

00721 A
38

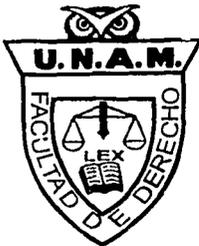


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"UNIDAD DE ACCION EN LA LEGITIMA DEFENSA"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
ALFREDO ALVAREZ SERNA



ASESOR: DR. ALFONSO PEREZ DAZA

MEXICO, D. F.

2003



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.



REPÚBLICA NACIONAL
S/EDUCACIÓN
MINISTERIO

B

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL
OFICIO INTERNO FDER/94/SP/04/03
ASUNTO: APROBACION DE TESIS

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno ALVAREZ SERNA ALFREDO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. ALFONSO PEREZ DAZA, la tesis profesional intitulada "UNIDAD DE ACCION EN LA LEGITIMA DEFENSA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor DR. ALFONSO PEREZ DAZA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "UNIDAD DE ACCION EN LA LEGITIMA DEFENSA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno ALVAREZ SERNA ALFREDO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 11 de abril 2003.

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LFD/ipg.

C

*A Dios por todo lo me ha dado,
principalmente por mi familia y mi
Mamá.*

*A mi Mamá que aunque sé que no existen palabras
ni hechos suficientes para agradecerle todo lo que
ha hecho por mí, le dedico este trabajo como un
pequeño y humilde regalo por todo lo que tal vez
nunca le he agradecido, en primer lugar por darme
la vida, así como por todas las noches de desvelo
que ha tenido que pasar para que nunca me falte
nada, por ser la mejor Mamá del mundo, por estar
siempre a mi lado, por todo su amor, apoyo y
confianza, por el ejemplo que siempre ha sido y
será para mí, por hacerme una mejor persona y por
otras tantas cosas que nunca terminaría de
enumerar, muchas gracias Mamá, porque sin ti
nunca habría alcanzado este logro que no sólo es
mío, sino tuyo también.*

*A mi Papá Nico y mi Mamá
Esperanza porque más que mis
abuelitos han sido también mis padres,
y por todo su amor y apoyo.*

D

A mis tías y tíos por todo el apoyo que he recibido de ellos.

Al Dr. Alfonso Pérez Daza, por toda su confianza, tiempo, apoyo y conocimientos, sin los cuales la realización de este trabajo nunca hubiera sido posible.

... a la Dirección General de ...
... a difundir en formato electrónico ...
... contenido de mi trabajo ...
NOMBRE: Alfredo Alvarez
Scian
FECHA: 26 Mayo 03
FIRMA: [Signature]

A la Universidad Nacional Autónoma de México y a la Facultad de Derecho por los invaluables conocimientos y cultura que recibí.

E

INDICE.

“UNIDAD DE ACCIÓN EN LA LEGITIMA DEFENSA.”

INTRODUCCIÓN

I.

CAPITULO 1. LA ANTIJURIDICIDAD.

1.1	CONCEPTO.	1.
1.2	ANTI JURIDICIDAD FORMAL.	23.
1.3	ANTI JURIDICIDAD MATERIAL.	30.

CAPITULO 2. CAUSAS DE JUSTIFICACION O ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTI JURIDICIDAD.

2.1	CONCEPTO DE CAUSAS DE JUSTIFICACION	37.
2.2	CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR.	49.
2.2.1	ESTADO DE NECESIDAD.	49.
2.2.2	EJERCICIO DE UN DERECHO.	81.
2.2.3	CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.	91.
2.2.4	CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO.	95.

CAPITULO 3. LEGITIMA DEFENSA.

3.1	ANTECEDENTES.	111.
3.2	FUNDAMENTO.	120.
3.3	CONCEPTO.	133.
3.4	ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA.	137.
3.4.1	AGRESION.	138.

f

3.4.2	REAL.	143.
3.4.3	ACTUAL.	144.
3.4.4	INMINENTE.	147.
3.4.5	ANTI JURÍDICA.	148.
3.4.6	CULPABLE.	151.
3.4.7	RIÑA.	152.
3.4.7.1	JURISPRUDENCIA RELACIONADA.	155.
3.5	INTERESES DEFENDIBLES.	157.
3.6	NECESIDAD DE LA DEFENSA.	161.
3.7	RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.	166.
3.8	FALTA DE PROVOCACIÓN DOLOSA SUFICIENTE E INMEDIATA POR PARTE DEL AGREDIDO O SU DEFENSOR.	168.

**CAPÍTULO 4.
UNIDAD DE ACCIÓN EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.**

4.1	LA UNIDAD DE ACCIÓN EN LA LEGÍTIMA DEFENSA.	171.
	CONCLUSIONES.	187.
	BIBLIOGRAFIA.	190.
	LEGISLACIÓN.	194.

PAGINACION DISCONTINUA

INTRODUCCIÓN.

Como se sabe una conducta antijurídica es aquella que va contra la norma previamente establecida, dicha conducta daña o pone en peligro los bienes jurídicos propios o bien de terceros, dichos bienes se encuentran previamente protegidos por la ley.

El aspecto negativo de la antijuridicidad es lo que denominamos "Causas de justificación", las cuales se encuentran contenidas en la ley y son aquellos casos en que la conducta no es contraria a lo establecido por la ley, ya que sirven para justificar comportamientos aparentemente contrarios al ordenamiento jurídico.

En el presente trabajo se hace referencia en primer lugar a la antijuridicidad, sin la cual una conducta nunca sería delito, posteriormente se abordan las distintas causas de justificación establecidas en la ley, pero el objeto principal del mismo se centrará en la que a nuestro juicio es la causa de justificación más importante, me refiero a la "Legítima defensa", se tratarán todos sus elementos y se buscará determinar como el título lo dice la "Unidad de Acción en la Legítima Defensa", es decir, hasta que momento la acción de legítima defensa se encuentra amparada por la ley y cuando se cae en un exceso de la misma, convirtiéndose esa conducta en antijurídica, y por lo mismo en un delito, ya que constantemente se presentan casos de este tipo, en los que ni la ley ni la jurisprudencia son claras para precisar hasta que momento la acción que se realiza para repeler una agresión es amparada por la legítima defensa, por lo que no se sabe con exactitud cuando el agredido se convierte en agresor por caer en un exceso, como en el supuesto de que un individuo es agredido por dos sujetos armados, quienes pretenden despojarlo de su automóvil amenazándolo con armas de fuego, el sujeto se defiende, logra desarmar a uno de sus agresores y le da un disparo producto del cual muere, ¿en este caso se cae en un exceso o bien la conducta sigue encuadrando en la legítima defensa?, dicha interrogante es el punto medular

del presente trabajo, que como se menciona consiste en determinar la unidad de acción en la legítima defensa.

CAPITULO 1.

ANTI JURIDICIDAD.

1.1 CONCEPTO.

El delito se integra por dos juicios, el primero respecto del hecho el cual trata de determinar cuando una acción es lícita o ilícita, a este primer juicio se le suele llamar injusto penal; el segundo juicio es referente al autor de la conducta o acción, se trata de un juicio de reproche sobre aquel, ahora bien, el presente trabajo se centrará en el injusto penal, concretamente en la antijuridicidad.

La antijuridicidad es una parte casi unánimemente reconocida como integradora de la unidad conceptual del delito y, no obstante su denominación en sentido negativo (anti), es uno de los elementos del delito, además, es necesario mencionar que para que una conducta sea delictiva, dicha conducta requiere ser típica, sin embargo, no es suficiente esa adecuación entre la conducta y el tipo para la integración del delito, sino que se requiere además como señala Vela que la conducta típica tenga el atributo de ser contraria al Derecho, o lo que es igual, debe ser antijurídica.

La doctrina nos indica que no es posible que podamos encontrar dentro del Derecho Romano una doctrina sobre lo antijurídico en su aspecto afirmativo, pero sí se puede encontrar la enunciación de los casos en que lo injusto está ausente. En el Derecho de Roma se encontraban una serie de estos casos como la legítima defensa, el estado de necesidad, el derecho de matar al ladrón nocturno y al adúltero sorprendido en flagrante delito. Lo mismo ocurre en el Derecho medieval de Alemania y de Italia, así como en las Leyes de Partida de España.

Se considera que el iniciador de la antijuridicidad fue Carrara cuando en 1859 publicó su Programa de Derecho Criminal, en el que se incorporó al campo de la teoría del delito un elemento que hasta entonces se hallaba latente en cualquier concepción del delito, pero no referido específicamente. El mismo maestro de Pisa no llegó a denominar este elemento del delito, sino que apuntó su concepto, el cual posteriormente ha ido evolucionando en su fundamentación, sin abandonar la esencia profunda que él le atribuyó.

En el párrafo 35 del Programa, Carrara dice: "la idea del delito no es sino una idea de relación, es a saber: la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico, al cual se le da el nombre de delito u otro sinónimo. Es un ente jurídico que para existir tiene necesidad de ciertos elementos materiales y de ciertos elementos morales, cuyo conjunto constituye una unidad. Pero lo que completa su ser es la contradicción de esos antecedentes con la ley."¹

La antijuridicidad aparece reconocida implícitamente desde los primeros autores que formaron la doctrina a partir de las nuevas legislaciones penales en sentido moderno. El concepto inicial de la antijuridicidad, dentro de un esquema estratificado aparece con Liszt, a principios del siglo XX quien con la influencia del positivismo se refiere a la conducta, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad, dando origen a la orientación sistemática que después habría de ser conocida como el causalismo naturalista.

Poco después, provino un nuevo impulso de la teoría del tipo presentada por Beling, con lo que el nuevo modelo de análisis, el esquema Liszt- Beling, se conformó con la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Posteriormente, con un contenido diferente en cada uno de estos momentos de análisis, se desarrollaron las posiciones sistemáticas, en general

¹ VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. 2da ed. TRILLAS. México. 1986. p. 19.

recogidas en el causalismo valorativo, para desembocar en el finalismo, en la orientación de la acción social y en el funcionalismo político penal, pero de cada una de dichas orientaciones existen diferentes posiciones con mayores o menores diferencias, en todas ellas se reconoce la presencia de la antijuridicidad y se analiza, si bien con un contenido diferente que responde a las características sistemáticas de cada una.

Por lo que se refiere al Sistema Causalista, en este, se prefiere utilizar el término injusto en vez de antijuridicidad, algunos tratadistas como Guillermo Sauer distingue entre antijuridicidad e injusto, afirmando que el primer término es un anti y el segundo es solo no Derecho por lo que debe preferirse el uso del vocablo antijuridicidad. La entraña de la antijuridicidad es un juicio de valor, ello es prácticamente aceptado por la mayoría de los tratadistas, quienes encuentran en la definición de delito natural de Garofalo el antecedente de que la antijuridicidad es la valoración de un acto, que en su esencia es contrario a las normas o valores de la sociedad, que Garofalo denomina "sentimientos altruistas de piedad y probidad."²

Von Liszt, fundador del sistema causalista de la teoría del delito ya apuntaba que "el acto es materialmente ilegal en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad."³

Siguiendo los pasos de Liszt, el autor Alemán Max Ernesto Mayer expone su famosa teoría de las normas de cultura como fundamento de la antijuridicidad, este autor indica que "la sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son ordenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que

² ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del Delito. Sistemas Causalista, Finalista y Funcionalista. 11ra ed. PORRUA. México. p.p. 25-26.

³ Idem.

corresponde a su interés. Por lo tanto, es antijurídica aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado."⁴

En el mismo sentido se manifiesta Mezger quien señala que "el Derecho determina que ciertas situaciones de la convivencia humana son y, por consiguiente, deben ser conformes al orden jurídico y que otras situaciones son antijurídicas y, por lo tanto, no lo deben ser." ⁵ Es decir, existen mandatos relacionados con lo que el individuo debe hacer, y determinadas prohibiciones acerca de lo que no debe hacer.

Tanto Von Liszt como Mayer, al igual que otros autores han señalado que "la esencia de la antijuridicidad se encuentra en la protección de bienes jurídicos, expresión de las valoraciones ético-sociales plasmadas por el legislador en la ley."⁶

Para este sistema causalista, la antijuridicidad, en un principio con Beling, se encuentra separado del tipo, posteriores autores como Hegler y Mezger más recientemente nos hablan de que el injusto penal se integra por la tipicidad y la antijuridicidad. Esta postura que continua vigente y que en lo particular compartimos, es aceptada también por algunos autores.

El sistema causalista coloca a la antijuridicidad como aspecto objetivo del delito, ya que los elementos subjetivos son terreno de la culpabilidad, separaban la acción como mero proceso causal, del contenido subjetivo de la voluntad, con ello la antijuridicidad quedo en el marco de lo objetivo, de lo externo.

Se puede decir en resumen, que para el Sistema Causalista el fundamento del injusto penal lo constituye el desvalor del resultado y ello se basa en el

⁴ Idem.

⁵ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**, Parte General. S/e. CARDENAS. México. 1985. p.p.133-134.

⁶ ORELLANA WIARCO, Octavio. Loc. Cit. p.p. 25-26.

concepto causalista de la conducta, es decir, se apoya en aspectos externos, de ahí que resalte el resultado como punto central de la valoración.

Por lo que se refiere a la Teoría Finalista, en ella se distingue entre antijuridicidad e injusto aún cuando varios autores las utilizan como sinónimos, para esta Teoría Finalista, la antijuridicidad es una relación (una contradicción entre los miembros de una relación), lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un sustantivo. Lo injusto es la forma de la conducta antijurídica misma: la perturbación arbitraria de la posesión, el hurto, la tentativa de homicidio. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conductas y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico.

La Teoría Finalista sostiene que quien actúa adecuando su conducta al tipo, actúa, en principio, antijuridicamente. En el finalismo, la tipicidad es indicio de antijuridicidad. Maurach jurista afiliado a este sistema sostiene que "la norma jurídica, (el tipo penal) esta profundamente impregnada de lo que valorativamente ha estudiado el legislador en su función de representante de la sociedad, de ahí que antes de la existencia del tipo exista el reconocimiento de la propia sociedad, de valores dignos de preservarse por el Derecho, resultando que pueden darse conductas que ofendan esa valoración, el contenido cultural de la norma a la manera de Max Ernesto Mayer, y sin embargo, no necesariamente resultan injustas típicamente, pues quien mata, en legítima defensa, afecta el interés jurídico que la norma protege, pero no resulta "injusta" porque el Estado reconoce el derecho de la autodefensa. De esta manera, la conducta típica es solo indiciaria de antijuridicidad, ya que al concretarse en un evento, puede ser que no resulte contraria al Derecho, sino lícita por estar amparada por una causa de licitud o de justificación."⁷

⁷ Idem.

Por su parte Juan Bustos Ramírez señala que efectivamente "el establecimiento de la tipicidad de una conducta permite presumir la antijuridicidad de la misma, es decir, la tipicidad es *ratio cognoscendi* y no *ratio essendi* de la antijuridicidad, pero además es necesario que la conducta típica no se haya realizado bajo ciertas características que de presentarse anularían la ilegalidad de la misma, por tratarse de lo que se conoce y se vera posteriormente como causas de justificación."⁸

La Teoría finalista, en resumen, se apoya a diferencia de la causalista, en el desvalor de la acción que incluye no solo el resultado, sino el desvalor de toda la acción, abarcando la finalidad de la acción, sea esta dolosa o culposa.

Asimismo es importante resaltar que para Jakobs la finalidad propia del Derecho penal consiste "en garantizar la seguridad de los individuos, y de esta finalidad se deriva que el comportamiento adecuado socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera cuando éste tenga efectos dañosos por el desencadenamiento de las circunstancias, por ello la antijuridicidad se presenta solo en los comportamientos socialmente anómalos, es decir en aquellos que realiza el individuo y los cuales gravan con un riesgo de magnitud no tolerable bienes jurídicos ajenos."⁹

Cabe agregar que como señala Bustos Ramírez "no basta con la creación del riesgo no permitido, sino que se debe comprobar que se causo un resultado, es decir, una afectación al bien jurídico protegido por la norma, y en caso de ser así, es necesario valorar mediante un juicio de imputación si en ese resultado se plasmó el riesgo al bien jurídico que el autor había creado con su comportamiento típico, es decir, el desvalor del resultado queda establecido con la imputación de la afectación no permitida de un bien jurídico a la conducta típica."¹⁰

⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. S/e. TROTTA. Madrid. 1999. p. 99.

⁹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación. S/e MARCIAL PONS EDICIONES JURIDICAS. Madrid. 1995. p.p. 225, 272.

¹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit p.p. 103-105.

Por lo tanto podemos concluir que en la teoría finalista, de acuerdo con Bustos Ramírez la antijuridicidad esta constituida por dos momentos diferentes que son por un lado el de la imputación objetiva del resultado al comportamiento típico y la comprobación de la ausencia de las causas de justificación.

Por otro lado, es necesario establecer que en el campo de la ciencia jurídica frecuentemente se afirma que la antijuridicidad implica un juicio de carácter objetivo y también se hace referencia a la misma señalando que no es sólo objetivo sino también subjetivo, por ello es conveniente tratar de aclarar tales afirmaciones.

En realidad la teoría de la bipartición clásica del delito (elementos objetivos y subjetivos) fue sostenida desde la época de la llamada Escuela Clásica, si bien, la estructura más sistematizada fue la seguida por Liszt quien recoge la influencia de la escuela positiva italiana del Derecho penal, con el acervo de la propia formación filosófica jurídica alemana, elementos ambos, con los cuales se desarrollo la nueva escuela del Derecho penal, es importante mencionar que la teoría de la antijuridicidad objetiva sólo se impuso luego de considerables dificultades que debió superar, entre ellas, la autoridad de Merkel, quien aún a fines del siglo XIX creía posible negar el carácter de acción del actuar del incapaz de culpabilidad, de modo tal que solo el actuar del destinatario idóneo de la norma debía entenderse como una acción en sentido jurídico y, con ello, como objeto de valoración.

Miguel Polaino Navarrete menciona que "las teorías objetivas de la antijuridicidad se limitan a formular el juicio desvalorativo del Derecho sobre todo hecho o acaecimiento que implique contraste u oposición a lo jurídico, sin prejuzgar la responsabilidad ni aún la capacidad de reprochabilidad del sujeto; sobre propugnar la existencia del injusto sin culpabilidad, no tienen en cuenta las condiciones personales ni la motivación que impulsan al autor. De este modo, la infracción de la norma positiva se produce en unos términos puramente objetivos e

impersonales que prescinden de toda referencia al sujeto activo en su integridad y con relación a sus características o componentes anímicos, subjetivos, psicológicos, internos o personalísimos."¹¹

Las teorías objetivas de la antijuridicidad, cuyos postulados hunden sus raíces en la concepción filosófica de Hegel, persiguen únicamente garantizar la seguridad jurídica, la supremacía de la ley, del Derecho positivo, en detrimento de soluciones más justas y menos extremas, sustentando un concepto deshumanizado e impersonal de acción típica, que abarca toda suerte de acontecimientos- humanos o no, culpables o no- que, según postulados puramente objetivos, contradigan la norma sin valorar si el sujeto que lleva a cabo tal conducta reúne los requisitos más elementales de capacidad de voluntad, de libertad, de voluntabilidad.

Para estas teorías objetivas, en sus formulaciones extremas, es indiferente que un niño de apenas cinco años lesione y produzca accidentalmente la muerte a otro mientras juega con una arma de fuego, o que un adulto mate dolosamente a otro, que lo haga en legítima defensa, o que un rayo caiga sobre un ser humano produciendo su muerte. Lo jurídicamente importante- a juicio de las doctrinas objetivas extremas- es que se ha realizado una conducta que conculca un precepto del Derecho positivo, y por ello, en todos los casos la misma acción (matar), será objeto de idéntico juicio desvalorativo.

El principal representante del objetivismo conceptual extremo sobre la antijuridicidad penal fue Alexander Löffler, para quien el injusto es toda situación o estado que contraría el ordenamiento jurídico penal, con independencia de cualesquiera cualidades subjetivas del autor. Son eventuales sujetos del injusto tanto la fuerza de la naturaleza (rayo, granizo, tormenta, sequía, terremoto, etc.) y cualesquiera personas, imputables o no (adultos, menores, incapaces, etc.). La finalidad a que, según esta doctrina, aspira el Derecho es a mantener

¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Volumen I. 1ra ed. BOSCH. España. 2000. p.p. 511-512.

imperturbado el estado jurídico en que consiste, es por ello que todo hecho que contrarie los principios jurídicos en materia penal será considerado un injusto.

Para esta teoría el injusto típico es entendido como toda alteración de la situación jurídica, cualquiera que sea la fuerza generadora de una modificación: el acto de una persona imputable, la conducta de un inimputable, el movimiento físico de un ser irracional o el desencadenamiento de un mero fenómeno natural. La clave del injusto típico está integrada por la objetiva perturbación de una existente situación jurídica, cualquiera que sea su causa. El resto de condiciones subjetivas son indiferentes para la fundamentación del injusto; la conducta será antijurídica con independencia de ellos, que no son tenidos en cuenta en la presente configuración objetiva del injusto.

En general, se considero a la antijuridicidad como objetiva, por implicar un juicio sobre los aspectos objetivos, físicamente perceptibles del hecho delictuoso, es decir, sobre la conducta, el resultado y nexos causales del hecho y, que estos fueran típicos, es decir previstos en la ley, sin que se diera alguna justificante. En ese tiempo todo lo relativo a la subjetividad de la persona, a su ámbito psicológico interno, aparecía recogido y correspondía al estudio de la culpabilidad, que era precisamente el elemento subjetivo del delito.

Dentro de los autores que se han pronunciado a favor de la teoría de la antijuridicidad objetiva tenemos a Welzel, quien es contundente al afirmar el carácter objetivo de la antijuridicidad, por cuanto recae sobre la conducta o hecho con relación al orden social jurídico y con base en una escala general.

Esta misma opinión la comparte Luis Jiménez de Asúa quien expresa que lo antijurídico es objetivo, al ligar el acto con el Estado, no siendo lo antijurídico lo captado por el dolo, sino el deber de no violar las normas.

Mezger partidario de esta corriente, subraya el hecho de la naturaleza antijurídica de la acción en virtud de su contradicción con las normas objetivas del Derecho, pues este se concibe como una ordenación objetiva de vida y el injusto, consiguientemente, como la lesión de dicho ordenamiento, este autor continúa diciendo que "el Derecho existe para garantizar una convivencia externa ordenada de los sometidos a él. Objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que le contradice. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas del Derecho, que por ello aparecen como normas objetivas de valoración, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho."¹²

Por su parte, Ricardo Franco Guzmán hace fe objetivista, reafirmando que "para calificar un hecho como delito, debe prescindirse de todo elemento subjetivo, refiriéndose a la estructura subjetivista de la antijuridicidad, considera su error principal, la exclusión de los inimputables como sujetos activos de actos antijurídicos, puesto que el Derecho tiene un carácter absoluto de valor y por esa razón se dirige tanto a los sujetos capaces como a los incapaces."¹³

Ignacio Villalobos es otro autor mexicano adherido a esta corriente, él afirma que "la valoración de los actos es netamente objetiva: el homicidio es un desvalor jurídico o un antijurídico. Por tanto es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es la violación de las normas objetivas de valoración. Nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto: sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el homicidio es antijurídico."¹⁴

Celestino Porte Petit señala que, "se dice que la antijuridicidad es objetiva, y que existe cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse el elemento subjetivo, la culpabilidad. La circunstancia

¹² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. 14ta ed. PORRÚA. México. 1999. p.p.328-329.

¹³ Idem.

¹⁴ Ibidem. p. 330.

de que la antijuridicidad tenga naturaleza objetiva, tan solo significa que constituye una valoración de la fase externa de la conducta o del hecho." ¹⁵

En consecuencia, el propio Porte Petit considera que la teoría de la antijuridicidad objetiva es la única que tiene validez para un sector de la doctrina, pues la antijuridicidad es independiente, autónoma de la culpabilidad. Para que exista delito, es indispensable la culpabilidad, pero esta no lo es para la existencia de la antijuridicidad, de aquí que esta última, de acuerdo con prelación lógica entre las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad, por lo tanto una conducta no puede ser culpable sino es antijurídica, pero si puede ser antijurídica sin ser culpable.

Por su parte el maestro argentino Sebastián Soler señala respecto de la antijuridicidad objetiva que "el juicio valorativo que lleva a afirmar la existencia de una acción ilícita es un juicio objetivo de comparación, es decir, que en él se aprecia el hecho independientemente del motivo subjetivo de su autor, de las condiciones internas del mismo: de su culpabilidad y de su imputabilidad. El dar muerte a un hombre es un hecho objetivamente ilícito tanto si lo realiza un hombre capaz de voluntad como si lo realiza uno que no lo es, aún cuando a este no se le imponga una pena, sino una medida de seguridad. Lo que falta en este último caso para llegar a la pena no es un hecho ilícito, sino un sujeto punible. En cambio, cuando el hecho no sea ilícito por mediar una causa de justificación no diremos que la pena no se impone porque el sujeto no quería o no era capaz de querer, sino porque el hecho no era ilícito, objetivamente considerado."¹⁶

Se dice que el juicio acerca de la antijuridicidad es objetivo en el sentido de que es válido *erga omnes* y referido al hecho, con independencia de la persona o personas que lo han ejecutado. La distinción no corresponde a la división entre lo

¹⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 17ma ed. PORRUA, México. 1998, p. 379.

¹⁶ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Tomo I, 10ma reimpresión. TEA, Buenos Aires. 1995. p.p.392-393.

"externo" y lo "interno" del delito; "se habla aquí de la antijuridicidad en el sentido de valoración hecha conforme con los valores del Derecho, que nada tienen de limitaciones subjetivas. Esa valoración recae sobre el hecho, y se funda en normas dotadas de vigencia, es decir, heterónomas con respecto a cualquier individuo.

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos señala, que "él concibe a lo antijurídico como un juicio valorativo de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado."¹⁷

Por antijuridicidad en sentido objetivo Malo Camacho señala que debe entenderse "el juicio estrictamente objetivo, es decir, apegado a las constancias procesales que permitan afirmar, fuera de toda duda, la validez de las consideraciones, de fundamentación y motivación, acerca de la tipicidad y de la antijuridicidad misma. Significa, entonces, que en tal juicio no debe haber subjetivismos por parte de quien atiende la valoración, es decir, definiciones que deriven de las apreciaciones subjetivas de quien realiza el juicio."¹⁸

Por lo que se refiere a la teoría subjetiva de la antijuridicidad, esta fue la dominante a comienzos del siglo XX, defendida principalmente por Thon, Bierling, Ferneck y Dohna. De acuerdo con esta teoría, el Derecho es ante todo, aunque no exclusivamente un sistema de lo impuesto y lo prohibido, por lo que el Derecho se dirige a destinatarios idóneos de la norma, a personas que tienen condiciones de recibir el mandato, es decir, receptores imputables; solo estos pueden, desestimando el mandato normativo, actuar antijurídicamente; en cambio el inimputable, en cuanto destinatario no idóneo, no puede actuar en contra de la orden, por lo cual tampoco puede actuar antijurídicamente.

¹⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p. 335.

¹⁸ MALO CAMACHO, Gustavo. **Derecho Penal Mexicano**. 1ra ed. PORRUA. México. 1997. p. 409.

Se considera que diversas formulaciones de corte subjetivo toman como punto de partida la concepción del Derecho como un poder espiritual, siendo las características del Derecho esencialmente dos "a) Ser expresión de la voluntad estatal asentada en intereses comunes; y b) establecer un conjunto de mandatos y prohibiciones dirigidos a los sujetos imputables. Estas doctrinas postulan una estrecha conexión entre el injusto y la culpabilidad, de modo que el hecho no atribuible a una persona imputable es irrelevante para el Derecho y no idóneo para su calificación como antijurídico.

En 1867 Adolf Merkel formuló la primera concepción puramente subjetiva sobre el injusto típico, sosteniendo que "el Derecho (como poder espiritual) establece mandatos y prohibiciones, dirigidos a sujetos imputables, únicos destinatarios idóneos de tales mandatos y prohibiciones. La voluntad personal y la cualidad de imputabilidad del sujeto eran los ejes sobre los que giraba la esencia del injusto, que se entendía como poder espiritual representado por el Derecho. Lo anterior represento para Mezger una de las más grandes conquistas de la moderna ciencia del Derecho Penal, pues dicha tesis representa el punto de partida de un concepto unitario de antijuridicidad."¹⁹

Quien continuo con la teoría de Merkel fue Eduard Hertz, el cual sustentó en el último cuarto del siglo XIX, una configuración conceptual del injusto asentada en una base subjetiva, representada por la culpabilidad. En opinión de este autor, "el injusto típico se compone de dos elementos fundamentales, uno objetivo y el otro subjetivo, sobre el que recae el mayor fundamento del injusto: a) la lesión de bienes jurídicos; y b) la rebeldía de la voluntad personal frente a los preceptos penales. Así, el injusto es la rebeldía de la voluntad a los preceptos jurídicos, de modo que se lesione un bien jurídico."²⁰

¹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit. P 514.

²⁰ *Ibidem*. p. 515.

En el año de 1903, Eduard Kohlraush entendió que "el Derecho es esencialmente una determinación subjetiva de conductas a personas capaces de realizarlas. Los destinatarios de las normas jurídicas han de ser necesariamente personas imputables, pues de otro modo se llegaría a concebir al Derecho como estado o situación en términos intolerables."²¹

En ese mismo año, Von Ferneck considero que "la esencia del Derecho es la determinación de conductas de los sujetos imputables, mientras que la esencia de la antijuridicidad es la contrariedad subjetiva a Derecho: lo peculiar de lo subjetivamente antijurídico es la apariencia frente a terceros, este autor sostiene que el punto central de todo el sistema jurídico, es el concepto de deber jurídico, que integra el concepto jurídico sustancial del injusto. Para esta doctrina, la antijuridicidad de una conducta presenta una triple dimensión formal: la contrariedad a la norma equivalente a apariencia en sí, la contrariedad a deber jurídico, congruente con la apariencia para mí y la subjetiva antijuridicidad frente a derechos ajenos indicativa de la apariencia frente a terceros."²²

Solo el sujeto imputable puede actuar antijurídicamente. La esencia del injusto consiste en lesionar un deber que deriva de una norma que determina una conducta, es decir contrariar la norma, la cual se dirige solo al sujeto imputable para que actúe en el sentido impuesto por la norma

Una última teoría clásica subjetiva, es mantenida por Dohna, para quien "el Derecho es un orden rector de conductas personales y no de meras situaciones fácticas, que esta condicionado por las leyes básicas del querer y actuar humanos. La pretensión de la norma es conseguir un fin justo, y la antijuridicidad es la contrariedad de ese fin justo, que fundamenta una legítima pretensión de justicia, en esta tesis, la esencia de la antijuridicidad estriba en la contradicción subjetiva a un deber jurídico, no en la incidencia material sobre los objetos de tutela de la

²¹ Idem.

²² Idem.

norma, la antijuridicidad ocupa el punto central de la teoría de la culpabilidad, no hay más comportamientos antijurídicos que el de los sujetos imputables."²³

Por otro lado, existe la llamada teoría de los imperativos, la cual fue formulada originariamente por August Thon y Ernest Bierling, quienes parten de una concepción subjetivista del Derecho y de la antijuridicidad, pero llegan a consecuencias semejantes a las propugnadas por los objetivistas, renunciando a las conclusiones subjetivistas puras de impedir la debida delimitación entre los planos de desvalor de injusto y de reproche de culpabilidad.

Algo muy importante que diferencia esta teoría de las subjetivistas, es que para la teoría de los imperativos no importa si el destinatario de la norma es imputable o inimputable, la acción de un inimputable no equivale a un fenómeno de la naturaleza, pues es una acción humana que proviene de la voluntad natural de la persona. Para esta teoría, la norma abarca como destinatarios de la misma tanto a los sujetos imputables como a los inimputables.

Es importante mencionar que en Italia hubo muchos defensores de la teoría subjetiva de la antijuridicidad, de entre todos ellos vale la pena mencionar la posición de Antolisei para quien "de ningún modo es posible pronunciar el juicio sobre la ilicitud o no de un comportamiento humano si no se considera la actitud de la voluntad del mismo. Este autor señala que si hacemos una abstracción de este elemento subjetivo, no nos encontraremos frente a un hecho humano, sino solo ante una fracción, ante un pedazo de él. " ²⁴

Por su parte, Petrocelli señala, al igual que otros subjetivistas, que "el Derecho no puede ser contrariado más que por un comportamiento humano, y nunca por un estado o condición, porque es esencialmente mandato al cual solo se opone la voluntad, aún cuando se persiga la exteriorización delictiva hasta las

²³ Ibidem. p. 519.

²⁴ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. **Derecho Penal**. Parte General. 2da ed. TRILLAS. México. 1990. p.197.

extremas consecuencias representadas por el acontecimiento, se tiene en consideración aquel núcleo ideal del Derecho, que aparece como fuerza determinante de la energía espiritual del querer."²⁵

Por otro lado, adentrándonos un poco más en la Antijuridicidad, es importante mencionar que existen diversas definiciones sobre la misma, por ejemplo el Diccionario Jurídico Mexicano, nos dice sobre la antijuridicidad, que esta es "la calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica que las regula. Tradicionalmente se ha concebido a la antijuridicidad como lo contrario al Derecho."²⁶

Así mismo diversos autores han escrito sobre la antijuridicidad, dando su concepto sobre la misma, por ello a continuación se presentan algunas de esas definiciones respecto de la antijuridicidad.

En primer lugar Luis Jiménez de Asúa nos dice que "la antijuridicidad es lo contrario al Derecho, por tanto no basta con que el hecho encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho."²⁷

Para Juan M. Bustos Ramírez, "la antijuridicidad constituye un segundo momento valorativo posterior a la tipicidad, menciona que establecer la antijuridicidad de una conducta significa comprobar su incompatibilidad con el ordenamiento jurídico. Esta incompatibilidad se manifiesta constatando, por una parte la afectación efectiva del bien jurídico imputable a la situación de riesgo que el autor ha creado con su comportamiento típico, y por la otra, que la conducta típica no ha sido realizada bajo ciertas y determinadas circunstancias que, anulando su legalidad podrían constituir los presupuestos de una causa de justificación."²⁸

²⁵ REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General del Delito, 2da ed. PORRUA: México. 1997. p. 82.

²⁶ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Tomo I. 8va ed. PORRUA. México. 1995. p. 171.

²⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Lecciones de Derecho Penal, 3ra ed. EDITORIAL PEDAGÓGICA IBEROAMERICANA. México. 1995. p. 176.

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Lec. Cit. p. 99.

Hans Heinrich Jescheck nos dice que "la antijuridicidad significa contradicción con el Derecho, y que esta contradicción ha de entenderse del siguiente modo: el legislador establece para la protección de la convivencia del hombre en la sociedad preceptos vinculantes de comportamiento que se denominan normas jurídicas, las cuales no son puros mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden de la comunidad, que por su sentido racional apelan a la comprensión de los sujetos de Derecho y reclaman consecuentemente obediencia cívica. O prescriben un hacer positivo que favorezca a los valores o prohíben el comportamiento contrario a dichos valores, de manera que consisten en mandatos y prohibiciones. Por ello, hay que ver la esencia de la antijuridicidad en un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica."²⁹

Por su parte Hans Welzel al abordar el estudio de la antijuridicidad, encuentra necesario hacer una distinción entre lo antijurídico y lo injusto, señala que tales conceptos se usan de forma indiferente, lo cual puede llevarnos a malos entendidos en cuestiones importantes. Este autor aclara que "la antijuridicidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre ella y el orden jurídico, mientras que lo injusto es la acción antijurídica como totalidad; por tanto el objetivo junto con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica, por último señala que la antijuridicidad, como pura relación entre un objeto (acción) y el Derecho, es una sola en la totalidad del orden jurídico."³⁰

Alfonso Reyes Echandía menciona que "la antijuridicidad es el desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés legalmente tutelado. Menciona que se habla de un desvalor porque la naturaleza de la conducta lleva a un enjuiciamiento negativo de la misma, desde el momento en que ella se pone en

²⁹ JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. E4ta ed. COMARES. España. 1993. p. 210.

³⁰ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p. 324.

contradicción con el ordenamiento jurídico penal; y se dice conducta típica porque la antijuridicidad penalmente relevante solo se predica de aquella conducta que sea subsumible dentro de un tipo penal determinado. Por último nos dice que una antijuridicidad atípica no tiene significación alguna en el ámbito del Derecho penal."³¹

La Dr. Irma Griselda Amuchategui Requena nos menciona que "la antijuridicidad es lo contrario al Derecho."³²

José María Luzón Cuesta, indica que "la antijuridicidad viene referida a algo que se considera un bien jurídico protegido o digno de protección, entendiendo unos que el legislador puede elegir libremente los bienes jurídicos que han de ser protegidos, cuya violación o puesta en peligro es antijurídica, en tanto que para otros ha de limitarse a reconocerlos, no a crearlos. Pero en todo caso, tal conducta de lesión o puesta en peligro sólo será antijurídica en tanto no este amparada por una causa de justificación."³³

Edgardo Alberto Donna nos menciona que la teoría de la antijuridicidad no se refiere a la persona, esto es al autor, sino que se está en el ámbito del hecho, y de un juicio de valor, obviamente negativo sobre él. Este autor señala que "la antijuridicidad significa afirmar que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que esta exigiendo su validez. De tal modo que si esta es negada, la consecuencia es que ella ha retrocedido frente a otra norma, con el resultado de que no existe violación en la primera. Existe una valoración entre ambas normas, de modo tal que se le reconoce al autor el Derecho a actuar y, lo que es más, hacerlo típicamente. De ahí la afirmación de que no hay posibilidad de zonas libres

³¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal 11ra ed. TEMIS. Colombia. 1996. p.p. 153-154.

³² AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Cursos Primero y Segundo. S/e. HARLA. México. S/e. 1998. p. 67.

³³ LUZÓN CUESTA, José María. Compendio de Derecho Penal. Parte General. 4ta ed. DYKINSON. Madrid. 1990. p. 109.

para el Derecho, o zonas neutras; o se está dentro de lo jurídico o se esta en contra de la norma. El término medio no existe."³⁴

Por su parte los Doctores Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas señalan que "lo antijurídico es la oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado, ellos mismos señalan que tales normas son las que expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan solo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a su imperio; se inspiran tan solo en una cierta valoración de la conducta humana, son reglas de conducta denominadas normas, y su finalidad específica es la comunidad de hombres libres, y son obligatorias por exigencia de la vida en sociedad humana, cuando estas normas son reconocidas por el Estado, la oposición a ellas constituye lo antijurídico."³⁵

Edmund Mezger señala que una acción es punible sólo si es antijurídica, menciona que "es el presupuesto imprescindible de todo hecho punible, indica que antes el término más usado era el de antijuricidad, que significa sencillamente, que el delito constituye una violación del Derecho, o sea que contradice el Derecho, y señala que la antijuricidad significa el juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico."³⁶

Claus Roxin nos señala que una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación que excluya la antijuricidad, este autor alemán, indica que la "antijuricidad designa una propiedad de la acción típica, a saber, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal, este término lo distingue del de "injusto" por el que se entiende la propia acción típica y

³⁴ DONNA, Edgardo Alberto. Teoría del Delito y de la Pena. S/e. ASTREA. Buenos Aires. 1995. p.p. 125-126.

³⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 20ma ed. PORRUA. México. 1999. p. 353

³⁶ MEZGER, Edmund. Op. Cit. p. 133.

antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor."³⁷

Eugenio Cuello Calón dice respecto de la antijuridicidad, que esta es "el aspecto más relevante del delito, de tal importancia que para algunos no es mero carácter o elemento, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza, él mismo menciona que para que una acción humana sea delictiva, ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica; obra antijurídicamente el que contraviene las normas penales. La antijuridicidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que solo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva por lo cual la antijuridicidad tiene carácter de objetivo."³⁸

Por su parte el Dr. Rafael Márquez Piñero señala que frecuentemente se utilizan los términos antijuridicidad, ilícito e injusto indistintamente, lo que origina en algunos casos cierta confusión de conceptos. Este autor menciona que "dado que la antijuridicidad es un concepto negativo no resulta fácil dar una definición de la misma, por lo general se señala como antijurídico lo que es contrario al Derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al Derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Se trata de una contradicción entre una conducta determinada y el concreto orden jurídico impuesto por el Estado."³⁹

Para Eugenio Raúl Zaffaroni "la antijuridicidad es la característica de contrariedad al Derecho presentada por una conducta, pero esa contrariedad con el orden jurídico no se establece con la mera antinormatividad de la conducta, sino que la referida contrariedad resulta de la antinormatividad y de la ausencia de

³⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Parte General. Tomo I. 1ra ed. CIVITAS. Madrid. 1997. p.p. 557-558.

³⁸ CUELLO CALON, Eugenio. **Derecho Penal**, 18va ed. BOSCH. Barcelona. 1980.p. 362.

