de la ley, pero la legítima defensa podrá ser ejercitada por otra siempre y cuando él no haya participado de la provocación, aunque la hubiera conocido.

Para considerar a la defensa de un pariente es necesario que sea justa y legítima, la violencia iniciada, sufrida, causada, etc., por la persona en su ayuda, sea notoriamente injusta, es decir sin motivo o razón, la legítima defensa debe ampararse en la ayuda o en el proteger a los parientes en un caso de necesidad con el objeto de cooperar a una integridad de un derecho en el momento de no poderse realizar de otro modo.

"En el caso de la defensa de parientes es necesario que se haya dado la agresión ilegítima, de un carácter material es decir que se ponga en peligro la vida, la integridad o de la honra de la persona del pariente que se trata de defender de dicha agresión realizada por la víctima subsiste en el momento en que la defensa se pone en acción".⁽³⁰⁾

(30) BARRAGAN MATAMOROS, Luis La Legítima Defensa Actual 51a ed Ed Bosch Casa, S A Barcelona 1989 P 317

El fundamento jurídico de esta causa de justificación se asienta en motivos éticos cuya negación llevaría a desconocer la esencia de la formación de los sentimientos y hasta de los instintos humanos. En efecto, reconocer el hecho legítimo de defenderse a sí mismo o a sus derechos y no negarlo es defenderse a otro aunque la sangre o la amistad no ligue al interviniente con la víctima, sería desconocer una reacción de injusticia referente a una agresión legítima provocada en un hombre normal.

Se ha discutido en cuanto a las personas a quienes comprende; así, se le ha permitido circunscribir al pariente, pero los lazos parentales no tienen razón de ser para las legislaciones y los tratadistas modernos, los únicos motivadores a reaccionar frente a la injusticia de una agresión el no poder ser repelida por los medios normales.

b) LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

La palabra putativa proviene del latín putare, calcular, reputar, pensar, en lo aparente un sujeto puede creer estar siendo atacado y reaccionar defendiéndose; aunque en realidad no existe tal amenaza, sino un estado subjetivo motivador a hacerle suponer su existencia.

"En la legítima defensa se ha considerado a la defensa putativa, cuando el que se defiende o incluso el que ataca, creen que lo hacen dentro de la legalidad, porque estiman que tienen el derecho a hacerlo, cuando en realidad no es así".⁽³¹⁾

(31) FLORES SOUZA, Roberto La Legítima Defensa Putativa Buenos Aires 1940, P. 51

"Con este nombre suele estudiarse el error que no se refiere a los medios ni a particularidades sobre el modo de ejercer la defensa sino presupuesto básico de la agresión. El sujeto se cree víctima de una agresión violenta, con el peligro inminente que le es anexo, y actúa como si se defendiera, ejecutando actos y causando daños que el reputa o tiene erróneamente como legítima defensa".⁽³²⁾

El autor Soler nos explica esta situación: cuando el error versa, de modo inculpable, acerca de la existencia de un peligro producido por algo considerado, también en forma errónea, se cree una agresión injusta, prodúcese una situación llamada de la legítima defensa putativa, llevando también a la impunidad, pero por otro camino.

Podremos considerarla como una situación de error, porque el sujeto cree la existencia de circunstancias autorizándolo u obligándolo a proceder, de tal naturaleza, en la cual si hubiera realmente existido, habrían justificado la conducta.

Hay ocasiones en donde el error recae sobre la agresión misma, como cuando se dispara contra un miembro de la familia confundiéndole con un intruso en quien se cree ver un arma intimidante, otras recaen sobre los alcances del peligro mismo, realmente creado por otro.

En la primera suposición, no ha habido agresión; y en la segunda, donde existe el error de ser ponderado con adecuación a la defensa. En aquélla la legítima defensa actúa como causa de inculpabilidad; es ésta, como causa de justificación.

(32) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano (Teoría del Delito), 5a ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1985. P. 405

Demasiado hemos repetido el que actúa por error inculpable y recae sobre la esencia del acto, tiene a su favor una excluyente de culpabilidad, no es necesario analizar el caso ni detenerse a discutir opiniones cuando hablan de una "antijuridicidad subjetiva", en lo cual lo putativo equivale a lo real.

c) LEGITIMA DEFENSA DE PARIENTES

En al defensa de los parientes se exige la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión.

"El Código permite también la defensa de los parientes y declara exento de responsabilidad al que obra en defensa de la persona o derecho de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales o adoptivos, de sus afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que en caso de haber procedido provocación por parte del acometido, no hubiera tenido participación en ella el defensor".⁽³³⁾

El Tribunal Supremo declara, la situación de defensa ante una agresión legítima contra un pariente de los mencionados en el texto legal, no puede confundirse con la riña en donde se toma parte a favor de aquél.

(33) CUELLO CALÓN, Eugenio Derecho Penal (Parte General) T. I. V. 1.ª Ed. Bosch Casa, S.A. Barcelona, 1980. P. 389

También declara, esta eximente presupone, como la defensa propia, la agresión ilegítima, declaración lógica, pues sin agresión no hay defensa de ningún género y en ningún caso.

D) LEGITIMA DEFENSA DE LA MORADA

Dentro de los bienes agredidos cabe la legítima defensa dentro del domicilio, es decir, la morada, este término se extiende a todo lo relacionado a una casa habitada, estando al servicio interno constante y exclusivo de sus moradores.

A esta morada no se puede acceder en contra de la voluntad del morador, ni por la fuerza, ni por la intimidación.

La legítima defensa no protege la propiedad sino la intimidad del hogar, es decir entra al hogar en contra de la voluntad del propietario, incurriendo a un delito.

"Hemos mencionado este delito de allanamiento de morada, por la importancia que se tiene actualmente hoy en día y tratar de legitimar la defensa... No sería legítima defensa pegar ni herir a nadie por el hecho de entrar en nuestra casa o en nuestra dependencia, a menos que no tuviéramos otro remedio que defenderla por medio de la violencia".⁽³⁴⁾

⁽³⁴⁾ BARRAGAN MATAMOROS, Luis. OP CIT P 54

5.- LIMITES DE LA LEGITIMA DEFENSA

Estos límites se pueden sintetizar en las siguientes proposiciones:

1.- El derecho de la legítima defensa puede llegar hasta a dar la muerte al agresor injusto, cuando esto sea absolutamente necesario para salvar la vida del agredido. Es una consecuencia de los dicho y de las reglas relativas a la colisión de derecho. Priaco añade acertadamente si tal cosa es una consecuencia del principio de casualidad, aplicado al orden moral y jurídico, según el cual es causa de una acción dañosa debe de sufrir todas sus consecuencias.

2.- La defensa para ser justa o legítima ha de reunir las siguientes condiciones:

a) La agresión debe ser injusta, esto es contra la ley. No existirá, pues, el derecho de la legítima defensa contra lo considerado por la autoridad o sus agentes hagan en uso legítimo de sus funciones aunque vaya contra un derecho nuestro; pero sí existirá en el caso de un abuso evidente o de un uso ilegítimo de su autoridad.

b) La agresión o ataque debe ser actual, es decir, constituir un peligro inmediato del cual no pueda defendernos la autoridad pública.

c) Cuando hay tiempo y modo de evitar o repeler la agresión por medio de más suave, no debe recurrirse al más duro. Así cuando queda la huida del agredido sin otra pérdida ni peligro para él, su familia o sus intereses, no cabrá la defensa; si por ejemplo, disparando un tiro al aire se ahuyenta al ladrón o al agresor, no debe de herírsele; si con sólo herírle es bastante, no se debe procurar matarle. En este punto es muy importante observar que

al hablar de la huida se dice que ésta sea posible sin otra pérdida de peligro. De esto decidirán las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

d) La defensa debe ser proporcionada a la agresión, no debiendo traspasar lo necesario para repeler el ataque, pues toda reacción debe de ser proporcionada a la acción. Tratándose de la defensa de la propiedad, los antiguos admitían ser lícito dar muerte al ladrón, cuando el robo podía resultar la última pena; pero los modernos no admiten tal cosa, de conformidad con lo establecido por Inocencio XI.

3.- "No cabe el empleo de la fuerza física, ni el derramamiento de sangre, para defender la honra y la fama contra los ataques a éstas, ya que el empleo de la fuerza física sería un medio desproporcionado para ello, pues la honra y la fama dependen del juicio de personas respetables y de sentencias del juez. La única manera de conseguir reparación en estos casos es demostrando la falsedad de la difamación u obligando, por medio de la autoridad a retractarse al difamador. De admitirse por la ley que los ataques a la fama y al honor legitimar el empleo de la fuerza, dadas las gradaciones que admite la susceptibilidad humana, menudearían las nuevas violentas."⁽³⁵⁾

En el orden del Derecho Penal, la legítima defensa, cuando no traspasa los límites debidos, constituye una causa de justificación del daño causado al agresor, eximiendo por tanto de pena (por carácter de culpa) al defensor; y cuando la defensa ha excedido tales límites, si sólo hubo en ella exceso, servirá de circunstancia atenuante efectuar, al disminuir la culpa, disminuir la pena la cual correspondería a la acción realizada por el defensor si la defensa no existiera, aspectos que han sido tomados en consideración en diferentes tesis jurídicas.

(35) ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, T. XVII Ed. Espasa-Calpe, S. A. Madrid, Barcelona 1990. P. 1282

5.- NATURALEZA JURIDICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

a) LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO

La defensa justa tiene como fundamento causal el evitar un derecho injusto contra un interés lícito. de allí que su ausencia y naturaleza sean la reafirmación del derecho no solo subjetivo sino objetivo, se ha dicho cuando el agresor trata de negar deliberadamente su interés lícito en una forma injustificada, y la persona al defenderse pretenderá impedir el lícito del cual ha de ser el objeto; así la defensa es justa, lícita, conveniente por ser la negación de la negación.

“En la legítima defensa del derecho el sujeto actúa con el ánimo de defenderse, con una voluntad de obrar conforme a derecho. Es decir estamos en presencia de un elemento subjetivo de justificación en defensa de su persona o derecho lo que interpretamos para defender a su persona o su derecho, no se requiere sin embargo que el ánimo de defenderse sea excesivo, por lo que entenderemos que pueda coexistir con otros móviles (el de venganza, por ejemplo), y que el valor de los bienes jurídicos en conflicto sean proporcionados, de una forma en donde no se sacrifiquen los bienes jurídicos de mayor valor (la vida)”.⁽³⁶⁾

Se estructura en una condición de un proceso, en donde el agresor pretende negar un bien jurídico, y el defensor también va a negar su intento de negación y con ello reafirmará su derecho, es decir una agresión y una defensa de ambos son considerados como extremos en este proceso de contrarios, son conductas las cuales están afrentadas, subjetiva y objetivamente en negación inevitable pero casualmente vinculadas, una se explica en relación con la otra, la acción defensiva solo puede serlo frente a una agresión

(36) GOMEZ LOPEZ, Orlando OP CIT P 24

injusta que enfrenta o busca repeler la agresión llevando en sí la destrucción desde el momento en donde se engendra la defensa como una consecuencia natural y lógica. Esa lucha y contradicción entre quien intenta negar un derecho y quien intenta defenderlo.

“Los tribunales han establecido que el derecho para que quede debidamente comprobado en la legítima defensa, se requerirá que el acusado, al obrar, lo haya hecho por determinadas circunstancias como son:

Que la agresión de la que fue objeto y lo impulsó a obrar sea injusta, pues de otra manera el derecho ha de rechazarla porque no existiría la agresión injusta o legítima que sería aquella contraria a derecho, es decir, que el que comete o ataca no tenga ningún fundamento jurídico para ello.⁽³⁷⁾

Para demostrar el ejercicio de este derecho de la legítima defensa, se necesita que el acusado, al obrar lo haya hecho cuando él se encontró en determinadas circunstancias, tales como la agresión de la cual fue objeto y lo impulsó a obrar, en forma injusta, pues de otra manera el derecho de rechazarla no existiría.

