

560
2EJ
RECEIVED
MAY 19 1994

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

EL INJUSTO Y LA LEGITIMA DEFENSA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA LA ALUMNA:

MARIA TERESA MONTOYA CANO

ASESOR: LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES

MEXICO, D.F.

1994

FALLA DE ORIGEN

EXAMENOS DE LICENCIADO EN DERECHO
SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
EXAMENOS DE LICENCIADO EN DERECHO



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Que al hacer accesible la educación superior a
estudiantes de escasos recursos, me dió la
posibilidad de aspirar a obtener un título.
Gracias.

AL LIC. JUAN CARLOS RAYO MARES

Por su orientación y dedicación en la realización
de este trabajo. Gracias.

A MIS MAESTROS

Quienes al transmitirme sus conocimientos y
experiencias, me mostraron la realidad de mi
profesión y me motivaron a valorarla. Gracias.

A MIS PADRES

JESUS Y MARIA TERESA

Por haberme dado la vida y por sembrar en mí,
desde la infancia, el interés por la superación
y por la adquisición de conocimientos. Gracias.

A MIS HERMANOS

ALMA, GERARDO, EVERARDO, OSCAR Y JESUS

Por su cariño, confianza, así como por su apoyo
incondicional y tenaz a lo largo de mi carrera.
Gracias.

A MIS AMIGOS

Por su estímulo y apoyo desinteresado. Gracias.

INDICE

CAPITULO I. LA ANTIJURIDICIDAD

A. Terminología	1
B. Concepto	3
C. Papel que juega en la Teoría del Delito ...	5
D. Clases de antijuridicidad	9
1. Antijuridicidad general	9
2. Antijuridicidad penal	10
3. Antijuridicidad objetiva y subjetiva	11

CAPITULO II. ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTIJURIDICIDAD

A. Concepto	14
B. Fundamento	19
C. Hipótesis Generales de las causas de justificación	31

CAPITULO III. LA LEGITIMA DEFENSA

A. Concepto	37
B. Fundamento	41
C. Naturaleza	60
D. Calidad y número de sujetos	63

CAPITULO IV. REQUISITOS POSITIVOS DE LA LEGITIMA DEFENSA	
A. Agresión	66
1. Concepto	66
2. Agresión mediante omisión	67
3. Problemática de la violencia	72
4. Agresión dolosa	74
B. Actual	77
C. Inminente	82
D. Real	86
E. Sin derecho	89
F. Elemento subjetivo de justificación	94
1. Desarrollo doctrinal	95
2. Su verdadero alcance y significación ..	101
3. Ausencia. Remisión	102
CAPITULO V. REQUISITOS NEGATIVOS DE LA LEGITIMA DEFENSA	
A. Necesidad de la defensa	104
B. Racionalidad del medio empleado en la defensa.	111
C. Tutela a los bienes jurídicos	117
D. Ausencia de provocación dolosa suficiente e inmediata	119
CONCLUSIONES	132
BIBLIOGRAFIA	142

INTRODUCCION

Con la elaboración del presente trabajo tenemos el propósito de realizar un examen del papel que juega la antijuridicidad en la Teoría del Delito, sus clases, su comprobación en los procesos penales, así como la dificultad de proporcionar un concepto positivo de ella. Además se realiza un análisis de los requisitos positivos y negativos del primordial aspecto negativo del injusto penal: la legítima defensa; la naturaleza jurídica y fundamento de ésta, para de este modo estar en aptitud de captar su esencia.

Le dedicamos la mayoría de capítulos de desarrollo a la legítima defensa porque creemos que, como todo aspecto negativo del delito, debe el estudioso en la materia penal esmerarse en su análisis; pues para el juzgador o el postulante, así como para el defensor de oficio, la libertad de una persona depende del entendimiento cabal de todos y cada uno de los elementos que la conforman.

Es necesario señalar que la concepción que se tenga de la legítima defensa no puede nunca desprenderse de las ideas que sobre la justificación y, muy particularmente, sobre la antijuridicidad, considere el interprete al estudiar la excluyente.

Hemos insistido por ello que, para su estudio, se requiere

tener presente una concepción exacta del injusto o de la antijuridicidad, así como una visión general de algunos aspectos negativos de este elemento del delito. La doctrina moderna acusa con frecuencia la disparidad de criterios sobre la antijuridicidad; por ello, creemos que es tarea constante el estudio de este elemento del delito, de gran controversia entre los tratadistas y estudiosos de la Teoría del Delito.

En el estudio de la legítima defensa se plantean un sinnúmero de problemas de naturaleza teórica que tienen significativa repercusión práctica. Es por ello que existe la necesidad de desmembrar el contenido del precepto legal que la contiene, a efecto de realizar un estudio concreto de cada elemento; situación que no resulta sencilla pues, comprobada la unidad esencial de la legítima defensa, el estudio de un requisito no escapa nunca a la implicación de otro y viceversa.

En este orden de ideas, es necesario afirmar que todos los elementos -esenciales y accidentales- van íntimamente relacionados, dando así cohesión a la estructura de la legítima defensa.

Todo lo anterior obliga a desentrañar en los hechos, si se han dado todas las condiciones necesarias para la operatividad de la defensa, ya que la falta de una de ellas conduce a soluciones distintas; cada una de ellas ha intentado esclarecer la doctrina y la jurisprudencia sin que existan, las más de las veces, ni paridad de criterios sobre un mismo problema, ni declaraciones generales que permitan encuadrar cada caso

particular y su correcta solución.

Debe aclararse también que el análisis concienzudo del desarrollo fáctico de los acontecimientos es primordial en la apreciación de la legítima defensa, pues de la instrucción que de ellos se haga dependen en mucho las consecuencias de un fallo judicial. Por ello, es también importante que el juzgador considere de la mejor manera todo el entorno circunstancial que ha rodeado al evento, a efecto de apreciar correctamente una serie de factores sobre los que no pueden existir en definitiva un principio general acuñado en la legítima defensa, y plasmado en la legislación.

CAPITULO I

LA ANTIJURIDICIDAD

A. TERMINOLOGIA.

Para hablar de antijuridicidad se requiere primero, que exista un tipo descrito en la ley; después, la adecuación al tipo y, posteriormente, se analiza si la conducta o hecho es antijurídico.

En esta parte del trabajo nos referiremos al término que debe utilizarse con relación a este elemento del delito.

Al señalar cuál es el término correcto para designar a la antijuridicidad tenemos que Jiménez de Asúa sostiene: "Hemos construido el neologismo antijurídico en su forma de sustantivo, diciendo antijuridicidad y no antijuridicidad, como suele hacerse ordinariamente en la Argentina, por motivos que se explican en pocas frases. Puesto que nos hallamos en presencia de un neologismo, tan nueva y no admitida académicamente es la voz antijuridicidad como la expresión antijuridicidad. A favor de esta última está la exonomía de letras y la mayor elegancia. Del mismo modo que de amable no formamos amablelidad, sino amabilidad, ha de corregirse el feo trabalenguas de antijuridicidad con la más

reducida forma de antijuricidad".¹

A su vez el profesor Agustín Bravo González considera "que la raíz de la antijuricidad, viene de *juridicus-a-um*, que a su vez viene de *jus, dico*, o sea, digo o declaro el derecho; esto es, jurídico, lo que es según las leyes o la justicia al decir de Plinio el viejo. Es lo que concierne a la justicia, a su ejercicio; así tenemos *juridicus dies* que es el día de audiencia; *juridicus conventus* que son las audiencias, tribunales de justicia. Viene pues de un adjetivo latino", terminando en el sentido de que "antijuricidad, es una palabra que suprime la sílaba *di* y que como tal, no figura en ningún diccionario de lengua latina, siendo de conformidad con lo antes expuesto, la palabra correcta: antijuricidad".

Nosotros pensamos que ha de elegirse como más exacta la palabra antijuricidad y no la de antijuricidad. Se trata en efecto de un vocablo que se deriva del adjetivo: jurídico. Por otra parte, así como de la voz latina *amabilis* (amable) se obtiene la derivada *amabilitas* (amabilidad) sin suprimir ninguna sílaba, así también de la palabra latina *juridicus* (jurídico) se obtiene la palabra *juridicitas* (juridicidad) igualmente sin contracción alguna. La palabra antijuricidad quedaría justificada si el adjetivo fuera, en cambio, *jurico*. Creemos por consiguiente, más aceptable en sede jurídica, el neologismo

¹ Tratado de Derecho Penal III; Editorial Losada, S.A.; Buenos Aires, 1951. p.831

antijuridicidad por su exactitud y propiedad con relación a nuestro lenguaje.

B. CONCEPTO.

Antijuridicidad es "la calidad de ciertas conductas que no cumplen con lo prescrito por la norma jurídica que las regula".¹ Dependiendo del concepto de derecho que se aplique, pueden ser sinónimos "injusto" (si se piensa que derecho y justicia son esencialmente iguales) e "ilícito" (si se concibe sin una connotación de ataque a la moral, además del derecho). Tradicionalmente, se ha concebido la antijuridicidad como lo contrario a derecho. Esto se da por una necesidad lógica para que una acción pueda ser calificada como lícita (adecuada a la norma jurídica que la regula) o como ilícita (violando la norma jurídica).

Eduardo García Máynez señala que son lícitas las conductas que ejecutan lo ordenado, omiten lo prohibido u omiten o ejecutan los actos potestativos, no ordenados ni prohibidos; mientras que son ilícitas las que omiten un acto ordenado y las que ejecutan

¹ Diccionario Jurídico Mexicano: Editorial Porrúa, 4ª ed.: México, 1991. p.171.

uno prohibido (Introducción, p. 221).¹

Hans Kelsen ataca la concepción tradicional de la palabra antijuridicidad (contraria o violatoria del derecho), indicando que ésta proviene de una concepción estrecha del derecho que sólo toma en cuenta a las normas secundarias (en el sistema Kelseniano, norma secundaria es aquella que contiene la conducta debida que evita la sanción) y no a la norma primaria (aquella que contiene la orden de aplicación de la sanción a cargo de un órgano que la aplica). Indica además que, contrariamente a lo que se piensa, no es ilícito lo que provoca que un acto tenga sanción, sino que es la sanción lo que provoca que un acto sea ilícito. La primera postura indicada proviene de una concepción iusnaturalista, donde se pretende que las conductas son buenas o malas, justas o injustas. La ilicitud no es necesariamente algo inmoral, pues lo que puede ser ilícito (antijurídico) en un sistema moral, puede no serlo en otro. La ilicitud debe ser considerada por los juristas independientemente de que acepten o no su utilidad.

Si es visto así el derecho, ya no es posible hablar de antijuridicidad (como contrario o violación del derecho), pues la aplicación de la coacción es un acto prescrito en la norma. En consecuencia, la ilicitud es sólo una de las condiciones para que el Estado aplique la sanción, que puede ser penal o civil

¹ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho: Editorial Porrúa, 17ª ed.; México, 1970.

(Teoría Pura del Derecho, p.123 a 125).

Para nosotros la antijuridicidad se da cuando no se prueba una causa de justificación respecto de una conducta o hecho. Toda vez siendo la antijuridicidad uno de los elementos del delito, entendiéndolo por delito a la conducta típica, antijurídica, culpable o punible (no existe un criterio uniforme sobre el número de elementos); ésta sólo se actualiza cuando no se prueba una causa de justificación, a saber legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, etc.

C. PAPEL QUE JUEGA EN LA TEORIA DEL DELITO.

Respecto al papel que juega la antijuridicidad en la Teoría del delito podemos señalar varias tesis:

- a) La que afirma que constituye un carácter del delito;
- b) La que sostiene que es un elemento del delito;
- c) Que constituye un aspecto del delito; y
- d) Que es el delito en sí.

a) Sostiene Massari que la antijuridicidad no es un elemento sino un carácter del hecho punible; ya que si fuere uno de los elementos constitutivos del delito debería distinguirse de los

demás elementos, presentarse como un dato conceptualmente aislable, capaz de ser separado idealmente y de ser contrapuesto a los mismos, como sucede respecto a otros elementos constitutivos generales del delito: para la voluntad, para la conducta, para el resultado; que esto no es posible hacerlo con la antijuridicidad, constituyendo ésta la síntesis integral del fenómeno punible, y cada uno de los elementos que lo componen; de tal manera que la antijuridicidad representa sólo un atributo, un predicado, un denominador común del delito y de sus componentes, finalizando que es una nota que penetra en todas las partes de la entidad criminosa y califica a todas ellas, y así se explica que pueda hablarse de una voluntad antijurídica, de un resultado antijurídico. Igualmente estiman a la antijuridicidad como carácter, Graf Zu Dohna y Ranieri. Y para Alfredo de Marsico la antijuridicidad no es un elemento del delito, sino un carácter de él. No se le encuentra descomponiendo el delito en sus elementos estructurales, sino que se le percibe en cada uno de ellos y en el conjunto de ellos (Derecho Penal, Parte General, p.107. Editorial Dott. Nápoli, 1969).

b) Consideran a la antijuridicidad como un elemento Puig Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli.

Este último autor expresa: "La antijuridicidad es por ende, uno de los tres elementos del delito. Hemos ya examinado en otro trabajo las objeciones hechas por cierto autor contra esta

división y sobre todo, contra el criterio de situar la antijuridicidad como un elemento al lado de los otros dos; no es el caso de repetirlos, bastando llamar la atención sobre el sentido que damos nosotros al término elemento como requisito, como aquello que se requiere para constituir, para componer el delito. Es preciso advertir, además, que si la tripartición establecida se presenta en el conjunto como un medio útil para el análisis del hecho jurídico (delito), esto de ninguna manera significa que aquellos elementos individualmente tengan existencia por sí mismos, como separados uno del otro, siendo evidente que constituyen una indisoluble unidad. La antijuridicidad, en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito y por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes aptos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos. Esta permeabilización de todas las partes del ilícito, conduce en ocasiones a confundir la antijuridicidad con el hecho antijurídico, confusión que debe evitarse con todo esmero. La antijuridicidad expresa simplemente una relación de contradicción entre las normas y el hecho; el hecho jurídico, en cambio, es el objeto del calificativo jurídico llamado antijuridicidad".⁴

⁴ L' antijuridicità: Padova, 1947. p.203.

c) Entre quienes consideran que la antijuridicidad es un aspecto del delito, se encuentra Maggiore, al expresar que la antijuridicidad es un aspecto del delito; aspecto, no elemento, ya que en efecto, no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito, al quitarle la antijuridicidad, queda siempre delito, por más que le sea mutilado un órgano; agregando que, por el contrario, ella revista y compenetra todo el delito, que sólo por un esfuerzo de abstracción puede ser considerado por el aspecto de la antijuridicidad, finalizando que en todo delito está presente expresa y sobrentendida la nota de la antijuridicidad.⁵

d) Antolisei sostiene que la antijuridicidad no es, como sostiene una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho más: es, como fue manifestado por Rocco con feliz expresión, la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito.⁶ A este respecto expresa Cuello Calón, que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito; de tal importancia que para algunos no es un mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza.⁷

⁵ Derecho Penal I: Editorial Temis, 5ª ed.: Bogotá, 1954, p.382.

⁶ Manuale di Diritto Penale: Editorial Milano, 3ª ed.: 1955. p.131.

⁷ Derecho Penal I: 12ª ed.; Barcelona, 1956. p.355.

D. CLASES DE ANTIJURIDICIDAD.

Es el momento de hacer referencia al problema de la antijuridicidad general y de la antijuridicidad penal; es decir, si solamente en el campo jurídico puede hablarse de una antijuridicidad general, o bien, de una penal, civil, o de la correspondiente a cualquier otro ordenamiento jurídico.

1. ANTIJURIDICIDAD GENERAL.

Son numerosos los partidarios de este punto de vista, pero haremos mención solamente a algunos de ellos.

Mezger admite y a la vez rechaza una antijuridicidad penal. Expresa: "Que la decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del Derecho punitivo resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es precisa una antijuridicidad especial tipificada, típica... no toda acción antijurídica es punible, pues para que esto ocurra, es preciso que el Derecho Penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial".³ En otro lugar nos dice que "el injusto típico específico del Derecho Penal, no tiene nada que ver con la tesis, que a veces aparece en la bibliografía, de una especial antijuridicidad penal, ya que tal concepción debe rechazarse en

³ Tratado de Derecho Penal I: 2ª ed.; Madrid, 1946, p.351.

absoluto, y que lo que es injusto en una disciplina no lo es necesariamente en otra, y viceversa, pero este supuesto de antijuridicidad sólo penal contradice la naturaleza misma del derecho como ordenación unitaria de vida".⁹ Por su parte, del Rosal estima, igualmente, que "no existe una antijuridicidad especial, concreta, llamada -penal-, y por de pronto en la forma en que ha sido planteada por algunos autores, pues la -unidad- del ordenamiento jurídico nos exige tenerla en cuenta a la hora de concretar el juicio sobre si es o no antijurídica una conducta",¹⁰ que "la finalidad común confiere una hermandad genérica entre las materias jurídicas, ya que tienden a la prosecución del bien común mediante la realización histórica de la justicia poseyendo cada una un campo acotado, pero pertinente a su naturaleza y misión".¹¹

2. ANTIJURIDICIDAD PENAL.

El criterio de la antijuridicidad penal es sustentada por Petrocelli, quien argumenta: "Denotando la antijuridicidad una relación de contradicción entre un hecho y una norma jurídica, la relación misma no puede existir sino entre un hecho y una norma determinada y, consiguientemente, pertenece a una

⁹ Tratado de Derecho Penal I: 2ª ed.: Madrid, 1946. p.360-361.

¹⁰ Derecho Penal Español I; Madrid, 1960. p.290.

¹¹ Derecho Penal Español I; Madrid, 1960. p.290.

determinada norma del derecho. No es posible hablar de una antijuridicidad en general, sino sólo de una antijuridicidad penal, o civil, o administrativa, etc. Si el hecho, por sus diversos aspectos y efectos, está en contradicción con normas pertenecientes a diversas ramas del derecho, tendremos, a la vez, una antijuridicidad penal y civil, o penal y civil administrativa etc., pero nunca una antijuridicidad simplemente, referible al derecho en general.¹²

Consideramos que no debe hablarse de una antijuridicidad general. Solamente existe antijuridicidad cuando hay violación a un precepto legal, o sea, a partir de ese momento se tiñe o colora la antijuridicidad de una materia determinada: penal, civil, mercantil, administrativa, etc.

3. ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.

Otra cuestión de gran interés es determinar si la antijuridicidad es objetiva o subjetiva.

Battaglini,¹³ Cuello Calón,¹⁴ Mezger¹⁵ y Maggiore.¹⁶

¹² La Antijuridicidad: Revista de la Facultad de Derecho de México, XII; UNAM, 1963. p.154.

¹³ Diritto Penale: 3ª ed.; Padova, 1949. p.117-118.

¹⁴ Derecho Penal I: 12ª ed.; Barcelona, 1956. p.335.

¹⁵ Tratado de Derecho Penal I: 2ª ed.; Madrid, 1946. p.327 y ss.

¹⁶ Derecho Penal I: Editorial Temis, 5ª ed.; Bogotá, 1954. p.383.

entre otros, estiman que la antijuridicidad es de naturaleza objetiva.

Una posición especial adopta Quintano A. Ripollés al considerar que "a su modo de ver, la antijuridicidad, cualidad negativa de no integrarse o ampararse el acto en una causa de justificación, presenta elementos subjetivos u objetivos, según la estructura típica de la infracción de que se trate; así en los de dolo específico suelen ser visibles y aún predominantes los subjetivos (el ánimo de lucro en el hurto, cuya ausencia lo destipifica), mientras que en los de estructura de mera actividad o formales la antijuridicidad se basa en su expresión objetiva".¹⁷

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

En consecuencia, la teoría de la antijuridicidad objetiva es, a juicio de un sector doctrinal, la única que tiene validez, pues la antijuridicidad es independiente, autónoma, de la culpabilidad. Para que exista delito es indispensable la culpabilidad, pero ésta no lo es para la existencia de la antijuridicidad. De aquí que esta última, de acuerdo con la

¹⁷ Compendio de Derecho Penal: Vol. I; Madrid, 1958, p.184-185.

relación lógica entre las notas características del delito, es presupuesto de la culpabilidad, sin que a su vez, la culpabilidad, lo sea de la antijuridicidad. Una conducta no puede ser culpable, dándose en este último caso una hipótesis de inculpabilidad.

"La doctrina causal de la acción al desplazar el contenido de voluntad al marco de la culpabilidad conduce a una concepción predominantemente objetiva de la antijuridicidad".(Rodríguez Mourullo, Derecho Penal. Parte General: Editorial Civitas, S.A.; Madrid, 1977. p.324). Y Niese expresa, que "es sorprendente la obstinación de la doctrina dominante en no querer considerar el dolo como elemento subjetivo general de la ilicitud, y no renunciar a la concepción puramente objetiva de la antijuridicidad, porque desde hace tiempo no hay duda alguna, incluso independientemente de la teoría finalista de que antijuridicidad objetiva no puede sostenerse como principio" (La Teoría Finalista de la Acción en el Derecho Penal Alemán. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XI. Enero-julio, 1961. Núms.41-42. p.283).

CAPITULO II

ASPECTO NEGATIVO DE LA ANTI JURIDICIDAD

A. CONCEPTO.

En torno al concepto del aspecto negativo de la antijuridicidad, nos limitaremos a exponer los esgrimidos por diversos autores tanto nacionales como extranjeros, para expresar posteriormente nuestro punto de vista.

José Antón Oneca nos dice: "Son manifestación negativa del carácter del delito objeto de este capítulo (antijuridicidad)"¹; este concepto es bastante reducido, pues sólo se limita a expresar que son lo contrario de la antijuridicidad, sin determinar la esencia de lo que constituyen las causas de licitud.

Del Rosal, por su parte, se refiere a las causas de justificación como "todas aquellas situaciones en las cuales las acciones típicas realizadas son jurídicas".² Núñez nos da el

¹ Derecho Penal I; Madrid, 1949. p.186.