³⁹ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Op. Cit. p.p. 191-193.

preceptos permisivos. Este autor concluye diciendo que la antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada."⁴⁰

Por su parte el Dr. Carlos Daza, señala que para Muñoz Conde, "la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico; el injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada ya como antijurídica; lo injusto es la conducta antijurídica misma. Posteriormente el Dr. Daza, menciona que la antijuridicidad es una relación que se determina mediante un juicio. En primer lugar: es un juicio de valor, pues busca determinar si la acción de que se trate es valiosa o desvaliosa para el Derecho; y en segundo lugar, se habla de un juicio objetivo, tanto por el objeto valorado (acción –conducta, como ataque al bien jurídico protegido), como los elementos que se ponen en juego para formularlo, la realidad del ataque y las formas de ataque."⁴¹

Por su parte, el Dr. Eduardo López Betancourt, señala que "podemos considerar a la antijuridicidad como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito. Menciona que para que la conducta del ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, es decir, ha de ser antijurídica, de esta forma se considera a la antijuridicidad como el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo los preceptos permisivos. El Dr. López Betancourt señala que Maggiore considera a la antijuridicidad como un aspecto del delito y no como un elemento, pues para este último no es posible desintegrarla del todo y ésta compenetra la esencia misma del delito. Por último, el propio Dr. López Betancourt señala que existen penalistas para quienes la antijuridicidad es un elemento del delito, considerado como un requisito, como aquello que se requiere

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. S/e. EDIAR. Argentina. p.p. 561-562.

⁴¹ DAZA GOMEZ, Carlos. Teoría General del Delito. 2da reimpresión. CARDENAS. México. 2001. p.p. 139-141.

para constituir un delito, sin que esto signifique que cada uno de los elementos del delito tenga vida propia individualmente, ya que constituyen una unidad indivisible. Dichos penalistas definen a la antijuridicidad en particular, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes para producir el contraste de la norma, con los efectos producidos en este."⁴²

Nosotros consideramos que la antijuridicidad tiene vida propia, pues el objeto de estudio de este elemento radica en determinar cuando una conducta es ilícita o no lo es, lo cual es independiente de la culpabilidad o el dolo por ejemplo, es decir, la antijuridicidad nos va a decir cuando una conducta es contraria al orden jurídico por lo que se hace merecedora de una sanción por parte del Estado.

Mario Garrido Montt nos menciona que primero debemos de diferenciar entre la tipicidad y la antijuridicidad, pues señala que "la primera (la tipicidad) es una contradicción del acto con la norma penal genérica, en tanto que la antijuridicidad es la contrariedad de un acto con el sistema considerado en su conjunto, como un todo, y que aunque ambos son elementos del delito, cada uno tiene un desvalor propio que marca su evidente diferencia, él señala que el acto típico es antinormativo, en cambio el acto antijurídico es contrario al Derecho, este autor termina señalando que la antijuridicidad es la constatación de que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, la ejecución de un comportamiento típico; es la comprobación de que un acto prohibido por la norma penal no está excusado por una causal de justificación, señala además que la antijuridicidad es única para el ordenamiento jurídico, es decir, que no hay una especial antijuridicidad penal, de modo que aquello que para los efectos penales es antijurídico, lo es también para el Derecho civil, de comercio, etc. Para este autor antijuridicidad e injusto no son sinónimos, ya que como se menciono, para él la antijuridicidad es la característica de un hecho de ser contrario a Derecho además de ser un juicio de valor que establece la posible relación de contradicción entre el ordenamiento jurídico y un comportamiento, en cambio el injusto es el

⁴²LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. S/e. PORRUA. México. 1994. p.p. 139-140.

evento antijurídico, es decir, ese comportamiento antijurídico ya valorado como antijurídico."⁴³

Por su parte Miguel Polaino Navarrete nos dice al respecto, que "la antijuridicidad integra un singular aspecto dogmático en la teoría del delito, representa aquel carácter que determina la relación de contraste (la contrariedad) al ordenamiento jurídico por parte de una acción típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido por la ley, y —como consecuencia de ello— permite formular un juicio objetivo de desvalor jurídico que recae sobre el mismo acto."⁴⁴

Dadas las definiciones anteriores, y estando en posibilidad de dar nuestro propio concepto respecto de la antijuridicidad, podemos empezar diciendo que la colectividad se rige por una serie de normas reconocidas por el Estado, las cuales permiten que dicha colectividad viva y conviva en sociedad. Dentro de dichas normas, el legislador establece una serie de conductas cuya realización va en contra de lo establecido por dichas normas jurídicas toda vez que dañan o ponen en peligro diferentes bienes jurídicos que se tratan de proteger, es por ello que, cuando una conducta es contradictoria a dichas normas establecidas y reconocidas por el Estado, tal conducta es antijurídica, toda vez, que existe una contradicción entre la conducta realizada y el orden jurídico establecido, además es necesario que esa conducta que se realiza y que es contradictoria con las normas, no se encuentra dentro de lo que se conoce como causas de justificación.

1.2 ANTIJURIDICIDAD FORMAL.

Se considera que a quien se debe la diferenciación entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material es a Von Liszt, quien expuso la teoría dualista de la antijuridicidad, este autor alemán señala que "el delito en cuanto constituye un

⁴³ GARRIDO MONTT. Noiones Fundamentales de la Teoría del Delito, 1ra ed. EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE. Chile. p.p.101-103.

⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit. p. 501.

acto injusto, es como la infracción civil, un acto culpable contrario al Derecho. El delito es, pues, contrario al Derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: primero, el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es la transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad."⁴⁵

Laura T. A. Damianovich señala que la antijuridicidad formal se refiere a "la contradicción con la norma jurídica, y que muchos la han rechazado, en cuanto necesariamente niega el carácter valorativo de la antijuridicidad, niega que esta sea un juicio estimativo de valor sobre la conducta de un hombre."⁴⁶

Raúl Eugenio Zaffaroni nos dice acerca de la antijuridicidad formal, que es "el resultado de la contrariedad de la conducta con la norma positiva."⁴⁷

Al respecto, El Dr. Márquez Piñero nos dice que la antijuridicidad formal "es una consecuencia del principio de legalidad dominante en las legislaciones criminales; donde dicho principio este vigente, lo antijurídico se determinara basándose en la antijuridicidad formal."⁴⁸

Eugenio Cuello Calón menciona en su obra que la antijuridicidad formal "es la constituida por la relación de oposición entre el hecho y la norma penal."⁴⁹

Celestino Porte Petit señala que la expresión antijuridicidad formal deriva indudablemente de que se considera la violación a la norma jurídica que manda o prohíbe, "la conducta o el hecho son formalmente antijurídicos cuando violan una norma penal prohibitiva o preceptiva, es decir, se hace lo que esta prohibido y no

⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito, S/e. ABELEDO PERROT. Buenos Aires. 1990. p. 277.

⁴⁶ DAMIANOVICH, Laura. Derecho Penal. Parte General. S/e. EDIAR. Buenos Aires. 1972. p. 237.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 562.

⁴⁸ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Op. Cit. p.195.

⁴⁹ CUELLO CALON, Eugenio. Op. Cit. p. 364.

se hace lo que esta ordenado, señala que los ordenamientos de tipo penal operan de esta manera, para la existencia de la antijuridicidad, se exigen dos requisitos que son: adecuación o conformidad a un tipo penal, y que la conducta no este amparada por una causa de exclusión del injusto o causa de licitud."⁵⁰

Por su parte el Dr. Eduardo López Betancourt señala que "la antijuridicidad ha sido dividida por el positivismo, el positivismo jurídico concibe a la antijuridicidad como un concepto legal denominándola antijuridicidad formal, este autor señala que en la misma se considera que para que sea delito una conducta, debe infringir una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico, este autor señala que muchos autores se han inclinado hacia la antijuridicidad formal en base al principio "*NULLUM CRIME SINE LEGE*", y finaliza diciendo que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, se debe utilizar el sistema de excepción regla, el cual nos llevará a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos, de esta forma es como se ha venido operando el ordenamiento penal, exigiendo dos requisitos para la exigencia de la antijuridicidad, siendo el primero, la existencia de una adecuación de la conducta al tipo penal y el otro es cuando esta no se encuentre en alguna de las causas de exclusión del injusto o de alguna causa de licitud."⁵¹

El Maestro Claus Roxin señala que una "acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal."⁵²

Santiago Mir Puig señala que en sentido formal, la antijuridicidad significa "la relación de contradicción de un hecho con el Derecho."⁵³

Por su parte Gustavo Malo Camacho indica que tradicionalmente se entendió el concepto de antijuridicidad como "el juicio de valor relativo a la

⁵⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit p. 376.

⁵¹ LÓPEZ BETANCOURT. Eduardo. Op. Cit p.p. 141-142.

⁵² ROXIN, Claus. Op. Cit p. 558.

⁵³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 3ra ed. PPU. Barcelona. 1990. p. 135.

contradicción con el Derecho, de la conducta típica, que a la vez observaba la ausencia de causas de justificación. Así, su concepción se entendió y definió en un estricto sentido formal del Derecho."⁵⁴

Hans Heinrich Jescheck dice respecto de la antijuridicidad formal, "que esta se presenta cuando ocurre un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica, es decir, es la oposición de la acción a la orden normativa."⁵⁵

Por su parte Edgardo Alberto Donna, nos dice que la antijuridicidad formal se da cuando "la acción se opone al mandato normativo contenido en una norma penal."⁵⁶

Alfonso Reyes Echandía habla respecto de la antijuridicidad formal, que "esta se concreta en la simple contradicción entre el hecho y la norma, entre la conducta del sujeto agente y el mandato que integra el precepto, este autor señala que la antijuridicidad formal es insuficiente, por que reduce el alcance del juicio valorativo que la antijuridicidad implica a una comprobación puramente cortical de la contradicción hecho-norma, desconociendo que el precepto se nutre de principios de orden social, económico y político. El propio Reyes Echandía hace referencia a otros autores, entre los que se encuentra Sauer quien considera que la antijuridicidad es formal y ha de entenderse como la realización del tipo cuando no se dan causales de justificación, cita también a Bettiol, el cual explica el contenido formal de la antijuridicidad como la neta demarcación entre lo lícito y lo ilícito postula necesariamente una limitación de los poderes del juez y por consiguiente su imposibilidad de tener en consideración el aspecto sustancial de los fenómenos jurídicos. Todo lo que esta más allá del concepto y de la regla jurídica depurada es propio de la metafísica jurídica, es política, moral o sociología, pero no es Derecho, mientras la función del juez sea únicamente la de

⁵⁴ MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. p. 407.

⁵⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 211.

⁵⁶ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 126.

interpretar y aplicar el Derecho. Y esto es formal por naturaleza. Por consiguiente, la antijuridicidad no puede ser sino formal, es decir, la contradicción del Derecho con la norma."⁵⁷

Francisco Pavón Vasconcelos señala que "lo antijurídico es un juicio valorativo, de naturaleza objetiva, que recae sobre la conducta o el hecho típico en contraste con el Derecho, por cuanto se opone a las normas de cultura reconocidas por el Estado. Este autor señala, que el se muestra en contra de la concepción dualista de la antijuridicidad, es decir, la que la divide en antijuridicidad formal y material, ya que según él, no puede haber lugar a un juicio desvalorativo sobre la conducta sin la contrariedad formal con el mandato o la prohibición emanados del orden jurídico, contradicción que por sí misma no integra la esencia de lo antijurídico."⁵⁸

Por su parte Rocco, señala que "no hay más antijuridicidad que la formal, pues la llamada antijuridicidad material, en su criterio, esta constituida por el daño o el peligro de daño inmediato, elemento integrante del delito, en el mismo sentido se manifiesta Martucci, el cual aduce que es inútil definir a la antijuridicidad material, ya que esta no es sino la ofensa de los bienes o intereses jurídicos tutelados por las normas penales."⁵⁹

El maestro chileno Mario Garrido Montt, menciona que la doctrina es la que ha hecho la diferencia entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, pero que no hay dos clases de antijuridicidad, sino que la antijuridicidad es una y los criterios señalados (formal y material) son distintas facetas de una noción única, este autor menciona que la antijuridicidad formal "es aquella que se encuentra constituida por la simple contradicción del comportamiento típico y el Derecho, o

⁵⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. Antijuridicidad, 4ta ed. TEMIS. Bogotá. 1999. p.p. 34-35.

⁵⁸ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p. 335.

⁵⁹ Ibidem. p. 334.

sea por su disconformidad con las ordenes o prohibiciones que imperativamente prescribe; solo considera el desvalor del acto."⁶⁰

Para Octavio Alberto Orellana Wiarco la antijuridicidad formal "es el hecho de que la conducta encuadre en el tipo (indiciaria de la antijuridicidad)."⁶¹

La definición anterior no nos parece adecuada, ya que sentimos que se confunde a la antijuridicidad formal con la tipicidad, lo cual es incorrecto, desde nuestro punto de vista, ya que de acuerdo con la mayoría de los autores citados, la antijuridicidad formal se entiende como una contradicción con la norma jurídica, lo cual es distinto a que este tipo de antijuridicidad sea el encuadramiento de una conducta en un tipo penal, ya que puede presentarse que una persona prive de la vida a otra, en este caso, la conducta encuadra en el tipo de homicidio, pero puede ser que dicha conducta se haya presentado bajo una causa de justificación, en tal caso ya no hay una contradicción con la norma jurídica, por lo tanto esta conducta no sería antijurídica.

Vela Treviño señala que "la cuestión base para la existencia de la antijuridicidad formal y material, es determinar si la antijuridicidad aparece por la simple contradicción formal que resulta entre el hecho y la norma, o si es necesario adentrarse a la materia misma de la antijuridicidad para comprobar que determinada conducta típica es efectivamente antijurídica por constituir una ofensa a aquellos intereses que la norma protege. Este autor, cita a Liszt para quien el acto es formalmente contrario a Derecho, en tanto que es una transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden público."⁶²

⁶⁰ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 107.

⁶¹ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. Parte General. S/e. PORRUA. México, 1999, p. 252.

⁶² VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 102.

Por su parte Polaino Navarrete menciona que la antijuridicidad en su sentido formal "expresa el contraste existente entre una acción y la prohibición o el mandato contenido en la norma jurídica: desde este aspecto, una acción contraría formalmente una norma penal."⁶³

Para José Sáinz Cantero, desde el punto de vista formal, "es antijurídica la conducta típica que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge."⁶⁴

Por su parte Antón Oneca señala que la una acción es formalmente antijurídica "en cuanto transgresión de una norma establecida por el Estado."⁶⁵

El maestro español Diego Manuel Luzón Peña señala que la antijuridicidad en sentido formal es, "una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente la contrariedad a Derecho de la conducta. La acción es antijurídica si es contraria a las normas jurídicas y por lo tanto es prohibida y desvalorada por las mismas, este autor señala que ha de comprobarse que la conducta que realiza el tipo en sentido estricto o indiciario no esta cubierta por ninguna causa de justificación para que no sea permitida, sino prohibida o antijurídica."⁶⁶

Es importante mencionar que el maestro argentino Sebastián Soler niega la llamada antijuridicidad formal, ya que para él "la antijuridicidad es siempre un juicio de valoración sobre el hecho en su comparación con el Derecho, del cual se comprueba la oposición del mismo, en su consecuencia o en su proyección, a lo que el Derecho quería evitar, de allí debe considerarse, en su opinión, a la antijuridicidad como resultado de un juicio sustancial. El afirma de manera categórica, que no basta con que una acción corresponda a una figura para que

⁶³ POLAINO NAVARETE, Miguel. Op. Cit. p. 501.

⁶⁴ SAINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ra ed. BOSCH. Barcelona. 1990. p.559.

⁶⁵ ANTON ONECA, José. Derecho Penal. 2da ed. AKAL. Madrid. 1986. p. 203.

⁶⁶ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General. S/e. UNIVERSITAS. Madrid. 1996. p. 323.

aquella sea antijurídica; para constituir delito, la acción, además de adecuada, tiene que ser positivamente antijurídica." ⁶⁷

Por lo anterior podemos señalar que, de acuerdo con las diferentes definiciones dadas por distintos autores, podemos decir, sin temor a equivocarnos, que la antijuridicidad formal se presenta cuando una conducta o una acción realizada por un sujeto, es contraria a las normas establecidas y reconocidas por el Estado para mantener la convivencia social entre los sujetos que lo integran, es decir, es una relación de contradicción entre la conducta o acción realizada y las normas jurídicas establecidas.

1.3 ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

Se dice que la antijuridicidad material surge como consecuencia de la lucha entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Frente al positivismo jurídico, Von Liszt alzó el concepto de antijuridicidad material enarbolando así la bandera del positivismo sociológico. Como sabemos, Liszt fue quien hizo la distinción entre antijuridicidad formal y material, para él, es materialmente antijurídica la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o asocial).

Liszt explicaba dicha distinción o duplicidad conceptual de la siguiente manera: "La acción antijurídica es la agresión a un interés vital protegido por las normas jurídicas, sea del individuo o de la totalidad; por lo tanto, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Este principio requiere una explicación delimitativa, ya que, proteger intereses vitales es la tarea más importante del ordenamiento jurídico, pero no obstante por más cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales que con la protección jurídica se elevan a bienes jurídicos, no puede evitarse de manera total la lucha de intereses o bien la colisión de bienes jurídicos, por lo que siempre, se debe de sacrificar el interés de menor valor en cualquier contradicción de intereses que se presente, cuando solo

⁶⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p. 334.

a este precio pueda ser conservado el interés de mayor valor. De lo anterior resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es sólo antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico. De este modo la antijuridicidad material no era para Von Liszt algo creado por el legislador, sino algo que se le presentaba. Es importante mencionar, que Von Liszt no aceptaba que en los casos de discrepancia el juez se alejase de la ley atendiendo exclusivamente a la antijuridicidad material, a este respecto él mencionaba: Este contenido material (Antisocial) del injusto es independiente de su correcta valoración por el legislador."⁶⁸

Posterior a la muerte de Liszt, su concepto de antijuridicidad material se politizó, por ejemplo, en el Nazismo se afirmaba que: "En lugar de la sociedad debemos referirnos al pueblo, y señalar a la antijuridicidad material como dañosidad para el pueblo; otra politización de la antijuridicidad material opero en la Unión Soviética, donde se afirmo que: a la inversa de la legislación burguesa, que se limita a afirmar que el hecho es delictivo porque esta sancionado por la ley penal, la legislación soviética subraya que una acción se declara culpable siempre que constituya peligro para la sociedad socialista.

El maestro español Diego Manuel Luzón Peña, señala que se suele considerar que el fundamento de la antijuridicidad material es la dañosidad o la nocividad social de la acción, lo que a su vez sólo sucede si esta lesiona o pone en peligro algún bien jurídico; y es por ello que se define a la antijuridicidad material generalmente, como, "la lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, pero para este autor, esta definición es incompleta por varios motivos, en primer lugar él señala que esta definición responde a una superada concepción puramente objetivista de la antijuridicidad, que olvida que esta no puede existir si no hay ningún desvalor de la acción, por lo que se debe precisar que la lesión o puesta en peligro sean reprobables. Además, tampoco habrá antijuridicidad si por razones materiales de ponderación de intereses concurren causas de justificación

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 562.

del resultado por las que el bien jurídico deja de estar concretamente protegido. Y por último, indica que, ambas cosas implican que la conducta ataca al propio Derecho y no sólo al bien jurídico."⁶⁹

Por lo tanto, este autor indica que por antijuridicidad material se debe entender la lesión o puesta en peligro reprobables de un bien jurídico protegido en concreto y del propio Derecho.

Claus Roxin señala que "una acción es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales."⁷⁰

Este autor señala que la antijuridicidad material tiene una triple importancia en la práctica, ya que por un lado permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente, esto es por que permite graduar al injusto según su gravedad, es decir, para la antijuridicidad formal es lo mismo un robo de unos cuantos pesos que un robo de millones de pesos, puesto que en ambos casos se esta infringiendo el mismo tipo penal, en cambio en la antijuridicidad material ese robo de unos cuantos pesos comparado con uno de millones de pesos, es superado por este último, tanto en cantidad como en calidad, puesto que este último tiene una nocividad y dañosidad social mayor que el primero, por otro lado, la antijuridicidad material proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos, es decir, se refiere a que en algunos casos una conducta puede encuadrar perfectamente en algún tipo penal, pero materialmente, es decir, según el contenido de su significado social no concuerda con el tipo del delito, esto es por que no tiene una mayor importancia para la sociedad, ya que no le causa ningún tipo de daño ni lesionan el bien jurídico que la norma protege; por ultimo hace posible formular los

⁶⁹ I. UZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 324.

⁷⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 561.

principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance.

El Dr. Eduardo López Betancourt señala que "la antijuridicidad material se ha conceptualizado como lo socialmente dañoso, la pena no tenía otra medida que la del peligro que el sujeto representaba para la sociedad, él señala que estaríamos frente a un delito natural, cuyas consideraciones serían al libre arbitrio del interprete." ⁷¹

Por su parte Alfonso Reyes Echandía señala que "la antijuridicidad material se da porque no basta con la simple contradicción hecho norma (antijuridicidad formal), sino que es indispensable que se vulneren los intereses sociales cultural y legalmente protegidos, este autor señala que no es suficiente la antijuridicidad formal, señala además que esta antijuridicidad material, preocupándose demasiado de conceptos extrajurídicos como los económicos, morales y políticos, resta importancia a la concreta lesión jurídica que la conducta determina." ⁷²

Giuseppe Maggiore señala que "una conducta es materialmente antijurídica cuando es socialmente perjudicial (antisocial). Por lo tanto, la acción antisocial sería una agresión a intereses vitales del individuo o de la colectividad protegidos por la ley, o también, la ofensa o exposición al peligro de algún bien jurídico, este autor termina señalando que este concepto de acción antisocial es metajurídico; la norma jurídica no lo crea sino que lo encuentra." ⁷³

Hans Heinrich Jescheck señala que "una acción es materialmente antijurídica en atención al menoscabo del bien jurídico protegido por la correspondiente norma. La contemplación material de la antijuridicidad indica así porque razones el legislador ha conminado con pena un determinado

⁷¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p.141.

⁷² REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. Cit. Derecho Penal. p. 157.

⁷³ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I. 2da ed. TEMIS. Bogotá. 1989. p.386.

comportamiento, como lesión intolerable del orden de la comunidad, y revela, además, que en este caso concreto el hecho pugna con dichas razones. Este autor señala que el término lesión no debe entenderse como deterioro de un determinado objeto de la acción como la muerte de una persona o daños de una cosa, sino como actuación contraria al valor ideal que debe ser amparado por la norma jurídica (lesión del bien jurídico). En la lesión del bien jurídico hay un daño a la comunidad que justifica la rotulación del delito como comportamiento socialmente dañoso."⁷⁴

Jescheck al igual que Roxin considera que la antijuridicidad material tiene una considerable importancia en la práctica, por lo que señala además que la antijuridicidad material es por de pronto la guía del legislador para establecer los tipos penales, así como la idea rectora de los órganos dedicados a la persecución penal, si tienen que buscar el precepto penal aplicable al caso concreto. El punto de vista de la antijuridicidad material permite, además, escalar el injusto según su gravedad y expresar las diferencias graduales en la medición de la pena. La contemplación material posibilita también la interpretación de los tipos atendiendo a los fines y representaciones valorativas que les sirve de base.

Por su parte Mario Garrido Montt señala que "en la antijuridicidad material, la verdadera naturaleza del injusto radica en el resultado del delito, no de la acción, o sea, en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, en el contraste del acto con los intereses sociales, es por ello que este autor señala que la antijuridicidad no es simple desobediencia de la norma jurídica imperativa o prohibitiva, que se satisface con la consideración del comportamiento únicamente en cuanto se contrapone con el sistema. La antijuridicidad material es la lesividad social del comportamiento, el riesgo que crea o concreta respecto de intereses apreciados como imprescindibles por la sociedad, como la vida, la propiedad, la fe pública, etc."⁷⁵

⁷⁴ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 211.

⁷⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 107.

Miguel Polaino Navarrete menciona respecto de la antijuridicidad material, que "esta alude a la efectiva lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, considerados por la ley dignos y merecedores de protección (la vida, la integridad física, la psíquica, el honor, etc.), y que constituyen el objeto de tutela de la misma."⁷⁶

El Dr. Rafael Márquez Piñero señala que para Binding y Mayer, "la antijuridicidad material se integra por la lesión o peligro para bienes jurídicos, estos autores señalan que tanto la antijuridicidad formal como la material suelen coincidir, mencionan además que los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad, no previstos por la norma penal, sólo serán antijurídicos cuando una ley los sancione, es decir, ellos creían que una conducta puede lesionar a la colectividad, pero si esta conducta no se encuentra prevista dentro de las normas penales reconocidas por el Estado, esta conducta no puede ser antijurídica, por lo que ellos creían que sin la antijuridicidad material, la formal no tiene trascendencia en el ámbito del Derecho penal."⁷⁷

Para Reinhart Maurach, "la antijuridicidad material alude al contenido del concepto de antijuridicidad y se relaciona con el bien jurídico protegido en la respectiva norma penal; de este modo, la consideración material del delito es continuada mediante la determinación de contenido del juicio de antijuridicidad."⁷⁸

Por su parte Francisco Pavón Vasconcelos indica que "el contenido material de la antijuridicidad o la antijuridicidad material consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos, o en el sólo atentado contra el orden instituido por los preceptos legales, este concepto que da el autor va más allá que los anteriores, ya que él señala que además de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos

⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. Cit. p. 501.

⁷⁷ MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Op. Cit. p.p. 194-195.

⁷⁸ MAURACH, Reinhart. Derecho Penal, Parte General. Tomo I. S/e. ASTREA. Buenos Aires. 1994. p. 421.

protegidos por las normas, la antijuridicidad material se integra también por el simple atentado contra el orden jurídico."⁷⁹

Porte Petit Candaudap menciona que numerosos autores aluden a la antijuridicidad material, dentro de los cuales, él cita a Bettioli, para quien "debe considerarse el comportamiento humano sustancialmente antijurídico, cuando lesiona intereses sociales tutelados para dicha norma. Porte Petit, señala que las corrientes existentes respecto de la antijuridicidad material son dos, por un lado, la que trata de encontrar la esencia de la antijuridicidad material en el campo o zona jurídica: en la lesión del bien jurídico o en el peligro de lesionarlo, y por otro lado, la que busca obtener la esencia de la antijuridicidad material, fuera del área jurídica o sea extrajurídica, cuando se lesionan intereses vitales de la colectividad."⁸⁰

Santiago Mir Puig señala que "la antijuridicidad material es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y le añade que no debe presentarse en esa conducta ninguna causa de justificación."⁸¹

Podemos mencionar que la doctrina acepta casi de manera general, que tanto la antijuridicidad formal como la antijuridicidad material son dos caras de una misma moneda, que una no puede tener existencia trascendental dentro del ámbito del Derecho penal sin la otra, por otro lado, se puede decir que la mayoría de los autores de la materia señalan como antijuridicidad material a la conducta o acción que lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos que son reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico, pero además es necesario que esa acción o conducta no se realice bajo el amparo de una de las causales de justificación que de manera particular señala la ley penal.

⁷⁹ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit. p. 335.

⁸⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 377.

⁸¹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 136.

CAPITULO 2.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

2.1 CONCEPTO DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

Como se menciona anteriormente, para la presencia del delito, es necesario que una conducta encuadre de manera exacta en el tipo descrito por la ley penal, pero como sabemos eso no es suficiente, sino que además se debe verificar que esa conducta no este amparada por alguna de las causas de justificación que señala la propia ley; es por ello que es sumamente necesario entender que son las causas de justificación y como las explican los estudiosos de la materia.

En primer lugar, es necesario establecer que el ordenamiento jurídico se integra no solo por prohibiciones, sino que contiene también autorizaciones que bajo determinadas condiciones marginan la prohibición. Las autorizaciones aparecen en forma de proposiciones permisivas que, como tipos de justificación, se contraponen al tipo penal. Si concurre una causa de justificación, la norma prohibitiva contenida como deber jurídico en el tipo penal pierde su efectividad en el caso concreto, es por ello que el juicio definitivo de la antijuridicidad descansa en lo que Jescheck denomina raciocinios, "que son en primer lugar, el examen de tipicidad de la acción y en segundo lugar el examen de si interviene alguna causa de justificación, si después de que la primera cuestión tenga respuesta afirmativa, la segunda también la tiene, la antijuridicidad estará marginada, toda vez que si bien la conducta realizada encuadraba en el tipo penal descrito en la ley, dicha conducta se encuentra amparada por una causa de justificación prevista por la misma ley."⁸²

⁸² JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p.290.

Cabe destacar que a las autorizaciones contenidas dentro del ordenamiento jurídico se les suele denominar tipos permisivos, esto es porque, como lo señala Bacigalupo, "cuando un comportamiento esta justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como lo hizo."⁸³

Por otro lado es importante señalar que no hay tipos permisivos sin que se presuponga la existencia de un tipo prohibitivo, ya que carece de sentido permitir lo que no esta prohibido.

A través de la evolución histórico dogmática se ha ido fijando el titulo de causas de justificación para denominar los casos en que lo antijurídico se halla ausente.

Los positivistas italianos polemizaron entre si con respecto a esa terminología, es por ello que algunos autores italianos utilizan términos como causas que excluyen la responsabilidad, causas impeditivas de que surja el delito, requisitos negativos del delito, circunstancias negativas del delito y elementos esenciales negativos.

Para Alfonso Valleta, "es preferible decir circunstancias negativas de la antijuridicidad, él menciona que hacen siempre la acción no disconforme con el fin de la norma penal, es decir, elimina la contradicción entre la conducta y el fin de la ley."⁸⁴

No todos los autores consideran adecuado el término de causas de justificación, como Mariano Jiménez Huerta quien las llama "circunstancias impeditivas del nacimiento de la antijuridicidad, al entender de este autor, la

⁸³ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2da ed. HAMMURABI. Buenos Aires. 1987. p. 216.

⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. 5ta ed. LOSADA. Buenos Aires. 1950. p. 963. p. 1036

denominación causas de justificación no es ni precisa ni correcta, ya que él señala que la conducta que no es antijurídica no necesita justificarse."⁸⁵

Sergio Vela Treviño considera que es más apropiado el uso del termino conductas típicas conforme a Derecho, pues considera "en primer lugar se debe verificar que la conducta realizada cumpla con todos los requisitos para que pueda subsumirse en un tipo penal, posteriormente se debe pasar al examen de si esta conducta típica es o no antijurídica, dicho juicio de valoración corresponde realizarlo al juzgador, en caso de presentarse una respuesta afirmativa, quiere decir, que dicha conducta si es antijurídica, por otro lado, si la respuesta es negativa, se estará ante el caso de que la conducta será típica, pero no antijurídica o, como este autor señala, se trata de una conducta típica conforme a Derecho."⁸⁶

Por el contrario, el maestro Jiménez de Asúa considera que es correcto el uso del termino causas de justificación, pues menciona que "lo que en ellas desaparece es lo injusto; es decir, no solo el delito, sino la injuria, en su vasto sentido, este autor continúa diciendo que no se elimina solo una simple característica del delito, sino la esencia de toda acción injusta, menciona además que lo que esta ausente en estas causas no es el elemento subjetivo de la antijuridicidad, sino el juicio valorativo del juez, quien en nombre de la sociedad compara la conducta con la norma, y decide, después de esta comparación objetiva si el hecho esta contra ella o de acuerdo con ella. Para este autor español, las causas de justificación se pueden definir como aquellas que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen."⁸⁷

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p.p.159-160.

⁸⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. p. 1035.

Respecto de las causas de justificación, Günther Jakobs menciona que "son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre con el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, es decir, a la situación de justificación."⁸⁸

Giuseppe Maggiore señala que se llaman causas de justificación "las circunstancias de un hecho que borran su antijuricidad objetiva; o, en otros términos, que tienen como efecto la transformación de un delito en un no delito."⁸⁹

Por su parte Alfonso Reyes Echandía menciona que "se les denomina causas de justificación porque transforman en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria a Derecho."⁹⁰

Celestino Porte Petit cita a Antón Oneca, para quien las causas de justificación son "la manifestación negativa de la antijuricidad, es decir, la conducta o hecho realizados no son contra el Derecho sino conforme al Derecho, y esta conformidad puede provenir de la ley penal o de cualquier otro ordenamiento jurídico público o privado."⁹¹

Es importante hacer mención de que dentro de la literatura jurídica han existido repetidos intentos por efectuar una explicación unitaria (monística) de las causales de justificación, las cuales no han conducido a resultados prácticos utilizables. Es importante mencionar la "teoría del fin" fundada por Dohna y continuada de manera especial por Schmidt en la que una acción típica no es antijurídica, cuando se presenta como un medio adecuado para la consecución de

⁸⁸ JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 420.

⁸⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p.388.

⁹⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Derecho Penal. p. 159.

⁹¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 385

los fines de la vida en común regulada por el Estado; este principio pretende abarcar todas las causales de justificación.

Maurach señala respecto de la teoría anterior que una de sus ventajas es que "reconoce los llamados elementos subjetivos de justificación, pero tiene como defecto el no representar más que un medio auxiliar casi natural en la interpretación de las causales de justificación, un mero principio regulativo. Del mismo modo, Maurach señala como igualmente improductivo el principio de "más beneficio que daño", descrito por Sauer como una ley jurídica fundamental, en la que un obrar es jurídico (en sentido material) cuando su tendencia general ofrezca más beneficio ya sea ideal o cultural que daño a la comunidad estatal."⁹²

Existen también las llamadas teorías pluralistas, las cuales para algunos autores resultan más concretas, dichas teorías combinan en sus expresiones más difundidas el principio de ausencia de interés y el principio de interés preponderante, o el principio del derecho preponderante con el de ausencia de injusto. En conexión con las teorías pluralistas se puede llevar a cabo una clasificación en tres grupos de las causas de justificación:

En el primer grupo, la justificación es consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención. El fundamento de la justificación cabe denominarlo principio de la responsabilidad, o a veces de modo atenuado principio del ocasionamiento por parte de la víctima de la intervención, es decir, el motivo bien fundado para el comportamiento justificado se encuentra en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización, es decir, cuando se habla de la víctima de la intervención se refiere, por ejemplo, en el caso de la legítima defensa, a quien realiza la agresión antijurídica, el cual debe responder por las consecuencias de su comportamiento antijurídico.

⁹² MAURACH, Reinhart. Op. Cit p. 425.

En el segundo se grupo sigue el principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima de la intervención, en este grupo, el motivo bien fundado reside en los casos en que la víctima de la intervención la define como beneficiosa o al menos como aceptable, es decir, administra sus intereses modificando la organización de estos, en este grupo de casos, la víctima de la intervención acepta la misma por considerar que le es benéfica la propia intervención o que esta le causa menos daño en lugar de no haberse realizado. Como ejemplo de estos casos se puede señalar al consentimiento del ofendido y el estado de necesidad, en caso de que, de no realizarse la intervención, el propietario de determinados bienes podría perderlos por encontrarse en una situación de grave peligro.

Por lo que se refiere al tercer grupo, el fundamento de la justificación se encuentra en el principio de solidaridad; en estos casos se recurre a la víctima de la intervención en interés de otras personas, sobre todo de la generalidad, ejemplo de este grupo tenemos al estado de necesidad, ya que puede ser que se presente un incendio en le que sea necesario romper algunos cristales y paredes de un local vecino para poder rescatar a las personas que se encuentran atrapadas dentro del local que se esta incendiando, en este caso, se esta afectando a una persona en sus bienes, pero se hace con la intención de beneficiar a la generalidad.

Otro aspecto importante respecto de las causas de justificación es determinar su origen o fuente, primero que nada es necesario recordar que dentro de todo el ordenamiento jurídico sólo hay una antijuridicidad, es decir no hay una antijuridicidad civil, una penal, mercantil, etc., sino que lo que es antijurídico para una rama del Derecho lo es para todas las demás, esto es, porque sino podrían presentarse contradicciones dentro del mismo ordenamiento, es decir, que para una rama del Derecho algo sea antijurídico y para otra rama no, es por ello que las causas de justificación se deben extraer de la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, como menciona Jescheck "rige el principio de la unidad del ordenamiento

jurídico, esto es que una causa de justificación presente conforme al Derecho civil es también de aplicación directa en el Derecho penal, y que las causas de justificación jurídico penales justifican también el hecho en las restantes áreas jurídicas."⁹³

Es por ello que autores como Bacigalupo consideran que "la característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica, y no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido."⁹⁴

Por lo tanto podemos afirmar que el origen de las causas de justificación se encuentra en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Constantemente se suele mencionar que las causas de justificación tienen elementos objetivos y subjetivos, es importante señalar que el positivismo causalista no consideraba la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación, porque excluía de la antijuridicidad, como objeto de valoración, la parte subjetiva de la acción. El juicio de antijuridicidad recaía sobre la parte externa del comportamiento, a la cual incorporaba el resultado. Como la antijuridicidad mensuraba la parte objetiva del tipo, las causas de justificación eran de naturaleza objetiva. De manera que bastaba que se diera materialmente una situación de defensa frente a una agresión para que la acción del agredido estuviera justificada, con independencia de que el sujeto hubiera pretendido o no repeler el ataque; los aspectos subjetivos carecían de relieve para determinar la ilicitud de la acción.

Tal criterio esta descartado de la doctrina casi totalmente en parte bajo la influencia del finalismo, ya que como menciona Garrido Montt, "la mayoría estima que las causales de justificación requieren de un elemento o fase subjetiva del

⁹³ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 293.

⁹⁴ BACIGALUPO. Enrique. Op. Cit. p. 217.

conocimiento, por parte del sujeto, de las circunstancias que lo conforman, como por ejemplo que conozca que es víctima de una agresión en la legítima defensa y que actúe precisamente para repelerla, o que enfrenta una situación de peligro que trata de evitar, en el estado de necesidad."⁹⁵

En otras palabras, el sujeto debe tener conocimiento de que se está defendiendo, de que hace uso de un derecho, de que enfrenta un estado de necesidad, y de que su reacción responde a tales situaciones. De esta manera, el elemento subjetivo no se satisface con el simple conocimiento de que concurren los componentes objetivos de la causa de justificación; el sujeto debe, además, actuar con el fin de defenderse, de evitar un peligro, pues la finalidad es inherente a la norma permisiva.

Es importante mencionar que el propio Garrido Montt señala que "ese elemento subjetivo es independiente del *animus* que, además, pueda concurrir, sea de venganza, placer u otro, que normalmente no ofrece relevancia para la causal de justificación, siempre que el sujeto limite su actuar al ámbito permitido por ella."⁹⁶

De acuerdo con lo anterior Mir Puig señala que "el elemento subjetivo de las causas de justificación consiste en conocer y querer los elementos objetivos de la causa de justificación que se presente, del mismo modo que en el tipo positivo es preciso el dolo, este autor señala que el conocer y querer necesario para la justificación constituye la contrapartida del dolo típico en las causas de justificación, no la contrapartida de los elementos subjetivos del injusto."⁹⁷

Existe la posibilidad de que el autor desconozca objetivamente que concurre una causa de justificación, y actuar por ello sin el necesario elemento

⁹⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p.p. 113-114.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 450.

subjetivo anteriormente mencionado, por lo que se debe aplicar al autor de la conducta la pena de la tentativa.

Jescheck señala que "más frecuente es que un sujeto realice una conducta teniendo la creencia errónea de estar amparado por una causa de justificación, por lo que estamos en el caso de lo que se llama error de prohibición."⁹⁸

Con el mismo criterio se manifiesta Santiago Mir Puig, quien señala que dicho error se presenta "cuando el sujeto cree erróneamente que le asiste una causa de justificación que en realidad el Derecho no admite, o cuando yerre sobre los límites normativos de una causa de justificación admitida legalmente."⁹⁹

Al respecto, el Dr. Daza Gómez dentro de su cátedra de Delitos en particular I en la Facultad de Derecho, señala que cuando se esta ante la presencia del error de prohibición pueden suceder dos cosas, si el error es vencible atenúa la culpabilidad y en caso de ser invencible la elimina por completo.

Otra cuestión de debate dentro de las causas de justificación es que, para alguno sector de la doctrina, aún y cuando se presente alguna causa de justificación, la conducta que se realizó sigue siendo típica, por ejemplo, Jescheck menciona que "la intervención de una causa de justificación excluye la antijuridicidad de la acción típica, o sea, que esta continua siendo típica, lo que pasa es que tal conducta sólo esta permitida."¹⁰⁰

Por su parte tanto Jurgén Baumann como Orellana Wiarco se manifiestan en el mismo sentido, pues en términos similares consideran, que la aparición de una causa de justificación excluye la antijuridicidad, más no así el acto y la tipicidad.

⁹⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 297.

⁹⁹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 452.

¹⁰⁰ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 298.