La agresión para considerarla se necesita que debe ser violenta y antijurídica, o sea, la acción debe dirigirse a rechazar ataques impetuosos o lícitos, sin derecho que debe constituir un peligro inminente, en tal forma, será factible y que el daño se realice, si no provee la defensa.

(37) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal (Parte Geral) T. III, 1a ed. Ed. Cárdenas y Distribuidor México, 1988 P.623

Como anteriormente mencionamos una agresión injusta por esta palabra debemos entender como una negación del derecho y la legítima defensa al anular esa agresión reafirma el derecho y consecuencias con sus excentricidades, los positivistas pretendieron a más de una justificación positiva, había que entender a que el sujeto no actuara por motivos antisociales, pues sólo así demostraría su falta de peligrosidad.

b) LEGITIMA DEFENSA EN LA JUSTIFICACION

La justificación de la legítima defensa requiere a quien reclame semejante justificación deba sin culpa, haber sido puesto en inminente peligro de un ataque, o si él honradamente cree que semejante peligro está presente, en circunstancias en donde el hombre razonable pudiera justificadamente creerlo así, y el único modo para evitar el peligro sea repeliendo la fuerza con la fuerza.

La causa de justificación obliga al hombre a defenderse a sí mismo y a sus derechos, al amor a la familia, arrastrándolo a defender a sus parientes; la generosidad, el amor a lo justo; la sublimación natural contra la presión que el fuerte ejercita en el débil, le impide a su vez a defenderse de los extraños.

“La legítima defensa garantiza su causa de justificación, en que defiende una coalición de intereses entre el bien y el mal, y triunfar ante la justicia, el agredido restablece el derecho que fue injustamente lesionado. En la legítima defensa se establece el mal, la injusticia, por la agresión con el legítimo derecho de defensa y debe ser este último quien triunfe. También obedece al de otra conducta influyendo en ella la perturbación psicológica

que es el ataque injusto producto en el agente, figurando entre sus requisitos, el animus defendi y la necesidad defensionis".⁽³⁸⁾

En efecto como podemos reconocer es legítimo defenderse a sí mismo o a sus derechos y negar defender a otro aunque la sangre o la amistad no ligue al interviniente con la víctima y sería la reacción en donde a injusticia de una agresión ilegítima provoca en un hombre normal.

Consideramos en el fundamento de la justificación está asentado en el motivo ético cuya negación llevaría a desconocer la esencia de la formación de los sentimientos y hasta de los instintos humanos.

c) LEGITIMA DEFENSA EN LA NECESIDAD

"Se le ha considerado a la legítima defensa dentro del derecho de necesidad, como una forma de necesidad privilegiada, en tal sentido parecía lógico que comenzáramos por exponer el estado de necesidad, en todo caso, los principios en que el derecho de necesidad se asienta, pero lo cierto es que la legítima defensa no sólo cobra un aspecto propio sino que tanto ella, como el mismo estado de necesidad, tiene un fundamento superior a la necesidad misma".⁽³⁹⁾

(38) OP CIT P 624

(39) SAINZ CANTEIRO José A Lecciones de Derecho Penal (Parte General.) 3a ed. Ed Bosch Casa, S.A Barcelona, 1990 P 599

Hablando de la necesidad, como un derecho comprensivo de la acción (estado de necesidad) y de la reacción (legítima defensa), nos menciona el fundamento constante de esa legitimidad siendo al cesación del derecho de penar, correspondiente a la sociedad.

La necesidad la consideramos como el medio empleado para impedir o repeler lo constituido, al tenerse el rechazar el injusto proceder negativo, por la defensa imperiosa, ejercida de la manera proporcionada y en cuanto sea imprescindible a tal fin, sin exceso repudiable, y sobrepasando lo necesario.

Para conceptuar en nuestro derecho el estado de necesidad justificadamente debemos atendernos ante todo, a la necesidad en general y luego a su función en consideración al papel que cumple en las eximientes.

La función de la necesidad es la legítima defensa y sus limitantes es cuando se da su provocación y surge una situación de necesidad exculpante. Nos referimos a la situación de la culpabilidad pero necesitamos sintetizar desde el punto de vista, porque de lo contrario no podemos deslindar la necesidad de la necesidad justificante.

d) LEGITIMA DEFENSA EN LA CONDUCTA

“Si se aceptara que no procede la legítima defensa contra el exceso de legítima defensa sino una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, tendrá que admitirse que es antijurídica la conducta del que contesta el ataque del que se encuentra en exceso de legítima defensa, porque habiendo sido el agresor, automáticamente se acoge a la legítima defensa contra el exceso de legítima defensa que constituye en sí una conducta

antijurídica no debiendo sin embargo exigirse al agresor que sucumba ante el exceso del agredido, aprovechándole una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, aunque siendo antijurídica no se le puede exigir una conducta distinta de la que realizó".⁽⁴⁰⁾

Se le considera a la agresión legítima como una conducta humana agresiva y antijurídica. Esta implica tres requisitos tratándose de una conducta, agresiva y antijurídica.

1.- La conducta: no existe la agresión legítima cuando no hay conducta.

2.- La agresión: nos indica la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión.

3.- Antijurídica: es aquella conducta la cual afecta los bienes jurídicos sin derecho.

La conducta está enfrentada subjetivamente en negación inevitable, pero causando la acción defensiva solo puede ser frente a una agresión injusta que se enfrente o busca repeler, es decir la agresión lleva en si el germen de destrucción desde el momento en que engendra la defensa como una consecuencia material y lógica.

Esa lucha y contradicción entre quien intenta negar un derecho y quien intenta defenderlo.

(40) CUELLO CALÓN, Eugenio OP CII P 881

7.- LA PRESUNCION DE LA INOCENCIA

La presunción de la inocencia impone al Estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente hasta el momento en donde los Tribunales afirmen una sentencia; es decir, lo declaren culpable. Es donde el Estado trata al individuo como culpable. El darle tratamiento a una persona de culpabilidad, es imponerle a una pérdida llamada intimidación de sus propios derechos, como es la pena de prisión, la privación de su libertad.

"La presunción de inocencia ampara a todo ser humano como aquellos que nunca han sido objeto de una acusación penal... En el sentido de que se ejerciera la acción penal en contra de un individuo, la presunción de la inocencia va a seguir favoreciendo en todo el proceso, a pesar de que se dicte en su contra el auto de formal prisión; aún si se consta de pruebas contundentes de dicho delito, la responsabilidad del acusado. Todo esto nos da una pausa a desaparecer dichos efectos de la presunción".⁽⁴¹⁾

Jurídicamente, se dice: se presume la inocencia del imputado; es decir, se le reconoce en posesión de un derecho a su propia vida, a su patrimonio, a sus familiares, a extraños, etc., y es el Estado el que va a privar de este derecho únicamente cuando en un proceso penal compruebe todo lo contrario y el Juez pronuncie sentencia declaratoria de culpabilidad. En dicha sentencia queda expresado el principio: *nulla poena sine iudicio*.

En nuestra Constitución se da un proceso legal establecido en el segundo párrafo del artículo 14, con las siguientes palabras "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio..."⁽⁴²⁾

(41) ZAMORA PIERCE, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. 6a ed. Porrúa México 1993 P. 505

(42) CONSTITUCION POLITICA, OP CIT P 13

Esta presunción de inocencia, como se ha dicho anteriormente es una garantía con independencia establecida en México, incluyendo otros derechos, en donde el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, razón por la cual las legislaciones internas no sólo prohíben recurrir a cualquier tipo de coacción, presión o amenaza tendiente a provocar la confesión del inculcado.

La presunción de la inocencia va a representar un gozne de un proceso penal moderno, al cual está ligado la más importante de las garantías que tutelan al imputado, entre ellas, el derecho a una sentencia correcta, el derecho al contradictorio, la inviolabilidad de la libertad personal, y el derecho al individuo.

El consagrar la presunción de la inocencia como última finalidad y fundamento del primer paso del proceso penal. En donde el hombre debe desarrollar la inteligencia del cerebro antes de sus músculos, es decir, el conocimiento debe preceder a la reflexión, y esta a su vez a la decisión, a la ejecución.

Históricamente se han admitido contradicción de la prisión preventiva en relación a la presunción de inocencia. El artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que es la cuna de la presunción, admitía la detención y que a la letra dice: "Todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley".⁽⁴³⁾

(43) ZAMORA PIERCE, Jesús OB CIT P 510

El texto del artículo 19 de nuestra Constitución inspira en su párrafo final que "todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles; son abusos, que serán castigados por las leyes y reprimidos por las autoridades".⁽⁴⁴⁾

Nuestro procedimiento penal en la historia ha sido definitiva en la lucha, de la acción y de la reacción entre el principio de autoridad y el de libertad en cuya compatibilización y armonización reside la sumars legislativa. Ciertamente aparece en el poder absoluto y absorbente del Estado, estar frente al ciudadano en donde se va a hacer prevalecer el interés represivo del procedimiento penal, al igual del sentimiento de la libertad y dignidad individual donde es el enjuiciamiento criminal un deseo de tutela de la inocencia y de la libertad personal.

En nuestro país, México, el proceso penal puede adecuarse a la presunción de inocencia; es decir:

1. Liberalizar un sistema de libertad caucional sometido al procesado en prisión preventiva únicamente en casos excepcionales.

2 Hacer realidad el proceso de garantía de juicio breve establecido por nuestra carta Magna, en su artículo 2o. fracc. VIII; por medio del cual la prisión preventiva termine lo antes posible para dar seguimiento a la pena, si el procesado es condenado; a la libertad si es absuelto.

(44) CONSTITUCION POLITICA. OP CIT P 16

3. Dar cumplimiento a las normas de los Derechos Humanos, estableciendo en el Estado mexicano la obligación de indemnizar a la persona que haya sido ilegalmente detenida, presa, condenada, etc.

4. Adecuar la fracción II y V del artículo 38 Constitucional que indebidamente priva al procesado penalmente de sus derechos como ciudadano, hasta en tanto no esté plenamente demostrada su culpabilidad, mediante sentencia dictada por la autoridad; pudiendo concederse el derecho a voto y no así de ocupar un cargo de representación popular por ejemplo.

8.- LA CARGA DE LA PRUEBA Y LA PRUEBA INSUFICIENTE

La carga de la prueba es la que recae sobre el acusado. El acusado se encontrará en un estado de inocencia al permitirle el uso y goce de sus derechos, en donde afirme haber cometido un delito y en consecuencia no debe ser sancionado con privación de derechos.

El acusado no debe aprobar su inocencia, sino debe de corresponderle al Ministerio Público probar los elementos constitutivos del delito y dicha culpabilidad del imputado.

El artículo 247 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece: "Que no se podrá condenar a un acusado, sino cuando se compruebe que cometió el delito que se le imputa". ⁽⁴⁵⁾

(45) CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL (Comentado) 12a ed Ed Porrúa, México 1994 P 58

CAPITULO TERCERO

LEGITIMA DEFENSA EN EL ORDEN JURIDICO INTERNACIONAL

Antes de entrar en lleno a nuestro capítulo tercero y después de tener conocimiento sobre la historia al particular ha tenido la Legítima Defensa así como una serie de conceptos de los cuales hemos venido tratando, ahora es necesario en relación al tema abordado que nos ocupa y debido a su importancia, manejar derecho comparado. Porque debido a la trascendencia que en este aspecto ha tenido esa figura y su desarrollo específicamente en México como ya lo vimos en el Capítulo Primero, vale la pena manejar un poco sobre el tema a tratar así tenemos que la legítima defensa en:

1. ESPAÑA.

Hay antecedentes en donde no debemos olvidar como son las Siete Partidas y la Novísima Recopilación, en éstas se encontraba declarada la legítima defensa. Pero respecto de la vida, del honor y de la propiedad, la Novísima Recopilación en particular trataba de si todo hombre que matara a otro hombre a sabiendas de que este moría, a reserva de si mataba a su enemigo conocido o defendiéndose o en su caso si mataba al ladrón y encontraba robándole sus pertenencias y además no lo quisiera dejar era cuando operaba la legítima defensa.

