

565

24.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

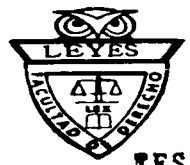
“ LA RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS EN LA LEGITIMA DEFENSA ”

T E S I S

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

JOSE MAXIMO PEREZ ROMERO

ASESOR: DR. CARLOS DAZA GOMEZ



MEXICO, D. F.

1997

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:

Porque siempre me ha tenido de su
mano e ilumina cada paso que doy.

A MIS PADRES:

ISIDRA Y LADISLAO

Con todo mi amor y agradecimiento, por
ser la base de mi esfuerzo y la razón
de mi vida.

A MIS HERMANOS:

Porque siempre me han impulsado
a cumplir todos mis anhelos.

A MIS MAESTROS:

Con agradecimiento y admiración y con
su gran apoyo he logrado alcanzar esta
meta.

CON AGRADECIMIENTO:

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,
por haberme otorgado una formación profesional,
a través de cada uno de mis maestros que han
sido guía y ejemplo a seguir.**

AL DR. CARLOS DAZA GOMEZ:

**Por motivarme para la culminación
de este trabajo.**

**LA RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS
EN LA LEGITIMA DEFENSA**

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

1).- CONCEPTO DE DELITO	1
2).- DESARROLLO HISTORICO DEL DELITO	5
3).- EL DELITO COMO ENTE JURIDICO	6
4).- ELEMENTOS GENERALES DEL DELITO	6

CAPITULO II

1).- CODIGO DE 1857 y 1871	23
2).- CODIGO DE 1929	24
3).- CODIGO DE 1931	24

CAPITULO III

1).- CAUSAS DE JUSTIFICACION	25
2).- CONCEPTO ETIMOLOGICO, DOCTRINAL, Y JURIDICO DE LA LEGITIMA DEFENSA	30
3).- ELEMENTOS Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEGITIMA DEFENSA	34

4).- LOS DERECHOS DEFENDIBLES.	43
5).- EL REQUISITO DE LA AGRESION ILEGITIMA Y DE LA RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS.	44
6).- LA DEFENSA EXCESIVA, LA DEFENSA EXCUSABLE Y LA DEFENSA PUTATIVA.	57

CAPITULO IV

1).- LEGITIMA DEFENSA DE INIMPUTABLES.	61
2).- LEGITIMA DEFENSA, CONTRA LEGITIMA DEFENSA.	64
3).- LEGITIMA DEFENSA, CONTRA DEFENSA PUTATIVA.	64
4).- LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA.	65
5).- DEFENSA EN FAVOR DE TERCEROS.	67

CAPITULO V

FUNDAMENTACION

1).- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.	68
2).- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	69
3).- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.	70
4).- JURISPRUDENCIA.	72
CONCLUSIONES.	74

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Personalmente considero que el tema de la Legítima Defensa ha implicado no sólo en la doctrina jurídico penal, sino aun más relevante en la práctica diaria de la procuración y administración de justicia, en nuestro país una gran problemática que creemos de no ser atendida tan importante figura jurídica con la debida pertinencia que ésta merece, se podría llegar al grado de crear un ambiente de inseguridad entre los miembros de la sociedad, pues tal parece que en los últimos tiempos las instituciones que tiene como difícil tarea la procuración y administración de justicia así como de la observancia del respeto a los derechos humanos del gobernado, se han inclinado hacia la protección de los derechos antes citados únicamente del delincuente, ejemplo de ello nos parece la concepción jurídica plasmada por el legislador en nuestra ley penal sustantiva, específicamente respecto de como ha de tratarse la figura jurídica de la Legítima Defensa prevista en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal. A nuestro punto de vista pensamos en que en la descripción legal hecha por el legislador en la citada causa de justificación se han expresado o exigido una serie de requisitos que más bien no parece proteger al ciudadano que es colocado en una situación de peligro respecto de sus bienes o de su persona o de la de terceros ante las conductas injustas, que como los grandes del derecho dicen constituye una negación del derecho, al trastocar con sus acciones el ordenamiento jurídico que como función tiene el garantizar la paz, seguridad y bienestar social, al llevar acabo en el caso que nos ocupa conductas que obligan al buen ciudadano, aquél que pese a todo se ajusta al ordenamiento jurídico a efectuar conductas lesivas ante la real o inminente

situación que pone en peligro sus bienes jurídicos o los de terceros relacionados con éste, creadas por un sujeto o sujetos que actuando contrario a la norma niegan con ello el ordenamiento jurídico al que se debe como miembro de una sociedad; ello nos parece así en virtud de que existe un particular requisito que creemos debe ser tratado con mayor detenimiento, este requisito del que hablamos es precisamente la "racionalidad de los medios empleados" en la Legítima Defensa", pues en nuestra ley actual en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal contempla que para que la figura jurídica de la que hablamos pueda cobrar vida, es necesario e indispensable que el ciudadano común observador de las reglas de conducta social, tenga la capacidad de que al momento en que inesperadamente y sin la menor provocación sea injustamente agredido por un sujeto que por principio de cuentas con su conducta niega el derecho, de contar con la calma o tal vez frialdad necesaria para medir en ese preciso momento en que la agresión causa impacto psicológico en él, la magnitud de la reacción defensiva, que ante la discrepancia de los conceptos de la doctrina jurídica penal refiere sobre lo que ha de entenderse por racionalidad de los medios empleados podría decirse que la ley exige no sólo que la persona agredida injustamente racionalice su acción defensiva, sino que además ha de actuar al momento de ejercer los actos defensivos con cautela tal que garantice al derecho que éste eligió de entre los medios empleados que a su alrededor se encontraban y de los cuales parece exigir el derecho debe conocer, el menos lesivo para que de esta manera pueda entonces el orden jurídico penal justificar la conducta del que se defiende pues de no ser así se considera que el agredido no cumplió con una de los requisitos exigidos por la ley para que su conducta se encontrase amparada por la justificante en cita, y consecuentemente de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto se concluirá sino ha existido Legítima Defensa en favor de aquél que se defendió ante la falta de uno de los elementos esenciales de la justificante "racionalidad de los medios empleados" o si bien la

misma figura jurídica se presenta en una forma incompleta dando origen ello a un exceso en la Legítima Defensa que incluso es sancionada por la Ley penal como un delito culposo, situación que nuestra humilde consideración parece nefasta pues creemos no es posible y mucho menos lógico, el pensar que el ciudadano que se defiende de una agresión injusta y por ende jurídica, sea sancionada por el hecho de no haber tenido al momento exacto de la situación de peligro en que fue puesta la capacidad, serenidad y tranquilidad necesaria para racionalizar no sus acciones defensas sino para elegir a la vez entre los medios que pudo disponer (según la ley), el menos lesivo para repeler la agresión del injusto agresor, aún cuando aquél que se defiende con su actuar ratifica el derecho pues con su conducta y ante la imposibilidad del estado en ese momento de proteger sus bienes jurídicos, actúa no en negación del orden jurídico como lo hace su agresor, sino demostrando una aceptación y reafirmación del ordenamiento legal razón por la cual pensamos que con esta serie de requisitos contemplados en la ley pena actual no es al ciudadano respetuoso y tal vez celoso del orden jurídico que rige su sociedad al que el derecho pretende proteger, sino más bien parece inclinarse por la protección de los bienes jurídicos del inadaptado social que haciendo una total negación de los parámetros jurídicos que rigen la sociedad de que es miembro, decide atentar no solo contra los bienes de un individuo en particular sino de los valores principales que rigen una sociedad, por ello consideramos pudiese ser excluido el requisito de "la racionalidad de los medios empleados, que nos parece exagerado por las consideraciones antes hechas y pudiese hablarse tal vez de la necesidad racional de la defensa empleada que a nuestro punto de ver comprendería esta no sólo limitaciones de carácter objetivos sino que también de índole subjetivo en donde creemos habrá de analizarse en el caso en concreto, no si los medios empleados por el que se defiende fueron serenamente elegidos por éste, sino sin considerar los medios que se utilizaron para la

defensa probar si los actos de defensa empleados por un sujeto fueron necesarios de acuerdo a la situación de peligro en que fue puesto y a las circunstancias no sólo objetivas sino psíquicas producto de la agresión injusta y sufridas por el actor para determinar así, si la conducta del actor debe ser o no justificada por el derecho.

CAPITULO I

1.1. CONCEPTO DE DELITO.

Durante todos los tiempos, se ha tratado de elaborar una definición Universal del delito que fuese aplicable en todos tiempos y lugares, sin embargo, esto ha resultado a los estudiosos del derecho, una gran problemática, pues es sabido que el delito, tiene íntima relación, con las costumbres o forma de ser de cada sociedad, así como con las épocas o tiempos de tal suerte que los hechos que alguna vez no fueron considerados como delito, en épocas posteriores, debido a las propias necesidades de las mismas, han surgido con tal carácter, así, viceversa, hechos que fueron considerados como delitos, han perdido ese carácter, en función, de las diversas situaciones que al través de los tiempos se presentan, y que hacen necesario tal cambio. A pesar de ello han surgido numerosas definiciones, que han hecho posible, la creación de fórmulas generales, que de acuerdo a sus atributos esenciales, permiten caracterizar al delito jurídicamente, así, haremos a continuación referencia a algunas de esas definiciones de delito, sustentadas por distintos autores penalistas.

Hans Welzel, define al delito como "La acción u omisión, intolerable para la comunidad jurídica a causa de su reprobabilidad ético-social."

Por otra parte Jiménez de Azúa dice: "delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces, a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".

Edmundo Mesger refiere que delito "es la acción típicamente antijurídica y culpable".

(1) Hans Welzel, Derecho Penal Alemán, pág. 30, 12a edición, jurídica de Chile, 1987.

(2) La Ley y el Delito, pág. 207, 4a edición, Editorial Hermes, Buenos Aires, 1963.

(3) tratado de derecho penal, tomo I, pág. 156, Madrid, 1955

Ernesto Beling define al delito como "la acción típica, antijurídica y culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad" ⁴

Max Ernesto Mayer define al delito, como "acontecimiento típico, antijurídico e imputable" ⁵

Desde el punto de vista de CASTELLANOS TENA "el acto u omisión se tienen como ilícitos penales por chocar con las exigencias impuestas por el Estado para la creación y conservación del orden social y por ejecutarse culpablemente, es decir, con conocimiento y voluntad, más no es dable tildarlos de delictuosos por ser punibles" ⁶

El delito es para la psicología individual, dice Jiménez de Azúa, "Una forma de expresión en el autor del complejo de inferioridad y de la lucha por superarle, en donde el delincuente muestra con claridad el estilo de vida de una persona provista de gran actividad, pero poco propicia a vivir en común. Al querer superar el sentimiento de minusvalía, la acción delictiva se produce como protesta contra el ordenamiento social" ⁷

En el Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835, define en su artículo 89 al delito, al expresar textualmente "en toda infracción de ley penal se supone que hay delito, y su autor queda sujeto a las penas de derecho mientras no pruebe excepción legal" ⁸

En el proyecto del Código Criminal y Penal de 1851-1852, en su artículo 10, refiere "es delito la infracción voluntaria y deliberada de la Ley. La ley se infringe, haciendo lo que ella prohíbe u omitiendo lo que ordena" ⁹

El Código Penal para Distrito Federal y Territorios Federales de 1871, en su artículo 4º, refiere "delito es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda" ¹⁰

4 y 5 véase, la Ley y el Delito Ob. cit., pág. 205-206.

6 Lineamientos elementales de Derecho Penal, pág. 130, editorial Porrúa, México, 1991.

7 Jiménez de Azúa Luis, Psicología Criminal, pág. 257, 4a edición, Losada, 1947.

8 Leyes Penales Mexicanas, tomo I, pág. 34, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1979.

9 Leyes Penales Mexicanas, ob. cit, tomo I, pág. 111.

10 Leyes Penales Mexicanas, ob. cit, tomo I, pág. 372.

Nuestra Legislación actual, en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal, define en su artículo 7º, "Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales" 11

Como se ha referido se han dado numerosas definiciones de delito como las mencionadas, por su parte la Doctrina ha recurrido esencialmente a dos concepciones para conocer la composición de éste:

- 1).- La Unitaria o Totalizadora y
- 2).- La analítica o Atomizadora.

Para la concepción Unitaria, se considera al delito como un bloque analítico, significando esto que el delito es un todo orgánico que puede presentar aspectos diversos pero no es en ningún modo fraccionable y su verdadera esencia no está en cada uno de sus componentes ni en la suma de éstos, sino en el todo y en su intrínseca unidad; pensando así los de ésta corriente que sólo mirando al delito bajo este perfil, es posible comprender su verdadero significado, no debiéndose olvidar que el delito constituye una entidad esencialmente unitaria y orgánicamente homogénea, como entre otros lo manifiesta Antolisei, partidario de ésta teoría.

Para la corriente analítica ó Atomizadora, el delito debe estudiarse desintegrándolo en sus elementos, pero considerándolos en íntima conexión, pues señalan que existe una vinculación indisoluble entre ellos dada la unidad misma del delito.

Así, Petrocelli partidario de ésta concepción refiere "que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria, que no tenga por base una consideración analítica". 12

Creemos que nuestra legislación actual, se inclina por la concepción analítica o Atomizadora, ya que de acuerdo al contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, reformado por el artículo tercero del decreto publicado en el Diario Oficial el 10 de enero de 1994, ya que entro en vigor el primero de febrero del mismo año que a la letra dice:

(11) Penal Práctica, Editorial Andrade, pág. 2-2, México, 1990.

(12) véase Porte Peul, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal 5a. edición, Porrúa, pág. 241, México, 1980.

ARTICULO 122.- El Ministerio público acreditará los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. dichos elementos son:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u

omisión

Asimismo , se acreditarán, si el tipo lo requiere:

a).- Las calidades del sujeto activo y el pasivo.

b).- El resultado y su atribuidibilidad a la acción u omisión.

c).- El objeto material.

d).- Los medios utilizados.

e).- Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión.

f).- Los elementos normativos.

g).- Los elementos subjetivos específicos.

h).- Las demás circunstancias que la ley prevea...

Como se puede apreciar de la simple transcripción del artículo que antecede, divide el delito para su estudio en elementos, como lo refiere la concepción atomizadora, así creemos que es correcto lo sustentado por dicha concepción en el sentido "de considerar que los elementos en que se desmembra al delito para su estudio se encuentran en íntima conexión, señalando que existe una vinculación indisoluble entre ellos dada la unidad misma del delito, o al decir de Petroccelli partidario de ésta concepción quien señala, que el hecho de que el delito se divida en elementos para su análisis, no significa la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica.

Así, entendemos que efectivamente, el delito en nuestra legislación actual es desmembrado para su estudio en sus elementos, lo que no significa negar con esto la unidad del delito como un todo, pues es sabido que si durante el análisis del haz probatorio con que se cuenta en un caso en concreto para comprobar los elementos constitutivos del tipo de que se trate, resulta que alguno ellos no queda plenamente comprobado, entonces traerá como consecuencia la exclusión del delito mismo reafirmando esto que el delito aún cuando sea estudiado mediante el desmembramiento de sus elementos, nunca pierde su unidad, de ésta manera queda explicada que durante todos los tiempos

han surgido diversos conceptos de delito que han sido incluso plasmados en las diversas legislaciones penales, que a su vez han sido variantes de acuerdo a los cambios y necesidades que en toda época y tiempo se presentan.

1.2. DESARROLLO HISTORICO DEL DELITO.

El delito, ha sido siempre a través de los tiempos, una valoración jurídica, en tal virtud cambiante con ella, apareciendo primero como una valoración objetiva; así, en el derecho más remoto, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico, en la edad media se castigaba incluso a los animales, llegando a existir especialistas en la defensa de éstos, ocurriendo esto, debido a que la valoración jurídica, se realizaba distinto a la actualidad, entonces, no se consideraban para el reproche, los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido, así a través de los tiempos, la valoración jurídica que recae sobre las conductas humanas, a sido cambiante, ejemplo de ello, es que a visperas del siglo XIX, se castigaba la hechicería, por haber sido ésta en aquel tiempo considerada como delito grave, y el cual se sancionaba quemando a los hechiceros, entonces, considerados por la valoración jurídica de esos tiempos como delincuentes, así infinidad de personas fueron quemadas en hogueras, incluso aquellas, que por enfermedades mentales, obedecían a ciertas excentricidades, pues en aquellas, épocas, no era considerada subjetividad alguna, lo que era un error terrible, sin embargo, esto se entendía correcto de acuerdo a la valoración de aquellos tiempos.

En los tiempos de la culta Roma fue tomado ya en cuenta lo subjetivo; así, junto al elemento antijurídico aparece la característica de la culpabilidad, ya que para entonces no era el delito una mera valoración jurídica objetiva, pues se tomaba también en cuenta el elemento subjetivo del delito, esto es, la intención del sujeto para cometerlo, cuestionándose incluso ya, la posibilidad de sancionar el homicidio culposo. Probándose así, que el delito ha sido en todos los tiempos lo antijurídico y consecuentemente un ente jurídico, que ha ido evolucionando al través de los tiempos, debido a las exigencias y cambios sociales 11

Por lo que a pesar de los innumerables intentos por crear una definición del delito que pudiera adaptarse a todos los tiempos y lugares, ello ha resultado vano, siendo así que el delito ha de desarrollarse siempre de acuerdo a las necesidades propias de los tiempos y lugares, ya que éste se haya siempre en íntima relación o conexión con la vida social y jurídica de cada pueblo, así como de los tiempos, por ende aquél ha de seguir los cambios o desarrollo de éstos, de tal suerte que debido a tales cambios que al través de los tiempos se van presentando respecto de la vida social y jurídica de cada pueblo, existen circunstancias que ayer fueron considerados como delito y que tal vez hoy son hechos o conductas sin relevancia jurídico-penal alguna.

1.3. EL DELITO COMO ENTE JURIDICO.

Hemos de reconocer dice Jiménez de Azúa, "que la expresión y el contenido conceptual de ente jurídico sólo aparece al ser construida la doctrina del Derecho liberal y sometida la autoridad del Estado a los preceptos de una ley anterior. El delito como ente jurídico sólo es, pues, inculminable en cuanto una ley anteriormente dictada lo define y pena".¹⁴

El delito como ente jurídico, podría ser definido como la acción u omisión prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, ello en virtud de que consideramos que el delito se caracteriza esencialmente por su sanción, lo que implica que para que una acción u omisión puedan ser consideradas como delito, éstas deben estar previamente previstas y sancionadas en la ley, pues de no ser así, por más que cualesquiera de éstas sea socialmente dañosa o inmoral, si su ejecución u omisión no ésta prevista y prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena, no constituirá delito.

Por otra parte, al referirnos a Acción u Omisión, debemos de expresar que las mismas para que sean penalmente relevantes, deben tener origen en una actividad humana, pues de no ser así, cualquier daño por graves que sean sus consecuencias sea en el individuo o colectividad, no podrá tenerse como delito, de aquí que para nuestra normatividad penal vigente, resulta irrelevante los hechos realizados por los animales, en donde no se cuenta con la intervención humana, al igual que no son de relevancia penal los acontecimientos fortuitos ajenos al obrar humano, pues, si se ha dicho que las acciones u omisiones penalmente relevantes son aquellas que tienen su origen en una actividad humana, consecuentemente, aquellos acontecimientos que son ajenos a la voluntad y actuar humano no pueden ser considerados como delito.

1.4. ELEMENTOS GENERALES DEL DELITO.

Entendemos por elemento en general, la parte integrante de algo, lo necesario para que ese algo pueda tener existencia, en este orden de ideas, elemento del delito entendemos, es todo componente que sin discusión, es indispensable para que el delito ya sea general o especial, pueda tener existencia o vida jurídica.

Así, Porte Petit refiere que los elementos generales del delito se clasifican generalmente fundados en una concepción triédrica, enumerándolos de la siguiente manera:

(14) Idem

1.- ELEMENTO ESENCIAL GENERAL MATERIAL. Todo delito necesita un elemento material u objetivo, y éste será una conducta o un hecho, según la descripción típica. La conducta abarca el hacer o el no hacer según el caso, y el hecho contiene la conducta, el resultado material y el nexo causal entre la conducta y el resultado.

El elemento objetivo contiene por ende, la conducta o hecho, abarcándose por tanto únicamente el hacer o no hacer, o bien, la conducta, el resultado y la relación de causalidad, y en su caso además, las modalidades de la conducta, como son, los medios, las referencias, temporales y espaciales, o referencia a todo hecho punible de otra índole exigidas por el tipo.

2.- ELEMENTO ESENCIAL VALORATIVO. Este elemento se traduce en la antijuridicidad, o sea cuando habiendo tipicidad, no protege al sujeto una causa de licitud.

3.- ELEMENTO ESENCIAL GENERAL PSIQUICO. Considera Porte Petit que existe un elemento esencial general Psíquico cuando se ésta frente a la culpabilidad, en cualquiera de sus formas ya sea dolo en sus grados de directo o eventual; culpa sea con o sin representación y reprochabilidad. 15

Jiménez de Azúa refiere, que las características del delito serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad, y en ciertos casos condición objetiva de punibilidad, concibiendo al acto independiente de la tipicidad como el soporte natural del delito, la imputabilidad refiere, es la base psicológica de la culpabilidad y las condiciones objetivas son advertencias e inconstantes, por lo que refiere la esencia técnico-jurídica de la infracción penal, radica en tres requisitos que son tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, construyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

Así Jiménez de Azúa, esquematiza a los elementos generales del delito en el orden siguiente:

(15) Porte Petit. Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal ob. cit. págs 270, 271, 272, 273

ASPECTO POSITIVO**ASPECTO NEGATIVO**

- | | |
|-------------------------------|--|
| a).- Acción | a).- Falta de acción |
| b).- Tipicidad | b).- Ausencia del tipo |
| c).- Antijuridicidad | c).- Causas de justificación |
| d).- Imputabilidad | d).- Causas de inimputabilidad |
| e).- Culpabilidad | e).- Causa de inculpabilidad |
| f).- Condicionalidad objetiva | f).- Falta de condición
objetiva |
| g).- punibilidad | g).- excusas absolutorias. ¹⁶ |

Partiendo de la definición legal de lo que delito es, plasmada en el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal que a la letra dice:

ARTICULO 7º.- Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes Penales, de acuerdo a dicha definición legal sólo se contaría con dos elementos generales del delito que serían: la correspondiente acción u omisión y la punibilidad, sin embargo realizaremos una breve semblanza de los elementos generales del delito de acuerdo a los autores anteriormente citados quienes consideran como elementos generales del delito los siguientes:

- a).- Conducta (acción omisión).
- b).- Tipicidad.
- c).- Antijuridicidad.
- d).- Imputabilidad.
- e).- Culpabilidad.
- f).- Condiciones objetivas de punibilidad.
- g).- Punibilidad.

Entendido esto, se referirán diversas concepciones de lo que cada uno de estos elementos del delito significan para diversos autores.

Así, Jiménez de Azúa refiere que acto es la manifestación de la voluntad que mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera, deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se asegura. Acto es pues, una conducta humana voluntaria que produce un resultado, señalando el autor que el concepto de acto abarca tanto al hacer como el omitir 17

Fernando Castellano Tena refiere, "que conducta es el comportamiento humano voluntario positivo o negativo encaminado a un propósito". 18

HANS WELZEL refiere a la conducta como "actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad. Esta conducta puede ser una acción, esto es, el ejercicio efectivo de actividad final, o la omisión de una acción, esto es, el no ejercicio de una actividad final posible". 19

Eugenio Cuello Calón refiere, "acción u omisión es preciso la ejecución de un movimiento corporal realizado con el ánimo de causar un efecto en el mundo que nos rodea aún cuando tal efecto no llegue a producirse (acción) o la no ejecución de un hecho positivo que sostiene el deber de realizar (omisión)". 20

Celstino Porte Petit refiere que al definir la conducta se deben abarcar las nociones de acción u omisión, conceptualizando a la conducta como "un hacer voluntario o un no hacer voluntario o no voluntario" 21

H. Jescheck al referir el concepto Social de acción señala "el comportamiento puede consistir en el ejercicio de actividad final (finalidad), pero puede también limitarse a la causación de consecuencias con tal de que el proceso resulte conducible empleando la finalidad (imprudencia). puede también manifestarse en la inactividad frente a una determinada expectativa de acción a condición también de que concurra la posibilidad de conducción (omisión)" 22

(17) La Ley y el Delito ob cit. pág. 210-216

(18) Lineamientos elementales de Derecho Penal ob cit. pág. 149

(19) Derecho Penal Alemán ob cit. pág. 51

(20) Cuello Calón. Derecho Penal Pág. 302 Barcelona 1980

(21) Apuntamientos de la Parte General ob cit. pág. 295

(22) Hans Heinrich Jescheck. Tratado del Derecho Penal Parte General. Barcelona. 1978, pág. 295

El primer elemento que se desprende de la definición del delito es el "acto" al cual se considera el soporte natural del delito, ya que este supone la existencia de un ser dotado de voluntad que la ejecuta como lo refiere el propio Jiménez de Azúa, sin embargo, hay que hacer la aclaración que la acepción acto, se entiende de una manera amplia comprendiendo el aspecto positivo (acción) y negativo (omisión), de tal forma que pudiera definirse al acto como la manifestación de la voluntad que mediante un hacer produce un cambio en el mundo exterior, o que por un no hacer que se espera, deja sin mudanza este mundo externo cuya modificación se aguarda.