Otro autor que sigue esta forma de pensar es Mario Garrido Montt, quien menciona que "cuando se presenta alguna causal de justificación, se elimina la antijuridicidad, más no así la tipicidad de la conducta, ya que dicha conducta sigue siendo típica solo que esta autorizada por el Derecho bajo algunas circunstancias."¹⁰¹

Por otro lado se encuentran algunos autores que están en contra de que la presencia de alguna causa de justificación no elimina la tipicidad, como por ejemplo Carlos Fontan Balestra, quien señala que "con la presencia de alguna causa de justificación, desaparece lo típico del acto, porque el tipo mismo, en cuanto no importa valoración, queda comprendido en la acción justificada."¹⁰²

Con el mismo criterio se manifiesta el Maestro español Santiago Mir Puig, quien menciona "existen dos opiniones contrapuestas, por una parte, la posición tradicional que fue la señalada líneas arriba, para la cual, la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por consiguiente cabe hablar de conducta típica justificada; y por otro lado, la teoría de los elementos negativos del tipo, para la cual, el tipo consta de dos partes, una positiva y una negativa, la primera equivale al tipo en sentido tradicional, esto es el conjunto de elementos que fundamentan positivamente el delito, y la parte negativa que añade la exigencia de que no concurren causas de justificación, por lo que considera que las causas de justificación eliminan la tipicidad, ya que para dicha teoría el tipo es un juicio de valor no provisional, sino definitivo, y la única forma de conseguir esto es admitiendo que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y, viceversa, por lo que la presencia de alguna causa de justificación excluye la tipicidad."¹⁰³

Es importante destacar el caso de la concurrencia de causales de justificación, a este respecto, Jakobs señala "un comportamiento puede estar

¹⁰¹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 110.

¹⁰² FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General. S/e. ABELEDO PERROT. Buenos Aires. 1980. p. 278.

¹⁰³ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p.p. 157,447.

justificado por varias causas de justificación, indica además, que la acumulación es importante cuando el que realiza la conducta conoce sólo una de las situaciones justificantes, entonces su conducta está tan justificada como si hubiera conocido otras situaciones de justificación o todas ellas acumuladas.”¹⁰⁴

A este respecto, Donna menciona “cuando se da el caso de la concurrencia de causas de justificación, el estado de necesidad retrocede ante las demás, especialmente frente a la legítima defensa, y esto es porque se está ante una causal que favorece mucho más los intereses de la persona que tiene el permiso.”¹⁰⁵

Un aspecto dentro de las causas de justificación en el que la mayoría de los autores coinciden es el referente a los efectos que estas tienen, dentro de los cuales se encuentran los siguientes:

- Toda causal de justificación concede un verdadero derecho. En base a ello se deduce que el titular del derecho puede hacerlo valer hasta el límite de la fuerza, si ello fuera necesario.
- Es indiferente si el autor actuó en virtud de una facultad o de una obligación, esto es, que no importa si actuó en base a un derecho como en la legítima defensa o en cumplimiento de un deber.
- Cuando se presenta una causa de justificación se excluye de manera completa la responsabilidad penal, civil y de cualquier otra, ya que como se mencionó la antijuridicidad es una sola, por lo que de presentarse una causa que justifique una conducta en cualquier rama del Derecho, dicha conducta será por lo tanto lícita para todo el ordenamiento jurídico, así mismo, algunos autores coinciden en que se excluye la misma

¹⁰⁴ JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 430.

¹⁰⁵ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p.p.132-134.

responsabilidad a quien colaboro en la realización del hecho típico, como por ejemplo el que ayuda a otro a obrar en estado de necesidad, ya que no existe participación punible en conductas realizadas bajo el amparo de una causa de justificación, toda vez que la participación supone al menos la comisión de una acción típica y antijurídica.

- Otro efecto, es que como se trata de un comportamiento autorizado por el Derecho, no puede aquel en contra de quien se dirige la acción permitida, defenderse de la misma, por lo que, no es posible la legítima defensa contra el que obra justificadamente.
- A quien obro con una causa de justificación, no le es aplicable ninguna medida de seguridad, o cualquier tipo de sanción, puesto que su obrar fue lícito.
- La existencia de una causa de justificación al excluir la antijuridicidad de la conducta, hace innecesario, el estudio de la culpabilidad del sujeto, pues este estudio solo podría llevarse a cabo si la conducta fuese antijurídica.
- La provocación intencional de una situación que permita invocar la causal de justificación excluye ésta, ya que como es obvio, si se crea la situación con el fin de aprovecharse luego de ella, y aducir la causal de justificación, como por ejemplo la legítima defensa, ésta no podrá darse.
- La protección sólo se extiende al bien protegido en la proposición permisiva, de acuerdo con ello, el bien jurídico cuya norma de protección ha retrocedido, ha dejado de ser protegido por el Derecho, pero el bien jurídico de un tercero, cuya norma protectora continua en vigencia, sigue siendo protegido por el Derecho, por lo que su lesión es antijurídica. Por ejemplo se puede dar el caso de la legítima defensa, donde el agresor

puede ser repelido por el que se defiende, pero si este ataca a otra persona, su conducta será antijurídica, ya que el tercero nunca lo agredió de manera ilícita.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, las causas de justificación las podemos observar desde el Código Penal de 1871 conocido como el Código de Martínez de Castro, dichas causas se encuentran en el Título Segundo, Capítulo II, artículo 34, bajo el título de "Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal", en dicho artículo se enumeran dieciséis fracciones, dentro de las cuales encontramos a la Legítima defensa, el Estado de necesidad, el Cumplimiento de un deber, el Ejercicio de un Derecho y el Consentimiento del ofendido.

Ahora corresponde el estudio de las diferentes causas de justificación enumeradas en nuestra Legislación Penal Federal, las cuales se encuentran en el Capítulo IV, del Título Primero, bajo el nombre de "Causas de exclusión del delito".

2.2 CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR.

2.2.1 ESTADO DE NECESIDAD.

El Estado de necesidad es considerada como una de las causas de justificación más importantes y amplias, no sólo porque corresponde fundamentalmente a una situación natural de la persona enfrentada a una grave situación de peligro, sino porque abarca gran variedad de hechos, los cuales Jiménez de Asúa enumera así: "los náufragos que se disputan la tabula *UNIX CAPAX* (capaz para uno solo); la lucha por ganar la salida del teatro incendiado, en el que el espectador se ahoga por el humo y abrasado por las llamas pisotea el cuerpo de otro caído en el suelo, el hacer abortar a la mujer cuya vida peligra; operar a una persona en inminente riesgo de muerte aunque se oponga el padre

del enfermo; apoderarse de un medicamento secreto, aún no puesto en circulación por un empleado que salva así la vida de su hija; entrar en domicilio ajeno para prestar auxilio o servir a la justicia; hurtar un panecillo para no morir de hambre, o un vestido para reemplazar al del bañista a quien le fueron sustraídos los suyos; matar a un animal que nos embiste; ejercer ilegalmente la medicina en situación de apuro etc."¹⁰⁶

Respecto de la historia del estado de necesidad, se dice que su más remoto antecedente se encuentra en el "Código de Hammurabi, donde se hacía referencia al estado de necesidad, ya que en su artículo 134 se encuentra lo siguiente si alguien es hecho prisionero y, no habiendo en su casa de que vivir, su mujer entra en casa ajena, esta mujer es inocente. Por otro lado en las leyes de Manú (libro sagrado de la India) también se contienen diversas situaciones encuadrables dentro del estado de necesidad; ya que se justificaba el sacrificio de un ser humano para comer de su cadáver a impulsos del hambre; el hurto o robo famélico, el consumo de alimentos prohibidos por quien tiene su vida en peligro, o la sustracción de elementos necesarios para la celebración de un sacrificio."¹⁰⁷

Por lo que se refiere al Derecho Romano, también se reconocía el estado de necesidad en aquellas circunstancias en las que alguien se enfrentaba a un peligro que implicara lesión a un derecho de importancia semejante o superior al de quien lo causaba, siempre que el riesgo no fuera evitable de otro modo y existiera cierta proporción en el balance de los bienes en conflicto. Los casos más conocidos se hallaban en la Lex Aquilia, en la lex Rohdia de jactu y en la lex de incendio, ruina, naufragio rate nave expugnata. Entre las situaciones allí previstas Reyes Echandia señala que es importante destacar las siguientes: "el propietario de un inmueble destruye la casa del vecino, que se esta incendiando, para salvar la suya; el capitán de una navío hace cortar las cuerdas del ancla de otro buque para poder zarpar sin riesgo; en caso de peligro de naufragio se arrojan al mar las

¹⁰⁶ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 62.

¹⁰⁷ Idem.

mercancías, procurando una distribución equitativa de pérdidas entre sus propietarios; el adulterio de la mujer cuando se encontraba entre enemigos, etc."¹⁰⁸

En el Derecho Canónico, se consagraba frecuentemente el estado de necesidad como excusa para todos los delitos, con excepción del de fornicación, tal vez porque, como lo menciona Jiménez de Asúa "la iglesia se haya visto obligada a tratarlo con la mayor severidad, ya sea porque es el más arraigado en los países bárbaros o porque no puede ser cometido en estado de necesidad."¹⁰⁹

Siguiendo las huellas de los postulados del Derecho Canónico, el Derecho Germánico proclamó también que la necesidad no tiene ley; numerosos proverbios alemanes lo evidencian. Los casos de estado de necesidad favorecían principalmente a tres categorías de personas que eran los viajeros, las mujeres embarazadas y los pobres, y se referían el primero y el último a la apropiación de cosas ajenas, y el segundo al aborto.

La antigua legislación española, en cambio, no ofrece muchos ejemplos de la figura. Los casos más comunes se encuentran en las Siete Partidas, así "la ley 3ra, título XV de la partida séptima, excusa la conducta de quien causa un daño en los bienes de otro por defender los suyos; la ley 12 del mismo título exonera de responsabilidad a quien derribe la casa intermedia entre la que se incendia y la de su propiedad, porque en tal condición no sólo se salva la casa en peligro de quemarse sino también las demás de la villa."¹¹⁰

Dentro de nuestro país, encontramos desde la época precortesiana al robo de indigente como un antecedente del estado de necesidad, ya que desde aquellos años existió en México la preocupación legislativa sobre este caso. "En el primer código de orden penal, ya en el México independiente, que fue el Código

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ *Ibidem.* p. 63.

¹¹⁰ Idem.

Veracruzano de 1835, se formuló la exención de castigo a quien robara por hambre."¹¹¹

Sobre el concepto del estado de necesidad existen numerosas definiciones que han sido desarrolladas y propuestas por la doctrina, una de las primeras fue la establecida por Von Liszt, para quien el estado de necesidad es "una situación de peligro actual de los bienes protegidos por el Derecho en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro jurídicamente protegidos."¹¹²

Por su parte Jescheck señala que el estado de necesidad es "un estado de peligro actual para intereses legítimos que solo puede ser conjurado mediante la lesión de los intereses legítimos de otro", pero agrega además, que el estado de necesidad dista mucho de ser un fenómeno unitario, y comprende supuestos de muy diversa naturaleza y configuración."¹¹³

Maggiore por su parte señala que "el estado de necesidad existe cuando alguien a causa de un hecho no imputable a él, se halla en la situación inevitable de no poder salvarse sino sacrificando a otro."¹¹⁴

Para Cerezo Mir el estado de necesidad es "la situación de peligro de un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber."¹¹⁵

Porte Petit señala que el estado de necesidad se presenta "cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se

¹¹¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. p.157.

¹¹² ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Manual de Derecho Penal. Tomo II. El Delito. S/e. ARANZADI. España. 1985. p. 365.

¹¹³ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit p. 317.

¹¹⁴ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit p. 421.

¹¹⁵ CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del Delito. 2da reimpresión. TECNOS. España. 1994. p. 15.

lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley. Existe el estado necesario, cuando haya la necesidad de salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado, de un peligro grave, actual o inminente, lesionando otro bien igualmente amparado por la ley, siempre que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo, y no sea el peligro ocasionado de manera dolosa o culposa por el propio agente."¹¹⁶

Como puede apreciarse en las definiciones anteriores, todas ellas coinciden en que en el estado de necesidad se está ante una situación de peligro en la que se encuentran en conflicto bienes jurídicamente protegidos por el Derecho, uno de los cuales deberá ser sacrificado para salvaguardar al otro, la definición de Porte Petit va más allá, porque agrega elementos que serán analizados posteriormente, los cuales se requieren dentro de nuestro Código Penal Federal, para que se conjure la eximente de referencia.

Es importante también, analizar la naturaleza jurídica del estado de necesidad, ya que a través de la historia de esta institución se han creado diversas teorías para fundamentar su existencia, las cuales fueron y han sido mantenidas algunas de ellas por filósofos y juristas, dentro de las más representativas se encuentran:

Teoría de la vuelta al estado de naturaleza; esta teoría fue mantenida principalmente por Hobbes y Hugo Grocio, y fue orientada de manera preponderante a la justificación del hurto famélico, esta doctrina es patrocinada también por la iglesia y defendida dentro de la misma, por San Buenaventura y Santo Tomás de Aquino, se dice que la esencia de esta teoría se halla definida en una afirmación de Grocio "en caso de necesidad, el antiguo derecho de servirse de las cosas presentes revive, en cierto modo, como si fueran aún comunes."¹¹⁷

¹¹⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit p. 431.

¹¹⁷ ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Op. Cit. p.p. 368-370.

Esta teoría es rechazada por considerar que esta teoría se halla definitivamente refugiada en los conventos y monasterios

Existen también las llamadas teorías de la violencia moral, dentro de las cuales pueden agruparse una serie de teorías que, como la denominada propiamente de la violencia moral o la de la debilidad humana, la de la irresponsabilidad y otras análogas tienen un carácter meramente subjetivo, encontrando el fundamento de la impunidad del delito cometido en estado de necesidad en la coacción o violencia moral que constriñe al sujeto a violar la norma ante la inmediata amenaza del mal, se dice que el antecedente más remoto de estas teorías se halla indudablemente en Aristóteles, pasando, tras adquirir tinte jurídico con los Glosadores, a los Prácticos italianos y alcanzando su consagración en Filangieri. Dichas teorías fueron sumamente criticadas, en primer lugar porque no permitirían la consideración del estado de necesidad como causa de justificación, así como por otra parte la doctrina sostiene que la violencia moral perturba el ánimo, el cual puede permanecer absolutamente sereno en el estado de necesidad.

Teoría de la inutilidad práctica de la represión, la cual se encuentra formulada principalmente dentro del ámbito filosófico por Kant y en el jurídico por Feuerbach, dicha teoría parte del principio de que la necesidad no hace legal a la injusticia, pero como para el que se halla en estado de necesidad la pena carece de poder coactivo, la imposición de un castigo en tales casos resultaría inútil, esta teoría es rechazada porque se dice que no aborda de manera correcta el problema de la esencia del estado de necesidad, ya que lo declara impune por razones de utilidad, sin darse cuenta de que en muchas ocasiones en que no se presenta el estado de necesidad, la pena carecerá, por circunstancias diversas, de poder coactivo para el sujeto, sin que por ello su acto quede impune.

Respecto de esta teoría que Jescheck llama de la equidad, "la conducta del sujeto que actúa en estado de necesidad pese a no ser considerada "inculpabilis",

puesto que, no obstante la situación de necesidad, se opone al imperativo categórico, si se le estima "Impunibilis", dado que el autor, en caso de coacción irresistible, ya no puede ser determinado legalmente a actuar conforme a Derecho. Así, el hecho realizado en estado de necesidad, no debería ser castigado por razones de equidad."¹¹⁸

Respecto de la citada teoría, Mir Puig señala que para la misma, "el acto realizado en estado de necesidad si bien no es jurídicamente correcta por no estar conforme a Derecho, no es punible habida cuenta de la situación de coacción psicológica en que actúa el sujeto, pero es importante destacar que este autor la denomina teoría de la adecuación."¹¹⁹

Existe además una teoría que fue sostenida por Fichte, para quien "en el estado de necesidad, el ordenamiento jurídico retira en cierto modo sus mandatos y prohibiciones, y deja la decisión a la conciencia de cada uno, para este autor, hay estado de necesidad, cuando dos seres libres caen por simple casualidad natural y no por ataque de uno de ellos, en una situación en la que ninguno puede salvar su vida más que sacrificando la de su compañero, sin cuya inmolación los dos perecerían."¹²⁰

Es decir, esta teoría considera que el estado de necesidad esta fuera de la órbita del Derecho, a esta teoría se le denomina de la exención, respecto de la misma Jakobs señala que "la acción en estado de necesidad no esta prohibida, pero tampoco justificada, es decir, la conducta que se realiza queda fuera de los alcances del Derecho."¹²¹

Esta teoría es rechazada por Jiménez de Asúa, quien argumenta que "para el Derecho no puede haber actos que no sean: ni justos ni injustos, agrega que el

¹¹⁸ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit p. 317.

¹¹⁹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 483.

¹²⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p.65.

¹²¹ JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 494.

Derecho debe estar armado de soluciones para todos los casos, en el mismo sentido se manifiesta Jiménez Huerta, quien señala que decir que la necesidad no tiene ley, es desconocer que el fin del Derecho es precisamente hacer posible la armonía humana mediante la adecuada valoración de los intereses sociales.¹²²

Por su parte Maggiore considera que el estado de necesidad entra en el ámbito del Derecho, y por lo mismo en la justificación, pues para él "esta causa de justificación, responde al instinto de conservación, incoercible en el hombre; y aunque el hecho de sacrificar al prójimo para salvarse a sí mismo, sea inmoral, es ciertamente jurídico, ya que ningún ordenamiento jurídico puede desconocer el derecho de la propia conservación, además, la moral puede exigir un acto de abnegación y de altruismo, es decir, puede elevar el amor al prójimo hasta el deber de sacrificarse por los demás, pero no así el Derecho, que coloca en primera línea el derecho de la personalidad y la conservación; este autor termina señalando que, quien actúa bajo la protección del estado de necesidad, lo hace como si estuviera investido de una función superindividual y social, como si ejerciera una potestad de Derecho público, ya que en caso de que un sujeto se encuentre ante una situación de peligro no provocada por el mismo, obra como obraría el Estado con su ética, ya que el Estado no podría permitir que murieran dos personas por no sacrificar a una de ellas."¹²³

Contrapuesta con la teoría de la exención, se creo la teoría de la colisión de intereses, la cual se remonta a Hegel en cuanto afirma que "el estado de necesidad constituye un conflicto de derechos en el que el derecho a la vida adquiere categoría de absoluto."¹²⁴

Esta teoría parte de la diferencia valorativa de los bienes jurídicos, es decir, que el fundamento del estado de necesidad radica en el mayor valor objetivo que para el Derecho tienen los intereses salvados en comparación con los intereses

¹²² REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 66.

¹²³ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p.p. 422-423.

¹²⁴ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 66.

que se sacrifican. A la vista de dicha superioridad valorativa, en caso de colisión (de ahí el nombre de la teoría) debe considerarse objetivamente correcta, justificada y no sólo exculpada, la acción que salva el interés más importante. Ello es independiente de que el sujeto actúe o no bajo el influjo de una coacción psicológica.

Graf Zu Dohna se manifiesta a favor de esta teoría, mencionando que "para el orden jurídico predomina aquel bien en cuya conservación esta más interesado y al cual da más preferencia en caso de conflicto. El punto de vista del orden jurídico es primariamente objetivo; entre los bienes en conflicto, se decide a favor del cualitativamente más valioso sobre el que no lo es, y en caso de igualdad cualitativa, decide la cantidad, este autor sostiene su posición con el siguiente razonamiento, no siempre es posible mantener el estado ideal, hay casos en que se impone imperiosamente la necesidad de sacrificar un interés para salvar otro. El Derecho es impotente contra la fuerza de las cosas. Puede imponer sus leyes a los hombres pero no a los elementos. Si de dos valores, seguramente uno ha de perecer, sería infantil el empeñarse en salvar a ambos, exponiéndolos así a perecer conjuntamente. El orden jurídico ha de tomar partido por uno o por el otro y, para salvar al que convenga, es necesario emplear al hombre con el fin de que se ponga al servicio de este objetivo y lo lleve al triunfo."¹²⁵

Es importante destacar que este autor no menciona que criterio es el que se va a seguir para llegar a conocer cual de entre dos bienes tiene valor superior, y tampoco explica porque cuando se presenta una igualdad cualitativa entre los bienes, se va a resolver a través de un criterio cuantitativo sobre los mismos. A esta teoría se le conoce también como la del interés preponderante, dado que como se menciono, se basa en la diferencia de valores que tengan los bienes que entran en conflicto en el estado de necesidad, inclinándose siempre por la salvación del bien cuyo valor sea mayor.

¹²⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 68.

Es importante destacar que Bacigalupo menciona que "la colisión puede presentarse de dos formas, es decir, no sólo existe la colisión de intereses, sino que existe también la llamada colisión de deberes."¹²⁶

Como se señaló, existe colisión de intereses cuando se da un conflicto entre bienes jurídicos de valor dispar, es decir que uno es de mayor valor frente a otro; y se dice que existe colisión de deberes, cuando lo que se enfrenta no son derechos, sino obligaciones las cuales son social y jurídicamente exigibles a la misma persona; se trata de los casos en que ante el dilema de no poder cumplir con ambas obligaciones de manera eficaz, el sujeto opta por atender la más urgente o la de mayor importancia.

Respecto de la colisión de deberes Jescheck señala que "este es un caso particular del estado de necesidad, y que se presenta cuando alguien sólo puede cumplir un deber jurídico de su incumbencia a costa de otro que le corresponde igualmente, siendo así que la vulneración del deber que infringe constituye una acción u omisión conminada con pena, señala además, que es el deber referido al bien jurídico superior el que ha de cumplirse a costa del inferior, no obstante, la relación puede invertirse tomando en cuenta las demás circunstancias que merecen ser tomadas en cuenta, es importante mencionar que cuando los deberes son de igual entidad o valor, él señala que hay que distinguir entre tres grupos de casos, el primero es el que se presenta cuando concurren un deber de acción con otro de omisión, caso en el cual menciona que se suele estimar que goza de cierta preferencia el deber de omisión, por lo que el sujeto está justificado al infringir por inactividad el deber de acción que le incumbe más tiempo. El segundo caso hace referencia a cuando chocan dos deberes equivalentes de acción, en donde menciona que el sujeto actúa asimismo antijurídicamente en relación con el deber que ha de quedar incumplido, no obstante se suele estimar con carácter mayoritario que en tal situación el ordenamiento jurídico deja libre en cierta manera la decisión, de modo que el autor estaría justificado en todo caso,

¹²⁶ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 232.

cumpla un deber u otro, lo mismo ocurre cuando se trata del último caso que es cuando se presentan dos deberes equivalentes de omisión.”¹²⁷

Dicho lo anterior, es importante mencionar que cuando se presentan en conflicto deberes equivalentes o del mismo valor, se constituye una causa de exclusión de la culpabilidad, por no ser exigible otra conducta, como se verá más adelante en la teoría de la diferenciación.

Por su parte Mir Puig señala “la colisión de deberes concurre cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro, este autor señala que lo peculiar en tal colisión es que en ella el sujeto debe actuar u omitir, a diferencia de lo que sucede en los demás casos de estado de necesidad, en los cuales se faculta (pero no se obliga) al sujeto a efectuar la lesión de un bien jurídico, dentro de la doctrina, es manejado el ejemplo en el que un médico sólo dispone de un pulmón artificial y se encuentra ante dos enfermos que lo necesitan, y a los cuales tiene el deber de auxiliar. Por otro lado, él menciona que la situación característica de la colisión de deberes, en la que el sujeto debe actuar u omitir, y no sólo puede hacerlo, se da tanto en concurrencia de dos deberes de actuar, como cuando colinden un deber de actuar y uno de omitir.”¹²⁸

En el ejemplo líneas arriba citado, nos encontramos en presencia de dos deberes de actuar o de acción, que Mir Puig llama deberes de auxilio, él menciona que se está ante un deber de actuar y uno de omitir, si para salvar la vida de un paciente tuviera que dañarse la propiedad ajena, y nos muestra el ejemplo de un médico, el cual para ir a auxiliar a un paciente grave (deber de actuar), utiliza el vehículo de otra persona (deber de omisión).

Cabe destacar que el propio Mir Puig señala algo importante, al mencionar que “la expresión colisión de deberes es admitida generalmente por el arraigo o

¹²⁷ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p.p. 329-330.

¹²⁸ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 481.

costumbre que se tiene doctrinalmente, pero que en su expresión pura resulta discutible, ya que, si se admite que el Derecho no puede imponer deberes que no hay deber de cumplir, se debe considerar inexacto afirmar que existe una propia colisión de deberes cuando sólo debe cumplirse el más importante o, siendo de igual valor, cualquiera de ambos, este autor señala que este problema se debe resolver de la siguiente manera: en la llamada colisión de deberes concurren dos normas que en general imponen deberes contrapuestos, pero en concreto, cuando colinden sólo subsiste un deber."¹²⁹

Existe también la llamada teoría unitaria, la cual es explicada por Bustos Ramírez, quien señala que "tal teoría fue la que se planteo tratando de unificar el estado de necesidad cualquiera que sea el valor de los bienes jurídicos, bien sea en la antijuridicidad, lo que le otorgaría una naturaleza única de justificante, o en la culpabilidad, lo que le daría siempre el carácter de exculpante, este autor menciona que el argumento básico de esta teoría de la unificación es que, no se pena el estado de necesidad por un interés político-criminal: el Derecho no tiene un interés político-criminal de carácter preventivo general en combatir un comportamiento en el que no se ha causado un mal mayor del que se trata de evitar. Con este planteamiento, quedan englobados dentro del estado de necesidad justificante, los casos entre bienes jurídicos iguales, por lo que en esos casos como en los que hay conflicto entre un bien jurídico de mayor con uno de menor valor, la pena no tendría sentido, pues no podría cumplir su función coactiva para evitar futuras lesiones de bienes jurídicos. Para esta teoría que asigna a la pena una función preventivo general, el estado de necesidad ante bienes iguales no es un problema de motivación, esto es de culpabilidad, simplemente se trata de que el Derecho no quiere combatir ese comportamiento y, por lo tanto, estaría justificado, no habría injusto."¹³⁰

¹²⁹ *Ibidem*. p. 482.

¹³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Op. Cit.* p.p. 141-142.

De lo anterior se desprende que contra la conducta realizada en estado de necesidad en un conflicto entre dos bienes del mismo valor, no cabría la posibilidad de la legítima defensa en contra de quien actúa en estado de necesidad, dado que su conducta no sería antijurídica, a este respecto el propio Bustos Ramírez señala que para Gimbernat, "si bien no cabe contra la conducta del sujeto que actúa en estado de necesidad la acción en legítima defensa, si cabe el estado de necesidad."¹³¹

La postura anterior la consideramos incorrecta, pues creemos que llevaría a una cadena interminable de estados de necesidad, ya que todos actuarían protegidos bajo esa causa de justificación, ya que ninguno de los sujetos que intervendrían en tales casos serían agresores injustos.

En términos generales, podemos mencionar que para la teoría unitaria, la justificante del estado de necesidad puede operar respecto de todo tipo de bienes, siempre que sean de igual o menor jerarquía respecto del bien que se salva.

Por otro lado existen doctrinarios que consideran que Goldschmidt fue el primero en sacar a la doctrina del estado de necesidad de la confusión tan lamentable en que se encontraba, y mediante una consideración diferenciada, le abrió la puerta a una nueva comprensión, la teoría de la diferenciación, admitida hoy como la dominante, esta teoría comprende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación o de la equidad como la llama Jakobs y el principio del interés predominante destacado por la teoría de la colisión, deben utilizarse para explicar, respectivamente, dos grupos de estado de necesidad. Estos dos grupos son por un lado el del estado de necesidad justificante y por el otro el del estado de necesidad disculpante.

En el primer grupo, es decir, el del estado de necesidad justificante, se puede decir que el fundamento de la exención es la salvación del interés

¹³¹ Idem.

objetivamente más importante, son los casos en que se lesiona un interés esencialmente inferior al que se salva.

A este respecto, es importante el apunte que hace Cerezo Mir, quien señala que "el estado de necesidad será causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona. Este mismo autor plantea el caso del cirujano que le extrae un riñón a una persona, sin su consentimiento, con el fin de transplantarlo a otro paciente y así salvarle la vida, dicho problema visto desde los males causados o de los bienes salvados, como Cerezo Mir señala, la vida de la persona tiene mayor valor que las lesiones causadas a quien se le extrae el riñón, pero ello no alcanza para justificar la conducta, ni a convertirla en lícita, sino que requiere que dicha conducta no lesione la dignidad de otra persona, lo cual está ocurriendo en este caso."¹³²

Enrique Bacigalupo menciona frente al problema anterior, que "la acción realizada en estado de necesidad sólo resultará justificada cuando, además de que exista una desproporción esencial entre el interés que se salva y el que se sacrifica, la acción no importe una afectación a intereses individuales, ya que, la acción necesaria debe constituir un "medio adecuado socialmente" para la resolución del conflicto."¹³³

En otras palabras, la sola preponderancia de un interés sobre otro no es suficiente para la justificación, ya que esto no autoriza que se afecten bienes individuales y además se requiere de un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado, que no ocurre en el caso del trasplante del riñón.

El segundo grupo se refiere a los casos en que el interés lesionado no es esencialmente inferior al que se salva, sino que incluso es igual o superior a este.

¹³² CEREZO MIR, José. Op. Cit. p. 34.

¹³³ BAIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p.p. 234-235.

Aquí no puede considerarse justificada la conducta lesiva con arreglo al criterio de la colisión, pero la conducta puede resultar exculpada si el sujeto actúa bajo una situación de conflicto en la cual no le es exigible que deje de salvar el interés amenazado, o en otras palabras no le es exigible otra conducta, esto ocurre en los casos en que los bienes que se hallan en situación de conflicto es una vida contra otra, o bien una integridad física frente a otra.

Por lo anterior, como menciona Mir Puig, en los casos como los anteriores en los que los bienes que están en juego son personalísimos como la vida o la integridad física, "exigir su sacrificio sería exigir una heroicidad, y el Derecho no se dirige a héroes, sino al ciudadano medio. Pero como no se salva un interés esencialmente superior, no cabe la justificación, sino sólo la exclusión de la culpabilidad; por ello se habla de un estado de necesidad exculpante o disculpante."¹³⁴

Por lo tanto, podemos mencionar que el estado de necesidad exculpante o disculpante como lo llaman algunos autores, se da cuando, como se señaló, los bienes que están en conflicto son de igual valor, en cuyo caso, el sujeto que se encuentra en tal situación, se ve impedido de poder salvar ambos, por lo que realiza una conducta cubierta por estado de necesidad, en tal caso, su conducta es típica y antijurídica, pero no culpable, toda vez que su conducta no le es reprochable, por lo que objetivamente no le es exigible una conducta diferente que sea adecuada al Derecho.

Lo expresado es apoyado dentro de la doctrina por Garrido Montt, quien señala que "el estado de necesidad exculpante se extiende al sacrificio de intereses jurídicos de toda índole, aún de la vida, para evitar un mal de igual entidad, realizando un acto típico; en este caso la actividad salvadora no la justifica el Derecho, es típica y antijurídica, pero se puede liberar de la culpabilidad al que la lleva a cabo, porque en esas circunstancias la normativa legal no está en

¹³⁴ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 484.

condiciones de motivarlo adecuadamente para que respete los mandatos o prohibiciones que establece con carácter general."¹³⁵

Frente a la distinción mencionada entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante, hecha por la teoría de la diferenciación, Jescheck menciona que "dicha distinción tiene consecuencias de gran alcance, ya que en el primer caso, como se menciono, el hecho esta justificado, por ello frente a tal estado no cabe la legitima defensa, como tampoco existe ningún tipo de participación punible en la acción cubierta por el estado de necesidad; en el segundo caso, el hecho sólo queda exculpado, por lo que, el afectado por la acción concerniente al mismo puede acudir a la legitima defensa, además la participación en la mencionada acción es punible en tanto el propio participe no se encuentre presionado por la situación de necesidad o ser pariente o persona próxima."¹³⁶

Por otro lado, la doctrina moderna, se ha dado a la tarea de diferenciar lo que se llama estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo, Calderón Cerezo señala que "el estado de necesidad defensivo se presenta cuando el conflicto de bienes procede del bien que se sacrifica, y el estado de necesidad agresivo cuando el bien que se sacrifica o se lesiona no participa en el conflicto de bienes."¹³⁷

Por su parte Maurach menciona que "tanto el estado de necesidad defensivo como el agresivo, son casos especiales del estado de necesidad justificante, y señala que el estado de necesidad defensivo se presenta cuando se destruye una cosa ajena, con el objeto de evitar un peligro proveniente de esa cosa respecto de si misma o de un tercero, siempre que la acción sea necesaria para evitar dicho peligro, y que el daño no sea desproporcionado a éste, y el

¹³⁵ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 140.

¹³⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 318.

¹³⁷ CALDERON CEREZO, Angel. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. 2da ed. BOSCH. España. 2001. p. 212.

estado de necesidad agresivo se presenta cuando se tiene que sacrificar una cosa ajena de manera necesaria para evitar un peligro actual, en la medida en que el peligro supere en forma considerable el daño que amenaza al dueño de la cosa."¹³⁸

Una vez señalado lo anterior, es importante pasar al estudio de los requisitos que marca la ley para que concurra esta causa de justificación.

En primer lugar, debemos señalar que el estado de necesidad se encuentra regulado dentro de nuestro Código Penal Federal en la fracción V del artículo 15, el cual se encuentra en el Libro Primero, Título Primero, Capítulo IV bajo el nombre de "Causas de exclusión del delito", así mismo, se trata de una figura jurídica reconocida en todos los Códigos Penales de la República, contando prácticamente con los mismos elementos.

Dicha fracción de nuestra Legislación Federal señala que el delito se excluye cuando:

V. "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo".

De lo anterior se desprenden los requisitos que deben concurrir para la presencia del estado de necesidad.

En primer lugar tenemos como primer requisito la existencia de un peligro, a este respecto, se han dado diferentes definiciones por parte de la doctrina, de esta manera, tenemos que Jakobs señala que el peligro "es un estado en el que se

¹³⁸ MAURACH, Reinhart. Op. Cit. p. 487.

puede pronosticar que la lesión del bien no es improbable de acuerdo con el curso causal que es de esperar. El peligro sólo es relevante para el estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general, este autor señala además, que no es necesaria una probabilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal, sino que más bien hay que tener en cuenta, al ponderar los riesgos, en su caso, un grado pequeño de peligro. Es importante destacar que el peligro puede provenir como él mismo lo señala de una calamidad natural o un comportamiento humano incorrecto, incluso un delito."¹³⁹

Por su parte Porte Petit señala "el peligro consiste en una probabilidad de daño, y que dicho peligro puede provenir de un tercero, de la naturaleza o de los animales."¹⁴⁰

Mir Puig señala que "el peligro significa algo más que posibilidad, es decir, no basta la sola posibilidad del mal, sino que debe existir una probabilidad inminente."¹⁴¹

De las definiciones anteriores, podemos concluir que por peligro se entiende, la probabilidad de que se cause un daño o un mal, de acuerdo con el curso que van teniendo las cosas que le preceden, es decir, que de acuerdo con los anteriores acontecimientos, es sumamente probable que se cause un daño o mal.

Pero además es muy importante destacar que el requisito que marca le ley no es solamente la existencia de un peligro, sino que además el mismo sea real, actual o inminente.

¹³⁹ JAKOBS, Günther. Op. Cit p. 503.

¹⁴⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit p.p. 438-439.

¹⁴¹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 490.

Se dice que el peligro es real cuando tiene positiva y verdadera existencia, es decir, que no se trate de una simple suposición, presentimiento o resultado de la imaginación.

Por otro lado, como se menciona, el peligro debe ser actual o inminente, la doctrina menciona que por peligro actual se entiende la posibilidad de un daño que casi con toda seguridad va a tener lugar si no se adopta inmediatamente la medida salvadora. Asimismo, se dice que el peligro es inminente cuando así lo comprende el ser humano, siempre que esa comprensión sea correcta, es decir, que cualquier otro en su lugar así lo comprendería, independientemente de cualquier criterio cronológico. En otras palabras, es inminente el peligro cuando amenaza o esta por suceder.

Es importante mencionar que la determinación respecto de la existencia o no del peligro se va a obtener por medio de un juicio valorativo que tiene que realizar el juzgador, tal juicio valorativo se debe hacer de manera ex ante como lo llama la doctrina, esto es, que el juzgador debe retrotraerse al momento en que actuó el sujeto y enjuiciar la situación como lo haría un hombre promedio con sus conocimientos y los que pudiera tener el sujeto.

El segundo requisito marcado por la ley es el referente a que el peligro no haya sido causado de manera dolosa por el agente, esto se refiere a que el sujeto que actuó en estado de necesidad no haya sido quien causo el peligro, ya que de ser así, tal sujeto no podría verse protegido por la eximente del estado de necesidad, Bustos Ramírez señala que esto es así porque en estos casos "el sujeto no actúa para salvar el interés más importante ni tampoco en una situación de conflicto, sino a partir de una situación de poder provocada por el mismo."¹⁴²

Por su parte, Quintero Olivares menciona que en consecuencia "la provocación imprudente queda amparada por la causa de justificación, pero esto

¹⁴² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. p. 147.

no quiere decir que la conducta pueda ser castigada como delito imprudente, lo que implica que el resultado puede ser imputado causal y normativamente a la conducta inicial consistente en la infracción del deber objetivo de cuidado."¹⁴³

Criterio similar al de Quintero Olivares es el sostenido por Ranieri, quien considera que "procede el estado de necesidad contra la persona que lo ha provocado de manera culposa, pues si el peligro es consecuencia del resultado no querido de una conducta culposa, es involuntario como su causa inmediata, y no hay razón para excluir el estado de necesidad, pues en verdad no puede decirse que el agente lo haya causado de modo voluntario."¹⁴⁴

Así mismo considero que es de gran importancia el argumento expuesto por Ignacio Villalobos al tratar el problema de la provocación del estado de necesidad, ya que considera que "cuando el sujeto crea voluntariamente una situación dirigida a un fin determinado, que no es el de provocarse el estado de necesidad, no hay razón para que se le deje fuera de esa causa de justificación, ya que como él menciona no parece razonable eliminar la excluyente cuando el estado de necesidad se debe a un acto doloso del contraventor, si ese dolo no es encaminado a la creación misma de tal situación, como medio de prepararse la impunidad en el delito en que luego se invoca, agrega además que, aún creándose directa y dolosamente el peligro pone como ejemplo el caso en que el comerciante prendiera fuego a su mercancía con el propósito de cobrar el seguro y luego se hallara amenazado por las llamas- si el estado de necesidad sobrevino fuera de su previsión y de su voluntad, habría que justificar los medios de salvamento, pues como este autor menciona, sólo con criterios bárbaros podría sostenerse que tal sujeto, cogido en su propia trampa, debiera perecer allí por carecer de justificación para romper una puerta o una ventana de una propiedad ajena que le impidiera el paso. Por último concluye sosteniendo, que el único caso

¹⁴³QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General, 2da ed. ARANZADI. España. 2000. p. 527.

¹⁴⁴PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 442.

en que seguramente aún obrando en estado de necesidad, no se puede invocar la excluyente, es aquel cuando la intención dirigida a provocar el estado de necesidad y prepararse la impunidad, el contraventor haya originado el peligro contra el que actúa después."¹⁴⁵

En ese punto estoy de acuerdo con el citado autor, ya que si el sujeto no creo la situación de conflicto con la voluntad de cubrirse con la eximente del estado de necesidad, no hay razón para dejarlo fuera de su protección, lo que no impide que se le impute el resultado por su imprudencia.

Por último es importante destacar que dentro del tipo permisivo del estado de necesidad sólo se menciona que el peligro no haya sido causado dolosamente por el agente, es decir, no hace referencia a la causación culposa, por lo que puede entenderse que si puede darse el estado de necesidad, cuando dicho peligro se haya causado de manera culposa.

El tercer requisito se refiere a que el peligro debe existir sobre bienes jurídicos propios o ajenos, esto es, como dice la ley, que se puede actuar para salvaguardar bienes jurídicos propios o ajenos, en el primer caso es lo que alguna parte de la doctrina conoce como estado de necesidad propio y el segundo es el llamado auxilio necesario, o como Soler lo llama "socorro a terceros."¹⁴⁶

Tratándose de la salvaguarda de bienes jurídicos propios o estado de necesidad propio, es el supuesto en el cual, el sujeto que actúa realizando la acción necesaria y salvadora coincide con el destinatario del mal que amenaza, en otras palabras, se refiere a que el sujeto que actúa en estado de necesidad es aquel sobre el cual va a recaer el daño en caso de no llevar a cabo la acción de defensa.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p. 469.

Por lo que se refiere al auxilio necesario, este se presenta cuando el sujeto ejecuta la acción típica para evitar un mal que amenaza a la persona o los derechos de un tercero.