Así es como en España la "Ley Visigótica", también contenía preceptos de relevancia sobre la legítima defensa. Otra cuestión importante la encontraremos en el Código del "Fuero Juzgo", aquí también en este Código se habla sobre la defensa propia limitada ya que no solo se absuelve el homicida del agresor sino considerando el tener que defenderse para no dejar que lo vengaran después de su muerte.

En los Fueros y las Constituciones de Cortes no se deja de reconocer la Legítima Defensa sino también la consideraron limitaciones a su ejercicio. "El Fuero de Daroca" también tenía sus limitaciones pero la defensa privada es hasta la Carta Magna Leonesa Española que es realizada por Don Alfonso Rey de León de Galicia en 1188 en donde ya encontramos una importante aportación sobre el tema que nos ha tocado desarrollar específicamente como es el asalto a casa habitación que decía "Juro también que yo ni nadie entraremos por fuerza en casa de otro ni haremos daño en ella ni en su heredad. Si alguien causara algún daño peche el doble al dueño de la casa y nueve veces más al señor de la tierra, si no promete estar a derecho como queda establecido. Si por acaso matase al dueño o a la dueña, será declarado alevoso o traidor. Si el dueño, la dueña o alguno de aquellos que le ayudasen a defender su casa, matase alguno de los asaltantes, no sea castigado como homicida y no responda al daño que hiciera."⁽⁴⁶⁾

Como observamos en Las Partidas de un modo general a la legítima defensa era considerada ante cualquier daño que pudiera provocar en sus casas o en sus cosas, etc., en las Partidas quedaba absuelto el homicida del ladrón, al forzador de la mujer, de la hija o de la hermana, y al que diera muerte a la mujer adúltera o a la hija impúdica. "Igualmente se faculta a matarlo al que quemaba nuestros campos o nuestras casas, al ladrón nocturno o al diurno que empleara la fuerza."⁽⁴⁷⁾

En España específicamente en la Nueva y en la Novísima Recopilación, algunos autores hacen la distinción como las leyes recopiladas las cuales no las podemos tratar como algo general sobre la legítima defensa ya que esto solo hace referencia a casos concretos como mencionaremos anteriormente en el inicio de este capítulo en la Novísima entre otras cosas se habla de "matar con derecho" o "en defensa propia" y vagamente en

(44) JIMENEZ DE ASUA, Luis, OP CIT P. 37 (45) IBIDEM. P.37

la leyes recopiladas se decía matar al "enemigo conocido o defendiéndose" o "al ladrón nocturno que hallare en su casa".

Encontramos que en España "Se consideró la defensa, cuando se realizaba en sus juicios límites, esto es como un acto intrínsecamente lícito y no solo disculpable, separándose, al hacerlo así, como secuaz de Santo Tomás, de la corriente canonista en donde la defensa era en el fondo eficazmente injusta, aunque pudiera quedar impune. Deduciendo su concepto del derecho romano en el cual proclamó que "siempre es lícito retener la fuerza con la fuerza". La legítima defensa cabría -a su juicio- no solo en relación a la vida y la integridad corporal sino también para defender las cosas y los bienes propios. La de la vida y la integridad corporal quedaría justificada por el derecho civil o secular: "de los que se infiere en el derecho natural no sea lícito el matar para defender los bienes, lo hace lícito el derecho civil y así (evitando siempre el escándalo), no solo es lícito efectuarlo al laico, sino también al clérigo y al religioso". En orden las condiciones de la legítima defensa... Solo es lícita la reacción frente a un ataque actual o eminente; no contra el que ya pasó: "lo que importa en la defensa es que realicen el momento de un peligro actual, lo que llaman los jurisconsultos inconsciente. Y así sucede que al pasar la necesidad de la defensa, se pierde el derecho para guerrear"... La reacción defensiva, para considerarla legítima, debe mantenerse dentro de los límites proporcionados a la calidad y la violencia de la agresión al ser obligado debe rechazar ésta con el menor daño posible para el agresor. Era inexcusable que al llegar a este punto... Se plantease el problema de si la fuga es obligada, en vez de afrontarla en el peligro, reaccionando contra él. ⁽⁴⁸⁾

(48) IBIDEM. Pp. 38-39

Con esta información no solo encontramos la existencia solo en España relacionado con la comparación de legítima defensa, defensa propia, defensa a la vida y defensa privada; es decir, no solo en el mundo existe la comparación de la legítima defensa sino también específicamente en un solo país como lo acabamos de mencionar. Continuando en este orden de ideas pasaremos ahora al siguiente punto y así encontramos nuestro derecho comparado en relación a la legítima defensa en:

2. DERECHO GERMANICO

Los antecedentes localizados en nuestro derecho germánico son un poco confuso pues en aquellos casos respecto de los cuales se vivía, se concedía la procedencia de la legítima defensa y no solo se hacía, sino todo lo contrario se le reconocía; sin embargo, pese a esta confusión existen características especiales en nuestro derecho germánico sobre la legítima defensa. La gente primitiva miraba muy poco la intención de aquél que cometía un delito sin tomar en cuenta los motivos que lo habían impulsado para hacerlo, no se consideraba, si se tomaba en cuenta el elemento intencional del delito, para ellos lo más importante era la muerte de cualquier individuo y esto le daba motivo para una pena, expresada en la venganza. En los primeros tiempos de los germanos, la casa y el campo formaban un todo homogéneo, consideraban a la defensa de su propiedad rústica como algo necesario; asimismo tenían en cuenta la recompensa simbólica; es decir, que aquel que daba muerte a un intruso en su propia casa en donde había invadido, el dueño lo llevaba fuera y abandonaba el cadáver en la vía pública, como una muestra de castigo. Igualmente en Alemania operaba esta costumbre de condenar por homicidio a los que habían hecho uso de la legítima defensa sin embargo, posteriormente por gracia soberana se perdonaba la pena. Entre el derecho germánico se dio el avance del cristianismo, en

donde va evolucionando la legítima defensa como posteriormente lo veremos más adelante; en el derecho canónico, es así como se condenaba el desenfreno de pasiones humanas y de acuerdo a estas ideas se hacía inconcebible la legítima defensa de los bienes y del honor difícilmente se concebía la legítima defensa del pudor, es decir, esta era nula, siguiendo con esta idea aparece la iglesia católica impregnada de cierto sentimentalismo caritativo y humanitario, siendo preferible que el hombre recurriera a la fuga cuando se viera agredido, esta influencia de la iglesia aparece desde las primeras legislaciones las cuales fueron promulgadas por principios cristianos. "En el derecho y en la práctica germánico, la legítima defensa sufrió deformaciones que amenazaron por convertir el ejercicio excepcional y supletorio de una regresión a los tiempos de justicia privada, confundiendo el derecho con el deber, es decir "venganza de la sangre". En la doctrina Alemana moderna. la tesis extrema Ihering de la legítima defensa, como "derecho-deber", se considera como una posible reminiscencia de ancestrales sentimientos, habiéndose elaborado allí en toda la extensión de la teoría de la justificación, excluyente de toda sombra de licitud. En la dialéctica hegeliana de la tesis y antítesis se anunció de la siguiente manera: siendo el delito (agresión) la negación del derecho, la defensa, al ser negación de la negación, venía a afirmarlo. Es decir en estas ideas, otro jurista alemán, Binding, consideró tal derecho de la defensa como originario, no derivado de una presunta delegación del estado por imposibilidad de socorrer inmediato, ficción grata a la doctrina clásica italiana como excepcional, puede ser considerada, en la filosofía alemana, la actitud de Kant de estimar la legítima defensa como intrínsecamente injusta, impune por consideraciones utilitarias.⁽⁴⁹⁾

(49) QUINTANO RIPOLES, Antonio. Curso de Derecho Penal. T.I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963 P.370

No olvidemos en el derecho germánico no se tuvo una verdadera y completa noción de la legítima defensa, hemos venido mencionando se es confuso lo que nos supone donde se negará la facultad de defenderse, así mismo se negaba al atacado la facultad de poder defenderse pero algo curioso existente en el derecho germánico y es el establecimiento de fuentes como es el caso de aquél en cuya casa ha matado al intruso y lo sacara hacia afuera y al abandonar el cadáver en donde se le pondrá sobre sus heridas una o tres monedas y a veces una cabeza de gallo, y lo decimos curioso, de esta costumbre demostrando en la muerte del ladrón y del asesino, hacia surgir el deber de la composición demostrando el atraso del derecho germánico en materia de legítima defensa puesto de un acto justo no podrían hacer ni composición ni responsabilidad civil.

En el derecho germánico de la misma manera se establecieron reglas y presunciones limitativas, es decir quien invocaba la legítima defensa privada tenía el derecho de demostrar el haber recibido una lesión en cualquier parte del cuerpo y se exigía el probar a el matador haber retrocedido un determinado número de pasos, recordaremos esto en el derecho germánico fue confuso y limitativo en donde se concebía a veces y a veces no la legítima defensa. De la legítima defensa privada, la defensa a la vida, pero aquél, considerando, se hubiese hecho uso de la legítima defensa tenía que probar porque lo había hecho y las lesiones que había recibido, por lo cual consideramos en este trabajo de investigación, se nos ha hecho importante comparar el derecho germánico de la legítima defensa por todas las anteriores características antes mencionadas.

3. DERECHO CANONICO

El hablar del derecho canónico es muy delicado pues hay quienes piensan como un atentado contra la iglesia; sin embargo, esto no es así, aquí se consideró a la legítima defensa como un delito atenuado y no se le dio ningún grado de derecho, la legítima defensa fue un derecho natural del hombre primitivo, pues se debía ceder y ser restringida en estrechos límites ante las necesidades de la vida social o de los que dictaba la ley evangélica. Es aquí en donde se da la existencia de intereses individuales e intereses sociales por la ley humana y por la ley divina.