² Derecho Penal Español (Lecciones); 3ª ed.; Madrid, 1960. p.330.

siguiente concepto: "Son reglas que, tomando en consideración situaciones en las cuales las conductas descritas por las figuras delictivas aparecen como medios admitidos por el derecho positivo para lograr la prevalencia de otros intereses jurídicos a los que atribuye mayor valor, deciden en favor de éstos".³

Para Jiménez de Asúa son causas de justificación: "las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsimirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios a Derecho, que es el elemento más importante del crimen".⁴

Dohna nos dice al respecto que "consideramos justificada una conducta que en otras circunstancias es antijurídica, si se reconoce en ella una intención destinada que responde a los fines y propósitos sustentados por el orden jurídico".⁵

Bettioli por su parte afirma: "Este -el hecho perpetrado- ya no se presenta como contra jus, sino secundum jus, porque la ley misma ha otorgado al individuo la libertad de actuar para la tutela de un bien jurídico protegido".⁶

³ Derecho Penal Argentino I: Editorial Bibliográfica Argentina; Buenos Aires, 1959. p.306.

⁴ La Ley y el Delito: 2ª ed.; México-Buenos Aires, 1954. p.306.

⁵ La Estructura de la Teoría del Delito; Buenos Aires, 1958. p.61.

⁶ Derecho Penal, Parte general: 4ª ed.; Bogotá, 1965. p.266.

En México, Porte Petit nos dice que: "Causa de justificación es aquélla que conforma a derecho una conducta o hecho, que de otro modo serian antijurídicos".⁷ Y Castellanos Tena opina que "Son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica".⁸ Es interesante hacer notar que, en Alemania, Welzel comparte la misma idea respecto a lo que ocurre con la tipicidad cuando apunta que "Las causas de justificación no excluyen, por consiguiente, la tipicidad de una conducta, sino solamente su antijuridicidad".⁹

Ahora bien, en lo referente al problema de si la operancia de una causa de licitud deja intacta la tipicidad o ésta desaparece, Santiago Mir Puig profundiza al respecto utilizando la Teoría de los Elementos Negativos del Tipo (que él llama de los elementos negativos del supuesto de hecho), considerando que "Las causas de justificación impiden la presencia del hecho prohibido pero no la realización del tipo penal -de lo típico del

⁷ Programa de Derecho Penal: 3ª ed.; México, 1990. p.459.

⁸ Lineamientos Elementales de Derecho Penal: Editorial Porrúa ; México, 1990. p.183.

⁹ El Nuevo Sistema del Derecho Penal: 4ª ed.; Barcelona, 1964. p.59. Al respecto Porte Petit nos dice que "en una hipótesis de causa de licitud, aspecto negativo de la antijuridicidad, concurre la conducta, la tipicidad y no así la antijuridicidad ni las siguientes notas esenciales del delito". Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal: 13ªed.; 1990, p.390. Véase también: Gómez Benitez. Teoría Jurídica del delito: Editorial Civitas, 1ª ed.; Madrid, 1984. p.286-287.

hecho-".¹⁰ Distingue entre lo que denomina "Supuesto de hecho" (que es el significado literal del término alemán tatbestand) y -tipo- en su acepción más exacta o "typus" como lo llama la doctrina alemana. El "supuesto de hecho" comprende una parte positiva que es el "tipo" propiamente dicho, al que corresponden un conjunto de elementos específicos (típicos), y otra parte negativa constituida por la no concurrencia de los presupuestos de una causa de justificación. Conforme a lo anterior, al operar una causa de licitud, queda intocable el tipo positivo, pero desaparece "el supuesto de hecho".¹¹

Sobre las anteriores ideas, Welzel nos dice que "la opinión defectuosa de los fundamentos de justificación, como circunstancias negativas del hecho, tiene un efecto fatal en el ámbito de la Teoría de la Culpabilidad, al tratar el error de prohibición".¹²

En verdad, considerar a las causas de justificación como elementos negativos del tipo no es nuevo, sino que esta Teoría

¹⁰ Derecho Penal: Promociones Publicaciones Universitarias; Barcelona, 1984, p.357. Sobre la Teoría de los Elementos Negativos del Tipo. Cfr., brevemente, Gimbernat Ordeig, Introducción al Estudio del Derecho Penal Español: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; Madrid, 1979, p.33-35.

¹¹ Cfr., Mir Puig, Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho: Bosch Casa Editorial; Barcelona, 1979, p.61-62. Críticamente al respecto: Carbonell, La Justificación Penal. Fundamento, Naturaleza y Fuentes: Edersa; Madrid, 1982, p.77 y ss.

¹² Derecho Penal. Parte general: Editorial Depalma; Buenos Aires, 1956, p.91.

se remonta a Adolfo Merkel y el mayor problema que suscita tal comprensión se da con motivo de la suposición errónea de actuar bajo el amparo de una causa de licitud, dando con ello lugar a una polémica en torno a qué especie de error se da en el caso... si de tipo o de prohibición, lo cual no nos es dable analizar en el presente trabajo.

De lo expuesto observamos que el tipo ha sido efectivamente llenado en su contenido descriptivo, pero, a virtud de la operatividad de una causa de licitud, la antijuridicidad no ha nacido en el ordenamiento jurídico, aunque formalmente sea típico. Por lo anterior, Baumann considera que "el tipo se realiza incluso si existen causas de exclusión del injusto. Para nosotros, no existe únicamente la realización antijurídica del tipo, sino también la realización conforme a derecho del tipo".¹³

Por último, consideramos las causas de licitud como aquellas proposiciones jurídicas que autorizan la comisión u omisión de una conducta o hecho de naturaleza típica, pero que son lícitas por disposición de la ley.

¹³ Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistemas; Editorial Depalma; Buenos Aires, 1981, p.164-190.

B. FUNDAMENTO.

A este respecto es necesario hacer una aclaración, pues a través del tiempo se han formulado teorías que intentan desentrañar el fundamento de las causas de licitud, ora fundamentándolas al amparo de un solo principio común a todas ellas (Teoría Monista), o bien, sujetándolas a un principio común a todas ellas, pero destacando los particulares fundamentos de cada especie de justificante. Ya Jescheck ha dicho que "debe distinguirse entre Teorías Monistas, que creen poder conseguir la explicación de todas las causas de justificación con ayuda de un solo criterio, y Teorías Pluralistas, que reconducen la exclusión del injusto a una pluralidad de ideas jurídicas".¹⁴

De acuerdo con lo anterior, podemos distinguir tres tipos de criterios, que buscan el fundamento de las causas de licitud:

A) Teorías Monistas.- Entre ellas se encuentra la teoría conocida como del fin, de Dohna, como la más conocida; existen otras más como la del "principio de preferente pretensión de respeto del bien" de Schmidhauser, la del "principio del beneficio más que daño" de Sauer, "la idea rectora de la ponderación de valores" de Noll, o la de "correcta regulación social de intereses y contra intereses" de Roxin.¹⁵ Pues bien, Dohna hace consistir su

¹⁴ Tratado de Derecho Penal I: 3ª ed.; Barcelona, 1981. p.443.

¹⁵ *Ibidem*. p.443.

teoría en que no puede existir un injusto donde se utiliza un medio justo para un fin justo, o bien, como señala Maurach: "No es antijurídica una acción típica si se presenta como medio adecuado (justo) para alcanzar el fin de convivencia regulada por el Estado",¹⁶ y es también Maurach quien pone de relieve sus pros y sus contras: "Tiene la gran ventaja de atribuir a los llamados elementos subjetivos de justificación el lugar que les corresponde, encontrándose, sin embargo, sujeta al defecto de casi no representar más que un medio auxiliar sobreentendido en la interpretación de las causas de justificación, de integrar simplemente -un principio regulador-".¹⁷

Sobre el principio acuñado por Sauer designado también con el nombre de "ley jurídica básica", Maurach opina que por ser demasiado abstracto, volatiliza su contenido real en un concepto indeterminado".¹⁸

En fin, Jescheck se refiere a todos los intentos monistas expresando que "sólo le parecen posibles en la actualidad si se construyen las causas de justificación sobre la base de un principio totalmente abstracto y, por ello, forzosamente

¹⁶ Ibíden.

¹⁷ Ibíden. p.362.

¹⁸ Ibíden. p.362. Véase sobre todas estas teorías: Carbonell. Op.Cit. p.41-64.

formal",¹⁹ y De Rivacoba quien apunta que "una cosa es que tengan, todas ellas, la misma naturaleza de causas de justificación, y otra diversa es que posean fundamentos o razones de ser distintas".²⁰ Por último, Del Rosal opina que "hay que inclinarse por una orientación pluralista y destacar el unilateral criterio monista, por cuanto a que la acuñación de las causas de justificación obedece a principios distintos".²¹

B) Teorías Pluralistas.- Tradicionalmente, las causas de licitud se vieron enclavadas en dos principios rectores que pretendían darles fundamento incertándolas según su operatividad en alguno de ellos. Nos referimos al "principio del interés preponderante" (socialmente preponderante como lo llama Jiménez Huerta), y el "principio de ausencia del interés".

a) Principio del interés preponderante (derecho preponderante como más recientemente lo denominó Mezger).²² El penalista alemán nos dice que la "justificación se produce cuando

¹⁹ Op.Cit. I. p.443. El mismo Jescheck añade que "No puede decirse sobre el principio fundamental común a todas las causas de justificación, ya que éstas se basan en particular en combinaciones del todo diversas de factores justificantes.". *Ibíden.* p.444.

²⁰ Del Fundamento a la Defensa en la Legítima Defensa. En Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda: Universidad de Deusto; Bilbao, 1965. p.265, Nota 52.

²¹ Tratado de Derecho Penal Español I: 3ª ed.; Madrid, 1978. p.843. Cfr., Carbonell. *Op.Cit.* p.24-26.

²² Derecho Penal. Libro de Estudio: Cárdenas Editor, 6ª ed; México, 1985. p.163.

frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor que desplaza al primero".²³

Al respecto, el profesor español José Ma. Rodríguez Devesa dice que la razón del principio yace "en que se da una situación conflictiva entre diversos intereses, uno de los cuales es reconocido por el ordenamiento jurídico como de mayor valor",²⁴ y Núñez agrega que "en un Derecho Penal Liberal, el interés prevaleciente coincide siempre con la intangibilidad de los derechos que constituyen el objeto ofendido por los hechos descritos por las figuras delictivas. Esta integridad sólo debe ceder cuando, por las circunstancias del caso, la ejecución de un hecho típico defienda otro interés jurídicamente prevaleciente".²⁵

b) Principio de la ausencia de interés (ausencia de injusto, según la moderna acepción de Mezger²⁶): Manifiesta Rodríguez Devesa que este apotegma "significa que, allí donde cesó de haber un interés que tutelar, desaparece la reprobación estatal por la acción realizada, pues los deberes jurídicos sancionados penalmente, de actuar o abstenerse de actuar, se establecen

²³ Tratado de Derecho Penal I: Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª ed.; Madrid, 1946, p.395. Sobre el principio del interés preponderante: Cfr., Carbonell. Op.Cit. p.27-28.

²⁴ Derecho Penal Español: 8ª ed.; Madrid, 1981. p.483.

²⁵ Derecho Penal Argentino I; Buenos Aires, 1959. p.306.

²⁶ Derecho Penal. Libro de Estudio: 6ª ed.; México, 1985. p.162.

siempre en consideración a la necesidad que determinados intereses jurídicos tienen de ser protegidos por medio de la pena",²⁷ y Mezger señala al respecto que "una justificación con arreglo al principio de ausencia de interés aparece cuando la voluntad, que normalmente se entiende lesionada por la realización típica, no existe en el caso concreto".²⁸

Jiménez de Asúa considera que sólo el principio del interés preponderante puede fundamentar una causa de justificación y rechaza el de ausencia de interés "no sólo porque no es necesario en nuestro sistema en que no aceptamos la -zona intermedia- entre lo justo y lo antijurídico, ni el consentimiento del titular del derecho",²⁹ sino porque "en el supuesto de que la propia víctima no se juzgara tal, porque consciente o inconscientemente faltare en ella interés en un derecho o bien jurídico, quedaría como sujeto paciente el Estado, que como sabemos es en todos los delitos, sujeto pasivo indirecto o ulterior".³⁰

Por su parte, Del Rosal se sitúa en una posición intermedia. Por un lado nos dice que "por el carácter público del orden punitivo la clase de sanciones y la indisponibilidad de buena

²⁷ Op.Cit. p.483.

²⁸ Tratado de Derecho Penal I: 2ª ed.; Madrid, 1946. p.394. Cfr., Carbonell. Op.Cit. p.27.

²⁹ Tratado de Derecho Penal III: Editorial Losada, 3ª ed.; Buenos Aires, 1976. p.1065.

³⁰ *Ibidem.* p.1605. Consúltese del mismo autor: La Ley y el Delito: 2ª ed.; 1954. p.309.

parte de los valores protegidos recorta, en grado sumo, la función justificativa del consentimiento",³¹ pero por otro añade que constituye "causa específica de justificación" en orden al personalismo, para acabar negando su operancia por falta de precepto legal, como causa general de justificación.³²

Nosotros creemos que son muy pocos o quizá ninguno los casos en que el consentimiento puede tener eficacia de causa de licitud. En los tipos que contienen una antijuridicidad especial tipificada, operará como causa de atipicidad por falta del mencionado elemento. Por eso, con acierto ha dicho Castellanos Tena que en estas hipótesis "el consentimiento no opera para fundamentar una justificante sino una atipicidad".³³

Por lo que respecta a los delitos contra la propiedad, pensamos que si el consentimiento se da, ya expresa o tácitamente, el obrar antijurídico (si se pudiera hablar de semejante hipótesis), se encontraría amparado no por el consentimiento, sino por el ejercicio legítimo de un derecho, mismo que ha tenido su origen en el asentamiento del Derecho-habiente como un acto acaecido fuera del ámbito penal. El consentimiento tiene carácter vinculatorio, y produce consecuencias jurídicas de las cuales se derivan derechos y obligaciones que, al ejercitarse, constituyen actos jurídicos

³¹ Derecho Penal Español I (Lecciones): 3ª ed.; Madrid, 1960. p.340.

³² *Idem.* Derecho Penal Español I (Lecciones). p.340-341.

³³ Lineamientos Elementales de Derecho Penal; México, 1990. p.187.

derivados de una convención. Por eso es que Zaffaroni, refiriéndose al tratamiento médico quirúrgico, con toda razón enseña que el consentimiento opera tan solo como un límite al ejercicio de un derecho (causa de justificación) por parte de un tercero, o bien es un límite al encuadre permisivo de la conducta del tercero.³⁴ A su vez, Cobo del Rosal explica que "el consentimiento puede ser reconducido a la causa de justificación prevista por el número 11 del artículo 80 del Código Penal (ejercicio de un derecho), siendo, en definitiva, elemento de ella en ocasiones, puesto que desde el punto de vista genérico el consentimiento por sí solo no tiene operatividad justificante autónoma, sino más bien a través del juego de las causas de justificación estrictamente legales".³⁵

Por último, no aceptamos el inconsistente argumento de la disponibilidad del bien jurídico, primeramente por la razón ya apuntada por Asúa, en el sentido de la pasividad mediata del Estado, y también, porque no existe una directriz taxativa para establecer tajantemente cuáles son los bienes disponibles y cuáles no, lo que va en contra de la seguridad jurídica.

En atención a todo lo anteriormente expuesto, consideramos un error haber incluido el consentimiento del ofendido en el catálogo de eximentes del Anteproyecto de Código Penal para el

³⁴ Tratado de Derecho Penal III: Editorial Ediar; Buenos Aires, 1981. p.543 y ss.

³⁵ Citado por Juan del Rosal en Tratado de Derecho Penal Español I: 3ª ed.; Madrid, 1978. p.857.

Distrito Federal de 1989, y actualmente en el Código Penal (artículo 15, fracción III), posterior a las reformas de 1994.

Volviendo a la anterior exposición, diremos que no ha faltado quien haga reparos a la Teoría pluralista; así, Reinhart Maurach expresa lo siguiente: "Esta distribución si bien resulta inatacable en su construcción, no deja de estar sujeta a reparos en su realización práctica, por sugerir la errónea idea de que existen causas de justificación de distinto grado y, de este modo, distintos grados de conformidad de derecho. Resultan asimismo excesivamente unilaterales, aquellas tentativas de sistematización que pretenden someter al denominador común del interés predominante todas las causas de justificación. La suposición de que una acción típica es, siempre y tan sólo, ajustada a derecho cuando hace prevalecer un interés superior (de superior valor) a costa de un bien menor, no encuentra apoyo alguno en el derecho positivo; se le oponen con claridad la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo".¹⁶

En todo caso, no debemos olvidar que cada causa de licitud tiene características propias que obligan a buscar en cada una de ellas sus particulares fundamentos. Ya Baumann ha dicho (basándose en su argumento de la relación de complementariedad entre norma típica y norma justificante), que "no es posible reconducir todas las causas de justificación a un solo principio

¹⁶ Tratado de Derecho Penal I: 2ª ed.; Barcelona, 1962. p.363. Cfr. Bacigalupo. Manual de Derecho Penal: Editorial Temis, Reimpresión; Bogotá, 1989. p.120.

o a algunos pocos".¹⁷

C) Teorías Mixtas.- Esta directriz tiene dos facetas: la primera es la que toma un principio rector general para toda causa de justificación, pero fundamentando individualmente cada eximente de acuerdo con sus características propias, particulares. La segunda, es aquélla que, sin admitir la existencia del principio general, canaliza sus esfuerzos a descubrir el fundamento característico de cada causa de licitud.

Entre los primeros, encontramos a Zaffaroni; al respecto nos dice que "si bien por cierto se puede admitir la teoría del fin como genérico fundamento, cada causa de justificación tiene el suyo y cualquier otra generalización que quiera ser más precisa corre el riesgo de pasar por alto estas particularidades".¹⁸ Jescheck apunta que "si se busca esclarecer la estructura y el alcance de las distintas causas de justificación, se hace ineludible un punto de vista que ponga de manifiesto la diversidad de su contenido material. Por ello, generalmente se reconoce, incluso por los defensores de teorías monistas, que las particulares causas de justificación manifiestan estructuras diversas".¹⁹ Por su parte, Maurach se muestra categórico al

¹⁷ Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistemas: Editorial Depalma; Buenos Aires, 1981. p.203.

¹⁸ Cfr., Gómez Benitez. Teoría Jurídica del Delito; 1984. p.284.

¹⁹ Op.Cit. I. p.443.

señalar que "la falta de un principio general, útil en la práctica para todos los casos de justificación, explica la solución adoptada también por la teoría dominante, de renunciar por completo a una explicación monista, de las causas de justificación",⁴⁰ pero reconoce que "si bien falta, pues un denominador común a todas ellas, existen sin embargo determinados elementos de justificación, comunes a todas, por distintas que puedan ser en su manifestación externa, siendo siempre idénticas las consecuencias relevantes jurídico-penales derivadas de las mismas".⁴¹

Nosotros aceptamos sin reserva esta teoría, postergando nuestro comentario al respecto para el estudio del fundamento de la legítima defensa. Baste pues con recordar lo expuesto por Gómez Benitez, en el sentido de que "cada una tiene sus propios principios fundamentales, que sirven en la práctica para la interpretación de las mismas y para la fijación de sus límites".⁴²

Por último, siguiendo a Baumann haremos una breve reseña a la teoría de la adecuación social, pues, "además de señalar los principios generales de justificación, debemos mencionar la teoría de la llamada adecuación social".⁴³

⁴⁰ Op.Cit. I. p.363.

⁴¹ Op.Cit. I. p.363.

⁴² Op.Cit. p.285.

⁴³ Op.Cit. p.186.

Por lo tanto, "la adecuación social es en cierto modo la falsilla de los tipos penales: representa el ámbito -normal- de la libertad de acción social, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por eso también quedan excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aunque pudieran ser subsumidas en ellos -según su tenor literal-",⁴⁴ como ocurre por ejemplo, con el tránsito vehicular o las paradas obligatorias del transporte, en donde a nadie se le ocurriría decir que existe una detención ilegal o una privación ilegal de la libertad, respectivamente, en virtud de ser acciones socialmente adecuadas, necesarias para la convivencia comunitaria. Así nos dice Welzel, "hay una doble excepción del precepto según el cual una conducta adecuada al tipo es en principio antijurídica: desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuridicidad; la segunda, está fijada por los fundamentos de justificación que eliminan la antijuridicidad indicada, en virtud de determinadas situaciones excepcionales".⁴⁵

Baumann expone el desarrollo que ha tenido la anterior teoría:

- a) Como una forma de limitar la tipicidad: opina que es

⁴⁴ El Nuevo Sistema del Derecho Penal: Editorial Ariel, 4ª ed.; 1964. p.52,54-56. Sobre la Teoría de la Adecuación Social véase también: Carbonell. La Justificación Penal: Editorial Edersa; Madrid, 1982. p.37-40.

⁴⁵ Derecho Penal. Parte General: Editorial Depalma; Buenos Aires. 1956. p.89.

innecesaria para quienes ven en la tipicidad la comprobación de que un bien jurídico protegido penalmente ha sido lesionado; no existe ningún motivo para restringir la tipicidad de esta manera.⁴⁶

b) Como causa general de justificación: al respecto señala lo siguiente: "para nosotros el orden ético-social no es una causa de justificación, sino fuente siempre de nuevas causas de justificación ajustadas al orden correspondiente".⁴⁷

c) Posteriormente se considera, bien como excluyente de la tipicidad en los delitos culposos, bien como causa general de justificación en los dolosos. Desde luego, el reparo no se hizo esperar al querer darle a una misma idea efectos tan diferentes.

d) Por último, Baumann nos dice que a partir de la novena edición de su Derecho Penal, Welzel eliminó la anterior incongruencia volviendo a su antigua tesis,⁴⁸ que es la que hemos desarrollado en la exposición.⁴⁹

Por su parte, Maurach emite sus crítica en el siguiente sentido: "también Welzel pretende recientemente una generalización de las causas de justificación, subordina la ponderación de bienes a la teoría del fin, y propone además que

⁴⁶ Derecho Penal: Editorial Depalma; Buenos Aires, 1981. p.187.

⁴⁷ *Ibíden.* p.188.