Mir Puig señala que "el auxilio necesario opera cuando alguien resuelve una situación de necesidad de otra persona, lesionando un bien jurídico ajeno: en lugar de actuar el necesitado, lo hace un tercero que le ayuda, este autor señala como ejemplo, cuando un médico como último recurso toma un vehículo ajeno para trasladar con urgencia al hospital a un herido muy grave. El propio Mir Puig señala además que el auxilio a terceros puede dar origen a una colisión de deberes, ya que se puede presentar el caso en que existe el deber de evitar un mal o un peligro, y para cumplir con el mismo, solo es posible hacerlo mediante la infracción de otro deber, esto lo podemos observar en el mismo ejemplo planteado líneas arriba, donde el médico, tiene el deber de auxiliar o socorrer a un herido, al cual tiene que llevar al hospital, pero sólo puede hacerlo utilizando un auto que es más veloz que el de él, para lo cual toma un auto ajeno."¹⁴⁷

Como vemos efectivamente se presenta una colisión de deberes, ya que el médico tiene el deber de auxiliar al herido, pero también el deber de respetar la propiedad ajena, pero él decide dejar de cumplir con un deber, que en este caso es el del respeto a la propiedad ajena.

Otro aspecto muy importante dentro del auxilio a terceros se refiere al caso en que, quien que se encuentra en estado de necesidad es el mismo que provoca el peligro que le amenaza, en este caso, como se menciona al tratar ese requisito, se le excluye de la eximente cuando causo el peligro en forma dolosa, no así cuando lo causo de manera culposa, quedando en ambos casos la conducta del que auxilia totalmente cubierta por la eximente. Diferente es el caso de que quien auxilia al tercero es quien creo el peligro, en tal caso, la doctrina menciona que se

¹⁴⁷ MIR PUTG, Santiago. Op. Cit. p. 494.

le debe castigar no por prestar auxilio, sino porque el peligro que amenaza es imputable a él por una provocación dolosa anterior.

Una vez señalado que los bienes que pueden protegerse por el estado de necesidad pueden ser propio o ajenos, es importante determinar cuales son esos bienes, a este respecto, algunos autores consideran que pueden ser la vida e integridad corporal, la libertad, el honor, el pudor y el patrimonio.

Por su parte Villalobos señala "cuando se habla de salvar bienes propios o ajenos, no se refiere al punto de vista patrimonial o del Derecho civil, según los cuales sólo podría entenderse por "bienes" aquello que constituye la riqueza o que puede ser estimado en dinero, agregando que es un precepto penal y por lo tanto, debe ser interpretado conforme a los fines del Derecho penal, que se refieren a la tutela de los bienes jurídicos o de los intereses sociales en que se comprende todo; la vida, la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, etc., y por lo tanto, el estado de necesidad existe, pues y da lugar a la excluyente, siempre que se plantea la urgencia de salvar cualquiera de estos."¹⁴⁸

Arilla Bas señala que "a primera vista cualquier bien jurídico es en principio salvable mediante el sacrificio de otro, ya que la ley no exceptúa a ninguno, pero señala que obviamente los bienes jurídicos inherentes al sujeto como lo son la vida, la integridad corporal, la libertad y la salud, son sin lugar a dudas de mayor valor que los que existen en el mundo circundante, sobre los cuales se tiene un simple poder de disposición."¹⁴⁹

Criterio parecido es el sostenido por Calderón Cerezo, para quien "la actuación en estado de necesidad puede dirigirse a la preservación de cualquier bien jurídico, ya sea del sujeto actuante o de un tercero, siempre y cuando el bien

¹⁴⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p.p. 413-414.

¹⁴⁹ ARILLA BAS, Fernando. Op. Cit. p. 280.

que se sacrifique sea de menor valor que el que se salva, con excepción de la vida, pues se considera que no hay bien superior a ella."¹⁵⁰

De los criterios anteriores podemos concluir que en principio todos los bienes jurídicos son susceptibles de protegerse o preservarse por medio de la actuación en estado de necesidad, pero sin lugar a dudas, existen bienes que tienen una mayor jerarquía como son la vida, la integridad física, la libertad y la salud, los cuales no pueden verse menoscabados por la salvación de un bien jurídico de inferior valor, es decir, no podemos sacrificar la salud de un individuo por salvar a un animal, ya que la vida del ser humano es el bien jurídico de mayor valor.

El siguiente requisito se refiere a que se salve un bien de mayor o igual valor que el sacrificado. Respecto de este requisito, podemos mencionar que, como se señaló líneas arriba, cuando se sacrifica un bien de menor valor que el que se salva estamos ante la presencia del estado de necesidad como causa de justificación, y cuando se salva un bien de igual valor que el que se sacrifica se trata del estado de necesidad exculpante o disculpante, cuyo estudio corresponde a la culpabilidad, por no ser objetivamente exigible otra conducta al sujeto que actúa.

Ahora bien, tratándose de salvar un bien de mayor valor que el que se sacrifica, debemos tener en cuenta que, como se menciona, existen bienes que son inherentes al hombre, los cuales gozan de una mayor protección porque son de mayor importancia para la sociedad, además de que tienen preponderancia respecto de los bienes materiales y patrimoniales, de este modo tenemos que la vida es el bien jurídico máspreciado y el que más se trata de proteger, además estos bienes inherentes al hombre, están totalmente fuera de una valoración aritmética.

¹⁵⁰ CALDERON CEREZO, Angel. Op Cit. p. 214.

Pero existen casos en los cuales debemos realizar una valoración de los bienes que se encuentran en conflicto para poder determinar cual es de mayor valor, por ello, se señala por la doctrina que respecto de los bienes materiales es necesario atender siempre a su peso concreto, siendo discutible si ante idéntica calidad de los bienes en colisión, la mayor cantidad del bien a salvar autoriza la acción de necesidad, es por ello que se dice que una de las tareas judiciales más difícil es la de la ponderación de los bienes, ya que lo decisivo se encuentra en cada caso en particular.

A este respecto existen varios criterios o posturas adoptadas por la doctrina, en primer lugar podemos señalar que para como Fontan Balestra "la ley nos proporciona de manera objetiva el valor relativo de los bienes en conflicto, esto a través de las escalas comparativas de las penas para distintos tipos de lesión de un mismo bien jurídico o para la lesión de distintos bienes jurídicos."¹⁵¹

Es decir, para este autor para llegar a la valoración de los bienes, debemos acudir al ordenamiento jurídico, donde se nos muestran las penas con que se castigan los delitos contra ciertos bienes jurídicos, por lo que a partir de este criterio es más importante o de mayor valor, el bien jurídico cuyo atentado contra él esta castigado con una mayor penalidad.

Otro criterio es el señalado por Jescheck, quien menciona que "la diferencia a favor del bien que se salva debe ir acompañada de diversos factores, ya que como señala deben de considerarse la proximidad y gravedad del peligro que amenaza al bien protegido, el significado funcional de los bienes en juego, el grado de idoneidad de la acción relativa al estado de necesidad en cuanto a la evitación del riesgo, la irreparabilidad del daño causado, así como el fin último perseguido por quien actúa en dicho estado."¹⁵²

¹⁵¹ FONTAN BALESTRA, Carlos. Op Cit. p. 329.

¹⁵² JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 325.

Por otro lado para determinar la proporcionalidad de los bienes, debemos realizar una ponderación de todos los aspectos del peligro, dentro de los cuales se encuentra: el rol social concreto que juega el bien, por ejemplo, frente a dos propiedades, una es el humilde y único sustento de una familia y otra es una de las tantas propiedades de un vecino, el valor social de la primera es completamente superior al valor estrictamente económico de la segunda, y por tanto determina la gravedad del peligro.

El criterio expuesto por Cerezo Mir, se refiere a que "no basta con que el bien salvado sea de mayor valor que el sacrificado, sino que además, con la realización de esa conducta en estado de necesidad, no se debe provocar un grave atentado contra la dignidad humana, pues, como él menciona existen ocasiones en que el ser humano es utilizado como simple instrumento para la consecución de otros fines, lo que implica un grave atentado contra su dignidad, menciona además que el respeto a la dignidad humana debe ser tomado en cuenta como un importante elemento para la ponderación de intereses dada su significación constitucional, como fundamento del orden político y de la paz social, además de que la invocación de este principio del respeto a la dignidad humana en el marco de la ponderación de intereses, privaría a ésta, de límites y contornos precisos, al introducir en la misma un juicio de valor de naturaleza esencialmente diferente. El concluye diciendo que por lo tanto, cuando se lesione un bien de igual o menor valor que el salvaguardado, pero se haya cometido una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana la conducta será ilícita y cabra frente a ella la legítima defensa. Por ello, el estado de necesidad sólo podrá tener en estos casos la naturaleza de una causa de inculpabilidad."¹⁵³

Este criterio adoptado por Cerezo Mir, se ejemplifica con el supuesto señalado en páginas anteriores, que consiste en el caso del cirujano que le extrae un riñón a una persona, sin su consentimiento, con el fin de transplantarlo a otro paciente y así salvarle la vida, en este ejemplo podemos ver claramente que el

¹⁵³ CERESO MIR, José. Op. Cit p.p. 32-33.

bien salvado es de mayor valor que el lesionado, pero en esta conducta se esta cometiendo un atentado contra la dignidad de la persona, utilizando a esta como un simple instrumento para la consecución de otros fines.

Por su parte Bacigalupo coincide en que para que una conducta se justifique por estado de necesidad, "necesita haber una marcada diferencia, que él denomina esencial, en favor del bien que se salva frente al que se sacrifica, pero tal diferencia no implica que se realicen acciones que afecten intereses individuales, señala que la razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en el estado de necesidad, debe constituir un medio adecuado socialmente para la resolución del conflicto, es decir, el medio que se utiliza para resolver el estado de necesidad debe ser socialmente aceptado."¹⁵⁴

Por lo anterior podemos decir que en la ponderación de interés no basta con que el interés o bien jurídico salvado sea esencialmente superior que el menoscabado, sino que deben de tomarse en cuenta diversos aspectos pero desde mi punto de vista dos son los que resaltan y son el que no se cause un menoscabo en la dignidad de la persona, y el rol que juega dentro de la sociedad el bien que se afecta.

El siguiente requisito se refiere a que el peligro no sea evitable por otros medios. Sobre el mismo, podemos mencionar que algunos autores le llaman inevitabilidad o necesidad.

Porte Petit menciona que "la necesidad existe cuando hay inevitabilidad, en otras palabras, cuando no hay posibilidad de evitar el peligro, para este autor la fracción de nuestro Código Penal Federal referente a la causa de justificación que nos ocupa se encuentra mal redactada, ya que al enunciarse la "necesidad", no

¹⁵⁴ BACIGALUPO, Enrique. Op Cit. p.p. 234-235.

es necesario mencionar "que el peligro no sea evitable por otros medios", ya que la "necesidad", implica forzosamente este requisito."¹⁵⁵

Jescheck por su parte señala que "la acción realizada en estado de necesidad ha de ser adecuada, es decir que de los principios supremos de la comunidad debe inferirse que resulta oportuno, merecedor de la aprobación y permitido en interés de la misma vencer la situación de necesidad mediante el menoscabo del interés en conflicto."¹⁵⁶

Criterio importante al respecto es el señalado por Vela Treviño, quien menciona que "la inevitabilidad opera cuando el sujeto se encuentra ante la necesidad de salvar sus intereses o los ajenos del peligro, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial."¹⁵⁷

Es por ello que en caso contrario, es decir, cuando exista otro medio para salvar el bien y este sea menos perjudicial que el empleado, el sacrificio justificado que realice el necesitado de uno de los intereses jurídicos no funcionara. La inevitabilidad de la conducta realizada va a ser determinada por el juzgador quien, como se menciono antes, tiene que llevar a cabo un juicio de valoración de la conducta ex ante, es decir, se debe colocar en el momento de la realización de la conducta, debiendo valorar la situación como lo haría cualquier sujeto medio con sus conocimientos, con ello, no se trata de deshumanizar la conducta realizada, para valorarla sino al contrario, el juzgador debe valorar las condiciones objetivas y subjetivas de la situación.

Por lo anterior, se puede decir que la necesidad o inevitabilidad, supone el sacrificio de un bien como medio para la salvación de otro con el que esta en conflicto, en otras palabras, debe quedar demostrado que en el caso concreto no se disponía de otro medio más idóneo para hacer frente de manera eficaz al

¹⁵⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 440.

¹⁵⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 326.

¹⁵⁷ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 297.

peligro sino sólo el que se utilizo, es decir, que si el sujeto pudiendo actuar de manera diversa para evitar el peligro, lesiono de manera innecesaria un interés jurídico ajeno, no puede ampararse dentro del estado de necesidad.

El ultimo requisito es el referente a que el sujeto que actúa en estado de necesidad no tuviere el deber jurídico de afrontar el peligro.

Es necesario mencionar, que existen ciertas profesiones o cargos que llevan implícito un deber de afrontar riesgos o peligros inherentes a su desempeño como el bombero, el soldado, el marino, etc., en la doctrina se señala que no es necesario que se trate de un oficio o cargo público, sino que pueden ser privados, y el deber de afrontar el peligro puede derivar de un contrato, tal es el caso de los salva vidas de las albercas privadas, los guías de montaña, etc. En todo caso, debe de tratarse de un deber jurídico que derive del desempeño de una profesión o cargo.

A este respecto se ha mencionado que no se trata de cualquier deber, sino sólo jurídico, tal y como lo dice la ley, es decir no se trata de una obligación de carácter moral, ya que esta sería muy amplia y llevaría al sujeto a confundirse entre el Derecho y la moral. En principio esta obligación tiene como consecuencia que todo aquel que se encuentre obligado a hacer frente a ciertos peligros como consecuencia de su situación profesional, esta impedido de invocar el estado de necesidad en el caso de que evite de manera indebida dichos peligros.

Bustos Ramírez señala que "el deber de afrontar el peligro esta frente a lo que el sujeto tiene que soportar en relación con su oficio o profesión, menciona además que la obligación de hacer frente al peligro se debe de considerar desde una perspectiva objetiva y relativa. Objetiva, ya que no se trata de un problema referente a los procesos de motivación del sujeto, sino de lo que el ordenamiento jurídico puede exigir en general a determinados ciudadanos, conforme a las reglas de su oficio y cargo, y no con base en consideraciones internas personales, por

otro lado, menciona que es relativa porque el ordenamiento jurídico debe de tener en cuenta la valoración concreta de la situación y, por lo tanto, conforme a las reglas del oficio o cargo no se puede exigir a nadie ser héroe o santo."¹⁵⁸

Por ello el deber de afrontar el peligro tiene limite objetivo, es un deber jurídico y no moral, es decir, no se trata de un deber absoluto el cual deba cumplirse siempre.

A este respecto Fontan Balestra señala que "cuando existe una gran desproporción entre los bienes en conflicto cede la obligación del sujeto, es decir, cuando el bien a salvar es de menor valor que el que se va a sacrificar."¹⁵⁹

Por ello no se le puede exigir al bombero que arriesgue su vida por un objeto material, aún y cuando este tenga un valor monetario incalculable, ya que como se menciona, el bien que se encuentra por encima de todos los demás es la vida, además de que, tomando en cuenta el criterio de Cerezo Mir, el acto no debe ser una agresión contra la dignidad de la persona humana, porque no puede usarse al sujeto como un instrumento para la consecución de otros fines.

Existe un elemento que la mayoría de los autores reconoce y que no esta mencionado en la ley, nos referimos al elemento subjetivo del estado de necesidad, sin el cual dicha eximente no puede concurrir, este elemento se refiere a que no basta con el conocimiento de la situación de necesidad, sino que es necesaria la voluntad de salvación, es lo que se denominan "Animus Conservationis" a decir de Cerezo Mir, "este elemento es el motivo desencadenante de la acción."¹⁶⁰

Pero esto puede dar lugar a diversos problemas, ya que puede ser que el sujeto tenga la creencia errónea de que esta en una situación de necesidad, este

¹⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. p. 148.

¹⁵⁹ FONTAN BALESTRA, Carlos. Op. Cit. p. 327.

¹⁶⁰ CEREZO MIR, José. Op. Cit p. 36.

caso, la doctrina lo llama "estado de necesidad putativo", en tal caso se esta ante un error de prohibición, el cual debe ser resuelto dentro de la culpabilidad, y como se menciono, cuando el error de prohibición es vencible se atenúa la culpabilidad, en caso de ser invencible, la elimina por completo.

Por otro lado si el sujeto no tenía el conocimiento de la situación de necesidad, mucho menos actuó con el animo de salvación, por lo que falta el elemento subjetivo del que se esta hablando, por lo que como señala Donna "su conducta será tratada como tentativa del tipo doloso."¹⁶¹

Una vez analizados los requisitos del estado de necesidad que se encuentran en nuestro Código Penal Federal, es necesario mencionar que el mismo regula de manera especifica otros dos casos de estado de necesidad, que son: el Robo famélico o robo por hambre y el Aborto necesario.

El Robo Famélico se encuentra en el artículo 379 del mencionado ordenamiento que a la letra dice:

"Artículo. 379. No se castigará al que, sin emplear engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento."

Lo anterior significa que quedará amparado por esta causal de justificación quien roba alimentos, vestido o medicamentos para salvaguardar la integridad corporal y aún la vida, no sólo de él, sino también de su familia, pero se le limita a una sola ocasión y siempre y cuando no emplee el engaño o medios violentos.

Este precepto ha sido criticado por algún sector de la doctrina, pues se considera que el mismo esta de sobra, ya que si no existiera, se acudiría al estado de necesidad general para la solución de estos casos en caso de que se llegasen

¹⁶¹ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 169.

a presentar. Así mismo se cree que se trata de una figura restrictiva, pues como se desprende de su lectura, solo se puede llevar a cabo una vez, lo que no sucede con el estado de necesidad del artículo 15 fracción V, pues esta justificante esta en función directa de la situación de peligro que la origina y del interés preponderante frente a una colisión de bienes que son de diversa jerarquía, y donde aparece justificado el sacrificio del de menor valor por el de mayor valor, por lo que los proyectos de Códigos posteriores se han orientado hacia su desaparición.

Por lo que hace al aborto terapéutico, este se encuentra consagrado en el artículo 334 fracción II de nuestro Código Penal Federal que a la letra dice:

"Artículo 334. No se aplicará sanción:

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave de su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;"

Para explicar esta eximente existen varias teorías que van desde comparar la vida de la madre con la del feto, y con ello poner al médico en un estado de necesidad que en este caso pienso que sería exculpante si se esta de acuerdo en que la vida de ambos, tanto del hijo como de la madre tienen el mismo valor.

Por otro lado, esto podría explicarse por medio de la teoría de la preponderancia de intereses, donde estarían en conflicto bienes de distinto valor, y entonces dependería de cual tiene más valor para nosotros, ya que existen sectores para los que la vida de la madre tiene mayor valor por su trascendencia social y para algunos otros, principalmente la iglesia para quien la vida del hijo tiene un valor mayor.

Ahora bien, si se está de acuerdo con esta última posición pero además se agrega el criterio de Cerezo Mir referente a que no basta con que se de dentro del conflicto de intereses, la preponderancia de uno sobre el otro sino que además la conducta no debe ser una grave infracción contra la dignidad de la persona humana, entonces se podría decir que el aborto terapéutico o necesario en el que se sacrifica la vida del feto, sería una causa de justificación, porque no se puede obligar a la madre a sacrificarse para dar vida a un nuevo ser.

Por último debemos mencionar que para algunos autores, este precepto al igual que el del robo famélico sale sobrando, pues para estos casos se puede recurrir al estado de necesidad general, pero parece que el Código Penal ha querido como si fuera tratado, ejemplificar con algunos supuestos el contenido de la fracción V del artículo 15 del Código Penal.

2.2.2 EJERCICIO DE UN DERECHO.

Respecto de esta eximente es importante señalar, en principio, que toda conducta o hecho que se encuentra tipificado en la ley constituye una situación prohibida, porque se contienen en ellas mandatos de no hacer, pero cuando se realizan en el cumplimiento de un derecho tales conductas adquieren carácter de licitud, con lo que se excluye la integración del delito y elimina toda responsabilidad penal.

Al respecto Maggiore señala que "no comete delito el que obra en virtud de un derecho que la ley le confiere qui suo iure utitur laedit (a ninguno agravia el que usa de su propio derecho), excepto el caso de abuso del mismo."¹⁶²

Lo anterior ha sido reconocido desde el Derecho Romano, pues en el mismo se reconocían como impunes los hechos practicados en el ejercicio de un

¹⁶² MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 393.

derecho o de un deber, lesivos de un bien jurídico ajeno. Jiménez de Asúa menciona que esto sucedía, ante todo, cuando "la facultad de comportarse de un modo perjudicial para los intereses de otro, radicaba de un modo directo en una norma jurídica, lo mismo ocurría en el ejercicio de una actividad pública; además existía la eximente cuando se trataba de una facultad privada legalmente reconocida: como coger nuestra cosa al ladrón que nos la robo, y ya en la época influida por el Derecho bárbaro, matar a un desertor."¹⁶³

El Derecho Canónico, que se mantuvo sobre las huellas del Derecho Romano, señalaba que: el que usaba de su derecho no cometía delito alguno, ni tampoco quien cumplía un deber impuesto por la ley, como el juez y el verdugo, del mismo modo, estaba exento de pena el que usaba de una facultad, como la de dar muerte al ladrón nocturno, pero no al que mataba al culpable de adulterio.

Por otra parte, en el antiguo Derecho de España, apenas si se encuentran antecedentes de esta justificante, salvo lo que respecta al derecho de educar y corregir. Por su parte las Partidas reconocían de manera implícita el derecho de corrección, puesto que consideraban como homicidio culposo el homicidio perpetrado por el padre o el maestro que se excedía al corregir a sus hijos o alumnos.

Respecto de esta eximente, la doctrina se ha manifestado con diferente criterio sobre si debe o no insertarse en los Códigos Penales, ya que autores como Antón Oneca y Ripolles consideran que es tan obvio que quien obra en ejercicio de un derecho lo hace de manera lícita, que esta por demás insertar dicha justificante dentro de la ley penal, tal es el caso de algunos Códigos penales europeos, en los cuales no se incluye ésta eximente, no obstante como señala Cerezo Mir, "no puede considerarse superflua, pues pone de manifiesto la unidad del ordenamiento jurídico, ya que como él mismo menciona, el cumplimiento de un derecho derivado de los preceptos de cualquier sector del ordenamiento jurídico

¹⁶³JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. 4ta ed. LOSADA. Argentina. 1961.p. 520.

determina la licitud de la acción típica, es decir, comprendida en un tipo de lo injusto del Código Penal o de cualquier otra ley penal especial." ¹⁶⁴

Con criterio similar se manifiestan Fontan Balestra y Pavón Vasconcelos, quienes en términos generales manifiestan que siendo lo antijurídico uno sólo, debe regir el principio de la no contradicción, por el cual, lo que el Derecho autoriza en una norma no puede prohibirlo en otra coexistente. La licitud o la ilicitud de un acto resulta del juicio que se alcanza con los elementos que proporciona la totalidad del orden jurídico.

Es importante señalar que para Cerezo Mir el derecho conforme al que se actúa, puede también hallar su fundamento en disposiciones jurídicas de rango inferior, en convenios o tratados internacionales suscritos por el país de que se trate y que hayan quedado incorporados en su Derecho interno, o en el Derecho consuetudinario.

Por otro lado, se menciona que la mayoría de la ciencia penal moderna considera como fundamento de la justificante el principio del interés preponderante, sin embargo como señala Cerezo Mir "este principio resulta insuficiente, ya que menciona que, si se actúa bajo el ejercicio de un derecho, pero se causa un grave atentado contra la dignidad de la persona humana, se estará actuando de manera ilícita." ¹⁶⁵

Es importante destacar que existe un sector de la doctrina para el cual el ejercicio de un derecho más que ser una causa de justificación es una causa de atipicidad, ya que autores como Garrido Montt sostienen que, "quien ejercita un derecho realiza un acto permitido por el sistema, de modo que no puede al mismo tiempo estar prohibido. Por ello la realización legítima del derecho es un acto atípico, y señala como ejemplo que quien entra en su casa no comete

¹⁶⁴ CEREZO MIR. Op. Cit. p.p. 47-48.

¹⁶⁵ Idem.

allanamiento de morada, ni el que usa su automóvil comete el delito de robo, por lo que no se trata de actuaciones típicas que, por lo tanto, no tienen por que justificarse.¹⁶⁶

Por su parte Bustos Ramirez señala que "el ejercicio de un derecho solo puede considerarse como causa de atipicidad cuando hay una obligación específica de actuar para el sujeto, ya que en estos casos, el ordenamiento ya no le da un permiso para actuar, sino que tipifica como delito su no actuar. En estos casos, si se aceptara que la actuación del sujeto estaría justificada, se llegaría a una contradicción insoluble pues, por una parte, sería típico no actuar y también típico el actuar. De ahí que en esos casos, no se estará ante una causa de justificación, sino de atipicidad."¹⁶⁷

Dentro de los que sostienen que el ejercicio de un derecho es una verdadera causa de justificación, basta señalar a Gonzalo Quintero Olivares quien menciona que "el ejercicio de un derecho constituye una verdadera causa de justificación, ya que a través de la misma se logra la unidad de todo el ordenamiento jurídico, pues como se menciono líneas arriba los derechos pueden provenir de cualquier ámbito de la totalidad del ordenamiento jurídico, con ello se demuestra que la antijuridicidad ostenta ese carácter de oposición entre el hecho y el Derecho en general, mientras que la tipicidad contrae su alcance a la correspondencia entre la conducta y la descripción legal penal."¹⁶⁸

Por lo anterior podemos señalar que el ejercicio de un derecho se trata de una verdadera causa de justificación, toda vez que, como se ha venido mencionando los derechos pueden derivar de la totalidad del ordenamiento jurídico, además podemos mencionar que si bien el Derecho penal tipifica una conducta como delito, pero esta a su vez se encuentra consagrada como conducta que puede ser ejercitada por cualquier persona dentro de cualquier otro

¹⁶⁶ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 152.

¹⁶⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. p. 155.

¹⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Op. Cit. p. 483.

ordenamiento, se entenderá que prevalece la norma consagrada en este último sobre la que se encuentra en la ley penal, toda vez que, como se mencionó, la antijuridicidad es una sola para todo el ordenamiento jurídico y si una conducta es lícita para un sector de la totalidad del ordenamiento jurídico, lo es para los demás incluyendo el Derecho penal. Además, como señala Soler "las normas ordinariamente no las da el Derecho penal, pero una vez que se halla la norma que rige un caso, esta precede al Derecho penal, lo desplaza."¹⁶⁹

Dentro de nuestra Legislación Penal Federal, el ejercicio de un derecho se ubica junto con el ejercicio de un deber en su artículo 15 fracción VI que a la letra dice:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro;

Del precepto anterior se desprenden los siguientes requisitos:

En primer lugar encontramos la existencia de un derecho, el cual como se ha venido mencionando, puede provenir o derivar de cualquier rama de la totalidad del ordenamiento jurídico.

A este respecto Vela Treviño menciona que "cualquiera que sea la ubicación de la norma dentro del ordenamiento jurídico, si ella confiere al individuo una facultad o un poder para comportarse en cierta forma, en estricta realidad le está confiriendo un derecho."¹⁷⁰

¹⁶⁹ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p. 416.

¹⁷⁰ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 226.

En segundo lugar se desprende como requisito la necesidad racional de la conducta empleada para ejercer el derecho. Aquí podemos apreciar que, al ejercitar su derecho, el sujeto no debe excederse, sino que tiene que ajustarse a lo que el ordenamiento jurídico le permite realizar.

Como señala Reyes Echandía "lo importante es que el sujeto actúe dentro de los límites propios de su derecho, tal como aparece reconocido o reglamentado por el ordenamiento jurídico y con la medida que las circunstancias exigen."¹⁷¹

Podemos señalar como tercer requisito, que el ejercicio del derecho no se realice con el único propósito de perjudicar a otro, respecto de éste requisito, podemos señalar lo que se conoce como actos emulativos, que son aquellas conductas realizadas en ejercicio de un derecho, pero sin utilidad para el sujeto actuante o para los intereses que le son propios, sino con la finalidad de perjudicar los intereses de un tercero; en otras palabras, el sujeto al ejercitar el derecho que la ley le confiere, debe tener el ánimo de ejercitarlo con una finalidad que le sea útil a él o a sus intereses, pero no debe ejercitar su derecho con el único objetivo de causarle un mal o perjudicar a un tercero.

Como cuarto requisito podemos mencionar que la conducta que realice el sujeto para ejercitar su derecho, se debe de tratar de una conducta típica, es decir, debe estar tipificada como delito dentro del Derecho penal, pues de lo contrario no tendría razón el justificar dicha conducta.

Por último, algunos autores como Sainz Cantero señalan que existe un elemento subjetivo, que en esta exigencia se trata de la voluntad de actuar conforme al Derecho.

Dentro del ejercicio de un derecho como causa de justificación existen múltiples hipótesis que se pueden presentar en la realidad, las cuales son

¹⁷¹ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 219.

señaladas por la mayor parte de la doctrina, dentro de ellas vale la pena destacar las siguientes:

El llamado derecho de corrección, el cual es citado de manera casi general por la doctrina española, y se refiere a que el padre, tutor así como los maestros o profesores tienen no sólo el derecho, sino también el deber de corregir respectivamente a sus hijos menores de edad, no emancipados, pupilos y discípulos.

Cerezo Mir señala que "cuando existen malos tratos de obra sin causar lesión, si se producen con el ánimo de corregir y aparecen como necesarios y adecuados al fin correccional, deben considerarse lícitos, es decir, realizados en el ejercicio legítimo del derecho de corrección, lo mismo sucede con las privaciones de la libertad de corta duración por parte de los padres hacia los hijos, las amenazas y coacciones siempre que se realicen con el ánimo de corregir y aparezcan como necesarias y adecuadas al fin correccional, no así la causación de lesiones que aunque no exijan un tratamiento médico o quirúrgico o sólo requieran una primera asistencia, del mismo modo no se considera lícito el empleo habitual de la violencia aunque sea con al ánimo de corregir y sin producir lesiones, ya que no puede ser considerado como un castigo moderado y razonable."¹⁷²

Este derecho de corrección actualmente ya no se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, porque ya no es posible lesionar a un menor bajo el pretexto de tratarse de una medida correccional.

A decir de Orellana Wiarco "esta causal ya no existe seguramente gracias a la evolución que ha tenido la sociedad en sus valores, y además, que a menudo se presentaba el llamado "síndrome del niño maltratado" que como el mismo

¹⁷² CERZO MIR, José. Op. Cit. p.p. 56-57.

señala, no es otra cosa sino los golpes, la crueldad física y psíquica hacia el menor, reprochables e injustificables." ¹⁷³

Existe el ejercicio de un derecho derivado de una profesión autorizada por el Estado en los términos de las Leyes reglamentarias expedidas por la Federación y los Estados, dentro de sus esferas de competencia. Dentro de estas profesiones, la más citada por la doctrina, es el ejercicio de la medicina, ya que sobre la misma, la doctrina se ha manifestado en diferente dirección respecto de si la conducta que realiza el médico al llevar a cabo en un paciente un tratamiento quirúrgico, encuadra o no en los tipos de lesiones o de homicidio.

Para resolver este tema han surgido diferentes teorías, las cuales han sido sostenidas por diversos autores, de esta manera, por una lado existe la teoría de la ausencia de tipicidad, la cual es de origen carrariano y en términos generales señala que la voluntad curativa del médico impide que se lleve a cabo la finalidad perseguida por la tutela penal en los tipos tanto de lesiones como de homicidio, toda vez que el tipo protege la salud y la integridad corporal, los cuales se tratan de recuperar o preservar a través del tratamiento quirúrgico.

Existe también la teoría del consentimiento del paciente, la cual fue sostenida por Maggiore, esta teoría afirma la existencia de la tipicidad de la conducta, pero la justifica a través del consentimiento del paciente.

Por otro lado, la llamada teoría del fin reconocido por el Estado señala que existen conductas las cuales atacan los intereses jurídicamente protegidos y que se presentan como el medio adecuado para la conservación de un fin reconocido por el Estado, por lo que deben considerarse como actos legales, ya que en este caso, como el Estado tiene mayor interés en la conservación de la salud, cuando la conducta vaya dirigida a ese fin no podrá haber delito. Esta teoría fue sostenida por Liszt y Garraud.

¹⁷³ ORELLANA WIARCO, Octavio. Op. Cit. Curso de Derecho Penal. p. 270.

Por último, señalaremos la teoría del principio de valuación de bienes, cuyo representante fue Mezger, de esta teoría podemos señalar en términos generales que para la misma, no son antijurídicas las conductas típicas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, si únicamente a través de ellas se puede salvar un bien jurídico de mayor valor.

Sobre este tema, Mir Puig se manifiesta en el sentido de que "la finalidad curativa del médico excluirá, sin duda el tipo doloso, puesto que quien quiere curar no puede querer lesionar, pero plantea la cuestión de si se puede presentar el tipo culposo o imprudente, al respecto él mismo señala que cabe negar su presencia entendiendo que las intervenciones practicadas con arreglo a la *Lex artis* no infringen en ningún caso el cuidado debido, o bien se puede resolver esta cuestión por el camino del consentimiento del paciente."¹⁷⁴

Por su parte Cuello Calón señala que "puede tener responsabilidad penal el médico si su actuar no se ajusta a la *Lex artis*, es decir, si obra con descuido o negligencia."¹⁷⁵

Desde mi punto de vista, la actividad del médico no puede ni siquiera ser típica, ya que la actividad que realiza no es la de lesionar sino la de operar, además lo hace con un fin superior que como dice la teoría de Liszt es reconocido por el Estado, que es el de preservar la salud.

Otro caso que es tratado por la mayoría de la doctrina, se refiere a las lesiones y homicidios que ocurren en los deportes. Al igual que en el caso de la actividad médica, han surgido muchas teorías al respecto, lo primero que se ha hecho es diferenciar los deportes por el grado de violencia o peligro que en ellos existe, es por ello que se habla de deportes sin violencia como el golf, el tenis, el

¹⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 531.

¹⁷⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio. Op. Cit. p. 336.

atletismo, la natación etc., deportes con violencia inmediata como el box, la lucha y el rugby, y deportes con violencia eventual como el fútbol, el baloncesto etc.

A pesar de las diversas teorías existentes sobre este tema, la doctrina casi es unánime en señalar que las lesiones y homicidios ocurridos con motivo de la práctica de los deportes, no pueden ser antijurídicas ya que una de las finalidades del Estado es la de garantizar el bienestar social y particularmente la salud física y mental de cada uno de los integrantes de la sociedad, y toda vez que el deporte contribuye eficazmente a ese fin, se puede decir que cuando el propio Estado autoriza y fomenta las prácticas deportivas esta convalidando legalmente las secuelas naturales de su ejercicio, pero es necesario que el sujeto al practicar un deporte se sujete a las reglas existentes para el mismo, en caso contrario, si se incurrirá en un delito, ya que el sujeto debe observar el cuidado objetivamente debido en la práctica del deporte de que se trate.

Las vías de hecho son muy citadas dentro de la doctrina como ejemplos del ejercicio de un derecho, estas son definidas como "la conducta que se realiza ejecutivamente para proteger o restituir un derecho afectado por algo o alguien, sin intervención de la facultad jurisdiccional que corresponde al Estado."¹⁷⁶

Antes que nada es necesario recordar lo que señala el artículo 17 de nuestra Constitución:

"Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho."

Por lo anterior, desde mi punto de vista, las vías de hecho se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que esa prohibición tiene fundamento en la Carta Magna, de otra manera, si se tratara de un tipo de los que se encuentran en la ley penal, y en otro ordenamiento como el civil se permitiera o

¹⁷⁶ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 230.

se concediera un derecho que chocara con esa prohibición, no habría problema, pues se estaría ante el ejercicio de un derecho, toda vez que como se menciona, los derechos pueden provenir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico y como sería lícito para el Derecho civil, no podría alegarse su antijuridicidad sólo para el Derecho penal, pero como se trata de una prohibición fundamentada en la Constitución, cualquier ley secundaria en la que se consagre un derecho que choque con el artículo 17 será inconstitucional, pues tal precepto señala de manera clara la prohibición de hacerse justicia por mano propia.

2.2.3 CUMPLIMIENTO DE UN DEBER.

Por lo que respecta a esta causa de justificación la cual se encuentra reglamentada en la fracción VI del artículo 15 del Código Penal al igual que la justificante del ejercicio de un derecho, se dice que su naturaleza como causa legitimadora se encuentra en la finalidad de la ley, es decir, en el ideal anhelado de regular en la mejor forma posible las relaciones de quienes se encuentran sometidos a su imperio. La ley pretende encontrar por medio de sus normas la solución a los conflictos que se presentan dentro de la sociedad; por ello, considera que, en determinados casos deben existir deberes que han de cumplirse. Como resultado de lo anterior, si se presenta un conflicto de intereses jurídicamente protegidos cuando se cumple deber de actuar que la norma jurídica ha impuesto, y de ello puede resultar la lesión de un bien jurídicamente tutelado, es superior el interés que la ley confiere al crear el deber de actuar, que aquel que se vera vulnerado.

Reyes Echandía señala que se habla del cumplimiento de un deber "cuando alguien debe comportarse como lo hace porque una norma jurídica o una orden vinculante de autoridad pública se lo impone, en razón de su oficio o por su condición de subordinado."¹⁷⁷

¹⁷⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 200.

Es importante mencionar que muchos de los aspectos que revisten al ejercicio de un derecho se aplican al cumplimiento de un deber, por ejemplo tenemos que así como en el ejercicio de un derecho, este, puede provenir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, el deber también; lo mismo ocurre tratándose de su fundamento, ya que algunos autores señalan que el mismo se encuentra en la preponderancia de los intereses, complementándose con lo que señala Cerezo Mir respecto de que la conducta que se realiza en el ejercicio de un deber no implique un grave atentado contra la dignidad de la persona humana.

Para Cerezo Mir lo que se presenta en el cumplimiento de un deber es una colisión de deberes, ya que señala que "quien realiza una conducta típica en cumplimiento de un deber jurídico se encuentra en una colisión de deberes; el deber de omitir la acción prohibida entra en conflicto con otro deber derivado de otra norma de cualquier sector del ordenamiento jurídico. Actúe como actúe el sujeto en la situación concreta en que se halla, infringirá un deber. Señala además que cuando se presenta un conflicto de deberes en que ambos son de acción y del mismo rango, la conducta del sujeto que cumpla con cualquiera de ambos deberes será lícita, pues de lo contrario el sujeto nunca podría actuar lícitamente en esa situación. Por otro lado cuando entran en conflicto deberes en los que uno es de acción y el otro de omisión, pero ambos protegen intereses del mismo valor, el deber de omitir será de rango superior al deber de actuar, ya que, el cumplimiento del deber de actuar es más oneroso que el cumplimiento del deber de omitir, por lo que la infracción del deber de actuar es menos grave que la infracción del deber de omitir."¹⁷⁸

La doctrina suele señalar que el cumplimiento de un deber puede derivar de funciones públicas o bien, de un deber que le es impuesto al particular.

Es por ello que tratándose de deberes que derivan de una función pública, se suele mencionar que estos pueden tener como fundamento la propia ley.

¹⁷⁸ CEREZO MIR, José. Op. Cit. p.p. 48-50.

Cuando el deber deriva de una norma jurídica, la exclusión de la antijuridicidad se ve subordinada al cumplimiento del deber consignado en la ley, al referirse a ley, se quiere decir como menciona no sólo a lo que con tal nombre sanciona el Poder Legislativo, sino toda fuente del Derecho, legítimamente dictada: reglamento, ordenanza, disposición municipal. Toda disposición, en una palabra, de carácter general emanada de un poder público, dentro de la esfera de sus atribuciones.

Por tanto, cuando una persona en cumplimiento de un deber ejecuta hechos que resultan lesivos a intereses ajenos, no actúa de manera ilegal, porque un bien social superior, el de la colectividad, exige que los deberes que la ley considera necesarios para el normal desarrollo de la vida en común sean cumplidos, aún y cuando se vulneren bienes jurídicos de particulares. Es decir se crea un conflicto de intereses, por un lado el interés general y por el otro un interés particular, el cual se vería afectado, por tener menor valor en comparación con el otro, el interés general.

Además, como menciona Reyes Echandía, "sería injusto que el Estado por medio de la ley impusiera determinado comportamiento y, al mismo tiempo sancionara penalmente a quien se limita a cumplirlo."¹⁷⁹

Por lo anterior es que resultaría ilógico que si un policía preventivo, detiene a un sujeto a quien sorprende flagrante en la comisión de un delito, sea sancionado por privación ilegal de la libertad.

Por lo que se refiere a los deberes que les son impuestos a los individuos simplemente por estar bajo el imperio de la ley, la doctrina distingue entre varias hipótesis que son:

¹⁷⁹ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 202.