"En cuanto al derecho canónico, todo y reconociéndose en el derecho de Graciano que constituía un derecho natural y repeler la violencia con la violencia... Solo lo admitió cuando se revelaba como necesario y ejercido"... con moderación...", conceptos que se supusieron muchas veces limitaciones exageradas a su ejercicio. Por no tratarse de un acto de egoísmo, exaltó el derecho canónico la defensa de otro, impuesta, incluso, como un deber "quien pudiendo no rechaza la injurias a sus semejantes, es tan culpable como el que la infirió".⁽⁵⁰⁾

La importancia del derecho canónico es ante todo el haber reaccionado de una forma enérgica contra la concepción objetivista del delito se exigía en todo delito se diera el animus, aunque esta intención criminosa se manifestaba en hechos externos. "En la legislación canónica se dividieron los delitos en: delicta eclesiástica, delitos contra la fe católica, de exclusiva competencia de los tribunales de la iglesia; delicta secularia; delicta mixta sirve mixtiferi, o defensores tanto del orden religioso como del civil. (En relación a la tentativa, en cuanto forma imperfecta del delito, era conocida por el ius canonici, pero se penalizaba solo en casos concretos y no como (regla general). En cuanto a la pena,

(50) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. T. XVII. Ed. Seix. Editor. Leg. Barcelona. 1989. 135

debe reconocerse que el derecho canónico por lo menos en sus preceptos escritos, contribuyó muy eficazmente a humanizar la represión y, como consecuencia de su fortalecimiento de la justicia pública, al proclamar que la persecución del delito es el deber y correlativo un derecho del príncipe y del magistrado, se combatió la venganza de sangre en su epístola a los romanos, San Pablo decía que el cristianismo "condena la venganza privada" y "pone la espada de la justicia en manos de la autoridad". El derecho canónico se opuso a la atrocidad de las penas y a las ordalías (duelos judiciales, juicios de Dios, etc.). Cabe destacar las instituciones mediante las cuales se sustrajo a muchos delincuentes de la venganza de los particulares, como la tregua o paz de Dios y el derecho de asilo. Finalmente, las anteriores etapas del derecho penal canónico evolucionaron hacia una mayor severidad, a veces encubierta y poco a poco se dio paso al espíritu de los tiempos, confiando así al poder civil la ejecución de las penas más atroces, que incluso se extendían a los delincuentes, a los allegados y a los conciudadanos del delincuente. Los tribunales eclesiásticos no aplicaban la pena de muerte, de suerte que los reos de dicha pena eran entregados para ejecución de la misma, al llamado brazo secular. ⁽⁵¹⁾

Nuestra comparación en el derecho canónico sobre la legítima defensa versa exclusivamente en haber sido un delito atenuado, fue estrecho pues la iglesia intervino tratando de humanizar la represión, existieron leyes divinas y leyes humanas se tenía como tarea promover el arrepentimiento del reo y a la vez se confesará el mal en donde haya sido realizado, la iglesia dejaba esta pena en manos de la justicia, aquí si se consideraba la venganza privada.

(51) MARQUEZ PIÑERO, Rafael. OP. CIT. P. 50.

4.- CUBA

Pocos son los antecedentes que hemos localizado sobre la legítima defensa en derecho cubano sin embargo, encontramos en Cuba la existencia de la exención de responsabilidad siempre y cuando existiera una causa de justificación es decir, se concedía la legítima defensa operando la justificación fehacientemente acreditada y así no era responsable el que operaba en defensa de su persona o de sus derechos cuando era agredido injustamente, si esta agresión no fuera provocada ni buscada a propósito por aquél haciendo uso de la defensa; es decir, por el que se defiende.

En este país, también queda exento de responsabilidad en donde por necesidad racional objetiva o subjetiva de un medio empleado la utilizaba para impedirla o retenerla, otro establecía estar exento de responsabilidad ya que obraba en defensa de la persona, o de los derechos de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes hermanos legítimos, naturales o adoptivos, de sus afines en los mismos grados o de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil; siempre y cuando obrara en defensa de su persona y en el caso de haber precedido agresión o provocación por parte del ofendido no hubiere tenido participación en esta el defensor por otra parte en virtud de obrar en defensa de la persona o derecho de un extraño tampoco incurría en responsabilidad es decir estaba exento de esta siempre y cuando el defensor no haya sido impulsado por venganza o algún resentimiento en contra del agredido.

Es decir encontramos en el derecho cubano si existía por causa de justificación el derecho a la legítima defensa sobre todo cuando se obraba en defensa de la persona o derechos de los parientes a los que hemos hecho alusión.

Cuba es más constante la doctrina de su tribunal supremo en que se declara que no se invalida la legítima defensa por la "facultad de evadirse el atacado", o por poder "esquivar el ataque o apelar a la fuga" o por la "simple posibilidad de la huida o el refugio"... En otra se declara racional el medio empleado para la defensa porque aún en el supuesto de que el agredido deba de huir, si no podía, lo impedían las condiciones del lugar".⁽⁵²⁾

Existen una diversidad de ciertos criterios de muchos autores con respecto al rechazo de la huida en donde algunos la admiten como eficaz y digna "la huida vergonzosa no puede exigirse al que se encuentre en legítima defensa; pero de ello no puede deducirse que no deba exigirse el camino de una retirada digna, pero si este acto se puede librar de un ataque"⁽⁵³⁾

En Cuba a pesar de que se rechaza el carácter subsidiario de la legítima defensa concretamente se daba la huida en esta imposición no debe admitirse pues es la negación del deber de alejarse puede incluso llevar a soluciones injustas es decir la fuga no es un deber pero el hecho de hacerla posible puede constituir un límite claro al estado de necesidad.

"El de sí, el deber de la fuga" se impone cuando nos ataca un loco o un niño... "Si el agresor es un ser privado de razón, la huida puede ser un deber: no hay, en modo alguno, combatir o huir delante de un loco, y por otra parte, su ataque no nos hace nacer el sentimiento de cólera que inspira el de un ser inteligente"... "No es solamente el acto de imprudencia; es una estricta obligación de quitar el encuentro con un enajenado, con un hombre de odio, con un niño, y de huir cuando es posible, ante sus agresiones. El pretexto de la vergüenza no es un obstáculo a esta fuga y la humanidad ordene imperiosamente ponerse al abrigo de semejante ataque, para no tener que repelerle".⁽⁵⁴⁾

(52) VILLALOBOS, Ignacio. OP CIT. P. 89. (53) IBIDEM. PAG. 90. (54) LOC. CIT.

5.- ALEMANIA

En Alemania la cuestión de la legítima defensa es de ser rechazada pues se dice respecto de la índole subsidiaria de los actos de la legítima defensa no es exigible y por lo tanto la conformidad al derecho de la acción legítima defensiva no se excluye por la posibilidad de la huida. En Alemania el concepto de la defensa es necesaria porque califica a la legítima defensa y a la necesidad la proporción del acto defensivo se aprecian desde el punto de vista de la gravedad del ataque y de la imposibilidad de rechazarla "todo bien jurídico, aunque sea un simple interés patrimonial, puede ser defendido hasta la muerte del atacante si no hay otro medio menos drástico de tutelarle, pues, como ha dicho la jurisprudencia del más alto tribunal alemán, el derecho no tiene por que ceder el paso a lo injusto" ⁽⁵⁵⁾

Se ligó la agresión susceptible de desencadenar, por necesaria la reacción legítimamente defensiva.

"El de la gravedad del ataque, juzgale inaceptable, porque "contra un ataque leve, como la injuria, cabe. Tapar violentamente la boca del que la profiere, incluso produciéndole arañazos y hasta la expulsión de un diente, cuyas violencias constituyen, sin disputa legítima defensa, puede una mujer, igualmente, el amparo de esta justificación, es el abofetear al hombre que en el tranvía la trata de palpar impúdicamente; de la misma manera se nos es permitido, para impedir que nos hurten o nos roben unas frutas, echar a puntapiés de nuestro huerto a los niños que la habían invadido. Y nadie duda que en defensa de la inviolabilidad de la morada podemos arrojar de ella a empellones a quien allanó de día nuestra casa sin permiso. No negamos que la gravedad del ataque en orden a los bienes que se tutelan violentamente pueda y deba servirnos de medida para la

(55) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. P.P. CIT P. 163

proporción de la repulsa y que su levedad puede ser innecesario en el drástico rechazo, invalidándose así la defensa misma que ha de reunir la imprevisible condición de necesidad" ⁽⁵⁶⁾

En Alemania se permitía la legítima defensa siempre y cuando no haya sido buscada y así mismo la agresión haya sido no prevista o inevitable, la imprevisibilidad se relacionó con la existencia o inexistencia de un estado de necesidad y provocación diciendo hacerse necesaria la defensa contra la agresión en donde se ha determinado no debiéndola determinar; es decir, cuando nosotros deliberadamente creamos una situación necesaria y en base a ello no tendremos el derecho.

En Alemania específicamente como el derecho comprobado encontramos la razón de permitirse la legítima defensa siempre y cuando fuera por necesidad, por la gravedad y por la imposibilidad o en su caso, que la situación no haya sido buscada, no prevista e inevitable; dándose éstos supuestos era permitida la legítima defensa y comparado con lo anterior y con los países a los cuales hemos investigado encontramos en todos estos el operar la legítima defensa siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos por cada legislación.

6. ARGENTINA

Establece en su Código Penal *reza adpeden litterae*: "El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada por el delito por culpa o imprudencia". ⁽⁵⁷⁾

(56) LOC. CIT. (57) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, T XVIII. Ed Porrúa, S.A., México, 1994. P. 184.

El autor Sebastián Soler interpreta de la existencia del requisito de la provocación suficiente entre los cuales han de concurrir en la legítima defensa, según la ley argentina, lleva a aceptar la apreciabilidad en términos de la misma, del exceso en la causa.

El Código argentino solo se refiere al exceso en la acción o en los medios de la defensa.

El exceso en la acción o en los medios consiste en un verbo preciso, en una desproporción de la acción en lo legal, lo autorizado o lo necesario. El problema es la proporcionalidad o la desproporción entre el ataque y la defensa, anteriormente se estudió ampliamente al tratar del requisito de la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, a efecto de que la reacción defensiva pueda calificarse de legítima.

Otra cuestión es el objeto de examen, una es donde se plantea la afirmación que alguna vez se ha hecho: "para que pueda hablarse de exceso es necesario que el actor haya obrado, en principio, protegido por una causa de justificación" ⁽⁵⁸⁾

La idea de exceso en la acción, no supone necesariamente la preexistencia de una situación objetiva de justificación, porque precisamente el exceso puede darse ab initio.

En la ley Argentina existe otra cuestión derivada de un hecho acogido de la italiana, en virtud del cual el exceso en la legítima defensa será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia: Ha de reiterarse intrínsecamente los supuestos de exceso con los actos culposos, la noción del exceso en la causa descansaría en la idea de aquel quien en él incurrió dio motivo, mediante un acto injusto, a una reacción desmesurada, ilegítima, y no lo previó pudiendo y debiendo haberla previsto o aún prevista,

(58) IBIDEM P 185

le coloca en una situación absolutamente no querida, de rechazarla, defendiéndose, y la del exceso en los medios o la acción supondría un temor en la estima y la acción, o reacción encaminada a alejarlo.

Al conocer de la ley Argentina es hablar del exceso equiparable de la defensa justificada, nos hemos referido a una hipótesis de la defensa excesiva determinada por la perturbación de ánimo o aturdimiento, temor o terror.

El primero de ellos es como la perturbación de ánimo, aturdimiento, temor o espanto es de tal intensidad que ha impedido al agente comprender y valorar adecuadamente sus actos y controlar su voluntad a realizarlos, constituye una causa de inimputabilidad; es decir, de inculpabilidad como exclusión de la responsabilidad de aquél.

En el segundo tipo de exceso de enunciado, existe una evidencia del delito culposamente imputable en donde excesivamente se define, siempre y cuando el hecho esté previsto y penado en la ley como delito culposamente.

El tercer tipo del exceso por dolo, los pareceres de la doctrina y de la jurisprudencia divergen respecto de su tratamiento.

El autor Carrancá afirma respecto del exceso malicioso, movido por resentimiento, móviles bajos, finalidades reprobables, por el acto cometido por quién se excedió así, será penado como delito doloso.

“El Código argentino equipara el exceso en la legítima defensa como la delictuosidad, por culpa, imprudencia, imprevisión o negligencia; es estimar tal equiparación no de

carácter intrínseco, sino extrínseco, sólo a los efectos de la graduación de la pena que es lo que resulta de los propios términos de la ley y el. . de la misma, y por ende, aceptar al responsabilidad atenuada, legalmente prescrita para el exceso, también en los casos del determinado por dolo". ⁽⁵⁹⁾

7.- GRECIA

En Grecia, la institución de la defensa aparece en la narraciones mitológicas; había proclamado una ley en la cual permitía dar muerte al ladrón nocturno en el momento del hecho o durante la persecución.