⁴⁸ *Ibíden.* p.189.

⁴⁹ Cerezo Mir, José. Nota 11 en Notas a la Obra de Welzel. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Teoría de la Acción Finalista. p.53.

la teoría de la adecuación social, destinada originariamente a limitar el tipo, sea considerada como principio general de justificación. La inseguridad del concepto de la adecuación social que, desde el punto de vista material, coincide con la teoría del fin, impide que tal punto de vista sirva de cláusula general a las causas de justificación".⁵⁰

Para finalizar, anotemos la crítica de Del Rosal al respecto: "esta doctrina sólo ha traído un doctrinarismo sociológico, valiéndose para instalarla, en el centro de la sistemática delictiva, de un pomposo epigrafe, que tan caros son a Welzel",⁵¹ añadiendo "que en suma, revela una concepción extrajurídica que nada tiene que hacer en la sistemática de los principios de justificación ni en el orden penal".⁵²

C. HIPOTESIS GENERALES DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Vamos a referirnos a lo sustentado por diversos autores tanto nacionales como extranjeros, no sin antes manifestar dos

⁵⁰ Tratado I: 2ª ed.: Barcelona, 1962. p.363.

⁵¹ Tratado de Derecho Penal Español I; Madrid, 1981. p.838.

⁵² *Ibídem.* p.839. Ver crítica sobre la Teoría de la Adecuación Social: Malamud Goti, La Estructura Penal de la Culpa; Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales; Buenos Aires. 1976. p.47-50.

ideas de importancia. Primeramente afirmamos que las causas de justificación deben estar reguladas en la parte general de los Códigos Penales y no en orden a los diferentes tipos que integran la parte especial. En segundo lugar, consideramos que las causas de licitud deben desprenderse de todo el ordenamiento jurídico, y muy especialmente a través del ejercicio de un deber, y no sólo del catálogo establecido en el Código Penal.

Rodríguez Devesa apunta como causas de justificación las siguientes: A) Legítima defensa; B) Estado de necesidad justificante; C) Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho y D) Obediencia debida.⁵³ Del Rosal opina al respecto que "aunque parezca extraño, hasta época muy reciente no se tenía una idea clara ni de sus principios, ni mucho menos de las inscritas en esta órbita. Tampoco hoy se cuenta con seguridad el repertorio de las mismas, pese a que la última palabra la dice la contemplación legal respectiva de cada país",⁵⁴ agregando que "sólo el ius positum nos dará el repertorio de las causas de justificación en especie",⁵⁵ señalando como tales: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, siendo discutible la obediencia debida. Ya por último, dentro de

⁵³ Derecho Penal Español: Artes Gráficas Carasa, 8ª ed.; Madrid, 1981. p.482.

⁵⁴ Tratado de Derecho Penal Español I: 3ª ed.; Madrid, 1978. p.833.

⁵⁵ *Ibidem.* p.843.

la doctrina española, Gómez Benitez considera como tales: la legítima defensa; el estado de necesidad; el cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, discutiéndose sobre si también lo son: la obediencia debida y el miedo insuperable.⁵⁶

Entre los autores latinoamericanos, Zaffaroni hace alusión a grupo de causas de justificación, manifestando lo siguiente: "A) Las que se hallan en la parte general del Código Penal (legítima defensa y estado de necesidad), B) Otras que se hallan específicamente previstas en la parte especial del Código Penal (justificaciones específicas), y C) Otras surgen del enunciado genérico de -ejercicio de un derecho-, que remite a cualquier rama del ordenamiento jurídico".⁵⁷ Por su parte, Alberto A. Campos considera causas de justificación: estado de necesidad; cumplimiento de un deber; ejercicio de un derecho, autoridad o cargo y legítima defensa;⁵⁸ y Novoa Monreal señala que los supuestos de justificación son: "A) legítima defensa; B) el estado de necesidad; C) la amplia justificante del número 10 del artículo 10, en que todas las demás pudieran considerarse incluidas (cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo); D) la omisión por causa legítima de

⁵⁶ Teoría Jurídica del Delito: 1ª ed.; Madrid, 1984. p.286.

⁵⁷ Tratado de Derecho Penal III: Editorial Ediar; Buenos Aires, 1981. p.583.

⁵⁸ Derecho Penal. Libro de Estudio de la Parte General; 1980. p.151.

que trata el número 12 del artículo 10 (impedimento legítimo)".⁵⁹

El maestro Jiménez de Asúa enumera las siguientes: "en la mayor parte de los Códigos hallamos éstas: A) Actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad u oficio. B) Legítima defensa. C) Estado de necesidad: a) Por colisión de bienes jurídicos. b) Por colisión de deberes".⁶⁰ En fin, Malamud Goti basándose en que la necesidad es la única fuente de justificación, considera como tales a la legítima defensa y al estado de necesidad.⁶¹

Pero veamos ahora el estado de cosas en la doctrina nacional. Sobre el particular, Castellanos Tena señala como hipótesis de causas de licitud a las siguientes: A) Legítima defensa. B) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado). C) Cumplimiento de un deber. D) Ejercicio de un derecho. E) Obediencia jerárquica (si el inferior está legalmente obligado a obedecer, cuando se equipara al cumplimiento de un deber). F) Impedimento legítimo.⁶² Carrancá y Trujillo apunta como tales: legítima defensa, estado de necesidad cuando se trata de bienes de desigual jerarquía, de

⁵⁹ Curso de Derecho penal Chileno I; Santiago, 1960. p.340.

⁶⁰ La Ley y el Delito: 2ª ed.; México-Buenos Aires, 1984. p.308.

⁶¹ Legítima Defensa y Estado de Necesidad: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales; Buenos Aires, 1977. p.12 y 15.

⁶² Lineamientos Elementales de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 28ª ed.; México, 1990. p.189.

deber o derecho legales y de impedimento legítimo.⁶³ García Ramírez, al referirse al Código Penal, opina que son causas de licitud: A) el consentimiento del legitimado para otorgarlo, aún cuando entran en colisión bienes de diversa jerarquía, caso que promueve una justificante. B) La legítima defensa. C) El estado de necesidad cuando entran en colisión bienes de diversa jerarquía, caso que promueve una justificante. D) Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho consignado en la ley. E) Impedimento legítimo.⁶⁴

Brown Capdeponat apunta como tales: "1. cumplimiento de un deber, 2. ejercicio de un derecho, 3. obediencia obligatoria u obediencia jerárquica, 4. impedimento legítimo, 5. estado de necesidad, y 6. legítima defensa";⁶⁵ por último, Porte Petit enumera las siguientes: legítima defensa, estado de necesidad (cuando el bien sacrificado es de menor importancia que el salvado), el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho consignado en la ley y el impedimento legítimo.⁶⁶

Son causas de licitud conforme al artículo 15 del Código Penal del Distrito Federal en vigor:

A) La legítima defensa (fracción IV).

⁶³ Código Penal Anotado: 1ª ed.: México, 1962. p.76-77.

⁶⁴ Derecho Penal: UNAM, 1ª Reimpresión; 1983. p.31-32.

⁶⁵ Condiciones Negativas de la Legítima Defensa; México, 1961. p.38.

⁶⁶ Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal: Editorial Porrúa, 3ª ed.: México, 1977. p.151.

- B) El estado de necesidad (fracción V, en la hipótesis de que el bien salvado sea de mayor jerarquía que el sacrificado, para quienes aceptan la teoría de la diferenciación).
- C) Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho (fracción VI).
- D) Impedimento legítimo (fracción VIII, antes de las Reformas al Código Penal publicadas en el Diario Oficial de la Federación en fecha 10 de enero de 1994, para entrar en vigor en fecha 1 de febrero del mismo año, ya que a partir de éstas, se reformó).

CAPITULO III

LA LEGITIMA DEFENSA

A. CONCEPTO.

Al igual que como se procedió en el capítulo anterior al esgrimir el concepto de causas de licitud, enunciaremos algunas definiciones que sobre la legítima defensa se han dado.

Luis Barragán Matamoros opina que "legítima defensa es todo acto que realiza el hombre contra un ataque humano, ilegítimo, inminente o inmediato, para defender su vida, la de sus parientes o extraños y los bienes y derechos de estas mismas personas, siempre que se utilicen medios racionales y proporcionados al peligro que repele y no haya habido provocación suficiente por parte suya".¹ Conocidas son las definiciones que dieron Litz y Jiménez de Asúa. El primero la consideró como "aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho por medio de una lesión contra el agresor";² y el segundo la define como la "repulsa de la agresión ilegítima ,

¹ La Legítima Defensa Actual: Bosch, Cada Editorial, 1ª ed.; Barcelona, 1987. p.6.

² Tratado de Derecho Penal II: 2ª ed.; Madrid, 1927. p.332.

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".³

En Alemania, Sauer nos dice que la legítima defensa es "defensa conforme a derecho de un injusto peligroso y amenazador, según la relación de fuerzas y valores de la situación",⁴ y Dohna anota que "defensa legítima es la defensa contra una agresión antijurídica actual",⁵ por último, Welzel la define "como aquella defensa necesaria para contrarrestar una agresión antijurídica actual llevada contra quien se defiende o contra un tercero".⁶

En Italia, Silvio Ranieri dice que "legítima defensa es la reacción necesaria y proporcionada que se lleva a cabo para alejar de sí o de otro el peligro actual de una ofensa injusta".⁷

Entre los latinoamericanos, Manuel de Rivacoba y Rivacoba,

³ Tratado de Derecho Penal IV: Editorial Losada; Buenos Aires, 1956. p.26.

⁴ Derecho Penal. Parte General: Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1956. p.188.

⁵ La Estructura de la Teoría del Delito: Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1958. p.47.

⁶ Derecho Penal. Parte General: Editorial Depalma; Buenos Aires, 1956. p.91.

⁷ Manual de Derecho Penal I: Editorial Temis, 4ª ed.; Bogotá, 1975. p.212.

señala que la legítima defensa es "el acto típico racionalmente necesario para impedir una agresión ilegítima, realizado por un particular y que recaer sobre el agresor o sobre los medios de que se sirve".⁸ Sebastián Soler nos dice que "llámase legítima defensa a la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada".⁹

La doctrina nacional es abundante en conceptos sobre la legítima defensa, señala Pavón Vasconcelos que la legítima defensa es "repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para bienes tutelados por el derecho",¹⁰ y en otro lugar apunta que "muchos son los tratadistas que han definido la legítima defensa, pero siempre viendo en ella la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas contra el agresor, cuando no traspasa la medida necesaria para la protección".¹¹

Porte Petit la define como "el contraataque (o repulsa) necesario y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente, que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún

⁸ Del Fundamento a la Defensa en la Legítima Defensa. En Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda: Universidad de Deusto; Bilbao, 1965. p.251.

⁹ Derecho Penal Argentino I: T.E.A.; Buenos Aires, 1941. p.402.

¹⁰ Manual de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 6ª ed.: México, 1984. p.309.

¹¹ La Legítima Defensa a la Luz de los Principios Supremos de la Lógica Jurídica: En Criminalia, XXIII, No.3; 1957. p.206.

cuando haya sido provocada insuficientemente".¹¹ Castellanos Tena, por su parte, la define como "repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección".¹²

En fin, Sainz de la Torre, refiriéndose a la fórmula que debería tener el Código Penal, opina que es la repulsa "de una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa y no medie provocación suficiente o inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende".¹⁴

No vamos por ahora a esgrimir nuestro concepto no sólo por parecernos estéril hacerlo, sino porque del contenido general de las ideas que se desarrollarán a continuación, fácilmente podrá desprenderse nuestro parecer acerca de tan importante causa de licitud.

¹¹ Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 3ª ed.; México, 1977. p.501.

¹² Lineamientos Elementales de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 28ª ed.; México, 1990. p.192.

¹⁴ La Legítima Defensa en la Legislación Penal Mexicana; México, 1986. p.100.

B. FUNDAMENTO.

En este apartado se estudiará uno de los puntos decisivos y de mayor trascendencia para el conocimiento de la eximente. En efecto, Luzón Peña ha sido no sólo quien ha expuesto con mayor amplitud el fundamento de la legítima defensa, como bien reconoce Zaffaroni,¹⁵ sino que ha destacado esta importancia en los siguientes términos: "el fundamento tiene además enorme importancia intrínseca, pues condiciona sustancialmente el alcance de todos los requisitos de la legítima defensa; muy especialmente el alcance de cada uno de los aspectos de la agresión ilegítima".¹⁶

Más no siempre ha sido uniforme el criterio usado para determinar el fundamento de la legítima defensa. El desarrollo histórico del derecho penal, no ha conocido siempre el mismo fundamento de su eximente más importante.

Luzón Peña ha dividido en dos grandes grupos las diferentes orientaciones para dar el fundamento, y es por su amplitud y exposición tan completa, que lo seguiremos básicamente en el relato de las diferentes ideas relativas a la fundamentación de la legítima defensa. Pues bien, estos dos grandes grupos son:

¹⁵ Tratado de Derecho Penal III; Buenos Aires, 1981. p.589.

¹⁶ Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa; Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1978. p.16. Cfr., De Rivacoba y Rivacoba. "Del Fundamento a la Defensa en la Legítima Defensa": En Estudios Penales en Honor R.P. Julián Pereda; Bilbao, 1965. p.257.

A) Fundamentos que no conducen a la licitud de la defensa.

B) Fundamentos que conducen a la licitud de la defensa.

A) Dentro de las teorías que no conducen a la licitud de la defensa encontramos:

1. Perturbación de ánimo; conflicto de motivaciones:

Este punto de partida condujo fundamentalmente a dos vertientes que consideraron a la legítima defensa, bien como causa de inimputabilidad, bien como causa de inculpabilidad. La primera se debe a Puffendorf, es el llamado "propter perturbationem animi" que ocasiona la desaparición de la capacidad de querer y entender en el sujeto, convirtiéndose así la eximente en una causa de inimputabilidad. "Dicha formulación ha hallado escasa acogida doctrinal",¹⁷ y la crítica que se le esgrime es que no existe tal anulación de imputabilidad, pues en el último de los casos existen varias hipótesis en que el agredido actúa con conciencia y sangre fría, especialmente en defensa de un tercero, y además, siempre que hubiere inimputabilidad, entraría en juego la eximente, pues bien puede ejercitar la defensa un inimputable o un imputable sin importar su condición personal; ahora bien, tampoco puede constituir una causa de inculpabilidad, como pretendió Uttelwach, pues no sólo se le hacen los mismos reparos que a la teoría original de Puffendorf, sino que, basada

¹⁷ Cfr., Luzón Peña, Op.Cit. p.18

en el instinto de conservación y la inexigibilidad de actuar de otra forma esta teoría, apunta Luzón Peña, "da por supuesto lo primero que tendría que demostrar: que no hay razones que excluyan la antijuridicidad de la defensa, pues sólo entonces se podría pasar a buscar fundamento a la inculpabilidad".¹⁸ Por lo demás, estas teorías no han tenido mayor acogida.

2. Retribución o causa de impunidad:

Sustentada por August Geyer, señala que con la acción de defensa se retribuye un mal (agresión) con otro mal (acción defensiva); situación que funciona en forma similar a la pena. Saltan a la vista los errores de esta tesis; así, Fioretti señala que la pena sigue al delito; la defensa lo precede; además, no sería posible penar al agresor que ya ha sido retribuido por efecto de la defensa, y sin embargo es punido.¹⁹ Otras interesantes críticas son las esbozadas por Luzón, en el sentido de que la pena no es retributiva, sino intimidadora y preventiva.²⁰

B) Toca ahora el análisis de un extenso número de teorías elaboradas a fin de conducir a la licitud de la legítima defensa.

¹⁸ Op.Cit., p.24. Similarmente: Nino, La Legítima Defensa: Editorial Astrea; Buenos Aires, 1982. p.43 y 46.

¹⁹ Citado por Jinénez de Asúa en: Tratado de Derecho Penal IV: Editorial Losada; Buenos Aires, 1976. p.60.

²⁰ Op.Cit. p.27

Son siete los grupos que las agrupan al decir de Luzón Peña:

1. Fundamento evidente.
2. Falta de protección estatal.
3. Instinto de conservación.
4. Protección del bien jurídico.
5. Enfrentamiento de derecho e injusto.
6. Doble fundamento.
7. Intentos generalizadores.

1. Fundamento evidente:

Nos dice sobre ello Luzón Peña que "quizá como la frecuente afirmación de que la legítima defensa es un derecho natural, innato y tan antiguo como el hombre, así como la concepción de que la defensa se enraiza en algo tan profundo como el instinto de conservación del hombre, han dado lugar a que algunos autores estimen que la admisión de la defensa no precisa fundamentación, que su fundamento es prácticamente evidente".²¹ Esta posición nos parece insostenible. No es posible que por el mero hecho de que la ley consagre la eximente, o que, en virtud de afirmarse que la legítima defensa no tiene historia y es evidente que naturalmente los humanos responden ante las agresiones que los ponen en peligro, se tome una salida tan cómoda, y se olvide lo que ya citamos anteriormente: del fundamento que se dé a la

²¹ Op.Cit. p.30. Similarmente: Nino. La Legítima Defensa: Editorial Astrea; Buenos Aires, 1982. p.25-26.

eximente, dependen muchas de sus consecuencias teóricas y prácticas.

2. Falta de protección estatal:

Este es el argumento tradicional de la escuela clásica. En efecto, nos dice Varela Franyutti que "para esta escuela el fundamento jurídico de la legítima defensa está basado, precisamente, en la imposibilidad del Estado de evitar la agresión injusta y de proteger, por ende, al injustamente atacado, virtud por la cual se considera que es justo y lícito que éste se defienda".¹²

Ahora bien, esta teoría tiene diversas vertientes pues no sólo se ha utilizado en forma aislada, sino como presupuesto; "es decir, la licitud de la defensa se funda en otras razones, pero un presupuesto indispensable es que los órganos estatales competentes no puedan intervenir frente a la agresión".¹³ De esta forma tenemos las siguientes teorías:

I. Falta de protección estatal + instinto de conservación: A este giro pertenece Bettioli, quien afirma que acepta el principio de subsidiaridad y nos habla de un instinto natural, una "exigencia natural", en igual forma que Pacheco y Sommerfeld

¹² Ensayo Sobre la Legítima Defensa: México, 1950. p.16. Cfr., Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal; México, 1990. p.142.

¹³ Cfr., Luzón Peña. Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa; Barcelona, 1978. p.33.

II. Falta de protección estatal + necesidad de protección del bien jurídico: pues ellos deben ser protegidos, además de ser una cuestión que "pesa más que el reparo a admitir la violencia del particular".

III. Falta de protección estatal + el derecho no necesita ceder ante el injusto: Así lo considera por ejemplo, Rodríguez Devesa, al decir que el Estado pasaría a negarse de admitir que prevaleciera el ataque del injusto agresor.

En fin, otros autores italianos como Mazini y Vaninni, sostienen la tesis de que se trata de una delegación de la función de policía.

Ya sea que se vea en la subsidiaridad, la delegación de la potestad estatal, o que sólo puede actuarse en legítima defensa cuando el estado no puede intervenir, la crítica será la misma, es decir, esta teoría no explica con razones materiales por qué se permite al particular su propia defensa, o dicho en otros términos, cuál es la razón fundamental que autoriza al particular a repeler al injusto agresor. Ahora bien, como bien dice Luzón Peña, desde el momento en que el peligro se presenta, ya es necesario hacer algo independientemente de que se pueda acudir al estado o esperar a que éste actúe (situación que no presenta ninguna seguridad de que así sea), pues la actualidad de la agresión o su inminencia son síntoma evidente de necesidad. Es por ello que Jiménez de Asúa afirma que "esperar de otros medios, de gritos, de la fuga, etc., eficacia posteriormente juzgada, es

desconocer lo urgente que la defensa se presenta al atacado". Por último, recordemos el pensamiento de Soler al respecto, en el sentido de que no deja de ser lícita la acción defensiva del privado porque esté presente la autoridad, siempre que la acción sea necesaria para evitar la lesión jurídica". En fin, ni siquiera de la ley puede deducirse la tesis de la subsidiaridad.

3. Instinto de conservación:

Sobre esta tesis se han querido basar distintos autores al decir que es el impulso altamente enraizado en lo más hondo del ser humano que surge poderosamente ante la agresión y, frecuentemente va unida a la idea de la defensa legítima como derecho natural. Ya hemos visto incluso cómo fue usada para demostrar la pretendida impunidad de la legítima defensa en teorías como la de Geyer y Kant.

Es Luzón Peña nuevamente, quien habiendo realizado su profundo análisis, nos ofrece las fallas de que adolece esta teoría:

- a. No sirve para fundamentar la legítima defensa como causa de licitud, sino más bien de inculpabilidad al "disculpar" la ley el elemento subjetivo consistente en el ánimo de conservación.
- b. La fórmula no es amplia, es decir, no considera más que las agresiones contra los bienes jurídicamente tutelados de la vida y la integridad corporal, pues no puede decirse que en la defensa de la propiedad o derechos se actúe con un ánimo o instinto de

conservación.

c. La subjetividad del instinto varía de persona a persona , y puede manifestarse también contra agresiones justas.

d. Es de naturaleza muy relativa y casi imposible en la defensa de terceros en donde ya no es la propia conservación lo que impulsa a la defensa, sino el amor a los parientes, a la solidaridad con los terceros extraños injustamente agredidos.

Es el momento de hacer una referencia al fundamento adoptado por el positivismo para la legítima defensa. Tanto Ferri, Fioretti, Zerboglio y Florian, adoptan modelos subjetivos para fundamentar la eximente. El primero, lleva su pensamiento hasta el punto de considerar a la defensa, legítimamente fundada en la justicia misma de su actuación, o sea, que este autor atiende preferentemente los motivos de la defensa, es decir, es preciso que los motivos determinantes no sean antisociales. Los dos siguientes utilizaron el criterio de la temibilidad, afirmando que el agresor era un sujeto peligroso y la repulsa de su injusto ataque cumplía una función social, de forma tal que se presentaba una ocasión para que el estado analizara la peligrosidad de los sujetos. Por último, Florian juzga a la legítima defensa como excluyente del elemento subjetivo del delito. Jiménez de Asúa nos dice al respecto que "los positivistas enturbiaron terriblemente el problema, con su deseo de subjetivismo quisieron integrar con el móvil la naturaleza de esta causa eximente de responsabilidad, ubicando en su tratado a Ceniceros y Carrancá y Trujillo como

seguidores de estas tesis. (Tomo IV. Buenos Aires, 1976. p.72.)