A) Deberes impuestos a un individuo en instantes de necesidad o urgencia. Esta hipótesis se ejemplifica con la fracción IV del artículo 400 del Código Penal, consistente en que se impondrá sanción a quien requerido por las autoridades, no de auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes.

B) Deber de denuncia o revelación impuesto a ciertos profesionistas. En este caso, se habla del Código Sanitario, el cual en su contenido señala que los médicos o quienes realicen actividades similares deben dar aviso a las autoridades sanitarias de los casos de enfermedades transmisibles, posteriormente a su diagnóstico.

C) Deberes de una profesión en la que se debe guardar secreto. Esta hipótesis se ejemplifica con el artículo 210 del Código Penal Federal que se refiere a que se impondrá sanción a quien revele un secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido por motivo de su empleo, cargo o comisión.

Por lo que se refiere a los elementos que se pueden desprender del contenido de la Fracción VI del artículo 15 del Código Penal, donde se encuentra consagrada esta causa de justificación, podemos mencionar que son los mismos que para el ejercicio de un derecho. Solo que en este caso, debe existir un deber, el cual debe provenir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico; debe existir racionalidad en el medio empleado para cumplir con el deber, es decir, el sujeto que debe cumplir el deber tiene que ajustarse a lo que le marca la norma jurídica de donde se desprende el propio deber; debe existir en el sujeto el ánimo de cumplir con el deber que le marca la ley, se trata del elemento subjetivo del que hablan algunos autores como Sainz Cantero; por último este mismo autor señala que "el deber que cumpla el sujeto, tiene que ser a través de una conducta típica, pues en caso contrario, tal conducta no tendría por que ser justificada por medio del cumplimiento de un deber."¹⁸⁰

¹⁸⁰ SAINZ CANTERO, José. Op. Cit. p. 583.

2.2.4 CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO.

Esta causal de justificación es la más reciente de entre las que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, ya que se introdujo en la reforma penal de 1994, pero a pesar de ello, su historia se remonta hasta el Derecho Romano, en donde ya se apreciaba su regulación, pues ellos proclamaban "*violenti non fit iniuria*"¹⁸¹; que quiere decir no se hace injuria al que consiente en ella, es importante aclarar como lo hace Jiménez de Asúa, que para los romanos el termino *iniuria* expresaba una serie de lesiones personales; para algunos autores, dicho termino era la lesión jurídica intencional de la persona en su cuerpo, en su situación jurídica o en su honor, "es por ello que ya desde aquellos tiempos, el consentimiento de la víctima excluía el delito de *iniuria*, pero el homicidio cometido mediante el consentimiento del sujeto pasivo no se estimaba como *iniuria*, sino como un delito contra el Estado, contra la comunidad."¹⁸²

En primer lugar, debemos diferenciar el consentimiento del ofendido como causa de tipicidad del consentimiento del ofendido como causa de justificación.

El consentimiento como causa de tipicidad señala Cerezo Mir "se presenta cuando en algunos tipos aparece como requisito ya sea expreso o tácito, que la acción u omisión se realicen en contra o sin la voluntad del sujeto pasivo." ¹⁸³

En este caso hablamos por ejemplo, del robo, que se encuentra en el artículo 367, en donde se pide que el apoderamiento se haga sin derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley. Aquí observamos que el consentimiento es parte del tipo, por lo que en caso de que el

¹⁸¹ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 432.

¹⁸² JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 607.

¹⁸³ CEREZO MIR, José. Op. Cit. p.p. 80-81.

apoderamiento del bien se hiciera con el consentimiento del titular del mismo, ya no se podría encuadrar dicha conducta en el tipo penal de robo.

En cambio estamos ante el consentimiento como causa de justificación "cuando el afectado puede disponer del bien jurídico, pero la acción típica no se dirige contra su voluntad, sino que el objeto de la acción previsto en el tipo tiene además un menoscabo, ya que el hecho tiene significación para la sociedad."¹⁸⁴

Es decir, en esta clase de casos el Estado tiene un interés en la preservación de dicho bien jurídico, el cual supera el interés individual o particular como se vera adelante, es decir, el interés de la sociedad es más importante que el del particular.

El primer problema que presenta esta causa de justificación, es su denominación, ya que la doctrina se refiere a esta eximente con los nombres de consentimiento del ofendido, consentimiento de la víctima, consentimiento del derechohabiente o bien consentimiento del paciente.

Es importante apuntar que en ocasiones se considera que las expresiones ofendido y víctima no son de contenido estrictamente jurídico penal, ya que el término ofendido apunta a alguien que ha sufrido una ofensa, daño o agravio, en cuanto la palabra víctima señala que es un término más apropiado para el ámbito de la victimología.

Por lo que hace al término derechohabiente, el cual es utilizado por Mezger, Reyes Echandía señala que "se refiere a alguien que tiene un derecho del cual puede eventualmente disponer; y por lo que se refiere al termino paciente, este autor señala que éste se usa más en el ámbito médico, es por ello que para él el término más adecuado para dar nombre a esta causa de justificación es el de consentimiento del sujeto pasivo, ya que considera, que es el que en verdad dice

¹⁸⁴ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 174.

lo que se quiere significar, porque siendo este el titular del interés jurídico que el Estado ha querido tutelar penalmente, y refiriéndose el consentimiento a ese titular, resulta lógico concluir que esa es la expresión más adecuada para designar a dicho fenómeno."¹⁸⁵

Respecto a su naturaleza jurídica, han aparecido diversas posiciones doctrinales entre las que fundamentalmente cabe destacar en primer lugar, la teoría del negocio jurídico, la cual fue desarrollada por Zitelmann, quien considera que "el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta cuando se trata de un negocio jurídico dirigido a esa exclusión; este autor entiende que el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial, mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción."¹⁸⁶

Es por ello que el sujeto activo, ejercita un derecho ajeno el cual le es atribuido por aquella autorización, y su conducta quedara justificada frente a todo el ordenamiento jurídico. Para esta teoría, las normas reguladoras del consentimiento son provenientes del Derecho civil y, de no concurrir, el consentimiento no será eficaz.

Esta tesis fue rechazada por Mezger, para quien no era posible aplicar la teoría del negocio jurídico civil al ámbito de la antijuridicidad penal, este autor señalaba que "dicha tesis confunde dos instituciones jurídicas totalmente diferentes que son el consentimiento como negocio jurídico y el consentimiento como causa de justificación."¹⁸⁷

Existe también la llamada teoría de la ausencia de interés, la cual parte de que la lesión de intereses es el contenido de todo delito, una causa de justificación con arreglo al principio de la ausencia de interés aparece cuando la voluntad, que

¹⁸⁵ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p.p. 255-256.

¹⁸⁶ SEGURA GARCIA, Ma. José. El Consentimiento del Titular del Bien Jurídico en Derecho Penal. S/c. TIRANT LO BLANCH. Valencia. 2000. p. 67

¹⁸⁷ MEZGUER, Edmund. Op. Cit. p. 168.

normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto. De esta manera, el consentimiento supone el abandono consciente de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico.

Segura García señala que "la idea central de Mezger respecto a la eficacia del consentimiento del titular del bien jurídico se resume en que, concurriendo éste, desaparece el interés que, en otro caso, hubiera sido lesionado por el delito, y por lo tanto, la acción queda justificada."¹⁸⁸

Conformes con esta teoría se manifiestan Antolisei, Guadano y Ranieri pues consideran que "el consentimiento es jurídicamente relevante y elimina la antijuridicidad de la conducta, siempre que el Estado permita la renuncia del interés personal sobre el cual se consciente."¹⁸⁹

Por otro lado, la teoría de la ponderación de Noll, parte de la idea de que cuando se da una total ausencia de interés, falta el conflicto que da base a los problemas de justificación, debiéndose en estos casos trasladar el problema a la tipicidad: cuando no concurre un mínimo de daño o peligro para el bien jurídico, la conducta es atípica y no sólo justificada. Esta teoría señala además que los supuestos de consentimiento no son de ausencia de interés sino de ponderación de valores, ya que en ellos el principio de la autonomía de la voluntad entra en conflicto o colisión, como un valor más, con el valor que el bien jurídico tiene en sí, con la particularidad de que se trata de dos bienes pertenecientes a la misma persona.

La afirmación anterior parte de la idea de que existen bienes jurídicos individuales sobre los que el sujeto tiene poder absoluto de disposición,

¹⁸⁸SEGURA GARCÍA, Ma. José. Op. Cit. p. 69.

¹⁸⁹ REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 257.

produciendo el consentimiento en estos casos la atipicidad de la conducta por no producirse quebrantamiento de interés alguno.

Pero cabe destacar como, que existen bienes que tienen tal importancia, que el Derecho no puede dejarlos a la libre determinación de su titular, casos en los cuales se señala que cabe la ponderación de valores entre la libertad del individuo para disponer y el desvalor de la acción y del resultado representado por el hecho típico. Conforme a lo anterior, en esta teoría se dice que el consentimiento como causa de justificación se presenta cuando resulta preponderante el principio de la autonomía de la voluntad sobre el valor representado por el bien jurídico, y cuando el bien jurídico no es totalmente disponible, aminora el delito.

Ahora bien, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, esta figura se ubica en la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien,
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento. Se presume que hay consentimiento tácito cuando el hecho se realice en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de

haberse consultado al titular del bien o a quien este legitimado para consentir, estos hubiesen otorgado el consentimiento.

Respecto del primer requisito la doctrina señala que el consentimiento se debe realizar sobre una conducta que va a afectar a un bien jurídico disponible, existen diferentes criterios para determinar que bienes son disponibles, podemos señalar que existen bienes que son considerados tan valiosos por el legislador, que no deben dejarse a la libre determinación de su titular y por ello no se le concede una libertad absoluta de disposición sobre los mismos.

Respecto de la disponibilidad de los bienes, Maggiore menciona que "esta se deriva de la totalidad del ordenamiento jurídico y no sólo del Derecho penal."¹⁹⁰

Asimismo Garrido Montt señala que "no debe confundirse el concepto de disponibilidad con el de enajenabilidad, pues para él, basta que el bien sea sacrificable, señala además que para determinar si un bien es disponible hay que considerar los intereses en juego, ya que cuando el bien es sólo de interés para el sujeto, puede operar el consentimiento, mientras que si el bien de que se trate esta vinculado con el Estado o con la sociedad en su conjunto, dicho bien escapa de la voluntad del individuo para disponer de él."¹⁹¹

Respecto de lo anterior es importante destacar la postura de Jescheck, quien señala que "el ordenamiento jurídico reconoce como determinante dentro de ciertos límites, la valoración subjetiva de los bienes jurídicos hecha por el particular, porque el uso sin obstáculos de la libertad personal es visto en sí mismo, dentro del Estado liberal de Derecho, como un valor social que debe sopesarse con el interés de la comunidad en la defensa de los bienes jurídicos. Hasta donde alcance la libertad del titular del bien jurídico, aquella cubre también, por ello, la lesión del objeto protegido de la acción, siempre que se cumplan los

¹⁹⁰ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 438.

¹⁹¹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit p. 125.

especiales presupuestos para la eficacia del consentimiento. De ahí que el consentimiento sólo es tenido en cuenta en lo que atañe a bienes jurídicos individuales, y únicamente merece atención cuando el mismo consentidor es el titular del bien jurídico protegido, pues una libertad que se realice a costa de los demás sería lo contrario de un valor social."¹⁹²

Es por ello que el consentimiento sólo puede amparar la lesión o puesta en peligro de bienes que tienen un carácter individual, es decir, que tienen importancia sólo para su titular y no así para el Estado, el cual permite que el sujeto disponga de esos bienes individuales libremente.

A este respecto Maggiore sostiene que "en general puede establecerse el criterio de que son disponibles los derechos subjetivos que el Estado ampara, sin tener un interés directo por su conservación y robustecimiento, y que no son disponibles los derechos subjetivos que el Estado ampara, no en interés, sino por fines propios que coinciden con los intereses de la colectividad."¹⁹³

Por lo anterior, se dice casi de manera general dentro de la doctrina, que el individuo no puede disponer libremente de su vida, libertad, así como de su integridad física, ya que dichos bienes son de suma importancia para el Estado y para la colectividad en general, pues se suele considerar que tanto la vida como la salud del hombre son de valor incalculable, toda vez que ambas constituyen el presupuesto fundamental para que este cumpla con la mayoría de sus tareas.

Tratándose de la vida, Reyes Echandía señala que Levene considera que "no es válido el consentimiento del sujeto pasivo respecto del homicidio, porque no es posible sustituir la voluntad del Estado que quiere sancionar al homicida, por la voluntad del particular que quiere morir a manos de otro."¹⁹⁴

¹⁹² JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 339.

¹⁹³ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 439.

¹⁹⁴ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 262.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se señala que la vida no es un bien sobre el cual los individuos puedan disponer libremente, ya que se regula en el artículo 312 del Código Penal Federal el llamado homicidio consentido.

Respecto a la libertad personal, son diferentes las posiciones dentro de la doctrina, ya que por un lado, podemos mencionar que para Bacigalupo "la libertad es irrenunciable, pues considera, que se trata de un bien que no es de disponibilidad inmediata para el individuo, por lo que no puede consentir en que esta sufra un menoscabo."¹⁹⁵

Frente a esta posición se encuentra Reyes Echandia, para quien "la libertad personal si es un bien del cual el sujeto puede disponer libremente."¹⁹⁶

Por ultimo, Garrido Montt menciona que "tratándose de la libertad, debemos acudir a cada caso en concreto, ya que para él, frente a la autoridad pública y el Estado no es un bien disponible, pero en los demás casos podría serlo y justificar la conducta."¹⁹⁷

Un criterio que es importante destacar es el de Mariano Jiménez Huerta, quien considera que "el consentimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad en algunas conductas en que su ausencia integraría un delito de privación ilegal de la libertad, el fundamento de su opinión, se establece en orden a una valoración cuantitativa (duración) y formal (modo) del sacrificio de la libertad, por lo que este autor considera que cuando ni por la duración o por el modo en que se realiza la afectación a la libertad, se lesionan intereses jurídicos de la comunidad, el consentimiento es valido en su eficacia legitimadora."¹⁹⁸

¹⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 239.

¹⁹⁶ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Derecho Penal. p. 185.

¹⁹⁷ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 125.

¹⁹⁸ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 192.

De esta manera, se determina casi por la totalidad de la doctrina, que los bienes disponibles, sobre los cuales puede recaer el consentimiento, para que este actúe como causa de justificación, son los de carácter patrimonial, a menos que el hecho cause una lesión o ponga en peligro derechos no pertenecientes al que consciente.

Se dice por algunos autores como Maggiore, que "la libertad sexual es un bien del que puede disponer libremente el individuo siempre que se este conforme a lo establecido en las leyes, ya que considera que más que el menoscabo a un derecho, se trata del uso de facultades naturales e instintivas."¹⁹⁹

Con este criterio se manifiesta de acuerdo Vela Treviño, quien señala además que cuando se trata de tipos que tutelan la seguridad e inexperiencia sexuales, el consentimiento carece de eficacia, tal es el caso del estupro, regulado en nuestra Legislación Penal Federal en el artículo 262.

Por lo anterior, podemos mencionar que la vida, la libertad y la integridad corporal, son bienes de los cuales el hombre no puede disponer libremente, por que tienen una importancia mayor para el Estado que sobrepasa el interés individual del sujeto, por otro lado, tenemos que los derechos patrimoniales son generalmente disponibles, salvo que, como se menciono, su ejercicio afecte derechos que no pertenecen a quien otorga el consentimiento, es decir a terceros, y por último, podemos señalar que la libertad sexual es un bien disponible, siempre que se cumpla con lo dispuesto en la ley, pero el consentimiento que recae para la afectación de este carece de eficacia cuando el tipo penal, tutela la seguridad e inexperiencia sexuales de los sujetos.

El siguiente requisito del consentimiento, es que quien lo otorga tenga la capacidad para hacerlo.

¹⁹⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 441.

Dentro de este tema se discute en la doctrina si cuando se habla de capacidad se debe entender la capacidad para el Derecho civil o no, respecto del primer criterio, Reyes Echandia se manifiesta a favor, ya que este autor señala que "en caso de no adecuarse a esta postura, la capacidad del sujeto tendría que determinarse de acuerdo a cada caso concreto, lo cual acarrearía diversas dificultades, las cuales se salvarían si se toma como criterio general para la capacidad, la edad que se establece dentro del Derecho civil, y que además, en nuestro sistema jurídico tiene fundamento constitucional en el artículo 34 de nuestra Carta Magna."²⁰⁰

Por lo anterior, se puede desprender que los menores de 18 años, así como quienes se encuentran en estado de interdicción carecen de capacidad para otorgar su consentimiento y que este opere como causa de justificación. En otras palabras, la manifestación de su voluntad es penalmente irrelevante.

Por otro lado existen autores como Mezger, Bacigalupo y Montt, quienes en términos generales se manifiestan de la siguiente manera, para ellos la capacidad del sujeto que consciente se refiere a que el mismo, debe comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionara el objeto de la misma, esta postura señala que no se requiere la capacidad establecida en el Derecho civil para realizar negocios jurídicos.

De acuerdo con lo anterior Jakobs señala que "quien consciente debe estar enteramente legitimado para disponer del bien y obrar con capacidad de entendimiento y discreción, señala que las reglas generalizadoras sobre el límite de edad están prácticamente descartadas en el consentimiento justificante."²⁰¹

Asimismo Jescheck menciona que "para que el consentimiento tenga eficacia como tal, el titular del bien jurídico ha de poseer ante todo la capacidad

²⁰⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 263.

²⁰¹ JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 527.

natural de comprensión y discernimiento precisa para poder apreciar en lo esencial la importancia del abandono del interés protegido y el alcance del hecho." ²⁰²

Dentro de la doctrina nacional, es importante señalar el punto de vista del Dr. Daza Gómez, quien señala que "la capacidad que se requiere es la natural, sin ser necesaria la jurídica, salvo aquellos casos en que la propia ley lo requiera." ²⁰³

Creo que el criterio más acertado a este respecto es el de preferir la capacidad natural, es decir, la de comprender y discernir la conducta que se consciente, sin necesidad de la capacidad a la que se refiere el Código Civil, pues el consentimiento no se trata de un acto negocial.

Un aspecto que es importante destacar es que nuestro Código Penal Federal señala que el que consciente debe ser el titular del bien, en caso contrario lo hará quien este legitimado para hacerlo, a este respecto Jescheck señala que "cuando falta la capacidad natural de comprensión en los menores o en los enfermos mentales, deberá consentir el representante legal de la persona que tiene el derecho, y en su caso el deber de consentir." ²⁰⁴

De manera contraria opina Mezger, quien señala que "la representación en la voluntad aún por intermedio de representante legal, es fundamentalmente imposible, en virtud del carácter personal del consentimiento." ²⁰⁵

Considero que si se puede aceptar la representación en el consentimiento, siempre que quien este autorizado para hacerlo actúe en interés del titular del bien jurídico.

²⁰² JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 344.

²⁰³ DAZA GOMEZ, Carlos. Op. Cit. p. 156.

²⁰⁴ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 344.

²⁰⁵ MEZGER, Edmund. Op. Cit. p. 165.

El siguiente requisito de esta causa de justificación se refiere a que el consentimiento debe ser manifestado antes de la realización de la conducta o bien al momento en que esta se realiza.

Este requisito se refiere a que el consentimiento debe ser otorgado por el sujeto pasivo antes de consumarse la actividad que lesiona el bien jurídico de que se trate, además de que ese consentimiento debe mantenerse hasta el momento de la acción, toda vez que el consentimiento otorgado una vez consumado el hecho no tiene efecto justificante, sino como lo menciona la doctrina, solo podrá ser un perdón, el cual en todo caso, como mencionan Pavón Vasconcelos y Maggiore, equivaldría a una renuncia al derecho de querrela.

Es importante señalar que el consentimiento es revocable en cualquier momento, pues como señala Mezger "el consentimiento es libremente revocable en todo momento, de modo que no necesita ninguna impugnación especial."²⁰⁶

Un requisito más de esta causa de justificación es que el consentimiento sea manifestado de manera expresa o tácita.

Se dice que el consentimiento es expreso cuando se ha manifestado de tal manera que sea sensorialmente perceptible; puede ser emitido verbalmente por escrito o mediante signos, ademanes o actitudes que muestren de manera inequívoca el deseo de consentir.

A este respecto, es importante mencionar que dentro de la doctrina es sumamente discutido si el consentimiento debe ser conocido por el sujeto activo de la conducta, es decir, se trataría de un elemento subjetivo de esta causal de justificación; sobre ello, existen algunos autores que consideran que no es necesario que el sujeto activo conozca el consentimiento, pues se trata de una causa de justificación objetiva, con criterio distinto se manifiesta Jescheck, quien

²⁰⁶ Ibidem. p. 166

señala que "como en todas las causales de justificación, el consentimiento también cuenta con un elemento subjetivo, el cual consiste en que el autor debe haber actuado en el sentido de lo que el llama teoría de la conciliación, es decir, con el conocimiento del consentimiento y apoyado en el mismo."²⁰⁷

Con el mismo criterio se manifiesta Cerezo Mir quien a su vez indica que "únicamente el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta si el sujeto activo conoce su existencia y constituye, además, uno de los motivos que le impulsaron a actuar, ya que señala también, que si el sujeto activo desconoce la existencia del consentimiento, en los supuestos en los que tiene naturaleza de causa de justificación, será responsable por el delito, pero con la posibilidad de que se le atenúe la pena."²⁰⁸

Creo que la opinión más acertada es la que ofrecen Jescheck y Cerezo Mir, pues considero que es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento del consentimiento que se le esta prestando para actuar, y con ello pueda hacerlo conforme a los intereses del sujeto pasivo.

Por lo que se refiere al consentimiento tácito, éste lo señala el propio Código Penal Federal en el inciso c) de la fracción III del artículo 15, el cual ha sido transcrito líneas arriba.

Sobre esta clase de consentimiento Reyes Echandía señala que "pueden darse casos excepcionales en que, no estando el titular del derecho en condiciones de manifestar su voluntad de consentir, es posible con razonable lógica deducir el consentimiento, habida consideración de las circunstancias personales del sujeto pasivo o de las antecedentes y concomitantes. Esto puede ocurrir por ausencia física de quien debe prestar su consentimiento o por incapacidad biosíquica de prestarlo."²⁰⁹

²⁰⁷ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 345.

²⁰⁸ CEREZO MIR, José. Op. Cit. p. 88.

²⁰⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Op. Cit. Antijuridicidad. p. 265.

El último requisito del consentimiento como causa de justificación es que este se otorgue sin que medie dolo, error o violencia.

Cuando media algún vicio del consentimiento, este carece de eficacia, pues se debe otorgar libremente, ya que sólo de esta manera se elimina la lesión del bien jurídico. Con esto se quiere poner énfasis no sólo en la voluntariedad del sujeto pasivo al otorgar su consentimiento, sino que esa voluntad debe además no aparecer viciada por dolo, error o violencia.

El consentimiento debe ser serio y concreto, se dice que el consentimiento es serio cuando se emite con juicioso conocimiento de lo que se quiere hacer, del alcance de la declaración de voluntad y de las consecuencias que de allí se derivan, con esto se trata de eliminar el consentimiento emitido por simple broma. Por lo que se refiere al consentimiento concreto, es aquel que se refiere específicamente al derecho penalmente tutelado respecto del cual su titular admite la lesión que otra persona pretende ocasionarle.

Por ello, cuando el consentimiento se otorga sobre un bien en abstracto, tal consentimiento no surte efectos penales, mientras no haya recaído sobre un concreto objeto material sobre el cual el sujeto pasivo ejerza el dominio y pueda disponer libremente de él.

Por último debemos hacer referencia al llamado consentimiento presunto, este es definido por Mezger de la siguiente manera: "no actúa antijurídicamente el que obra en circunstancias tales que, de conocer el lesionado la situación de hecho, habría consentido eficazmente la acción."²¹⁰

Se debe señalar que no hay que confundir el consentimiento presunto con el consentimiento tácito, pues este último se deduce de la actitud pasiva o de actos concluyentes del portador del bien jurídico.

²¹⁰ MEZGER, Edmund. Op. Cit. p. 166.

Cerezo Mir señala "el consentimiento presunto debe considerarse como una variante del consentimiento como causa de justificación si se considera que el fundamento de esta se halla en el principio de ausencia de interés, no en cambio si se fundamenta en la renuncia a la protección del Derecho o en la ponderación del valor de la libre actuación de la voluntad y el desvalor de la acción y del resultado de la agresión o lesión al bien jurídico."²¹¹

Jescheck considera que el consentimiento presunto "se trata de una causa de justificación de naturaleza particular, que sin embargo, conecta con la posibilidad del consentimiento por el titular del bien jurídico. Señala que se trata del caso en el que el consentimiento que pudiera prestarse eficazmente conforme a la situación, ni existe ni puede tampoco ser recabado a tiempo porque el titular del bien jurídico, o su representante, no resultan localizables, o porque el enfermo precisado urgentemente de tratamiento ha perdido el conocimiento, pero cuya prestación hubiera sido previsible con seguridad según una consideración objetiva y ex ante de todas las circunstancias."²¹²

El propio Jescheck hace una distinción de dos grupos en los cuales entra en consideración el consentimiento presunto²¹³:

- a) Colisiones internas de bienes e intereses en la esfera vital del lesionado, que tengan que resolverse mediante una intervención desde fuera porque no pueda tomarse a tiempo la decisión propia. Este caso se presenta cuando hay un conflicto de bienes o intereses que cuyo titular es un sujeto que no está en posibilidad de expresar su consentimiento para que se lesione uno de esos bienes o intereses, ya sea por no estar presente o por no estar en condiciones físicas o psíquicas para hacerlo, por lo que el consentimiento debe ser expresado por un tercero.

²¹¹ CEREZO MIR, José. Op. Cit. p. 101.

²¹² JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 347

²¹³ Idem.

- b) **Renuncia del afectado a intereses propios en beneficio del autor o de un tercero. Esta situación se presenta cuando se presume que existe ausencia de interés por parte del afectado, respecto a la conservación de un bien jurídico o a su propia persona.**

Por ultimo es necesario mencionar que los requisitos para el consentimiento presunto son los mismos que para el consentimiento expreso.

Para finalizar, podemos señalar que este tipo de consentimiento se presenta porque existen casos en los cuales hace falta un consentimiento real y como tal valido, pero evidentemente el interesado lo habría otorgado si hubiera tenido conocimiento de la situación por la que atravesaba, es por ello que tales casos deben de considerarse como si el consentimiento se hubiera otorgado de verdad.

CAPITULO 3.

LEGITIMA DEFENSA.

3.1 ANTECEDENTES.

Ahora corresponde el estudio de la que desde mi punto de vista es la causa de justificación más importante pues considero que se trata de un derecho que es inherente al ser humano, el cual, puede hacer uso del mismo en cualquier momento en que ve amenazada no sólo su vida, integridad o bienes sino también la de terceros, además de que es la causa de justificación que se presenta de manera más común en la sociedad; asimismo esta causa de justificación constituye el punto medular del presente trabajo.

En este apartado corresponde el análisis de la historia de esta causa de justificación, aún y cuando autores como Geib consideran lo contrario, es decir, que "la legitima defensa no tiene historia"²¹⁴, por considerar que se trata de un instituto definitivamente construido y el cual ha existido casi inmovible desde los tiempos más remotos. Nosotros, consideramos que la legitima defensa es un instituto que ha venido cambiando a través de los años, es decir, se trata de una institución jurídica, la cual ha sufrido modificaciones para llegar a ser como actualmente la conocemos.

En primer lugar, debemos mencionar que en las épocas más antiguas la defensa privada fue considerada no sólo como hecho impune, sino como acto ilícito, se dice que fue el Cristianismo, con su no resistencia al mal con la violencia, quien puso en entre dicho su calidad de derecho, que estaba proclamado como ley natural y no civil, por las famosas frases de Cicerón.

²¹⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 25.

Por otro lado en la India, la legítima defensa se encontraba regulada, conforme a principios muy similares a los que conocemos en la actualidad, ya que como señala Jiménez de Asúa, en la obra de Thonissen se menciona que "por propia seguridad, en una guerra interpuesta para defender sagrados derechos, y para proteger a una mujer y a un brahamán, el que mata justamente no es culpable" (Leyes de Manu VIII, 349). "un hombre debe matar sin dudas, a cualquiera que se arroje sobre él, para asesinarle, sino hay medio de evitarlo, incluso si el atacante es su jefe, o un niño o un viejo o un anciano versadisimo en la Santa Escritura" (Leyes de Manu, VIII, 350). "matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato, en público o en privado, en modo alguno hace culpable al homicida: es el furor en lucha con el furor" (Leyes de Manu VIII, 351).²¹⁵

En Egipto, encontramos que la defensa del atacado se halla impuesta por las propias leyes, las cuales penaban con muerte a aquellos que estando en posibilidad no prestaran auxilio a un hombre agredido. Por ello, se menciona que de ese modo, los ciudadanos eran guardianes unos de otros, y que esta reciprocidad les unía contra los malvados, o bien como señala Orlando Gómez López "la defensa del tercero agredido era una obligación."²¹⁶

Con los Hebreos podemos encontrar el origen de la presunción de la legítima defensa contra el ladrón nocturno, que incluso se conserva en algunos Códigos Penales vigentes como es el caso del nuestro. Se menciona que en efecto, en Israel "era legítima la muerte del ladrón sorprendido de noche mientras se abría paso a través de un muro o bien, abatía la puerta de una casa, pero cuando se trataba de que el ladrón tratara de penetrar durante el día, el homicidio era punible."²¹⁷

Tratándose de Grecia, en Atenas "se permitía la defensa legítima de la propia persona y de la de otro, así como se reconocía que entre los bienes

²¹⁵ Ibidem. p. 28.

²¹⁶ GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. **Legítima Defensa**, S/c. TEMIS. Bogotá. 1991. p. 15.

²¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Loc. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 28.

susceptibles de protegerse por medio de la legítima defensa se encontraba el pudor. Se permitía además al igual que en Israel, la defensa contra el ladrón nocturno, pero aquí se aceptaba también que se pudiera actuar contra el ladrón de día si este trataba de robar violentamente."²¹⁸

Ahora bien, tratándose del Derecho Romano, "en el se hallan principios de mucha trascendencia referidos a la legítima defensa. En primer lugar, en las Doce Tablas se desarrolló el concepto de legítima defensa en primer término, contra el ladrón nocturno, que se reproduce en el Digesto en un fragmento de Gayo. Por otro lado, como señalamos al inicio de este capítulo, Cicerón proclamó la naturaleza de derecho natural que asume la legítima defensa, esta notable afirmación se encuentra también en algunos textos de Ulpiano."²¹⁹

Jiménez de Asúa señala que "en Roma, la legítima defensa operaba no sólo para salvaguardar la vida y la integridad corporal, sino que quizá también para proteger el pudor y los bienes, cuando el ataque contra ellos se acompañe de peligro para la persona, con ello podemos decir que se permitía la protección de la propiedad cuando envolvía la protección de la persona."²²⁰

Es importante señalar que el Derecho Romano impuso ciertas condiciones a la defensa privada para que esta pudiera ser considerada como legítima. "En primer lugar debemos mencionar que la agresión debía de ser injusta, en segundo término, era necesaria la existencia del peligro, pero no era preciso que este estuviera comenzado, bastaba con que fuera inminente. Pero si el ataque desaparece, cesa el derecho de defensa, ya que la muerte del que agredió y desistió en su violencia era considerada como venganza. Se exigía además la necesidad de no poderse salvar de otro modo, por último, no eran muy precisos los requisitos que se establecían en cuanto a la proporción de la defensa. Además, es necesario mencionar que Rei considera que la legítima defensa de

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. p. 16. Op. Cit.

²²⁰ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Loc. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 28.

terceros, sólo se admite cuando entre el defensor y el defendido existieran vínculos domésticos, jerárquicos o militares. Es importante hacer constar que para los romanos, la legítima defensa tenía naturaleza justificante, y no meramente impune, ya que el obrar conforme a esta causa de justificación excluía también la responsabilidad civil."²²¹

Por otro lado, se dice que el Derecho Germánico no tuvo verdadera y exacta noción acerca de lo que era la legítima defensa, pero ello no implicó que se negara al atacado la facultad de defenderse, incluso dando muerte al agresor. Además, se menciona que existió una especie de derecho simbólico denominado "Wergeld" que se estableció en algunas fuentes germánicas como: "aquel que, en su casa, ha matado a un intruso, lo sacará fuera y al abandonar el cadáver pondrá sobre la herida una o tres monedas y, a veces, también una cabeza de gallo", esta costumbre como señala Jiménez de Asúa, incluso la muerte del ladrón hacía surgir el deber de composición, con lo cual, como él mismo señala, se demuestra el atraso del Derecho Germánico en materia de legítima defensa, ya que de un acto justo no podría nacer ni composición ni responsabilidad civil, tal y como ocurría en el Derecho Romano. En el propio Derecho Germánico se establecieron posteriormente reglas y presunciones limitativas, ya que según la Bambergense, "quien invocaba la legítima defensa debía demostrar que había recibido una lesión en alguna parte del cuerpo"; y en el Espejo de Suabia "se exigía probar que el matador había retrocedido un cierto número de pasos."²²²

Es importante resaltar que Mir Puig menciona que en el propio Derecho Germánico "la legítima defensa se fundamentó desde la perspectiva colectiva de defensa del orden jurídico, es decir, el sujeto al defenderse representaba a la comunidad."²²³

²²¹ Ibidem. p. 30

²²² Ibidem. p. 31.

²²³ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 458

Por lo que se refiere al Derecho Canónico, este admitió la legítima defensa contra la agresión injusta y actual, la doctrina más antigua diferenciaba la *necesitas inevitabilis*, que autorizaba la defensa en cualquier circunstancia y la *necesitas evitabilis*, que no concedía esa facultad cuando el ataque se pudiera evitar de otro modo como la huida, aunque después sólo se impuso este deber a los que pudieran huir sin deshonra. Se dice que en esta etapa, las limitaciones que se impusieron al derecho de defensa, hicieron ilusorio el reconocimiento de la legítima defensa.

Por último cabe mencionar que, como señala Jiménez de Asúa, "en este Derecho no se admitía la defensa del patrimonio, en cambio, se exaltó la defensa del tercero y hasta se impuso como deber."²²⁴

Durante el periodo conocido como Edad Media se vivió con derechos elaborados con base en elementos germánicos y canónicos. Después imperaron en el Derecho Común las fuentes romanas, para volver en parte del siglo XVIII, hasta la Revolución Francesa, a regularse restrictivamente la legítima defensa. En Italia, la Constitución Siciliana de Federico de 1231, así como el estatuto de Padua de 1236, absolvían al que se defendía con la moderación que habían impuesto las fuentes canónicas, lo mismo ocurrió con el Estatuto de Turín de 1360. Por lo que se refiere a la baja Edad Media alemana, se puede encontrar tanto en los Derechos Municipales, compilaciones y en la ciencia medieval de Italia y Alemania, una elaboración de la legítima defensa que excede en cuanto a perfección a la de los restantes institutos.

En el caso de la alta Edad Media de España, los Fueros y las Constituciones de Cortes no dejaron de reconocer la legítima defensa, dentro de los primeros podemos señalar al "Fuero de Daroca del año de 1142 y al de San Emeterio del año de 1187, por lo que respecta a las constituciones, podemos señalar las de Huesca del año de 1188, en este mismo año se realizó otro

²²⁴ ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Op. Cit. p. 338.

ordenamiento conocido como la Carta Magna Leonesa, que fue otorgada por Don Alfonso, Rey de León y de Galicia en donde podemos encontrar un importante precepto referente a la defensa del domicilio "... si el dueño, la dueña o alguno de aquellos que les ayudasen a defender su casa, matase a uno de los asaltantes, no sea castigado como homicida y no responda del daño que hiciera."²²⁵ En general, se considero en este periodo como eximente a esta causa de justificación.

También en España, las Siete Partidas, consideradas por la doctrina como uno de los ordenamientos con mayor trascendencia sobre el tema de la legítima defensa, señalaban que esta causa de justificación "opera frente a cualquier daño que quieran inferir a nuestras cosas (Ley VII, título X, Partida VII), además se presenta también para regular ciertos casos concretos, como por ejemplo a favor de quien defiende su vida contra el agresor injusto, quedaba absuelto también al que matare al forzador de la mujer, de la hija o de la hermana, y al que diera muerte a la mujer adúltera o a la hija impúdica(Ley XIV, título XVII, Partida VII), igualmente se facultaba matar a quien de noche quemara los campos o las casas ajenos, al ladrón nocturno y al diurno que hubiera empleado la fuerza."²²⁶

Asimismo, se señala por la doctrina, que "La Carolina" es el monumento jurídico que posterior a las Partidas españolas, regula de manera más exacta la figura jurídica de la legítima defensa, ya que en varios artículos se refiere a esta causa de justificación pues "en su artículo 139 la considera como justa, y además señala en su artículo 140 que esta causa de justificación se presenta "cuando un hombre agredido, perseguido o alcanzado por armas mortales y no pudiendo huir sin peligro de su cuerpo, y de su vida, de su honor, de su reputación, mata a su agresor y así salvaguarda su cuerpo y su vida con una justa defensa"; además en el mismo artículo se menciona de manera expresa "que el agredido no debe esperar para defenderse, ha haber recibido el primer ataque". Por lo que se refiere a sus artículos 141 y 142 estos se refieren a la prueba, la cual estaba a cargo de

²²⁵ Ibidem. p. 37.

²²⁶ ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Op. Cit. p. 339.

quien alegaba haber actuado en legítima defensa, salvo cuando el agresor confesaba haber sido el primero en atacar, o bien si el asunto se trataba de flagrante adulterio o acceso carnal con la hija de quien obro en legítima defensa, en este caso del honor. En su artículo 153 se hablaba también de la prueba, pero para el caso de que los hechos se hubieran desarrollado sin testigos, por lo que el juez debía resolver tomando en cuenta el carácter de los contendientes así como su conducta anterior, sus relaciones recíprocas, el lugar del homicidio y las armas empleadas entre otras cosas. Por último, su artículo 145 hacía referencia a los casos de defensa de un hombre contra la agresión de una mujer."²²⁷

La Constitución de Carlos V es otro ordenamiento que se ocupaba de la legítima defensa, pues la admitía, pero solo como medio para salvaguardar el cuerpo y la vida.

Es importante resaltar el comentario hecho por Jiménez de Asúa en el sentido de que "todo lo que se avanzo en el campo de la legítima defensa con las Partidas Españolas y con la Carolina en la ciencia jurídica italiana, se desvirtuó con las leyes del siglo XVIII, pues las mismas tenían un espíritu restrictivo, ya que impusieron a esta causa de justificación condiciones como la falta de previsión del ataque por parte de quien se defiende, la ausencia del auxilio de la autoridad y la imposibilidad de la fuga. A juicio de algunos autores, estas modificaciones que ocurrieron en el transcurso de la historia ocurrieron a consecuencia de la influencia de la tradición cristiana, a la idea que se tenía de que quien actuaba en legítima defensa cometía un delito, faltando con ello al deber de caridad que tenía impuesto, por lo que quien así se había conducido, no era castigado, pero era culpable, además tenía que solicitar al rey una carta de gracia o remisión. Jiménez de Asúa indica que esta exigencia viene del Derecho francés, pues se encuentra en dos ordenanzas, la primera con el nombre de Ordonnance de Villers Cotterets de 1539, y la segunda de nombre Grande Ordonnance del año de 1670."²²⁸

²²⁷ ROXIN, Claus. OP. Cit. p. 610.

²²⁸ JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 33.

Durante la Revolución francesa, se volvió a la concepción romana de la legítima defensa, ya que el Código Penal Francés de 1791 señalaba que "en caso de homicidio legítimo nunca existe crimen" así como " el homicidio se comete legítimamente cuando está indispensablemente impuesto por la necesidad actual de la legítima defensa de si mismo o de otro."²²⁹

Por lo que se refiere a Italia, la doctrina señala que ahí no se puede encontrar una teoría bastante completa sobre la legítima defensa antes de Julio Claro en el siglo XVI. Este famoso practico, fundo la legítima defensa en el derecho natural proclamado por los romanos. Farinacio, por su parte, añadió a los requisitos de la reacción inmediata, del peligro actual y de la injusticia de la causa, lo referente a la paridad de armas, además reclamó que el uso del medio empleado fuera indispensable, es decir, en primer lugar debía evitarse con la fuga el tener que dar muerte al agresor, siempre y cuando la huida no pusiera en peligro al agredido. Un aspecto importante a resaltar dentro de los Prácticos italianos es el referente a la extensión de la legítima defensa, ya que no sólo la admitieron para proteger a la persona, sino también la integridad sexual y los bienes, siempre que la defensa se hiciera con moderación; por lo que se refiere a la defensa de terceros, esta fue admitida también por la práctica italiana; cabe destacar además que el exceso en la legítima defensa era castigado, pero de manera atenuada.