El filósofo griego Platón y demóstenes, teorizaron sobre la legítima defensa: "Si en un combate ocasionado por una sedición u otro suceso semejante, un hermano mata a su hermano, viéndose el primero atacado y teniendo que defender su cuerpo, se le declarará inocente, como si hubiere matado a un enemigo. Lo mismo se hará con el ciudadano o extranjero que mate en caso semejante a un ciudadano o extranjero". ⁽⁶⁰⁾

(59) DIAZ DE LLON Marco Antonio. Lecciones de Derecho Penal 3a ed. C'd. Porrúa, S.A., México 1991 P. 43

(60) GÓMEZ LOPEZ Orlando OP. CIT. P. 16

8.- FRANCIA

No se ha logrado construir la antijuricidad, no puede ser menos dudosa la arquitectura de las causas justificantes y por lo tanto la naturaleza de la legítima defensa. Ya vimos en los viejos penalistas franceses recurrieron a la contrante moral, e incluso hoy se invoca para extender la defensa privada.

La legítima defensa es un "acto primitivo de justicia privada", en virtud del cual, al individuo atacado no le es posible en ese momento recurrir a la protección de la autoridad pública. Por lo tanto; se funda en la necesidad... El autor Vidal Magnol insiste, de acuerdo con el profesor Ihëring en que la legítima defensa es "no solamente un derecho, sino un deber"; y concluyen con esta frase "el carácter del derecho reconocido a la legítima defensa hace que los actos de violencia que comporta su ejercicio, no acarreen ni la responsabilidad penal, ni siquiera la responsabilidad civil". ⁽⁶¹⁾

Para fundamentar la extensión de actos ejecutados en la legítima defensa, conviene atenerse, "en orden al Derecho Positivo"; es decir, no debe pensarse al que defiende legítimamente, por "utilidad social". Es así la presentación de esta causa justificante, puesto la existencia de la analogía, fundamento que al de las modestas excusas absolutorias, en donde el acto queda impune: utilitatis causa.

Francia lo toma de manera naturel (natural), en el texto francés, y lo hace patente en el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas, reconociendo a la legítima defensa en dicho precepto, como un atributo del Estado.

(61) JIMENEZ ASUA, Luis. OP Cit P. 67

9.- MEXICO

Hemos llegado a nuestro país "México", no olvidemos que este como a la fecha ha sufrido diversas modificaciones durante toda su historia y para la existencia de la figura de la legítima defensa, debe preceder los elementos siguientes: como agresión, peligro de daño derivado de ella y una defensa o acción de repeler dicha acción, no solo es necesario la existencia o se den estos elementos, sino además deberán estar condicionados a la existencia de varios requisitos.

Haciendo un poco de historia, específicamente en este punto México, no olvidemos dentro de nuestro primer ordenamiento penal mexicano ha sido denominado "Código Penal de Veracruz de 1835", el cual estaba inspirado en el Código Español de 1822, en el se decía respecto a la legítima defensa más destacada era la de los bienes, no habiendo pena alguna sobre el homicidio que se cometía por necesidad de ejercer la defensa legítima natural de la propia vida o de otra persona o contra una agresión injusta, siempre y cuando no exista otro medio de repelerla. Así como la de repeler la agresión sobre bienes propios o ajenos, dando como consecuencia la muerte de una defensa necesaria para la conservación de esto es decir, de los bienes.

También el de defender la libertad propia, la de nuestros padres, hijos, de la mujer o hermanos o de la persona de una mujer a cuyo honor se atente a cuerpo violento, todo esto en el Código aludido.

Posteriormente la legislación penal mexicana ha consagrado también a la legítima defensa, como por ejemplo es el Código Penal de 1871 donde se recoge y dice que es circunstancia excluyente a la responsabilidad criminal por la infracción de la leyes penales,

lograr el acusado en su defensa de su honor y de sus bienes, o de persona, honor a bienes de otro repeliendo una agresión inminente, actual, violenta y sin derecho; a no ser que el acusado pruebe haber intervenido con alguna de las siguientes características:

- a) Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.
- b) Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por todos medios legales.
- c) Que no hubo necesidad racional del medio empleado de la defensa.
- d) Que el daño que va a causar el agresor era fácilmente reparable por medios legales o que era notoriamente de poca importancia comparado con el causado en la defensa.

En conclusión a este código se podrá observar haberse previsto la legítima defensa. Con posterioridad en 1912 se proponen modificaciones al texto del 71 pero sin modificar su contenido substancial no obstante esta opinión de la comisión de 1912 se ajustó a suir técnicas aconsejando el rechazo oportuno y adecuado de una agresión justa de la cual se originó la amenaza de un daño inminente y grave.

Así nuestro derecho mexicano como se da un valor de la justificación primaria y vital para considerar a la legítima defensa tan importante es contemplada en nuestra Carta Magna en su artículo 10 nos dice:

"Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea

y Guardia Nacional. La Ley Federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas".⁽⁶²⁾

Nuestra Constitución consagra en favor de todo individuo la libertad de poseer armas, para su seguridad y su legítima defensa, como observaremos, esto es un valor supremo e inclusive se encuentra consagrada en nuestra Carta Magna como una garantía individual o de seguridad, dentro de sus primeros artículos; donde el Estado reconoce que ha de disponer el individuo de los elementos necesarios para su propia tutela; siendo la ruta de acceso de la legítima defensa al plano constitucional de México.

No solo nuestra Constitución nos da ese derecho, sino además en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos también consagra algunos artículos respecto de la legítima defensa, lo que conecta circunstancialmente la defensa con la posesión de armas de fuego; otra de las legislaciones donde le conceden es en nuestro Código Penal como lo es el artículo 15 fracción IV, párrafo segundo y a la letra dice:

"Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quién por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar de la gente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión".⁽⁶³⁾

(62) CONSTITUCION POLITICA OP. CII P. 5

(63) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 52a ed. Ed. Porrúa, S.A., México, 1994 P. 5

Si bien es cierto la Constitución Federal ha sido reformada en sentido restrictivo respecto a la posesión y a la portación de armas: esta enmienda halla su apoyo en el mal del llamado "pistolerismo", que ha proyectado hacia el mundo una imagen lamentable. En su hora, la ley reglamentaria, consecuente con la enmienda, incorporó las restricciones en el uso de armas.

En México, la legítima defensa es considerada como uno de los valores humanos más primordiales y nos es concedida en nuestras leyes, también en nuestra Carta Magna y sin restar alguna importancia en todo nuestro trabajo de investigación, lo enfocamos a la legítima defensa, específicamente a nuestro país. Damos por terminado este punto ampliando el mismo durante todo el desarrollo de esta Tesis sin antes manejar ampliamente:

10. LAS SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DE NUESTRO DERECHO COMPARADO

Como se ha desarrollado en este trabajo, sin olvidar las semejanzas que se han dado en todos los países de los cuales hemos mencionado como son España, Derecho Germánico, Derecho Canónico, Cuba, Alemania, Argentina, Grecia, Francia y México.

Para que exista la legítima defensa es necesario que se deban satisfacer estos requisitos, elementos, circunstancias es decir:

- En España operaba la legítima defensa así como la defensa propia, la defensa de la vida y la defensa privada.

- En el Derecho Germánico operaba obedeciendo a las diferentes reglas que eran muy confusas, ya que en este derecho su aplicación era muy limitativa como lo hemos señalado anteriormente.

- Derecho Canónico, es considerado como un delito atenuado en el cual se trata de humanizar la represión influida por la iglesia Católica en donde existen leyes humanas y leyes divinas y son completamente estrechas a la legítima defensa.

- Cuba, en ella si operaba la legítima defensa, he aquí, valga al redundancia, era en defensa de su persona o sus derechos sobre la persona o derecho de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermanas en una forma de legítima naturaleza o adoptivos y si daba con estas circunstancias no existía responsabilidad alguna, cuando se trataba de terceros ajenos y del cual se debía repeler alguna agresión sufrida, esto tendría que ser siempre y cuando fuese para defender sus bienes y sus derechos.

- Alemania, en ella si operaba la legítima defensa por necesidad, por gravedad, y por la imposibilidad de poderla operar para la misma, esta situación no haya sido buscada y de la cual no fuera imprevista e inevitable.

- Argentina, en este país para poder hablar de legítima defensa debe existir un exceso mismo, necesario para el autor en la forma de actuar en principio, la cual es protegida por una causa de justificación.

- Grecia, se proclama una ley permitiendo dar muerte al ladrón nocturno en el lecho o durante la persecución; es decir, si en un combate ocasionado por una sedición u otro proceso semejante, una persona mata a otra, viéndose el primero atacado tiende a defenderse se le declarará inocente por el sentido de defenderse; lo mismo se dará con un ciudadano o extranjero el cual llegase a realizar este acto semejante a un ciudadano o extranjero.

- Francia, la legítima defensa se consideró al contraste moral e incluso se invocó a la defensa privada, ya el individuo atacado le es imposible en esa circunstancia recurrir a una protección de la autoridad pública. Razón por la cual protege su vida o la de sus semejantes.

- México, en nuestro país encontramos, de la existencia de la legítima defensa elevada a la categoría de Garantía Constitucional, tal y como se encuentra contemplada en el Artículo 10 de la Carta Magna, en el no sólo se protege la vida, sino que se facilita la portación o la tenencia de una arma en nuestra casa para nuestra seguridad y para nuestra legítima defensa.

Queda entonces que otras constituciones extranjeras no relacionan expresamente la posesión de armas con la defensa del individuo, sino se concretan a mencionar el derecho de éste a tenerlas. Es claro, sin embargo, que aquella posesión y esta defensa se hallan implícitamente vinculadas, al margen de otros supuestos menores, cuales son el de la cinegética o el del coleccionismo.

CAPITULO IV

ASPECTOS DOCTRINARIOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.- REQUISITOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

Entraremos al estudio de la legítima defensa, encontrándonos en primer lugar:

a) Agresión ilegítima.

Definiremos a la agresión como el acto por el cual un sujeto atenta contra una persona o el derecho de alguien. Para que este acto justifique esta reacción del agredido debe reunir las siguientes características: "debe ser actual e inminente, ha de ser ilegítima y no provocada por el agredido, ha de comportar el riesgo del bien jurídicamente".⁽⁶⁴⁾

La agresión ilegítima debe estar constituida por una acción humana (conducida por la voluntad, contraria a derecho) es decir, ser antijurídica. Esta exigencia supone el no estar contemplada la legítima defensa contra las conductas típicas y no antijurídicas (el que actúa en virtud de obediencia debida. Respecto al ataque de los animales, consideramos referente en la doctrina mayoritaria el no serle posible la legítima defensa: la defensa de nuestra persona en cumplimiento de un deber, en ejercicio de un derecho, el de legítima defensa, etc.). Pero si frente a los ataques de inimputables y del obrar impulsado por el miedo insuperable o de derecho frente a sus acontecimientos, encontrará amparo en el estado de necesidad.

La agresión ilegítima dice el Tribunal Supremo, se caracteriza por el empleo de una fuerza, inesperada e injusta, por su clara injusticia, esto quiere decir sin causa, razón o motivo para poderla justificar en términos generales de los actos de autoridad.

(64) SAINZ CANTERA, José A. OP. CIT. P. 25

b) La Agresión Actual

Es en la cual se está realizando cuando se produce na acción en donde el agredido repele, y agresión y repelimiento son coetáneos. La actualidad de esta agresión es inminente de responder la cual no desaparece sino sigue siendo presente por al existencia de un peligro en que se encuentra agredido.