Como se ha referido, el acto abarca tanto el hacer como el omitir, esto es, el aspecto positivo como lo es la acción y el aspecto negativo que lo constituye la omisión, así estas dos manifestaciones de la voluntad que producen un cambio o peligro en el mundo exterior dan origen a lo que se denomina resultado.

Respecto de la Omisión, ésta puede ser material o espiritual, según deje de ejercitarse el movimiento corporal esperado o según se ejecute, pero sin tener las debidas precauciones jurídicamente exigidas. La omisión material da lugar a los delitos de simple omisión y a los delitos de omisión por omisión y la espiritual a los llamados en el Código Penal "culposos", o sea los de realización por imprudencia o no intencionales.

Siendo la omisión una manifestación de la voluntad que se exterioriza en una conducta pasiva en un no hacer, como lo dice Cuello Calón la omisión es la inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado. Asimismo refiere el autor que los elementos de la omisión son los siguientes:

- a).- Un acto de voluntad.
- b).- Conducta inactiva.
- c).- Deber jurídico de obrar.

ACCION

Por su parte acción como el primer elemento positivo del delito es el acto humano o conducta humana voluntaria que produce un resultado.

Decimos que es un acto humano, tomando en cuenta la concepción moderna del derecho penal, por que a través de la historia, sabemos que en la edad media se castigó penalmente a los animales, y aún a las cosas. De igual manera se tuvo el tradicional debate, donde se consideraba posible la responsabilidad penal de las personas morales aunque ésta posibilidad es rechazada en la actualidad por un gran número de teóricos del derecho penal, fundando su rechazo principalmente en elementos psicológicos que intervienen en la integración del delito.

La acción constituida por dos elementos, uno objetivo, que es un comportamiento corporal y el otro subjetivo, que genera el primero, o sea un dominio sobre el cuerpo, constituido por una libertad de innervación muscular voluntaria consistente en un hacer en ó un no hacer. 23

De acuerdo con la teoría de la acción finalista debe considerarse a la conducta humana como el ejercicio de la actividad finalista, y por lo tanto la conducta resulta ser un acontecimiento finalista y no solamente causal, pues la finalidad o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, de igual manera ha de proponerse objetivos y dirigir su conducta según el plan concebido, tendiente a la obtención de esos objetivos, ya que la base de su conocimiento causal previo, le pone en condiciones de dirigir diversos actos de su conducta de tal forma que es capaz de dirigir el suceder causal exterior hacia el objetivo, el cual había sobre determinado de modo finalista; por ende debe entenderse que la finalidad es una conducta dirigida conscientemente desde el objetivo, mientras que en la causalidad (teoría causalista de la acción), no ésta dirigida la conducta desde el objetivo, sino que ésta es resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes de tal suerte que puede interpretarse que la finalidad "es vidente", mientras ha de afirmarse que la causalidad es ciega, pues la voluntad finalista, es la voluntad de concreción que abarca no sólo el objetivo al cual se dirigió la conducta, sino también las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo y que en consecuencia quiere realizarlas, por ello la acción finalista se refiere únicamente a los resultados propuestos por voluntad, mientras que en otros resultados no propuestos por la voluntad de concreción será este sólo causal, además ha de señalarse que no hay conducta finalistas en sí mismas sino que éstas se encuentran en inseparable relación con las consecuencias propuestas por la voluntad de concreción y ha de ser ésta última relevante para el derecho penal.

FALTA DE ACCION

Citado lo anterior, puede decirse que generalmente toda conducta que no sea voluntaria, esto es espontánea y motivada supone la ausencia de un acto humano". 24 Por ello cuando existe una actividad que no es consciente y motivada por el hombre nos encontramos frente a la falta de acción, no porque al autor de esa conducta sea inimputable, sino porque ha realizado la misma involuntariamente aunque tal vez causal de un resultado típico; pueden considerarse causas eliminatorias de la conducta, la vis mayor o fuerza mayor y los movimientos reflejos, en ésta opinión Castellanos Tena refiere " es unánime el pensamiento, en el sentido de que considera como factores eliminatorios de la conducta la vis mayor, (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos.

(23) Castellanos Tena Ferrando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. Mexico 1992, Pág. 214.

(24) Ibi Dem Pág. 178.

Entre nosotros estas causas adquieren carácter suprallegal, por no estar expresamente destacadas en la Ley, pero pueden operar y su presencia demuestra la falta del elemento volitivo indispensable, para la aparición de la conducta que, como hemos dicho, es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la *vis absoluta* y la *vis maior* difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios, empero si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos no funcionarían ya como factores negativos del delito. 25

Así de lo anterior se puede inferir para considerar que el criterio más adecuado, es aquél que refiere que la ausencia de conducta puede presentarse por fuerza física exterior irresistible, por fuerza mayor y por movimientos reflejos.

TIPICIDAD

Como se ha indicado para que una conducta tenga el carácter de delito es necesario además que sea: típica, antijurídica y culpable. Siendo menester entonces, el efectuar una somera referencia, al tipo y la tipicidad.

Resultando entonces necesario resaltar las indicaciones respecto de la diferencia entre tipo y tipicidad, el tipo es la descripción legal de la conducta delictiva y la tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo. Algunos autores sostiene con base en lo dispuesto con anterioridad, que al ser el tipo la descripción, legal de la conducta y del resultado, acción y resultado quedan comprendidas en el tipo y algunos otros, consideran al tipo como una mera descripción, entre ellos Véling, quien pretendió dar unidad al derecho penal mediante la creación de la doctrina del delito tipo que no es mas que la mera estructura técnica del principio de la Revolución Francesa de "exacta aplicación de la Ley"; el tipo conserva su función descriptiva, pero Véling le amplía una función técnica para la solución de la problemática del delito. El artículo 59 del Código Penal Alemán consagra que ninguna conducta puede ser considerada delictiva si no ésta subordinada aun "TAT VEZ TAND" partiendo desde esa punto Véling para estructurar su doctrina del tipo. Su "TAT VEZ TAND" se vuelve una imagen rectora del ilicitud alrededor del cual se crean las figuras delictivas.

Esta teoría creada por Véling fue mal interpretada por muchos, convirtiéndose en el eje de la construcción moderna del derecho penal; La idea del tipo, en la primera etapa de la obra del autor Alemán en cita, asume el papel meramente descriptivo de una conducta desprovista de valoración. Por su parte Mayer sostuvo años después que la consagración típica de una conducta es inicio de antijuridicidad. 26 Jiménez de Azúa afirma que la tipicidad ha pasado por tres fases:

(25) Ibi Dem Pág. 163.

(26) Véling, Ernest Von, Esquema de Derecho Penal. Traducción S. Soler, Edit. Depalma, Pág. 134, Buenos Aires 1994.

1) Independencia junto a la antijuridicidad predicada por Véling. 2) Inicio de antijuridicidad que sostuviera Mayer al decir que considera a la tipicidad como indiciaria de la antijuridicidad y 3) La razón de ser de la antijuridicidad sostenida por Mesger al decir que considera al tipo como la descripción de una conducta antijurídica 27

Por otra parte CASTELLANOS TENA considera que la tipicidad no es la razón de ser de la antijuridicidad, pero si un indicio importante de ella, por lo cual ha de atribuirsele un carácter delimitador y de trascendental importancia en el derecho liberal por no haber delito sin tipo legal

Jiménez de Azúa dice que tipicidad es "función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuridicidad, por concretarla en el ámbito penal, y tiene, además, funcionamiento indiciario de su existencia 28

Fernando Castellano Tena define a la tipicidad como "el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la Ley; la conciencia del comportamiento con el descrito por el Legislador es en suma, la acañación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa" 29

HANS WELZEL refiere que tipo es " la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual.". 30 De está forma esclarece la diferencia entre ambos figuras jurídicas, ya que como se ha dicho tipo es una mera descripción legal de una conducta en concreto, mientras tipicidad es la adecuación de una conducta en concreto a la descripción legal (tipo).

ATIPICIDAD

Al decir Pavón Vasconcelos existe atipicidad, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto, por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es pues, ausencia de adecuación típica 31

(27) La Ley y el Delito. Ob cit., pág 194

(28) ob.cit. pág. 252

(29) ob.cit., Pág 168.

(30) Ob cit., pág. 76.

(31) Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. 2ª Ed., Edit. Porrúa, México 1976. Pág 214.

Afirma Jiménez de Azúa que existe ausencia de tipicidad cuando en un hecho concreto no se dan todos los elementos del tipo descrito en la ley (atipicidad) o bien cuando la Ley Penal no ha descrito la conducta que en la realizada se ha presentado en la característica de antijurídica (ausencia de tipicidad en sentido estricto). 32

Por su parte Castellanos Tena refiere que cuando no se integran todos los elementos del tipo legal se presenta el aspecto negativo del delito llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo, si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuoso 33

Por lo anterior debe comprenderse que en toda atipicidad hay falta de tipo, esto es que si un hecho específico realizado por el hombre no encuadra exactamente en el descrito por la Ley no existirá tipo. Como lo ha dicho Jiménez de Azúa la atipicidad específicamente considerada puede provenir por la falta de la exigida referencia a las condiciones del sujeto activo, del pasivo, del objeto, del tiempo o lugar y del medio especialmente previsto así como de la ausencia en la conducta, de los elementos subjetivos de lo injusto y hasta de los elementos normativos que de manera taxativa ha incluido la ley en la descripción típica. 34

Pasamos ahora a señalar cuales son las causas de atipicidad que actualmente se contemplan:

- 1.- Ausencia de la calidad exigida por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- 2.- Falta del objeto material o del objeto jurídico;
- 3.- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.
- 4.- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley.
- 5.- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.
- 6.- Por no darse en su caso la antijudicidad especial. 35

(32) La Ley y el Delito Ob cit., Pág. 194

(33) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ob cit., Pág. 179.

(34) La Ley y el Delito Ob cit., Pág. 140

(35) Ibidem Pág. 195

Consecuentemente cuando alguno de los casos que se han señalado anteriormente se presenta en un asunto en concreto habrá atipicidad, pues el legislador, al describir el comportamiento, se refiere a cierta calidad en el sujeto activo, en el pasivo, o en ambos, sin la Institución o el interés por proteger, no habrá objeto jurídico u objeto material, y por ello al no satisfacerse en el caso en concreto dichos requisitos evidentemente nos encontraremos ante una causa de atipicidad.

ANTI JURIDICIDAD

Es ésta otro elemento esencial del delito, pues para que una conducta típica sea penalmente relevante, ha de ser menester que la misma sea antijurídica, esto es contraria a la Ley;

Son varias las teorías y los conceptos que han surgido acerca de la antijuridicidad, sea ya como un concepto unitario pudiendo hacer así referencia a ella desde un punto de vista formal, y desde otro material. Así el acto será formalmente antijurídico cuando únicamente implique la transgresión a una norma establecida por el estado y será materialmente antijurídico cuando significa contradicción a los intereses colectivos.

Comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho. Como la antijuridicidad es un concepto negativo lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva, de ésta manera Ignacio Villalobos incluso se abstiene de equiparar los términos "antijuridicidad" e "ilicitud", afirmando que no se trata de fenómenos perfectos y que el sentido que el segundo tiene ya de relación con la norma prohibitiva o de determinación, avoca a la confusión y a todos los errores en que han caído, los partidarios de un carácter subjetivo de la antijuridicidad. « Uno de los principales exponentes de ésta corriente es Aldo Moro, quien afirma que no hay en verdad ilicitud si el derecho no es contrastado en su ausencia propia del mandato de voluntad imperativa, que comunica con otra voluntad y la vincula, motivándola: la condición preliminar se manifiesta luego en un comportamiento voluntario que tiene significado de valor. »³⁷

Por su parte Welzel hace una distinción entre antijuridicidad, injusto e ilícito, señalando que la primera es "desacuerdo de la acción con las exigencias del derecho", un juicio de valoración objetivo; en tanto lo injusto es "un sustantivo que comprende la acción, objeto del juicio y su predicado de valor, hace también el autor un estudio del concepto del injusto advirtiendo que hay en algunos casos elementos subjetivos del injusto, que aumentado a la situación especial de la tentativa en que el propósito del agente se ha tenido como elemento indiscutible de la antijuridicidad, concluyendo mediante una generalización indiscutible, no porque en algunos delitos el carácter de injustificación concluya con elementos objetivos, sino que en todos los delitos dolosos, el dolo es un elemento especial para el injusto »

(36) Villalobos Ignacio, Derecho penal Mexicano, Parte General, 5ª Ed., Eda. Porrúa, México 1993, Pág. 314.

(37) Citado por Villalobos, Ídem Pág. 321

(38) Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General 11ª Ed., Santiago de Chile 1970, Pág. 216.

Con frecuencia los autores emplean el término "causas de justificación", pero también se utilizan términos como en Italia "causas que excluyen la responsabilidad" de Manzini, "causas imperativas de que surja el delito" (Rocco), "requisitos negativos del delito" (Grispigni), "circunstancias negativas del delito" (Bannini), "elementos esenciales negativos" (Gallo), en Argentina Eusebio Gómez se opuso a la denominación de causas justificantes, porque si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho ilícito. 39

Por otra parte en nuestro País se ha tratado de eludir la correcta denominación de causas justificantes, así Raúl Carrancá las nombra "causas que excluyen la incriminación"; Jiménez Huerta "circunstancias imperativas del nacimiento de la antijuridicidad"; Jiménez de Azúa "Son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal, esto es aquellos actos u omisiones que revisten aspectos del delito (figura delictiva), pero en los que falta, sin embargo el carácter de ser antijurídicos de contrarios a derecho, que es el elemento más importante en el crimen 40

Por su parte, Jiménez Huerta estima que la esencia de lo antijurídico radica en el binomio lesión de un bien jurídicamente protegido y ofensa a las aspiraciones valorativas de la comunidad, y no puede juzgarse antijurídica la acción que no reúne ambos caracteres. 41.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Todas aquellas circunstancias que impiden el nacimiento de la antijuridicidad constituyen el aspecto negativo de ésta, conocidas como causas justificantes ejemplos de ello son: el consentimiento del titular del derecho protegido y el hecho de que la acción le siga de un bien jurídico se considera al ser juzgado y valorado en las circunstancias en que se realizó, como no ofensiva para los ideales de la comunidad, pues si bien lesiona bienes jurídicos ajenos, salvaguarda bienes e intereses preferentes, desde el punto de vista social. En el primer caso falta totalmente el binomio lesión-ofensa, en el otro no hay ofensa, por existir un interés social preponderante, por lo que analizando cada una de las hipótesis señaladas podemos decir que respecto a la inexistencia de lesión por consentimiento del titular del bien jurídico tutelado debe de precisarse, si el que consiente la lesión, posee o no la facultad de disponer del bien jurídico; respecto de la inexistencia de ofensa, se pueden agrupar diversas situaciones imperativas de la antijuridicidad, siendo el denominador común de estas la imposibilidad de proteger dos bienes jurídicos en conflicto, el estado emite un juicio de valor, proclamando la superioridad del interés que en cada situación alcanza mayor jerarquía aceptando con ello la lesión del bien de menor rango.

(39) Gómez Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Compañía Argentina de editores Buenos Aires 1939, Tomo I, Pág. 79.

(40) La Ley y el Delito, ob cit., Pág. 183.

(41) Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ob cit, Pág. 159.

A saber las causas justificantes que prevé nuestro ordenamiento Jurídico Penal son:

- 1.- Legítima defensa.
- 2.- Estado de necesidad.
- 3.- Cumplimiento de un deber.
- 4.- Ejercicio de un derecho.
- 5.- Obediencia jerárquica
- 6.- Impedimento legítimo.

Por lo que respecta a la esencia propia de lo antijurídico, se discute aún si es suficiente la formal contradicción con la norma, perfilándose, así las concepciones formal y material de la antijuridicidad, por último resulta inconcuso que las causas justificantes constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad, siendo éstas los factores que permiten considerar que una conducta determinada que se ha realizado se considere ajustada a derecho.

IMPUTABILIDAD

Max Ernesto Mayer dice que " la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme a ese conocimiento ".⁴²

Pavón Vasconcelos señala " inferimos que la noción de imputabilidad requiere no sólo el querer del sujeto sino además de su capacidad de entendimiento, pues únicamente quien por su desarrollo y salud mental es capaz de representar el hecho, conocer su significación y mover su voluntad al fin correcto de violación de la norma, puede ser reprochado en el juicio integrante de la culpabilidad ".⁴³

La imputabilidad es el conjunto de condiciones mínimas de desarrollo mental, en el autor, en el momento del acto típico penal que lo capacitan para responder del mismo "considerando el autor a la culpabilidad como" el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto ".⁴⁴

(42) Max Ernesto Mayer, Citado por Castellanos Tena, Ob cit Pág 9.

(43) Manual de Derecho Penal Mexicano, Ob cit Pág 195.

(44) Ibidem.

Porte Petit refiere "que la culpabilidad ocupa un lugar preferente en la estructura del delito en general, siendo parte fundamental del mismo nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto".

Cuello Calón refiere que la imputabilidad es el elemento más importante de la culpabilidad, es supuesto previo, sin aquélla no se concibe ésta. Se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y tiene por fundamento la concurrencia de ciertas condiciones psíquicas, biológicas y morales (salud mental y madurez) exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos. Es responsable dice el autor "el individuo imputable que por haberse comprobado su culpabilidad debe responder del hecho realizado, así la responsabilidad es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas". 45

De ésta manera entendemos que la imputabilidad es el soporte básico de la culpabilidad, que sin aquélla no puede existir ésta, y sin culpabilidad por ende no puede configurarse el delito, luego entonces la imputabilidad juega un factor indispensable en la constitución del delito, ya que incluso puede darse el caso de que exista imputabilidad de un sujeto pero no culpabilidad del mismo, pero no puede hablarse de que puede existir culpabilidad sin que previamente haya existido la imputabilidad, esto es que el sujeto sea imputable, pues como se ha dicho ésta es un presupuesto de la culpabilidad.

CULPABILIDAD.

Como se ha referido una conducta es delictuosa cuando ésta es típica, antijurídica y culpable así corresponde hacer ahora referencia a la culpabilidad, nombrándose a continuación diversas concepciones, sostenidas por algunos autores.

Cuello Calón refiere que una conducta es culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ellas y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

Jiménez de Azúa, refiere "al llegar a la culpabilidad, es donde el interprete a de extremar las figuras de sus armas para que quede lo más ceñido posible en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró", señalando el autor que en el más amplio de los sentidos puede definirse a la culpabilidad, como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad de la conducta antijurídica. 46

(45) Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal Parte General, 4ª Edn., Editorial Bosch, Barcelona 1967, Tomo I, Pág. 234.

(46) La Ley y el Delito ob cit., Pág. 180

Por su parte Porte Petit refiere que la culpabilidad es el nexó intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos o no intencionales, de los cuales por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; se caracteriza por la producción, de un suceso no deseado por el agente ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente, pero accedido por la omisión de las cautelas o precauciones exigidas por el estado, considerando por ello el autor a la culpabilidad como el nexó intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Villalobos se refiere a la culpabilidad, diciendo que ésta "genéricamente, consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o de desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa". 47

Respecto a la estructuración del concepto de culpabilidad surgen dos principales doctrinas:

- 1.- La psicologista o psicológica.
- 2.- La normativista.

Para la primera la culpabilidad consiste en el nexó psíquico entre el agente y el acto exterior.

Asimismo refieren que el estudio de la culpabilidad que refiere el análisis del psiquismo del agente a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso. "Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica consiste en un nexó psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos, uno de carácter volitivo y otro intelectual. El primero indica la suma de dos quererres; de la conducta y el resultado, y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". 48

Por su parte Luis Fernández Doblado refiere, que para la doctrina, psicológica, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor, y el hecho punible, y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado con relación al resultado objetivamente delictuoso.

Ahora bien Para la teoría normativa, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, señalando que una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo, consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche en la exigibilidad o interactividad, dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

(47) Derecho Penal Mexicano, Parte General, Ob cit., Pág 199.

(48) La Ley y el Delito Ob cit., Pág 134

La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en el caso concreto puedan comportarse conforme a lo mandado. Por ende la culpabilidad no nace en ausencia del poder comportarse de acuerdo a la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico, del juicio de reprochabilidad. Ese juicio surge de dos términos: Por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa a culposa, cuyo autor pudo haber evitado; y, la otra, un elemento normativo que le exige un comportamiento conforme a derecho, es decir el deber ser jurídico. Es esta una nueva concepción para la cual la culpabilidad, no es solamente una simple liga psicológica que existe entre el autor y el hecho no se debe ver sólo, en la psiquis del autor; es algo más, es la valoración en el juicio de reproche de ese contenido psicológico. La culpabilidad, es pues considerada como reprochabilidad en la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la Luz del deber".

La culpabilidad reviste dos formas, el dolo (de mayor gravedad) y, la culpa (de menor gravedad), en el primero el agente dirige su voluntad consciente a la ejecución del hecho tipificado en la Ley como delito, conociendo la significación de su conducta y aún así procede a realizarlo, y en la segunda (culpa) el agente causa igual resultado por su negligencia o imprudencia, a la vez debe hablarse de culpa consciente o con previsión, en donde el agente ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurra el resultado, y en la inconsciente con su imprevisión el agente no prevé un resultado, siendo previsible, descuidando a la vez los intereses de los demás.

Castellanos Tena refiere "creemos que no es posible hablar de una tercera especie de culpabilidad participante a la vez de las esencias del dolo y de la culpa, ambas formas se excluyen. Para la existencia del primero precisa que la voluntad consciente se dirija al evento o hecho típico, ya sea directa, indirecta, indeterminada, o eventualmente, mientras que en la segunda se confirma cuando se obra, sin esa voluntad de producir el resultado, pero éste se realiza por la voluntad imprudente, impericia, o negligente del autor. En estas condiciones, es difícil admitir subjetivamente la mezcla de ambas especies. Lo cierto es que el delito, o se comete mediante dolo, o por culpa; pero tratándose del primero, puede haber un resultado más allá del presupuesto o el sujeto y en la segunda mayor de lo que podría racionalmente preverse o evitarse.

INCUPLABILIDAD

La culpabilidad, como elemento esencial del delito, tiene su aspecto negativo, que es "La Inculpabilidad", mediante la cual resulta imposible la integración del delito mismo, pues los elementos básicos que la integran son el conocimiento y la voluntad, por lo que en toda causa eliminatória de ambos o de alguno de ellos deberá de ser considerado como causa de inculpabilidad, pues debe el autor realizar una conducta dirigiendo su voluntad consciente conociendo las significaciones de su proceder; o por medio de su negligencia u imprudencia, ejecute un acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado; o cuando en las mismas condiciones inconsciente y sin previsión el agente ejecute un acto no previendo un resultado que era previsible, por ende si estas circunstancias no acontecen en el caso en concreto, debe hablarse de la inculpabilidad, por no revestir los actos ejecutados por el autor, ninguno de los requisitos integradores tanto del dolo como de la culpa, sea con o sin representación.

De ésta manera debe entenderse que la inculpabilidad, como aspecto negativo de la culpabilidad significa la falta de reprochabilidad por faltar el conocimiento y voluntad del hecho, teniendo así una relación estrecha con la imputabilidad, pues tampoco puede ser culpable de un delito quien no es imputable, siendo las causas de inculpabilidad las circunstancias que anulan la voluntad o el conocimiento, y que a saber son:

- a) Error esencial invencible del hecho.
- b) Eximentes putativas
- c) Temor fundado
- d) Caso fortuito
- e) No exigibilidad de otra conducta.

PUNIBILIDAD

Punibilidad es la amenaza de una pena contemplada por la Ley a aplicarse cuando se conculque la norma. La punición consiste en determinar la pena exacta a un sujeto que ha resultado responsable de un hecho considerado como delito.

La pena es entonces la restricción o privación de los derechos que se impone al autor de un delito, y la misma implica un castigo para el delincuente, al igual que una protección para la Sociedad.

Algunos autores sostienen diversas posturas sobre la punibilidad, refiriendo algunos que es la punibilidad un elemento del delito, mientras que para otros ésta es sólo la consecuencia del delito, sin embargo no debe olvidarse la enuncia legal que el artículo séptimo del Código Penal para el Distrito Federal hace de lo que es delito, refiriendo "Delito es la acción u omisión que sancionan las Leyes penales, incluyéndose en tal redacción a la punibilidad como elemento del delito, sin embargo debe señalarse que existen delitos que carecen de pena, existiendo a la vez tres variantes que modifican la penalidad, como lo son: el arbitrio judicial, las circunstancias atenuantes o agravantes, y las mismas obedecen a las circunstancias o factores que la Ley tome en consideración para llevar acabo la aplicación de la pena, tratando con ello que la misma se ajuste al caso en concreto

EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Estas constituyen el fundamento considerado por el Legislador para que un delito, a pesar de haberse integrado, el mismo carezca de punibilidad, existiendo casos específicos en los que al ocurrir una conducta típica, antijurídica, imputable y a la vez culpable, ocurre también que expresamente la Ley no pune dicha conducta, puede considerarse entra las causas absolutorias:

- 1.- El estado de necesidad.
- 2.- Temibilidad mínima

CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Jiménez de Azúa, refiere que las condiciones objetivas de punibilidad son ciertas circunstancias exigidas por la Ley Penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo de delito, que no condicionan a la antijuridicidad y que no tiene carácter de culpabilidad. 49

Al respecto Véling refiere que las condiciones objetivas de punibilidad son: "ciertas circunstancias exigidas por la Ley Penal, para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito y no condicionan la antijuridicidad y tampoco tienen el carácter de culpabilidad". 50

Battaglini, señala que la punibilidad es el elemento del delito; es por ello que con la condición de punibilidad se cuenta con elemento de la estructura del mismo, porque cuando no hay punibilidad no existe delito.