4. Necesidad de protección del bien jurídico:

Se afirma sin duda alguna que es necesario defender, proteger los bienes jurídicamente tutelados. El problema es que, como correctamente nos dice Luzón Peña, inmediatamente surge el cuestionamiento relativo al porqué de la necesidad de defender bienes jurídicos contra agresiones injustas, es decir, por qué la defensa es lícita, ya que prescindir del dato de la antijuridicidad equivaldría a renunciar a la autonomía de la legítima defensa frente al estado de necesidad, pues ambos "se fundamentan en la necesidad";¹¹ y, por otra parte, aceptar legítima defensa del ladrón contra los policías que lo agreden a balazos a fin de evitar su huida o de un condenado a muerte por su verdugo, en virtud de que, en efecto, concurre la necesidad: Por ello, no basta la necesidad de la defensa de bienes jurídicos, sino que además, debe autorizarse legalmente la acción defensiva frente a la agresión.

No obstante veremos, que las anteriores ideas sobre la necesidad de protección de bienes jurídicos son, por decirlo así, "la mitad de la teoría correcta" formulada por los alemanes, pero que ya se había mencionado, aunque no con tal precisión, en América.

¹¹ Cfr., Malamud Goti. Legítima Defensa y Estado de Necesidad: Coordinadora de Derecho y Ciencias Sociales; 1977. p.12.

5. Enfrentamiento de Derecho e injusto:

Bajo este contexto se agrupan varias teorías que poseen similitudes y diferencias.

I. Primeramente tenemos la fórmula de los hegelianos, que considera al injusto como "la nada", y al derecho (ordenamiento jurídico) como "el todo", lo sustancial, siendo así las cosas. "si la agresión injusta es la negación del derecho, la defensa es la negación de esta negación y, por tanto, la afirmación del derecho, siendo su fin la anulación de la injusticia",¹⁵ al respecto, Luzón Peña opina: "en la fórmula de los hegelianos hay algo acertado: haber destacado el papel del injusto agresor y haber resaltado la afirmación del Derecho. Pero la fórmula peca de exageración; ni siquiera desde el punto de vista valorativo-jurídico se puede afirmar que el injusto sea nada y no exija la menor consideración. Pues la defensa sólo se admite dentro de lo preciso: el requisito de necesidad del medio impone el deber de causar el menor daño posible al agresor, es decir, de guardar frente a él la mayor consideración factible, lo que sería inexplicable si realmente el injusto fuere la nada".¹⁶

II. Posteriormente aparece la tesis de Ihering que considera que

¹⁵ Cfr., Varela Franyutti, Op.Cit. p.15. y Castellanos Tena. Lineamientos Elementales del Derecho Penal; México, 1990. p.192.

¹⁶ Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa; Barcelona, 1978. p.50.

existe, en la legítima defensa, una "lucha" o enfrentamiento entre agresor (injusto) y agredido "derecho", existiendo la necesidad de defender el orden jurídico como un deber del ciudadano.

Ahora bien, es evidente que esta tesis despersonaliza al agresor y al agredido, trasladando el fundamento a una categoría supraindividual. Ya veremos cómo opera esta opinión al señalar el fundamento correcto; lo que no se puede afirmar con certeza es que la legítima defensa sea un deber. En efecto es una facultad, pero a nadie se le puede obligar a defenderse.

III. Señala Luzón Peña que existe una corriente que, partiendo de las anteriores ideas, considera que con la defensa legítima se protege el orden jurídico, ya sea defendiéndole o reafirmandole ante la agresión antijurídica.

IV. Por último, existen otras ideas similares que hablan de que el derecho no tiene necesidad de ceder al injusto, y así opina el autor alemán Jescheck cuando afirma que "la idea que sirve de base a la legítima defensa sigue siendo la siguiente: el Derecho no tiene por qué ceder al injusto, por mucho que este principio haya experimentado crecientes restricciones esenciales por virtud del principio de consideración social".²⁷ El principio es correcto en su esencia, pero es necesario recalcar que el Derecho

²⁷ Tratado de Derecho Penal I; Barcelona, 1981. p.459.

no debe ceder ante el injusto agresor, pues injusto podemos encontrar en muchas otras acciones que dan lugar a otras causas de justificación y en las cuales este principio no tiene aplicación tan drástica como en la legítima defensa. Otra de las virtudes de la idea que comentamos es que explica absolutamente la no subsidiaridad, pues si el derecho no tiene por qué ceder, no es necesario esperar a acudir a la autoridad, ni fugarse o eludir la agresión.

Como corolario de estas ideas diremos que presentan sutilezas jurídicas en la forma en que se aprecian, pero que explican muchas de las soluciones que se tomarán en adelante para explicar pormenores de la legítima defensa.

6. Doble fundamento:

Antes de entrar al análisis de esta teoría queremos adelantar que es la que consideramos correcta. Se gestó en la Doctrina Alemana Contemporánea, aún y cuando creemos apreciarla ya en las ideas de Soler, aunque él no advirtió las importantísimas consecuencias que de ella se derivarían. Por otra parte, es también la tesis que han recogido varios autores españoles, por ejemplo, Luzón Peña. Otra aclaración que debemos hacer antes de estudiarla, es que es una teoría sin duda ecléctica, pues se forma con dos ideas anteriores. Las consecuencias de aceptar este fundamento no conllevan a todos los autores a las mismas soluciones, como se verá a lo largo del

presente trabajo.

Vamos primero a referirnos a algunos autores alemanes que se adhieren a la teoría del doble fundamento. Stratenweth nos dice la respecto que "se presenta la circunstancia de que la intervención para repeler no solamente amenaza un bien determinado sino el orden normal", y que "por tanto, el interés preponderante se puede ver siempre desde el punto de vista del agredido, que defiende en su derecho al mismo tiempo los intereses comunes y el derecho objetivo-".¹⁸ Roxin opina que "en la legítima defensa, por ejemplo, los principios de autoprotección y de prevalencia del derecho son los que sirven de base a la regulación legal".¹⁹

Jescheck opina que "por una parte, la legítima defensa puede concebirse jurídico-individualmente, como derecho que por naturaleza corresponde a todo hombre de autoafirmarse mediante la defensa de su propia persona frente al ataque antijurídico de otro", y continua diciendo que "por otra parte, sin embargo, la legítima defensa puede entenderse también jurídico-socialmente. En este sentido es el ordenamiento jurídico el que no tiene por qué ceder al injusto". Termina afirmando que "la facultad de autoprotección y la idea de afirmación del Derecho se hallan también en la base de la configuración de la legítima defensa en

¹⁸ Derecho Penal: 2ª ed.; Madrid, 1982. p.139.

¹⁹ Política Criminal y Sistema de Derecho Penal; Barcelona, 1972. p.57.

el derecho vigente".³⁰

Ahora bien, de suma importancia es desarrollar las ideas de Luzón Peña al respecto, pues él es quien más hondamente ha tratado el tema.

La idea del prevailecimiento del orden jurídico expresado al aceptar el lado de la posición individual que fundamenta a la legítima defensa se toma, al decir del autor citado, de la teoría de los fines o funciones de la pena, donde se habla del prevailecimiento del Derecho para indicar la función de prevención general o de intimidación de la pena. Esto significa para la legítima defensa una función de prevención general similar, es decir, al concebir a la legítima defensa de modo tal, que uno de sus componentes es la prevención del Derecho, se le asigna una función de prevención general.

En virtud de ello, si la legítima defensa logra que prevalezca el orden jurídico frente al injusto agresor, cumple una excelente función intimidatoria superior a la de la pena en virtud de que ésta no se pudo imponer tan rápidamente, y como sabemos, para que la pena funcione es necesario su pronta imposición. Estas anteriores premisas no significan que la función de prevención e intimidación que realiza la legítima defensa se la única; también cumple la importantísima función de proteger los bienes jurídicos individuales (doble fundamento).

Así lo considera también Gómez Benitez, pues afirma que "el

³⁰ Tratado de Derecho Penal I; Barcelona, 1981. p.459-460.

principio de autoprotección está en el fundamento de la legítima defensa porque ésta tiene una orientación preventiva, y, más concretamente, de prevención general: es decir, que sirve de advertencia a los hipotéticos agresores, que saben que frente a sus acciones antijurídicas el Derecho declara preponderante el interés del agredido y le faculta, en consecuencia, para lesionar -sin necesidad de ponderación- bienes jurídicos del agresor. Esta autorización comporta, evidentemente, intimidación para el agresor, que sabe que debe enfrentarse a una posible reacción -incluso más grave que su propia agresión- del agredido".³¹

Ahora bien, debemos entender que no es de importancia la conciencia que el agredido tenga o no de defender el orden jurídico, repeliendo el ataque injusto, pues al Derecho no le interesa la conciencia que tengan los particulares, mientras los fines del mismo se lleven a cabo; de otra manera, sería algo parecido a hacerle perder unilateralidad a la norma. Debemos concluir que si se opta por la idea de que mediatamente se realiza la defensa o el mantenimiento del Derecho, con claridad se aprecia el doble fundamento de la legítima defensa.

Pero no solamente estas razones son de peso para considerar el doble fundamento de la legítima defensa. Sigue otra de importancia trascendental: su diferenciación con el Estado de necesidad.

Primeramente debemos desechar que se funden en elementos

³¹ Teoría Jurídica del Delito: 1ª ed.; Madrid, 1984, p.320.

idénticos por provenir ambos de una necesidad, pues de lo contrario resultaría incomprensible porqué son figuras autónomas. En el Estado de necesidad se enfrentan un derecho y otro derecho o, si se quiere, un bien jurídico y otro bien jurídico. En cambio, en la legítima defensa se enfrentan un derecho (e incluso el mismo derecho -orden jurídico-) y el injusto. Otra diferencia se palpa en el hecho de que la defensa es motivada por una agresión injusta y el Estado de necesidad no, por lo que la repulsa se efectúa exclusivamente sobre el agresor.

Por otra parte en la legítima defensa no hay colisión ni ponderación de bienes, no sólo porque de su lado está el bien jurídico individual y el orden jurídico, sino además porque el agresor, en virtud de su enfrentamiento con el orden jurídico, ocasiona que sus bienes dejen de estar jurídicamente protegidos en tanto sea preciso para la defensa.

Pero la consecuencia más importante es que en la legítima defensa no se requiere proporcionalidad, como equivocadamente se ha venido sosteniendo por muchos autores. Así lo reconocen entre otros Sauer, Maurach, Statenweth, Gómez Benitez, Wessels, Hirsch y Rodríguez Devesa.

No obstante, algunos de los penalistas anteriores, mencionan que sólo es "en principio", o cuando no sea la desproporción "insoportable", o bien, admitiendo restricciones ético-sociales a la legítima defensa como lo hace Roxin, cuando apunta que: "La autoprotección y la prevalencia del Derecho encuentra sus límites

comunes únicamente en el principio, rector de todo ordenamiento jurídico, de la proporcionalidad, que conduce a la renuncia de la legítima defensa en los casos de absoluta desproporcionalidad de los bienes que están en conflicto".¹¹ De todas formas, trataremos con más profundidad el asunto al referirnos a la necesidad de la defensa y a la racionalidad del medio.

Con relación a la no proporcionalidad expongamos, por último, el criterio de Gimbernat Ordeig. Dice el penalista español: "lo que distingue a la reacción del estado de necesidad de la legítima defensa es que, mientras que en aquél hay que observar los límites de la proporcionalidad y el mal causado no debe ser mayor que el que se impide, en la legítima defensa la lesión que se causa puede ser de mucha mayor gravedad que el mal que se trata de evitar", y finaliza adoptando el criterio de Rodríguez Devesa en el sentido de que si hubiese tal proporcionalidad, no sería necesaria una fórmula distinta a la del estado de necesidad.

Por lo demás, nuestro dispositivo vigente no exige en ninguna de sus líneas tal proporcionalidad.

De acuerdo a las anteriores ideas, Luzón Peña sintetiza su pensamiento de la siguiente manera: "El fundamento de la eximente es, efectivamente, doble. Tiene un lado individual, consistente

¹¹ Política Criminal y Sistema de Derecho Penal: Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1972. p.58. En el mismo sentido: Racigalupo. Manual de Derecho Penal: Editorial Temis, Reimpresión; Bogotá, 1989. p.123-127.

en la necesidad de defensa del bien jurídico particular, y un lado supraindividual: la necesidad de defensa del orden jurídico".

No cerraremos este apartado sin antes referirnos a lo que ya habíamos advertido al inicio del mismo. Decíamos entonces que ya nos parecía ver esta idea gestada en el penalista argentino Sebastián Soler cuando escribe: "Pero no se concibe un orden jurídico en el cual los particulares deban limitarse a presenciar pasivamente la cotidiana violación del Derecho, el que con su acción evita que suceda lo que la Ley no quiere que ocurra, cumple la ley en el sentido más puro; de él puede decirse que es, a un tiempo, súbdito y centinela de una ley a la que obedece en lo más íntimo de su ser, donde ésta ya no tiene poder de coacción".

Sin embargo, Malamud Goti, sin aceptarlo expresamente, sí se refiere al doble fundamento cuando enseña: "el principio de autoprotección y prevalencia del derecho, carece en ciertos casos de la relevancia social que torne aceptable la defensa", refiriéndose con esto último a las reyertas entre cónyuges donde no juega papel alguno el prevailecimiento del Derecho, lo que nos parece equivocado; baste sólo con recordar el primer párrafo del artículo 4º Constitucional, que establece: "El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia". Similarmente, Gómez Benitez.

Ha quedado establecido lo que consideramos el fundamento de

la legítima defensa. Mucho de lo que en adelante se alcance irá en función directa de estas ideas. Sólo nos resta analizar las teorías que pretenden obtener un fundamento absoluto para todas las causas de justificación; sobre ellas, ya nos referimos más brevemente con oportunidad de establecer el fundamento de las causas de licitud y, en ese momento expresamos nuestro rechazo; advirtiendo que cada contranorma tiene características propias que obligan a buscar en ellas sus particulares fundamentos.

7. Intentos Generalizadores:

Bajo este rubro se agrupan dos teorías, primeramente la de colisión de intereses o bienes, ponderación de intereses y el principio del interés preponderante; y, en segundo lugar, la famosa teoría del fin, ambas ya conocidas por nosotros.

I. Las teorías que aquí nos ocupan se basan fundamentalmente en la afirmación de que en toda causa de justificación se enfrentan intereses o bienes jurídicos, siendo necesario elegir entre ellos con arreglo a su mayor valor.

Vamos a enumerar únicamente los reparos que se le hacen en relación con la legítima defensa y que son del todo fundados: Primero.- Como bien dice Rodríguez Devesa, es necesario falsear esta teoría para dar cabida a la legítima defensa, ya que el interés del agresor queda, con motivo de la agresión, por debajo de la del agredido.

Segundo.- Estas ideas solamente tienen cabida en el estado de necesidad donde existe ese enfrentamiento de intereses.

Tercero.- En la legítima defensa no existe colisión de intereses al enfrentarse derecho e injusto.

Cuarto.- Favorece la equivocada idea de que la legítima defensa se rige por el principio de proporcionalidad.

Quinto.- Generalizan y abstraen exageradamente el fundamento de todas las causas de justificación.

II. La teoría del fin, que se atribuye a Dohna, nos dice que debe existir adecuación entre medio y fin; es decir, acciones lícitas sirven de medio adecuado para conseguir un fin acorde con el orden jurídico, por lo que se trata entonces de acciones justificadas.

Esta teoría es totalmente insuficiente para explicar el fundamento no sólo de la legítima defensa, sino de cualquier causa de licitud. Por ello, frecuentemente se le han unido otros criterios para robustecerla.

C. NATURALJEZA.

Ya hemos visto sobre las teorías que en su momento pretendieron considerar a la legítima defensa como causa de

inimputabilidad, de inculpabilidad y de impunidad y expusimos su crítica; actualmente es unánime la aceptación de que la legítima defensa es una causa de justificación o de licitud.

Como sería prolijo o innecesario enumerar tantos autores que así la consideran, remitimos a la extensa obra de consulta bibliográfica del maestro Porte Petit ³³ en donde se señalan muchos de los tratadistas que han destacado su naturaleza de causa de licitud.

También se le ha llamado de diversas formas como son "legítima defensa" que es la más recurrida, "defensa necesaria", "defensa legítima", "legitimidad de la defensa", "defensa justificada", etc..

Lo que interesa destacar en este apartado es si se trata de un derecho y de qué clase de derecho. Algunos la han considerado como derecho natural argumentando que es inherente al hombre o alegando su consustancialidad a la persona. Otros alegando que es un derecho originario e inmutable y algunos más basándose en el instinto de conservación. Gieb ha hecho famosa la frase de que la legítima defensa no tiene historia. Sin embargo, como bien apunta Luzón Peña, esto no es así, pues en otras épocas se castigaba (no importando cuál fuera la índole del castigo) al defensor, muy especialmente en el caso de defensa de terceros.

Ahora bien, nosotros creemos particularmente que si la

³³ Cfr., Programa de Derecho Penal: Editorial Trillas, 3ª ed.: México, 1990. p.472-473.

legítima defensa es un derecho, lo es porque el mismo orden jurídico así lo ha otorgado, al menos dentro de nuestro sistema normativo. No vamos a entrar a la polémica que existe respecto de las garantías individuales, en el sentido de si éstas son otorgadas por la Constitución o son previas al Estado. Sea como fuere, tanto si son otorgadas como si son reconocidas, en el artículo 10 de la propia Ley Suprema se reconoce implícitamente a la legítima defensa, siendo por tanto, un hecho, que se trata de un derecho otorgado por el ordenamiento jurídico.

Nuestra opinión no intenta en modo alguno dejar de lado la tan controvertida idea del derecho natural. Únicamente que, hasta por seguridad jurídica, es preferible interpretar de esta manera, es decir: el orden jurídico reconoce u otorga el derecho de legítima defensa. Por lo demás, lo anterior carece de importancia práctica.

Por último, queremos manifestar que compartimos la idea sustentada por Luzón Peña y Malamud Goti, en el sentido de ser preferible la utilización del término facultad para designar la naturaleza de la legítima defensa en virtud de dos consideraciones.

Primeramente, porque como bien dice Luzón Peña, se evita el "confundir ejercicio de un derecho y legítima defensa, que son dos causas de justificación reguladas separadamente por la ley", y en segundo lugar, porque "lo que en verdad cobra vigencia en estos casos es la facultad de realizar el tipo como consecuencia

de resultar éste el medio necesario para salvar un interés social superior".

No obstante lo anterior, no existe mayor inconveniente en el empleo de una u otra expresión, pues "la palabra -derecho- está demasiado entendida como para que fuera aconsejable realizar esa sustitución".

D. CALIDAD Y NUMERO DE SUJETOS.

Unicamente haremos una somera revisión del punto, en virtud de no representar mayor dificultad; así lo reconoce Magaldi, cuando escribe que la cuestión ha sido silenciada por la doctrina y la jurisprudencia en razón de que no plantea problemas arduos.

Nos dice Vela Treviño que "el principio general es que son sujetos los titulares de los bienes o intereses en conflicto, debiendo agregarse, en algunos casos al que defiende intereses ajenos". Son siempre por lo menos un sujeto activo y otro pasivo los que intervienen en una situación de defensa. Apunta el autor citado que "activo será quien pueda realizar el acto defensivo y pasivo será quien por atacar ilegítimamente pueda ser víctima de la reacción justa y legítima del sujeto activo como toda

persona humana titular de bienes jurídicos".¹⁴ Lo que interesa destacar aquí, es que al referirse a persona humana, queda de lado la posibilidad de que la persona moral sea capaz de llevar a cabo una legítima defensa "ya que los posibles actos de defensa de éstas se tienen que realizar al través de personas físicas", o bien, por "uno de sus miembros", operando en el caso una hipótesis de defensa de terceros.

Es importante destacar lo dicho por Vela Treviño, en el sentido de que el Código Vigente, con alta técnica, reduce al sujeto activo tan sólo al "acusado", es decir, entendido procesalmente como imputable, persona capaz para efectos penales; sin embargo esto no es así, pues el término se refiere a cualquier persona que interviene materialmente en el hecho lesivo para intereses jurídicamente protegidos, por lo que la connotación que debe usarse es la realística y no la procesal, más aún, cuando el juez puede decretar la eximente en cualquier etapa procesal en que aparezca plenamente probada. El Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1989, corrige esta deficiencia al eliminar de su redacción el término "acusado".

Sujeto pasivo, nos dice Vela Treviño, "puede serlo cualquier ser humano", o como dice Jiménez de Asúa, "cabe legítima defensa contra cualquier ataque actual o inminente, de índole ilegítimo,

¹⁴ Tratado de Derecho Penal IV: Editorial Losada, 3ª ed.; Buenos Aires, 1976. p.96.

que venga de una persona". Debemos destacar aquí la opinión de Maurach en el sentido de considerar agresor a un "ser viviente", independientemente de que un animal no agrede en sentido jurídico-penal por no poderse entender bajo este aspecto su acción, desde el punto de vista de la antijuridicidad de la agresión, menos es concebible tal postura.

Cuantitativamente hablando, *Porte Petit* ha concretizado las hipótesis que pueden presentarse respecto de los sujetos en la legítima defensa:

- a) Legítima defensa propia: son cuando menos dos sujetos: el injusto agresor y el que se defiende legítimamente.
- b) Legítima defensa a favor de terceros: son como mínimo tres sujetos: el injusto agresor, el injustamente agredido y el que interviene a favor de este último.
- c) Defensa en caso de auto-agresión: son por lo menos dos sujetos: el auto-agredido y el que interviene en su favor.¹⁵

¹⁵ Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 13ª ed.; México, 1990. p.395.