"Para que exista la legítima defensa, es necesario que exista una agresión que deba ser actual, es decir que sea repelida, contestada en el momento que se produce y que la conducta opuesta del sujeto del delito, justifique la juridicidad del acto por esta actualidad de dicho acto de agresión; que la misma agresión sea inminente, esto quiere decir que el sujeto activo no le queda otra forma, o camino de defenderse que matar, en dado caso, ante una injusta agresión; defendido su bien jurídico (vida) y sin derecho; esto es, que el agredido no haya dado motivo alguno para que recibiera tal agresión".⁽⁶⁵⁾

Si una agresión realizó el occiso al efectuarla sobre el acusado, la cual no había iniciado aún, la misma no tiene el carácter de inminente, requerido por la ley para la existencia de la exculpante de la legítima defensa, en virtud de ésta, no se refiere a una amenaza o temor de una agresión sino a la misma realizada de inmediato, en una forma indudable; pues de lo contrario, bastaría al individuo dijese a otro se estaba en poder de causarle mal en su persona, para que impunemente pudiera privarlo de la vida, tan pronto como estuviera a su alcance.

(65) GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Pena: Mexicano (Los Delitos) 16a. ed Ed Porrúa, S.A México, 1980. P 505

En la agresión actual existen dos momentos: el pasado y el futuro, ambos son excluidos por esta agresión. Por consiguiente no se acepta la legítima defensa contra una agresión acabada o terminada, o bien solo amenaza en lo porvenir. Y si el peligro subsiste, indudablemente existirá en la actualidad de una agresión.

Es de suma importancia recordar respecto a la defensa privada, es legítima mientras sea necesaria; es decir, mientras dura la actualidad del peligro, ni antes ni después. No antes, porque antes que el peligro comience la defensa no se puede considerar como necesaria; tampoco después, en virtud, de que cesado el peligro, estaríamos hablando de una venganza y no de una defensa, ya no podemos impedir respecto de lo ya sucedido.

El Tribunal ha establecido: Para la existencia en el derecho de la legítima defensa debe de comprobarse en el acusado haber obrado en determinadas circunstancias; la primera, el objeto de una agresión que lo impulsó o sea haber sido injusta, ya que si es de otra manera, se rechazaría porque no existiría una agresión injusta o ilegítima; es decir, sin ningún fundamento jurídico. Para poder ser probada la agresión se requiere en el acusado haber obrado en determinadas circunstancias tales como la agresión de que fue objeto y que lo impulsó a actuar en forma injusta; es decir, dicha acción es de ataque impetuoso o ilícito, constituyendo un peligro inminente en donde se realiza la defensa.

Por nuestra parte consideramos que la agresión actual significa el presente, pues si la agresión fuese pasada, estaríamos hablando de una venganza, en tanto si esta es futura, es la aptitud de preparar una defensa mediante la evidencia de un peligro y de evitarlo de cualquier modo.

c) Peligro Inminente de Daño.

"El peligro inminente es el considerado como lo que está por suceder prontamente y el peligro o la probabilidad de daño es el que recae en el bien protegido del derecho, tanto del que se defiende como de un tercero a quien se defiende; es decir, la amenaza de un mal que pone en peligro la vida, la salud, la libertad, la reputación y cualquier objeto de la protección legal". ⁽⁶⁶⁾

El peligro debe ser inminente, pues antes del peligro no debe ser necesaria la defensa, cuando el peligro ha cesado, es además la defensa como necesaria cuando la agresión se produce; si ésta se realiza cabe ese derecho de defenderse. Sin embargo, las amenazas no deben dar lugar al ejercicio de este derecho.

El atacar sin ningún fundamento jurídico, para ello no cabe duda la legítima defensa contra estos actos de fuerza ilegítimos ante la autoridad; en cambio, si la conducta del atacante está justificada en una defensa realizada de un peligro imputable contra un loco, ebrio, etc.,; la defensa contra ellos no sería ilegítima considerando a esto como sería una situación de necesidad lo equivalente a evitar un mal que amenaza al agredido.

d) Repulsa de la Agresión.

El agredido rechaza la agresión reaccionando frente a su agredido de una forma necesaria, proporcionada a la agresión y ejecutada por el agredido con el ánimo de defenderse, y establecer una necesidad racional del medio empleado, para impedir esta agresión.

(66) PAVON VASCONCELOS, Francisco OP. CIL P. 317.

La necesidad de defenderse es un requisito esencial para la apreciación de la eximente. Nos da la suposición que el agredido no contempla otra vía para impedir o repeler esa agresión y sin la realización de esa conducta típica con la cual reaccionó de un modo donde si no la llevase a cabo le produciría lesiones en su persona o en su derecho. En otras palabras esta defensa es necesaria para la reacción del ofendido "animus defendendi".

Nuestro Código Penal vigente establece en su artículo 15 lo siguiente:

Fracción IV, párrafo primero.- "Se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende". ⁽⁶⁷⁾

Consideramos como una actitud del ofendido al rechazar una agresión la cual va a perjudicar en su persona u otra un daño en donde este se ve obligado a proteger.

e) Necesidad

La necesidad es la armonía de un derecho, pues nadie sostiene que el agredido, antes de defenderse tenga el poder de humillarse ante un malechor recurriendo a la fuga, a la súplica, humillación, etc., y considerando como se presenta el hecho del peligro.

La necesidad es necesaria porque equivale a un medio de evitar un mal amenazante, y si éste es por otro medio en virtud del que defiende necesita también, defenderse.

(67) CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. OP. CIT. P. 5

Al afirmar esta necesidad en la defensa, se exige la inexistencia de un medio utilizable para evitar un mal y una amenaza con una agresión; esto es, equivalente en razón de la circunstancia del hecho; en donde el agredido no tuvo a su alcance el verificar esa agresión, efectuó necesidad de emplear otro modo de evitar ese peligro.

El profesor Soler "menciona que la necesidad racional del medio significa no solo la agresión sino que crea un estado de necesidad, sino además que la repulsa sea efectivamente el medio o forma de evadir el peligro, o la "reacción que el sujeto podía racionalmente suponer que tal efecto servía".⁽⁶⁸⁾

f) Falta de provocación por parte del que se defiende.

Hay ocasiones en donde una defensa contra una agresión injusta el defensor se excede en su derecho rechazando el ataque con medios excesivos o prolongados en su actuación defensiva después de concluida la agresión, entonces existe la situación denominada "exceso en la defensa" pudiendo constituir una causa de presunción de culpa.

La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido. La defensa no se limita a la propia persona o intereses jurídicos propios, pues se puede ejercitar en favor de los parientes o de un extraño, también se puede ejercitar en favor del ser más próximo a nacer, sea por la madre u otra persona que se quiera procurar el aborto.

En este inciso el ofendido no debe ser el que ha provocado una reacción en contra de su atacante. Por provocación definiremos. "Excitar, incitar, inducir a alguien a que ejecute una cosa".⁽⁶⁹⁾

[68] PAVON VASCONCELOS, *Francisco*. OP.CIT. P.318. [69] DICCIONARIO ENCICLOPEDICO HISPANO MEXICANO. OP.CIT. P.24.

2.- SUJETOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

Cuantas veces nos hemos preguntado respecto a quiénes son los que pueden ejercitar la legítima defensa, siendo un tema en donde debemos distinguir, ante todo el exponer este asunto con claridad, de a quien se le puede considerar el sujeto activo y a quien se le puede considerar el sujeto pasivo.

Consideramos que toda persona humana, puede defenderse contra una agresión actual o inminente si concurren las condiciones exigidas por la ley las cuales estudiaremos más adelante.

a) Sujeto Activo.

El autor Mancini nos dice, solo puede ser "el hombre previsto de capacidad de derecho penal o imputable".

"El profesor Jiménez de Asúa lo critica diciendo que es erróneo este criterio, porque la persona que está mal de sus facultades mentales el "loco" puede defenderse contra un peligro de ofensa y un menor también".⁽⁷⁰⁾

Mancini dice "...que el loco no es imputable por lo tanto no se puede considerar como sujeto activo, por considerarse artificial e injusto ya que el loco se exime de responsabilidad por imputable, en un acto de defensa intrínsecamente justo, resultaría que por ser absuelto en virtud de una causa de inimputabilidad, abría de imponérsele a él a sus guardadores la reparación por daños y perjuicios, derivada de toda acción antijurídica, con lo que

(70) BARRAGAN MATAMOROS, Luis OP. CIT. P. 115.

llegaríamos al absurdo de deducir responsabilidad civil por una conducta objetivamente conforme a derecho". (71)

El autor Quintano Ripollés considera en el enajenado el cual reacciona contra el agresor ilegítimo, opera en legítima defensa, ante esta situación contradictoria considera y sigue diciendo; lo más ajustado a derecho es considerarlo como sujeto activo porque son seres de instintos y reacciones vitales en donde la ley les proporciona todas las garantías posibles de protección.

No olvidemos lo dicho anteriormente donde el hombre es portador de un derecho innato de defensa, como tal hombre o persona sin tener para nada en cuenta su oficio o carga. "Si el hombre tiene como derecho natural innato la conservación de su vida, cuando ésta corre peligro y la sociedad no puede actuar para protegerlo, es así cuando se presenta el derecho de la legítima defensa". (72)

En uno u otro sentido se realizan actos, de los cuales no están ausentes el elemento psíquico caracterizante en el actuar humano, aunque tal elemento sea susceptible de preservantes viciado por la enfermedad o la inmadurez espiritual por el cual se determina el considerarles inimputables e inculpables.

En el argumento referente a la absolución del demente o del menor en razón de rechazar una agresión satisfaciendo las condiciones de la defensa legítima debe producirse por ser el agente inimputable.

(71) IBIDEM. P. 116

(72) NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. OP. CIT. P. 27.

Los actos mediante los cuales cabe ejercer la legítima defensa en la forma en donde las leyes penales la prevén, solo puede ejecutarlos la persona física, las personas de existencia ideal, jurídicas, no puede ser sujeto activo del instituto. Como también enseña el profesor Jiménez de Asúa si uno de los individuos de una sociedad, colectiva, cuerpo o muchedumbre, emprende como tal, una reacción contra un ataque ajeno, presente o inminente de carácter ilegítimo, obra en defensa propia o de otro, pero no puede decirse que es la corporación la cual se defiende.

b) Sujeto Pasivo.

De igual manera se han planteado algunas interrogantes en relación de quién puede ser el sujeto pasivo de la legítima defensa, es decir, contra quién puede ejercitarse.

Como principio general se ha proclamado la existencia de la defensa legítima contra el ataque injusto de cualquier persona, goce de cualquier privilegio o esté unida al que se defiende por los más entrañables lazos de sangre, los que une al padre con los hijos y viceversa, al cónyuge con el cónyuge, a los hermanos entre sí.

En el sistema de las legislaciones penales vigentes solo cabe defenderse del ataque de persona física humana, y por ende, únicamente éstas pueden ser el "Sujeto Pasivo" de la reacción defensiva.

No puede serlo en modo alguno persona jurídica, la muchedumbre ...al repelerse la agresión de un grupo de hombres, de una multitud, de los miembros de una entidad colectiva, hay una acción de defensa contra persona o personas atacantes, y si al

reaccionar contra ellas, daremos un ejemplo de lo antes mencionado disparando un arma de fuego contra un grupo de personas en la cual se hiere a individuos componentes de él, donde nada intentaron contra el que así se defendiera, esto no lo podemos considerar como un estado de necesidad sino una lesión a derecho de terceros en actos de la legítima defensa propia.

3.- LA FUNDAMENTACION DE LA LICITUD QUE CONDUCE A LA LEGITIMA DEFENSA.

a).- Fundamento Evidente.

La legítima defensa es un derecho natural, innato como el hombre ha dado lugar a que su fundamento prácticamente sea evidente "a nadie se le puede oponer dificultad alguna para que viéndose víctima de una acometida incalificable, trate de repeler la fuerza con al fuerza... no son necesarios, ya que grande razonamiento para comprender este principio de pena a la legítima defensa."⁽⁷³⁾

Existe una serie de opiniones respecto a la idea de lo natural de defenderse ante un peligro.