Colín Sánchez refiere que hay identidad sobre las llamadas "cuestiones prejudiciales" y las condiciones objetivas de punibilidad, así como los requisitos de procedibilidad, indicando el autor que quienes hablan de condiciones objetivas de punibilidad, lo hacen desde el punto de vista general del derecho penal y los que aluden a condiciones prejudiciales enfocan el problema desde un ángulo procesal.

Por su parte Castellanos Tena, define las condiciones objetivas de penalidad "como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación y cita como ejemplo la previa declaración judicial de quiebra, para estar en condiciones de proceder por el delito de quiebra fraudulenta", señalando también, que dichas condiciones objetivas de punibilidad no son elementos esenciales del delito, que si la contienen la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él constituirán meros requisitos ocasionales y por ende, accesorios, fortuitos, ya que es eficiente la existencia de un delito sin tales condiciones, para demostrar que ellas no adquieren el rango de elementos esenciales.

Las condiciones objetivas de punibilidad están constituidas por requisitos que eventualmente la Ley señala para poder perseguirse un delito, sin embargo como se ha visto algunos autores las consideran como requisitos de procedibilidad, mientras que para otros son circunstancias o hechos adicionales exigibles y algunos otros las consideran como un autentico elemento del delito.

(49) La Ley y el Delito, Ob. cit., Pág. 417.

(50) Véling, Citado por López Betancurt Eduardo, Teoría del Delito, Edit., Porrúa, México 1994, Pág. 237.

CAPITULO II

2. 1. CODIGO DE 1857 y 1871.

Este último Código fue inspiración del Código Español del año de 1870, en donde la comisión redactora continúa aún con la Doctrina de Otorlan, en la parte general y con Chauveau y Hell para la parte especial, siendo este Código de la época del clasicismo penal y correccionalismo, decretado por el congreso y promulgado por Juárez, consigno la justicia absoluta y la utilidad social, habiendo tenido dos grandes puntos de avances que lo fueron el delito intentado y la Libertad Preparatoria.

El Código de 1871 se reglamento en su artículo 34 párrafo 8º, inspirándose en los criterios seguidos por la escuela clásica que fundamentaba a la legítima defensa en la imposibilidad momentánea en que el estado se encontraba de evitar la agresión injusta y proteger injustamente al atacado. El texto de esta causa de justificación fue uno de los más explorados en nuestra jurisprudencia sufriendo solamente ligeras modificaciones a su redacción tanto en el código anterior como en el vigente.

Dicha modificación consistió en sustituir la palabra "inminente" por "de la cual resulte un peligro inminente", considerando que inminente significa próximo, inmediato y como el calificativo parecía contradecir el otro requisito que lo es actual, consideraron más propio referir a la inminencia no en la agresión, la cual debía de ser actual, presente, sino al peligro de que de ella resultará.

Los legisladores en el citado Código conceptualizaron a la legítima defensa como "El obrar de un sujeto en defensa de su persona, su honor o de sus bienes, o de la persona, honor, o bienes de otro repeliendo una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho"; condicionando la repulsa de dicha agresión en los siguientes términos:

I. Que el agredido no provoque la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella;

II.- Que no previó agresión y no pueda fácilmente evitarla por otros medios;

III.- Que no haya necesidad racional del medio empleado en la defensa;

IV.- Que el daño que iba a causar el agresor, no sea fácilmente reparable después por medios legales, o fueran notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

Imponiendo para la apreciación de las circunstancias a las que se refieren los artículos 3º y 4º. lo previsto en la fracción IV del mismo artículo al referir, que para calificar si el exceso en la defensa es grave o leve, se tomará en consideración no sólo el hecho material, si no también

el grado de agitación y sobre salto del agredido así como la hora, sitio y lugar de la agresión; la edad, sexo, constitución física y demás circunstancias del agresor y del agredido; el número de los que atacaron y de los que se defendieron; las armas empleadas en el ataque y la defensa. 1

2.2. CÓDIGO DE 1929.

En este Código se trató de crear un código de bases positivas lo cual no fue logrado y esto no modificó el sistema establecido por el código de 1871, ya que grandes dificultades surgieron para efectos de aplicarlo en lo conducente a la reparación del daño y la individualización de la pena pecuniaria lo cual produjo como consecuencia los intentos de realizar una nueva reforma a éste, sin embargo se le considera mérito por la proyección integral de la Reforma Penal Mexicana en donde se dio cabida a las nuevas corrientes del derecho penal Mexicano.

El legislador de 1929 adoptó la misma técnica formal en lo que se refería a las excluyentes, oponiéndose a dicho criterio Almaraz, quien sostenía que era incorrecto el uso del vocablo "circunstancias", ya que éstas se referían a accidentes de tiempo lugar y persona, etc. y se unía a la esencia de un ser, cosa o acto, pero que en tratándose de materia jurídica esos accidentes alcanzaban extraordinaria importancia que lo hacía dejar de ser un mero accidente y se transformaba en algo esencial, pero por lo que respecta al citado Código este contenía la idéntica conceptualización sobre la legítima defensa que el Código de 1871. 2

2.3. CODIGO DE 1931.

Este Código cambió la clasificación de estas causas, tomando el criterio determinado por la doctrina que las dividía en causas de "inimputabilidad" y causas de "justificación", refiriendo que las primeras existían cuando había ausencia de las condiciones fundamentales de inimputabilidad y las segundas se caracterizaban por la ausencia de la ilegalidad del hecho ejecutado, existiendo en aquél entonces una clasificación más que las dividía a la vez en excusas absolutorias, y las cuales se refería podrían resumirse en que las causas de justificación no existe delito; en las inimputabilidad no hay delinquentes y en las excusas absolutorias no hay pena, aunque quedará subsistente el acto delictivo el cual no se castigaba, por cuestiones de Política Social

(1) Leyes Penales Mexicanas, Instituto Nacional de Ciencias Penales México 1975, pag. 374, 375 y 394.

(2) Idem.

En dicho Código se definió a la Legítima defensa como "el obrar del acusado en defensa de su persona, de su honor, o de sus bienes, o de la persona, o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta sin derecho de la cual resulta un peligro inminente, a no ser de que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella

b) Que previo la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.

c) Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa

d) Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparados con el que causó la defensa.

Presumiéndose entonces que concurrían los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquél que durante la noche rechazare en el momento mismo de estarse verificándose el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño al agresor.

Presumiéndose de igual manera la legítima defensa a aquél que causare cualquier daño a un extraño a quien encontrase dentro de su hogar, en la casa donde se encuentre su familia, aunque no fuese su hogar habitual; en un lugar ajeno en el que se tuviera la obligación moral de defender, en el local donde tuviese sus bienes o bienes ajenos que tuviese la obligación moral de defender, siempre que esto sucediera de noche y el intruso ejerciera violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se encontrarán

CAPÍTULO III

3.1.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Las causas de justificación son todas aquellas condiciones que tienen la capacidad de extinguir la antijuridicidad de una conducta típica; por ende constituyen uno de los aspectos negativos del delito, ya que en presencia de cualquiera de estas, faltaría uno de los elementos esenciales del delito que como se ha dicho ha de ser la antijuridicidad. Por lo que así aún cuando la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a derecho, pues la misma aún cuando fuera típica, no sería antijurídica. También son llamadas a las causas de justificación "Justificantes", causas de licitud, causas eliminatorias de la antijuridicidad, etc.

Generalmente se agrupa a las causas de justificación al lado de otras causas que extinguen la responsabilidad o que impiden su configuración, a ésta suele nombrarse causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincriminación, etc., por su parte nuestra legislación utiliza la acepción causas de exclusión del delito; entre estas pueden encontrarse: A la atipicidad la inimputabilidad, ausencia de conducta, causas de justificación y causas de inculpabilidad.

Sin embargo las justificantes no deben ser confundidas con otros eximentes, pues existen entre ellas distinciones precisas en función de diversos elementos integradores del delito que a la concurrencia de alguna de estas se anula. Las causas de justificación son objetivas, pues las mismas recaen sobre la acción realizada y se refieren al hecho y no al sujeto, atañiendo así a la realización externa, por ende, se refieren al hecho y son impersonales, en cambio las causas de inculpabilidad son de naturaleza subjetiva, pues miran al aspecto personal del autor.

Al decir de Raúl Carrancá Y Trujillo debe utilizarse la denominación causas que excluyen la incriminación, pues, considera el autor que indudablemente es más adecuado al utilizado por el Legislador; ya que además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancias por causas, pues circunstancia es aquello que ésta alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente, mientras que las "causas", cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia

Debe distinguirse como se ha dicho entre causas de inculpabilidad y de inimputabilidad, pues las primeras se refieren a la conducta plenamente capaz de un sujeto, mientras que las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente en forma y grado diverso, así el imputable, es considerado psicológicamente incapaz ya sea en forma permanente o transitoria, para la realización de acciones de cualquier índole. Por otra parte las causas de inculpabilidad anulan la incriminación del capaz; mientras que las de inimputabilidad extinguen la presunción de responsabilidad, pues se ha dicho que es en este caso no se puede tenerla, por ende como algunos autores lo consideran no es el imputable destinatario de las normas del deber, pues éste, se haya incapacitado para comprender su alcance.

La antijuridicidad debido a su doble carácter, esto es tanto material como formal, puede ser eliminada únicamente por expresa declaración del legislador, pues el Estado excluye la antijuridicidad que subsistiría en condiciones ordinarias ante la ausencia del interés a proteger, o cuando ante la incurrencia de dos intereses jurídicamente tutelados, no se pueden salvaguardar ambos, optando el derecho por la conserva del más valioso.

Nuestra legislación contempla como causas de justificación las siguientes:

(1) Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, pág. 14, 4ª Edición, México 1956

- 1.- Consentimiento de la víctima.
- 2.- La Legítima defensa.
- 3.- Ejercicio de un derecho
- 4.- Estado de necesidad
- 5.- Cumplimiento de un deber

CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA (Artículo 15 Fracción III del Código Penal).- ésta causa de justificación extingue la antijuridicidad y por ende el delito, pues debe entenderse que si el delito existe cuando una acción u omisión se realiza contra la voluntad, sin ella o con ésta pero viciada de un sujeto específico, en consecuencia si la acción u omisión (conducta) recae sobre un sujeto que de acuerdo con su propia voluntad y por ser titular del bien afectado otorga el consentimiento para ello, consecuentemente éste acepta dentro del ámbito de su libertad la conducta de aquél que la ejerce, produciendo con ello una ausencia de interés, que el Estado no tiene porque sancionar, ello siempre y cuando se satisfaga con los requisitos previstos en la propia Ley como en el caso lo es:

- a) Que el bien jurídico sea disponible
- b) Que el titular del bien tenga capacidad jurídica para disponer libremente del mismo
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito sin que medie algún vicio o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo 2

Una vez reunidos los anteriores requisitos previstos en la Ley, la conducta perderá la calidad de antijurídica y por ende no será delictuosa, pues al cumplirse con las restricciones que el orden jurídico impone a la libre disponibilidad de los bienes jurídicos del titular, se produce una anuencia conforme a derecho excluyendo en consecuencia la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo es necesario establecer que el consentimiento debe ser otorgado antes o durante la realización de la conducta, pues de ser éste subsecuente, no tendría efectos eliminatorios de la antijuridicidad. Pero la justificante en su estructura, acepta también el consentimiento presunto, el cual sería, cuando la víctima no tiene oportunidad de consentir, pero se supone que en el caso de poder manifestar su voluntad, consentiría la conducta, ejemplificando esto podría citarse el ejemplo de un allanamiento de morada efectuado con el propósito de evitar daños a la propiedad allanada.

LEGÍTIMA DEFENSA (Artículo 15 Fracción IV).- Es ésta una de las causas de justificación de mayor importancia, pues desde los tiempos remotos ha sido reconocida, incluso en el derecho canónico se habló de ella al establecer "vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt" que significa todas las Leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza; discutiéndose aún en el presente, sobre el verdadero fundamento de ésta causa de justificación.

Para algunos autores es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente, injusta mediante un acto que lesione bienes jurídicos, como lo expresa Cuello Calón .3

Para Von Litz, se legítima la defensa necesaria para repeler una agresión actual y contra el derecho, mediante una agresión contra el ataque .4

En nuestra legislación actual se reglamenta la justificante en cita en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, condicionándola a los siguientes requisitos:

- a) Que se repela una agresión real, actual o inminente.
- b) Que dicha agresión sea sin derecho y que la repulsa sea en protección de los bienes jurídicos propios o ajenos.
- c) Que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados
- d) que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Una vez que se hayan cumplido con dichos requisitos podrá quedar la conducta típica justificada, esto es, no será antijurídica y en consecuencia se anulará o se extinguirá el delito, y de no concurrir los requisitos legales previstos se tendrá como antijurídica la conducta desplegada por el sujeto; respecto de ésta justificante se abundará con posterioridad.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO (Artículo 15 fracción VI).- En nuestra legislación actual se contemplan estas, como justificantes que también extinguen la antijuridicidad, y al igual que en las hipótesis antes mencionadas aún cuando la conducta fuese típica la misma no sería antijurídica.

Sin embargo, nuestro orden jurídico al reglamentar las causas de justificación citadas, las condiciona a la concurrencia de ciertos requisitos que esencialmente deben concurrir en el caso en concreto, pues de no ser así, persistiría en la acción típica lo antijurídico de la misma, acarreado como consecuencia, la configuración de un injusto penal, y por el contrario en caso de que se reúnan los requisitos legalmente previstos se extinguirá el delito ante la ausencia de la antijuridicidad de la conducta típica, estos requisitos previstos en la Ley son los siguientes:

- a) Se requiere que exista necesidad del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho.
- b) el ejercicio de un derecho no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

(3) Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal I, Pág. 341, 8ª Edición, Barcelona, España 1947

(4) Fran Von Litz, Derecho Penal Tomo II, Pág. 332, 2ª Ed., Madrid España 1917

(5) Código Penal, ob cit, México 1996

ESTADO DE NECESIDAD (Artículo 15 fracción V del Código Penal).- Algunos autores conceptualizan a ésta justificante como "el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otro individuo; es el estado de necesidad una situación de peligro para un bien jurídico que sólo puede salvaguardarse mediante el sacrificio de otro bien jurídico.

La fundamentación del estado de necesidad algunos autores como Filiangieri, la basan en estimar que el problema se produce al considerar la acción humana motivada por la violencia moral, pues el sujeto al actuar frente a una situación de peligro se encuentra ante la necesidad de elegir bajo un estado de coacción provocado por la amenaza del mal por sobrevivir, debe decidir entonces entre sufrir ese mal o causar la lesión al bien jurídico ajeno y con ello salvaguardar el propio o el de personas extrañas.

La escuela positiva por su parte acoge un criterio subjetivo, argumentando que el estado de necesidad no revela temibilidad en su autor si se atiende el móvil, que no se manifiesta como antisocial, razón por la cual debe quedar impune, así se han dado diversas acepciones sobre ésta justificante concluyéndose en todas ellas que al presentarse la misma en el caso en concreto, se extingue la antijuridicidad en el hecho típico y con ello se extingue también el injusto de que se trate por falta de uno de sus elementos esenciales

Nuestra Legislación actual en la fracción V del artículo 15 del Código Penal reglamenta la justificante de "Estado de Necesidad", exigiendo requisitos que deben de concurrir para que pueda hablarse propiamente de la justificante en cita, como lo son:

- a) Que exista la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente.
- b) Que dicho estado no sea causado dolosamente por el agente.
- c) Respecto del bien lesionado resulta indiferente si es de menor o igual valor que el salvaguardado.
- d) Que el peligro no sea evitable por otros medios.
- e) Que el agente no tuviera el deber jurídico de afrontarlo.

Si en el caso en concreto se satisface con todos los requisitos antes señalados, resultará procedente la justificante, y por ende la acción aunque fuese típica, no sería antijurídica y con ello se extinguiría el injusto de que se trate.

Así las causas de justificación, también llamadas justificantes, causas de licitud, y como nuestra legislación actual la denomina "causas que excluyen el delito", son como se ha referido, aquellas circunstancias que cuando se acreditan o se presentan, en el caso en concreto, excluyen la antijuridicidad de una conducta típica. Por ello, representan, uno de los aspectos negativos del delito, puesto que en presencia de alguna de estas, la conducta desplegada por un sujeto, no sería a pesar de su apariencia, antijurídica, lo que traería como consecuencia, una atipicidad, ante la falta de uno de los elementos esenciales del delito que como se ha referido lo será la "antijuridicidad", por ende la conducta amparada por una de las causas de justificación, resultara conforme a derecho, al respecto, diversos autores han expuesto variadas definiciones, de lo que debemos entender por las que nuestra legislación actual denomina " causas que excluyen el delito"

3.2.- CONCEPTO ETIMOLOGICO, DOCTRINAL, Y JURIDICO DE LA LEGITIMA DEFENSA.

La legítima defensa, como otras muchas instituciones, se ha reglamentado desde los primeros tiempos en países que tuvieron una preocupación por la cosa jurídica.

En el código de manú se habló de la legítima defensa, declarando: "que el hombre que mataba a otro que tratada de asesinarlo, no era culpable", se consideraba asimismo el repeler la agresión en la forma indicada como un deber. Lo mismo se estableció en Egipto, en donde se constituyó además una obligación para todos los ciudadanos de defender a toda persona que fuere víctima de un atraco.

Los Griegos por su parte no sólo consideraban lícito repeler una lesión para defender la vida y la propiedad como lo estableció Solón, al determinar que al autor de un robo cometido durante la noche se le podía dar muerte, herirle y de ser posible, conducirlo ante los Magistrados, caso en el cual la defensa debía ser inmediata, en tal forma que el ofendido no tuviera tiempo ha reflexionar.

Por otra parte en el derecho Romano no sólo se quiso o trató de proteger la integridad personal, habiendo extendido la tutela penal a la protección de la propiedad, posesión y el honor. Habiendo dado una pequeña reseña histórica de la justificante pasemos a referir los conceptos de esta:

CONCEPTO ETIMOLOGICO DE LA LEGITIMA DEFENSA

Desde el punto de vista etimológico la Legítima Defensa, se deriva del latín "DEFENSA", que significa "Acción de defenderse. arma u otra cosa con que un hombre se defiende. Amparo, protección, razón o

motivo que se alega en juicio para desvirtuar la acción demandante" y de LEGITIMUS, que significa "legítimo, justo, permitido, conforme a las leyes, cierto, verdadero, y genuino". 7

De ésta manera etimológicamente hablando la justificante en cita se compone de el latín " LEGITIMUS y DEFENSA" que se ha reseñado, de igual manera bajo este concepto se han vertido diversas definiciones en latín de lo que debe entenderse por dicha figura jurídica algunos ejemplos podrían ser los siguientes:

1.- adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere	La razón natural permite defenderse contra un peligro
2.- Vim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt	Todas las Leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza
3.- Vim vi repelere licet in continenti, non ex intervallo	La violencia puede ser repelida (in continenti) con la violencia no despues de un intervalo.
4.- Is qui inmediate percussit percussorem autem videtur facere ad defensam	El que pega inmediatamente a su agresor se considera que obra en defensa propia.
5.- Eum, qui cum armis venit possumus armis repelere	Podemos rechazar con armas al que viene contra nosotros armado.

CONCEPTO DOCTRINAL

Infinidad de autores han egresado diversos conceptos sobre ésta figura o causa justificante, entre ellos nombraremos algunos de estos autores:

La legítima defensa según Augusto Kohler, es "La repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por tercera persona, contra el agresor cuando se traspasa la medida necesaria para la protección". 8

Francisco Pavón Vasconcelos la define como "la repulsa inmediata, necesaria , y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual pelagra un peligro inminente por los bienes tutelados por el derecho. 9

(7) Diccionario Enciclopédico Gran Sopena. VI. Ed. Roman Sopena S.A. Grolier International, Inc. Barcelona 1973. pág. 2640.

(8) Luis Jiménez de Azúa, ediciones al programa del curso de derecho criminal de Carrara; Madrid. Reus 1925, vol. 1, pág. 354)

(9) Pavón Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, pág. 315, 9ª Ed. Porrúa , México 1990

Por su parte Luis Barragán Matamoros refiere "Legítima defensa es todo acto que realiza el hombre contra un ataque humano, ilegítimo, inminente o inmediato, para defender su vida, la de sus parientes o extraños y los bienes y derechos de estas mismas personas, siempre que utilice medios racionales y proporcionados al medio que repele y no haya habido provocación suficiente por parte suya" ¹⁰

En el derecho Alemán, Sauer, conceptualiza a la Legítima Defensa como "La defensa conforme a derecho de un injusto peligroso y amenazador según la relación de fuerzas y valores de la situación" ¹¹

En Italia Silvio Ranieri la define como "legítima defensa es la reacción necesaria y proporcionada que se lleva a cabo para alejar de sí o de otro el peligro actual de una ofensa injusta" ¹²

Porte Petit refiere que Legítima Defensa es "El contraataque o repulsa necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, cuando haya sido provocada insuficientemente" ¹³

Como podrá observarse son abundantes los conceptos que sobre la Legítima defensa refiere la doctrina tanto nacional como extranjera, pero como se podrá observar siempre se ha visto en ella a la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el agresor, cuando no traspasa dicha repulsa la medida necesaria para la protección y salvaguarda del bien jurídico injustamente agredido.

CONCEPTO JURIDICO (LEGAL)

Desde el punto de vista Jurídico, la Legítima defensa ha sido conceptualizada en los diferentes Códigos por los legisladores, en un principio ésta Justificante se encontraba incluida en la parte especial junto con el Homicidio y las Lesiones, y con posterioridad como sucede en nuestra legislación actual, ésta es tratada a la parte general, en el artículo 15 fracción IV de nuestro Código Punitivo que a la letra dice:

Fracción IV.- 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 no medio por provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. ¹⁴

(10) Luis Barragán Matamoros, La legítima defensa actual, pág. 6, Bosh Primera Edición, Barcelona 1987

(11) Derecho Penal Parte General Bosh, pag 188, Ed. Cusa, Barcelona 1956

(12) Manual de derecho penal I, Ed. Temis, 4ª Ed. Pag 212, Bogotá 1975

(13) Apuntamiento de la Parte General de Derecho Penal, Ed. Porrúa, 3ª Ed., pag 501, México 1977.

(14) Código Penal para el Distrito Federal, México 1996

En algunos otros Códigos como lo son:

El Código Francés, que expresaba "No hay crimen ni delito cuando el Homicidio, las heridas y los golpes eran impuestos ante la necesidad de actuar en legítima defensa de sí o de otro. (artículo 328)¹⁵

El Código Belga, similar al Código Francés en artículo 416 señalaba "... salvo que se establezca que el agente no ha podido creer en un ataque contra las personas sea como objetivo directo del que emprende el escalamiento, o sea como consecuencia de la resistencia que encuentra los designios de aquél"¹⁶

Como se podrá apreciar en los Códigos antes citados se incluía a la Legítima Defensa dentro de la parte especial, ya que incluso se refería a casos en concreto como lo es las lesiones y el Homicidio cometidos en Legítima defensa, en donde como en aquél entonces se refería que éstos eran legítimos si se cometía bajo el amparo de ésta causa de justificación; posteriormente al estudio que de ésta estructura realizaron los estudiosos del Derecho, fue trasladada de la parte especial a la parte General, siendo que entre los Códigos que acogieron dicha corriente se encontraron entre otros el Código Alemán que establecía "No hay acción punible cuando la acción ha sido impuesta por la defensa necesaria". La defensa necesaria es aquella repulsa que se requiere para repeler, de sí mismo o de otro, un ataque actual e injusto, el exceso de la defensa necesaria no es punible si el autor ha traspasado los límites de la defensa, por perturbación, temor o terror.¹⁷

Por su parte el Código Austríaco señalaba en su artículo 2º "Los que en el acto de oponer una injusta y necesaria defensa matan a otro, no cometen delito alguno; pero es necesario que se pruebe, o que de las circunstancias de tiempo lugar o personas, resulte fundadamente, que la justa y necesaria defensa sea empleado sólo para preservar su vida, sus bienes, su libertad o las de otro".

Los Códigos como el de México fueron extremadamente casuistas, contraponiendo elementos positivos y negativos, como lo son: la agresión actual, violenta, sin derecho y de la que resulte un peligro inminente, sin que exista provocación suficiente o que se pudiera evitar por otro medio, que hubiera necesidad racional del medio empleado, que el daño que se causara se podía reparar o fuera de menor importancia en comparación con el que se causara con la defensa; de igual manera los Códigos de Colombia Brasil y Ecuador utilizaban este modelo con algunas modificaciones, pero siempre considerando los tres requisitos.