Con Grocio, la filosofía del siglo XVIII busco la naturaleza y los requisitos de la legítima defensa, entre los que estudiaron esta causa de justificación se encontraba Pufendorf, quien trato de explicar la naturaleza de esta causa de justificación con base en "la perturbación del ánimo", él mismo señalo además que la legítima defensa sólo podía usarse cuando fuera presente, como si estuviera encerrado en un punto indivisible, es decir, la agresión debía ser presente, ni pasada ni futura. Este autor alemán señala la legitimidad de la defensa cuando el ataque es inminente, y sin esperar el que se defiende a ser acometido. Comenta

²²⁹ Idem.

a este respecto que "si yo veo a un hombre que va a arrojarse sobre mí con la espada en la mano de manera que da a entender lo bastante que va a atravesármela de parte a parte de mi cuerpo, y además, no encuentro lugar alguno en que refugiarme, puedo descargarle un tiro de pistola antes que esté muy cerca de mí y vaya a tocarme con la punta de su espada, por miedo de que él avance demasiado y ya no me encuentre en estado de servirme de mi arma."²³⁰

Para este autor, la legítima defensa sólo cabe para la protección de bienes de carácter irreparable como la vida, no así cuando se trata de bienes de carácter patrimonial.

Por otro lado, es importante destacar el comentario de autores considerados como prácticos tardíos como son Jousse y Muyart de Vouglans, ya que el primero de ellos señalaba que "la legítima defensa se trata de una máxima que a ninguna ley civil y humana puede serle permitido derogar", señala además que "el homicidio está exento de pena cuando se comete en defensa de otra persona que, sin auxilio, corriera el riesgo de perder la vida a manos del agresor."²³¹

Por su parte Muyart de Vouglans "rechazaba que la legítima defensa se pudiera extender a la protección de la propiedad."²³²

Es decir este último autor coincidía con el criterio de Pufendorf respecto de que los bienes materiales carecen del carácter de irreparabilidad que solo tienen la vida y la integridad corporal.

Otro punto de vista importante es el de Francisco de Vitoria, para quien la legítima defensa cabría no sólo con relación a la vida y a la integridad corporal,

²³⁰ Idem.

²³¹ Ibidem. p. 36

²³² Idem.

sino también para defender las cosas y bienes propios, señala que "la defensa de la vida y de la integridad corporal estaría justificada por el derecho natural, por lo que se refiere al a defensa de los bienes, este filósofo la juzga lícita por declaración del Derecho civil, este autor al igual que Pufendorf señala que la defensa sólo es lícita cuando se usa contra un ataque actual o inminente, no contra el que ya paso, menciona además que pasando la necesidad de la defensa se pierde el derecho para guerrear, el Padre Vitoria señaló también que la defensa para ser legítima debía ser proporcional a la calidad y violencia de la agresión."²³³

Por todo lo anterior, se puede observar que la legítima defensa ha sufrido diversos cambios en su concepción, pero casi en todos los tiempos se ha coincidido en que se trata de un derecho natural que tenemos todos los individuos para proteger la vida, integridad corporal y bienes, no sólo propios sino también los de terceros de las agresiones ilícitas que llegasen a llevar a cabo otros individuos en nuestra contra.

3.2 FUNDAMENTO.

Respecto al fundamento de esta causa de justificación se han llevado a cabo diferentes teorías las cuales han sido clasificadas de diferentes formas, una de esas formas de clasificación es la establecida por Luis Jiménez de Asúa, quien agrupa a las diferentes teorías de la siguiente manera²³⁴:

- a) Doctrinas que estiman la legítima defensa como una excusa, como mera causa de impunidad a pesar de su injusticia, o bien como motivo de inimputabilidad.
- b) Teoría intermedia de la colisión de intereses.
- c) El tercer grupo se refiere a la legítima defensa como causa justificante.
- d) Postura de los positivistas italianos.

²³³ Ibidem. p. 39.

²³⁴ Ibidem. p. 58.

En primer lugar, la doctrina que considera a la legítima defensa como una excusa, fue sostenida por Kant, y se puede designar con la fórmula "impunidad de la acción por la necesidad inminente en que se halla el agredido", el razonamiento llevado a cabo por Kant se puede resumir de la siguiente manera: "ninguna necesidad puede transformar en justicia la 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 acto, sobre el que la pena no puede ejercer ninguna influencia, permanezca impune. Por tanto la defensa privada no es una acción inculpable, sino tan sólo una acción no punible."²³⁵

Esta teoría fue seguida por Fehuerbach y criticada por Alimena, quien señaló que "la misma es contraria al propio pensamiento kantiano sobre el derecho de castigar, ya que para Kant, la pena es una necesidad absoluta, categórica y que no puede dejarse a razones de necesidad o de oportunidad."²³⁶

Por lo que respecta a las teorías que consideran a la legítima defensa como una excusa por causa de impunidad, podemos mencionar la que se funda en el principio de "retribución del mal con el mal", la cual fue desarrollada por Geyer en 1857, quien afirma que, "si la represión pertenece de manera total y completa al Estado, la legítima defensa o como él la llama la defensa privada, es esencialmente injusta, ya que, quien privadamente se defiende sustituye la fórmula mencionada de la retribución del mal con el mal por la de "yo debo retribuir el mal con el mal". Por lo tanto si esta defensa es injusta, siempre lo será, ya que no es comprensible que la necesidad pueda convertir en Derecho lo que sin ella sería una injusticia. Sin embargo, el acto según esta teoría no se debe castigar, pero no puede decirse que no es punible, sino simplemente impune. La razón de esta impunidad es la "completa igualdad de la agresión y de la reacción", la retribución del mal con el mal realizada por la defensa del individuo, y una vez que

²³⁵ Ibidem. p. 59

²³⁶ Idem.

ésta se opera la imposición de una pena no sería mas que un nuevo mal, que no encontraría en la retribución su motivo de existir."²³⁷

Esta teoría fue rechazada por Fioretti quien considera que "no es posible establecer una equivalencia entre una agresión cuando consiste simplemente en una amenaza, y la reacción que finaliza produciendo la muerte del agresor, pero, aun y cuando se admita dicha equivalencia, no se puede fundar la impunidad de la defensa en el principio de la retribución, que asimila la legítima defensa a la pena, ya que la pena sigue al delito y la defensa privada le precede. Además considera que esta teoría nos llevaría a afirmar que si el autor de la agresión, sólo queda herido, sería imposible perseguirle y penarle puesto que ya recibió su retribución."²³⁸

Es decir esta teoría considera injusta a la legítima defensa, por considerar que el único que puede retribuir un mal con otro mal es el Estado, pero considera que cuando se lleva a cabo una agresión ilegítima, y esta es rechazada mediante la legítima defensa, se está dando la retribución de un mal que por un lado sería la agresión, con otro mal que sería la defensa; es por ello que la defensa queda como un acto impune, pues en caso de imponerse una pena por parte del Estado, ésta sería un nuevo mal el cual no encontraría que retribuir, por lo que no tendría razón de existir.

Por lo que se refiere a las teorías que ven a la legítima defensa como una causa de inimputabilidad podemos señalar la sostenida por Pufendorf, la cual se denomina de la "violencia moral", para este autor "el instinto de conservación está tan arraigado entre nosotros, que el hombre agredido no es imputable por la perturbación producida en su ánimo a causa de la inminencia del peligro."²³⁹

²³⁷ Idem.

²³⁸ Idem.

²³⁹ Ibidem. p. 60.

Esta teoría se considera inaceptable, pues se señala que justificaría la defensa de quien es justamente atacado, siempre que se diera esa perturbación en su ánimo, y en cambio no sería aplicable a quien siendo ilícitamente agredido no sufriera esa perturbación. Uno de los principales detractores de esta teoría fue Carrara.

Ahora bien, pasando al segundo grupo de teorías, donde se busca el fundamento de la legítima defensa en la colisión de intereses, para Von Buri "el agresor plantea un conflicto de intereses ante el cual el Estado debe necesariamente sacrificar uno, y en ese dilema se sacrifica el del agresor, que por su acto pierde el derecho de ser protegido."²⁴⁰

Pufendorf y Carrara no están conformes con la teoría anterior, para la cual en definitiva el agresor pierde sus derechos, de ello se desprende que quien amenaza la vida de otro pierde su derecho a la vida.

Para Jiménez de Asúa esta teoría es la que fundamenta de manera correcta a la legítima defensa, pues señala que "como causa de justificación que es, esta funda su legitimidad en que se salvaguarda el interés preponderante, que en éste caso se trata del interés o derecho del agredido, pues considera que éste restablece el derecho atacado, puesto que en la colisión de intereses se hace así prevalecer el bien jurídicamente protegido mediante el necesario sacrificio del interés que en este caso es ilegítimo del atacante."²⁴¹

Con el mismo criterio se manifiesta Pavón Vasconcelos quien menciona que "en esta teoría se encuentra el fundamento de la legítima defensa, pues frente al interés particular del injusto agresor, tiene preponderancia ante la ley, el interés de quien defiende la conservación del orden y la primacía del derecho tutelado."²⁴²

²⁴⁰ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p. 439.

²⁴¹ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de derecho Penal. Tomo IV. p. 72.

²⁴² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Op. Cit p. 354.

Podemos señalar al igual que cuando hablamos sobre el conflicto de intereses en el estado de necesidad, que cuando se presenta un conflicto o un choque entre dos intereses o derechos, de los cuales sólo uno puede subsistir mediante el sacrificio del otro estamos en presencia del interés preponderante, ya que el interés que se va a sacrificar será el menos importante, ahora bien tratándose de la legítima defensa, cuando se presenta una agresión injusta y en presencia de ella un agresor y un agredido, el derecho del primero desaparece o disminuye pues entra en conflicto con el derecho del segundo el cual se considera de mayor importancia.

Por lo que se refiere al grupo de teorías que consideran a la legítima defensa como causa de justificación, podemos iniciar señalando que la posición hegeliana conocida con el título de "doctrina de la absoluta nulidad de lo injusto" indica que quien actúa bajo el amparo de la legítima defensa afirma el Derecho, porque, siendo el delito y la agresión injusta la negación del derecho, la legítima defensa es la negación de esta negación y tiende a anular la injusticia.

Hegel señala que "la vida de una persona es la más simple y concreta expresión de la totalidad de los fines humanos, ya que considera que no puede negarse al ser humano, en caso de extremo peligro, el derecho de sacrificar un bien jurídico de otro, pues la vida tiene un derecho frente al Derecho abstracto, además de que en caso de negarle a la vida su derecho de auto conservación, sería como considerar al hombre como carente en general de derecho, lo cual llevaría a negar de manera íntegra su libertad."²⁴³

Asimismo, se manifiesta de acuerdo con esta teoría Mario Garrido Montt para quien "el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la confirmación del Derecho pero además, en el principio de autoprotección, que se refiere a que al ejercer la legítima defensa, se está realizando un acto de prevención general que importa una advertencia para quienes pretenden violar derechos ajenos de

²⁴³ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p. 440.

que de hacerlo, serán repelidos, es decir, se busca que no se realicen actos contrarios al ordenamiento jurídico.”²⁴⁴

Por nuestra parte podemos señalar que esta teoría se refiere a un derecho de necesidad, mediante el cual, cuando un sujeto se encuentra en extremo peligro, puede hacer uso de tal derecho para poder escapar al peligro, aún y cuando con el uso de ese derecho se sacrifique el bien jurídico de otra persona, que en este caso se trataría del agresor injusto, además, como señala Hegel el uso de ese derecho de necesidad no implica una contradicción con el orden jurídico, pues este se ve afirmado a través del acto de defensa, pues se considera, como se menciono líneas arriba, que la agresión injusta es la negación del orden jurídico, y la defensa viene a ser una especie de negación de la primera, por lo que la negación de la negación, viene a ser una confirmación del propio ordenamiento jurídico.

Otra teoría que considera a la legítima defensa como causa de justificación, es la sostenida por el maestro de Pisa Francesco Carrara, quien busco en la cesación del derecho de penar el fundamento de esta causa de justificación; el razonamiento de este autor es en el sentido de que “ la defensa pública ha sido organizada para suplir la insuficiencia de la defensa privada, y para refrenar los excesos. Pero cuando por el contrario, por impotencia momentánea de la defensa pública, la defensa privada es por si sola suficiente y no puede producir excesos, la defensa pública no tiene ya fundamento alguno, y ya no puede intervenir, ni como fuerza supletoria ni como fuerza moderatriz, indica además que la tutela jurídica no puede exigir sin contradicción el castigo de un hecho por el que la tutela jurídica se mantiene en la única forma que hacían posible las circunstancias del caso.”²⁴⁵

²⁴⁴ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p.126.

²⁴⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de derecho Penal. Tomo IV. p.63.

Para esta teoría desarrollada por Carrara, la defensa pública es subsidiaria pues la defensa privada es considerada la originaria, pero como señala Maggiore "los individuos renuncian a ésta cuando por contrato social han renunciado a defenderse por sí mismos, dejando entonces a la defensa pública esta función, pero cuando esta se encuentra imposibilitada para actuar, los individuos pueden de manera legítima defenderse contra los ataques injustos que se realicen en su contra, por ello el Estado no puede penar esa conducta de defensa, ya que sería una contradicción que castigara la conducta que en determinadas circunstancias fue la única manera de mantener el orden jurídico."²⁴⁶

Asimismo, dentro de este grupo de teorías, se encuentra la conocida como "de la legitimidad absoluta", la cual fue considerada y formulado por Von Ihering, y seguida por Maggiore, dicha teoría señala que la legítima defensa tiene un doble aspecto, como derecho y como deber, el propio Maggiore señala que "en la personalidad se revela la primera aplicación de la fuerza necesaria para el fin de la existencia humana. Amenazado en su existencia, en su cuerpo, en su vida, por un ataque del exterior, el individuo se pone en estado de defensa, rechaza la fuerza con la fuerza. La naturaleza que ha creado al hombre, que le ha dotado del instinto de conservación, ha querido, ella misma, esta lucha; todo ser creado por ella, debe mantenerse por su propia energía, el animal lo mismo que el hombre. Mero hecho físico en el animal, este acto reviste para el hombre un carácter moral. El hombre no solamente se defiende, sino que siente que puede y debe defenderse. Esta es la legítima defensa. Constituye un derecho y un deber es un derecho en tanto que el sujeto existe por sí mismo, y es un deber en cuanto existe para el mundo."²⁴⁷

Respecto de esta teoría, Orlando Gómez López señala que "la misma pone de relieve que la defensa no sólo tiene un contenido individual, sino también social, pues quien la ejerce aparta el ilícito tanto de sí mismo como de la sociedad,

²⁴⁶ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 405.

²⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 64.

quien defiende su interés lícito defiende la comunidad y en esta dinámica de la lucha contra la arbitrariedad, el hombre realiza un acto creador, un acto de sagrada justicia."²⁴⁸

Es decir, para los seguidores de esta teoría, la legítima defensa consiste en un derecho toda vez que el hombre debe subsistir por sí mismo, por ello en caso de verse amenazado por algún peligro puede defenderse del mismo sin causar su acto algún tipo de contradicción con el orden jurídico, ya que ese derecho de defensa es inherente al propio ser humano, y se considera como un deber pues como el mismo autor señala, el individuo existe no sólo para el mismo sino también para el mundo, es decir, la legítima defensa aparta el ilícito tanto del individuo como de la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, cabe destacar la teoría desarrollada por Binding quien en Alemania se refirió al derecho de legítima defensa, considerándolo como derecho subjetivo de carácter público, que concurre al ciudadano y concuerda con las funciones de policía del Estado, se refiere a que, como señala Maggiore "mediante la legítima defensa, la acción individual apoyaría la acción de policía del Estado, especialmente en los casos en que interviene para tutela de terceros."²⁴⁹

A juicio del propio Maggiore, el error en esta teoría radica en que se quiere ver a la legítima defensa de conformidad con el poder de policía, la cual tiene carácter preventivo, siendo que se debe ver a la luz de un principio de justicia.

Por lo que se refiere a las teorías positivistas sobre la legítima defensa, se inician con Ferri quien aplicó la idea positivista en apoyo de la legítima defensa, "el carácter jurídico y social de los motivos y la calidad del fin que se propuso el agente, esto le sirvió para fundamentarla, puesto que el fin no fue el de ofender a otro, sino el de defenderse, por lo tanto ese hombre no es temible."²⁵⁰

²⁴⁸ GOMEZ LÓPEZ, Orlando. Op. Cit. p. 22

²⁴⁹ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 406.

²⁵⁰ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 69.

Es importante destacar que Soler señala que para estas teorías positivistas, las cuales no desconocen la naturaleza objetiva de las causas de justificación, "es necesario explicarse la impunidad de quien se defiende en razones de naturaleza subjetiva."²⁵¹

Posterior a Ferri, Fioretti fue quien desarrolló de manera más amplia la teoría positiva, pues construyó la doctrina positivista de la legítima defensa, en donde señala que "la agresión injusta es un hecho que revela la temibilidad del agente; así es que quien rechaza al injusto agresor cumple un acto de justicia social: el interés del agredido coincide con el interés social y el Derecho, en sentido positivista, surge porque éste consiste, precisamente, en la coincidencia del interés individual con el social. Por consiguiente, la sociedad tiene mayor interés en la conservación del agredido, que es un sujeto honrado, que en la conservación del agresor, que es un individuo criminal y antisocial. La legítima defensa es de una trascendencia tan grande que debiera estar estampada en grandes caracteres en los primeros artículos del Código Penal."²⁵²

El pensamiento de este autor italiano se puede resumir de la siguiente manera: el ejercicio de la legítima defensa representa pues una función eminentemente social, en cuyo cumplimiento tiene interés, no sabría decir si mayor la sociedad o el individuo agredido en sus derechos... . Es Derecho tanto en el aspecto objetivo como subjetivo, en el objetivo, porque, es una norma que representa una condición necesaria para la existencia de la sociedad humana, y es Derecho en sentido subjetivo, porque otro hombre no se sabría dar a la facultad que tiene toda persona de obrar conforme al interés social propio.

Respecto de esta teoría podemos señalar que la misma observa en el agresor a un sujeto peligroso o temible, por ello quien rechaza un ataque del mismo, esta cumpliendo con una función social, en cambio esta teoría ve en el

²⁵¹ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p. 441.

²⁵² JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 70.

agredido a un sujeto honrado que no merece ser castigado por su conducta, ya que no se le considera como un individuo peligroso y además, con su defensa del ataque injusto esta cumpliendo con los intereses de la colectividad.

Otro punto de vista respecto de estas teorías es el que brinda Zerboglio, quien señala que "la legítima defensa sirve al Estado para determinar la peligrosidad de los sujetos es decir, tanto del agresor como del agredido, para que tome las medidas necesarias, ya que el hecho objetivo puede hacernos caer en error respecto a la calidad psicológica de los sujetos, ya que puede suceder que el agredido sea al mismo tiempo un sujeto temible."²⁵³

Por último, es necesario mencionar que tanto Ferri como Florian mencionaron en sus últimas obras "que la justificación de la legítima defensa se debe buscar en los motivos determinantes del delito. Ambos señalaron que el fin de la conservación de la propia persona o de un tercero contra una agresión injusta es eminentemente social y jurídica, y que, quien así lo hace carece de temibilidad, por lo que su conducta no debe ser castigada", es importante señalar que Ferri en algunas de sus palabras resume lo siguiente "también en la legítima defensa concurren, pues, inseparablemente la condición objetiva (jurídica) y la condición subjetiva (psicológica), para excluir en los actos de defensa todo carácter delictivo."²⁵⁴

Debemos mencionar que actualmente se considera que la legítima defensa tiene un doble fundamento, por un lado como lo señala Jescheck "jurídicoindividualmente como el derecho que por naturaleza corresponde a cada uno para autoafirmarse mediante la defensa de la propia persona contra la agresión antijurídica de otro. Por otro lado, cabe asimismo entender a la legítima defensa jurídicosocialmente. A su tenor, es el ordenamiento jurídico el que no necesita ceder ante el injusto. La autodefensa del atacado constituye a la vez la

²⁵³ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p. 442.

²⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Op. Cit Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. p. 71-72.

salvaguarda del orden pacífico general, cuando en ese momento no se cuenta con el auxilio de la autoridad." ²⁵⁵

El propio Jescheck señala que "la faceta juridicoindividual de la legítima defensa se hace evidente en que la misma solo puede ejercerse en defensa de bienes jurídicos individuales y no, en cambio, para proteger el orden público o el propio ordenamiento jurídico. Así el interés general en la salvaguarda del ordenamiento jurídico se manifiesta únicamente a través de la protección de un derecho individual. La concepción juridicoindividual de la legítima defensa explica, además, que la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado sea por principio irrelevante. Solo importa la defensa del individuo contra la agresión antijurídica y no los quebrantos que el atacante deba sufrir en el transcurso de aquella. Por lo que se refiere a la faceta juridicosocial esta se hace evidente, según este autor, en la ilimitada admisión de la ayuda necesaria y en la restricción de la legítima defensa cuando desaparece el interés en la afirmación del Derecho." ²⁵⁶

Con el mismo criterio se manifiesta Claus Roxin, pero él hace referencia a la protección individual y al prevailecimiento del Derecho, este autor alemán señala "en primer lugar, la justificación por legítima defensa presupone siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; la legítima defensa es para el particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo. Ahora bien, el legislador al permitir toda defensa necesaria para la protección del particular, persigue de manera simultánea un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar esa defensa. A esta intención preventivo general es a lo que se refiere cuando se habla de "prevailecimiento del Derecho" como idea

²⁵⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 302.

²⁵⁶ Idem.

rectora del derecho de legítima defensa. Por ello, para Claus Roxin en toda justificación por legítima defensa deben operar de manera conjunta ambos principios, tanto el de protección individual como el de prevailecimiento del Derecho."²⁵⁷

Con el mismo criterio se manifiesta Luzón Peña para quien "la protección individual de que habla Roxin consiste en la necesidad de defensa del bien jurídico personal, esto es, en la necesidad para el Derecho de defender frente a la agresión ilegítima un bien jurídico personal en peligro, caso en que el interés en la defensa es mayor y menos problemático que si solo estuvieran afectados bienes jurídicos colectivos por la concreción y perentoriedad de la lesión que amenaza, su más difícil reparación y la idoneidad de su defensa por particulares, por lo que se refiere al prevailecimiento del Derecho, este autor español lo denomina fundamento supraindividual, que se refiere a la necesidad de defensa, afirmación y prevailecimiento del propio Derecho u orden jurídico frente a la agresión antijurídica que lo pone en cuestión, lo que explica las peculiaridades de la legítima defensa frente al estado de necesidad, reflejadas en el principio "el Derecho no tiene por que ceder frente al injusto" y concretadas fundamentalmente en que por ello no rige la proporcionalidad ni la subsidiariedad en la reacción, ya que los bienes del agresor no están en pie de igualdad con los del agredido, sino que pierden protección jurídica en cuanto sea estrictamente necesario para impedir la agresión."²⁵⁸

El mismo Luzón Peña señala respecto de este aspecto supraindividual, que "este supone también la peculiaridad de que, si se ejerce, la legítima defensa cumple una función de intimidación general de potenciales delinquentes y de prevailecimiento del Derecho, es decir, función de prevención general similar a la de la pena."²⁵⁹

²⁵⁷ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 607.

²⁵⁸ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 587.

²⁵⁹ Idem.

El mismo maestro español señala que "dada esa doble necesidad de defensa del bien jurídico personal y del Derecho frente a la agresión antijurídica y la consiguiente desprotección en lo necesario de los bienes jurídicos del agresor, se valora positivamente no sólo la conducta, sino su resultado de defensa del bien jurídico y del Derecho. Por ello la legítima defensa es una causa de justificación del resultado, que excluye el desvalor del mismo."²⁶⁰

A decir de Orlando Gómez de acuerdo con esta teoría, "el fundamento de la legítima defensa debe buscarse a partir del objetivo que ella cumple, pues ante un ataque antijurídico se colocan en peligro el interés individual atacado o bien jurídico y el orden jurídico general; el primero por cuanto la agresión se encamina a lesionar un bien lícito, y el segundo en cuanto, al lesionarse un interés particular, se desconoce el Derecho como institución reguladora del de la vida social."²⁶¹

Por su parte Enrique Bacigalupo sostiene el mismo criterio, señalando que "el Derecho no tiene porque ceder ante lo ilícito, ya que no sólo se acuerda un derecho de defensa, sino que también de ratificación del ordenamiento jurídico como tal."²⁶²

De acuerdo con los criterios anteriores Cerezo Mir señala que "el fundamento de la legítima defensa se encuentra en primer lugar en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión, en segundo lugar al impedir o repeler una agresión ilegítima se defiende el ordenamiento jurídico, por lo que considera que la legítima defensa tiene un doble fundamento."²⁶³

De las posturas anteriores considero que la adecuada para explicar el fundamento de la legítima defensa, es la que se basa en dos intereses uno individual, que corresponde al del particular que actúa en legítima defensa para

²⁶⁰ Ibidem p. 588.

²⁶¹ GÓMEZ, LÓPEZ, Orlando. Op. Cit. p. 32.

²⁶² BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 224.

²⁶³ CEREZO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Tomo II y III. Teoría Jurídica del Delito. 6ta ed. TECNOS. Madrid. 1998. p. 207.

proteger sus intereses jurídicamente tutelados, y por otro el interés general o social, que consiste en que al protegerse el interés individual, se esta protegiendo de manera simultanea el interés de la sociedad en su conjunto y con ello además se reafirma el Derecho, con lo que al mismo tiempo se busca ejercer una función de prevención general, para que los delincuentes sepan que en caso de que quieran violar algún bien jurídico individual, el agredido puede actuar para protegerse asimismo y a terceros sin con ello caer en la comisión de algún delito.

3.3 CONCEPTO.

Ahora bien, una vez que hemos tratado lo referente a la historia y fundamento de la legitima defensa, es necesario conocer algunas de las definiciones que sobre la misma ha desarrollado la doctrina, desde algunos autores clásicos, hasta algunos mas recientes.

De esta manera, encontramos que para Jiménez de Asúa la legitima defensa es "la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla."²⁶⁴

Por su parte los maestros Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas consideran que por legitima defensa se debe entender "la defensa que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al Derecho, por medio de una lesión para el agresor."²⁶⁵

Para Porte Petit la legitima defensa se puede definir como "el contraataque necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en

²⁶⁴ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Op. Cit. p. 190.

²⁶⁵ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Op. Cit. p. 531.

peligro bienes propios o ajenos, aún y cuando haya sido provocada insuficientemente."²⁶⁶

El maestro argentino Sebastián Soler considera que la legítima defensa puede ser definida como " la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada, agregando que si esa reacción llega a constituir una lesión en la persona o derechos del agresor, esa lesión aunque encuadrable en una figura delictiva, siendo necesaria, no es ilícita pues la legítima defensa actúa como una causa objetiva de justificación."²⁶⁷

Estamos de acuerdo con la definición que brinda este autor, pero discrepamos cuando señala que la legítima defensa se trata fundamentalmente de un estado de necesidad, toda vez que consideramos que la legítima defensa como causa de justificación mantiene sus diferencias con el estado de necesidad, ya que este en este último se presenta un conflicto de intereses o de bienes, de los cuales uno se debe de sacrificar para poder salvar al otro, siendo que ambos bienes o intereses pueden ser lícitos o estar protegidos por el Derecho, en cambio en la legítima defensa lo que se presenta es una agresión ilícita contra un bien lícito que es protegido por el Derecho, además de que la legítima defensa se considera como una causa de justificación independiente de las demás y desde nuestro punto de vista la más importante.

Por otro lado, existen otras definiciones que valen la pena señalar respecto de la legítima defensa, tal es el caso de la que brinda Giuseppe Maggiore para quien la legítima defensa consiste "en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el Estado no pueden proveer a su defensa. El orden jurídico ha de ser conservado a toda costa, por lo tanto, si fuere lesionado, y el Estado no pudiere reintegrarlo inmediatamente, este deber de reintegración le corresponde entonces al individuo contra el cual esta dirigida la

²⁶⁶ PORTE PETTI CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 394.

²⁶⁷ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p. 444.

lesión. Por consiguiente, el individuo que se defiende no viola el Derecho, sino que coopera a su realización; ni obra ya como persona privada, pues ejerce una verdadera y propia función pública, como sustituto de la sociedad y del Estado, a los cuales, por la misma ley eterna del orden, compete el derecho de castigar."²⁶⁸

Como se puede observar, esta definición es más amplia, ya que considera que la legítima defensa es un derecho perteneciente a todos y cada uno de los individuos integrantes de la sociedad, el cual, puede ser ejercido cuando ven amenazados por un peligro no sólo su vida, integridad personal y bienes, sino también la de terceras personas, de esta definición podemos desprender además que, como se mencionó líneas arriba, este autor considera como fundamento de la legítima defensa la teoría de la legitimidad absoluta.

Es importante destacar que otro autor que se manifiesta en el sentido de que la legítima defensa es un derecho perteneciente a cada individuo dentro de la sociedad es Sergio Vela Treviño, pues considera a esta causa de justificación como "la conducta que se realiza en ejercicio del derecho que se tiene para preservar intereses propios o de un tercero que se encuentran jurídicamente protegidos y que son víctimas de un ataque ilegítimo."²⁶⁹

Asimismo, Carlos Fontan Balestra señala que la legítima defensa puede ser definida como "la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, y no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano."²⁷⁰

De esta definición podemos desprender que el autor restringe la legítima defensa a la conducta ilegítima de los seres humanos, es decir, para este autor no es posible actuar amparados por esta causa de justificación en contra de la conducta de los animales.

²⁶⁸ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 403.

²⁶⁹ VELA TREVIÑO, Sergio. Op. Cit. p. 254.

²⁷⁰ FONTAN BALESTRA, Carlos. Op. Cit. p. 303.

A este respecto Reyes Echandía se ha manifestado en el sentido de que "cuando se trata del ataque de animales o cosas inanimadas, ya no estamos en presencia de la legítima defensa, sino del estado de necesidad, ya que para él la acción ilegítima sólo puede realizarla el ser humano."²⁷¹

Respecto a esta cuestión, me parece que el criterio más claro y adecuado es el que sostiene Maurach al señalar que "las agresiones de animales deben ser excluidas del contexto de la legítima defensa, dado que ellos no pueden agredir antijurídicamente, ya que las categorías de lícito y antijurídico sólo se aplican a conductas humanas, desde el momento en que solo el hombre es destinatario idóneo de la norma, pero si un animal es usado por una persona como un instrumento para agredir, estamos ante la presencia de una agresión humana, frente a la cual, la legítima defensa es admisible."²⁷²

Por su parte Stratenwerth señala que "la legítima defensa consiste en un comportamiento adecuado al supuesto de hecho típico, que no es antijurídico por ser necesario para una agresión actual y antijurídica dirigida contra el autor o contra un tercero."²⁷³

Por último cabe destacar que dentro de la doctrina del derecho penal en Alemania, autores como Jescheck y Maurach, coinciden en señalar que "la legítima defensa consiste en la defensa requerida para apartar de sí o de otro una agresión actual antijurídica."²⁷⁴

Como podemos observar, las definiciones respecto de la legítima defensa se unifican conceptualmente, recogiendo en ellas los elementos esenciales de esta causa de justificación.

²⁷¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Antijuridicidad. Op. Cit. p. 110.

²⁷² MAURACH, Reinhart. Op. Cit. p. 441.

²⁷³ STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal. Parte General. S/e. Madrid. 1982. p. 139.

²⁷⁴ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 303.

Por lo anterior, podemos atrevernos a dar nuestra propia definición respecto de la legítima defensa, la cual consideramos como la respuesta a un ataque real, actual, inminente y antijurídico que pone en peligro bienes jurídicos propios o de terceros y que proviene de la acción de otro individuo, además, tal respuesta debe de ser necesaria para prevenir el daño al bien jurídico puesto en peligro y con cierta proporcionalidad al ataque realizado.

3.4 ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA.

Los elementos de la legítima defensa los podemos extraer del contenido de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, que a la letra señala:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa respecto a la amenaza, y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor;

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause cualquier daño a alguien que por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al hogar del que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el inculpado tenga la obligación de defender, o a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la probabilidad de la agresión.

3.4.1 AGRESION.

El primer elemento que encontramos en el artículo anterior, es el de la existencia de una agresión, la cual ha sido definida de diversas maneras por parte de la doctrina, de esta manera encontramos que Roxin menciona que "la agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana."²⁷⁵

Por su parte Jescheck señala que "la agresión es toda lesión o puesta en peligro, por parte de una persona, de un interés del autor o de otro, protegido por el ordenamiento jurídico."²⁷⁶

Por lo que respecta a Maurach, él señala que "la agresión es la amenaza humana de lesión de un interés jurídicamente protegido."²⁷⁷

Por último, considero de gran importancia señalar la definición que respecto de agresión nos brinda el maestro español Diego Manuel Luzón Peña quien señala que "la agresión o ataque ha de ser una acción o conducta humana, dolosa y que ponga en peligro bienes jurídicos personales."²⁷⁸

Como podemos observar, la mayoría de los autores coinciden en que la agresión es una lesión o puesta en peligro por parte de la conducta de una persona de bienes jurídicos personales, ya sean propios o de un tercero, los cuales están protegidos por el ordenamiento jurídico.

Es importante destacar que gran parte de la doctrina se refiere a la agresión como una conducta que sólo puede provenir de los seres humanos, dejando con ello fuera la conducta realizada por los animales y las cosas.

²⁷⁵ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 611.

²⁷⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 303.

²⁷⁷ MAURACH, Reinhart. Op. Cit. p. 440.

²⁷⁸ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 589.

En primer lugar respecto de la conducta de los animales la doctrina se manifiesta en el sentido de que la misma no puede ser objeto de regulación jurídica porque los animales no son sujetos a los cuales vaya dirigida la norma, pues como se menciona, los conceptos de ilícito y antijurídico sólo se aplican a conductas provenientes de los seres humanos, pero, cuando los animales son usados por una persona como un instrumento para agredir, estamos ante la presencia de una agresión humana, por lo que frente a ella cabe la posibilidad de la legítima defensa.

Tratándose del peligro proveniente de las cosas, no se puede hablar de tal, al igual que de la conducta realizada por los animales, ya que como se señaló, la agresión o puesta en peligro debe provenir necesariamente de una conducta realizada por seres humanos, toda vez que los peligros derivados de cosas inanimadas de la naturaleza o de los procesos mecánicos se pueden evitar a través del estado de necesidad, pero no a través de la legítima defensa.

Esto es así porque tal y como sostiene Orlando Gómez López "la agresión es sólo una conducta humana controlada por la voluntad, por lo que no puede decirse que la naturaleza o las cosas cometan delitos; el Derecho como pretensión de unos comportamientos, se dirige al hombre, que es el ser capaz de dirigir sus movimientos conforme a valores."²⁷⁹

Es importante señalar que también quedan excluidos de las conductas por las cuales se puede reaccionar en legítima defensa todos aquellos peligros que provienen de movimientos involuntarios o inconscientes, tal es el caso de los movimientos que se generan por fuerza irresistible, sonambulismo, movimientos reflejos etc. Esto es porque la conducta debe ser un acto voluntario, es decir, debe existir voluntariedad en el movimiento.

²⁷⁹ GOMEZ LÓPEZ, Orlando. Op. Cit. p. 61.

Sobre esto Roxin señala que "en estos casos no existe la agresión, pues el hombre actúa como factor causal y no mediante una manifestación de la personalidad, por lo que resulta imposible una imputación personal así como el prevalecimiento del Derecho, uno de los dos fundamentos de la legítima defensa."²⁸⁰

Una vez determinado que la agresión es una conducta, la cual debe provenir de manera exclusiva del ser humano, debemos señalar que la conducta agresiva se puede llevar a cabo a través de una acción o de una omisión.

En el caso de la conducta realizada a través de una acción no tiene mayor complicación pues se refiere a un comportamiento activo de una persona que crea un peligro sobre un bien jurídicamente tutelado. El problema se presenta cuando se trata de determinar cuando una omisión o un dejar de hacer algo se convierte en una agresión contra la cual cabe defenderse de manera legítima.

Orlando Gómez López señala que "se puede tratar de una omisión propia por tratarse del incumplimiento de un deber jurídico que se traduce en la inobservancia de una obligación de realizar una conducta; o bien una omisión impropia que se presenta por el incumplimiento de la obligación de evitar un resultado que se estaba jurídicamente obligado a evitar, esta va más allá que la omisión propia, pues supone la no realización de una obligación jurídica, de cuya inobservancia se deriva un resultado típico que estábamos jurídicamente obligados a impedir, esta omisión se caracteriza por el incumplimiento de una conducta de guarda o custodia, que de haberse realizado habría impedido la producción del resultado típico. Este mismo autor señala que la legítima defensa procede contra ambos tipos de omisión siempre que el acto defensivo se dirija contra el jurídicamente obligado a cumplir la obligación o a evitar el resultado

²⁸⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 612.

típico, para determinarlo a cumplir la obligación o bien a realizar los actos que evitarían la producción del daño al bien jurídico."²⁸¹

Un aspecto de gran importancia respecto de la conducta agresiva es el de si esta debe de manera necesaria revestir el carácter de dolosa. Respecto a este problema la doctrina mantiene criterios diferentes, pues para un sector, la conducta debe ser dolosa para poder reaccionar defensivamente contra ella de manera legítima, mientras que para otro sector la agresión no precisa ser dolosa, con lo que aceptan que esta puede revestir la característica de ser culposa o imprudente.

Con el primer criterio se manifiesta Luzón Peña, para quien "la conducta ha de ser dolosa, pues así lo sostiene la mayoría de la doctrina y jurisprudencia de España, además de que, para este autor la agresión constituye un ataque con voluntad de lesión, señala también que frente al actuar imprudente carece de eficacia la función intimidatoria de la legítima defensa, pues en primer lugar si el peligro no es inminente, lo procedente es avisar a quien esta actuando de manera imprudente para que cese su actuar, en caso de que no lo haga, este autor considera que la conducta del agente se convierte en dolosa, y en segundo lugar y en cualquier caso, tanto si el peligro es inminente como si no lo es, porque frente a la acción imprudente la legítima defensa no puede desplegar su peculiar forma de intimidar, que consiste en la posibilidad de ir aumentando la intensidad del medio defensivo ante la fuente del peligro."²⁸²

En el mismo sentido se expresa Zaffaroni para quien "es inadmisibile la legítima defensa frente a agresiones o ataques imprudentes, pues en estos casos, él señala que lo que cabe es advertir al sujeto del peligro en que su conducta esta poniendo determinados bienes jurídicos que le son ajenos, este autor considera que con esa advertencia es suficiente para que el sujeto detenga o cambie su

²⁸¹ GOMEZ LÓPEZ, Orlando. Op. Cit. p. 75.

²⁸² LUZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 591.

forma de actuar, pero de no hacerlo, por confiar en que con su pericia o con su suerte evitara el resultado, su conducta seguirá siendo imprudente, pero señala además que todo caso de culpa consciente en que el sujeto que es titular del bien jurídico conoce el peligro y el sujeto que actúa con imprudencia sabe de este conocimiento y sabe que el titular del bien no ha asumido el riesgo, su conducta entonces tendrá voluntad lesiva, por lo que su conducta entonces será dolosa."²⁸³

Con el criterio opuesto se manifiesta Maurach quien señala que "la agresión no requiere estar basada en una intención de lesionar, pues considera que es suficiente con que la conducta represente objetivamente una agresión inminente, sin importar si ello era querido o sólo era previsible para el agresor."²⁸⁴

También Calderón Cerezo señala que "no es necesario que la agresión sea dolosa o intencionada, por lo que la legítima defensa cabe contra agresiones imprudentes."²⁸⁵

Respecto a esta cuestión consideramos que el criterio más apropiado es el sostenido por Maurach y Calderón Cerezo ya que no es necesario, desde nuestro punto de vista, que la conducta agresiva o que crea el peligro sea siempre dolosa o que siempre deba tener una finalidad lesiva, pues consideramos que ninguna persona tiene la obligación de soportar el riesgo o el peligro de una situación provocada por la conducta de un tercero, sin importar si esta quería dañar o no, además en ambos casos, ya sea que la conducta sea dolosa o bien imprudente o culposa, se pone en peligro un bien jurídico, que es lo fundamental para definir el concepto de agresión; por último, hay que señalar que nuestro ordenamiento jurídico no requiere esa característica, es decir, que la agresión sea dolosa para poder reaccionar defensivamente contra ella.

²⁸³ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Op. Cit. p. 598.

²⁸⁴ MAURACH, Reinhart. Op. Cit. p. 441.

²⁸⁵ CALDERON CERESO, Angel. Op. Cit. p. 203.

De esta manera, al admitir que la agresión no requiere ser dolosa para poder reaccionar contra ella de manera legítima, se está admitiendo que tal defensa puede proceder contra las agresiones realizadas por aquellas personas que se encuentran en estado de inimputabilidad tal es el caso de los niños, los enfermos mentales, los que se encuentran bajo el influjo del alcohol o de otras sustancias, etc., es necesario aclarar que estos casos la defensa que se realice será limitada, pero tal tópico será tratado al referirnos a la necesidad de la defensa, basta señalar que como se menciona, la legítima defensa procede contra las agresiones o peligros provocados por las personas ya señaladas.