(73) LUZON PEÑA, Diego Manuel. Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa. Ed. Bosch, Casa Editorial, S.A Barcelona. 1978. P.48.

b).- Falta de Protección Estatal.

Se admite en la legítima defensa el saber porque el poder público le compete a la tutela jurídica, no actúa en un caso concreto, tal razonamiento se le concede al particular; es decir, es una justificación de una defensa en la imposibilidad de la protección del orden jurídico en ese momento del cual no puede impedir tal agresión, imposibilidad de actuar como protectora dentro del Estado, fundamento idóneo de la legítima defensa.

Existe una corriente doctrinal donde se utiliza como fundamento, pero también existe la posibilidad de un supuesto indispensable de los órganos estatales.

c).- Instinto de Conservación; Protección del Bien Jurídico.

En el impulso o instinto de conservación, la ley no puede prohibir la defensa porque ésta se halla enraizada en algo tan profundo en el hombre como el instinto de conservación surgido poderosamente ante una agresión en forma evidente, también en la defensa de terceros, de familia, etc., en donde el instinto es la protección de la conservación de a vida consistente en el amor, cariño, etc., impulso de la sangre arrastrando a una situación no deseada. El particular o ciudadano tiene el derecho de defenderse de un acto meritorio, el responsable debe hacer frente al poder público por el acto cometido injusto.

d).- Enfrentamiento de Derecho e Injusto.

El derecho no necesita ceder a lo injusto. Anteriormente mencionamos refiriéndonos a la agresión antijurídica es aquella donde se constituye el principal elemento de la legítima defensa, como otras causas de justificación en el derecho y es afrentarse de lo injusto.

La legítima defensa se funda especialmente en lo injusto que es la nada, y el derecho en lo sustancial, lo injusto es la "nada absoluta, la nada en sí, ya que el derecho es absolutamente insuprimible, sobre la base totalmente lógica que admite la defensa, pues mediante ella prevalece el derecho sobre la palabra injusto, aquí se debe afirmar el hecho que llevó a esta situación tan injusta que no se puede soportar bajo ninguna circunstancia".⁽⁷⁴⁾

4.- PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

Es así como se denomina, en la doctrina penal, a una serie de cuestiones surgidas entre la legítima defensa y otros institutos y cuyo interés es evidente para la solución de problemas prácticos, abordaremos de entre tales cuestiones, solamente las siguientes:

a) Riña y Legítima Defensa.

La riña es cuando se presenta en el acto de repeler la agresión calificada como una contienda de obra, en la cual tanto el agresor como el agredido cambian golpes con potencia lesiva, cabe preguntarnos; ¿Es posible la concurrencia de la riña con la legítima defensa?

Nuestro Código Penal vigente establece en su artículo 314:

"Por riña se entiende para todos los efectos penales: la contienda de obra y no la de la palabra, entre dos o más personas".⁽⁷⁵⁾

(74) IBIDEM P 49 (75) CODIGO PENAL OP CIT P 90

"Tal definición resulta notoriamente incompleta, por cuanto la sola contienda de obra, entendida como lucha física o material entre dos o más personas, no configura ni agota la noción de la riña, pues ésta necesita además la concurrencia del "dolo que acompaña a dicha contienda". Hay por ello imposibilidad de confundir la riña y a contienda de obras surgida en la legítima defensa, pues mientras que en la primera la contienda coloca una actuación en un plano antijurídico, a virtud de la intención de causación o de causar daño que acompaña la acción física, en la segunda sólo la conducta del agresor es injusta mientras la del que se defiende coincide con los propósitos del ordenamiento jurídico".⁽⁷⁶⁾

Aún incompleta la noción de la riña en el texto de la ley, no hay razón para confundirla con la legítima defensa, pues aquella se dibuja en el Derecho Positivo como una circunstancia atenuante de la pena en los delitos de lesiones y homicidio, según las prevenciones contenidas en los artículos 297 y 308 respectivamente.

El artículo 297 nos dice: Si las lesiones fueren inferidas en riña o en duelo, las sanciones señaladas... según se trate del provocado o del provocador y teniendo en cuenta la mayor o menor importancia de la provocación y lo dispuesto, en los artículos 51 y 52.

El artículo 308 dice: Si el homicidio se comete en riña, se aplicará a su autor de 4 a 12 años de prisión.⁽⁷⁷⁾

El uso de la violencia de un hecho, donde subrayan los defensores, como un demostrativo de la agresión y por lo tanto el que respondió a esa violencia obró en legítima defensa. Para aceptar o no aceptar ese criterio es preciso enfocar la atención hacia los antecedentes próximos y remotos de aquella primera violencia, pues muy bien pudiera

ser por ellos se descubra un constreñimiento a la lucha o un ánimo de provocación referente a evitarle a ella este ánimo de lucha o la aceptación de la misma.

En la pelea o de la riña se excluye en términos generales, el concepto de la legítima defensa lo mismo para el provocador que para el provocado y lo mismo para el incitador de la violencia que para el que la secunda, pues ya no se trata de una agresión por sorpresa de agredido "No haya previsto o podido evitar".

La justicia tiene la obligación de investigar hasta el fondo de la realidad de los hechos y debe de tomar en cuenta la exacta estimación del humano, de las conductas, las actividades mentales las cuales provengan de cada conducta, razón por la cual en la práctica se ha planteado uno de los problemas más difíciles a los referidos en la posibilidad de concurrir la legítima defensa con un estado de riña.

Nuestra Suprema Corte no ha ofrecido una definición firme y segura del particular, y la duda se refleja igualmente en estudios y publicaciones al respecto. Sin embargo hay situaciones en donde sólo el sentimiento innato de la justicia se revela contra una explicación rutinaria y mecánica de las ideas primarias, o impulsa a reconocer el derecho para impedir los abusos criminales lo mismo respecto de los usos.

"Proporcionaremos un ejemplo amplio relacionado a este tema, nos imaginamos que dos individuos riñen a puñetazos y de repente una persona se presenta y entrega a uno de los rijosos un arma de fuego, el otro protesta y aunque emprende la fuga, cuando su contrario se dispone a disparar la pistola que le ha sido proporcionada y otro de los espectadores se anticipa y le golpea hiriéndolo o matándolo para impedir su artero disparo. ¿Se podría sancionar a este simplemente como homicida?" (78)

(78) CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal 19a ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1984. P.199.

b) Legítima Defensa Recíproca.

No es admisible la defensa legítima recíproca: para quedar justificadas las dos actitudes, precisarlas con ella respectivamente se repeliera una injusta agresión y las conductas no deriven al mismo tiempo jurídicas y antijurídicas. Quien injustamente comete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contraataca. su acto consistirá, no en la repulsa de una agresión contra el Derecho, sino el rechazo de una conducta legitimada exenta de antijuridicidad.

Frente a una agresión injusta, la ley reputa lícita la defensa y el daño originado por ella.

En esa virtud, surge con toda evidencia la imposibilidad de la concurrencia de una legítima defensa recíproca, pues ello implicaría la existencia de ambas partes de una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica, lo cual es inaceptable.

c) Legítima Defensa Contra el Exceso en la Legítima Defensa.

Existe la confusión en donde puede incurrir por no precisar la naturaleza correspondiente a cada una de las excluyentes de responsabilidad, pues se habla de una posible justificación subjetiva del exceso, de que habiendo exceso, ya no se puede hablar de defensa.

Para iniciar el estudio de esta materia reduciremos su planteamiento a términos reales y sencillos reconociendo como evidente que el "exceso" supone una defensa real, en cuya ejecución se extralimita quien la practica.

Se puede suponer, al usar medios excesivos o causar daños innecesarios o demasiados graves, el sujeto lo haga por no tener otros recursos a la mano, pues si para impedir la entrada al hogar se pudiera cerrar con cancel u otra defensa posterior a lo que ya ha franqueado el intruso, o así para detener a una persona de pobre musculatura fuere bastante el uso de un arma conducente, o sujetar al atacante con una cuerda o con las propias manos, no debería dispararse contra el un arma de fuego, aún cuando sea este un recurso más expedito, más fácil y seguro: pero no será excesivo hacerlo así, ni faltará la necesidad de usar ese medio si la puerta o cancel está ya fuera del alcance y el intentar cerrarlo significa salir al encuentro del asaltante y entregarse a él; o si no se dispone de cuerdas ni de otras armas, nada más una sola pistola portada en la mano, y el actor se halla enfermo incapacitado para emprender una lucha cuerpo a cuerpo tratando de sujetar al malhechor, el juicio sobre la necesidad del medio empleado en la defensa, debe ser relativo, es decir, no abstracto ni general o absoluto sino encuadrado en las condiciones concretas en los cuales concurren los hechos.

“Cuando falta la agresión calificada o el peligro del daño, la defensa es inexistente o deja de ser ilegítima y la responsabilidad penal recobra la plenitud de su vigor; igualmente cuando existiendo aquellos faltan a la defensa, la no provocación de la agresión y su coacusación inmediata y suficiente o la imprevisión y evitación legal de la misma agresión; pero si lo que falta son la proporcionalidad respecto al peligro desarrollado por la necesidad racional del medio adoptado o del daño amenazando la irreparabilidad legal, entonces se habla del exceso en la defensa”.⁽⁷⁹⁾

(79) CARRANCA Y TRUJILLO. *Raui OP CII* P. 528

En nuestro derecho el excederse en la legítima defensa, por intervenir como lo consideran en las fracciones IV, V, VI, del artículo 15, serán consideradas como penadas para el delincuente por imprudencia, nuestros legisladores han omitido considerar una nueva causa de exceso generalmente el terror explicable por su naturaleza y la forma de la agresión.

En el Derecho mexicano se declara precisamente culposo el exceso; todo lo que se hace es referido, sólo para los efectos de la pena: "Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI, del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo" (artículo 16 del Código Penal Vigente).

Los autores Cenicero y Garrido "consideran el hecho de que el Código sancione como cualquier delito no intencional el exceso en la legítima defensa, no significa que dicho acto participe en los elementos del delito por imprudencia sino que el legislador lo remitió a éste por la levedad de la pena".⁽⁸⁰⁾

d) La Legítima Defensa del Inimputable.

Siendo un ser humano el que ataca y suponiendo necesario lesionar los intereses o la persona misma del agresor, el único medio de rechazar o paralizar el ataque, se ha sostenido respecto de los actos ejecutados corresponden al concepto de la legítima defensa aún cuando el agresor sea inimputable o subjetivamente se halle excluido de culpabilidad y en los requisitos de la legítima defensa no está al aspecto de los agresores al ser culpables sino sólo el de que su ataque sea antijurídico, (matar, herir, golpear, etc.), mientras se avisa a las autoridades del peligro representado, si lo hecho es el único medio

(80) IBIDEM P 529

de preservar nuestra vida o nuestra seguridad, se ha considerado como un caso específico de legítima defensa y no como un caso genérico de necesidad.

El autor Guisepe Maggiore "sostiene que la reacción de un loco, aunque se considere defensiva no es legítima defensa, equivale a la acción del perro que muerde las pantorrillas de quien lo golpea". ⁽⁸¹⁾

El profesor Quintano Repollés considera "que no sólo debe operar la causa de inimputabilidad por ser injusto a traer la víctima la sanción de responsabilidad civil, que a su vez enriquecer a un agresor injusto; debe optarse por la defensa legítima, por que el enajenado, bien incapaz, es un hombre dotado de instintos, reacciones vitales, a quien la ley debe todas las garantías posibles de protección". ⁽⁸²⁾

Consecuentemente admitimos, plenamente la inexistencia del delito por la conformación de la legítima defensa del inimputable, con independencia de su falta de capacidad para ser acreedor a una consecuencia pena a virtud de su inculpabilidad.

e) Legítima Defensa contra la Agresión de un Inimputable.