(15) Jiménez de Azúa Luis, tratados de Derecho Penal, tomo I, 4ª Ed. Ed. Lozada, Pág. 40. Buenos Aires Argentina, 1961

(16) Idem

(17) Ibi dem

(18) Idem

De ésta manera han existido diversas conceptualizaciones sobre la Legítima defensa, en un principio habiéndose incluido dentro de la parte especial, y posteriormente ante el estudio de los Doctos del Derecho, los Legisladores trasladaron a la parte General dicha justificante, ha de apreciarse que siempre se han tomado como requisitos en las diversas concepciones legales que exista una agresión actual violenta, sin derecho de la que resulta un peligro inminente, que no concorra con dicha agresión, provocación suficiente actual, así, actualmente nuestra legislación penal comprende a ésta justificante como se ha referido en la parte general en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, señalando que será procedente la misma cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que se repele una agresión real, actual o inminente,
- b) Que dicha agresión sea sin derecho y en protección de bienes jurídicos propios o ajenos.
- c) Que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados.
- d) Que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a que se defiende.

Siendo éste el concepto legal que nuestra legislación admite respecto de la Legítima defensa, no obstante ha de decirse que durante el transcurso de los tiempos el concepto de ésta justificante ha sufrido diversas modificaciones en su texto, algunas importantes, como es pertinente asentar, aquella modificación que versa sobre el hecho de que los legisladores en un principio al vertir el concepto de la Legítima defensa señalaban que la agresión "debe ser actual e inminente" lo que evidentemente era errado pues como lo refiere la doctrina actual no puede ser actual y a la vez inminente pues dichos términos significan dos cosas totalmente distintas, mientras éste es, próximo a suceder, aquél es que ésta sucediendo o en el momento mismo en que sucede.

3.3. ELEMENTOS Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Nuestra legislación Penal Mexicana considera que le Legítima defensa se integra con diversos elementos que en el caso en concreto deben concurrir, para que pueda ser operante la causa de justificación, y con ello, excluir la antijuridicidad, que a su vez es un elemento esencial del delito y que por ende sin éste se extinguiría también el injusto del que se trate ante la incomprobación de los elementos constitutivos del mismo, como se ha referido son diversos los elementos constitutivos de la Legítima defensa, que tanto la Ley como la Jurisprudencia, asientan, deben de reunirse, éstos, a saber son:

- a) Que se repela un ataque o agresión,
- b) Actual o inminente
- c) Ilegítima
- d) Defensa necesaria
- e) Sin provocación dolosa suficiente e inmediata
- f) Racionalidad de los medios empleados

Ahora bien señalado lo anterior, vertiremos algunos de los puntos de vista o definiciones que algunos autores vierten sobre los elementos considerados como integrantes de la Legítima Defensa.

Sobre el significado de la palabra "agresión", así Edmundo Mesger la define como "la conducta de un ser que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos" ¹⁹

Por su parte Fran Von Litz define a la agresión como : "todo hecho de poner en peligro, por medio de un acto positivo, una situación existente jurídicamente protegida". ²⁰

Por su parte Jiménez de Azúa la conceptualiza como : "el acto con que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente tutelado". ²¹

En estos términos entendemos que por agresión debe tenerse a toda aquella conducta de un ser que lesiona, pone en peligro o amenaza con causar un daño a bienes jurídicos tutelados por la norma y de los cuales son titulares un ser humano.

Por otra parte debe considerarse que existe también el requisito de que la agresión sea actual ó inminente, implicando esto que la misma sea presente ó que éste próxima a suceder; pues "actual" significa que este sucediendo, que es presente, mientras "inminente" significa que ésta próximo, cercano o inmediato a suceder; de ésta manera, como se ha referido aquella agresión consumada, no dará nacimiento a tal justificante, pues para que ésta nazca la agresión debe ser actual, que suceda en el presente, pues de ejercerse una repulsa contra una agresión que ha sido pasado, nunca sería ésta constitutiva de Legítima Defensa sino más bien de una venganza, ya que reaccionar en situaciones pretéritas no es una repulsa que evite un daño, pues se entiende que la agresión ha cesado y por ende se ha causado ya un daño. Por otra parte tampoco debe considerarse como operante la Legítima Defensa cuando se ejerce una repulsa en contra de una agresión que no es inminente si entendemos que esto significa próximo a pasar, pues si se actúa en contra de una agresión a futuro, tampoco operaría dicha justificante ya que es evidente que dado el futuro con que se provocará la agresión, ésta podría evitarse mediante la intervención del estado o mediante la evasión de ella por algún otro medio.

(19) Castellanos Tena Fernando, ob cit, pág. 194

(20) Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, 9ª Ed. Edit. Porrúa, México D.F. 1990;

(21) Silvino Fontana Raúl José, Legítima Defensa y Lesión de Bienes de Terceros, Edit. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1970, Pág. 58.

Existe otro requisito que debe concurrir conjuntamente con la agresión, consistente en que además de actual o inminente debe ser la agresión "antijurídica", lo que significa que la agresión debe ser contraria a las normas objetivas de valoración, no implicando esto únicamente la lesión del derecho atacado, sino también la valoración de la acción en forma injusta y sin derecho, o que se ésta a punto de realizarse, representando ésta un peligro de daño al bien jurídico.

por otra parte y tomando en consideración que lo antijurídico de la agresión radica en que ésta es contraria a derecho y por ende sin fundamento jurídico, sin importar que el que la ejerza sea imputable o inimputable ya que toda aquella agresión que no se encuentre justificada dentro del marco de la ley, lo ésta fuera de la misma y por ende es ilegítima, no pudiéndose amparar entonces en la eximente, en este sentido se pronuncia Jiménez de Azúa al señalar que la ilegitimidad viene a limitar con la injerencia intrusión o invasión de la esfera jurídica ajena e ilegítima, al no existir un punto intermedio ya que o se actúa dentro del derecho o contra él.

Un requisito más que debe concurrir a la agresión es que "la misma no sea provocada dolosa e inmediatamente" por el atacado, considerándose esto como un estímulo que parte del defensor y tiene como destinatario al agresor, ya que no puede existir un actuar antes o conjunta con una conducta que lleve al ataque, pues de ser así la provocación resultaría una inducción o un estímulo al ataque, sin embargo existen casos en los que a pesar de existir una provocación por parte del que argumenta la legítima Defensa ésta no es suficiente, para que ésta origine una agresión en tal magnitud que el que se defiende se vea obligado a ello.

Al respecto Goldsmith refiere que el provocar la agresión no tenía porque excluir la defensa legítima, salvo que el defensor hubiese provocado tanto la agresión como la situación de defensa, lo que según el autor ello no daba la conclusión de que se buscara la oportunidad de cometer el hecho punible, señalado que la ciencia Alemán a estableció una actio quasi-libera in causa, porque se parecían a la situación en que el culpable buscaba a propósito un trastorno mental transitorio para cometer el ilícito dentro de ésta figura. Por su parte Manzini afirmaba que "cuando la persona determino voluntariamente la causa que pone en condición de peligro actual, el impulso para la defensa, no proviene de la necesidad sino de su conducta" 22

Respecto de la "racionalidad de los medios empleados en la legítima defensa", se abundara con posterioridad.

Por su parte y como anteriormente se ha referido los estudiosos del Derecho han dividido lo que por "daño" debe entenderse, señalando que este viene a ser la lesión al derecho atacado, que no siempre se da en sí el daño ya realizado, si no el peligro de una lesión inminente al bien jurídico, esto es, que el daño ésta por suceder; a la vez señalan que esto no es exclusivo de bienes en particular, sino que comprenden a todos aquellos bienes que son tutelados por el derecho, sea del que se defiende asimismo o de un tercero, asimismo señalan que los bienes jurídicamente tutelados, son la vida, la salud, la libertad, la reputación, y todo aquél objeto de protección legal, de está posición es Sebastian Soler, al señalar que todo bien es legítimamente defendible, pues expresamente refiere:

"Todo bien puede ser legítimamente defendido si esa defensa se ejerce con la moderación que haga razonar el medio empleado con relación al ataque y a la calidad del bien defendido, señalando que la prudencia de los Jueces, las normas de cultura, el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que juegan un papel destacado y de gran amplitud". 23

Por lo que respecta a la "defensa" señalan diversos autores que ésta es la repulsa de la agresión, necesaria, proporcionada de una agresión por no poderse emplear otro medio para evitar el peligro, pero además ha de señalarse que la doctrina requiere que aquél que ejerza la defensa debe tener al momento de actuar el único y exclusivo ánimo de defensa, pues si fuese cualquier otro tipo de intención o ánimo que impulse al sujeto a repeler una agresión, ésta no será legítima; por otra parte se considera que la defensa debe de ser de acuerdo a la magnitud del bien protegido, a tal grado de no poderse aplicar el mismo tipo de defensa contra la agresión de la vida, pues este bien que se tutela jurídicamente, es el más importante o el de mayor magnitud con que cuenta el ser humano vivo, entonces cuando ésta en peligro la vida del que se defiende, puede el mismo ejercer la repulsa de la injusta agresión por el medio que le sea necesario para evitar así la pérdida de dicho bien jurídico, sin embargo es un tanto restringido por la doctrina la Jurisprudencia y la Ley, la repulsa de una agresión contra algún otro bien jurídico, pues en este caso si la defensa traspasa los límites del interés que justifica el actuar se tendrá una defensa incompleta, e incluso podría ser sancionado el que se defiende, por exceso en la legítima defensa.

Al respecto Jiménez de Azúa señala: " que la necesidad no es imposibilidad de usar otros medios, como se afirma en Alemania, sino necesidad de usar otros cuando fueran eficaces, la necesidad demanda pues la inevitabilidad del ataque, pero no en sí mismo, sino en subordinación a elementos más trascendentales con lo que señala el autor se evita dar a la legítima defensa carácter subsidiario, refiere asimismo que la necesidad no se identifica con la irreparabilidad del bien agredido con la que se considera a este en su entidad y su importancia, tampoco admite el autor que la necesidad sea exclusivamente oportunidad y menos que se confunda con la proporción del medio empleado en orden al ataque o al peligro, señalando que la necesidad es todo ello y que supone la oportunidad de empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos, inevitabilidad del peligro por otros recursos pero esto, en directa relación o subordinación al peligro que amenaza, a la entidad del bien jurídico que se defiende y a la figura típica que surge de la reacción, refiriendo así el autor que la Legítima Defensa es un estado de necesidad, pero que éste presupone o queda limitado por la regla del interés preponderante, debido a su legitimidad y naturaleza, por lo que en consecuencia, la necesidad no se refiere a la mera proporción sino a la existencia misma de la Legítima Defensa, y en caso de fallar quedará invalidada la misma. 24

(23) Francisco Pavón Vasconcelos, ob cit, pág 317

(24) Silvano Fontana, ob cit, pág 68

PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEGITIMA DEFENSA

Son diversas las teorías que los autores refieren acerca de los principios generales de la Legítima Defensa, entre ellos Jiménez de Azúa, citando a Kant refiere que "ninguna necesidad puede transformar la justicia en injusticia, pero como la necesidad carece de ley, esto es, como en el momento de la necesidad la ley no puede obrar eficazmente, es obvio que el caso sobre el que la pena no puede ejercitar ninguna influencia permanezca impune, por lo tanto, la defensa privada no es una acción inculpable, sino también una acción no punible". 25

Durante el transcurso de los tiempos han existido diversos fundamentos a la eximente, algunos de estos que no conducen ciertamente a la licitud de ella, y otros que sí lo hacen, en este orden de ideas encontramos entre otras las siguientes:

1.- Perturbación de ánimo; conflicto de motivaciones. Desde este punto de partida se condujo fundamentalmente a dos vertientes que consideraron a la Legítima Defensa, como causa de inimputabilidad, o bien como causa de inculpabilidad, la primera se debe a Puffendorf, llamado "Propter perturbationem animi" que consiste en la desaparición de la capacidad de querer y entender en el sujeto, convirtiéndose así la eximente en una causa de inimputabilidad, fórmula que halló una escasa acogida dentro de la Doctrina Jurídico Penal, criticándosele que no existe tal anulación de inimputabilidad, pues en el último de los casos existen varias hipótesis en donde el agredido actúa con conciencia y sangre fría, principalmente en los casos de un tercero y por otra parte en los casos en que hubiere inimputabilidad, entraría en juego la eximente, pues bien puede ejercitar la defensa un inimputable o un imputable sin importar su condición personal. Por otra parte tampoco puede constituir una causa de inculpabilidad como pretendió Utel Bak, pues no sólo es factible hacerle las mismas críticas que a la teoría original de Puffendorf, sino que además, basada en el instinto de conservación y la inexigibilidad de actuar en otra forma, ésta teoría, como la refiere Luzón Peña "da por su puesto lo primero que tendría que demostrar que no hay razones que excluyan la antijuricidad en la defensa, pues sólo entonces se podría pasar a buscar fundamento a la inculpabilidad", teoría que tampoco ha tenido mayor acogida.

2.- Retribución o causa de impunidad, ésta teoría sustentada por August Geyer, señala que con la acción de defensa se retribuye un mal (agresión) con otro mal (acción defensiva), situación que funciona en forma similar a la pena, saltando a la vista diversos errores en ésta tesis, como Fioretti lo señala al decir que la pena sigue al delito; la defensa lo precede", y por otra parte no sería posible al agresor que ya ha sido retribuido por efecto de la defensa, y sin embargo es punido.

Otro tipo de teorías que fueron elaboradas con el fin de conducir a la licitud de la Legítima Defensa y que podrían considerarse como los principios fundamentales de la figura jurídica en comento son :

(25) Francisco Carrara, programa del Curso de Derecho Criminal, Vol. I, edit. Reus, Madrid 1925, pag. 354.

a) Fundamento evidente.- sustentada por Luzón Peña, que refiere " que quizá como la frecuente afirmación de que la Legítima Defensa es un derecho natural, innato y tan antiguo como el hombre, así como la concepción de que la defensa se enraiza en algo tan profundo como el instinto de conservación del hombre, han dado lugar que algunos autores estimen que la admisión de la defensa no precisa fundamentación, que su fundamento es prácticamente evidente" 26

b) Falta de protección Estatal.- Sustentada por la escuela clásica, quien refiere que el fundamento jurídico de la Legítima Defensa está basado precisamente en la importancia del Estado, de evitar la agresión injusta, y de proteger, que por ello al injustamente atacado, razón por la cual se considera que es justo y lícito que este se defienda. ésta teoría tiene diversas vertientes ya que no sólo se ha utilizado en forma aislada, sino como un presupuesto, es decir la licitud de la defensa se funda en otras razones pero es un presupuesto indispensable el que los órganos estatales competentes no puedan intervenir frente a la agresión como lo refiere Luzón Peña 27

c) Instinto de Conservación.- Tesis sobre la cual han tratado diversos autores, quienes señalan que el impulso altamente enraizado, en lo más hondo del ser humano que surge poderosamente de la agresión y frecuentemente va unido a la idea de Legítima Defensa como derecho natural, teoría que ha sido utilizada para tratar de demostrar la impunidad de la eximente en teorías como la de Geyer y Kant, sin embargo al realizar un profundo análisis sobre ésta teoría Luzón Peña refiere que la misma no sirve para fundamentar la defensa como causa de licitud, sino más bien de inculpabilidad, "al disculpar la Ley el elemento subjetivo consistente en el ánimo de conservación", por otra parte refiere el autor que dicha fórmula no es amplia y que sólo considera las agresiones contra los bienes jurídicamente tutelados de la vida y de la integridad corporal, ya que no puede decirse que en la defensa de la propiedad o derechos se actúe con un ánimo o instinto de conservación; otra crítica que se le hace al autor por la teoría es que la subjetividad del instinto varía de persona a persona, y puede manifestarse incluso contra agresiones justas; de igual manera refiere Luzón Peña que ésta teoría es de naturaleza muy relativa y casi imposible en la defensa de terceros en donde ya no es la propia conservación lo que impulsa a la defensa, sino el amor a los parientes o la solidaridad con los terceros extraños injustamente agredidos. 28

d) Necesidad de Protección del Bien Jurídico.- Teoría desde la cual se afirma que es necesario defender jurídicamente los bienes jurídicamente tutelados, sin embargo, nuevamente Luzón Peña cuestiona lo relativo al porque de la necesidad de defender bienes jurídicos contra agresiones injustas, es decir porque la defensa es lícita, ya que prescindir del dato de la antijuridicidad equivaldría a renunciar a la autonomía de la Legítima Defensa frente al estado de necesidad, pues ambos se fundamentan en la necesidad, 29 y podrían entonces aceptarse la Legítima Defensa del ladrón contra los Policías que lo agreden a balazos a fin de evitar su huida o de un condenado a muerte por su verdugo, en virtud de que concurriría la necesidad, es por esto que no basta la necesidad de la defensa de bienes jurídicos, sino que además debe autorizarse legalmente la acción defensiva contra la agresión.

(26) Nino Santiago, La Legítima Defensa, Edit. Astrea, Buenos Aires 1982, Pág. 25, 26

(27) Aspectos Esenciales De La Legítima Defensa, Barcelona 1978, Pág. 33

(28) Luzón Peña Ob. Cit. Pág. 41, 44

(29) Malamud G. Göt, Legítima Defensa y Estado de Necesidad, Coordinadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, Pág. 12

c) Enfrentamiento de Derecho e Injusto.- Dentro de este contexto se agrupan varias teorías que poseen similitudes y diferencias, como es el caso de los Hegelianos que consideran al injusto como la "nada", y al derecho como "el todo", de esta forma señalan que si la agresión injusta es la negación del derecho, la defensa es la negación de esta negación y, por tanto, la afirmación del derecho, siendo su fin la anulación de la injusticia. ³⁰ Respecto de esto señala Luzón Peña que en la fórmula de los Hegelianos hay algo acertado "por haber destacado el papel del injusto agresor así como la afirmación del derecho, pero que esta fórmula peca de exageración, pues ni siquiera desde el punto de vista valorativo-jurídico se puede afirmar que el injusto sea "nada" y no exija la menor consideración, pues la defensa sólo se admite dentro de lo preciso, el requisito de la necesidad del medio, impone el deber de causar el menor daño posible al agresor, es decir, de guardar frente a éste la mayor consideración, lo que sería inexplicable si realmente fuere nada ³¹

Existen algunas otras ideas similares que hablan que el Derecho no tiene necesidad de ceder al injusto siendo participe de esto Jescheck al señalar que la idea que sirve de base a la Legítima Defensa, sigue siendo "el Derecho no tiene que ceder a lo injusto" por mucho que este principio haya experimentado crecientes restricciones esenciales por virtud del principio de consideración social ³² Al respecto se ha realizado diversas críticas, señalando que en su esencia este principio es correcto, pero que si el Derecho no debe ceder ante el injusto agresor puede dar el caso de encontrar lo injusto en muchas otras acciones, que darían lugar a otras causas justificantes en las cuales no podría operar ese principio en una forma tan drástica como en la Legítima Defensa; por otra parte si bien este principio establece que el derecho no tiene que exceder a lo injusto resultaría entonces innecesario esperar o acudir a la autoridad o tal vez fugarse o eludir la agresión, pues de acuerdo a este principio, no se tendría que ceder a lo injusto, dándose pauta en cualquier caso a repeler la agresión.

f) Doble fundamento.- Teoría gestada por la Doctrina Alemán a Contemporánea, y recogida por varios autores Españoles, siendo ésta sin duda ecléctica pues se forma con las dos ideas anteriores, algunos de los autores que acogen esta teoría, es Stratenwerth, quien refiere que se presenta la circunstancia de que la intervención para repeler no solamente amenaza un bien determinado sino el orden normal, y que por tanto el interés preponderante se puede ver siempre desde el punto de vista del agredido que se defiende sin derecho al mismo tiempo los intereses comunes y el Derecho objetivo. ³³

Al respecto Roxin señala que en la Legítima Defensa, los principios de autoprotección y de prevalencia del Derecho son los que sirven como base a la regulación legal ³⁴

(30) Castellanos Tena, Ob Cit, Pág 192

(31) Luzón Peña, "Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa", Barcelona 1978, Pág 459

(32) Tratado de Derecho Penal I, Barcelona 1981, Pág 459

(33) Derecho Penal, 2ª Edición, Madrid 1982, Pág 139

(34) Política Criminal y Sistema de Derecho Penal, Barcelona 1972, Pág 57

Por su parte Jescheck refiere, que por una parte la Legítima Defensa puede concebirse jurídico-individualmente, como derecho que por naturaleza corresponde a todo hombre de auto afirmarse mediante la defensa de su propia persona frente al ataque antijurídico de otro, y por otra parte sin embargo puede entenderse también jurídico-socialmente, en donde es el ordenamiento jurídico el que no tiene porque ceder al injusto, por otra parte refiere el autor que la facultad de autoprotección y la idea de afirmación al Derecho se hayan también en la base de la configuración de la Legítima Defensa en el Derecho vigente 35

Gómez Benítez afirma que el principio de auto protección está en el fundamento de la Legítima Defensa, porque está tiene una orientación preventiva y, más concretamente, de prevención general, es decir que sirve de advertencia a los hipotéticos agresores que saben que frente a sus acciones antijurídicas el derecho declara preponderante el interés del agredido y le faculta en consecuencia, para lesionar sin necesidad de ponderación a bienes jurídicos del agresor, ésta autorización contiene evidentemente, intimidación para el agresor que sabe que debe enfrentarse a una posible reacción, incluso más grave que su propia agresión 36

En este sentido ha de entenderse que no es de vital importancia que el agredido tenga conciencia o no de defender al orden jurídico al repeler al ataque injusto pues no debe interesar al derecho la conciencia del particular, mientras que los fines del mismo se lleven acabo, por otra parte debe desecharse que se funde la Legítima Defensa y el estado de necesidad en una "necesidad", pues de ser así resultaría incomprensible la autonomía de dichas figuras, siendo que en el estado de necesidad se enfrentan un derecho y otro derecho, o bien una colisión entre bienes jurídicos, en cambio en la Legítima Defensa se enfrenta el Derecho contra lo injusto, y en ésta la defensa es motivada por una agresión injusta (cuando en el estado de necesidad no sucede esto), y la repulsa se ejerce exclusivamente sobre el injusto agresor; de igual manera no existe en la Legítima Defensa colisión ni ponderación de bienes jurídicos en virtud de que el agresor se enfrenta con el orden jurídico, ocasionando que sus bienes queden fuera de la protección jurídica, siempre que sea necesario para la defensa del agredido, por otra parte es importante señalar que en la Legítima Defensa no se requiere de proporcionalidad entre los bienes jurídicos del agredido y del agresor como sucedería en la colisión de bienes jurídicos existente en el estado de necesidad.

g) Intentos Generalizadores.- Dentro de ésta teoría se agrupan diversas, entre ellas la colisión de intereses o bienes, ponderación de intereses y el principio del interés preponderante, así como la teoría del fin, las cuales se basan principalmente en la afirmación de que en toda causa de justificación se enfrentan intereses o bienes jurídicos, siendo en consecuencia necesario elegir entre ellos con arreglo a su mayor valor, sin embargo existen diversas críticas a esas teorías, por ejemplo Rodríguez Devesa manifiesta, que es necesario falsear ésta teoría para dar cabida a la Legítima Defensa, ya que el interés del agresor queda con motivo de la agresión, por debajo de el del agredido, que estas ideas sólo tienen cabida en el estado de necesidad, donde

(35) Tratado de Derecho Penal I, Barcelona 1981, Pág. 459-460

(36) Gómez Benítez, teoría Jurídica del Delito, 1ª Ed., Madrid 1984, Pág. 320

existe un enfrentamiento de intereses, que por lo contrario en la Legítima Defensa no sucede esto sino que existe un enfrentamiento entre el Derecho y lo injusto, se señala también que con ésta idea se favorece la equivocada creencia de que la Legítima Defensa se rige por el principio de proporcionalidad, como lo refiere también Santiago Nino, se critica a ésta teoría también en que se generaliza y abstrae de una manera exagerada el fundamento de todas las causas de justificación como lo refiere Maurach.

Por su parte la teoría del Fin atribuida a Dohna, afirma que debe existir adecuación entre medio y fin, en otras palabras que las acciones lícitas sirven de medio adecuado para conseguir un fin acorde con el orden jurídico, por lo que en consecuencia se estará en presencia de acciones justificadas.³⁷ Sin embargo como algunos autores lo han referido ésta teoría del Fin, resulta insuficiente por sí misma para explicar el fundamento, no sólo de la Legítima Defensa, sino de cualquier causa de licitud, razón por la cual se le unen diversos criterios con el fin de robustecerla.

En fin se ha referido anteriormente las diversas teorías que han pretendido considerar a la Legítima Defensa como causa de inimputabilidad, de inculpabilidad y de impunidad, advirtiéndose también las diversas críticas que han sufrido dichas teorías, sin embargo y a pesar de los numerosos intentos de las citadas teorías, actualmente se acepta unánimemente que la Legítima Defensa es una causa de justificación o de licitud.

Resulta interesante el cuestionarse si la Legítima Defensa es un derecho y si es así, de que clase de derecho, ya que algunos autores la han considerado como un derecho natural, tomando como argumento que es inherente al hombre; algunos otros señalan que es un derecho originario e inmutable y otros más, señalan que se trata de un mero instinto de conservación, pero ¿cual o que tipo de derecho sería?