CAPITULO IV
REQUISITOS POSITIVOS DE LA
LEGITIMA DEFENSA

A. AGRESION.

Comenzamos con el estudio del pilar lógico y cronológico, básico y esencial, de la legítima defensa. En efecto, los autores han destacado de diversas formas la importancia de la agresión en virtud de ser "presupuesto imprescindible", base y semilla donde nace y surge la legítima defensa, elemento esencial, requisito más importante, por excelencia de carácter positivo y, condición sine qua non. En suma constituye, al decir de Rivacoba y Rivacoba, "el hecho generador, la base y fundamento esencial de este derecho". Así, no cabe duda de que la agresión revista, significativamente, importancia que ha dado lugar a múltiples planteamientos en torno a su concepto, requisitos, clases, etc.

1. CONCEPTO.

Se han producido infinidad de conceptos sobre la agresión.

Hoy en día, la mayoría de las definiciones se pueden englobar, con sutiles diferencias, en la siguiente: agresión es toda conducta humana que amenaza con lesionar o lesiona bienes jurídicamente protegidos. No obstante, aclaremos que al decir "lesiona" un bien jurídico, nos referimos a que el riesgo o el peligro subsisten todavía y es posible anular, aunque sea parcialmente, tal situación.¹

Esta es la idea absolutamente esencial de la agresión en orden a la legítima defensa aún cuando, más adelante, hagamos referencia a su significación etimológica. En realidad, muchas veces los autores introducen elementos relativos al sujeto del que proviene la agresión, su materialidad, el elemento de la violencia, etc., o bien, definen la agresión pero ya como ilegítima, es decir, con el añadido de la ilicitud que más adelante estudiaremos.

2. AGRESION MEDIANTE OMISION:

No se cuestiona si se puede agredir mediante una acción; más aún, se ha considerado muchas veces que solamente es posible agredir a través de una acción. Así Von Litz opina, al dar su concepto de agresión, que ésta sólo es posible "por medio de un

¹ Cfr., Luzón Peña, Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa; Barcelona, 1978, p.140-141.

acto positivo".² Recientemente, Gómez Benitez ha considerado que, "debe discutirse la conveniencia político-criminal y el apoyo legal que pueda tener la consideración de una omisión propia o impropia como agresión",³ y continúa diciendo que, "la base legal para negar a la omisión un lugar en la legítima defensa es que no constituye agresión. ...ni lingüísticamente parece admisible que el que omite agrede, ni preventivo generalmente parece acertado permitir la desproporción característica de la legítima defensa frente a quien se abstiene de interferir -contra su deber- en un proceso causal".⁴ Esta innovadora tesis lleva al autor a decidirse por el estado de necesidad como resolución a los casos de puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos a través de una omisión con la consiguiente exigencia de proporcionalidad.

No nos parece correcto lo anterior. Es cierto el argumento lingüístico, pero no coincide con el jurídico. Es perfectamente imaginable la agresión mediante omisión (muy especialmente la comisión por omisión), y así lo ha puesto de relieve la doctrina con numerosos ejemplos. Pero tampoco puede afirmarse que deba existir proporcionalidad en una repulsa de agresión omisiva, pues si tenemos en cuenta que sólo puede hablarse de agresión cuando

² Cfr., Varela Franyutti. Ensayo Sobre la Legítima Defensa; México, 1950. p.39.

³ Gómez Benitez. La Teoría Jurídica del Delito; Editorial Civitas; Madrid, 1984. p.336.

⁴ *Ibiden.* p.337.

es dolosa, los mismos límites (que posteriormente se analizarán), deben regir frente a una agresión activa que frente a una omisiva, pues la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico será la misma en ambos supuestos.

Ahora bien, no puede dejarse de ver que en muchas ocasiones de agresión omisiva, la defensa se dirige a favor de un tercero; y más acorde sería llevar a cabo el acto que impone el deber jurídico de obrar, o, si se quiere, la posición de garante, el propio tercero defensor, que constreñir al agresor omisivo a efectuarlo, hecha excepción, desde luego, de acciones que requieran un conocimiento que sólo posee quien omite.

También es cierto que, si consideramos que el objeto de la defensa frente a una agresión omisiva es provocar la actuación esperada y exigida, en no pocos casos, la propia acción defensiva podría dejar inutilizado al agresor para ejecutarla.

Independientemente de lo anterior, la doctrina discute si, aceptando que la omisión es constitutiva de agresión, tanto la omisión propia como la comisión por omisión, o sólo esta última, puede originar una legítima defensa.

Partidario de la última opinión es Luzón Peña, quien opina que "sólo será agresión la omisión que ponga en peligro un bien jurídico particular", agregando que, "en cualquier caso, la omisión propia queda excluida del concepto de agresión, porque no pone en peligro ningún bien jurídico individual, sino a lo sumo un -bien jurídico- supraindividual (por ejemplo, la

solidaridad humana en la omisión de socorro), y la agresión ha de dirigirse contra bienes personales, como lo exige el fundamento de la legítima defensa".⁵

Zaffaroni objeta la anterior idea al señalar que "si bien la omisión propia se funda en un deber general de solidaridad, no por ello tutela únicamente en sentido de solidaridad social, sino que éste resulta tutelado sólo secundariamente. La omisión de socorro pone en peligro la vida o la integridad física de las personas, al igual que la omisión de denunciar el plan de un homicidio, no nos cabe duda que puede actuar en legítima defensa quien es puesto en peligro con la omisión de auxilio o quien puede resultar víctima del homicidio cuya denuncia se omite".⁶

No es fácil resolver este problema. Es cierto que es mucho más palpable el riesgo, el peligro que se advierte para bienes jurídicos en el resultado material por omisión. También es verdad, como piensa Luzón Peña que no es posible la defensa de bienes jurídicos supraindividuales (Orden Jurídico como tal, solidaridad humana, etc.).⁷

Creemos que no es posible apreciar tan estrechamente el bien jurídico en la omisión propia, Rudolphi considera que: "en general pueden describirse los bienes jurídicos fundamentales

⁵ Luzón Peña. Op.Cit. p.161 y 461.

⁶ Tratado de Derecho Penal III: Editorial Ediar; Buenos Aires, 1981. p.599.

⁷ Derecho Penal Español. Parte General: Editorial Artes Gráficas; Madrid, 1981. p.543.

como funciones importantes para la vida social en el ámbito de la Constitución. O dicho de otra manera, se trata de unidades funcionales valiosas para nuestra sociedad regida constitucionalmente, y por lo tanto, también para la posesión y la libertad de los ciudadanos individualmente considerados".⁸

En consecuencia, si bien es cierto que la omisión propia no pone directamente en peligro un bien jurídicamente tutelado de carácter individual, palpable es también que indirectamente y a efecto de la eximente, existe la agresión que pone en peligro la vida o la integridad corporal al omitir el deber jurídico de obrar y, por lo tanto, se hace necesaria la defensa del agredido. Mas a favor de un tercero, debe admitirse que difícilmente puede entrar en juego la defensa en el caso de la omisión de socorro u omisión de denuncia de un delito, pues usualmente faltará la necesidad de defensa si el mismo tercero puede llevar a cabo la acción esperada y exigida.

En cualquier caso, es importante el análisis concreto del caso a estudio, tomando en cuenta tres situaciones resaltadas por Luzón Peña:⁹

- I. Verificar si la omisión constituye por sí misma agresión.
- II. Si un tercero, en vez de emplear la violencia sobre el agresor por omisión, puede él mismo, realizar la acción (sin

⁸ "Los Diferentes Aspectos del Concepto de Bien Jurídico". En Nuevo Pensamiento Penal: Editorial Depalma, Año 4, Nos.5-8; 1975. p.344.

⁹ Op.Cit. p.171-173.

dejar de considerar los casos de acciones omitidas que requieren conocimientos especiales).

III. Considerar ampliamente el bien jurídico puesto en peligro.

3. PROBLEMATICA DE LA VIOLENCIA:

Con anterioridad a la reforma penal de 1985, el maestro Porte Petit escribía lo siguiente: "pensamos que siendo la agresión una conducta con la cual el agresor pone en peligro un bien jurídicamente protegido, no hay razón alguna para que se exija que dicha agresión sea violenta, por ende, la agresión no requiere siempre la violencia, pues existen agresiones sin que ocurra ésta; lo cual es indebido", ya que "no es explicable que los Códigos exijan que la agresión sea violenta, por la sencilla razón, que ésta puede no ser violenta".¹⁰

En España, ha sido severamente criticado este elemento que no es propio de la definición legal, sino que constituye una exigencia jurisprudencial derivada de la tradicional concepción de "acometimiento material" como equivalente de agresión por el Tribunal Supremo. Así, nos dice Magaldi que "para la configuración del concepto jurisprudencial de agresión... el ataque físico a la persona o a los derechos del sujeto sobre

¹⁰ Cfr., "Reforma Penal de 1984" .En Hacia una Reforma del Sistema Penal: INACIPE; 1985. p.378.

quien recae la agresión ilegítima, debe ser, además violento".¹¹ Igualmente, en referencia a la jurisprudencia, Córdoba Roda opina que "la simple conducta lesiva, carente de este carácter violento, no representa en nuestro derecho, según declara la jurisprudencia, una agresión".¹²

Sin embargo, tanto Mir Puig, como Gómez Benitez opinan que la jurisprudencia ya no sigue el criterio de restringir la agresión con elementos extralegales. Así nos dice Gimbernat Ordeig que, "esta tesis (Agresión Violenta), que lleva, en definitiva a restringir los bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa a la vida y a la integridad física, no es convincente".¹³

En Italia, Bettiol opina que, "en realidad, no siempre la agresión se manifiesta en forma de violencia"¹⁴

Nos parecen contundentes las críticas hechas al elemento violencia, ya sea que se consigne en el texto legal, o se introduzca por la jurisprudencia totalmente al margen de la ley; aunque es cierto que "nos servirá de guía para determinar la

¹¹ La Legítima Defensa en la Jurisprudencia Española: Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1976. p.34.

¹² Comentarios al Código Penal I: Editorial Ariel, 1ª Reimpresión, Barcelona, 1976. p.238-239.

¹³ Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español: Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid; Madrid, 1979. p.54.

¹⁴ Derecho Penal. Parte General: Editorial Temis, 4ª ed.; Bogotá, 1965. p.286.

necesidad y proporciones de la defensa".¹⁵

4. AGRESION DOLOSA (improcedencia de la legítima defensa frente a conductas culposas):

Escribió en su extenso Tratado de Derecho Penal, Luis Jiménez de Asúa en referencia a la agresión que: "en suma, se precisa voluntad de ataque aunque no exija ésta como fin. Por eso decimos voluntad de atacar y no ánimo".¹⁶

Hoy en día, ha cobrado fuerza la idea de que la agresión requiere de un "propósito lesivo",¹⁷ una "dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión",¹⁸ o que se precisa una "voluntad lesiva",¹⁹ en fin, que ha de ser "dolosa".²⁰

Con la aparición del trabajo de Luzón Peña, se realizaron "investigaciones concluyentes"²¹ que permiten descartar la legítima defensa frente a conductas imprudentes. Dos son básicamente las razones que se esgrimen:

¹⁵ Cfr., Jiménez de Asúa. Op.Cit. p.180.

¹⁶ Op.Cit. p.178.

¹⁷ Cfr., Córdoba Roda. Op.Cit., Comentarios I. p.241-242.

¹⁸ Cfr., Zaffaroni, Raúl. Tratado de Derecho Penal III y IV; Editorial Ediar; Buenos Aires, 1981. p.597.

¹⁹ *Ibidem*. p.597.

²⁰ Cfr., Gómez Benitez. Op.Cit. p.334.

²¹ Cfr., Zaffaroni. Op.Cit. p.597.

I. El significado etimológico del concepto agresión, impide pensar en una agresión culposa (*aggressio*, de *ad-gradiator*: dirigirse o marchar hacia, tender a), "presupone una acción consciente y controlada por la voluntad":¹¹ o bien, "el ataque implica una dirección de la voluntad hacia el objeto del mismo (dolo)".¹²

II. En consonancia con la Tesis del Doble Fundamento aquí sostenida, esa función de prevención general e intimidación de extraordinario alcance en la legítima defensa, no puede operar contra conductas imprudentes, puesto que "carece de sentido pretender motivar al hipotético agresor imprudente a no actuar así, haciéndole saber que puede ser objeto de una legítima defensa", pues no es posible ocasionar este efecto en quien no actúa con la intención dirigida a la producción de un resultado lesivo a bienes jurídicamente tutelados, resultando que ni siquiera es seguro que ocurra, no existiendo aún la inminencia y, por ende, mucho menos la actualidad de la agresión (incluso estadísticamente, es inmensamente mayor el número de conductas imprudentes que no llegan a producir la lesión, que aquéllas que sí lo hacen).

Por ello, Zaffaroni explica siguiendo a Luzón Peña que "lo que cabe, tratándose de culpa inconsciente, es advertir al sujeto del peligro en que pone los bienes ajenos. Usualmente la defensa

¹¹ Cfr., Luzón Peña. Op.Cit. p.179.

¹² Cfr., Gómez Benitez. Op.Cit. p.179.

no será necesaria, pues bastará con la advertencia para evitar el resultado o alejar el peligro".¹⁴

Para el caso de la culpa consciente, si el sujeto ya fue advertido de su irreflexivo proceder, y persiste en su actitud, considera Luzón Peña¹⁵ que esta conducta transforma la acción culposa en dolosa (con voluntad lesiva, diría Zaffaroni) y será por tanto, susceptible de legítima defensa.

En conclusión, lo que cabe frente a estas acciones es un estado de necesidad con la consecuente ponderación de bienes en conflicto, y que evita una reacción tan amplia como la que permite la legítima defensa, "lo que parece correcto político-criminalmente".¹⁶

En México, sigue este criterio Carlos A. Madrazo¹⁷ en orden a los estudios de Luzón y, por otro lado, Porte Petit niega la posibilidad de legítima defensa contra acciones imprudentes cuando escribe que, "en cuanto que la agresión deba ser o no dolosa, es decir, que deba existir o no una voluntad agresiva y, por consiguiente, que no operaría la legítima defensa contra

¹⁴ Op.Cit. p.597.

¹⁵ Cfr., Op.Cit. p.187.

¹⁶ Cfr., Gómez Benitez. Op.Cit. p.335.

¹⁷ Cfr., La Reforma Penal (1983-1985): Editorial Porrúa; México, 1989. p.143-144.

conducta culposa es indudablemente la posición correcta".²⁸

Sin embargo, esta posición, aunque correcta, no puede considerarse aún dominante, ni es compartida por penalistas alemanes como Hirsch, quien escribe que limitando la situación de necesidad a las agresiones dolosas, no sólo se recargaría de exigencias subjetivas a quien ejerce la defensa, sino que sería contradictoria con las necesidades sociales, frente a las cuales se priva del derecho de legítima defensa respecto del ataque objetivo contrario al deber de cuidado.

B. ACTUAL.

Este ingrediente lo suministra de forma expresa el texto de nuestro Código Penal vigente. Sin embargo, en otras legislaciones se advierte su exigencia de formas distintas, desprendiéndose la actualidad de otros elementos que obvian la presencia del requisito. Lo anterior es prueba fehaciente de que es necesario reconocer la existencia de una interpretación, de una cohesión entre los elementos -esenciales e inesenciales- que estructuran la legítima defensa. Es por ello, que en el examen judicial de su concurrencia, no puede muchas veces aislarse conceptualmente

²⁸ Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 14ª ed.; México, 1991, p.430.

cada requisito, pues en la gran parte de los casos el uno depende del otro y se relacionan lógicamente y cronológicamente.

Para apreciar lo anterior, basta acudir a la legislación argentina que no incluye categóricamente la exigencia de una agresión actual; no obstante, se refiere a "impedirla o repelerla", y en este orden de ideas, Zaffaroni expresa que "la agresión antijurídica no es necesario que se haya iniciado. La Ley dice que la defensa puede ser para impedirla o repelerla; se le repele cuando ya se ha iniciado (actual), pero se le impide cuando aún no ha tenido comienzo (inminente)".²⁹

Por su parte, el legislador español no califica tampoco la agresión de actual, más al hablar su doctrina de "la necesidad" y del exceso extendido, aprecia claramente el requisito de actualidad, es decir, tal adjetivo se encuentra implícito en la fórmula empleada para describir la eximente,³⁰ además de que el propio Código Español habla de "impedirla o repelerla".

No obstante lo anterior, y a pesar de que el artículo 32 del STGB Alemán incluye el requisito de actualidad, sus tratadistas consideran actual lo que es inminente, lo actual en sí, y lo

²⁹ Manual de Derecho Penal: Cárdenas Editor, 1^o ed.; México, 1986. p.524.

³⁰ Cfr., Magaldi, María J.. La Legítima Defensa en la Jurisprudencia Española: Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1976. p.54. Que señala lo siguiente: "el problema de la actualidad de la agresión ilegítima -una agresión es actual mientras subsista el riesgo- se halla íntimamente vinculado a la necesidad de la defensa".

continuo.¹¹ Desde luego, conceptualmente esto es incorrecto, pero lo importante es no negar a la agresión inminente y continua la posibilidad de impedir la o repelerla respectivamente.

Por último, De Rivacoba y Rivacoba considera que no es "necesario decir, luego, impedir o repeler ni adjetivar la agresión ilegítima de actual o inminente".¹² Esto es incorrecto. La ley gana en claridad, el jurista en su labor interpretativa y los destinatarios de la norma en justicia.

Actual, nos dice Porte Petit, "deriva del latín *actualis*: de *actus*, *acto*, y significa presente",¹³ "tiene lugar efectivamente", o "se está desarrollando".

Una agresión es actual cuando se encuentra en peligro de lesionar o ya lesiona un bien jurídicamente tutelado. No hay que confundir el peligro con la agresión, pues no es verdad que al exigir nuestra legislación una agresión "actual" o "inminente", se refiera con lo primero a la agresión y con lo segundo al peligro; ambos requisitos están referidos a la agresión, de la cual, desde luego deriva un peligro, pues como apunta Porte Petit, "es esencia de la agresión, precisamente el que resulte

¹¹ Cfr., Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán: Editorial Depalma, 3ª ed.: Buenos Aires, 1956, p. 92: Actual "es la agresión que es inminente o aún persistente".

¹² Véase: Quintano Ripollés. Comentarios al Código Penal I; Madrid, 1941, p.96.

¹³ Op.Cit. p.396 y ss.

un peligro o lesione un bien jurídicamente protegido".³⁴

Adelantemos que con "inminente", la ley se refiere a una agresión -que pondrá en peligro o lesionará bienes jurídicamente tutelados- que está por suceder prontamente. Aquí existe peligro, amenaza de agresión y no ya agresión peligrosa; se "impedirá" la agresión que está por suceder.

Ahora bien, Magaldi da una opinión muy correcta a nuestro parecer, de cómo ha de apreciarse este requisito, al decir que, no se debe "hacer depender la actualidad de límites tajantes establecidos a priori y en base a un rígido concepto de agresión, es una institución en la que juegan relevante función los factores subjetivos y circunstanciales",³⁵ pues ello sólo "conduce a la desvirtuación de la esencia de la eximente y a preconizar su inaplicabilidad".³⁶

Ya veremos más adelante, como este criterio opera también en elementos relativos a la acción de defensa.

A) Agresión pasada y futura:

Dice con todo acierto Gómez Benitez que, "la defensa individual no puede adelantarse a la propia agresión, ni tampoco extenderse más allá de la duración de la misma".³⁷

Los actos indicativos han sido casi unánimemente rechazados

³⁴ Op.Cit. p.399.

³⁵ Op.Cit. p.277.

³⁶ Ibíden.

³⁷ Op.Cit. p.351.

por la doctrina; sólo recientemente (y por ello causa mayor extrañeza), Barragán Matamoros sostiene que cabe legítima defensa "si han pasado minutos, instantes",³⁸ después de la agresión. Tal posición es insostenible. El autor pretende interpretar la inminencia ultractivamente, no únicamente, en el sentido de que la agresión esté por suceder de súbito, sino también respecto a su verificación ya pasada, que permite "reaccionar" contra la agresión inmediatamente ocurrida. Simplemente, los fines propios de la institución se oponen a tan descabellada interpretación retribucionista, tanto como el elemento esencial de necesidad de la defensa.

Ahora bien, el que la agresión sea futura no debe identificarse con la inminencia; los parámetros para distinguirla son: el cronológico, pues la agresión futura es lejana, no está por suceder inmediatamente, sino que se presenta retirada en el tiempo y no sabemos cuándo ocurrirá; el otro es el de la certidumbre: la agresión futura no se nos presenta como cierta en cuanto a su realización no sólo en el tiempo, sino en cuanto a modo y lugar; por tanto, no es necesaria la defensa o, en otras palabras, no existe defensa preventiva.³⁹

³⁸ Barragán Matamoros, Luis. La Legítima Defensa Actual: Bosch, Casa Editorial, 1ª ed.; Barcelona, 1987. p.124.

³⁹ Cfr., Reyes Echandía, La Antijuridicidad: 3ª ed.; Bogotá, 1981. p.149.

C. INMINENTE.

Ya hemos adelantado nuestro parecer respecto a la inminencia de la agresión; en realidad, resulta muy complicado hacer alusión a uno u otro adjetivo en forma aislada o separada.

Es importante insistir en que, tanto la actualidad como la inminencia se refieren no al peligro, sino a la agresión, pero con la diferencia de que, la actual es una agresión presente, que ya está ocurriendo, poniendo en peligro o lesionando un bien jurídicamente protegido, y la inminente es aquélla que sucederá de súbito, o al decir de Jescheck: "la situación de legítima defensa empieza ya tan pronto como se presenta un peligro emanado de una agresión inminente que amenaza de forma inmediata al interés protegido".⁴⁰

Existe una reiteradísima jurisprudencia en nuestro país sobre algo que es preocupante y que parece ya inmutable a pesar de su evidente incorrección. Considera nuestro más alto Tribunal, que el simple ademán de sacar un arma no constituye una agresión, este es un claro ejemplo de inminencia de la agresión, pues aparece objetivamente como necesario el impedir el ataque que ya vemos encima, y para casos en que se da un error (no tiene balas la pistola, no se tiene intención más que de intimidar) entrará

⁴⁰ Con gran acierto señala Nino que, "Basta con que sea inequívocamente inminente (la agresión), siempre y cuando la acción defensiva aparezca como necesaria para impedirla". La Legítima Defensa: Editorial Astrea; Buenos Aires, 1982, p.112.

en juego la defensa putativa con las consecuencias inherentes a la postura que se adopte en relación al mismo error.⁴¹

Es también evidente que la necesidad racional de la defensa no se presenta con la misma intensidad en una agresión inminente que en una actual (en igualdad de hipótesis); pues en aquélla se trata de evitar la agresión, de impediría, por lo que el medio naturalmente será menos lesivo o no lesivo; mientras que en la segunda, en donde se hace necesaria una reacción o repulsa contra la presencia de la agresión, el medio será más lesivo.