Hay algunas personas sosteniendo respecto del acto violento del inimputable dirigido a lesionar bienes ajenos, no constituyen una agresión antijurídica por la ausencia de capacidad en él para entender y querer el propio acto, ubicando la solución correcta del "estado de necesidad".

(81) CASTELLANOS FENA Fernando OP CIT P 200. (82) IBIDEM

El autor Ricardo Abarca expresa "la incapacidad natural trasciende al Derecho Penal, en consecuencia no podemos considerar como antijurídica la agresión de loco ni cabrá contra ella la legítima defensa".⁽⁸³⁾

Aún cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por la falta de la capacidad del conocimiento y voluntad, si podemos considerar como antijurídica (la antijurídica es objetiva), la cual va a dar lugar a una reacción defensiva legítima.

(83) PAVON VASCONCELOS, Francisco. OB CII P 325

CAPITULO V
PROBLEMATICA PROCESAL EN LOS CASOS
DE PRESUNCION DE LEGITIMA DEFENSA

La importancia procesal de mantener la seguridad y la tranquilidad de los ciudadanos en sus propios domicilios y en circunstancias de especial peligro (como durante la noche, en caminos despoblados, etc.), han hecho que en todos los tiempos se consagre, de manera singular, el derecho a proceder a la defensa ante los primeros indicios graves de agresión y sin esperar a tener una certeza absoluta que, mientras se consigue podría dar lugar a consecuencias irreparables; la forma lógica de respaldar tal procedimiento defensivo consiste en señalar los indicios bastantes para presumir la agresión y consagrar legalmente tal presunción de manera que, quien haya actuado en las condiciones previstas, quede amparado por la eximente mientras no se demuestre que no había la supuesta agresión, lo que eliminaría la exclusión de la antijuridicidad, o que el acusado sabía que no se trataba de un ataque injusto, o que le privaría incluso de la excluyente de culpabilidad que podía existir si no habiendo realmente la susodicha agresión, las apariencias le hicieron creer lo contrario.

En tal sentido, el artículo 20 del Código Penal vigente en la entidad en su fracción III párrafo segundo y tercero, consagra las hipótesis de presunción de legítima defensa en los siguientes términos:

"Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento de paredes o rotura de los cercados, así como entradas en su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor".

"Igual presunción favorecerá a quien causare cualquier daño a un intruso que sorprendiere en la habitación u hogar propios, de sus familias o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios

o respecto de los que tengan la misma obligación, siempre que la presencia del extraño revele evidentemente una agresión".

Con ello la ley no ha hecho, pues, para esos casos de verdadera angustia, sino consagrar y reconocer la legitimidad de un procedimiento racional, previniendo vacilaciones y posibles injusticias que, de no interponerse una presunción legal favorable, de sobra sabemos que ocurriría al exigir al acusado que presentara pruebas directas, inequívocas e irrefragables de una agresión real y que amenazara con daños concidos y determinados, para juzgar si era de mucha o de poca importancia comparados con el que se causó al agresor, si aquellos daños eran fácilmente reparables después por medios legales. Sin esos preceptos, aún cuando varios extraños estuvieran escalando los muros, forzando las cerraduras o rompiendo las puertas aún se podía decir que no sabía que propósitos les guiaba; y ya hemos visto que aún especialistas en el Derecho Penal sostienen que nuestra Ley no permite la defensa sino de la persona, del honor o de los bienes económicos, pudiendo dudarse de si solo se trataría de allanar la morada para conocer algunas instalaciones existentes en ellas, o quizás de practicar una especie de cateo privado en busca de la vaca o del becerro extraviado.

Así las cosas, la problemática aquí observada, radica en determinar la situación jurídica en la que, durante el proceso penal, debe conservar una persona ubicada en la hipótesis de presunción de legítima defensa, sobretodo si consideramos que a su favor opera una probable causa excluyente de incriminación, lo que hace socialmente repelable el hecho de que una persona se vea sometida a una causa penal, siendo que ha actuado en defensa de un derecho social y jurídicamente protegido y regulado expresamente por la ley.

En tal sentido en el humilde criterio del autor de este trabajo de investigación, la presunción de la legítima defensa observa una problemática procesal que debe ser corregida de manera expresa por la ley, pues no puede ser igual el trato jurídico para una persona que ha "asesinado" de manera lisa y llana, a una que ha cometido una conducta considerada por la ley como ilícita, pero bajo los extremos de una probable legítima defensa.

En tal orden de ideas, y a efecto de corregir dicha situación no es necesario implementar nuevas teorías o instituciones jurídico procesal, sino adecuar las ya existentes, en un correcto aprovechamiento de la exégesis que el legislador penal ha regulado a lo largo de los años.

En tal sentido, es necesario destacar que las instituciones del arraigo domiciliario y la libertad provisional bajo protesta, prevista por los artículos 129 y 343 del Código de Procedimientos Penales vigente en la Entidad, respectivamente, serían el instrumento adecuado para corregir esta situación, pues por medio de ellas una persona que se encuentre bajo la presunción de legítima defensa, durante la fase de averiguación previa, podría continuar en el goce de su libertad bajo un arraigo domiciliario e inclusive bajo los efectos de una libertad provisional bajo protesta, durante la fase de instrucción, en un apego estricto al principio general del derecho de que "nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario".

CONCLUSIONES

Atentos al contenido de la exposición vertida en los anteriores capítulos, se llega a las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- La legítima defensa emana de una necesidad de rechazar una agresión actual e inminente, injusta por actos que puedan lesionar un bien jurídico, como es la vida e integridad de las personas.

Segunda.- La idea de la Legítima Defensa como una situación jurídica tendiente a excluir la antijuridicidad de una conducta humana, ha sido constante desde los indicios de la civilización, sin importar costumbre e idiosincrasias, reflejando una similitud en su tratamiento doctrinal en los diversos derechos comparados, aunque diferencias en el análisis de los actos participantes y encaminados a demostrar la realización de este hecho.

Tercera.- Nuestra legislación sobre esta materia, aún cuando ha sufrido modificaciones que la hacen estar adecuándose a los tiempos en que la sociedad se moviliza en el tiempo, observar ciertas problemáticas, específicamente en los casos relativos a la presunción de legítima defensa, en virtud del cual el tratamiento jurídico al sujeto activo de dicha presunción se aparta de la naturaleza jurídica de su presumible inocencia.

Cuarta.- A efecto de eliminar tal contradicción jurídico- legislativa, se propone modificar los artículos 20 fracción III del Código Penal vigente en la entidad, así como los artículos 129 fracción II, aplicable cuando el sujeto activo de la presumible legítima defensa haya sido detenido por el Ministerio Público, y 343 fracción I, para el caso de que el presunto autor del acto sometido a la hipótesis de la legítima defensa haya sido consignado, ambas disposiciones del Código de Procedimientos Penales vigente en la Entidad.

Quinta.- Los artículos cuya modificación se propone deberán ser adicionados en los siguientes términos:

Artículo 20.- Son causas excluyentes de incriminación:

III.- Repeler la agresión ilegítima, actual o inminente, en protección de bienes propios o ajenos, siempre que exista necesidad razonable de la defensa, y no medie provocación suficiente por parte del que rechaza la agresión o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento de paredes o rotura de los cercados, así como entradas en su casa o departamento habitados o de sus dependencias, cualesquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá a quien causare cualquier daño a un intruso que sorprendiere en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tengan la misma obligación, siempre que la presencia del extraño revele evidentemente una agresión.

A partir del momento en que se acrediten los extremos de las hipótesis de presunción de legítima defensa el presunto responsable gozará de los beneficios que el tratamiento procesal que dicha presunción otorga el inculpado.

Artículo 129.- En la Averiguación Previa, cuando haya detenido y se trate de delitos no calificados como graves en términos del Art. 13 de Código Penal del Estado, de la

competencia de los juzgados municipales o casos de presunción de legítima defensa, observan las reglas siguientes:

II. Cuando se trate de delitos que sean de la competencia de los juzgados municipales o de casos de presunta legítima defensa, siempre y cuando el inculpado no haya pretendido darse a la fuga en cualquier momento, el presunto responsable tendrá derecho a quedar arraigado en su domicilio y bajo custodia de otra persona, con sujeción a los requisitos siguientes:

a)...

Artículo 343.- La libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurren las circunstancias siguientes:

I. Que la sanción privativa de libertad que deba imponerse no exceda de dos años de prisión, o se trata de casos de presunta legítima defensa en los cuales el Ministerio Público haya decidido ejercer acción penal.

II. ...

Sexta.- Con las modificaciones que ahora se proponen se busca evitar que todo individuo que actúa, de manera presumible, en defensa de un derecho legítimo vea afectada su vida cotidiana como consecuencia del procedimiento penal que al efecto se le siga para esclarecer los hechos cometidos, atentos al principio de que nadie es culpable hasta que se demuestre lo contrario, pero sin romper el equilibrio que todo estado de derecho debe conservar y en virtud del cual la justicia debe resolver de manera certera y sin vacilación

si la conducta observada corresponde o no a la de una Legítima Defensa; lo anterior con el fin de que se satisfagan los extremos de las Garantías de Seguridad Jurídica y así mismo se tutelen de forma más efectiva los intereses jurídicos que para nuestro régimen legal deben cubrirse a favor de todo ciudadano.

BIBLIOGRAFIA

BARRAGAN MATAMOROS, Luis. La Legítima Defensa Actual. 51 a. ed. Ed. Bosch Casa. Barcelona, 1989.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa, S. A. México, 1980.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal (Parte General). T.I. V.I. 18a ed. Ed. Bosch Casa, S.A. Barcelona, 1980.

CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano, T.II. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 19a ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1984.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Lecciones de Derecho Penal. 3a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1991.

FLORES SOUZA, Roberto. La Legítima Defensa Putativa. Buenos Aires, 1940.

GOMEZ LOPEZ, Orlando. Legítima Defensa. Ed. Temis. Bogotá- Colombia, 1991. Pag. 464.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco. Derecho Penal Mexicano (Los Delitos). 16a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1980.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal (Segunda Parte). T. IV. 2a. ed. Ed. Losada, S.A. Buenos Aires, 1961.

MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal (Parte General). 1a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1986.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano (Parte General). 9a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

QUINTANO RIPOLIES, Antonio. Curso de Derecho Penal. T. I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.

RODRIGUEZ MUÑOZ, José Arturo. Tratado de Derecho Penal. T. I. Ed. Porrúa, S.A. México, 1990.

SAINZ CANTERO, José A. Lecciones de Derecho Penal (Parte General). 3a. ed. Ed. Bosch Casa, S.A. Barcelona, 1990.

SILVANO FORTANA, Raúl José. La Legítima Defensa y Lesión de Bienes de terceros. Ed. Palma, Buenos Aires. 1970.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano (Teoría del Delito). 5a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal (Parte General). T. III. 1a. ed. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1968.

ZAMORA PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. 6a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1993.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DICCIONARIO DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA, 3a. ed. Ed. Astrea. Buenos Aires 1993.

DICCIONARIO DE LENGUA ESPAÑOLA. Ed. Especial para Ediciones Culturales Internacionales. México. 1991.

DICCIONARIO ENCICLOPEDICO HISPANOMEXICANO. Ed. Porrúa, S.A. México. 1990.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. Vol. IV. Ed. Porrúa, S.A. México. 1993.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. T. XVII. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid. Barcelona. 1990.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEGA. T. XVIII. Ed. Porrúa, S.A. México. 1994.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA. T. XVII. Ed. F. Seix. Editor Leg. Barcelona. 1989.

CODIGOS Y LEGISLACIONES

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL (Comenta-
do) 9a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México. 1994.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 102a. ed. Ed.
Porrúa, S.A. México. 1994.