Luzón Peña y Malamud Gotti al respecto refieren que es preferible utilizar el término facultad para designar la naturaleza de la Legítima Defensa, pues de ésta manera se evitaría el confundir el ejercicio de un derecho y Legítima Defensa que son dos causas de justificación totalmente autónomas, y en segundo término señala que lo que en verdad cobra vigencia en estos casos es la facultad de realizar el tipo como consecuencia de ser este el medio para salvar un interés social superior, ultimando Luzón Peña al señalar que no existe mayor inconveniente en el empleo de una u otra expresión, ya que la palabra "Derecho" es demasiado extensa como para que fuera aconsejable realizar esa sustitución.³⁸

(37) Dohna, La Estructura de la Teoría del Delito

(38) Luzón Peña, Ob Cit, Pág. 102

3.4. LOS DERECHOS DEFENDIBLES.

Todos los bienes jurídicos son susceptibles de Legítima defensa, siempre y cuando al ejecutarse exponga al sujeto agredido a un peligro a su vida o propiedad así como también a un grave daño en su economía, e incluso es defendible hasta la revelación de secreto de un documento, de acuerdo a los doctos del Derecho, todo aquel bien que es jurídicamente tutelado, es susceptible de ser defendido mediante el empleo de una repulsa a una agresión injusta, pero debe esta determinarse mediante los requisitos exigibles para que pueda concurrir perfectamente la justificante de Legítima Defensa, en tal sentido se pronuncia Cordova Roda el señalar " los bienes a los que debe afectar el riesgo propio de la agresión, es decir, los derechos cuya defensa está comprendida en la circunstancia cuarta del artículo 8, no aparecen limitados por la Ley, pues el Código penal habla de obrar en defensa de su persona o derechos, sin circunscribir la esfera de estos, definiendo más adelante la agresión ilegítima de los bienes y de la morada, de aquí que se desprende que si bien tanto la persona, como los bienes y la morada están ciertamente incluidos entre los derechos defendibles, no por ello debe entenderse que únicamente dichos intereses pueden alcanzar la protección de la citada justificante.

Al respecto la Jurisprudencia ha considerado como derechos defendibles, a la vida e integridad, la honestidad, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad e incluso al honor.

En México la reforma penal en 1985, concluyo con el estigma de la reparabilidad del bien y de la consideración de su poca importancia comparativo con el mal causado con la defensa, con lo cual se restringió arbitrariamente la que incluso era ya, defectuosa fórmula de bienes defendibles, pues se limitaba entonces a la persona, honor o bienes, siempre en sentido patrimonial, sean propios o de terceros. En la actualidad Porte Petit refiere que en cuanto a la extensión de los bienes defendibles se ha dado un paso evolutivo por la reforma, al amparar todos los bienes jurídicos a diferencia de la fracción III modificada, que se refiere concretamente a la persona, honor o bienes, propios o de otros, hablando por tanto, de bienes agredibles determinados, criterio que dice el autor no es aconsejable frente al de la defendibilidad de todos los bienes jurídicos que es el que goza de más adeptos en la actualidad, porque de ésta forma se expresa, el derecho no tiene porque ceder al injusto. 39

Nuestra legislación actual se refiere a "bienes jurídicos propios o ajenos", con lo que debemos entender que cualquier objeto que es jurídicamente reconocido por el derecho es susceptible de defensa, empero no ésta por demás señalar que todo aquel bien jurídico que es defendible debe estar en particulares, pues resultaría a nuestro concepto impropcedente la defensa legítima de bienes comunitarios, que no extrañasen a su vez lesión de intereses particulares, ello toda vez de que si bien todo bien jurídico tutelado es

susceptible de defensa debe recordarse que el interés público, la paz social, así como algunos otros similares se reservan a la actuación del estado además de que en la mayoría de las veces la defensa particular resultaría inidonea y más dañina que beneficiosa para la sociedad, por que la necesidad de defensa en bienes comunitarios es de menor entidad que en la de bienes particulares. Al respecto Safarón refiere "Que el problema no radica en limitar los bienes jurídicos, sino en determinar en cada caso, conforme a la jerarquía del bien y a la intensidad de la lesión amenazada si es jurídicamente tolerable el empleo del medio necesario".

40

Con lo que debemos de entender de acuerdo al autor citado que nunca es la misma la graduación de la necesidad racional de la defensa, situación que se presenta como natural, pues existen diversas situaciones en cada caso en concreto que delimita la graduación de la necesidad racional de la defensa, por lo que en muchos de los bienes de menor jerarquía, resulta interesante o exigible que se presenten todos los requisitos de la legítima defensa y esencialmente lo referente a lo racional entre el ataque y la repulsa. Consecuentemente en los términos que se ha referido debe entenderse que todos los bienes comprendidos dentro del marco legal son susceptibles de legítima defensa, la cual será procedente siempre y cuando se cumpla con los requisitos o exigencias que la norma jurídica que prevé a ésta justificante exige.

3.5. EL REQUISITO DE LA AGRESION ILEGITIMA Y DE LA RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS.

REQUISITO DE LA AGRESION ILEGITIMA

Como se ha observado con anterioridad es pilar lógico, básico y esencial de la Legítima Defensa, la "agresión", de tal suerte que diversos autores le han destacado gran importancia a ésta señalando que es un presupuesto imprescindible de donde nace y surge la Legítima Defensa, que es el elemento esencial y el requisito más importante por excelencia de carácter objetivo, señalando diversos autores que ésta es el hecho generador y fundamento esencial del Derecho, consecuentemente debe circunscribirse que la agresión reviste significativamente una importancia que ha dado diversos planteamientos en torno a su conceptualización, requisitos, clases, etc.

En fin en capítulos anteriores se han enumerado diversos conceptos dados por distinguidos autores sobre este particular requisito en la Legítima Defensa, sin embargo, han surgido diversos cuestionamientos en torno a la "agresión", ya que se ha cuestionado si es posible la agresión mediante una omisión, ya que en no pocas ocasiones se ha negado esto, asegurando diversos autores que sólo es posible llevar a cabo ésta mediante una acción, de ésta opinión es Gómez Benítez, quien refiere que, debe discutirse la conveniencia político-criminal y el apoyo legal que puede tener la consideración de una omisión propia o impropia como agresión, señalando el autor que la base legal para negar a la omisión un lugar en la Legítima Defensa es que no constituye agresión y que ni lingüísticamente parece admisible que el que omite agrada, y que tampoco resulta preventivo generalmente permitir la desproporción característica de la Legítima Defensa frente a quien se abstiene de interferir contra su deber en un proceso causal. 41

(40) Sañorón Raúl, Tratado de Derecho penal III, Edit. Adiar Buenos Aires, 1981, pág. 595

(41) La Teoría Jurídica del Delito, Edit. Civitas, Madrid 1984, pág. 336-337

Sin embargo, se discute en la doctrina si, debe ser aceptada o no la posición respecto de si la omisión es constitutiva de la agresión sea ésta, propia, como el caso de la omisión por omisión o si sólo ésta última puede originar una Legítima Defensa, en tal sentido se pronuncia Luzón Peña al referir "que sólo será agresión la omisión que ponga en peligro un bien jurídico particular, y que en cualquier caso la omisión propia queda excluida del concepto de agresión porque no pone en peligro ningún bien jurídico individual, sino a un bien jurídico supraindividual, ejemplificando esto el autor al referir "...la solidaridad humana en la omisión de socorro...". señalando que la agresión debe dirigirse contra bienes personales como es exigible de acuerdo al fundamento de la Legítima Defensa".

Por su parte Safaroni se opone a la idea de Luzón Peña, señalando que "Si bien la omisión propia se funda en un deber general de solidaridad, no por ello tutela únicamente en sentido de solidaridad social, sino que éste resulta tutelado sólo secundariamente. Y que la omisión de socorro pone en peligro la integridad o la vida de las personas al igual que la omisión de denunciar el plan de un Homicidio, refiriendo el autor que no cabe duda que se pueda actuar en Legítima Defensa cuando es puesto en peligro con la omisión de auxilio o quien pueda resultar víctima del Homicidio cuya denuncia se omite".

42

Es de ésta manera como algunos autores se pronuncian por negar que la omisión puede constituir en forma alguna " agresión " y algunos otros optan por la idea de que ésta, si es en ocasiones constitutiva de " agresión ", al respecto pensamos, que no necesariamente, se requiere de un comportamiento "positivo" para poder hablar de una agresión, pues creemos que aún cuando no es de gran simpleza delimitar, los casos en que la inactividad "omisión", pues ello dependerá en gran medida de las circunstancias en que ésta acontezca en el caso en concreto de tal suerte que puede incluso tenerse como agresión, la omisión de un sujeto determinado, si se le atribuye la observación de un deber de cuidado que a su vez se encuentra sancionado ya sea penal o administrativamente, por lo que consideramos, que debe ser considerada como "agresión" cualquier conducta positiva u omisiva, que lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente protegido por el ordenamiento jurídico, sea del que se defiende o de aquél al que se defiende.

En los términos referidos, resultaría necesario, para considerar a una conducta negativa como agresión, el realizar un estudio minucioso del caso a estudio en donde, se estaría obligado a analizar, si la omisión constituye verdaderamente por sí misma una agresión; verificar en los casos en que la repulsa la ejecute un tercero, si éste, en lugar de emplear la violencia sobre el agresor por omisión, pudo el mismo realizar la acción, sin dejar de considerar los casos de acciones omisivas, que requieren conocimientos especiales; y por último considerar ampliamente el bien jurídico puesto en peligro.

Otro de los cuestionamientos que han surgido en torno a la "agresión" ha sido el determinar si es procedente o no, la Legítima Defensa frente a una conducta de carácter culposo o solamente frente a una conducta de índole doloso, al respecto Jiménez de Azúa refiere que "en suma se precisa voluntad de ataque aunque no se exija ésta como fin por esto decimos voluntad de atacar y no ánimo ". 43

(42) Tratado de Derecho Penal III, Edit. Eduar, Buenos aires. 1981, pag 599.

(43) Jiménez de Azúa, Ob cu Pág 180

Refiriéndose a que la idea cobra importante fuerza y que considera que la agresión requiere de un propósito lesivo, de una dirección de la voluntad a realizar un ataque, en consecuencia aceptando, la posición de que la agresión ha de ser dolosa, descartando en consecuencia como Luzón Peña lo señala la Legítima Defensa en contra de conductas imprudentes, argumentando éste último, que el significado etimológico del concepto "agresión", impide pensar en una agresión de carácter culposa, pues la agresión presupone una acción conciente y controlada por la voluntad, o bien el ataque implica una dirección de la voluntad hacia el objeto del mismo (actuar doloso). Por otra parte refiere Luzón Peña, que de acuerdo con la tesis del doble fundamento esa función de prevención general e intimidación de extraordinario alcance en la Legítima Defensa, no puede operar contra conductas imprudentes, puesto que, carece de sentido pretender motivar al hipotético agresor imprudente a no actuar así haciéndole saber que puede ser objeto de la Legítima defensa, refiriendo también Luzón, que no es posible ocasionar este efecto en el que no actúa con la intención dirigida a la producción de un resultado lesivo a bienes jurídicamente tutelados, resultando que no es seguro que ocurra, no exigiendo aún la inminencia y mucho menos por ende la actualidad de la agresión no puede en consecuencia operar la justificante.

Porte Petit niega la posibilidad al igual que Luzón Peña de Legítima Defensa contra acciones imprudentes al referir que (en cuanto a la agresión debe ser o no dolosa) es decir, que debe existir o no una agresión lesiva y, por consiguiente, que no operaría la Legítima Defensa contra conducta culposa, que ello es indudablemente la posición correcta.

Al respecto consideramos que la posición de los juristas que se niegan a aceptar la procedencia de la justificante, contra conductas culposas, no es ni debe ser considerada dominante, pues ésta posición no es del todo compartida pues diversos autores, entre ellos los Alemanes como JESCHECK apuntan que limitándose las situaciones de necesidad a las agresiones dolosas no sólo se recargaría de exigencias subjetivas a quien ejerce la defensa, sino que sería contradictorio con las necesidades sociales frente a las cuales se priva del derecho de Legítima Defensa respecto del ataque objetivo contrario al deber de cuidado.

Por nuestra parte, consideramos, que es razonable la posición del citado autor, pues creemos que no debe ser exigible para la procedencia de la Legítima Defensa el que el injusto agresor dirija su actuar precisamente a la lesión de un bien jurídico, pues debe admitirse la Legítima Defensa en casos que como el autor lo señala existe un ataque objetivo en contra de persona determinada causado por la inobservancia de una deber de cuidado, pues de no ser así se negaría en dichos casos al injustamente agredido por una conducta imprudente el derecho a repeler la agresión, que además debe considerarse dada la objetividad de la antijuridicidad, "antijurídica", por ende pensamos que no es susceptible únicamente de defensa legítima el sujeto que es injustamente agredido por conducta inminentemente dolosa, ya que la figura jurídica de la justificante, requiere de que se repela una agresión real actual o inminente, y "sin derecho" lo que evidentemente significa que jurídicamente hablando no se exige para la procedencia dicha justificante que la conducta del agresor deba ser dolosa sino que al referir que ésta debe ser sin derecho, se refiere únicamente a que la misma ha de ser antijurídica, de tal suerte que hasta se ha considerado procedente la Legítima Defensa en contra de la agresión de un imputable, el cual lógicamente no es capaz de dolo, por ausencia de la voluntad o de su capacidad para dirigir su acción hacia un fin determinado y conciente, si es así, creemos que la Legítima Defensa no debe ser limitada a contrarrestar la agresión únicamente del que es capaz de comprender la

dirección que da a su conducta, pues de ser así, se estaría cuartando el derecho al amparo de la justificante, en todos aquellos casos en que con acciones llevadas a cabo por culpa, en que aún cuando no se dirige la conducta hacia un resultado o lesión a un bien jurídico, se pone en peligro o incluso se lesiona el mismo, pues consideramos que debe atenderse al caso en concreto, en donde se observará si la agresión proveniente de una conducta culposa recayó individualmente sobre sujeto determinado y si ésta cumplía en consecuencia con los parámetros exigidos legalmente, para la procedencia de la justificante, pues en el caso de que se exigiera como algunos autores lo refieren, que la agresión ha de ser forzosamente dolosa, para que pueda entonces el injustamente atacado, hacer uso de su derecho a defenderse, esto resultaría en tal forma drástico, pues tendría entonces el que se defiende, probar o asegurarse de que el que realiza la agresión injusta en su contra, es capaz de dolo, que dirige su actuar (agresión) a un fin determinado (lesión de un bien jurídico), y una vez confirmadas dichas características del agresor, podrá entonces ejercer la repulsa, situación que nos parece ilógica, pues, ni la razón ni el derecho, puede aceptar esta posición, pues de resultar en un caso en concreto, que el sujeto que agredió, se encontraba enajenado al momento de su actuar, entonces el que con ánimo de defensa realizó la repulsa de una agresión que a todas luces resultaba antijurídica no quedaría amparado por la justificante, pues faltaría el requisito de que la agresión que éste sufrió fuese de carácter doloso, lo que implicaría el debido conocimiento y voluntad del fin querido en el agresor, y consecuentemente, injustamente se sancionaría al que a nuestro parecer actúa bajo el amparo de la justificante, por haber repelido una agresión que revestía todos los requisitos, por ser ésta injusta, real, actual o inminente, que a la vez amenazaba con lesionar un bien jurídicamente tutelado, lo que nunca podría ser conforme a derecho, por consecuencia, creemos, que efectivamente es requisito indispensable para la procedencia de la justificante, la existencia de una "agresión", pero ello no debe implicar que deba condicionarse la procedencia de la Legítima Defensa, a conductas agresoras, de carácter eminentemente doloso, sino que ha de ser indispensable, que la conducta del agresor sea injusta y por ende antijurídica, pues, no puede el derecho ni la razón exigir, que sujeto determinado, deba al momento de ser agredido, tomar el tiempo necesario para asegurarse que el que lo agrede es un sujeto capaz de dolo, pues esto equivaldría a exigir que el injustamente agredido, se detuviera hasta el momento en que la agresión de que es objeto, lesione su interés jurídico, para entonces poder repeler la injusta agresión, lo cual resultaría en los casos en que el bien es irreparable, innecesario, pues el daño sería aún con la repulsa en el caso que pudiese aún lograrse, por el agredido o por un tercero no remediaría el bien jurídico lesionado, y en consecuencia, de nada valdría la existencia jurídica de la Legítima Defensa, por lo que consideramos que debe ser tomada como agresión para efectos de la justificante toda conducta sea omisiva o positiva que constituya una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos del autor o de terceras personas que el ordenamiento jurídico protege, no debiéndose de ninguna manera limitar a este elemento "agresión" que es medular en la Legítima Defensa, a conductas meramente positivas, así como dolosas, pues no debe ser preciso que ésta se presente únicamente mediante un actuar positivo, así como tampoco lo es que ésta sea producida intencionalmente, ni con cualquier otro tipo de dolo, ya que debe bastar una conducta de cualquier índole (positiva o negativa), dolosa, culposa e incluso inculpable, siempre y cuando ésta, implique como se ha referido una amenaza de lesión de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, y además se colmen los requisitos necesarios para que sobre vida jurídica la legítima defensa.

RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS

En el tema de la Legítima Defensa existen problemas que giran en torno a la "Racionalidad de los medios empleados" que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico penal constituye un requisito sine-qua-non, para que pueda emerger legalmente la figura de la Legítima Defensa, uno de estos problemas consiste justamente en determinar su contenido, esto es, ¿a qué se refiere la ley cuando dice que debe existir racionalidad de los medios empleados para que pueda cobrar vida jurídica esta justificación?, y es que resulta claro que dicha expresión provoca no pocas polémicas en tanto su concepto y contenido. Otra de dichas interrogantes es aquella respecto de ¿cómo ha de apreciarse la "racionalidad"? si mediante una valoración de carácter objetivo en donde el Juezador ha de analizar únicamente los aspectos objetivos en que se encontraba el autor de la defensa, al momento de la injusta agresión y sin considerar aquí las circunstancias psíquicas del injustamente agredido, esto es, el impacto psicológico y por ende estado de ánimo creado ante la presencia de la injusta agresión; o tal vez ha de analizarse mediante una valoración meramente subjetiva, en donde el juzgador no debe tomar en consideración las condiciones objetivas, tanto de la injusta agresión como de su actor y del hecho material en concreto, sino que más bien ha de atender primordialmente a los aspectos netamente subjetivos esto es, el impacto psicológico sufrido por el defensor, la representación in-mente de éste al momento de la conducta de su agresor; o tal vez deberá apreciarse mediante una valoración mixta en donde habrá de conjugar el juzgador las circunstancias tanto objetivas como subjetivas en que se colocó al sujeto que sufre la agresión injusta.

En nuestra opinión el tema de la racionalidad de los medios empleados en la Legítima Defensa, constituye una verdadera problemática ya que nuestra legislación penal actual, integra este requisito como un elemento necesario para que pueda cabalmente surgir la Legítima Defensa; sin embargo esto como se ha referido resulta de gran problemática, tomando en consideración que el modelo de estado que nace en México es precisamente "un estado de derecho democrático", en donde su existencia y funcionamiento es conformado dentro del marco de derecho, autolimitándolo, ante el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre, fundado a través de causas jurídicas y caracterizado además, por el seguimiento de una serie de principios que, aparte de constituir autolimitantes al poder propio del estado ante el reconocimiento de los derechos del hombre, se traducen asimismo en garantías para los individuos de ésta manera y plasmados en la constitución política mexicana surgen diversos principios como lo son el principio de división de poderes, el principio de legitimidad y legalidad, principio de igualdad ante la ley, entre otros, de igual manera se considera el derecho penal respecto de su existencia, una concepción y creación del Estado, como uno de sus instrumentos para el cumplimiento de sus funciones y el logro de sus fines, sin embargo a pesar de como se ha referido se encuentran plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los elementos necesarios que caracterizan al estado mexicano como un estado de derecho y que de la constitución se derivan los citados principios que se traducen en garantías constitucionales para el individuo y colectividad encontrándose entre estos los principios de carácter penal, que sirven para orientar al sistema penal así como a la actitud de los órganos del estado en el ejercicio de su poder punitivo como lo son el principio de legitimidad, legalidad, jurisdiccionalidad, de bien jurídico, de acto, etc. encaminados ellos a crear y asegurar las condiciones de existencia que satisfagan las necesidades del grupo de individuos que dieron origen al Estado, principios

que además deben traducirse en el bienestar social, paz social, justicia, seguridad jurídica, e incluso se encuentra aquí también la función de protección de bienes jurídicos de los individuos y la colectividad, con el fin de asegurar la vida ordenada en la comunidad. Empero y a pesar de todo no siempre son respetados los citados principios por nuestras leyes secundarias, como es el caso sucede con nuestra legislación penal actual en su parte general, en donde se aprecian una diversidad de figuras jurídicas, en los que a pesar a lo ordenado constitucionalmente, en el principio de legalidad donde ésta obligado a establecer clara y precisamente los preceptos jurídicos plasmados en las leyes secundarias, de tal manera que estas, no lesionen los derechos públicos subjetivos de los gobernados, hemos de hablar aquí por ejemplo del artículo 15 IV del Código Penal que a la letra dice:

Art. 15.- "El delito se excluye cuando:

IV.- Se repete una agresión real actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que existe necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a que se defiende."

Como podrá observarse el precepto jurídico antes señalado establece que debe existir una "racionalidad de los medios empleados" sin embargo nuestra ley, es omisa, ya que impone dicho requisito a la figura jurídica de la Legítima Defensa, pero no existe en la misma ley, expresión alguna del legislador, en el sentido de que habrá de entenderse por "racionalidad del medio empleado", lo que ha creado una gran problemática y confusión en la aplicación del derecho ante los órganos de procuración y administración de justicia, pues al no existir clara y precisa expresión del legislador sobre el concepto y contenido del problema en cuestión "racionalidad de los medios empleados" en la práctica al presentarse casos en que se argumenta la Legítima Defensa, los funcionarios encargados tanto de la administración como la procuración de justicia se ven obligados para efectos de resolver el problema de la racionalidad del medio empleado, a hechar mano de las diversas teorías emanadas de los estudios de eminentes penalistas, sin embargo resulta evidente que ante la diversidad de teorías y por ende de criterios se viola al principio de legalidad, el que obliga a definir con claridad y precisión cada uno de los preceptos establecidos en las leyes secundarias, pues ante la diversidad de teorías surgidas entorno a este problema, las mismas son a la vez de diversa naturaleza, es el caso de la Doctrina Alemán a, en donde no se exigen más requisitos que la mera necesidad de la defensa, no dándose o exigiendo ningún calificativo adicional, habiendo llevado esto sin duda la expresión hecha por Fran Von Litz, en el sentido "sin la agresión no puede ser repelada de otro modo el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor" 44

(44) Fran Von Litz, Tratado De Derecho Penal II, edit Reus, 30ª Edic. Alemán a, -3ª Edic Española, Madrid 1929, Pág. 225

Por otra parte la gran mayoría de los países Latino americanos consagran en sus textos la racionalidad como componente necesario de la defensa, lo que ha llevado sin embargo a que su contenido sea visto en gran porcentaje como "proporcionalidad", de ésta manera se expresa Jiménez de Azúa al criticar a la corriente Alemán a señalando "que la necesidad no es imposibilidad de usar otros medios como se afirma en Alemán iba, sino necesidad de usar otros medios cuando fueren eficaces lo que es cosa bien distinta a los sostenido por los penalistas Alemanes.⁴⁵

También se ha concebido a este requisito alternativamente a la "racionalidad" considerándola como la adecuada conexión que debe existir entre intensidad del ataque y reacción defensiva, lo que en consecuencia y debido a lo general de la idea sea vuelve a caer con ésta nueva concepción en el concepto de "proporcionalidad", que aún cuando éste es más o menos relajado, pues acepta un daño defensivo mayor que el que pretendía causar el agresor, es sin embargo, sino una solución, si un avance de la ciencia jurídico penal

Existen otros criterio como los sustentado por Gómez Benitez, quien refiere "que debe atenderse a la totalidad de las circunstancias a la hora de constatar la necesidad racional del medio empleado y que es conveniente aceptar las siguientes consideraciones:

Que la racionalidad del medio empleado no equivale a la identidad de armas o medios agresivos y defensivos.

Tampoco es equivalente a proporcionalidad de bienes jurídicos.

No es exigible una tranquilidad y ponderada selección de los medios a utilizar, sino que simplemente, dentro de la situación de urgencia y alteración emocional provocada por el ataque, la reacción se mantenga dentro de los límites de lo racionalmente necesario.

De ésta manera, la doctrina no ha sido uniforme respecto a ¿como ha de apreciarse la racionalidad? pues una parte como se ha visto, se opina que el criterio a seguir es la apreciación de las circunstancias objetivas del caso, en donde el Juzgador debe (con todos los elementos que aparezcan como realmente existentes en el caso a estudio), determinar si la defensa fue racional, sin que participe del Juicio lo que el agredido pudo o debió haber advertido. Sin embargo también haya quienes optan por tomar en cuenta el aspecto subjetivo, tomando en cuenta para la apreciación de "la racionalidad", las creencias y conocimientos que se forma el defensor, en el momento del ataque, lo que a nuestro punto de vista también es incorrecto, pues el sólo observar las circunstancias subjetivas del que se defienden nos llevaría a equiparar la Legítima Defensa con cuestiones de inculpabilidad, como podría ser, el miedo insuperable, o la defensa putativa, lo que ocasionaría un fraude a la sistemática dogmática del concepto.