Con gran acierto dice Zaffaroni que, "en el supuesto de que la conducta agresiva sea típica, no deben identificarse necesariamente estos momentos con la tentativa y la consumación, porque bien puede haber legítima defensa sin que haya acto de tentativa o después de la consumación";⁴² y así se suministran varios ejemplos como el relativo al ladrón que, huyendo con el botín, es baleado por el agredido. Ello obedece a que la legítima defensa fue creada para defender bienes jurídicamente protegidos y no para combatir delitos, por tanto, lo que es relevante para la actualidad de la agresión es la consumación de la lesión del bien jurídico y no la del delito que constituye en sí el acto agresivo; es decir, un agotamiento consecuencia de la consumación del ilícito, que impide que el defensor pueda siquiera anular en parte la lesión de su interés protegido.

⁴¹ En el mismo sentido: Reyes Echandia. Op.Cit. p.148.

⁴² Op.Cit. Tratado III. p.603.

A) Agresión continua o permanente y continuada:

Suscitan gran interés estos problemas y no son de difícil verificación fáctica. Muy a menudo se citan como ejemplos de agresión continua la privación ilegal de la libertad, el rapto, etc.; y es que mientras el peligro para el bien jurídico subsiste, es necesaria la defensa, aún cuando por su naturaleza, dicho interés sea indestructible, lo que no obsta para que mediante la defensa cese el estado antijurídico que "comprime" el bien protegido. Por ello Jescheck apunta que "en los delitos permanentes la agresión será actual hasta tanto se prolongue el estado antijurídico",⁴³ ya que "una agresión subsiste en tanto sea posible aún el mantenimiento, aunque parcial, del bien atacado o -en una situación especialmente invariable- su recuperación inmediata".

Ocurre entonces que en el delito permanente "existe un verdadero período consumativo",⁴⁴ donde el riesgo para el bien jurídico es siempre actual.

Vamos ahora a referirnos a la hipótesis de agresión continuada. Hasta donde nos es posible ver, solamente Magaldi se ha planteado tal posibilidad con motivo de una sentencia del Tribunal Supremo en los siguientes términos: "Todos aquellos supuestos, aún no constitutivos de delito, en los que la agresión

⁴³ Tratado de Derecho Penal I: Editorial Losada, 3ª ed.; Barcelona, 1981. p. 466.

⁴⁴ Cfr., Rodríguez Mourullo. Comentarios al Código Penal I: Editorial Ariel, 1ª reimpresión; Barcelona, 1976. p.78-79.

no se caracteriza por un acto único instantáneo sino por una conducta violenta y contraria a derecho que persiste en el tiempo",⁴⁵ y al decir, "persiste en el tiempo", se refiere más bien a una repetición de actos ilícitos como lo eran, al tenor de la resolución, las constantes "brutalidades, provocaciones y soeces insultos", que un padre de familia lanzaba frecuentemente sobre esposa e hijo.⁴⁶

Nuestro Código Penal en su artículo 7, fracción III, da el concepto de delito continuado como aquél en que con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas, viola el mismo precepto legal, sin hacer referencia a la identidad del sujeto pasivo, como acertadamente lo incluye el Anteproyecto de 1989. Conforme a lo anterior, no consideramos que pueda hablarse de que exista actualidad en las agresiones de tal naturaleza. Los actos aislados antijurídicos que constituyen la agresión continuada no forman una unidad cronológica que de lugar a un estado ilegal que pueda removerse mediante la legítima defensa. Lo que realmente sucede en estos casos, es que la repulsa debe efectuarse, precisamente cuando es actual la agresión considerada como acto único aún cuando sea parte de la pluralidad de actos que integren el delito continuado; no sería válido otorgar la defensa en un momento intermedio entre dos conductas ilícitas, so pretexto de

⁴⁵ Op.Cit. p.65.

⁴⁶ Sobre esta Resolución del Tribunal Supremo, consúltese la obra de Magaldi, en páginas 66-68.

que la agresión es de naturaleza continuada. En definitiva, puede concurrir la actualidad únicamente, cuando cualquiera de los actos antijurídicos de esa cadena se verifique.

No obstante, el juzgador podrá tomar en cuenta la circunstancia de las constantes repeticiones anteriores, para el efecto de apreciar correctamente requisitos como la racionalidad del medio y la propia necesidad de la defensa.

D. REAL.

Este requisito fue incorporado por las reformas al Código Penal del 13 de diciembre de 1985, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día veintitrés del mismo mes y año, entrando en vigor treinta días después de su publicación, siendo en esta fecha cuando se modificó de forma absoluta la regulación de la legítima defensa que tan merecida crítica le formulase en su anterior estructuración Luis Jiménez de Asúa.⁴⁷

La doctrina mexicana define lo que debe entenderse como "real". Así Porte Petit nos dice que, "por real debemos entender aquello que tiene positiva y verdadera existencia",⁴⁸ y

⁴⁷ Cfr., Esta crítica en: "Breve estudio crítico del Anteproyecto de Código de Defensa Social del Estado de Veracruz-Llave". En el Criminologista V: T.E.A., 2ª ed.: Buenos Aires, 1952. p.299-300.

⁴⁸ Op.Cit. Apuntamientos: 14ª ed. p.439.

Castellanos Tena enseña que "en la nueva fórmula legal ahora en vigor, la agresión ha de ser real, es decir, no hipotética o imaginaria",⁴⁹ Madrazo, por su parte, afirma que "para que pueda configurarse la legítima defensa, sobre todo en México, se exige que la agresión ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados, en forma real y contundente, no sólo de manera imaginaria".⁵⁰

Este requisito acusa, a primera vista, una evidente superfluidad. Es quizás por esta razón que no aparece categóricamente enunciado en otras legislaciones; y es que a nadie se le ocurriría pensar a priori en una agresión imaginaria, ya que lo normal es que la ley plasme situaciones reales y objetivas.

No obstante lo anterior, el propósito fundamental de su inclusión en la fórmula legal es otro. El requisito de la realidad de la agresión se orienta a lo que se denomina legítima defensa putativa o (para algunos más correctamente) defensa putativa.⁵¹

En estos casos, entra en juego el error y con ello la culpabilidad. Por eso es que Madrazo escribe que en casos de agresión imaginaria "aparecería la legítima defensa putativa, o

⁴⁹ Lineamientos Elementales de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 28ª ed.; México, 1990. p.194.

⁵⁰ Op.Cit. p.143.

⁵¹ Cfr., Rodríguez Mourullo. Legítima Defensa Real y Putativa en la Doctrina Penal del Tribunal Supremo: Editorial Civitas; Madrid, 1976. p.76-77, Nota 83.

alguna figura ajena a la legítima defensa" ⁵¹ y Sainz de la Torre opina que la defensa putativa constituye una hipótesis del aspecto negativo de la culpabilidad; ⁵² acusando Rodríguez Mourullo que "equiparar la defensa putativa con la legítima defensa real supone inevitablemente confundir justificación e inculpabilidad". ⁵³

No vamos a entrar en el estudio de la defensa putativa que merece una monografía por separado en virtud de las profundas implicaciones dogmáticas que supone el tratamiento del error; cuestión que además origina distintas consecuencias acordes a la concepción doctrinal que del mismo se siga (Teoría del Dolo, de la Culpabilidad o de la Culpabilidad Limitada). Empero, permitásenos externar una última consideración sobre el requisito de agresión "real".

Es necesario dejar establecido, si de acuerdo con nuestra legislación en vigor debe o no incluirse este elemento en el dispositivo legal.

De acuerdo con una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento punitivo, creemos innecesaria la inclusión del adjetivo "real". En efecto, basta sólo con atender a la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal que regula el error de

⁵¹ Op.Cit. p.143.

⁵² Cfr., Sainz de la Torre, Patricia. La Legítima Defensa en la Legislación Penal Mexicana: Tesis; México, 1986. p.80.

⁵³ Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Comentarios al Código Penal I: Editorial Ariel, 1ª reimpresión; Barcelona, 1976.

permisión o de prohibición indirecto⁵⁵ para los casos de eximentes putativas, en la especie, de defensa putativa, en la que no existe una agresión legal sino que únicamente aparece como tal en la citada disposición, por lo que no era necesario consignar el que la agresión fuese real, pues una certera interpretación de la ley nos lleva a correctas soluciones en los casos de agresiones imaginadas. Lo mismo debe decirse con relación al estado de necesidad que adjetiva su pilar básico, en el "peligro", con la exigencia de que sea "real".

E. SIN DERECHO.

Para que una agresión sea susceptible de engendrar la legítima defensa, se precisa que sea sin derecho. Así lo señala la ley penal en la fracción IV del artículo 15.

No todas las legislaciones utilizan el mismo término para caracterizar la antijuridicidad de la agresión. Así, se habla de agresión ilegítima, ataque antijurídico, agresión ilícita o ilegal, etc.. En realidad deben tomarse dichos apelativos como sinónimos para efectos de la agresión, como acertadamente opina Luzón Peña.⁵⁶ No obstante, hay quienes como Jiménez de Asúa,⁵⁷

⁵⁵ Cfr., Porte Petit. Op.Cit. p.693-695.

⁵⁶ Op.Cit. p.197; Cfr., Mir Puig. Derecho Penal. p.369.

si encuentran diferencias; considera el maestro español que es inapropiado el uso de la palabra "ilegal", en virtud de requerirse entonces que el ataque constituya delito, manifestándose también en contra de la caracterización de injusticia de la agresión por ser "un término excesivamente jurídico y que requiere una reprobación sancionatoria del derecho, aunque no sea la sanción penal".⁵⁷

Agresión "sin derecho" debe entenderse como agresión antijurídica. El problema consiste en determinar, primeramente, si hablamos de antijuridicidad de la agresión entendiendo como tal la antijuridicidad general, o bien, nos referimos a un especial concepto de antijuridicidad para efectos de la agresión; y en segundo lugar, determinar qué es lo que debe entenderse por agresión antijurídica y la problemática derivada de este requisito.

No existe razón alguna para escindir el concepto genérico de antijuridicidad cuando nos referimos a la agresión ilegítima,⁵⁸ pues el hacerlo equivaldría a desmoronar las construcciones que la teoría del delito ha realizado con relación a la antijuridicidad y a emplear una técnica interpretativa incorrecta en virtud de apartarse totalmente de la sistemática penal general.

⁵⁷ Cfr., Op.Cit. Tratado IV. p.199.

⁵⁸ Ibídem. p.199.

⁵⁹ Cfr., Luzón Peña. Op.Cit. p.203-204 y 211.

Ahora bien, una vez establecido que cuando la ley se refiere a agresión ilegítima, lo hace en un sentido equivalente al concepto general de lo antijurídico, es necesario precisar lo que se entiende por antijuridicidad de la agresión. Alberto A. Campos nos dice al respecto que, "agrede ilegítimamente, quien agrede a otro sin derecho, contrariando al derecho".⁶⁰

Wessels nos dice que, "antijurídico es cualquier ataque objetivamente contrario a las normas jurídicas de valoración, no cubierto por una norma permisiva"; Pagliaro opina que por injusta se entiende "contraria a la valuación social de justicia que constituye el substrato sustancial de nuestro ordenamiento jurídico",⁶¹ y Sauer nos dice que ataque antijurídico "es la conducta no amparada por el derecho, tendente a la lesión o peligro de bienes vitales ajenos". En fin, Luzón Peña concluye que, "la agresión antijurídica es aquélla que es contraria o infringe el orden jurídico y que por ello es desvalorada por éste".⁶²

Debemos concluir que agresión ilegítima es aquélla contraria a las normas de valoración y determinación del ordenamiento

⁶⁰ Derecho Penal. Libro de Estudio de la Parte General: Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1980. p.160.

⁶¹ Principi Di Diritto Penale. Parte Generale: Dott A. Giuffre Editore; Milano, 1972. p.418-419.

⁶² Op.Cit. p.201.

jurídico y, por tanto, emprendidas sin derecho,⁶³ o al menos no justificada. Por ello, nos parece muy afortunado el uso del término "sin derecho" que emplea nuestra ley, ya que existen agresiones con derecho, como son las amparadas bajo una causa de licitud. En este sentido, es erróneo decir que la agresión lleva implícita la idea de ilegitimidad como quieren entre otros Madrazo, pues lo cierto es que "hay ocasiones en que el acto reviste aspectos exteriores de agresión, y sin embargo, la conducta es legítima".

No obstante todo lo anterior, existen quienes pretenden ver la ilegitimidad de la agresión desde el punto de vista del agredido, como aquella agresión que éste no tiene por qué soportar; esto es incorrecto en virtud de crear, con tal afirmación, un injustificado concepto privativo de antijuridicidad, para el caso de la agresión "desde la perspectiva del agredido", además de ser un círculo vicioso y desconocer el fundamento supraindividual de la legítima defensa.⁶⁴

La doctrina plantea, desde una concepción subjetiva de la antijuridicidad, la exigencia de la culpabilidad en el agresor ilegítimo, de tal manera que, contra agresiones de inimputables, personas que actúan en error o, en fin, no culpables, no procede

⁶³ Malamud Goti. Legítima Defensa y Estado de Necesidad: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales; Buenos Aires, 1977, p.39.

⁶⁴ Cfr., Ampliamente al respecto: Luzón Peña. Op.Cit. p.204-212.

la legítima defensa. Se dice igualmente que ésta sólo procede contra quienes comprenden la significación de su agresión y pueden comportarse de otra manera; o como asienta Hirsch: "posibilidad de comprensión de lo injusto y de comportarse conforme a esa comprensión".

Al examinar la problemática "sin derecho" abundaremos al respecto. Baste aquí con señalar que, como dice Gómez Benítez, "en el plano estrictamente dogmático (los inculpables) son susceptibles de cometer hechos antijurídicos, ya que su situación es de mera ausencia de culpabilidad. Sus agresiones son, por tanto, susceptibles de constituir agresiones ilegítimas y, en ese sentido, generan un derecho de legítima defensa sólo manteniendo un concepto de antijuridicidad específico para la legítima defensa (lo que hemos rechazado anteriormente) —que permitiese afirmar que aquí la antijuridicidad de la agresión exige también culpabilidad del sujeto— o bien asumiendo un concepto subjetivo de la antijuridicidad (unánimemente rechazado en la actualidad), o haciendo desaparecer la diferencia entre injusto y culpabilidad (lo cual constituye un retroceso en la teoría del delito), podría mantenerse la tesis contraria, esto es, la de que los inculpables no pueden realizar agresiones ilegítimas, y que frente a sus hechos, por tanto, no cabe legítima defensa".⁴⁵

Pero no sólo el plano dogmático excluye tal posibilidad, el estrictamente legal constituye "el obstáculo insalvable" para

⁴⁵ Op.Cit. p.339.

admitir que la agresión, además de antijurídica, requiere ser culpable. Luzón Peña ha propuesto, atendiendo a la función preventivo general que desempeña la legítima defensa y que no verifica frente a un inculpable, que de lege ferenda se incluya la culpabilidad en la regulación legal. Mir Puig considera críticamente que agresión ilegítima "equivale a agresión antijurídica. Ello significa que no requiere que su autor sea - culpable-". En realidad tiene razón Gómez Benítez cuando concluye que "mientras no se adelante en el camino de la superación de la diferencia entre injusto y culpabilidad, lo que permitiría acceder a un nuevo concepto de antijuridicidad, no es posible forzar el texto legal más allá de sus límites".⁶⁶

F. ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACION.

Ya hemos hecho un estudio preliminar sobre el elemento subjetivo de justificación con motivo del análisis del aspecto negativo de la antijuridicidad. Es ahora el momento de referirlo particularmente a la legítima defensa, dejando de lado la cuestión relativa a su operatividad en todas o sólo en algunas

⁶⁶ Op.Cit. p.339.

causas de licitud.⁶⁷

1. DESARROLLO DOCTRINAL:

Sobre este desenvolvimiento se pueden señalar tres posturas básicas:

- a) La de aquéllos que niegan la necesidad de que exista un "animus defendendi".
- b) La de quienes, no obstante negar los elementos subjetivos de justificación de una forma general, lo admiten específicamente en la legítima defensa; y
- c) La de aquéllos que lo reconocen sin más, como un elemento indispensable para la configuración de la eximente.

a) A la primera posición pertenecen, bajo el sistema causalista, Juan del Rosal⁶⁸ y Adolfo de Miguel Garcialópez.⁶⁹ En ellos es decisiva la crítica que hiciera Rodríguez Muñoz⁷⁰ en ocasión de sus anotaciones al Tratado de Mezger, y que sustancialmente

⁶⁷ Cfr., Saínz Cantero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General: Bosch, Casa Editorial, 3ª ed.; Barcelona, 1990. p.574.

⁶⁸ Señala refiriéndose al actuar en defensa "que, dicho sea de paso, tampoco ofrece margen para hablar de un elemento subjetivo de la antijuridicidad en la partícula "EN" como plantea en su día el profesor Rodríguez Muñoz". Tratado I. p.867.

⁶⁹ Cfr., Derecho Penal. Parte General: Instituto Editorial Reus, 1ª ed.; Madrid, 1940. p.191-192.

⁷⁰ Nota al Tratado de Derecho Penal I de Mezger: 2ª ed.; Madrid, 1946. p.337-338.

consiste en negar que en la preposición "EN" se halle un elemento subjetivo por parte del legislador y la misma partícula aparece en otros pasajes del Código, no en el sentido de intención, además de constituir una interpretación de carácter restrictivo. En el mismo sentido se manifiesta el profesor Rodríguez Devesa.⁷¹

Por su parte, De Rivacoba y Rivacoba, bajo el epígrafe de la objetividad, condensa su oposición en las siguientes consideraciones:

- 1.- En atención a argumentaciones propias del clásico objetivismo causalista, en el sentido de que el elemento subjetivo desvirtúa el instituto.
- 2.- Considerando conforme a la legislación penal española que, a pesar de la incorrección legal de su indudable inclusión para la defensa de terceros, ante el silencio de la ley respecto a las restantes hipótesis, no puede lógicamente postularse para ellas (argumento que sólo pudo haber sido válido antes de la reforma al Código Penal Español de 25 de junio de 1983).
- 3.- Echando mano del propio argumento de Rodríguez Muñoz y elaborando un raciocinio sobre la interrelación que la preposición "en" guarda conforme a la totalidad de incisos que regulan la legítima defensa en el sistema español (antes de la reforma de 1983).

⁷¹ Rodríguez Devesa, José Ma., Derecho Penal Español. Parte General: Artes Gráficas Carasa, 8ª ed.; Madrid, 1981.

4.- Objetando que para el caso de la obediencia debida, la partícula "en" no requiere del ánimo de obrar conforme o para cumplir el deber.

5.- Exaltando la dificultad procesal de su verificación y sugiriendo interrogativamente que el animus defendendi es un resabio positivista del estado peligroso.⁷¹

Es cierto que las anteriores premisas "aducen argumentaciones nada despreciables",⁷² e incluso pueden parecer de peso suficiente para negar el elemento subjetivo de justificación propio de la legítima defensa. Más la falsedad de todas estas acotaciones radica en su punto de partida: Se encuentran apoyadas en una absoluta imprecisión sobre el significado real del elemento subjetivo que muy pocos han divisado correctamente. No obstante que la confusión es de origen, de ello no tienen la culpa los negadores acérrimos del elemento subjetivo, por el contrario, ella radica en quienes han magnificado en diversas formas el alcance propio del elemento subjetivo de justificación, llevándolo a horizontes más amplios que los de su verdadero sentido.

No obstante lo anterior, con independencia de que ya hemos apuntado algunas ideas al respecto sobre las que volveremos en este inciso, permítasenos oponer algunas consideraciones a las

⁷¹ Rivacoba y Rivacoba, Manuel De. "Del Fundamento a la Defensa en la Legítima Defensa". En Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda: Universidad de Deusto: Bilbao, 1965.

⁷² Cfr., Rodríguez Mourullo. Op.Cit. La Legítima Defensa. p.47.

ideas de Rivacoba.

Sobre su primer punto, es de señalarse con Rodríguez Mourullo que, "al atribuir el Tribunal Supremo a la Legítima Defensa el Calificativo de Objetiva, subraya que esta eximente entraña un juicio valorativo general, formulado conforme al ordenamiento jurídico, pero no prejuzga aún la cuestión de si el comportamiento que es objeto de tal juicio comprende o no algún elemento subjetivo",⁷⁴ por lo que en forma alguna puede decirse que se desvirtúa el instituto atendiendo al concepto causalista del injusto, que sería en todo caso, dependiente precisamente de la posición que se adopte sobre el mismo.⁷⁵

Por lo que hace a las consideraciones segunda y tercera, no vamos a abundar sobre ellas porque son producto de la defectuosa y casuística regulación que privaba en el Código Penal Español, escindiendo la defensa propia de la de parientes y de la de extraños,⁷⁶ situación que no ocurre en nuestro dispositivo, donde derivaría de una fórmula única -considerando que así lo fuere la preposición "en"- como efectivamente sucede ahora en España tras la derogación de las circunstancias 5ª y 6ª del

⁷⁴ *Ibidem*. p.43 (Bastardilla Original).

⁷⁵ En este sentido véase: Carbonell Mateu, Juan C.. La Justificación Penal. Fundamento, Naturaleza y Fuentes; Edersa; Madrid, 1982.