3.4.2 REAL.

De la definición que nos brinda el Código Penal Federal respecto de la legítima defensa, se desprende que el primer requisito que debe tener la agresión es que ésta debe ser real, respecto a esta cuestión, la doctrina se ha manifestado de la siguiente manera para definir cual es la agresión real, debiendo destacar que por lo que respecta a la doctrina penal alemana y española, no requieren este requisito de la agresión o ataque, ya que su ordenamiento jurídico no exige que la agresión sea real, pero se puede deducir.

Dentro de la doctrina nacional, podemos señalar al Dr. Daza Gómez, quien menciona que "es real la agresión cuando esta no es imaginaria."²⁸⁶

Por su parte la Dra. Amuchategui Requena señala que "la agresión es real cuando se trata de algo cierto, no imaginado, que no se trate de una simple suposición o presentimiento."²⁸⁷

²⁸⁶ DAZA GOMEZ, Carlos. Op. Cit. p. 306.

²⁸⁷ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. p. 70.

A lo anterior podemos agregar lo que señala Malo Camacho respecto de la agresión real, él señala que "esta no debe estar en la mente de quien reacciona, sino que debe de existir realmente."²⁸⁸

En la doctrina chilena encontramos que Garrido Montt se refiere a la realidad de la agresión, entendiéndolo por esta, que es "la que debe haber sido tal, pues no puede hablarse de ataques imaginarios o meramente temidos, pero no ocurridos."²⁸⁹

Una vez señalado lo que algunos doctrinarios entienden por agresión real, no nos queda más que decir que esta se presenta cuando no se trata de algo imaginario, es decir, que sólo está en la imaginación de quien reacciona defensivamente, por lo que se debe de tratar de una agresión que existe en la realidad.

3.4.3 ACTUAL.

La actualidad es la segunda característica o requisito con que debe contar la agresión para poder reaccionar contra ella de manera legítima, así lo señala nuestro ordenamiento jurídico.

La actualidad de la agresión es un aspecto de suma importancia dentro de la legítima defensa pues nos va a ayudar a determinar hasta que momento se puede reaccionar contra la agresión que nos trata de lesionar o poner en peligro.

Dentro de la doctrina penal existen diversas explicaciones y definiciones respecto de este tema, ya que al contrario de la realidad de la agresión la actualidad de la misma es un requisito aceptado y reconocido por la gran mayoría de los autores y legislaciones.

²⁸⁸ MALO CAMACHO, Gustavo. Op. Cit. p. 416.

²⁸⁹ GARRIDO MONTT, Mario. Op. Cit. p. 131.

Por ello podemos señalar que en Alemania Jescheck menciona que la agresión es actual "cuando esta es inminente, es decir, la que se realiza entonces y la que persiste aún, señala además que la situación de la legítima defensa comienza tan pronto como por el inminente ataque se produce un peligro próximo para el interés protegido, además, perdura la agresión, si aún habiéndose producido ya la lesión del interés protegido, se puede todavía anular ésta ya sea de manera total o parcial mediante una acción contraria que sea inmediata al ataque."²⁹⁰

También dentro de la doctrina alemana Maurach señala que "actual es especialmente la agresión que aún perdura, o sea, la que ya ha comenzado y no ha concluido. Una agresión perdura mientras sea posible defender el bien agredido, aunque sólo sea parcialmente o bien mientras pueda llevarse a cabo su restablecimiento inmediato, dándose una situación que no varíe lo esencial, por último señala que la agresión ha concluido cuando estas posibilidades inmediatas han desaparecido."²⁹¹

Por su parte Jakobs señala que "una agresión es actual cuando se materializa la pérdida de un bien jurídicamente protegido, cuando ésta es inminente o cuando es posible interrumpirla, o bien cuando acaba de tener lugar de un modo reversible."²⁹²

Más o menos en el mismo sentido se manifiesta Stratenwerth, pues señala que "la agresión es actual mientras el peligro no se haya transformado en un resultado antijurídico, o bien mientras es posible impedir la lesión definitiva del ordenamiento jurídico."²⁹³

²⁹⁰ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 307.

²⁹¹ MAURACH, Reinhart. Op. Cit. p. 448.

²⁹² JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 468.

²⁹³ STRATENWERTH, Günther. Op. Cit. p. 141.

Por otro lado, ahora dentro de la doctrina española, Luzón Peña menciona que "la agresión comienza a ser actual cuando el peligro que crea haga preciso e inaplazable actuar porque de lo contrario hay riesgo de que una posterior defensa sea insegura o ineficaz, señala además que una agresión sigue siendo actual mientras subsiste el peligro de lesión o posteriores lesiones; pero agrega, que frente a agresiones futuras, es decir que todavía no son actuales, no cabe la legítima defensa." ²⁹⁴

Por su parte Enrique Bacigalupo señala que "la actualidad de la agresión está presente mientras ésta se está desarrollando, cabe mencionar que este autor agrega que la inminencia de la agresión es equivalente a la actualidad." ²⁹⁵

Dentro de la doctrina nacional es importante señalar a la Dr. Amuchategui, quien menciona que "la agresión tiene la característica de la actualidad cuando ocurre en el mismo instante de repelerla; dice además, que esto significa que la agresión y la repulsa de la misma deben seguir en un mismo espacio temporal." ²⁹⁶

Por lo anterior podemos concluir que la agresión es actual, cuando se está realizando y no se ha extinguido, porque la misma provoca una situación de peligro ante la cual es necesario reaccionar de manera inmediata para poder salvar el bien jurídico en peligro, pues en caso de demorarnos en esa reacción podría ser irreparable la pérdida del bien, pero aún y cuando se haya consumado la lesión del bien jurídico todavía es posible reaccionar defensivamente si dicho bien se puede restablecer ya sea total o parcialmente.

²⁹⁴ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 597

²⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. p. 226.

²⁹⁶ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. p. 70.

3.4.4 INMINENTE.

Por lo que respecta a esta característica de la agresión, la cual también es requerida por nuestro Código Penal Federal, podemos señalar en primer lugar, que el mismo exige que la agresión que se lleva a cabo puede ser actual o inminente, es decir, al contener la letra "o" se esta refiriendo a una conjunción disyuntiva, la cual hace opcional que dicha agresión revista el carácter de actual o bien de inminente, es por ello que la agresión no siempre requiere ser actual, es decir, que se este llevando acabo y aún no haya concluido, sino que puede ser inminente.

De acuerdo con la Dra. Amuchategui "es aquella agresión que esta próxima o cercana, es decir, que este a punto de ocurrir." ²⁹⁷

Por otro lado debemos señalar como lo hace Roxin que "la agresión es además inminente cuando posteriormente ya no se le pueda repeler o sólo sería posible hacerlo pero en condiciones más peligrosas." ²⁹⁸

Por su parte Maurach menciona que "la agresión es inminente cuando aún sin haber lesionado un derecho, esta pueda llagar a hacerlo en forma inmediata, de manera tal que una postergación de la acción defensiva pusiera en peligro el éxito de la misma." ²⁹⁹

Entonces, de acuerdo con lo anterior, podemos señalar que la agresión resulta inminente cuando hay indicios suficientemente claros de que su realización está próxima o cercana, y en caso de no reaccionar contra ella de manera inmediata la posibilidad de la defensa podría verse disminuida o bien frustrada por la tardanza en la misma.

²⁹⁷ Ibidem. p. 71.

²⁹⁸ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 619.

²⁹⁹ MAURACH, Reinhart. Op. Cit. p. 447.

Por otro lado, tomando como punto de partida la característica de la actualidad o inminencia de la agresión, se descarta casi de manera general que las llamadas "Offendículas" puedan considerarse como actos de defensa, pues se considera que estas defensas mecánicas de carácter permanente se despliegan ante la posible o eventual realización de una agresión, por lo que a la misma le faltaría el carácter de actual o inminente que requiere la ley, y entonces se trataría de una defensa anticipada o preventiva, la cual no es permitida, ya que en estos casos sólo se estaría frente a una probabilidad o bien una hipótesis futura, pero no frente a una agresión como tal.

3.4.5 ANTIJURÍDICA.

Esta es la siguiente característica de la agresión que requiere nuestro ordenamiento jurídico y la doctrina en general, nos referimos a que la agresión además de ser real, actual o inminente, debe ser antijurídica, o como lo pide nuestro Código Penal Federal, sin derecho.

Es bien conocido que la antijuridicidad es una sola dentro de la totalidad del ordenamiento jurídico o bien, que la antijuridicidad de la agresión es la misma que la de la teoría general del delito, es decir, lo que es antijurídico para una rama de nuestro Derecho lo es para todas las demás y esto es así para evitar contradicciones entre las propias ramas del Derecho; es por ello que cuando una conducta es antijurídica para una rama de nuestro ordenamiento jurídico, es posible reaccionar contra ella amparándonos en la legítima defensa, siempre y cuando se sigan las reglas y se cumplan los requisitos que la misma requiere.

Entonces, como señala Jescheck "la agresión es antijurídica cuando viola o lesiona objetivamente el ordenamiento jurídico, y para ello basta con la proximidad de la producción del resultado."³⁰⁰

³⁰⁰ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 306.

De acuerdo con lo anterior es que se puede decir que toda vez que cuando una conducta es realizada apegándose a las normas establecidas por el ordenamiento jurídico, esa conducta carece de antijuridicidad, por lo tanto no se puede reaccionar o repelerla a través de la legítima defensa, tal es el caso de las causas de justificación las cuales eliminan la antijuridicidad de una conducta pues se trata de conductas permitidas por el propio ordenamiento jurídico, entonces quien actúa bajo el amparo de una causa de justificación, no puede ser repelido bajo la excusa de hacerlo en legítima defensa porque la conducta que se considera agresiva no es antijurídica sino al contrario, es conforme a Derecho, por ello podemos señalar que la legítima defensa no procede contra quien actúa en estado de necesidad, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho o bien ha dado su consentimiento, siempre y cuando sean satisfechos los requisitos de estas causas de justificación.

Por otro lado, cuando la agresión proviene de un caso fortuito tampoco cabe la legítima defensa pues no habría antijuridicidad de tal agresión.

Otro aspecto importante que debemos resaltar dentro de este requisito de la antijuridicidad de la agresión es que, como menciona Mir Puig "en el momento en que se señala este requisito dentro de la ley ello significa que no se requiere que el autor de la agresión sea culpable o tenga capacidad de culpabilidad disminuida, por ello es que cabe la legítima defensa también contra la agresión antijurídica de un inimputable como es el caso de los enfermos mentales, los niños y los que se encuentran en estado de ebriedad, lo único que cambia en estos casos es como va a ser la reacción defensiva."³⁰¹

Otra discusión respecto de la agresión es si ésta además de ser antijurídica debe de ser típica, es decir, estar dentro de las conductas descritas como delito por el Código Penal, a este respecto algunos autores como Maurach, Garrido Montt, Zaffaroni, Bustos Ramírez y Edgardo Alberto Donna se han manifestado en

³⁰¹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 463.

el sentido de que no es necesario o relevante que la conducta agresiva sea típica para poder reaccionar de manera defensiva contra ella, sino que basta con que la misma sea contraria al ordenamiento jurídico en cualquiera de sus ramas para poder repelerla, y esto es así porque la legislación penal federal no señala todas las conductas que pueden violar a la totalidad del ordenamiento jurídico sino sólo las que se consideran como delito.

Además como señala Bustos Ramírez "con esto el agresor no puede hacer cualquier cosa, sino sólo aquello que no dañe a terceros, los cuales no tienen porque soportar el daño en caso de producirse."³⁰²

El criterio contrario es sostenido por Luzón Peña quien considera que "la agresión además de ser antijurídica debe ser típica, es decir, penalmente antijurídica y que por lo tanto sólo son defendibles los bienes jurídico penalmente protegidos, por ello en caso de que los bienes objeto de la agresión no sean jurídico penalmente protegidos, no cabe defenderlos a través de la legítima defensa, sino por medio del estado de necesidad, pues este tiene límites más restringidos."³⁰³

Nosotros nos manifestamos de acuerdo con el primer criterio, es decir, con el que señala que no es necesario que la conducta agresiva este tipificada penalmente, pues consideramos que basta con que la conducta sea antijurídica, para poder reaccionar defensivamente contra ella, pues creemos que basta con que se infrinja el Derecho en alguna de sus ramas para que esa conducta sea ilícita ante los ojos de la totalidad del ordenamiento jurídico y por consiguiente se pueda rechazar por medio de la legítima defensa.

³⁰² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. p.124.

³⁰³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 595.

3.4.6 CULPABLE.

Toda vez que la culpabilidad no es un elemento esencial que requiera la ley respecto de la agresión para podernos defender de manera legítima contra ella, es posible la legítima defensa tanto contra la agresión culpable como la que no lo es, es decir, contra aquella que es causada por algún inimputable ya sea un menor, un enfermo mental o persona que se encuentre bajo la influencia del alcohol o alguna otra sustancia prohibida que altere las funciones del organismo, sólo que en estos casos se considera que la defensa, contra este tipo de agresiones va a ser un poco restringida, por considerarse que al agredido tiene otras opciones para liberarse del ataque que pretende dañarlo o que lo está poniendo en peligro.

Este criterio es sostenido por Calderón Cerezo quien señala que "la legítima defensa es posible frente a las agresiones procedentes de inimputables es decir de personas sin capacidad de culpabilidad."³⁰⁴

En el mismo sentido Roxin considera que "si es posible actuar en legítima defensa contra el ataque de los inimputables, ya que aún y cuando la necesidad de afirmar el Derecho frente a este tipo de agresiones se ve disminuida en comparación con los demás casos, el prevailecimiento del Derecho no se queda sin objeto, ya que la legítima defensa debe afirmar el Derecho frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad, y debe dejar claro quien está del lado del Derecho y quien en el del injusto."³⁰⁵

Lo anterior es así porque aún y cuando esos sujetos no tienen la capacidad de entender la ilicitud de sus actos, no es posible pedirle a una persona que vea sacrificados sus derechos sólo por esta razón, además tampoco es posible que el agredido tenga que soportar el ataque o la puesta en peligro derivada de la

³⁰⁴ CALDERON CEREZO, Angel. Op. Cit. p. 203.

³⁰⁵ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 617.

conducta de alguno de estos sujeto simplemente por razón de su incapacidad para comprender.

Por nuestra parte podemos señalar que en nuestra opinión la legítima defensa procede contra el ataque de personas sin capacidad de culpabilidad, por lo que admitimos su procedencia contra las agresiones derivadas de actos de personas inimputables, ya que como se señaló nadie tiene porque soportar la agresión o puesta en peligro provocada por un tercero, independientemente si es inimputable o no, por otro lado, sería injusto señalar que esta causa de justificación no procede contra este tipo de personas, cuando sabemos que actualmente muchos de los delitos cometidos no sólo en la ciudad sino en toda la República son realizados por menores de edad los cuales en ocasiones delinquen pensando que no se les castigara por esa razón, por último, creemos como se señaló al principio de éste capítulo, que la legítima defensa es un derecho inherente al ser humano, es decir, es parte de su esencia, por lo que puede usarlo en cualquier momento en que se considere en peligro por alguna conducta de otro ser humano, además cabe agregar que el instinto de supervivencia es natural en el ser humano, por lo que puede actuar para defenderse el mismo o a otros cuando se acerca un peligro.

3.4.7 RIÑA.

Este es un aspecto de suma importancia, ya que muchas veces se confunde entre la legítima defensa con la agresión en riña, por principio de cuentas debemos saber que la riña de acuerdo con lo señalado por el artículo 314 de nuestro Código Penal Federal es:

Artículo 314. Por riña se entiende para todos los efectos penales: la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas.

El Diccionario jurídico mexicano la define como: "contienda de obra o agresión física de una parte y disposición material de contender de la otra, cualquiera que sea el número de contendientes, cuando actúan con el propósito de dañarse recíprocamente."³⁰⁶

Por lo que se refiere a la agresión en riña, la mayoría de la doctrina es unánime en aceptar que contra esta no cabe la legítima defensa, esto es así por que los sujetos que intervienen en ella se agreden de manera recíproca.

Importante es el criterio manifestado por Mir Puig quien señala que "tratándose de la riña mutua y libremente aceptada, no cabe hablar de legítima defensa, ya que en ella se advierte de manera clara que los participantes en ella empiezan a atacarse al mismo tiempo, por lo que la primera acción de cada parte no es una defensa ante una agresión previa, pues los dos contendientes comienzan a agredirse a la vez, no respondiendo ninguno de ellos a la agresión previa, por ello sus actos iniciales no pueden cubrirse por la necesidad de defenderse, ya que no tenían necesidad de participar en la riña. Esta ausencia de agresión previa y de necesidad de defensa mediante los actos agresivos iniciales de la riña, hace a estos tan injustos como la agresión ilegítima individual y, por consiguiente excluye la posibilidad de defensa, del mismo modo que el que agrede antijurídicamente no puede alegar la legítima defensa contra el agredido que reacciona defensivamente."³⁰⁷

Por otro lado Luzón Peña señala que "cuando se trata de una riña en la que uno de los contendientes rebasa los medios agresivos inicialmente acordados, cuando el otro se rinde o manifiesta que quiere cesar la lucha, sí cabe la legítima defensa pues en esos casos cesa la situación inicial de ilegitimidad para defender

³⁰⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Op. Cit. p. 2862.

³⁰⁷ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 466.

sus bienes jurídicos y el Derecho, manifestada a través de la aceptación o la provocación del reto, y el sujeto recobra la protección jurídica."³⁰⁸

La Dra. Amuchategui considera que "la riña y la legítima defensa son cosas totalmente diferentes, ya que en la primera de ellas los sujetos que intervienen se encuentran en igualdad de circunstancias, lo cual no ocurre en la legítima defensa, donde hay un agresor y un agredido, por otro lado, en la riña los contrincantes manifiestan estar de acuerdo con las consecuencias, no así en la legítima defensa, además de que en la riña se actúa al margen de la ley, en cambio en la legítima defensa se da una causa excluyente de responsabilidad penal. El punto importante dentro de la opinión de la Dra. Amuchategui se centra en que considera que estas dos figuras no pueden concurrir de manera simultánea, pues una excluye a la otra, ya que las considera independientes y de naturaleza diversa."³⁰⁹

En nuestra opinión, si se trata de figuras o instituciones jurídicas de naturaleza diversa e independientes una de otra, pero también consideramos que es posible que la riña de lugar a la legítima defensa cuando como señala el criterio de Luzón Peña, los medios utilizados para agredirse dentro de la riña han cambiado o cuando uno de los contendientes no quiere continuar con la pelea, esto lo consideramos así porque, en el caso de que los medios consentidos para la riña cambien durante el transcurso de la misma puede ser que alguno de los dos contendientes se vea en inferioridad de condiciones respecto de su rival, por ejemplo puede ser que se está llevando a cabo una pelea callejera en donde ambos contrincantes se agreden con puñetazos y patadas, ambos sujetos, al iniciar la pelea lo aceptaron, pero uno de los sujetos al verse acorralado, saca un cuchillo con el que pretende herir a su contrincante; en este caso consideramos que el sujeto que no cuenta con ninguna arma no tiene porque tomar el riesgo de defenderse sólo con los puños contra su agresor, siendo además que desde

³⁰⁸ LUZON PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 594.

³⁰⁹ AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Op. Cit. p. 72.

nuestro punto de vista, la situación de riña ha cambiado, porque como señala la Dra. Amuchategui, en la riña existe igualdad de condiciones entre los contrincantes, al no existir esa igualdad, al verse un sujeto amenazado por un peligro mayor al que había consentido, consideramos que puede actuar en legítima defensa, ya que la riña que el había consentido en un primer momento se ha transformado en una agresión antijurídica, ante la cual puede responder defendiéndose en legítima defensa con el medio más adecuado para hacer cesar o desaparecer el peligro en el que se encuentra.

Ahora bien, en el segundo caso, es decir, cuando uno de los contendientes en la riña ha manifestado su deseo de que esta concluya o bien se da por vencido, si su contrincante conoce esa voluntad y a pesar de ello no cesa en sus agresiones, pensamos que quien no quiere continuar con la riña puede defenderse de las agresiones que recibe ya no dentro de la riña sino actuando en legítima defensa, esto porque la riña debe estar consentida por los sujetos que en ella intervienen, por ello cuando uno de ellos ya no quiere continuar o bien se rinde, consideramos que la riña ha concluido, por lo que las agresiones siguientes que éste reciba son antijurídicas pues él ha manifestado su voluntad de cesar la lucha por lo que, para detener esos ataques de los que es blanco, el sujeto puede actuar en legítima defensa utilizando el medio más idóneo para alejar de él el peligro que le amenaza.

3.4.7.1 JURISPRUDENCIA RELACIONADA.

La jurisprudencia de nuestro país se ha manifestado de manera unánime en el sentido de que la riña no puede dar lugar a la legítima defensa ni aún cuando se trate, como se señaló, de una riña en la que uno de los contendientes rebase los medios agresivos aceptados dentro de la misma; el criterio sostenido por la jurisprudencia lo podemos apreciar en la siguiente tesis:

Localización.

Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: 127-132 Segunda Parte
Tesis:

Página: 128

Rubro.

**RIÑA, VENTAJA INEXISTENTE POR EL USO DE LAS ARMAS
EMPLEADAS EN LA.**

Texto

No puede hablarse de "ventaja" por parte del inculpado, al usar en la contienda un arma de fuego y su oponente un instrumento cortante, ya que dentro de esa figura delictuosa la ley no especifica que las armas deben ser iguales, o a contrario sensu, que una persona sea más ventajosa por portar un arma superior a la de su contendiente.

Precedentes.

Amparo directo 2156/79. Faustino Ramírez Mora. 5 de noviembre de 1979.
Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Ahora bien, como señalamos, nosotros no coincidimos con ese criterio, ya que desde nuestro punto de vista, cuando dentro de la riña uno de los contrincantes toma ventaja por los medios agresivos que utiliza, quien resulta agredido puede defenderse ya no dentro de la riña, sino que su actuación la consideramos amparada por la legítima defensa, ya que dentro de la riña existe una igualdad de condiciones, la cual se rompe cuando uno de los contrincantes toma ventaja por los medios que utiliza, creando un peligro mayor que el que se acepto mutuamente al inicio de la contienda, lo que consideramos hace que la agresión se vuelva ilícita, por lo que contra ella, podemos responder en legítima defensa.

Es importante señalar que esa situación de igualdad en la que se encuentran los contrincantes en una riña, es reconocida también por una tesis la cual señala que:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Epoca

Epoca: Octava

Localización.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: VII-Enero

Tesis:

Página: 449

Rubro.

RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA.

Texto.

La riña excluye la legítima defensa, ya que en la primera, los adversarios se colocan en un mismo plano de ilicitud de conducta, en tanto que en la segunda, la acción defensiva es lícita. PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Precedentes.

Amparo directo 227/90. Jesús Barrera Carlin. 4 de abril de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Jaime Arturo Cuayahuitl Orozco. Véase: Jurisprudencia número 238, Apéndice 1917-1985, Segunda Parte, página 525.

De acuerdo con la tesis anterior, en la riña se encuentran ambos contrincantes en una igualdad de ilicitud; consideramos que esta igualdad es la que deja de existir cuando uno de los contrincantes rebasa los límites aceptados con anterioridad, por lo que la conducta agresiva de quien rebasa tales límites sigue siendo antijurídica, pero la acción defensiva del agredido ya no es igualmente antijurídica, sino que consideramos se enmarca dentro de la legítima defensa, porque desde nuestro punto de vista, este sujeto no tiene que soportar un peligro o daño mayor al que sí consintió previo a la riña.

3.5 INTERESES DEFENDIBLES.

Por lo que se refiere a los bienes o intereses que son susceptibles de ser defendidos a través de la legítima defensa, encontramos principalmente dos doctrinas para poder determinarlos, por un lado tenemos a la doctrina alemana y por otro a la doctrina española.

Por lo que se refiere a la doctrina alemana, dentro de la cual podemos mencionar a autores como Maurach, Jescheck, Jakobs y Roxin quienes en términos generales coinciden en señalar que en principio todos los bienes jurídicos tutelados, individuales y configurados absolutamente son susceptibles de ser protegidos por medio de la legítima defensa, esto es porque el alcance de los bienes susceptibles de legítima defensa no se orienta de manera exclusiva por su protección jurídico penal, es decir, para esta doctrina, no importa que se trate o no de bienes jurídico penalmente protegidos puesto que cualquier bien o derecho mientras se encuentre jurídicamente tutelado es merecedor de ser protegido por medio de la legítima defensa.

Asimismo la doctrina alemana es unánime en señalar que los bienes de la comunidad son también susceptibles de protegerse por medio de la legítima defensa, siempre que una persona individual resulte afectada de manera directa por la agresión. Pero tratándose de agresiones contra el orden público y el orden jurídico en su totalidad no cabe la legítima defensa, esto por que la defensa de estos corresponde no al individuo en particular, sino al Estado o a sus órganos además, como señala Roxin "no es deseable dotar de modo general a la población de facultades policiales mediante el rodeo de la legítima defensa."³¹⁰

El criterio contrario es el sostenido por la doctrina española, dentro de la cual, uno de sus más importantes representantes es Luzón Peña, quien señala que "los bienes que se pueden proteger por medio de la legítima defensa son sólo aquellos que se encuentran jurídico penalmente protegidos, esto es así, porque la legislación española, como se menciono, además de requerir la antijuridicidad de la agresión, requiere que esta sea típica, por ello frente a agresiones a bienes no penalmente protegidos no procede la legítima defensa, por tanto los bienes jurídicos personales son legítimamente defendibles, siempre que la agresión constituya una forma de ataque penalmente tipificada, por ello son susceptibles de protegerse bienes tales como la vida, la integridad, la salud, la libertad sexual, la

³¹⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 627.

seguridad, el honor, el estado civil, la inviolabilidad de la morada, los bienes patrimoniales, etc. por el contrario, tratándose de agresiones contra bienes que no están protegidos penalmente de manera concreta, no cabe la legítima defensa, tal es el caso de agresiones atípicas contra la libertad sexual.”³¹¹

Respecto de los bienes colectivos o comunitarios, el propio Luzón Peña señala que “no cabe la legítima defensa para protegerlos, pues tal tarea corresponde al propio Estado o a sus órganos competentes, pues la defensa de estos bienes hecha por particulares resulta peligrosa además de inidónea.”³¹²

Por nuestra parte podemos señalar que desde nuestro punto de vista, la legítima defensa cabe para la protección de todos los bienes jurídicos, es decir, nos manifestamos de acuerdo con la postura alemana de que los bienes no necesitan estar jurídico penalmente protegidos para poder defenderlos por medio de la legítima defensa, esto lo consideramos así en primer lugar ya que nuestro ordenamiento jurídico no hace ninguna distinción respecto de los bienes que pueden ser protegidos por esta causa de justificación y “donde la ley no distingue no debemos distinguir”; y en segundo lugar, porque a diferencia del ordenamiento penal español, el nuestro no requiere que la agresión sea típica sino sólo antijurídica, por lo que la agresión se puede llevar a cabo en contra de cualquier bien jurídico, sin necesidad de que éste se encuentre jurídico penalmente protegido.

Ahora bien, en nuestro Código Penal Federal se señala que los bienes susceptibles de protegerse por medio de la legítima defensa pueden ser propios ajenos, con lo que se da paso al llamado auxilio a terceros, esto es otra forma de salvaguarda del Derecho, la cual se rige y tiene como fundamento los mismos principios que la legítima defensa propia o personal es decir, la protección de los intereses personales y al mismo tiempo la reafirmación del Derecho, esta ha sido

³¹¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 595

³¹² *Ibidem.* p. 596

considerada como un acto altruista y de gran contenido moral, podemos encontrar algunos de sus antecedentes en la Biblia, cuando señala que "Moisés al ver que su pueblo era maltratado, sojuzgado y herido por los egipcios, y observando que un hebreo era golpeado por un egipcio, en defensa de aquel le dio muerte a este."³¹³

A través de la historia este tipo especial de defensa ha sido reconocido, ya que desde el Derecho Romano, se permitía la defensa de terceros, y en el Derecho Canónico constituía casi un deber el auxilio a terceros, pero debemos señalar que en un principio, esta posibilidad de defender a terceros sólo era extensiva hacia los familiares y no hacia los extraños, cuestión que con el tiempo se modificó para quedar como ahora la conocemos y estar reconocida de manera universal, es decir, se puede defender a cualquiera siempre que se sigan los principios o se cumplan los requisitos que marca la ley.

Este auxilio o defensa de terceros se refiere a que la misma puede prestarse de manera legítima por cualquiera a favor de un tercero agredido, lo importante de esta variante de la legítima defensa es que en primer lugar debe existir un bien jurídico individual que requiera ser defendido por encontrarse bajo una agresión antijurídica y por otro lado esta clase de defensa sólo es aplicable en la medida en la que el agredido quiera o desee ser defendido.

En este tipo de defensa se toma bastante importancia a la voluntad del sujeto agredido, ya que si este consiente en la agresión, la misma deja de ser antijurídica y por tanto no es posible rechazarla a través de la legítima defensa, o bien si como se menciona, el agredido rechaza de manera expresa la ayuda, la legítima defensa tampoco puede operar. Pero cuando el agredido no puede disponer del bien jurídico en peligro, como sería en el caso de la vida, su voluntad será irrelevante, lo mismo sucede con la voluntad del sujeto agredido cuando este

³¹³ GOMES LÓPEZ, Orlando. Op. Cit. p. 209.

no acepta la ayuda sólo porque él quiere ser quien personalmente provoque el resultado de la defensa.

En caso de que el agredido manifieste de manera expresa su voluntad de recibir la ayuda, esta seguirá los mismos principios que la legítima defensa propia o personal.

El problema se presenta cuando el agredido no está en posibilidad de manifestar su voluntad ya sea de rechazar o aceptar la ayuda, caso en el cual, se siguen los mismos principios que en el consentimiento presunto.

Además es importante destacar que se actúa de manera justificada amparado por la legítima defensa de terceros aún y cuando posteriormente se conozca que el agredido habría decidido aceptar la agresión, tal es el caso citado por Jakobs en el que "un hombre salva en defensa necesaria de una tentativa de homicidio a un tercero ya inconsciente, matando al agresor, sin saber que el agredido era padre del agresor y que prefería su muerte a la de su hijo."³¹⁴

3.6 NECESIDAD DE LA DEFENSA.

Por lo que se refiere a este requisito de la legítima defensa como tal, el cual es exigido por nuestro Código Penal Federal, podemos señalar en primer lugar que por defensa se entiende el impedir o repeler una agresión, ahora bien, la acción de defensa sólo se considera lícita si resulta necesaria para repeler la agresión o el peligro del que se es blanco; la necesidad de la defensa depende, de acuerdo con la doctrina, de varias circunstancias bajo las cuales se lleva a cabo la agresión por ejemplo, la intensidad del ataque, la peligrosidad del agresor, de su modo de actuar, así como de los medios de defensa disponibles.

³¹⁴ JAKOBS, Günther. Op. Cit. p. 490.

Es importante destacar que esta necesidad de la acción defensiva se debe juzgar objetivamente ex ante, es decir, colocándose el juzgador en la posición en la que se encontraba el agredido en el momento de los hechos, apreciando las circunstancias como un prudente tercero lo habría hecho.

Desde el punto de vista de Jescheck "la acción defensiva no debe ir más lejos de lo que requiera el rechazo de la agresión, este autor hace referencia a que debe existir para con el agresor el principio de mayor respeto posible, es decir, de entre los medios disponibles para la defensa, el defensor debe elegir el menos dañoso y peligroso, pero sin tener que rehuir al ataque."³¹⁵

Por su parte Roxin señala que "necesaria es toda aquella defensa idónea que sea la más benigna de varias clases de defensas elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. Este autor señala que el principio del mayor respeto posible del que habla Jescheck se ve relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por correr ningún riesgo, por ello no es preciso arriesgarse a luchar con los puños sino se esta seguro de poder salir sin heridas, por ello señala que cuando las medidas defensivas tales como las advertencias impliquen peligro para el agredido se podrá optar por un medio más duro, pero seguro, por lo que cuando se trata de agresores especialmente peligrosos se justifica el hacer disparos mortales aún sin realizar alguno de advertencia."³¹⁶

Un aspecto de importancia señalado por la doctrina alemana es que los efectos no queridos de una acción defensiva cuando sean consecuencia típica y adecuada de una acción necesaria para la defensa, se consideran dentro de lo necesario para repeler la agresión, pues lo que importa es el carácter necesario de la defensa.

³¹⁵ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 308.

³¹⁶ ROXIN, Claus. Op. Cit. p.p. 628-630.

Es decir, la necesidad de la defensa se presenta siempre que ésta sea la adecuada para repeler la agresión o alejar el peligro del que se es objeto, se debe elegir de entre los medios disponibles para la defensa el que resulte menos dañoso para el agresor, pero no por ello el menos efectivo, es decir, no tenemos porque elegir un medio defensivo que no nos asegure el éxito de nuestra acción defensiva, por ello podemos elegir un medio más duro, siempre que sea adecuado para repeler la agresión, esté de acuerdo con las circunstancias en que ésta se está realizando y nos asegure el éxito de nuestra defensa, ya que no tenemos porque soportar las agresiones y el peligro provocado por los ataques antijurídicos de otra persona. Así mismo, la defensa es necesaria cuando el medio empleado es el único del que se podía disponer para llevar a cabo la defensa. Cabe destacar que sólo pueden ser objeto de la acción de defensa los bienes jurídicos de los cuales el agresor es titular, no así los pertenecientes a terceras personas o a la comunidad.

Como se ha venido señalando, la legítima defensa procede contra las agresiones provenientes de inimputables, lo importante en estos casos, es que la legítima defensa se ve disminuida, es decir, se puede actuar pero de una manera restringida contra este tipo de personas, ya que la mayoría de la doctrina opina que primero se debe buscar esquivar este tipo de ataques, y sólo cuando esto no sea posible, se puede ejercer la acción defensiva de un modo más duro, siempre que este sea el único medio para proteger los bienes jurídicos en peligro; esto ocurre porque la necesidad de hacer prevalecer el Derecho disminuye en estos casos de manera considerable por lo que la medida de la legítima defensa se reduce o restringe.

Otro aspecto de suma importancia dentro de la necesidad de la defensa lo plantean las llamadas "Offendículas", que son todos aquellos mecanismos de defensa como los vidrios que se colocan en las bardas, las propias bardas pero electrificadas, los obstáculos, cepos, escollos y otros tantos mecanismos que son

usados por las personas principalmente en sus domicilios y negocios para protegerse de las agresiones de los delincuentes.

Respecto de este tema, la doctrina mantiene opiniones distintas, ya que existe un sector de la misma considera que más que tratarse de legítima defensa, quien actúa utilizando esta clase de mecanismos lo hace en el ejercicio de un derecho, tal es el criterio sostenido Soler quien en términos generales señala que "el uso de las offenculas se justifica por el ejercicio de un derecho en primer lugar porque lo que no está prohibido en la ley está permitido, por ello las personas pueden hacer uso de estos mecanismos para la protección de su domicilio, además de que en estos casos no cabe la legítima defensa, pues no se presenta la actualidad de la agresión en el momento en que se instala la "Offencula", además de que la legítima defensa preventiva o contra agresiones futuras no está permitida, y por otro lado, las lesiones y daños ocasionados por esos mecanismos inertes son provocados por el propio movimiento corporal del sujeto." ³¹⁷

Con el punto de vista contrario, es decir, el que considera que las "Offenculas" se encuentran justificadas por la legítima defensa, se manifiesta Maggiore pues considera "que no importa que la offencula se haya preparado para actuar en un momento futuro, pues desde su punto de vista lo que regula la ley no es el momento en que se dispuso la defensa, sino en el cual se ejerce la misma, además señala que no puede negarse la necesidad de defender las cosas propias cuando el propietario está lejos, caso en el cual hay mayor necesidad y por último indica que en el uso de estos mecanismos no existe exceso en la defensa, toda vez que tratándose de un delincuente desconocido, cuya conducta agresiva no puede preverse, la reacción no podrá proporcionarse a la ofensa." ³¹⁸

³¹⁷ SOLER, Sebastián. Op. Cit. p.p. 422,423,459.

³¹⁸ MAGGIORE, Giuseppe. Op. Cit. p. 416.

Por su parte Ranieri considera que "en el caso de las offendiculas, no puede dudarse que existe un peligro actual, pues el medio mecánico de defensa opera en el momento mismo de la agresión, por lo que sí existe una agresión actual."³¹⁹

Por lo que respecta a nosotros, consideramos que las offendiculas o defensas mecánicas no pueden justificarse mediante la legítima defensa, pues coincidimos con el criterio que señala que se trata del ejercicio de un derecho, toda vez que la defensa mecánica se prepara con anterioridad a la agresión por lo que se trata de una legítima defensa preventiva, la cual no está permitida y además consideramos que no se da el requisito de la repulsa de una agresión actual que precisa la legítima defensa aun y cuando la offendicula opera en el momento de la agresión puesto que la defensa se ha preparado con anticipación, además su funcionamiento se presenta ante la actividad de cualquier sujeto pues estos medios no permiten una individualización en su funcionamiento, ya que operan no sólo contra los delincuentes sino contra los que no lo son, tal sería el caso de un niño al cual se le vuela la pelota a una casa, la cual cuenta con una barda electrificada, la actividad del menor no constituye ninguna agresión o peligro, pero los daños que sufre son como si fuera un delincuente cualquiera, es decir, no operan como medio idóneo para la defensa de una agresión.

Algunos autores señalan que la defensa debe de ir acompañada de un ánimo de realizarla, se trata de un elemento subjetivo, pero además se suele mencionar por la propia doctrina, que ese ánimo o voluntad de defensa puede ir acompañado de cualquier otro sentimiento como ira, odio, venganza etc., pues lo que importa es que el sujeto que se defiende tenga el ánimo de hacerlo, independientemente de cualquier otro sentimiento.

Por otro lado, Roxin considera que "basta con que el individuo conozca la situación de legítima defensa, sin ser necesaria una ulterior voluntad de defensa,

³¹⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Op. Cit. p. 469.

en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa." ³²⁰

3.7 RACIONALIDAD DE LOS MEDIOS EMPLEADOS EN LA LEGITIMA DEFENSA.

Este es un tema sumamente ligado al anterior, ya que como se señaló, el medio utilizado en la legítima defensa debe de ser, en principio, el único disponible o bien, de todos los que tenga a la mano el agredido, el menos dañoso o perjudicial para el agresor, siempre que éste medio asegure el éxito de la defensa, en caso de no ser así, el agredido puede echar mano de cualquier otro medio aún y cuando sea más duro para poder salir bien librado del ataque antijurídico del que es objeto.

Ahora bien es importante destacar que dentro de la doctrina se maneja que en la legítima defensa no debe existir proporcionalidad entre los bienes que están en conflicto, es decir, no se da el principio de la proporcionalidad que sí opera en el estado de necesidad, y esto es así porque en la legítima defensa no importa la valoración jurídica entre el bien atacado y el menoscabado por la acción defensiva.

A este respecto Luzón Peña señala que "cuando se habla de racionalidad no significa proporcional, sino creencia conforme a la razón." ³²¹

De modo que si es necesario la acción defensiva puede dañar bienes del agresor de mayor valor que los agredidos, esto es así, porque a diferencia de los que sucede en el estado de necesidad, los bienes del agresor no se encuentran en igualdad de condiciones con los del agredido, los cuales gozan de mayor

³²⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 667.

³²¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. Cit. p. 607.

protección por parte del ordenamiento jurídico durante el momento de la legítima defensa.

Por ello podemos señalar que el medio será racional siempre que sea el necesario para repeler la agresión, es decir, no importa que se dañen bienes de mayor valor del agresor, siempre que en el momento de la defensa se tenga la creencia objetiva de que ese es el medio idóneo para defenderse, aún y cuando esa creencia tenga que ser valorada posteriormente de manera ex ante y conforme a un criterio objetivo general, es decir, calificado como racionalmente fundado por un hombre diligente colocado en la situación del autor.

Por otra parte creemos, que si debe existir una cierta proporcionalidad entre la agresión y la defensa, esto para no caer en defensas excesivas en contra de ataques irrelevantes, por ejemplo en el caso citado dentro de la doctrina de que la defensa de una manzana no autoriza el privar de la vida a quien se apodera de ella para hurtarla.

Ahora bien la racionalidad del medio empleado va a servir para determinar cuando se cae en exceso en la defensa, es decir, cuando se utiliza un medio innecesario por haberse podido recurrir a otro igual de seguro y menos lesivo.