Existe también una posición intermedia en donde se parte de una concepción objetiva, individualizando la situación en el caso en concreto, tomando en consideración la apreciación circunstancial, caso por caso, señalando que no ha de ser el juicio de guía, el criterio propio del sujeto en apuro, sino objetivando, elevando la norma generalizada que se comprobara en cada hecho, la apreciación de un hombre racional en el momento de ser atacado, ésta última posición es aceptada por diversos autores que la consideran la correcta, pronunciándose en tal sentido entre otros Mir Puig, Jescheck y Antolexis, todos ellos aceptando ésta teoría o posición como la correcta, señalando que el Juez ha de analizar, el ámbito circunstancial del caso concreto, así como de la intensidad de la agresión y los medios idóneos de los que pudo disponer el agredido en un sentido aproximado, relativo para cualquier persona, de las características de un sujeto colocado en mente en la posición de defensor.

En fin se han dado diversas posiciones sobre este particular requisito de la justificante "racionalidad del medio empleado", algunos considerándola "que entre la variedad de diversos medios adecuados para la defensa, el defensor debe optar con la relativa serenidad que implica la defensa del ataque por el menos lesivo", de ésta posición es partidario, Rodríguez Debessa, entre otros, hay quienes la consideran "como la estrecha relación que existe entre la intensidad del ataque y la defensa que se emplea" y algunos otros lo consideran "como la proporcionalidad entre los medios empleados por el agresor, y los medios empleados para ejecutarlos actos defencistas del injustamente agredido", de ésta manera no ha habido una posición uniforme general que pudiera expresar en un sólo sentido que debe entenderse "Racionalidad del Medio Empleado", habiéndose pronunciado diversas posiciones como lo fueron de carácter subjetivo, objetivo, e incluso una posición ecléctica, en donde se toma en consideración ambos circunstancias, esto es, tanto objetiva como subjetivamente, sin embargo, y muy particularmente consideramos que es de extrema importancia el recurrir cuando menos a una idea generalizadora de este requisito que la Ley ha fijado como indispensable para que cabalmente pueda ser reconocida la Legítima Defensa, pues como se ha referido no existe un punto de partida general en donde pueda apoyarse el juzgador, de tal suerte que al emitir resolución en donde se haya invocada una circunstancia de Legítima Defensa, pudiese tener la seguridad al dictar su resolución de que no se cometerá injusticia alguna, y que su actuación será con apego a la ley suprema, pues en la actualidad su resolución dependería de la posición que el juzgador adoptara, uno partiendo de que por racionalidad del medio empleado se entiende en algunas ocasiones la relación entre la intensidad del ataque y de la defensa, o tal vez como otros lo consideran la debida serenidad "según" racional, que en el momento de la injusta agresión debe tener al agredido para escoger entre los medios que a su alrededor puedan encontrarse, el menos dañino o lesivo para repeler la agresión, o tal vez como otros lo señalan "el medio empleado por el defensor ha de ser en cierta forma más o menos proporcional a los medios utilizados por el agresor, sin embargo ¿cuál de las posiciones? deberá de tomar en consideración el juzgador, para determinar en su resolución, si existió o no la Legítima Defensa, pues además debe señalarse que nuestra legislación penal mexicana, únicamente incluye este requisito de la racionalidad del medio empleado en el artículo 15 fracción IV, pero no refiere expresamente que ha de entenderse por "racionalidad" y mucho menos indica a que se refiere cuando se habla de "medio empleado", por lo que el juzgador ante la necesidad de interpretar este requisito, acude al estudio de las diversas teorías y corrientes que giran en torno a ello, y dependerá ya de cual sea la posición por la cual se incline, lo que lo llevara a dictar su resolución, situación que consideramos totalmente incorrecta y violatoria de uno de los principios, derivado de nuestra Constitución Política, que caracterizan a un "Estado Derecho" como el mexicano, pues como se ha dicho, no basta con que el Estado tenga un orden

jurídico y se cifra o trate de ceñirse a éste, sino que es necesario que el Estado reconozca y respete los derechos de sus gobernados, realizando dicho reconocimiento y garantía a través de causas legales derivadas de los principios que lo caracterizan, de esta manera, la existencia de figuras jurídicas en la parte general de nuestro código penal vigente en las que no se hace la descripción precisa y clara de la materia de la norma, a todas luces viola el principio de legalidad, como sucede en el caso con la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, pues aún cuando en el mismo se describe a la figura jurídica de la Legítima Defensa, dicha descripción resulta oscura, ya que señala cuales son los requisitos necesarios para que cobre vida jurídica la justificante, pero como en el caso de "la racionalidad de los medios empleados", no hace la descripción clara y precisa de su concepto y contenido, reservando ello, por otra parte, al criterio de los funcionarios encomendados a la procuración y administración de justicia, quienes por su parte ante la necesidad de resolver éste problema recurren a las diversas teorías, dirigidas a éste particular requisito, ocasionando con ello, la desunificación de criterios, y no en pocas veces, sentencias, injustas, atentando así contra los principios y garantías constitucionales, que por ser características de un "Estado de Derecho" (modelo de Estado que adopta nuestro país), deberían de garantizarse y asegurarse, razón por la cual proponemos, que cuando menos sea implementado la fracción IV, del artículo 15 del Código Penal, y se precise con claridad, el concepto y contenido, que habrá de tomarse como punto de partida para unificar criterios, respecto a ? que a de entenderse por "racionalidad de los medios empleados" sustanzando las evidentes violaciones a los principios fundamentales que caracterizan al Estado Mexicano, como un "Estado de Derecho", retomando así, los causas legales, para la afirmación de nuestro modelo de Estado, aunque particularmente no nos parece la mejor solución al problema.

Hemos visto que ni la doctrina actual, la jurisprudencia, y tampoco nuestra legislación penal, han llegado a unificar criterios respecto de la problemática que representa el particular requisito de "la racionalidad de los medios empleados en la Legítima Defensa", también hemos propuesto que cuando menos debería por respeto a los derechos fundamentales del hombre y al ordenamiento jurídico rector de nuestra sociedad, implementarse nuestra legislación penal, para que en la misma se integrara una adición al artículo 15 fracción IV, del Código Penal, en donde se precisara, a que se refiere la ley cuando exige "racionalidad de los medios empleados en la Legítima Defensa" para que de esta manera no se actúa dentro de lo que consideramos un grave error, que consiste precisamente en que el Juezador a de decidir para resolver el problema que se plantea, cual de las teorías jurídico penales que giran en torno a la "racionalidad de los medios empleados en la Legítima Defensa" es la que le parece convincente, para que una vez que se ha pronunciado por una de ellas, pueda entonces resolver sobre la procedencia o no de la justificante en cita.

Sin embargo, a nuestro punto de ver, creemos que lo anteriormente dicho, no es la mejor solución al problema, ya que consideramos que la ley es demasiado exigente y no precisamente con aquel que realizando una negación del derecho (el delincuente), ejecuta conductas agresivas en contra de una persona determinada, que, por simple capricho y sin el más mínimo respeto al orden jurídico que rige a su sociedad, y mucho menos a los derechos de los particulares integrantes de la misma, decide realizar, poniendo en una situación de peligro de sus bienes jurídicos propios o de su familia (terceros) al ciudadano respetuoso de las normas jurídicas y valores fundamentales que rigen su sociedad y que garantizan el orden, paz y seguridad jurídica de éste y los suyos, pues como se ha dicho nuestra legislación penal actual, exige como requisito al momento en que el actor repela una agresión, se cumpla entre otros requisitos, que haya "racionalidad de los medios

empleados", para que así, después de analizar este requisito se resuelva si verdaderamente la conducta de aquél que no hizo otra cosa más que defenderse debe ser justificada por la ley, siendo que como se explico con anterioridad, no existe en la propia ley, "que es la racionalidad del medio empleado" esto es no se plasma en el ordenamiento jurídico, el concepto y contenido de dicha expresión, que sin embargo sí se exige, conllevando esto a que el juzgador hecha mano de las diversas teorías que en relación a está exigencia legal existen, las que además tampoco son uniformes al señalar ¿que se debe entender por "racionalidad" de los medios empleados en la Legítima Defensa?. pues cada una de estas ha dado diversos puntos de vista de como ha de tomarse a éste requisito, sin embargo la ley penal exige que en un caso en que el actor repelió una agresión injusta con todos y cada uno de los demás requisitos, ¿tenga además! la capacidad de que en el preciso momento en que se encuentra en la situación de peligro racionalice su repulsa, lo cual nos parece totalmente ilógico, pues con este tipo de exigencias la ley, lejos de proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos rectos y respetuosos del orden jurídico, que se vieron en la necesidad de actuar agresivamente en contra de su agresor, protege a los bienes jurídicos del delincuente, que desde el momento mismo en que realiza una agresión injustificada en contra de un sujeto, "niega por completo al derecho", pues exige la ley, que sea el actor de la defensa quien actúe con la debida pertinencia, para elegir tal vez " el medio menos lesivo para repeler la agresión", o comprender al momento si " el bien jurídico que se ve amenazado por la conducta de su agresor es mas o menos de la misma entidad del que pueda lesionar su repulsa " o tal vez si" los medios que utilizara para ejercer la repulsa son proporcionales a los que utiliza su agresor" ello dependerá además de la posición adoptada por el juzgador con respecto a las teorías jurídico-penales que hablan al respecto, lo cual es totalmente violatorio de las garantías fundamentales del gobernado, pues no puede ni la ley ni la razón exigir tan exagerado comportamiento en un sujeto que, no puede de ninguna manera tomar con una serenidad "sobrehumana" la situación de peligro en que fue puesto por la conducta agresiva de su agresor, pues de hacerlo así, al momento en que resolviera la forma, medios a utilizar, o la intensidad en que habrá de actuar, podría ser demasiado tarde para evitar el daño, que si hubiera actuado inmediatamente, hubiese "aún" tal vez evitado, y no puede exigir el derecho sacrificios de está índole a un sujeto y, mucho menos a aquel, que se conduce dentro del marco jurídico que rige su sociedad, pues con ello, no se cumple con la función del derecho penal, que a su vez es el medio del cual el estado se vale como última opción para garantizar la paz, seguridad y bienestar social, ya que todo lo contrario protegería a los desadaptados sociales que niegan el derecho y atentan contra la seguridad no solo jurídica sino social.

Por ello creemos, que pudiera ser extinguido este particular requisito que la ley exige como elemento integrador de la Legítima Defensa y que se refiere a la " racionalidad de los medios empleados", debiendo realizarse un exhaustivo estudio sobre como ha de lograr establecer ciertas limitantes a los actores de un caso de Legítima Defensa, aún cuando no debe olvidarse que la ley prevé una serie de requisitos, que a la vez resultan ser limitantes a los actores de la Legítima Defensa, y que permiten asegurar, que solo sea justificada una conducta, cuando verdaderamente se trate de un caso de Legítima Defensa, dado que actualmente exige la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, para tener por cabalmente integrada la figura jurídica de que se habla, lo siguiente:

- a).-Que se repela una agresión real.
- b).- Que la agresión sea actual o inminente.

c).- Que sea sin derecho.

d).-Que la repulsa sea en protección de bienes jurídicos propios o ajenos.

e).- Que exista necesidad de defensa.

f).- Racionalidad de los medios empleados. (optamos por su posible extinción)

g).- Que la agresión no sea provocada dolosa e inmediatamente por el agredido, o de la persona a quien se defiende.

Pensamos que a excepción del requisito de la "racionalidad de los medios empleados" son eficaces y suficientes para asegurar el cabal surgimiento de la justificante, pues creemos que cada uno de los requisitos antes señalados, constituyen requisitos y limitantes, que aseguran que los actores de la Legítima Defensa, no se excedan en los límites de lo necesario, al momento en que repelen la agresión que debe además revestir todas la exigencias legales, por las razones que a continuación se mencionan:

Se han referido los requisitos que nuestra legislación penal actual contempla para que cobre vida jurídica la Legítima Defensa, sin embargo de nueva cuenta los enumeraremos, tratando de explicar el porque creemos que a excepción de el que se refiere a "la racionalidad de los medios empleados", son suficientes para garantizar que la conducta de un sujeto que cumple con estas exigencias debe ser justificada por la ley, comenzaremos por:

1).- La repulsa debe ser en contra de "una agresión real", lo que implica que toda repulsa debe ser contra una agresión que exista, que sea material, etc., no dando cabida entonces a la repulsa de conductas imaginarias, ficticias, en otras palabras irreales, pues de revestir la supuesta agresión una mera apreciación de carácter subjetivo en el actor, impedirá esto, que la justificante cobre vida jurídica" como una Legítima Defensa real" y dependiendo de las circunstancias de caso en concreto pudiera surgir una figura jurídica diversa como lo es "una defensa putativa", no produciendo está los efectos justificantes de la conducta, al destruir la antijudicialidad, sino que podría se causa de inculpabilidad, o tal vez dar origen a una "culpa".

2).- La agresión debe ser "actual o inminente", que asegura que la repulsa sea en contra de conductas agresivas que ocurren o están ocurriendo en el preciso momento en que se repele o, en su caso en contra de agresiones que son inminentes, esto es, próximas, inmediatas a ocurrir, lo cual no permite la repulsa de conductas agresivas, pasadas o futuras, pues de acuerdo a la ley, deber revestir la agresión el carácter de presente e inmediata.

3).- La agresión debe ser "sin derecho", lo que exige que ésta sea contrario al orden jurídico, y sin el consentimiento de la persona agredida, en otras palabras que la agresión se ilícita, lo que no permite, el argumento de que actúo en Legítima Defensa, cuando se repelió una conducta considerada como agresión, cuando está se origino en un deber, obligación, mandato, o cualquier otra característica que dieran a la agresión el carácter de lícita.

4).- Que se repela la agresión en "protección de bienes jurídicos propios o de terceros", lo que elimina la posibilidad de amparar una conducta en la que se repelió una supuesta agresión, en donde no existía bien jurídico que proteger y por ende no podía representarse la agresión un peligro o una lesión de bienes jurídicos, excluyendo asimismo, la posibilidad de justificar las conductas de aquellos que por capricho realizaron conductas supuestamente defensivas, lesionando los bienes jurídicos del supuesto agresor, y que argumentan en su favor el amparo de la Legítima Defensa, pues no podía este repeler una supuesta agresión, cuando no representaba ni siquiera peligro de lesión a los bienes jurídicos propios o de terceros.

5).- Que exista "necesidad de la defensa", con lo que se extingue la posibilidad de que el autor, realice la repulsa violenta de conductas agresivas, cuando esta no es necesaria, esto es que el autor, actúe en forma excesiva lesionando un bien jurídico que no era necesario sacrificar para salvaguardar los propios, consideramos que con este requisito legal se satisfacen las necesidades de asegurar que el autor no emplee defensas innecesarias, reacciones defensivas que van más allá de lo que era necesario para salvaguardar bienes jurídicos propios o de terceros, limitando con ello a los autores a excederse en sus actos, pues de hacerlo así, su conducta no se ajustaría a los requisitos legales para ser amparada por la figura jurídica de la Legítima Defensa, y dependiendo de las circunstancias, con el actuar del autor se cometerá un delito, si se prueba que no existía ninguna necesidad de realizar actos lesivos para repeler una supuesta agresión, o en su caso se atenderá a figura jurídica de "el exceso en la Legítima Defensa", cuando se acredite que aun cuando era necesario la realización de actos defensivos para repeler una agresión, no eran necesarios en la magnitud en que se ejecutaron, pues, el peligro a que se estaba expuesto no representaba la necesidad y magnitud de la defensa empleada, por ende, sin importar los medios que se utilizaron para repeler la agresión, habrá de atenderse a si era o no necesaria la magnitud de la defensa empleada para salvaguardar el bien jurídico que se vio amenazado, con lo cual se hace innecesario el requisito de "la racionalidad de los medios empleados".

6).- Que la agresión no sea provocada dolosa e inmediatamente por el agredido o por la persona a quien se defiende, lo que implica con este requisito se excluye cualquier posibilidad de justificar la conducta de un sujeto que con un fin diverso al "animus defendendi", actúa, pues la ley exige que no existe provocación suficiente dolosa por parte del agredido, en tal virtud si un sujeto determinado solamente causa mediante una provocación suficiente la reacción defensiva de otro sujeto el primero de estos de ninguna manera puede argumentar la defensa legítima, pues su acción es inmoral y tenía fines distintos a los que por naturaleza la justificante en comento protege, de igual manera si bien la ley señala que no debe existir provocación dolosa suficiente por parte de la persona a quien se defiende, en lo relativo a la defensa de terceros cabe hacer mención que puede darse el caso en que efectivamente el tercero a quien se defiende haya provocado la reacción defensiva de aquel que lo agrede, y en este caso el tercero que defiende a aquel, debe desconocer que el agredido dolosamente causó la agresión defensiva del agresor, pues si el sujeto que posteriormente argumenta en su favor la Legítima Defensa, tuvo en algún momento conocimiento de que el tercero a quien defendió había causado la reacción agresiva de su opositor, en consecuencia nunca podría hablarse aquí de que la justificante en cita cobrara cabalmente vida jurídica, en tal virtud en los casos en que se defiende a terceros, o bien no debe provocarse dolosa y suficientemente por el sujeto a quien se defiende la reacción agresiva, o en su defecto de suceder que aquel tercero a quien se defiende causa dolosa y suficientemente la reacción agresiva, el autor de la defensa en favor de

este tercero no puede por ningún motivo tener conocimiento de dicha provocación causada por su defendido y aún así solicitar el amparo de la justificante en comento, pues aún cuando así lo pretendiera no se daría este particular requisito impidiendo el surgimiento cabal de la Legítima Defensa, por ello consideramos que con este requisito se impide la protección de la ley bajo la presencia de la Legítima Defensa de conductas bastardas que no son ejecutadas por los sujetos con intereses legítimos de defender en contra de agresores fuera de la ley, bienes jurídicos propios o de terceros, pues no puede el derecho tampoco proteger bajo la justificante a conductas desplegadas por odio, rencor, o alguna otra causa bastarda que un sujeto aproveche para causar un mal en un tercero provocándole dolosa y suficientemente la reacción agresiva y posteriormente argumentando aquel que causo la agresión la Legítima Defensa.

7).- Por último hemos de hablar de un elemento, que aún cuando no se encuentra integrado físicamente en la descripción legal de la Legítima Defensa, que nuestro Código Penal contempla en la fracción IV del artículo 15, ha sido aceptado por la doctrina como por la jurisprudencia jurídico-penal, como requisito de la justificante y que se trata precisamente de un elemento de carácter subjetivo que lo es el "animus defendendi o animo de defensa", que implica que el autor de una defensa, debe tener al momento en que repele la agresión que se presenta con todas sus exigencias legales antes citadas, " el animo de defensa", lo cual se ha dicho el legislador no plasmó en la definición legal de la figura jurídica, siendo a nuestra humilde opinión, necesario, para que de esta manera se encontrara completa la descripción legal de lo que es la Legítima Defensa, comprendiendo en dicha descripción todos sus elementos configurativos, tanto de carácter objetivo, como subjetivo, ya que como se ha referido, tanto la doctrina como la jurisprudencia, ha reconocido a este elemento como integrador de la citada justificante, lo que hace necesario su adhesión a la descripción legal de la Legítima Defensa. Por otra parte hemos de señalar que siendo "el animo de defensa en el autor al momento de repeler la agresión" un elemento actualmente necesario para que cobre vida jurídica la Legítima Defensa, también diremos que a nuestro criterio, con este requisito la ley se asegura de que las conductas defensivas que lesionan bienes jurídicos del agresor, deben ser legítimas, pues al requerir que el autor tenga en animus defendendi al momento de actuar, con ello elimina la posibilidad de justificar conductas que no fueron dirigidas por el autor con un fin lícito, pues no puede el derecho justificar conductas con intenciones bastardas, que no fueran dirigidas finalísticamente a la salvaguarda de bienes jurídicos amenazados, y con el único animo de defender legítimamente estos bienes jurídicos, siendo esta otra de las razones por las cuales consideramos que no puede el derecho, sancionar a un sujeto que se vio en la necesidad de ejecutar actos violentos en contra de su agresor, tomando como base la magnitud o entidad del daño causado por la repulsa, pues con ello se estaría olvidando que no es el resultado dañino lo relevante para el derecho penal, sino que de acuerdo a la teoría de la acción final, es relevante la dirección que desde el interior de su ser, un sujeto, plenamente sano mentalmente y por ende imputable, da a su actuar material, por ello, si el autor de la defensa, desde el momento mismo en que se presentó la agresión y todos sus requisitos legales que pusieron en peligro bienes jurídicos propios o de terceros y que hacían necesario el empleo de actos lesivos para su salvaguarda "defensa", y además de ello, éste actúa impulsado por el legítimo ánimo de defensa, debe entonces el derecho justificar el actuar lesivo del autor, sin mayor obstáculo que asegurarse que se han reunido todos los elementos integradores de la Legítima Defensa y que en consecuencia ésta ha cobrado vida jurídica plena, amparando la conducta del autor y, en consecuencia eximiéndolo de cualquier sanción penal por no constituir su conducta "delito".

En los términos antes precisados creemos que la definición legal de Legítima Defensa que pudiese contener el párrafo primero de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, pudiera ser la siguiente;

Artículo 15.- El delito se excluye:

IV.- Cuando con el ánimo de defensa, se repela una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa, y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

3.6.- LA DEFENSA EXCESIVA, LA DEFENSA EXCUSABLE, Y LA DEFENSA PUTATIVA.

DEFENSA EXCESIVA

Como es sabido es únicamente Legítima Defensa cuando concurren todos y cada uno de las exigencias a que la Ley hace referencia en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, pues a falta de una de dichas exigencias quedaría incompleta y por ende inoperante, tal es el caso de la ausencia de una agresión creadora de una situación de peligro que ocasione en el sujeto la reacción defensiva ejecutando en consecuencia actos lesivos para salvaguardar bienes jurídicos propios o de terceros, pues si se carece de dicha agresión o de cualquier otro elemento constitutivo de la Legítima Defensa será inoperante ésta y la conducta del que ejecuto los actos supuestamente defensivos, resultará antijurídica por haber lesionado intereses ajenos, y de igual manera ofenderá los ideales valorativos de la sociedad o comunidad.

Sin embargo puede acontecer que aún cuando en el caso en concreto se presenten todos los elementos constitutivos de la Legítima Defensa, y que el sujeto este obligado a ejecutar los actos lesivos para repeler la injusta agresión y salvaguardar con ello los bienes jurídicos sean propios o ajenos, y sin embargo este rebasa los límites que el ordenamiento jurídico considera legítimos en la defensa, lo que de acuerdo a nuestra legislación, el actor de un exceso en la defensa se haría merecedor de sanción penal, aún cuando ésta fuera atenuada por la propia naturaleza en que aconteció, tal y como lo refiere el artículo 16 del Código Penal, que dispone "al que se exceda en los casos de la Legítima Defensa ... se le impondrá la pena del delito culposo".

De ésta manera debe considerarse que si el agente supera los límites dentro de los cuales la Ley le permite defenderse surgirá en consecuencia una defensa excesiva, pues éste ha rebasado los límites a que estaba condicionada la justificación de su conducta.

Este tema, sin embargo ha representado una situación que ha creado confusión en no pocas ocasiones entre los funcionarios que tienen como encomienda la impartición de justicia, pues ¿desde que punto de vista hay que observar cuando un sujeto se excedió en la defensa?, esto al igual que el tema de " la racionalidad de los medios empleados en la Legítima Defensa" resulta muy interesante, pues, se incursiona nuevamente en la polémica de si hay que observarse dicho exceso desde un punto de vista objetivo, subjetivo o tal vez mixto, situación que no ha sido contemplada por nuestra legislación y creemos que tampoco por los estudiosos del derecho, pues, el exceso en la Legítima Defensa, es basado principalmente en situaciones en que el actor, no hace uso racional de los medios que emplea al ejercer la defensa, sin embargo, como hemos apuntado anteriormente, no ha sido precisado el concepto y contenido de la expresión "racionalidad de los medios empleados", y a consecuencia de ello, no consideramos posible o factible, que se pueda hablar de que cuando un sujeto emplea medios incluso de mayor potencialidad lesiva que los utilizados por su agresor al momento de la injusta agresión, haya por ese hecho rebasado los límites que la ley exige se cumplan para amparar su conducta mediante la justificante, pues incluso puede surgir, que los medios utilizados por el agresor no fuesen proporcionales a los empleados por el actor de la defensa, pero que los mismos fueron eficaces para lograr la repulsa del ataque, empero de adoptar el criterio de aquellos que consideran que el problema de la "racionalidad" radica en la equidad de los medios o armas utilizadas por el agresor y por el actor de la defensa, de ser así, en el caso antes citado no podría surgir la Legítima Defensa, por no haber existido proporcionalidad en los medios empleados en los sujetos; es este solo un ejemplo de lo que pudiese causarse con la incertidumbre en que actualmente nos encontramos, pues como se ha dicho dependerá también en el caso de "el exceso en la Legítima Defensa", la posición que el juzgador adopte, respecto de la "racionalidad de los medios empleados", para resolver si existió o no exceso en la Legítima Defensa, lo cual nos parece ilegal.