⁷⁶ Críticamente al respecto: Antón Oneca. Derecho Penal I; Madrid, 1949. p.242-243.

artículo 8 del Código Español.⁷⁷

La cuarta aseveración no desvirtúa el porqué no ha de operar en la obediencia debida el elemento subjetivo de justificación al igual que en la legítima defensa y en todas las causas de licitud como lo proponen los seguidores de la doctrina finalista,⁷⁸ pues, el mismo Rivacoba rehuye la crítica del punto. Además, considera la obediencia debida como "un subrogado de la defensa pública del derecho",⁷⁹ ignorando que no es posible la defensa del derecho como tal, para, previa su hipotética concesión de que existiere el ánimo en la defensa y no en la obediencia debida, concluir que, "no hay por qué exigirlo tampoco al particular que excepcionalmente lo substituye (a los agentes)",⁸⁰ ingresando con ello la errónea fundamentación de la legítima defensa como subsidiaria del poder estatal.

Por último, su conclusión final no se proyecta hacia el problema en forma dogmática, atacando las raíces de si existe o no el elemento subjetivo de justificación.

No se olvide, sin embargo, que si todo lo anterior no fuese convincente para destruir las consideraciones de Rivacoba,

⁷⁷ Sobre ello, con anterioridad a la reforma véase: Córdoba Roda. Op. Cit. Las Eximentes. p.109-110.

⁷⁸ Cfr., Niese, Werner. La Teoría Finalista de la Acción en el Derecho Penal Alemán. En Revista de la Facultad de Derecho de México, T.XI, Nos. 41-42, Enero-Junio; 1961. p.284.

⁷⁹ Op.Cit. p.278.

⁸⁰ Cfr., De Rivacoba. Op.Cit. p.278.

nuestra idea central sobre el significado correcto del elemento subjetivo de justificación hace innecesaria la exposición precedente.

Otro autor que niega la existencia de una "voluntad de defenderse" es Carlos Santiago Nino. Se basa para ello en su "Principio de Intersubjetividad del Derecho Penal",⁸¹ que consiste en excluir toda "norma penal destinada a prevenir formas de autodegradación moral";⁸² así como, "la valoración del carácter moral y de los propósitos de los individuos".⁸³

Es verdad, como dice Mir Puig, que "un Estado social y democrático de Derecho no persigue la retribución de la actitud interna del sujeto, sino sólo la protección de la sociedad mediante la función de prevención", pero no obstante ello, la idea de Nino fracasa al no precisar correctamente el verdadero alcance y significado del elemento subjetivo de justificación, que no encierra una voluntad de defenderse como especial motivación o "animus defendendi", como más adelante lo veremos.

b) Otro grupo es el constituido por Sauer y Baumann. Dice el primero que, "regularmente no es necesario que el que actúa sea consciente de esta autorización. Sin embargo la naturaleza propia

⁸¹ La Legítima Defensa. Fundamentación y Régimen Jurídico: Editorial Astrea; Buenos Aires, 1982. p.16-18.

⁸² Ibídem. p.17.

⁸³ Ibídem.

de las causas de justificación, por ejemplo de la conducta en legítima defensa puede determinar una exigencia de tal saber y querer". Baumann por su parte expresa que es inexacta la opinión de que la justificación exija en todos los casos que el autor conozca sus circunstancias, pero que, muchas causas de justificación, contienen con razón, elementos subjetivos de justificación, concluyendo que la defensa tan solo se da, según la opinión dominante y aceptable, si el autor posee, al actuar, una voluntad de defensa, con la consecuencia de que una defensa tan solo objetiva no basta para justificar la conducta del autor.

c) Aquí milita la casi totalidad de la doctrina y, salvo lo acotado en el inciso a), puede decirse que la aceptación de un elemento subjetivo de justificación para la legítima defensa es hoy opinión dominante, ya sea que se reconozca como común a toda justificante o que, negándose de una forma general, se acepte para el estado de necesidad y la legítima defensa, o sólo para esta última.

2. SU VERDADERO ALCANCE Y SIGNIFICACION:

Ya hemos visto también cuál es el alcance y significación del elemento subjetivo de justificación que consideramos acertado, y las diferentes teorías que pretenden fijar su contenido. Baste ahora con reproducir el pensamiento que sobre

el particular en la legítima defensa ha vertido Rodríguez Mourullo, al señalar que, "la expresión -obrar en defensa- no presupone, a nuestro juicio, ningún ánimo o móvil específicos, y sí, en cambio, el conocimiento de que se actúa en una situación de defensa, lo que, a su vez, implica el conocimiento de que existe una agresión ilegítima. Según esta interpretación la expresión -obran en defensa- es, efectivamente portadora de un elemento subjetivo, pero éste no se refiere al aspecto volitivo -ánimo o móvil de defensa-, sino al momento intelectual -conocimiento- de la legítima defensa (elemento intelectual que normalmente irá acompañado también de aquel otro aspecto volitivo)".

En estas condiciones, no se requiere esa voluntad encaminada a defenderse o a ejercer la facultad que otorga la permisión. Este es el error originario de que hablábamos en aquéllos que no aceptan lo que llaman "voluntad de defensa" o, aceptando el elemento subjetivo, yerran en la determinación de su contenido.

Al concebir correctamente el elemento subjetivo de justificación, se da una satisfactoria resolución a los casos de desconocimiento de los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

3. AUSENCIA. REMISION:

En otro lugar nos referimos a las tres teorías que pretenden

solucionar el caso en que, dándose los presupuestos fácticos de una causa de licitud, falta el conocimiento de su existencia. Ellas son precisamente: La Teoría que postula la impunidad propia de la concepción objetivo-causal del injusto, y sustentada recientemente por Carbonell; La Teoría de la congruencia que castiga por consumación; y la de la justificación separada (que compartimos), consistente en la solución por tentativa.

CAPITULO V

REQUISITOS NEGATIVOS DE LA
LEGITIMA DEFENSA

A. NECESIDAD DE LA DEFENSA.

Tanto necesidad como racionalidad son términos bastante vagos y su utilización en la formulación legal de la eximente encuentra a menudo serios problemas de interpretación y precisión que en bastantes ocasiones orillan, como bien dice Stratenweth, a que la jurisprudencia realice "suposiciones muy amplias con respecto a la idoneidad no comprobada de los medios, limitando, de esta manera, el derecho a la defensa necesaria hasta un punto cercano a su abolición". Pareciera entonces, que la amplitud característica de la necesidad y la racionalidad en el momento de su apreciación, conducen casi siempre a la denegación injusta de la excluyente en los casos que debiera otorgarse. En virtud de lo anterior, se han realizado innumerables esfuerzos por precisar el contenido de la necesidad y su aditamento de racional, así como enunciar reglas generales que sirvan de base y guía para las diferentes hipótesis.

Nuestro propósito principal es delimitar correctamente qué debe entenderse por necesidad y qué por su complemento racional. Es por ello que hemos separado ambos términos, ya que su significación no es equivalente ni en importancia ni en contenido. Baste recordar la afirmación de Díaz Palos, en el sentido de que la "proporción (racionalidad) supone la necesidad, pero no a la inversa; de modo que aunque consideremos que la defensa fue necesaria, pudo muy bien existir exceso por la desproporción del medio empleado".¹

La necesidad tiene, a efecto de la eximente y su esencial unidad, valor paralelo al de la agresión. Ciertamente constituye "elemento esencial",² "conditio sine qua non",³ es, por así decirlo, la otra cara de la moneda en la legítima defensa. Por ello, su ausencia determina la inexistencia absoluta de la eximente.

Necesidad, dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es "impulso irresistible que hace que las cosas obren infaliblemente en cierto sentido; todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistir". De esta definición seguramente se deriva la concepción de la defensa como

¹ La Legítima Defensa (Estudio Técnico-Jurídico): Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1971.

² Cfr., Gómez Benitez, José M.. La Teoría Jurídica del Delito: Editorial Civitas, 1ª ed.; Madrid, 1984. p.350.

³ Cfr., Mendoza Arevalo, José Rafael. La Legítima Defensa en la Jurisprudencia Venezolana: Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela; Caracas, 1975. p.57.

inevitabilidad, es decir, la necesidad equivale a la posibilidad de recurrir a otra vía que no sea la defensa, para evitar el riesgo o la lesión del bien jurídicamente protegido.⁴ Dice Nino que: "en una primera aproximación, que la acción defensiva tiene que ser un medio necesario para impedir o repeler la agresión quiere decir que esa acción debe ser tal que, si no hubiera sido ejecutada, la agresión habría prosperado (en general, un hecho - en este caso la acción defensiva- es necesario respecto de otro - en este caso el impedimento de la agresión-, cuando la producción de este último implica la ocurrencia del primero)".⁵

Ahora bien, la necesidad de la defensa es una característica que depende únicamente de la positiva existencia de la agresión ilegítima.⁶ No es aquí donde interesa investigar circunstancias particulares del caso concreto; la necesidad va en función directa del ataque real, actual o inminente y sin derecho, sin que sea dable hablar del uso de otros medios menos lesivos, de adecuación, de proporción, de la objetividad o subjetividad de su apreciación, etc.. Tan pronto existe la agresión ilegal indubitadamente es necesaria la defensa, hay que hacer algo (repeler) para eliminar el injusto ataque. Esto no quiere decir que la apreciación de la defensa deba ser fraccionable, lo que

⁴ Así: Antón Oneca, José. Derecho Penal I; Madrid, 1949. p.246.

⁵ Op.Cit. p.106.

⁶ Así: Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal II: Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1966. p.143.

intentamos establecer es que, a contrario sensu, no existe necesidad de la defensa en dos casos claramente expuestos por Gómez Benitez:⁷

1. Casos de manifiesta e insoportable "desproporción de la reacción defensiva en que nunca existió el estado defensivo mismo", como en los ejemplos alemanes de la muerte "necesaria" para defender la propiedad de un cerillo, el disparo del parálitico contra el niño que "hurta" una manzana de su huerto, etc., y que ya ha calificado con gran acierto Rivacoba, como hipótesis tremendistas.⁸ En igual forma, Bacigalupo indica que en estos casos se determina la exclusión del derecho de defensa si la desproporción es exagerada".⁹

2. Los casos de exceso extensivo o impropio, donde tampoco se da la necesidad de la defensa al faltar la contrapartida elemental y esencial, que es la agresión sin derecho, ya sea porque no es actual o inminente o porque se encuentra agotada.

Destaca Porte Petit que, "la evitabilidad o no evitabilidad de la agresión, nos coloca ante el planteamiento de la fuga".¹⁰ En nuestra legislación anterior tuvo mucho relieve el caso

⁷ Cfr., Op.Cit. p.349.

⁸ Cfr., Rivacoba y Rivacoba, Manuel De. "Del Fundamento a la Defensa en la Legítima Defensa". En Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda: Universidad de Deusto; Bilbao, 1965. p.270, Nota 26.

⁹ Lineamientos de la Teoría del Delito; 1978. p.127.

¹⁰ Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal: Editorial Porrúa, 3ª ed.; México, 1977; 14ª ed., 1991. p.409.

relativo a la fuga con motivo de la segunda circunstancia del artículo 15, fracción III, que exigía como condición negativa de la legítima defensa "que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales", siendo muy conocida la opinión de Jiménez de Asúa en el sentido de la peligrosidad de dicho requisito al provocar que verdaderas legítimas defensas fuesen anuladas.

Su planteamiento en la actualidad se deriva del requisito de la necesidad. La doctrina italiana y un sector de la alemana han adoptado una posición diferenciadora. Es representativo de este pensamiento Pabliaro, quien señala que "la eximente opera aún cuando se haya preferido afrontar al agresor pudiendo darse a la fuga",¹¹ agregando que, "diverso es el caso del *commodus diserssus*, que da la posibilidad de alejarse en modo digno del lugar donde existe el peligro de agresión".¹² En éste lo que ocurre es que existe una particular decisión del individuo de no enfrentar la posibilidad de un peligro, es decir, no existe todavía agresión actual o, al menos, inminente. Por lo tanto, menos puede hablarse de necesidad ya que, como acertadamente dice Manzini, "la evitabilidad del peligro, considerado en sí mismo, debe referirse al momento en que el peligro ha surgido, y no al tiempo anterior".¹³

¹¹ Princippi di Diritto Penale; Milano, 1972. p.419.

¹² *Ibidem*.

¹³ Tratado de Derecho Penal III; Ediar; Buenos Aires, 1949. p.94.

Pero qué sucede en el caso de que el sujeto decide afrontar el riesgo que implica el dirigirse hacia donde quizás o muy probablemente se actualizará el ataque. Fuera de la posibilidad de que exista la intención de fabricarse una justificante (pretexto de legítima defensa), no puede exigirse al sujeto que no continúe con su proceder, ya que esta conducta no tiene relevancia alguna y a nadie le está vedado este tipo de conductas que son intrascendentes en sentido jurídico.¹⁴

Ahora bien, ninguno de los anteriores casos son propiamente de fuga; ésta únicamente puede darse cuando la agresión ya es actual o, por lo menos, va a ocurrir de súbito, y por lo tanto, aparece la necesidad de defenderse. En estas condiciones ya existe el estado defensivo y por virtud de él, hay que hacer algo para impedir o repeler la agresión.

Conforme a lo anterior, es necesario aclarar si la fuga es una vía para evitar la agresión. A este respecto pensamos negativamente. Tiene razón Luzón Peña cuando opina que "la fuga significa aceptar otra agresión: a la libertad de movimiento",¹⁵ pero además, la fuga no se dirige contra el injusto agresor, por lo que en forma alguna puede constituir "otra" vía para impedir o repeler el ataque: constituye una alternativa ineficaz y

¹⁴ En este sentido, es incorrecto afirmar de una forma general que si el ataque fue previsto y no se evitó, existe aceptación tácita a "una contienda de obra, con ánimo de lesión, constitutiva de una riña". Pavón Vasconcelos. p.313.

¹⁵ Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa: Bosch, Casa Editorial: Barcelona, 1978. p.25, Nota 32.

dudosa. Visto así el problema, no son razones de desdoro u honor las que hacen exigible o no la fuga, sino que la misma estructura de la exigente hace incompatibles la necesidad de la defensa y la huida. Cuando se habla de necesidad defensiva, la ley se refiere a una reacción sobre el agresor, a acciones encaminadas a nulificar su ataque; en este sentido, la fuga queda fuera de la concepción de la legítima defensa y no se trata de que sea exigible como tal -porque además no lo es-, sino de que no constituye una opción que pueda constituir ciertamente, el estado defensivo mismo.

Además, como bien dice Roxin, "también allí donde puede sustraerse al ataque le está permitido siempre defenderse legítimamente",¹⁶ porque, "el principio de prevalencia del derecho (la idea, por tanto, de que el Derecho no tiene que ceder ante el injusto) va más lejos aquí que los intereses de autoprotección".¹⁷

¹⁶ Política Criminal y Sistema de Derecho Penal: Editorial Bosch; Barcelona, 1972. p.58.

¹⁷ *Ibidem*.

B. RACIONALIDAD DEL MEDIO EMPLEADO EN LA DEFENSA.

En nuestro país, Porte Petit¹⁸ ha puesto de relieve la diferencia que existe entre la necesidad de la defensa y la racionalidad del medio empleado en ella. En nuestra Legislación Penal vigente, en el artículo 15, fracción IV, se establece "... que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados...".

Antón Oneca explica que: "la palabra medio utilizada por la ley no es acertada",¹⁹ refiriéndose a la errónea equiparación de medio como instrumento para repeler el ataque. Sin embargo, creemos que el término debe ser comprendido en una acepción más amplia, como la vía, la acción que se emprende para contrarrestar la agresión, es decir, conducta apreciada como conjunto y no como una sola de sus partes, cual lo es el arma que en su caso se utilizó.²⁰

Además deben ser consideradas la racionalidad objetiva y la necesidad de la defensa, pues no basta que exista una pura necesidad con motivo de la presencia de la agresión, sino que el

¹⁸ Op.Cit. Apuntamientos. p.410-411.

¹⁹ Op.Cit. p.246.

²⁰ Así, Nino: "cuando el texto legal hace referencia a la necesidad racional del medio empleado, no debe ser interpretado como si estuviera aludiendo a los instrumentos usados, sino a la acción defensiva misma". La Legítima Defensa. Fundamentación y Régimen Jurídico: Editorial Astrea; Buenos Aires, 1982. p.120.

estado defensivo implica la realización de una repulsa racional.

Ahora bien, dos son los problemas que giran en torno a la racionalidad. El primero de ellos consiste en la determinación de su contenido, es decir, a qué se refiere la ley cuando dice que la defensa debe ser racional, pues, no obstante los elogios de la expresión hechos por Antón Oneca²¹ y Del Rosal,²² es claro que el calificativo "provoca no pocas polémicas en cuanto a su ajuste".²³ La segunda interrogante se plantea en torno a cómo ha de ser apreciada la racionalidad, es decir, por medio de una valoración objetiva, subjetiva o intermedia.

La regulación alemana actual como la pasada, no exigen más que la necesidad de la defensa, sin darle ningún calificativo adicional. Es quizás esto lo que llevó a Von Litz a escribir lo siguiente: "si la agresión no puede ser repelida de otro modo, el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor",²⁴ lo que conforme a una interpretación literal del texto alemán es, sin duda, correcto; a menos que se estime que en estos casos falta la propia necesidad de defensa. De ahí se deriva la crítica de Jiménez de Asúa, en el sentido de que "la necesidad no es imposibilidad de

²¹ Op.Cit. p.247.

²² Rosal, Juan Del. Derecho Penal Español I (Lecciones): 3ª ed.; Madrid, 1960. p.669.

²³ Cfr., Campos. Derecho Penal; Buenos Aires, 1980. p.161.

²⁴ Von Litz, Franz. Tratado de Derecho Penal II: Editorial Reus, 20ª ed. Alemana, 3ª ed. Española; Madrid, 1929. p.225.

usar otros medios, como se afirma en Alemania sino necesidad de usar otros medios cuando fueren eficaces, lo que es cosa bien distinta a lo sostenido por los penalistas alemanes".¹⁵

Los países latinoamericanos en su gran mayoría, así como España, consagran en sus textos la racionalidad como componente de la defensa necesaria. Sin embargo, su contenido se ha visto las más de las veces definido por la proporcionalidad (estableciéndose incluso textualmente en Códigos, como el Italiano y el Colombiano). Sobre ello, ya hemos apuntado que el doble fundamento de la legítima defensa echa por tierra la idea de la proporcionalidad. Es inverosímil que se hable de proporción de medios o de bienes o de ambos; este postulado sólo encuentra su justo acomodo en el estado de necesidad, y es ajeno por completo a la defensa necesaria.

Alternativamente, muchos han concebido correctamente la racionalidad como la adecuada conexión que debe existir entre intensidad del ataque y reacción defensiva,¹⁶ pero debido a la generalidad propia de la idea, se vuelve a caer en el concepto de proporcionalidad, aunque más o menos relajado, en el sentido de aceptar un daño defensivo mayor que el que pretendía causar el agresor, lo que sin duda constituye un avance.

De una forma general, no es posible el establecimiento de

¹⁵ Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal IV: Editorial Losada, 3ª ed.; Buenos Aires, 1976. p.225.

¹⁶ Cfr., Magaldi, María J.. La Legítima Defensa en la Jurisprudencia Española: Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1976. p.201 y 215.

una regla básica y aplicable a todos los casos para la apreciación de la racionalidad del medio empleado, es decir, de la modalidad de la defensa.¹⁷ Así, Gómez Benítez opina que "además de atenderse a la totalidad de las circunstancias a la hora de constatar la necesidad racional del medio empleado, conviene dejar sentadas las siguientes precisiones:

- Ello no equivale a la identidad de armas o medios agresivos y defensivos.
- Tampoco equivale a -proporcionalidad- de bienes jurídicos.
- No es exigible una tranquila y ponderada selección de los medios a utilizar, sino simplemente que, dentro de la situación de urgencia y alteración emocional provocada por el ataque, la reacción se mantenga dentro de los límites de lo -racionalmente necesario-".¹⁸

Recapitulando, necesidad racional es aquella que, entre varios medios adecuados para la defensa, opta, con la relativa serenidad que implica la presencia del ataque, por el menos lesivo -que no proporcional- pero suficiente para repeler la agresión. La misma idea sostiene Rodríguez Devesa al sintetizar su pensamiento: "la racionalidad guarda relación con los medios de que disponga el agredido. Si puede optar entre varios diversamente gravosos para el atacante, ha de elegir aquél que

¹⁷ Cfr., Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General: Promociones Publicaciones Universitarias; Barcelona, 1964. p.373.

¹⁸ Op.Cit. p.355.

permita repeler o impedir la agresión con el menor daño del injusto agresor. Si no tiene a su disposición más que un sólo medio para reaccionar contra el injusto agresor, la ley no puede obligarle a soportar el ser agredido sin utilizarlo".²⁹

Ahora bien, la doctrina no es uniforme respecto a cómo ha de apreciarse la racionalidad. Una parte opina que el criterio a seguir, es el objetivo; es decir, el juzgador debe, ex post, con todos los elementos que aparezcan como realmente existentes en el caso a estudio, determinar si la defensa fue racional, sin que participe del juicio lo que el defensor pudo o debió haber advertido. De este parecer es Nino, ya que para él tanto el criterio subjetivo como el del hombre razonable implican la confusión en tres excusas y justificantes.³⁰

La posición subjetiva toma en cuenta, para la apreciación de la racionalidad, las creencias y conocimientos que se formó el defensor en el momento del ataque. Esta interpretación es incorrecta porque nos lleva a equiparar legítima defensa con inculpabilidades como son miedo insuperable o eximentes putativas y, muy especialmente, con el llamado exceso putativo en la defensa.³¹

Por último, existe una posición intermedia que, partiendo

²⁹ Op.Cit. p.543.

³⁰ Op.Cit. p.124-125.