En primer lugar es necesario distinguir entre dos tipos de excesos el intensivo y el extensivo, el primero se presenta cuando se emplea un medio innecesario, y el segundo cuando no hay una agresión actual y por lo tanto no hay necesidad en absoluto de defensa alguna. Además el exceso intensivo da lugar a la aplicación incompleta de la eximente, y el extensivo, como no existe una agresión actual se le aplican las reglas del error, que como se señaló si es vencible atenúa la culpabilidad y si es invencible la elimina totalmente.

3.8 FALTA DE PROVOCACIÓN DOLOSA SUFICIENTE E INMEDIATA POR PARTE DEL AGREDIDO O SU DEFENSOR.

Este requisito requerido por nuestro Código Penal Federal, y aceptado también casi de manera tradicional por la mayoría de los Códigos Penales Iberoamericanos y algunos de Europa provoca que, en caso de presentarse, se de la perdida al derecho de defensa del cual todos gozamos.

En primer lugar hay que señalar que nuestro Código Penal Federal sólo elimina el derecho a la defensa cuando la provocación se ha llevado a cabo de manera dolosa por parte del agredido o de su defensor, con lo que se permite la legítima defensa a quien provoco la agresión antijurídica de manera imprudente.

Por lo que respecta a la provocación dolosa que es la que excluye, de acuerdo con nuestra legislación penal federal, totalmente la posibilidad de defenderse de manera legítima, se presenta cuando el agredido o su defensor de manera intencional provocan la conducta agresiva del agresor para posteriormente poder lesionarlo amparándose en la legítima defensa, esto es así por considerarse que no hay legítima defensa, sino sólo una apariencia de la misma, es un abuso del Derecho.

Roxin considera que "en estos casos el sujeto provocador es responsable penalmente por el daño doloso causado al agresor, ya que no hace prevalecer el Derecho."³²²

Por el contrario existen autores que consideran que el derecho a la legítima defensa para los provocadores dolosos queda intacto, aduciendo que la provocación no le quita antijuridicidad a la agresión, por lo que no se puede dejar sin protección al agredido.

³²² ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 639.

Así mismo existe otro sector de la doctrina dentro del cual se encuentra Jescheck quien considera que en estos casos "el provocador tiene la obligación de esquivar y en su caso soportar daños ligeros provocados por la agresión, pero por lo demás considera que su derecho a defenderse de manera legítima queda intacto, argumentando que el Derecho no lo puede poner en una situación sin salida en la que tiene que entregar su vida e integridad al agresor sin contradefensa."³²³

Creemos necesario puntualizar que como el Código Penal Federal requiere que la provocación dolosa sea suficiente e inmediata a la agresión para poder dejar sin derecho a la legítima defensa al provocador, cuando se presenta una provocación dolosa que no cumple con esos requisitos, el provocador mantiene su derecho a la legítima defensa, ya que sería totalmente absurdo que una persona que molesta a otra con leves golpes en la cabeza o el cuerpo, tenga que sufrir el acometimiento de quien se defiende usando una arma de fuego, en este caso, la provocación resulta totalmente insuficiente para dejar al provocador sin su derecho a la legítima defensa, lo mismo ocurriría si un sujeto provoca a otro diciéndole que es un cobarde y que lo va a golpear, y el agredido, regresa al día siguiente con una arma para matar a tiros al sujeto que lo molestó el día anterior argumentando que se defendió en legítima defensa, lo cual resulta igualmente absurdo, ya que la provocación no fue inmediata a la agresión, además de que no sería ya ni siquiera legítima defensa del supuesto agredido, pues como señalamos, la defensa debe de tener una conexión temporal con la agresión o como se señala por la doctrina debe ser coetánea.

Por lo que se refiere a la provocación culposa o imprudente que es la que si acepta nuestro ordenamiento jurídico, se presenta, de acuerdo con la opinión dominante, cuando el agredido o su defensor no han originado la situación de legítima defensa de manera intencional, pero si mediante un comportamiento antijurídico y culpable, cuya consecuencia adecuada ha sido la agresión, en este

³²³ JESCHECK, Hans Heinrich. Op. Cit. p. 311.

caso el provocador no pierde su derecho a al legitima defensa, pero su reacción debe limitarse a acciones defensivas que sólo pongan en peligro o lesionen de manera leve al agresor; sólo se puede recurrir a acciones más graves cuando no se cuente con otros medios defensivos de menor entidad o no se puedan evitar lesiones más graves. En estos casos se considera que el interés en el prevailecimiento del Derecho sí bien no se excluye si se ve disminuido.

CAPITULO 4.

LA UNIDAD DE ACCION EN LA LEGITIMA DEFENSA.

4.1 UNIDAD DE ACCION EN LA LEGITIMA DEFENSA.

Corresponde al presente capítulo el estudio del punto medular de este trabajo, es decir, tratar de dar respuesta a la interrogante que fundamenta al mismo, la cual consiste en determinar hasta qué momento continua siendo legitima la defensa que se realiza en contra de una acción antijurídica.

Por lo que se refiere a la doctrina, esta no es muy amplia al respecto, es decir, indicar hasta que momento la acción defensiva continua siendo amparada por la legitima defensa, pues la mayoría de los autores se limitan a señalar que cuando la agresión concluye cesa también la posibilidad de defenderse de manera legitima, con lo cual nos manifestamos de acuerdo, pero creemos que esto no es lo suficientemente claro, pues pensamos que da lugar a la siguiente pregunta ¿En que momento en particular cesa la agresión ilegítima?, consideramos que conociendo esto sabremos cuando termina nuestro derecho a defendernos de manera legitima y en que momento la defensa cae en un exceso. Dar respuesta a esta pregunta es difícil, pues en muchos casos no es posible determinar de manera fría y exacta en que momento ha cesado de manera total el peligro o la agresión ilegítima de la que se es objeto.

Es importante recordar que para que exista la legitima defensa es requisito indispensable o esencial la presencia de una agresión antijurídica, pues de no existir ésta, no sería posible hablar de la causa de justificación que nos ocupa, es decir, en la legitima defensa debe existir una agresión a la cual se oponga una defensa, por ello creemos importante que para determinar hasta que momento

podemos defendernos de manera legítima de ese tipo de agresiones, debemos conocer en primer lugar, en que momento podemos iniciar esa defensa.

Desde nuestro punto de vista, para poder determinar a partir de que momento y hasta que otro podemos realizar nuestra defensa de manera legítima es importante hacer uso de los conceptos analizados respecto de la realidad, actualidad e inminencia de la agresión o peligro ya que a partir de los mismos es que vamos a determinar cuando inicia y hasta que momento sigue existiendo una agresión antijurídica, misma que podemos repeler por medio de la legítima defensa.

En primer lugar, por lo que se refiere a la realidad de la agresión, consideramos que es suficiente con lo expuesto en el capítulo anterior, basta recordar que la agresión para ser real, debe presentarse de manera concreta, o bien, de manera objetiva frente al agredido, y no solo en su imaginación, para que dicho sujeto pueda reaccionar de manera defensiva contra esa agresión de la que es objeto.

Por lo que se refiere a las características de actualidad e inminencia de la agresión o peligro, creemos que pueden presentarse ciertos problemas con respecto a los mismos, ya que aun y cuando sabemos que es actual la agresión que se está llevando a cabo, no siempre, como se menciona, es posible determinar si dicha agresión ha terminado o aun continúa, creando en este último caso una situación de peligro para el agredido, dándole con esto la oportunidad para que pueda continuar de manera legítima con su defensa.

A este respecto Orlando Gómez López señala "la actualidad de la agresión esta representada por la actualidad del peligro", es decir, si hay peligro, es porque existe el riesgo latente de que ocurra una ofensa contra un bien jurídico ya sea propio o ajeno."³²⁴

³²⁴ GÓMEZ LOPEZ, Orlando. Op. Cit. p. 80.

Por lo que se refiere a la característica de la inminencia, sabemos que se refiere a aquellas agresiones o ataques que no se han realizado, pero que están por llevarse a cabo; un problema en este tipo de casos, consideramos que se presenta con respecto a la confusión que se genera entre la agresión inminente y las agresiones futuras, ya que la legítima defensa contra estas últimas, que es conocida como defensa preventiva, no está permitida, pues se trata de una defensa contra actos que si bien no se han llevado a cabo, tampoco existe el riesgo probable de que se realicen de manera inmediata.

Con lo anterior no se quiere decir que el agredido tenga que esperar a recibir el primer golpe para poder defenderse, sino que se tiene que distinguir entre las dos situaciones planteadas. Para poder distinguir ambos casos podemos señalar como ejemplo de una agresión inminente el caso en el que un sujeto amenaza a otro con matarlo mostrándole la navaja que porta en la cintura y la cual tiene sujeta con una mano lista para desenfundar y atacar, en este caso se trata de una agresión inminente, contra la cual el agredido puede reaccionar de manera defensiva, sin esperar a que su agresor lo ataque directamente, pues de esperar a que se le vaya encima con la navaja, es posible que su defensa no tenga el mismo resultado en caso de esperar hasta ser atacado; por lo que se refiere a las agresiones o peligros futuros, estos se pueden ejemplificar de la siguiente manera, un sujeto en una cantina amenaza a otro con matarlo cuando lo vuelva a encontrar, por lo que el sujeto amenazado, al ver que el supuesto agresor le da la espalda para irse del lugar, lo golpea en la cabeza con una silla causándole la muerte, en este caso, no se trata de una agresión o riesgo inminente, sino de una defensa contra un ataque futuro, lo cual no es permitido, pues no existe el riesgo inminente de una próxima e inmediata agresión.

Por ello de acuerdo con lo anterior podemos señalar que la defensa contra una agresión antijurídica es legítima desde el momento en que existe el riesgo real e inminentemente próximo de que se cause un daño a un bien jurídico ya sea propio o ajeno, es decir, no importa que la agresión no se este llevando a cabo,

sino que basta con la existencia de un riesgo probable inmediatamente próximo de que se realice, es decir, la agresión comienza a existir antes de que se materialice en el daño a un bien jurídico protegido.

Es importante destacar que debemos ser muy cuidadosos, pues esta agresión inminente debe revertir la característica de ser real, es decir, presentarse de manera objetiva frente al agredido, pues en caso de tratarse de una representación errónea en su mente o bien solo formar parte de su imaginación, como sería la interpretación de un gesto o ademán, entonces la defensa no será legítima, sino putativa, pues existe error en su creencia de que será objeto de una agresión.

Por lo tanto, reiteramos que la agresión no inicia en el momento en que es actual, sino desde el momento en que es inminente, es decir, cuando el peligro de su realización próxima e inmediata pone en peligro un bien jurídico, por ello la defensa que se hace de este tipo de agresiones es totalmente legal, pues como se ha citado en numerosas ocasiones el agresor no tiene porque esperar a recibir el primer golpe para reaccionar defensivamente contra su agresor, pues tal demora podría tener como consecuencia que la defensa fuera inútil.

Este criterio es sostenido por Carmen Requejo Conde quien señala que "el límite inicial de la agresión se ha establecido en la inminencia de la agresión o en su carácter inminentemente próximo" la misma autora española señala además que "adelantarse a la agresión que reúne estos requisitos es adecuado por un principio de justicia y eficacia que puede hacer que la posterior espera a recibir el primer golpe haga después inútil la defensa"; por último agrega que "esto se hace además con el fin de dar una mayor protección al agresor, pues considera que si la defensa se hace de manera pronta existe la posibilidad de un menor daño hacia la persona del agresor, pues en caso de esperar en la realización de la

defensa, ésta podría aumentar su intensidad y lesividad contra el propio agresor."³²⁵

Asimismo creemos que, como se menciona, es de suma importancia tratar de determinar el momento en que finaliza la agresión, o bien ando deja de ser actual, pues de ello depende hasta que momento podemos realizar nuestra defensa legítima de manera correcta, evitando con ello caer en el llamado exceso extensivo de la misma.

Como se señaló al inicio del presente capítulo, la mayoría de la doctrina no es lo suficientemente clara para determinar el momento en el cual una agresión deja de ser actual para convertirse en pasada, pero de acuerdo con Carmen Requejo Conde "la agresión deja de ser actual cuando se produce la pérdida definitiva del bien jurídico, el peligro es apartado completamente por medio de una defensa directa y eficaz, cuando se alejan los riesgos provenientes de diferentes agresores o por desistimiento de la agresión por parte del sujeto activo."³²⁶

Nos manifestamos totalmente de acuerdo con la postura anterior, pues consideramos que cuando se ha producido la pérdida irreparable del bien jurídico, el peligro proveniente del o los agresores es apartado totalmente o existe la voluntad del agresor de cesar su actividad antijurídica, el ataque deja de ser actual, dando como resultado que de continuar la defensa en esos casos, esta dejaría de ser legítima cayendo en un exceso o bien convirtiéndose en una venganza.

Pero nos preguntarnos que es lo que sucede en aquellos casos en los cuales el agresor trata de renovar su ataque contra el bien jurídico protegido o de su agresión se desprende o bien subsiste una situación que continua poniendo en peligro bienes jurídicos del agredido o de terceros.

³²⁵ REQUEJO CONDE, Carmen. La Legítima Defensa. S/e. TIRANT LO BLANCH. Valencia. 1999. p. 176.

³²⁶ *Ibidem*. p.p. 156-157.

Nosotros creemos que la defensa en este tipo de casos sigue siendo legítima, pues el agresor con su conducta continua poniendo en peligro bienes jurídicos propios o ajenos del agredido, es decir, en esta clase de situaciones el agresor trata de continuar agrediendo o bien de su primera conducta agresiva contra el agredido continua subsistente el peligro inminente de una próxima e inmediata realización de una nueva agresión contra este.

Creemos que lo anterior puede ejemplificarse principalmente en los casos de agresiones en las que existe una arma la cual es utilizada por el agresor, por ejemplo si un sujeto que se ve agredido por un asaltante el cual esta armado con una pistola para lograr su cometido, logra durante su defensa despojar de su arma al agresor, se considera casi de manera general que la agresión ha cesado convirtiéndose con ello en una agresión pasada, por lo que cualquier acto que se realice contra el agresor se tendrá como un exceso en la defensa, pues se cree además que el peligro ha desaparecido.

Nosotros nos manifestamos en total desacuerdo con ese criterio pues creemos que nada garantiza al agredido que no será víctima de un nuevo acometimiento o ataque por parte del agresor para tratar recuperar el arma, es decir, creemos que existe el riesgo inminente de que el agresor trate de recuperar su arma, por lo que el hecho de despojar de su arma al agresor no aleja del todo el peligro para el agredido.

Esto además lo podemos reforzar con la siguiente jurisprudencia, la cual señala que:

Instancia: Primera Sala.

Epoca: Quinta

Epoca.

Localización.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: LXXXVIII

Tesis:

Página: 3056

Rubro.

LEGITIMA DEFENSA, EXCESO EN LA.

Texto.

No puede afirmarse que al ser desarmado el agresor por el agredido, haya desaparecido todo peligro para este, aunque no haya habido mas que una arma, pues establecida la lucha entre ambos combatientes, podía muy bien suceder que el agresor hubiese logrado, a su vez, desarmarlo.

Precedentes

Landa Dominguez Primo. Pág. 3056. Tomo LXXXVIII. 7 De Junio De 1946.
5 Votos.

Nosotros mantenemos este criterio por las siguientes razones. En primer lugar porque creemos que dentro de una situación como la planteada líneas arriba, no se le puede exigir al agredido que cese en su defensa una vez que su agresor esta desarmado, ya que como señalamos y como lo dice la jurisprudencia, nadie puede garantizar al agredido, que su agresor no va a atacarlo nuevamente con objeto de recuperar su arma, además, que pasaría si no existe sólo un agresor, sino varios, es decir, estos son mayor en número frente al agredido, quién consideramos no tiene porque cesar su defensa de manera rápida y fría si logra despojar a uno de ellos de su arma, pues como se trata de varios sujetos no se les puede amagar a todos al mismo tiempo, ya que estos podrían aprovechar el momento en el que él agredido apunta a uno de ellos para amenazarle de que no se le acerque, para atacarlo y en ese momento tratar de desarmarlo.

Es decir el hecho de que el agredido despoje de su arma al agresor o a uno de los agresores no se traduce en que se tenga el control de la situación y con ello se haga cesar de manera total y absoluta el peligro, por ello creemos que cuando se ha logrado desarmar al agresor o a uno de ellos, en caso de ser varios, y se realiza un disparo (tratándose de armas de fuego) en su contra, al momento en que tratan de recuperar el arma, el cual les causa lesiones o la muerte, no existe exceso en la defensa, sino que hay una unidad de acción en la defensa realizada, pues existe el peligro próximo e inminente de que el agresor o los agresores traten de recuperar su arma para lograr su objetivo primario, en otras palabras,

consideramos que aun y cuando se logre desarmar al agresor existe el peligro de que éste trate de recuperar su arma, lo que se traduce en el riesgo o peligro de una agresión inminente, por lo que el uso del arma por parte del agredido para defenderse sigue estando cubierta por la acción de legítima defensa.

Es decir se estaría realizando una defensa frente a un ataque inminente, lo cual esta totalmente permitido, además como se señala en la doctrina, el agredido no tiene porque esperar a recibir el primer golpe para poder rechazar esa agresión, sino que puede reaccionar contra ella antes de que se materialice.

A este respecto consideramos importante mencionar el criterio de Fernando Arilla Bas quien señala que "la agresión puede crear un estado duradero de peligro, durante el cual la repulsa estará justificada" además este mismo autor señala que el agresor aún cuando es desarmado seguirá siendo agresor en tanto tenga oportunidad de recuperar el arma."³²⁷

Asimismo, la jurisprudencia de nuestro país considera que:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Epoca.

Epoca: Octava

Localización

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: XIV-Julio
Tesis:
Página: 650

Rubro.

LEGITIMA DEFENSA.

Texto.

El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquél, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, lo que caracteriza la legítima defensa es que el rechazo de la agresión, se realice mientras ésta persiste, esto es, en tanto que ponga en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y

³²⁷ Op. Cit. ARILLA BAS, Fernando. p. 275.

aun la de un tercero. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Precedentes

Amparo directo 423/88. José Dorado Revelez. 8 de febrero de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Nuñez Rivera. Amparo directo 201/88. José Nieves Nieves y Héctor Nieves Nieves. 23 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Jorge Nuñez Rivera.

Por lo anterior juega un papel de suma importancia la apreciación del peligro, pues como señala Fontan Balestra, "esta apreciación es trascendental, ya que la ley al referirse a impedir la agresión, considera evidente que la defensa puede oponerse antes que se realice la agresión, es decir, si de todas las circunstancias que conoce el agredido se desprende la inminencia del peligro, no es necesario esperar a que éste se materialice, sino que se puede reaccionar contra el mismo antes de que ocurra."³²⁸

Por otro lado creemos además que el hecho de desarmar al agresor o a uno de ellos y continuar la defensa no es un exceso en la misma pues desde nuestro punto de vista no se le puede exigir a una persona que esta en una situación de peligro extremo que reaccione con todas las precauciones para no excederse en su defensa, es decir, no se le puede pedir a un sujeto que actúe con la mayor frialdad y cautela para resolver la situación de peligro en la que se encuentra, porque creemos que el estado emocional en el que esta el agredido al defenderse no es el más propicio para pedirle que actúe con cautela en momentos en los que se encuentra en peligro alguno de sus bienes jurídicos, principalmente su vida o la de un tercero.

En otras palabras, como señala Mir Puig "la urgencia del momento no permite esperar un examen frio de todas las posibilidades."³²⁹

³²⁸FONTAN BALESTRA, Carlos. Op. Cit. p. 309.

³²⁹MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 469.

Con esto queremos decir, que si bien el juzgador realiza un examen ex ante de la situación, no es posible que lo haga de la manera que se considera correcta, pues creemos que aún y cuando se coloca en la situación del agredido, nunca va a sentir las mismas emociones que sintió aquel al defenderse para salvar su vida o la de un tercero, ya que tales emociones, sólo se presentan en momentos en los cuales lo que esta en peligro es la vida, y sólo pueden ser expresadas por aquellos que han estado en esa clase de situaciones.

Esto, además, podemos observarlo en la jurisprudencia siguiente, la cual señala que:

Instancia: Primera Sala.

Epoca: Quinta Epoca.

Localización

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: CXXI

Tesis:

Página: 755

Rubro.

LEGITIMA DEFENSA, EXCESO EN LA.

Texto.

No es lógico exigir al que esta repeliendo una agresión actual, violenta, inminente y sin derecho, que se detenga en el momento en que su contrario quede fuera de combate, o que pueda juzgar serenamente hasta donde debe llegarse su defensa, y sé de cuenta cabal del daño que esta ocasionando a su contrario.

Precedentes.

Toca Num. 1577 De 1953 Sec. 1ra. Pág. 755. 24 De Julio De 1954. Tomo CXXI. Cinco Votos.

Asimismo consideramos importante a este respecto señalar lo citado por la jurisprudencia española, la cual considera que "en la realidad es difícil o más bien imposible encontrarse con lo que llaman legítimas defensas químicamente puras, es decir, libres en su realización de miedo, temor, etc., pues estos elementos suelen acompañar a estos dramáticos instantes de la legítima defensa, ya que la

misma reacción- acción propia de esta causa de justificación implica una perturbación del ánimo."³³⁰

Por otro lado es importante aclarar que no deben confundirse estos casos de legítima defensa con la eximente de la emoción violenta que es una causa que excluye la culpabilidad, ya que aún y cuando hablamos de que el sujeto al ver en peligro un bien como su vida, reacciona con sus emociones exaltadas, actúa para defender el bien que se encuentra en peligro, es decir, su finalidad principal es la de defenderse del ataque del cual es objeto y su reacción puede ser motivada no por violencia, sino por temor a ser agredido de manera inminente.

A este respecto es importante el comentario de Carrara quien señala que "si después de haber cesado el peligro de manera verdadera, el agredido, por un error de cálculo, sigue creyendo que perdura y continua su defensa porque también por error sigue temiendo por su vida, entonces se puede seguir hablando de legítima defensa, siempre que el temor persista y sea la causa primaria de la acción de defensa, este autor considera además que la situación jurídica no se altera y admite además que puede ser que a ese temor se agregue la ira, pero cuando el agredido sabe que la agresión o el peligro han cesado de manera completa y los actos de defensa no se realizan con ese ánimo o voluntad de defenderse, sino de reaccionar por venganza entonces si habrá un exceso en las defensa."³³¹

Ahora bien, con esto no se quiere decir que en todos los casos en los que se desarme del agresor se va a admitir el uso del arma como parte de la defensa, pues es posible que el agresor exprese su rendimiento frente al agredido, huya del lugar o la defensa sea suficiente sin el uso del arma, por lo que en estos casos no se podría hablar de lo que llamamos unidad de acción en la legítima defensa, pues

³³⁰ MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. Casos Prácticos de Derecho Penal. Parte General. S/e. COMARES. Granada. 1998. p. 100.

³³¹ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Volumen I. 3ra ed. TEMIS. Bogotá. 1991. p.p. 486-487.

no existiría la repulsa frente a la inminente realización de una agresión antijurídica, sino que existiría un verdadero exceso en la defensa, toda vez que ya no existe una agresión o peligro que debamos rechazar.

Por ello consideramos que sólo en los casos en los que existe una verdadera continuidad en el peligro que se desprende de la agresión realizada o en la voluntad del agresor de renovar su conducta agresiva, es posible hablar de la unidad de acción en la legítima defensa, pues la acción defensiva sería una sola desde el inicio de la agresión y hasta el momento en que el agresor expresa su rendición, el bien jurídico ha desaparecido definitivamente, o el peligro proveniente del o los agresores es alejado de manera definitiva.

Cabe señalar que para poder hablar del resurgimiento o continuación de la agresión, o bien del mantenimiento de la situación de peligro proveniente de la misma, debe existir un espacio temporal mínimo entre la primera agresión y la subsecuente, o entre la agresión primaria y el peligro que de ella subsiste aunque dicha agresión ya haya pasado, pues si bien la legítima defensa se puede realizar para restituir el bien jurídico afectado, esta restitución debe realizarse en un espacio temporal cronológicamente razonable para que se le pueda seguir considerando como legítima defensa y no como exceso en la misma o venganza.

Por lo anterior es que nos manifestamos en desacuerdo con lo señalado a este respecto tanto por Zaffaroni como por Barragán, ya que el primero de ellos señala que "se defiende de manera legítima el sujeto que recupera por la fuerza su automóvil que le había sido robado dos días antes y el cual encuentra casualmente, en un momento en el cual no puede recurrir a otro medio para su recuperación. Esto lo considera así pues desde su punto de vista la legítima defensa no busca evitar delitos, sino proteger bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando, a pesar de haber afectado ya intereses protegidos, una contra-

acción puede aún neutralizar de manera total o parcial los efectos de la conducta lesiva."³³²

Por su parte Luis Barragán señala que "la defensa continua siendo legitima en aquellos casos en que esta se realiza cuando la agresión o ataque ya no existe, siempre que exista un tiempo prudencialmente lógico entre el ataque y la defensa, este autor señala que existe legitima defensa en el caso en que una persona es atacada por otra la cual se encuentra armada con un palo y del golpe que le propina al primero este pierde el conocimiento y cuando le auxilian otras personas y comienza a recobrar el sentido, logra ver a su agresor, el cual se libera de las personas que lo sujetan y trata de escapar, y al tratar de escapar el agredido lo hiere o lo mata. El mismo criterio sostiene en el siguiente ejemplo consistente en que un hombre escucha en la calle unos disparos, y se asoma al balcón de su casa y ve que han matado a su padre, el cual se encuentra en el suelo, momento en el cual también ve a los agresores escapar tratando de abordar un automóvil, y el sujeto del balcón toma su arma y dispara hiriendo o matando a uno de los agresores."³³³

Respecto con los criterios anteriores, nos manifestamos en desacuerdo con ambos, ya que si bien al tratar en el capítulo anterior lo referente a la actualidad de la agresión nos manifestamos en el sentido manejado por Jescheck³³⁴, Maurach³³⁵ y Jakobs³³⁶ de que la agresión se considera actual cuando si bien esta ya se consumo, sus efectos pueden restituirse, esta restitución debe ser como señalan dichos autores inmediata a la agresión, lo cual no ocurre en ambos casos, ya que en el caso citado por Zaffaroni, entre la agresión y la defensa ha pasado un tiempo considerable, es decir, entre la conducta agresiva y su rechazo existe un espacio temporal bastante amplio, por lo que consideramos que ya no existe

³³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 603.

³³³ BARRAGAN MATAMOROS, Luis. La legítima Defensa Actual. 1ra ed. BOSCH. Barcelona. 1987. p. 125.

³³⁴ JESCHECK, Hans Heinrich. Loc. Cit. p. 307.

³³⁵ MAURACH, Reinhart. Loc. Cit. p. 448.

³³⁶ JAKOBS, Günther. Loc. Cit. p. 468.

legítima defensa, sino tal vez una venganza, pues desde nuestro punto de vista, entre ambas acciones agresión y defensa debe existir una conexión temporal cronológicamente razonable; es por ello que consideramos que este criterio sostenido por Zaffaroni cae en el extremo de aceptar como defensa legítima la repulsa de una agresión antijurídica que se realiza con una diferencia de tiempo muy amplia con respecto a la propia agresión.

Por lo que se refiere al criterio sostenido por Barragán, también nos manifestamos en desacuerdo, pues consideramos que cae en el extremo de confundir la legítima defensa con la venganza, pues en el primero de los ejemplos citados por dicho autor el peligro ya ha sido alejado pues el agresor trata de huir al escapar de quien lo sujeta, no trata ya de atacar al agredido, y en el segundo ejemplo creemos que si el padre de quien defiende ha muerto, el bien jurídico ya ha sido destruido de manera definitiva con lo que la agresión deja de ser actual y ya no se puede rechazar de manera legítima, además se trata de un bien jurídico que no es posible recuperar o restituir de manera inmediata a su destrucción, por lo que creemos que en este caso no existe legítima defensa sino venganza.

Por lo anterior es que desde nuestro punto de vista la acción de defensa, se extiende o abarca desde el momento en que existe una amenaza inmediata a un bien jurídico, la cual debe de ser apreciada de manera correcta por el agredido (por lo que, esa situación de peligro debe ser real, es decir presentarse de manera concreta y no sólo en la imaginación del sujeto que se defiende), y hasta:

- a) Que el bien jurídico haya sido destruido o en su caso se pueda restituir o neutralizar los efectos de la amenaza o agresión, pero siempre que esa posibilidad de restitución sea cronológicamente inmediata a la conclusión de la agresión.
- b) Que haya cesado la actividad lesiva de manera total, es decir, que no exista por parte del agresor la voluntad de continuar agrediendo, o que

de su primera agresión no se mantenga o subsista una situación de peligro para bienes jurídicos propios o ajenos del agredido, pues de no ser así la legítima defensa se puede extenderse contra ese peligro que se mantiene o la nueva e inmediata agresión.

Por último es importante puntualizar que dentro de nuestro sistema jurídico no existe una jurisprudencia que se pronuncie claramente respecto de este tipo de casos en los cuales se presenta lo que llamamos unidad de acción en la legítima defensa, ya que algunas tesis de jurisprudencia como señalan que cuando se logra desarmar al agresor el peligro se mantiene, mientras que otras consideran que el peligro ya no existe, con lo que ya no es posible aplicar la eximente de la legítima defensa, éste último criterio lo podemos apreciar en la siguiente tesis que señala:

Instancia: Primera Sala.

Época: Quinta Época.

Localización.

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte: CXXIX

Tesis:

Página: 840

Rubro.

LEGÍTIMA DEFENSA Y EXCESO.

Texto.

Esta eximente no opera cuando el acusado logra quitar a su agresor el arma con la cual lo atacó, pues desaparece la situación comprometida o la disyuntiva de herir, matar o ser herido o muerto en que se sustenta la institución de la legítima defensa; y, por otra parte, no hay oportunidad de aplicar el exceso de legítima defensa en esa situación, porque éste presupone la existencia en principio de la tesis de legítima defensa.

Precedentes.

Amparo directo 5538/54. 28 de septiembre de 1956. Cinco votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

Como lo hemos venido señalando, nosotros estamos en desacuerdo con éste criterio, pues como lo mencionamos, el hecho de que se logre desarmar al

agresor no elimina de manera total el peligro, ya que éste puede intentar recuperar el arma.

Por ello es que creemos que debe existir un pronunciamiento por parte de los Tribunales de legalidad en el sentido de señalar, de manera clara, que cuando se continua la acción defensiva por continuar la agresión o bien porque de la primera acción antijurídica se desprende o bien se mantiene un peligro para el agredido o un tercero, esa acción defensiva sigue estando amparada por la legítima defensa, así como crear un criterio uniforme respecto de que el hecho de desarmar al agresor no elimina por completo el peligro para el agredido.

CONCLUSIONES.

1. La antijuridicidad es un elemento reconocido de manera general como parte fundamental dentro del esquema de la unidad conceptual del delito. Asimismo dentro del ordenamiento jurídico existe la llamada unidad de lo antijurídico, que consiste en que lo que es antijurídico para una rama del Derecho lo es para todas las demás, esto es así para que no se presenten contradicciones dentro del propio ordenamiento jurídico.

2. Existen posiciones sobre si la antijuridicidad es objetiva o subjetiva; la teoría de la antijuridicidad objetiva es la que considera como antijurídico cualquier hecho que sea contrario al Derecho independientemente de características de tipo subjetivo; mientras tanto la teoría de la antijuridicidad subjetiva considera que la norma se dirige solamente a personas idóneas no así a los inimputables, por ello considera que sólo los destinatarios idóneos de la norma son los que pueden contrariar al Derecho.

3. Si bien sabemos que la antijuridicidad formal se presenta cuando una conducta humana es contraria al ordenamiento jurídico y que la antijuridicidad material es la conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos propios o ajenos y que no está amparada por una causa de justificación, sabemos también que ambas son inseparables, pues la existencia de una sin la otra sería intrascendente dentro del ámbito del Derecho penal.

4. Nuestro ordenamiento jurídico se integra no sólo por mandatos y prohibiciones, sino también por normas de carácter permisivo, las cuales como su nombre lo indica, nos autorizan a actuar de una manera que en ocasiones puede ser contraria al Derecho, pero siempre y cuando nos encontremos en las condiciones señaladas por el propio ordenamiento, las causas de justificación confieren un verdadero derecho para actuar en contra de un ataque antijurídico y obviamente pertenecen a ese grupo de normas permisivas.

5. Las causas de justificación constituyen o representan el aspecto negativo de la antijuridicidad, por lo que cuando una persona actúa bajo el amparo de una de estas causas su conducta no es ilícita, por ello esta libre de responsabilidad penal, civil y de cualquier tipo, además de que no se le puede aplicar ninguna pena o medida de seguridad.

6. Al ser lícitas las conductas que se realizan amparadas por una causa de justificación, estas no pueden ser repelidas argumentándose actuar bajo otra causa de justificación.

7. A través de la historia de la humanidad la legítima defensa ha sido reconocida como un derecho que tiene el agredido para poder defenderse de los ataques antijurídicos de los que es objeto en los momentos en los que la autoridad no está en posibilidad de defenderle y con ello mantener el Estado de Derecho.

8. La legítima defensa tiene un doble fundamento, un individual y otro colectivo o social, esto porque al actuar bajo el amparo de esta causa de justificación el individuo está defendiendo sus intereses particulares, con lo que de manera simultánea se protegen los de la colectividad y se reafirma el Derecho.

9. En la legítima defensa no opera el principio de proporcionalidad de igual forma que se presenta en el estado de necesidad, por ello aún y cuando los bienes agredidos sean de menor valor que los que van a resultar afectados por la acción defensiva, estos pueden ser dañados por la acción amparada por la legítima defensa siempre que la defensa sea la idónea para alejar el peligro del agredido.

10. La legítima defensa puede iniciarse desde el momento en que la agresión amenaza de manera objetiva con materializarse en el daño a un bien jurídico propio o ajeno, es decir, desde que la agresión es inminente; y cesa el derecho de defenderse legítimamente cuando el agresor manifiesta su voluntad de

no continuar su agresión, el peligro proveniente del o de los agresores se ha alejado del agredido o cuando el bien jurídico defendido se haya perdido de manera irreparable.

11. Al sujeto que esta realizando la defensa legitima de su vida o de la de un tercero, y que logra desarmar a su agresor y usa esa arma contra aquel, no se le puede exigir que cese de manera total su defensa al desarmar a su agresor, pues dado el estado anímico en el que se encuentra en esos momentos, es imposible que reflexione serenamente hasta donde puede llegar su defensa, además el hecho de desarmar al agresor no aleja de manera total el peligro, pues nada le garantiza que aquel no tratara de recuperar su arma para poder completar su acción ilícita.

12. La unidad de la acción en la legitima defensa se presenta en aquellos casos en los cuales la defensa se extiende desde el momento en que la primera agresión es inminente y hasta el momento en que es inminentemente próxima la reanudación del ataque por parte del agresor o uno de ellos si se tratare de varios, o bien el agresor o los agresores manifiestan de manera posterior e inmediata su voluntad de continuar agrediendo.

13. Entre la primera agresión y la próxima e inminente reanudación de esa conducta ilícita por parte del agresor o uno de los agresores, debe existir un espacio temporal cronológicamente razonable, para poder hablar de una continuidad en la agresión y por lo tanto de una unidad de acción en la legitima defensa.

BIBLIOGRAFIA.

1. AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda. Derecho Penal. Cursos Primero y Segundo. S/e. Harla. México. 1998.
2. ANTON ONECA, José. Derecho Penal. 2da ed. Akal. Madrid. 1986.
3. ARILLA BAS, Fernando. Derecho Penal. 1ra ed. Porrúa. México. 2001.
4. ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Manual de Derecho Penal. Tomo II. S/e. Aranzadi. España. 1985.
5. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2da ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1987.
6. BARRAGAN MATAMOROS, Luis. La Legítima Defensa Actual. Bosch. 1ra ed. Barcelona. 1987.
7. BAUMANN, Jurgén. Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. S/e. Depalma. Buenos Aires. 1981.
8. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Lecciones de Derecho Penal. Volumen II. S/e. Trotta. Madrid. 1999.
9. CALDERON CERESO, Angel. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. 2da ed. Bosch. España. 2001.
10. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 20ma ed. Porrúa. México. 1999.
11. CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. 3ra ed. Temis. Bogotá. 1991.
12. CERESO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del Delito. 2da reimposición. TECNOS. España. 1994.
13. CERESO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Tomo II y III. Teoría Jurídica del Delito. 6ta ed. TECNOS. Madrid. 1998.
14. CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. 18va ed. Bosch. Barcelona. 1980.
15. DAMIANOVICH, Laura. Derecho Penal. Parte General. S/e. Ediar. Argentina. 1972.

16. DAZA GOMEZ, Carlos. Teoría General del Delito. 2da reimpresión. Cárdenas. México. 2001.
17. DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 8va ed. Porrúa. México. 1995.
18. DONNA, Edgardo Alberto. Teoría del Delito y de la Pena. S/e. Astrea. Buenos Aires. 1995.
19. FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Introducción y Parte General. 14ta ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1980.
20. FONTAN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. 13ra ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1990.
21. GARRIDO MONTT, Mario. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito. 1ra ed. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 1992.
22. GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. Legítima Defensa. S/e. Temis. Bogotá. 1991.
23. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. S/e Porrúa. México. 1991.
24. GRANADOS ATLACO, José Antonio y GRANADOS ATLACO, Miguel Angel. Teoría del Delito. Antología. 1ra ed. Facultad de Derecho UNAM. 1994.
25. HERNANDEZ LÓPEZ, Aarón. Código Penal de 1871. Código de Martínez de Castro. S/e. Porrúa. México. 2000.
26. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. S/e. Marcial Pons ediciones jurídicas. Madrid. 1995.
27. JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4ta ed. Comares. Granada. 1993.
28. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Lecciones de Derecho Penal. 3ra ed. Editorial Pedagógica Iberoamericana. México. 1995.
29. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito. S/e. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1990.
30. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. 5ta ed. Losada. Buenos Aires. 1950.
31. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. 4ta ed. Losada. Buenos Aires. 1961.

32. LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Chile. 2000.
33. LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. S/e. Porrúa. México. 1994.
34. LUZON CUESTA, José María. Compendio de Derecho Penal. 4ta ed. Dykinson. Madrid. 1990.
35. LUZON PEÑA, Diego Manuel. Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal. S/e. Arazandi. Pamplona. 1995.
36. LUZON PEÑA, Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General. S/e Universitas. Madrid. 1996.
37. MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Volumen I 2da ed. Temis. Colombia. 1989.
38. MALO CAMACHO, Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 1ra ed. Porrúa. México. 1997.
39. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto. Teoría Legalista del Delito. 1ra ed. Porrúa. México. 1989.
40. MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Derecho Penal. 2da ed. Parte General. Trillas. México. 1990.
41. MAURACH, Reinhart. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. S/e. Astrea. Buenos Aires. 1994.
42. MEZGER, Edmund. Derecho Penal. Parte General. S/e. Cárdenas. México. 1985.
43. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 3ra ed. PPU. Barcelona. 1990.
44. MORRILLAS CUEVA, Lorenzo. Casos Prácticos de Derecho Penal. Parte General. S/e. COMARES. Granada. 1998.
45. ORELLANA WIARCO, Octavio. Curso de Derecho Penal. Parte General. S/e. Porrúa. México. 1999.
46. ORELLANA WIARCO, Octavio. Teoría del Delito. 11ra. Porrúa. México. 2001.
47. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. 14ta ed. Porrúa. México. 1999.

48. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Volumen I. 1ra ed. Bosch. Barcelona. 2000.
49. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. 17ma ed. Porrúa. México. 1998.
50. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da ed. Aranzadi. España. 2000.
51. REQUEJO CONDE, Carmen. La Legítima Defensa. S/e. TIRANT LO BLANCH. Valencia. 1999.
52. REYES ECHANDIA, Alfonso. Antijuridicidad. 4ta ed. Temis. Colombia. 1997.
53. REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. 11ra ed. Temis. Colombia. 1996.
54. REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría general del Delito. 2da ed. Porrúa. México. 1997.
55. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 1ra ed. Civitas. Madrid. 1997.
56. SAINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ra ed. Bosch. Barcelona. 3raed. 1990.
57. SEGURA GARCIA, María José. El Consentimiento del Titular del Bien Jurídico en Derecho Penal. S/e. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000.
58. SODI, Demetrio. Excluyentes de Responsabilidad. S/e. Ediciones Jurídicas.
59. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 10ma reimpresión. Tea. Buenos Aires. 1992.
60. STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal. Parte general. S/e. Madrid. 1991.
61. VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuridicidad y Justificación. 2da ed. Trillas. México. 1986.
62. WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General. S/e. Depalma. Buenos Aires. 1980.
63. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. S/e. Ediar. Argentina. 1981.

LEGISLACIÓN.

- 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 137va ed. Porrúa. México. 2001.**
- 2. Código Penal Federal. Porrúa. México. 2002.**