Pensamos, que este problema pudiera tener solución sin internarnos en el requisito de la " racionalidad de los medios empleados en la Legítima Defensa", pues consideramos que debe atenderse no a la racionalidad de los medios empleados sino más bien a una "necesidad racional de la defensa empleada" en donde habrá de apreciarse no una racionalidad relativa a "los medios empleados", sino a "una racionalidad de la defensa empleada" lo que consideramos distinto, pues incluso puede acontecer que el agresor use como se ha referido objetos de mayor potencialidad lesiva que el que se defiende, o viceversa que el actor de la defensa sea quien haya utilizado objetos de mayor potencia lesiva, pero no por ello necesariamente éste se haya excedido en la defensa, pues como hemos dicho no es preciso que los objetos o medios empleados por uno o por otro sean de la misma potencialidad lesiva, pues en el caso en que sea el actor de la defensa quien haya utilizado los de mayor potencialidad, deberá atenderse no si hubo racionalidad de medios empleados, sino si existió necesidad racional de la defensa que emplee el actor, pues aún cuando era este quien portaba armas u objetos más peligrosos, puede sin embargo, haber utilizado los mismo en la medida de lo necesario y racional, como ejemplo a esto se nos ocurre señalar un caso que no en pocas veces podría acontecer y es el siguiente:

"un sujeto que porta una arma de fuego camina tranquilamente por una avenida solitaria, cuando repentinamente es sorprendido por dos sujetos que inmediatamente manifiestan su intención de asaltarlo acometiendo a manifestarle " no te muevas esto es un asalto" ante la inesperada situación en que se encuentra el sujeto que porta el arma y al percatarse que los sujetos portan en sus manos " rocas", éste saca el arma de fuego y dispara en

contra de uno de los sujetos lesionándolo, y el segundo de los sujetos lejos de amedrentarse por la reacción defensiva del que dispara, persiste en su intención lanzándose contra el sujeto del arma y éste último dispara nuevamente ahora realizando un tiro certero matando a su agresor", como podrá apreciarse en este ejemplo, no exista de ninguna manera paridad en los medios empleados los sujetos del ejemplo, pues mientras los agresores portaban "rocas", el actor de la defensa portaba "una arma de fuego", de mucho mayor potencialidad lesiva y no por ello podemos decir que existió "exceso en la Legítima Defensa, pues objetivamente existió la necesidad de la defensa, y también existió racionalidad de ésta, pues el primer disparo el actor lo realizó solo para pretender cesar la agresión de que era objeto, empero ello solo logra que otro de los sujetos enfureciera y se lanzara sobre el que dispara, no dando tiempo al actor de la defensa a racionalizar un segundo disparo logrando matar a su agresor, pues ante la situación de peligro en que se encontraba no tuvo el menor tiempo para meditar (lo que ya es mucho pedir) su acción defensiva, y sin embargo no habría a nuestro parecer a pesar de la gran diferencia en los medios y armas empleadas "exceso en la Legítima Defensa " ya que existió necesidad de la defensa en el primer disparo fue racional la defensa empleada y si bien en el segundo disparo el actor causa la muerte de su agresor, no puede exigir el derecho situaciones extremas que finalizarían poniendo a los autores de la defensa como verdaderos mártires, pues en la situación de apuro en que se encontraba el defensor, no se le puede exigir que se detenga a meditar y racionalizar sus actos con los que no hace más que proteger sus bienes jurídicos. Por otra parte si bien, los agresores tenían solo la intención de "robar" y el que se defiende causa resultados o lesiona bienes jurídicos de mayor entidad, no puede hablarse aquí, que ante la disparidad de los bienes jurídico lesionados, hubo "exceso en la Legítima Defensa", pues debe recordarse que todos los bienes jurídico tutelados por la ley son susceptibles de defensa, por lo que no es debido sancionar a quien solo se defiende, pues de ser así, el derecho como lo hemos ya dicho protegería al delincuente que con su actuar agresivo, hace una negación del derecho y no al ciudadano que ante la situación de peligro en que es colocado, es obligado a reaccionar dañinamente en contra de su agresor, pero que con ello realiza no una negación del derecho como en el caso de su agresor, sino una afirmación del mismo, lo que de ninguna manera lo hace merecedor de sanción alguna.

DEFENSA EXCUSABLE Y DEFENSA PUTATIVA.

Se ha referido que la Legítima Defensa real se ha caracterizado en nuestra actual legislación Penal Mexicana, como una causa de Justificación fundada en la necesidad de reacciones lesivas, ocasionadas o nacidas de la real presencia de una agresión ilegítima, también se ha referido que como justificante no interesa como en un principio se creía a la culpabilidad, sino que es una figura jurídica que excluye a la antijuridicidad, sin embargo existe otro tipo de defensas que por sus propias características han sido en ocasiones denominadas por diversos autores como "EXCUSABLES", ello debido a que su estudio como eximente de pena, se basa en el "elemento subjetivo" que interesa a la culpabilidad, tratándose en estos casos de la aplicación de los principios generales del "error" tal es el caso de la denominada "DEFENSA PUTATIVA" ó "DEFENSA SUBJETIVA" como algunos otros la llaman considerada como causa de exclusión de la culpabilidad, esta se ha distinguido de la Legítima Defensa real por ser la última una causa de exclusión de la antijuridicidad y la Defensa Putativa una causa que elimina no a la antijuridicidad, pero si la culpabilidad.

Se ha concluido que la Defensa Putativa pertenece o se incluye a lo que el Derecho y la Jurisprudencia conocen como "error", pues es sabido que la Defensa Putativa nace cuando el autor creyéndose erróneamente en situación de legítima defensa, equivoca respecto a la significación jurídica de su propia acción, pues este cree que su acción esta permitida por el Derecho, cuando en realidad no hay justificación y en consecuencia su acción sigue siendo contraria a derecho.

Respecto de esto Gonzalo Rodríguez Marullo refiere que "el error sobre los elementos de una causa de Justificación puede revestir tres modalidades:

- a).- Error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.
- b).- Error sobre los límites de una causa de Justificación legalmente prevista; y
- c).- Error sobre la existencia de una causa de justificación que la ley no admite.

Refiere el autor que en los últimos casos se yerra sobre el alcance o existencia de una norma (error de valoración o de norma), y manifiesta que en el primero de los casos el autor yerra sobre los presupuestos fácticos (error de hecho) de una causa de justificación legalmente reconocida.⁴⁶

Por otra parte para Jiménez de Asúa, la Defensa Putativa surge " cuando el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se haya ante un simulacro".⁴⁷

Por su parte Fernando Castellanos Tena, refiere que " En la defensa putativa la culpabilidad esta ausente por falta del elemento moral del delito, en función del error esencial de hecho. La actuación del agente es antijurídica, porque por hipótesis, no existe la causa real motivadora de una justificación (esta observación vale para todas las eximentes putativas), que en el caso sería la agresión actual, violenta, injusta, etc.; en tales condiciones, la conducta no puede quedar legitimada por ser objetivamente contraria a derecho; pero no es culpable por ausencia de la rebeldía subjetiva con el orden jurídico".⁴⁸

Por otra parte la Teoría Finalista de la acción, considera que el dolo no comprende la conciencia de la antijuridicidad y se limita al conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo de injusto, de esta manera resulta que el error de tipo invencible excluye el dolo pero puede suceder que el error se vencible si esto ocurre existirá delito culposo que dará origen así mismo a una responsabilidad culposa mientras que el error de prohibición deja subsistente el dolo, pues el autor obra con pleno conocimiento de las circunstancias objetivas del tipo, pero en el caso el error no vencible dejara subsistente e intocada la existencia de un delito doloso y solo permitirá dependiendo el caso es concreto atenuar la pena ante la posibilidad e una responsabilidad disminuida, pero si el error es invencible excluirá totalmente la culpabilidad.⁴⁹

(46) Rodríguez Morullo, Gonzalo La Leguina Defensa real y putativa en la Doctrina penal del Tribunal Supremo. Edit. Civitas, madrid, 1976, pag. 76, 77.

(47) La Ley y el Delito ob.cit. pag. 50"

(48) Castellanos Tena Fernando. La culpabilidad y su Aspecto negativo, Revista Jurídica Veracruzana, Núm. 1, Pág. 45, Marzo de 1957.

(49) Hans Welzel, La Teoría de la Acción Finalista, Edit. Depalma, Buenos Aires 1951.

Como se ha referido en la actualidad la Defensa putativa ha sido calificada tanto por el Derecho como por la jurisprudencia como un supuesto de error de prohibición que no concierne a la antijuridicidad y solo tiene relación jurídica con la culpabilidad.

Finalmente diremos que la Defensa putativa así como las eximentes de este carácter, surgen cuando el sujeto se representa en su mente la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos que se requieren en la Legítima defensa real de acuerdo a la ley, sin embargo su creencia es falsa pues acontece que la agresión es sólo imaginaria, puede acontecer también que el autor este en la creencia errada de que la defensa que empleo para repelerla es racionalmente necesaria o que el autor tenga la creencia de que no hubo provocación suficiente de su parte, en sí la defensa putativa exige ante todo que el error del sujeto sea "racional y fundado", lo que presupone la existencia de Circunstancias Objetivas que también podrían inducir al error al común de los hombres de la misma esfera que el autor, por ello si el error del sujeto no es "racional y fundado" esta eximente de responsabilidad debe descartarse.

Como esta excluyente de responsabilidad se basa en un "error", existen otros requisitos necesarios para el cabal surgimiento de esta figura jurídica, que consiste en determinar si el error bajo el que actúo el autor era o no vencible, sin embargo puede acontecer también, que aun cuando el error no hubiese sido vencible para la generalidad de los hombres de la misma condición del autor, pudo desde el ámbito personal del autor ser vencible para este, y si así aconteciera esto impediría que quedara excluida su culpabilidad, como acontecería en el caso de que el error fuera invencible, surgiendo en su caso una responsabilidad penal de autor a título de Culpa.

CAPITULO IV

Es siempre importante el observar que en la vida real no siempre se producen conductas lisa y llanamente reprobables de una injusta agresión; pues en muchas de las veces se presentan complicaciones, que representan verdaderos problemas a solucionar, de esta manera se crean diversos cuestionamientos sobre la problemática que constituye el dar solución a casos en concreto, sobre si es o no procedente la justificante de la Legítima Defensa, o si de alguna manera se rebasan los límites o parámetros que ésta requiere para que pudiera hablarse de una auténtica defensa legítima, dado lo anterior se hará mención a alguno de los problemas de mayor cuestionamiento en el ámbito jurídico-penal.

4.1.- LEGÍTIMA DEFENSA DE INIMPUTABLES.

Ha sido cuestionable si es procedente o no la Legítima Defensa ejercida por un inimputable, respecto a esto algunos autores refieren sus posiciones, como en el caso de Giuseppe Maggiore, que sostiene que la reacción de un loco, aunque sea defensiva no es Legítima Defensa, que la conducta del

loco equivale a la acción de un perro que muerde las pantorrillas de quien lo golpea. 1

Por su parte Quintano Ripoles esgrime que "no debe operar sólo la causa de inimputabilidad, por ser injusto atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que guía a su vez a enriquecer al agresor injusto; y que debe optarse por la Legítima Defensa, porque el enajenado si bien es incapaz, es un hombre dotado de instintos y reacciones vitales a quien la Ley debe todas las garantías posibles de protección". 2

En este sentido creemos que si se parte desde el punto de vista de la objetividad en la antijuridicidad podría ser admisible la defensa legítima de aquél que se encuentra bajo un trastorno mental (inimputable), pues debe considerarse que la conducta de éste podría ser desvalorada desde un punto de vista objetivo dándose en consecuencia la calificación de justa al repeler una agresión real o inminente, pues de ésta manera su actuar se encontraría amparado por los elementos objetivos de la justificante.

Sin embargo no debe olvidarse que la Legítima Defensa se encuentra constituida de elementos tanto objetivos como subjetivos o psicológicos, por lo que si se toma en consideración que el inimputable carece sea parcial o permanente de las condiciones volitivas o cognitivas adecuadas para comprender el hecho o acontecimiento que lleva acabo, en tales circunstancias no debe olvidarse que la justificante contiene como uno de sus elementos psíquicos esenciales el que el sujeto injustamente agredido, actúe con el ánimo de defensa (animus defendendi), pues si en el caso en que el defensor desplegara su acción con cualquier otro ánimo distinto al de defensa, ello impediría el nacimiento perfecto de la justificante, de ésta manera es por demás cuestionable si debe o no aceptarse como legítima defensa la reacción de un inimputable ante una agresión injusta, pues si bien se reúnen los elementos objetivos de la justificante, dadas las características del incapaz, no es posible que éste tenga el conocimiento pleno o capacidad de comprensión del acontecer de los actos agresivos en su contra, y mucho menos resultaría factible pensar que el inimputable fuese capaz de actuar con el ánimo de defensa, pues no se encuentra en condiciones psíquicas, para comprender la magnitud del concepto de defensa, por ello consideramos que no es susceptible hablar desde el punto de vista conceptual de Legítima Defensa ante la reacción de un inimputable, pues, para que ésta figura pudiera surgir cabalmente, requiere de su estructuración mediante sus elementos tanto objetivos ó materiales como subjetivos o psíquicos.

Sin embargo este tema es generalmente silenciado en la doctrina por considerarlo evidentemente superfluo, señalando que en realidad, no existe ninguna base para negar la Legítima Defensa del enajenado o de niños, empero Giuseppe Magiore al igual que Manzini opinan que se trata de una causa de inimputabilidad, sin embargo al decir de Quintano Ripoles quien vislumbra la injusticia material a que llevaría tal solución, esto es de condenar al inimputable a la reparación del daño ya que con ello se beneficiaría al agresor injusto, lo que resultaría absurdo, en tales circunstancias creemos que tomando en consideración los elementos constitutivos de la justificante sobre todo aquellos psíquicos

(1) Derecho Penal, Edit. Temis, Tomo I, Pág. 407, Bogotá 1954.

(2) Comentarios al Código Penal, Tomo I, Pág. 107

no sería posible a nuestro parecer la aparición de la Legítima Defensa ante la reacción de un inimputable, sin embargo desde el punto de vista natural lo procedente sería otorgar la Legítima Defensa de concurrir todos sus elementos materiales, lo que sería conveniente también desde la perspectiva Político Criminal, pues si se toma en consideración que uno de los fundamentos de la Legítima Defensa es "que ninguna necesidad puede transformar a la Justicia en Injusticia, y que la necesidad carece de ley, en otras palabras como en el momento de necesidad, la Ley no puede obrar eficazmente resultaría obvio pensar entonces que no puede la pena ejercitar ninguna influencia debiendo permanecer el hecho impune".

De igual manera si partimos del fundamento que diversos autores como Luzón Peña refiere en señalar que la Legítima Defensa es un derecho natural y tan antiguo como el hombre, así como la concepción de que la defensa se enraiza en algo tan profundo como el instinto de conservación del hombre, ello da principio a que como diversos autores han considerado la admisión de la defensa citando que esta no precisa fundamentación ya que su fundamento es prácticamente evidente, desde este particular punto de vista sería factible referir la procedencia de la Legítima Defensa del inimputable, cuando como se ha dicho se presentaran los elementos objetivos constitutivos de ésta y además evidentemente el inimputable actuara únicamente por el instinto de conservación, en fin no se ha definido en forma precisa si debe o no tenerse por procedente la Legítima Defensa en casos en que el autor de ésta es inimputable, situación que debería de ser considerada por el legislador como en la jurisprudencia.

Otro de los problemas que se han cuestionado es precisamente si debe o no ser procedente la Legítima Defensa en contra de la agresión de un inimputable, al respecto se ha referido con anterioridad que creemos que no debe condicionarse el surgimiento de la Legítima Defensa a que la agresión que se repele sea meramente de índole dolosa, pues con ello se limitaría el derecho a ejercer la Legítima Defensa en verdaderos casos de ésta, subjetivizando el actuar del sujeto que ejerce la repulsa de la agresión, pues de exigirse que la agresión ilegítima ha de ser meramente dolosa, pensamos se exigiría al que repele la agresión el de tenerse para asegurarse si el sujeto que lo agrede es capaz de dolo o capaz de comprender el querer lesionar un bien jurídico, lo que no es de ninguna manera factible, pues debe considerarse que nuestra legislación actual requiere únicamente que la agresión sea ilegítima lo cual nos parece acertado, pues ha de requerirse únicamente que la agresión que se repele sea antijurídica por lo que tomando en cuenta la objetividad de la antijuridicidad y partiendo desde estas bases, consideramos que la conducta desplegada por cualquier ser humano si bien puede ser no culpable puede ser a la luz del derecho antijurídica, razón por la cual no debe existir duda sobre si es procedente la Legítima Defensa en contra de conductas agresiva inimputables, pues debe bastar que la misma sea objetiva e injusta y no que sea esta dolosa.

De ésta manera debe considerarse que la agresión que se opone al mantenimiento del orden jurídico de cualquier sujeto, ya sea imputable o inimputable constituye una agresión de carácter antijurídica y por ende debe sostenerse que los actos que se ejecutan en contra de cualquier agresión antijurídica cuando concurren los demás elementos integrantes de la Legítima

Defensa, deben ser considerados como integradores de la justificante, aún en el caso en que el agresor sea un inimputables, pues no debe considerarse como requisito integrador de la Legítima Defensa el que la agresión sea dolosa sino que bastará con el hecho de que sea ésta antijurídica, en tales circunstancias consideramos que de ninguna manera debe negarse la Legítima Defensa a aquellos que con el ánimo de defensa repelen una agresión antijurídica, reteniéndose los demás elementos constitutivos de la justificante de los que se ha hablado previamente, por el hecho de que finalmente se comprobará que el agresor era inimputable al momento de su actuar

4.2.- LEGITIMA DEFENSA, CONTRA LEGITIMA DEFENSA.

Tomando en consideración los elementos constitutivos de la Legítima Defensa resulta inadmisibile la procedencia de la defensa reciproca, pues precisaría para ello, que cada uno de los sujetos repeliera una agresión injusta, lo cual resulta burdo, pues no puede ser que las conductas fueran al mismo tiempo jurídicas y antijurídicas.

de igual manera debe recordarse que es exigible por la figura de la Legítima Defensa que no exista una provocación suficiente por parte del que se defiende para que de lugar a una agresión del sujeto que ataca, por lo que de ninguna manera podría hablarse de que el que ejerce violencia sobre otro sujeto, no ha provocado la reacción en su opositor, pues todo lo contrario si toda agresión constituye una provocación, sin embargo ha de ser necesario que la provocación sea suficiente para causar la reacción defensiva por ello resulta claro que siempre que exista provocación suficiente por parte de uno de los que se dicen autores de la Legítima Defensa, no puede argumentarse que el provocó suficientemente haya actuado con motivo de la reacción de su contrario en Legítima Defensa, en dichos términos tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado por la inadmisibilidat de la defensa reciproca, posición a la que nos adherimos, dados los elementos mismos exigibles tanto por la Ley como por la doctrina para la procedencia de la justificante.

4.3.- LEGITIMA DEFENSA, CONTRA DEFENSA PUTATIVA.

Ha sido discutido sobre este particular problema, que representa el definir si es procedente la Legítima Defensa real, contra la defensa putativa lo que es verdaderamente importante, pues consideramos que en la vida real en bastas ocasiones se presenta este tipo de situaciones.

Creemos, que, si el sujeto cree, por error de apreciación o por torpeza de su parte, obrar amparado por la justificante, y bajo de ese error,

ejecuta actos que según éste considera necesarios para repeler una agresión injusta, que realmente sólo resulta imaginaria, acometiendo a agredir a la persona que cree su injusto agresor, entonces debemos de entender que el que resulta realmente injustamente agredido es aquél del que se creyó era injusto agresor, por ende puede desde el marco jurídico repeler la agresión de aquél que solamente en su imaginación se representa falsamente una agresión, de ésta manera si reúnen los demás requisitos de la Legítima Defensa, en aquél que repelió la agresión real su conducta quedará justificada excluyendo en consecuencia la antijuridicidad de la misma trayendo consigo una atipicidad por falta de uno de los elementos del tipo, por lo que el sujeto quedará cabalmente amparado bajo la justificante y en consecuencia absuelto.

Por su parte respecto de aquél que falsamente creyó repeler una agresión, ha de tomarse en consideración que su acción defensiva se encuentra amparado por un error de prohibición, el cual si se acredita que era invencible, lo eximirá de responsabilidad penal, y por el contrario si el error bajo el que actúa era vencible, este será sancionado por culpa, consecuentemente resulta evidente que es procedente la Legítima Defensa en contra de una defensa putativa, siempre y cuando ambas de ellas cumplan con las exigencias legales para que sus respectivas conductas queden amparadas, como se ha dicho por una causa de justificación y por ende de exclusión de la antijuridicidad en el caso de la defensa real, y por una causa de exclusión de la responsabilidad en el caso de aquél que actuó bajo un error invencible, y que de haber sido vencible el error lo llevará a ser sancionado por culpa.

4.4.- LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA.

Desde el punto de vista de los elementos constitutivos de la Legítima Defensa pensamos que es inaceptable la postura de la procedencia de la Legítima Defensa en riña. Asimismo diversos autores se han pronunciado, ya que se debe considerar que los elementos que constituyen a una Legítima Defensa son distintos a aquellos que constituyen la riña, pues ésta en el Derecho Penal Mexicano es sólo una forma circunstancial de la realización de los delitos de lesiones y homicidio.

Como se ha dicho son diferentes los elementos integradores de la Legítima Defensa y de la riña pues por riña de acuerdo a la descripción del artículo 14 del Código Penal se entiende para todos los efectos penales la contienda de obra y no de palabra, entre dos o más personas, es un combate material, una pelea física, una lucha violenta entre dos o mas personas, las cuales intercambian golpes con potencialidad lesiva en su intención; resultando incluso indiferente que los riñosos fracasen en su actitud lesiva o consumen daños de lesiones u homicidio; respecto de la punibilidad la riña no es sino una circunstancia de realización, por lo que es menester la consumación de estos últimos datos en cualquiera de los contendientes, en varios o en todos los contendientes.

La figura de la riña, se compone de elementos objetivos que consisten en el intercambio de acciones lesivas, pero también es componente de dicha figura elementos de carácter subjetivo, el cual ha de consistir en el ánimo (rjoso) o de dirimir sus diferencias mediante actos lesivos, por lo que ello entraña un consentimiento entre los posibles resultados lo que constituye la ratio legis de la atenuación, ya que esto revela el desinterés (de los rjosos) sobre sus vidas y la aceptación de los resultados dañosos que de la riña pudiera derivarse para cada uno de los contendientes.

Por otra parte resulta claro que no siempre el consentimiento es expreso pues también sucede que se puede presentar un consentimiento tácito, e incluso llega a entrefñarse un acuerdo respecto de los contendientes hacia la intensidad lesiva de sus acciones que se proponen a intercambiar, de ésta manera suele suceder que dos sujetos convienen en dirimir un conflicto intercambiando bofetadas y en medio de la lucha repentinamente uno de ellos con una arma de fuego que posea mata a su adversario, por ello aún cuando diversos autores consideran que en este caso no podría hablarse de una riña porque según en ningún momento el occiso aceptó o consintió el empleo del medio empleado por su oponente y que por ende no se presentaba la ratio de la atenuación como lo sostiene Cardona Arizmendi, creemos sin embargo que en el asunto se presentan todos los elementos de la riña, pues los contendientes aceptan en todo momento dirimirse sus controversias, mediante las bofetadas, que claramente resulta una contienda de obra, por otra parte también estos tuvieron el ánimo rjoso pues incluso debe decirse que llegaron al acuerdo de dirimir su controversia, por lo que si bien en el calor de la lucha uno de los contendientes toma el arma y mata a su adversario, debe decirse que desde un principio al haber acordado la solución de su diferencia mediante la contienda de obra, cada uno de ellos tenía conocimiento y aceptó en si los daños materiales o físicos que pudieran derivarse de la lucha, poniéndose ambos en un mismo plano de ilicitud y por ende debe hablarse perfectamente de una riña.

Por el contrario si bien la Legítima Defensa se compone de elementos materiales u objetivos como lo es una contienda de obra, también es cierta que ésta no es a virtud de una aceptación o de la puesta de ambos sujetos en un mismo plano de ilicitud, sino que la contienda es consecuencia de la repulsa de una agresión injusta, de ésta manera, aún cuando como en el caso de la riña en la Legítima Defensa se involucran las contiendas de obra, en ésta como se ha referido es a consecuencia no de que ambos acuerdan dirimir sus diferencias mediante actos lesivos sino de que uno de los contendientes repele del otro una agresión injusta lo que es totalmente diverso a la contienda de obra de que se compone la riña, pues en ésta los contendientes se ponen en un mismo plano de ilicitud acordando la solución de sus diferencias mediante actos lesivos.

De igual manera, como la riña, la Legítima Defensa contiene en su estructura elementos de carácter subjetivo que son totalmente diversos a los de la riña, pues mientras en ésta los contendientes, despliegan sus acciones dañosas con un ánimo netamente rjoso, en la defensa legítima aquel que repele la agresión injusta, ha de actuar con un ánimo totalmente diverso y específico que habrá de consistir en "el ánimo de defensa", pues, de ser que aquél que argumente una Legítima Defensa en su favor, y en el caso en concreto se prueba que efectivamente se dieron los elementos materiales u objetivos de la

justificante como lo es la repulsa de la agresión injusta y sus demás exigencias, pero que aquél que ejerció la repulsa de la agresión al momento de hacerlo, fue impulsado por sentimientos de venganza o de cualquier otra índole que no lo fuese el de el ánimo de defensa, consecuentemente no podrá hablarse cabalmente de que la conducta de éste se encuentre amparada por la justificante, pues faltaría uno de los elementos esenciales de la Legítima Defensa que en el caso lo es de carácter subjetivo y que consiste en que el sujeto que repela una agresión sea impulsado o actúe con el único ánimo o intención de repeler la agresión como medio de defensa.

Citado lo anterior, podemos concluir que toda vez que los elementos constitutivos de las figuras jurídicas de la riña y de la Legítima Defensa son distintos, pues como se ha referido aún cuando en ambos casos se presenta una contienda de obra en la riña es como un acuerdo a dirimir controversias, mientras que en la Legítima Defensa ésta contienda es consecuencia de la repulsa de una agresión injusta, por otra parte respecto de los elementos psíquicos o psicológicos existe una gran diferencia entre ambos elementos de dicha figura, pues en la riña los contendientes los mismos se ponen en un mismo plano de ilicitud, para dirimir sus controversias y actúan impulsados por el ánimo riñoso o de contender, en la Legítima Defensa es totalmente distinto el ánimo que impulsa a ejecutar los actos lesivos, pues han de ser estos ejercidos con el único ánimo o intención de defensa (ánimus defendendi), consecuentemente resulta inoperante que pueda hablarse de la procedencia de la Legítima Defensa en riña o contra una riña.

4.5.- DEFENSA EN FAVOR DE TERCEROS.

Como se podrá apreciar en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, se observa que es Legítima Defensa "cuando se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos...", esta frase "bienes jurídicos propios o ajenos", amplía la posibilidad de ejercer legítimamente una acción defensiva, en el caso en que quien la ejecute no sea el sujeto directamente agredido, no haciendo una distinción la ley entre los sujetos terceros por supuesto a los que se pueda amparar mediante una acción defensiva, pues ello indica que la repulsa sea en contra de bienes jurídicos propios o ajenos, no discriminando entre los tercero que pueden ser beneficiarios de una acción defensiva, así nuestra legislación expresa la posibilidad o la procedencia de la Legítima Defensa en los casos en que un sujeto distinto al agredido sea el que repela la agresión, pero debe señalarse que al igual que en la Legítima Defensa propia, deben concurrir para la procedencia de ésta justificante en favor de terceros todos y cada uno de los requisitos que lo regulan, esto es, el que defiende a un tercero debe actuar impulsado por el ánimo de defensa de aquél del que defiende, y consideramos que si bien pudo haber provocación que causara la reacción de aquél que agrede al tercero el sujeto que ejerce la repulsa de la agresión, a de desconocer que el agredido ha provocado la agresión de que es víctima, pues de tener conocimiento de dicha provocación resultaría inoperante la Legítima Defensa en un carácter de justificación, empero si se reúnen por todos los requisitos exigidos por la Ley operara eficazmente como justificante la Legítima Defensa en favor de aquél que lleve actos lesivos

para repeler aun agresión real, actual o inminente, sin derecho, o que desconozca dicha circunstancia, siempre que exista necesidad de la defensa y desconozca que haya mediado provocación dolosa suficiente por parte del agredido que diera origen a la agresión de la cual es víctima, o que si bien tenga conocimiento de dicha circunstancia, la provocación de existiría no sea ni dolosa ni suficiente, para ocasionar la reacción ofensiva del agresor, consecuentemente dicha circunstancias deberán analizarse en el caso en concreto, en donde habrá de analizarse minuciosamente si la conducta lesiva del que ejecuto los actos defensivos cumple con las exigencias legales para poder entonces quedar amparado en la justificante, de ésta manera, y dado que la fracción IV del artículo citado permite la defensa legítima de terceros, no representa mayor problemática ésta figura, pues ha de cumplirse únicamente para su procedencia con las exigencias legales necesarias y que a la vez son integradoras de dicha justificante.

CAPITULO V FUNDAMENTACION

5.1. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

En el ámbito constitucional, la legítima defensa se encuentra prevista en artículo 10 de nuestra Carta Magna, precisando el citado precepto:

"Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos, tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad (legítima defensa), con excepción de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y, Guardia Nacional. La Ley Federal, determinará los casos, requisitos y, condiciones y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas".¹

Haciendo una breve semblanza a lo anterior diremos que con anterioridad, se había consignado el derecho de los ciudadanos a poseer armas, como es el caso de la Constitución de 1857, en donde de igual manera se legitimaba la posesión de armas a los ciudadanos, derecho que fue retomado por el constituyente de 1917, el origen de este derecho no ha sido causal ya que a través de la historia de nuestro país, esta ha transitado por un sin fin de revueltas y movimientos sociales de gran trascendencia, lo cual impedía que las autoridades competentes tuvieran la posibilidad de brindar la seguridad a la Nación, razón por la cual se consignó el derecho a la posesión de armas con las restricciones y exigencias antes señaladas.

(1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edt. Porrúa. 1994.

Posteriormente al haber entrado en una fase de estabilidad y paz social la libertad de poseer armas fue restringida, así en 1971 el citado artículo fue reformado en el sentido en que la facultad de poseer armas era limitada a los permisos que expedían las autoridades competentes.

5.2. CODIGO PENAL

Por otra parte y por lo que respecta al ámbito del derecho penal la Legítima Defensa se encuentra contenida en nuestras leyes secundarias, en el caso en el Código Penal que en la actualidad contempla ésta figura jurídica como una causa de exclusión del delito y no como una causa de inculpabilidad como anteriormente se manejó, así la fracción IV del artículo 15 del Código Penal señala cuales son los requisitos que deben de cumplirse para que pueda configurarse la justificante en cita, tratándose de casos genéricos de la Legítima Defensa, sin embargo el mismo ordenamiento jurídico establece en su párrafo primero de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, casos específicos de ésta justificante en donde equipara a la Legítima Defensa con situaciones como se ha dicho específicas como a continuación se muestra:

"Se presumirá como Defensa Legítima, salvo prueba en contrario; el hecho de causar daño al que por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, 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," 2

En los casos antes referidos podrá apreciarse que la ley habla de presunciones, mismas que equipara a la Legítima Defensa "juris-tantum", esto es que admiten prueba en contrario.

Sin embargo el hecho de que una conducta determinada pueda definirse bajo cualquiera de estos supuestos libera al que se presume defensor de la carga de la prueba, lo que es contrario en los casos de Legítima Defensa en general, de tal suerte que será el Ministerio Público, el organismo encargado de desmentir a aquél en el caso en que así procediera.

Puede observarse que nuestra legislación actual hace una amplia cobertura mediante la figura jurídica de la Legítima Defensa (como lo refiere Fernando Castellanos Tena), de diversos bienes jurídicos entre los cuales se encuentran:

Respecto a la persona, se protegen los bienes jurídicos, vida, integridad física y corporal, la libertad física y la libertad sexual.

En relación al honor refiere Castellanos Tena el Código hace una confusión al referirse al concepto de honor con el de reputación, refiriendo también que en tratándose de lesiones y homicidio contra los adúlteros la conducta del homicida no puede ser encuadrada en el ámbito de la figura de la Legítima Defensa.

Por otra parte indica el autor que todos los bienes jurídicos patrimoniales, tanto de naturaleza corpórea como incorpórea, así como los derechos subjetivos susceptibles de agresión, quedan protegidos mediante la figura jurídica de la Legítima Defensa.

5.3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS Y PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no se encuentra precepto jurídico alguno regulador de la justificante Legítima Defensa, como ocurre en su artículo 15 fracción IV del Código Penal, sin embargo el Código procesal Penal como es sabido regula el procedimiento a seguir, así como las formalidades en el mismo de tal suerte que en ésta Ley se exige en el artículo 132 los requisitos necesarios para que el Juezador pueda librar orden de aprehensión lo cual sucede con nuestra máxima ley que es la Constitución Política en donde habrán de reunirse los requisitos previstos por el artículo 16 de la Constitución Federal, sucede en igual forma respecto al momento en que el juzgador ha de resolver durante el plazo constitucional la situación jurídica en que un sujeto deberá quedar, en donde deberán de tomarse en consideración el artículo 19 de la misma Constitución.

Por otra parte, como se ha dicho no existe precepto jurídico alguno integrado a la ley procesal que haga una regulación expresa sobre la Legítima Defensa sin embargo también ha de tomarse en consideración que el artículo 122 de dicho Código vigente a la fecha que a la letra reza:

"ARTICULO 122.- El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculcado como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos se encuentran acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

- I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos; y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado la autoridad deberá de constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que la ley señale.

Como podrá observarse el citado artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, hace alusión a todos y cada uno de los elementos del tipo penal (de acuerdo al injusto de que se trate), que deben comprobarse de autos, y de igual manera refiere cuales serán las circunstancias que deberán comprobarse para resolver sobre la probable responsabilidad de un sujeto (siendo que en este caso si hace referencia a que debe acreditarse "si no existe acreditada en favor de un sujeto alguna causa de licitud", lo que quiere decir que si es tomado en consideración las causas excluyentes de responsabilidad en el citado artículo 122 pero de ninguna manera este precepto jurídico indica que ha de analizarse de los elementos probatorios de autos si no existe acreditada una causa de justificación), o como nuestro código actual lo refiere de exclusión del delito, pues si bien es cierto que en un principio la Legítima Defensa había sido considerada como una causa de exclusión de la responsabilidad y causa de inculpabilidad, también es cierto que en nuestra legislación actual, la Legítima Defensa real es tomada como una causa que excluye la antijuricidad, y por ende crea una atipicidad ante la falta de este elemento en un injusto penal, por lo tanto siendo el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales el que marca o señala todas y cada una de las circunstancias en que habrá de comprobarse tanto los elementos constitutivos de un injusto penal como la probable responsabilidad penal de un sujeto, consideramos que no debe omitirse tan importante figura jurídica como lo es la Legítima Defensa real, proponiéndose en consecuencia pudiera ser adicionado el citado artículo en la parte respectiva a la comprobación de los elementos del tipo en donde creemos pudiera incluirse lo siguiente al final de la fracción I párrafo segundo y que consecuentemente le correspondería el inciso "G" en los siguientes términos "... g) que en autos se encuentre comprobado que no obra en favor del o los sujetos una causa de exclusión del delito o de justificación..."; pues de ésta manera se cubriría la omisión en que consideramos la ley incurre al hacer únicamente alusión en el precepto jurídico citado a las causas de inculpabilidad al indicar que habrá de comprobarse que no existe acreditada en favor del sujeto una causa de licitud, ya que la propia ley refiere que esto se tomará en consideración para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, no considerando en ningún momento como se ha dicho las causas de justificación que no destruyen a la culpabilidad sino que desintegran directamente a la antijuricidad, siendo ésta última un elemento esencial de los tipos penales que de no ser comprobada en autos implicaría de hecho una atipicidad que como es sabido ni siquiera permitiría entrar al estudio de la probable responsabilidad del inculpado por resultar a todas luces oscuro puesto que no puede existir una responsabilidad sea probable o plena, de un hecho que no pudo comprobarse constitutivo de un injusto penal; de ésta manera como se ha indicado el Código Procesal Penal del Distrito Federal no contiene creemos disposición jurídica alguna referente a la Legítima

Defensa ni a ninguna otra causa de justificación o de exclusión del delito como nuestra ley Penal Sustantiva lo refiere, sin embargo proponemos ante la vital importancia que en la figura jurídica de la Legítima Defensa pudiese ser implementado el artículo 122 del Código Procedimientos Penales para que las causas de justificación no sólo hablando de la Legítima Defensa sino de cualquier otra que pudiese presentarse en un caso en concreto fuese analizadas desde el momento en que habrá de resolverse por el juzgador la situación jurídica en que deberá quedar el inculpaado, y no esperar hasta el momento de resolver en definitiva en sentencia, para hacer valer o razonar que efectivamente en favor de un acusado se acreditó en su favor la figura jurídica de la Legítima Defensa o en su caso otra causa de exclusión del delito, pues en la actualidad el precepto jurídico multicitado únicamente requiere que sea comprobado que no existe una causa de inculpabilidad, en donde a caso podría introducirse la figura jurídica de la "defensa putativa" que surge como una causa de inculpabilidad, pero nunca podrá incluirse en dichos casos a la figura de la Legítima Defensa real, ya que ésta no es una causa de inculpabilidad sino una causa de justificación que ataca directamente a la antijuridicidad.

5.4 JURISPRUDENCIA

Por su parte ha de señalarse que la Legítima Defensa, ha sido conceptualizada por la jurisprudencia, de diversa forma, para ello, a través de los tiempos se ha tomado en consideración, las teorías y Políticas que en torno a la justificante nacieron, razón por la cual han sido variadas las posiciones de la jurisprudencia, pues ha de recordarse que, se estimaba en sus inicios que la Legítima Defensa, constituía una causa de inculpabilidad y no de exclusión del delito como actualmente es reconocida, por otra parte, se señalaba en la jurisprudencia, los mismos errores que se contemplaban en los códigos penales, uno de estos errores era el que se contuviera la frase " que se repela una agresión actual e inminente", situación que actualmente se ha subsanado, ya que como los grandes estudiosos del derecho lo indican, no puede acontecer que una agresión sea a la vez " actual " y también " inminente ", dado la diferencia significativa de ambas palabras, sin embargo y a pesar de lo antes dicho, es la jurisprudencia, uno de los fundamentos de la Legítima Defensa, ya que es contemplada y definida ésta figura jurídica en la misma, lo cual es sabido, tiene carácter de obligatorio para los órganos de administración de justicia, la observancia y cumplimiento de las diversas tesis jurisprudenciales que como se ha indicado giran en torno a la Legítima Defensa, a pesar de que en algunas ocasiones, estas tesis sean contradictorias, a continuación reseñaremos algunos ejemplos de lo hasta aquí señalado:

1130 LEGÍTIMA
DEFENSA.- no puede hablarse de Legítima
Defensa como excluyente de responsabilidad, si en
el momento de realizar el disparo el procesado, la
agresión había cesado y, al cesar la agresión, había
desaparecido el peligro, por lo que la conducta de
reo no encuentra justificación en la ley y es
antijurídica por constituir un acto posterior de
venganza.

Amparo directo
2398/1958. Juan Pineda Lopez. Septiembre 3
1959. Unanimidad de cuatro votos.

1ª Sala Sexta, Época, Vol.
XXVII, segunda parte, pág. 60.

1134 CAUSA LEGITIMA
 DEFENSA.- Si se sustenta ésta eximente de responsabilidad, en una versión incoherente, es contradictoria e inverosímil, no se violan garantías a un acusado, si se declara inoperante.

Amparo Directo 680/1963.
 Antonio Belman Enriquez. Resuelto 24 de febrero de 1964, Unanimidad de 5 Votos. Ponente Sr. Metro. Mercado Alarcón. Srío. Lic. Ruben Montes de Oca. 1ª Sala, Boletín 1964, pag. 187 (no publicada oficialmente queda como teoría jurídica)

En las jurisprudencias antes referidas se aprecia claramente que la Legítima Defensa, era considerada como una causa de inculpabilidad, ya que se refiere que no puede hablarse de la "Legítima Defensa como causa excluyente de responsabilidad", lo cual se encuentra en nuestros días superado pues de la propia lectura de nuestro código penal se observa que es la misma figura jurídica considerada como una causa de exclusión del delito, reservándose como causa de inculpabilidad únicamente a la "Defensa Putativa", de ésta manera se prueba que a través de los tiempos y de acuerdo a las condiciones jurídicas de cada época han sido variadas las concepciones que se han tenido en la jurisprudencia respecto de la Legítima Defensa, pues con antelación como se ha observado no sólo era considerada como una causa que excluyera la responsabilidad y no el tipo como en nuestros días, sino que en la propia legislación penal se encontraban diversos errores que han sido hoy subsanados, pero como se ha referido sigue siendo la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales de carácter obligatorio para los órganos administradores de justicia, pero resulta lógico que existen tesis jurisprudenciales que a la fecha no pueden tomarse como operantes en los casos en concreto pues por principio de cuentas y como en el caso de las tesis jurisprudenciales antes referidas no puede ser aplicables en la actualidad, ya que en aquél entonces se hablaba de que ésta figura jurídica excluía la responsabilidad y no el delito como actualmente lo refiere el artículo 15 del Código Penal que a la letra reza:

"ARTICULO 15.- El delito se excluye cuando:"

IV.- Se repele una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que existe necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

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

Citado el artículo anterior, se precisa que en la actualidad nuestra legislación penal mexicana, considera a la Legítima Defensa como una causa de justificación de la conducta, que causa la destrucción de la antijuricidad, y por ende del tipo de que se trate, habiéndose superado entonces las anteriores posiciones de la ley y la jurisprudencia, en donde se tomaba a la ahora justificante como una causa de inculpabilidad, que permitía acreditar los elementos del tipo pero no la responsabilidad del autor, lo que en la actualidad sucede, no en la Legítima Defensa real pero sí, en la defensa putativa en donde efectivamente por el error en que se encuentra el autor al momento de su actuar, lo exculpa permaneciendo intacto el tipo penal.

CONCLUSIONES

- 1.- Consideramos, que la Legítima Defensa, es un figura jurídica que puede y debe considerarse no solo, cuando el autor, repele en protección de bienes jurídicos propios o ajenos una agresión de un sujeto capaz de dolo o imputable, sino, debe admitirse sin duda a esta justificante, aun en repulsa de agresiones ejecutadas por inimputables e incluso de aquellas realizadas culpablemente.
- 2.- Creemos que el Estado Mexicano, deja de cumplir con su función de garantizar la convivencia armoniosa entre sus gobernados, pues si bien, para cumplir con dicha función el Estado tiene como último recurso al Derecho Penal, en el caso en concreto, al momento en que en la figura jurídica de la Legítima Defensa, la Ley ha implantado, el requisito de la "Racionalidad de los Medios Empleados", no parece esto estar dirigido a la protección de los bienes jurídicos de los gobernados que en todo momento se desenvuelven dentro del marco legal que rige a su Sociedad, ratificando por ende al derecho, sino, que mas bien, parece que con este particular requisito, se pretende dar protección a los bienes jurídicos de aquellos individuos, que infringiendo las normas legales que rigen la Sociedad de que forma parte, actúa, no ratificando al derecho, sino, haciendo una total negación de este, al ejecutar conductas antijurídicas en contra de algún miembro de su misma Sociedad, obligando a este, contra su voluntad y en protección de sus bienes jurídico o de los suyos a reaccionar en forma agresiva en contra de su agresor, aun, cuando, con su reacción, no hace una negación del derecho como en el caso del injusto agresor, sino, que , se ratifica en el mismo, pues este requisito es a nuestro punto de vista además de innecesario, exagerado.
- 3.- Creemos también, que con el requisito de " La Racionalidad de los Medios Empleados", que actualmente se exige en nuestra legislación penal mexicana, para que pueda surgir o cobrar vida jurídica la Legítima Defensa, se violan las garantías contenidas en nuestra Carta Magna, y se crea un ambiente de inseguridad jurídica entre los miembros de la Sociedad.
- 4.- Proponemos, sea excluido de nuestra legislación penal actual el requisito de la "Racionalidad de los Medios Empleados" pues creemos que, aun sin la existencia de éste, los demás elementos que componen a esta figura jurídica, son suficientes, para garantizar que no será justificada por el derecho ninguna conducta, que conforme a derecho no deba justificarse.

5.- Como hemos señalado, optamos por la extinción de el requisito de "La Racionalidad de los Medios Empleados", pero de ser demasiado drástica la medida que proponemos, consideramos, que al menos, debe legislarse respecto de este especial requisito, enmendar la laguna jurídica que actualmente existe respecto de esta.

6.- Toda vez que discrepamos con nuestra legislación penal actual, por exigir esta el requisito de "La Racionalidad de los Medios Empleados en la Legítima Defensa", creemos, que no debe de ser tomado este requisito, como punto de partida para resolver, si en un caso en concreto, el autor de una defensa, se excedió o no en la misma.

7.- Consideramos que si el requisito del "animus defendendi", o ánimo de defensa ha sido aceptado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como integrador de la legítima defensa debe este plasmarse en la descripción legal que el legislador hace en nuestra legislación penal actual.

8.- Toda vez que optamos por la exclusión del requisito relativo a la "racionalidad de los medios empleados" y que sugerimos sea anexado a las descripción legal e la legítima defensa "el ánimo de defensa" como requisito, consideramos que la fracción IV del artículo 15 del Código Penal pudiera ser en la siguiente forma:

ARTICULO 15.- El delito se excluye;

IV.- Cuando con el ánimo de defensa se repela una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

BIBLIOGRAFIA

- Castellanos Tena Fernando, lineamientos elementales de derecho penal, edit. Porrúa, México 1991.
- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal Parte General -4º Edi. Edit. Bosh. Barcelona 1967. Tomo II.
- Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano, 4º Edi. México 1956. Tomo II.
- Claus Roxin, Política Criminal y Sistema de Derecho Penal. Barcelona 1972.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Porrúa. México 1994
- Código Penal para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal. Edit. Andrade, México 1996.
- Carrara Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Vol. Y. Edit. Reus. Madrid 1925.
- Donha Graf Zu. La Estructura del Delito.
- Diccionario Enciclopédico. Gran Sopenat. Tomo II. Edi. Raoman Sopena S.A. Grolier International. Inc. Barcelona 1994.
- Edmundo Mezguer, Tratado de Derecho Penal, Tomo 1, Madrid 1955.
- Fran Von Litz. Derecho Penal Tomo II. 2º. Edi. Madrid 1917.
- Fran Von Litz. Tratado de Derecho Penal Tomo II. Edit. Reus. 20º Edit. Alemana. 3º Edi. Española. Madrid, 1929.
- Fontan Balestra, Tratado de Derecho Penal. Edit. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1990.
- Gomez Eusebio. Tratado de Derecho Penal . Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires. 1939. Tomo 1.
- Gómez Benitez. Teoría Jurídica del Delito, 1º Edi. Edit. Civitas, Madrid, 1984.
- Giuseppe Magiore. Derecho Penal, Edit. Ternis. Bogota, 1954.
- Hans Welzel, Derecho Penal Aleman, Edit. Jurídica de Chile 1917.
- Hans Welzel, La Teoría de la Acción Finalista, Edit. Depalma, Buenos Aires 1951.

- Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Edit. Bosh . Barcelona 1978.
- Jiménez de Asúa Luis, *La Ley y el Delito*, Edit. Hermes. Buenos Aires 1963.
- Jiménez de Asúa Luis, *Psicoanálisis Criminal*, 4° Edi. Edit. Losada 1947.
- Jiménez de Asúa Luis, *Adiciones al Programa del Curso de Derecho Criminal de Carrara*, Edit. Reus, Madrid 1925.
- Jiménez de Asúa Luis, *Tratado de Derecho Penal ,Tomo 1, 4° Edi. Edit. Lozada, Buenos Aires 1961.*
- Jiménez Huerta Mariano, *Derecho Penal Mexicano, Tomo 1.5° Edi. Edit Porrúa, México 1985*
- Luzón Peña, *Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa , Barcelona 1978.*
- López Betancurt Eduardo, *Teoría del Delito, Edit. Porrúa, México 1994.*
- Leyes Penales Mexicanas, Tomos I; II, y III, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México 1979.*
- Malamud Goti, *Legítima Defensa y Estado de Necesidad. Coordinadora de Derecho y Ciencias Sociales. 1917.*
- Porte Petit Celestino *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 5° Edi. Edit. Porrúa, México 1980.*
- Porte Petit Celestino, *La Reforma Penal Mexicana, 1° Edid .Edit. Ruta, México 1951.*
- Pavón Vascoceles Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano, 2° Edi. Edit. Porrúa, México 1976*
- Penal Práctica, Edit. Andrade, México 1994.*
- Quintano Ripoles, *Comentarios al Código Penal. Tomo 1, Edit. Temis , 1977.*
- Rodríguez Mourullo Gonzalo, *La Legítima Defensa Real y Putativa en la Doctrina del Tribunal Supremo, Edit. Civitas, Madrid 1976.*
- Silvano Fontana Raúl José, *La Legítima Defensa y Lesión a Bienes de Terceros, Edit Depalma, Buenos Aires 1970.*
- Stratenwerth, *Derecho Penal .Tomo 1, Edit. Temis, Barcelona 1981.*
- Safaroni Raúl Eugenio, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Edit. Adiar, Buenos Aires 1981.*

Santiago Nino Carlos, La Legítima Defensa, Edit. Astrea, Buenos Aires 1982.

Villalobos Ignacio, Derecho penal Mexicano Parte General, 5º Edi. Edit. Porrúa, México 1993.

Veling Hernest Von, Esquema de Derecho Penal, Traducción S. Soler. Edit. Depalma, Buenos Aires 1994.