³¹ Al respecto, Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Comentarios al Código Penal I, 1ª parte; Barcelona, 1976. p.91-92.

de una concepción objetiva, individualiza la situación en cada hipótesis concreta acudiendo "a la apreciación circunstancial, caso por caso, pero el juicio que nos guie no ha de ser el propio del sujeto en apuro, sino, objetivando, elevando a norma generalizada, que se comprobará en cada hecho la apreciación de un hombre razonable en el momento de ser atacado".¹¹

Esta última posición es la correcta y, en nuestro Derecho, el Juez debe, ex ante, analizar conforme al artículo 52 del Código Penal, el ámbito circunstancial del caso concreto, así como la intensidad de la agresión y los medios idóneos de los que pudo disponer el agredido en un sentido aproximado, relativo, para cualquier persona de las características del autor colocado, in mente, en la posición del defensor.

Debemos insistir en que este ajuste de la racionalidad encierra un profundo contenido circunstancial que el Juez debe analizar exhaustivamente. Solamente mediante una meditada y certera apreciación, se evita desnaturalizar el instituto y propugnar su inoperancia.

¹¹ Cfr., Jiménez de Asúa, Op.Cit. p.234.

C. TUTELA A LOS BIENES JURIDICOS.

La Reforma Penal de 1985 acabó con el estigma de la reparabilidad del bien y de la consideración de su poca importancia comparativa con el mal causado por la defensa. Con ello se restringía en forma absurda y arbitraria, la ya de por sí defectuosa fórmula de los bienes defendibles, limitados a la persona, honor o bienes (en sentido patrimonial) propios o de un tercero.

Hoy comenta con aserto Porte Petit, que "en cuanto a la extensión de los bienes defendibles, se ha dado un gran paso evolutivo por la reforma, al amparar todos los bienes jurídicos, a diferencia de la fracción III, modificada, que se refiere concretamente a la persona, honor o bienes, propios o de otros, hablándose por tanto, de bienes agredibles determinados; criterio no aconsejable frente al de la defendibilidad de todos los bienes jurídicos, que es el que goza de más adeptos en la actualidad, porque en esta forma, se expresa, el Derecho no tiene por qué ceder al injusto".³³

Nuestro actual dispositivo habla de "bienes jurídicos propios o ajenos" con lo que se refiere a cualquier objeto jurídico reconocido por cualquier rama del Derecho.³⁴ Sin

³³ Op.Cit. Apuntamientos, p.414-415.

³⁴ Así: Madrazo, Carlos A.. La Reforma Penal (1983-1985); Editorial Porrúa; México, 1986. p.148.

embargo, no está por demás aclarar lo que hemos venido afirmando repetidamente: el bien jurídico defendible debe ser particular. es decir, no cabe legítima defensa de bienes comunitarios como no entrañen a su vez lesión de intereses particulares. Ello es así porque la defensa de tales bienes -como son el orden jurídico, el interés público, la paz social, etc.- se encuentra reservada a la actuación estatal, la cual "recela la capacidad de enjuiciamiento del particular",³⁵ sobre cuándo existe una agresión a estos bienes en virtud de la dificultad que entraña; además, la defensa del particular resultaría las más de las veces inidónea y más dañina que benéfica para la sociedad, amén de que la necesidad es menor en la defensa de bienes supraindividuales que en la de particulares.

Es cuestión conveniente recordar el certero juicio de Zaffaroni sobre la tutela de bienes cuando indica que, "el problema no radica en limitar bienes jurídicos, sino en determinar en cada caso, conforme a la jerarquía del bien y a la intensidad de la lesión amenazada, si es jurídicamente tolerable el empleo del medio necesario".³⁶ Se presenta luego la natural graduación de la necesidad racional de la defensa que nunca es la misma en todos los casos. Es por ello que en muchos bienes de menor jerarquía, lo difícil es que se den todos los requisitos

³⁵ Cfr., Luzón Peña, Diego-Manuel. Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa: Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1978. p.543.

³⁶ Zaffaroni, Raúl E.. Tratado de Derecho Penal III: Editorial Ediar; Buenos Aires, 1981. p.595.

de la legítima defensa y, muy especialmente, la racional adecuación entre el ataque y la repulsa.

D. AUSENCIA DE PROVOCACION DOLOSA SUFICIENTE E INMEDIATA.

Nos enfrentamos ahora a un requisito inesencial o secundario que produce las más variadas dificultades a la apreciación técnico-jurídica de la legítima defensa. Por ello, no es mera coincidencia que la gran mayoría de los estudiosos destaquen, al inicio de la exposición relativa, lo complicado del análisis de la provocación suficiente.

Enunciado en forma negativa en nuestro Código, es obligado destacar los dos problemas fundamentales que suscita la exigencia de falta de provocación. El primero y fundamental consiste en precisar qué debe entenderse por suficiencia de la provocación dolosa (si bien el Código habla además de inmediata, ya se verá que es un término que, exigido legal o jurisprudencialmente, no conlleva la dificultad de la suficiencia). El segundo -y no menos debatido-, se refiere a la determinación del tratamiento jurídico que debe darse al defensor que, comprobada su provocación dolosa suficiente e inmediata, repele la agresión ilegítima del provocador.

En realidad provocar, en el sentido de la exigente, no es más que incitar o mover a realizar a alguien la agresión tal y como se entiende semánticamente. Lo problemático es determinar qué debe entenderse por "suficiente".

Primeramente se pensó en identificar la provocación suficiente con la agresión ilegítima, es decir, la provocación suficiente sería aquella que tornaría justa la agresión. Hoy es crítica básica de cualquier estudio tal forma de pensar. Para poder emprender la determinación del contenido de la suficiencia, es punto clave no identificarla nunca con la agresión ilegítima, porque de esa manera el requisito se torna superfluo, ya que quien realmente estaría en legítima defensa sería el "provocador agresor ilegítimo" y no el "provocado" (i). En virtud de ello es acertadísima la advertencia de Nino, consistente en "que la falta de provocación a la que alude el texto legal es, obviamente, la de quien pretende beneficiarse con la justificación de la legítima defensa".³⁷ Por lo tanto, es correcto hablar de un provocador defensor, más no de un provocador agresor ilegítimo, ya que, o se es provocador suficiente, o se es agresor ilegítimo, y a efecto de no caer en un "juego de espejos"³⁸ parece indispensable determinar en forma previa y con suma claridad, quién fue el agresor ilegítimo y quién el defensor, para sólo

³⁷ Nino, Carlos S.. La Legítima Defensa. Fundamentación y Régimen Jurídico; Editorial Astrea; Buenos Aires, 1982. p.130.

³⁸ Ibidem.

después investigar si aquél que alega la defensa provocó suficientemente o no el injusto ataque.

El problema ha sido posteriormente delimitado por la causalidad adecuada y la proporcionalidad,³⁹ es decir, "provocación suficiente es aquella que es adecuada a la posterior agresión ilegítima, tanto por su proporcionalidad con la misma, como por su inmediatez",⁴⁰ o como afirma Díaz Palos, "el quid está en que la provocación sea causal respecto del ataque o mal que amenaza... esto es, bastante y adecuada para originar una agresión".⁴¹ Será entonces provocación suficiente, aquella acción estadísticamente idónea para producir la agresión, dentro del contexto circunstancial del agente. Córdoba Roda⁴² critica esta solución por considerarla una derivación -aunque moderada en virtud de la adecuación y la proporcionalidad- del "versari in re illicita", es decir, el provocador ha sido causa del ataque, y por ello, debe sufrirlo, requiriéndose entonces, "limitar al máximo a través de los criterios antes estudiados (adecuación y proporción) el alcance de la causalidad definidora

³⁹ Ver por todos en Doctrina Española, Magaldi. Op.Cit. p.154.

⁴⁰ Ibíden. p.155. Nuestro Código, en su anterior redacción del artículo 15 fracción III, consignaba en la circunstancia la: "que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella".

⁴¹ Díaz Palos, Fernando. La Legítima Defensa (Estudio Técnico Jurídico): Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1971. p.73.

⁴² Córdoba Roda, Juan. Comentarios al Código Penal I: Editorial Ariel, 1ª reimpresión; Barcelona, 1976. p.251.

de la -provocación suficiente-".⁴³

Sobre ello, Díaz Palos opina que ya sea por medio del exceso en la causa o la inexigibilidad, no alcanzan "al provocador las fatales consecuencias versaristas",⁴⁴ lo que nos es dable investigar al resolver el segundo cuestionamiento que nos hemos planteado.

Es también de tomarse en cuenta el pensamiento de Gómez Benitez, quien opina que la razón fundamental por la cual el provocado debe soportar la agresión ilegítima, se debe a restricciones de carácter ético-social que comportan la aceptación de leves perjuicios, lesiones al honor o integridad, o bien, limitación a la pura "defensa protectora", más no por la vigencia del "versari".⁴⁵ Esto puede ser perfectamente válido para la legislación alemana donde no se contempla el requisito de falta de provocación suficiente, y si ella se da -como no se trate de un pretexto de legítima defensa-, operará un disminuido derecho de defensa que, en el peor de los casos, castigará al provocador por su acto provocativo, cuando éste sea típico y punible.⁴⁶ Sin embargo, no vemos inconveniente alguno para la acogida de tales restricciones con un carácter tan solo

⁴³ Cfr., Córdoba Roda. Op.Cit. p.252-253.

⁴⁴ Díaz Palos, Fernando. La Legítima Defensa (Estudio Técnico Jurídico): Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1971. p.130.

⁴⁵ Cfr., Op.Cit. p.364.

⁴⁶ Véase al respecto: Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal I: Bosch, Casa Editorial, 3ª ed.; Barcelona, 1981. p.371.

circunstancial que no lleven a la desnaturalización de la exigente, y que son, "de incuestionable valor social".¹⁷

Ahora bien, Córdoba Roda¹⁸ enuncia dos principios más que deben servir de base para determinar la suficiencia de la provocación:

a) La adecuación definidora de la provocación suficiente es a su vez circunscrita por el criterio de previsibilidad. Sobre él, Zaffaroni apunta que consiste en "la posibilidad de prever que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante (y que) debe estar dada de forma tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta".¹⁹

b) Consideraciones éticas son significativas para la estimación de la provocación suficiente. Al respecto, Zaffaroni opina que "la suficiencia de la provocación es un criterio ético-jurídico que excluye del ámbito de la justificante la conducta que se muestra inadecuada para la coexistencia, en forma tal que hace cesar la equidad del principio de que a nadie se le puede obligar a soportar el injusto. Consiguientemente, no deben computarse a los efectos de la suficiencia de la provocación, los caracteres

¹⁷ Cfr., Zaffaroni, Raúl E.. Tratado de Derecho Penal III y IV: Editorial Ediar; Buenos Aires, 1981. p.613.

¹⁸ Op.Cit. Comentarios I. p.250.

¹⁹ Op.Cit. III. p.607.

personales del agresor que lo hacen poco apto para la coexistencia (iracundia, agresividad, matonismo, hábitos pendencieros, etc.)".⁵⁰

Todo lo anterior constituye una síntesis de una doctrina que ha realizado sin duda el mejor y más coherente esfuerzo por precisar el significado de la suficiencia de la provocación. En realidad, no es posible configurar una directriz con carácter general que pueda operar en todos los casos; intervienen circunstancias de ineludible apreciación judicial, que tornan la suficiencia en una cuestión particularísima para cada hipótesis. Baste para ello pensar que el mismo acto puede no constituir provocación suficiente bajo dos esferas circunstanciales -tanto personales como fácticas- diversas.⁵¹

No obstante lo anterior, Bacigalupo y Mir Puig sostienen una solución diferente. Dice el primero que "la pérdida del derecho de defensa para el que es agredido ilícitamente, está condicionada por una provocación que no necesita ser antijurídica pero que debe ser "suficiente". Ello significa que la provocación debe consistir en un estímulo de una agresión antijurídica, pero no culpable por razón de dicho estímulo. Bajo tales circunstancias la "provocación suficiente" será la que determine un estado de inimputabilidad en el agresor y que excluya, por lo tanto, el fundamento de un derecho de defensa completo, como

⁵⁰ *Ibídem.* p.607-608.

⁵¹ *Cfr.*, Al respecto: Magaldi. *Op.Cit.* p.162.

frente a ebrios, enfermos mentales, niños, etc., por ser innecesaria la ratificación del orden jurídico en esos casos",⁵² expresando en otro lugar que, "derecho limitado de defensa, se reconoce cuando el que agrede lo hace en estado de inimputabilidad".⁵³

Por su parte, Mir Puig, después de afirmar que, "lo correcto sería hacer responder al provocador por su provocación, pero permitirle defenderse",⁵⁴ concluye que, "la exclusión de la legítima defensa sólo resulta claramente fundada cuando la provocación afecta a la imputabilidad del provocado, convirtiéndole de hecho en un instrumento en manos del provocador".⁵⁵

Esta "ambiciosa teoría" como la ha llamado Luzón Peña,⁵⁶ no puede tener aplicación en nuestro ordenamiento punitivo independientemente de su corrección o incorrección. Ello es así, en virtud de que parte de la idea de que el provocador posee "un limitado derecho de legítima defensa"; esta idea no puede tener cabida en las legislaciones que consagran textualmente el

⁵² Cfr., Bacigalupo. Manual de derecho Penal. p.126-127.

⁵³ Cfr., Bacigalupo. Lineamientos. p.55.

⁵⁴ Op.Cit. Derecho Penal. p.375.

⁵⁵ Ibidem. p.376.

⁵⁶ Cfr., Luzón, Peña, Diego-Manuel. Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa: Bosch, Casa Editorial; Barcelona, 1978. p.125-126. Niega también la legítima defensa del provocador: Pessoa. "Legítima Defensa Imperfecta". En Doctrina Penal: Editorial Depalma, Año 3, Nos. 9-12; Buenos Aires, 1980. p.77.

requisito de falta de provocación suficiente, ya que en esta tesitura el provocador simplemente no puede defenderse legítimamente, o como dice Díaz Palos, "su obrar ya no puede ampararse con el excelso manto de la justificación".⁵⁷

Nuestro Código Penal exige, además, que la provocación sea inmediata lo que significa que debe ser contemporánea a la agresión, que sea próxima a ella. Así, si A ha injuriado a B, y pasadas unas horas se encuentran nuevamente agrediendo B a A, con la consecuente defensa de éste, no podrá decirse que la provocación fue inmediata, y, en virtud de ello, ni siquiera habrá que investigar si la provocación sea además suficiente. En otros países no se expresa legalmente esta característica de la provocación, sin embargo, jurisprudencialmente se introduce.⁵⁸

Pasemos ahora a analizar la posición en que se encuentra el provocador suficiente que, no obstante su acto desvalorado, se defiende activamente repeliendo la agresión ilegítima que originó: previamente a ello, es de señalarse que si la agresión ilegítima fue buscada a propósito para procurarse una justificación premeditada, no existen ninguna necesidad de defensa, sino un acto doloso en sí mismo. Sin embargo, es

⁵⁷ Op.Cit. p.130.

⁵⁸ Véase, Magaldi, Op.Cit. p.157, quién además observa que jurisprudencialmente se requiere que la provocación sea directa, es decir, que "vaya dirigida a una o varias personas determinadas": *Ibídem*, p.147. Lo anterior constituye una muestra clara de cómo es necesaria la apreciación judicial a efecto de ubicar en justos límites la suficiencia de la provocación.

incorrecto asimilar toda provocación de carácter intencional con el pretexto de defensa, pues bien puede ocurrir que el acto provocativo doloso, lleve a la intención de ello, sin que se pueda afirmar que en todos los casos existe la finalidad de fabricarse la eximente.

Se ha hablado con frecuencia del llamado "exceso en la causa", es decir, "la causa se vicia cuando hemos provocado suficientemente el ataque",⁵⁹ ya que en virtud de nuestro provocativo proceder damos ocasión, aunque no causa, a una agresión ilegítima, y al defendernos procedemos en forma culposa por lo que debe aplicarse la pena fijada para el exceso que es la del delincuente por imprudencia (artículo 16 C.P.).

Esta tesis no resiste el menor análisis en las legislaciones que contienen el requisito de la falta de provocación suficiente.⁶⁰ Primeramente, porque nuestro Código en su artículo 16 se refiere al exceso existente entre agresión y defensa, y no a un exceso, "ex ante", entre provocación y agresión que podría ser a lo sumo, un exceso extensivo en virtud de no existir necesidad de defensa. Por lo mismo, no existe ninguna defensa legítima de la que se pudiera derivar un exceso, ya que la ley, al plasmar en su redacción el requisito negativo, impide que en su ausencia pueda hablarse de legítima defensa. Pero además, como acertadamente enseña Zaffaroni, "el artículo 35 (correlativo de

⁵⁹ Cfr., Jiménez de Asúa. Op.Cit., Tratado IV. p.249.

⁶⁰ Pessoa. Op.Cit. p.76-77.

nuestro art. 16), no prevé conductas culposas ni convierte en dolosas las culpas, sino que se trata sólo de una disminución de la antijuridicidad", ⁶¹ siendo además cierto que así se desprende también la letra de nuestra ley, que dice "se le impondrá la pena del delito culposo".

Lo mismo ocurrirá con todas aquellas soluciones que pretendan escindir provocación y defensa, castigando la primera y amparando la segunda bajo la legitimidad.

Rechazadas las anteriores soluciones, el problema es trasladado a la inculpabilidad, pero aún en este ámbito, los caminos son dispares. Se habla entonces (casi siempre empleando el ejemplo del adúltero que sorprendido por el cónyuge mata a éste para salvar su propia vida) de una no exigibilidad de otra conducta, ⁶² que conlleva no sólo todas las críticas que la noción encierra, sino que además operaría únicamente para los casos en que el peligro para el provocador sea de perder la vida y no exista más posibilidad que matar a su vez para defenderse. ⁶³

Zaffaroni opina que en virtud de que la provocación constituye la violación de un deber de cuidado, el homicidio causado por el provocador es de naturaleza culposa. Pessoa critica esta solución, porque considera que no existe homicidio

⁶¹ Op.Cit. III. p.606.

⁶² Cfr., Jiménez de Asúa, Op.Cit. p.263-264; Díaz Palos, Op.Cit. p.76.

⁶³ Véase, Zaffaroni, Op.Cit. III. p.609-610.

culposo, sino doloso, ya que "la conducta provocadora (yacer con la mujer) no es la que causa la muerte del esposo; la muerte del esposo se produce como consecuencia de una acción final del homicida: disparar el arma con finalidad de muerte";⁶⁴ por lo que en la hipótesis se estaría transformando una conducta dolosa en culposa, a virtud de un hecho anterior.

El mismo Pessoa expresa su opinión (basada en la idea de Jiménez de Asúa) en los siguientes términos: en las "situaciones donde el autor está presionado por circunstancias, que algún sector de la doctrina llama -situaciones reductoras de libertad-, origina este tipo de situaciones que técnicamente se denomina -estado de necesidad inculpante-"⁶⁵ que es su solución al problema.

Ahora bien, sin entrar en dilemas relativos a la culpabilidad, como son la negación del libre albedrío,⁶⁶ o bien, si el estado de necesidad es causa de justificación o causa de justificación en una hipótesis, y de inculpabilidad en otra.⁶⁷ Diremos que la solución de Pessoa es inaplicable en nuestra legislación en virtud del requisito de "no ocasionado (el

⁶⁴ Op.Cit. p.78

⁶⁵ Ibídem. p.81.

⁶⁶ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. Introducción al Estudio del Derecho Penal Español: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense; Madrid, 1979. p.108 y ss.

⁶⁷ Cfr., Gimbernat Ordeig, Enrique. "El Estado de Necesidad: Un Problema de Antijuridicidad". En Estudios. p.155-170.

peligro) intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente" que rige el estado de necesidad⁶⁸ (independientemente de que de la fórmula actual no se desprenda una diferenciación en el tratamiento de las hipótesis), pero además, la solución de Pessoa, al igual que la de Asúa, serviría para un limitadísimo grupo de casos que cumplieran con los requisitos de la no exigibilidad, y lo mismo puede decirse del miedo insuperable.⁶⁹

Queda entonces por resolver, cuál es el camino más viable en nuestra legislación. Nosotros creemos que, en virtud de que la provocación suficiente motiva que no pueda haber legítima defensa y, salvo el caso de un miedo insuperable que provea la fracción VI del artículo 15 del Código Penal antes de las reformas de 1994, el provocador que se defiende activamente dañando bienes jurídicos del provocado, debe responder por el injusto típico que su defensa comporte, sin perjuicio de atenuar su pena conforme a los artículos 51 y 52 de tal ordenamiento. Esta es la única solución que conforme a derecho positivo puede esperarse en nuestra legislación penal, a menos que se acepte:

1. La existencia de la no exigibilidad de otra conducta, con su limitativo alcance.
2. Que pueda ser extraída de una correcta interpretación del artículo 9 del Código Penal.

Lo anterior no representa problema, como ya hemos señalado,

⁶⁸ Así lo destaca en España, Díaz Palos. Op.Cit. p.131.

⁶⁹ Sobre el miedo insuperable, véase: Díaz Palos. Ibídem. p.66.

**en el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de
1989.**

CONCLUSIONES

1. Son muy diversas las denominaciones que ha usado la doctrina para designar la hipótesis que constituyen el aspecto negativo de la antijuridicidad. No obstante estar muy generalizado el uso del término causas de justificación, consideramos que el adecuado es el de causas de licitud.

2. Existen diversos intentos por explicar el fundamento de las causas de licitud. Al efecto, se han elaborado Teorías que pretenden explicarlo en forma común a cualquier eximente. Es necesario establecer con precisión el particular fundamento de cada precepto permisivo en virtud de que obedecen a muy particulares bases que las distinguen entre sí.

3. En virtud de ser objetiva la naturaleza de la antijuridicidad, objetiva es también la de las causas de justificación. Los diferentes sistemas desarrollados para la exposición de la Teoría del Delito coinciden en señalar lo anterior aunque la determinación de la objetividad posee un contenido distinto para cada posición.

4. Para la presencia de una justificación completa es necesaria la existencia tanto de los presupuestos objetivos de las eximentes como de los llamados elementos subjetivos de justificación, cuyo contenido descansa en el conocimiento de la existencia de la parte objetiva necesaria de una norma permisiva. Cuando el sujeto obra desconociendo los presupuestos fácticos que efectivamente concurren, debe ser castigado en base a las reglas de la tentativa y no por delito consumado.

5. En la actualidad no existe uniformidad en lo relativo a qué hipótesis son constitutivas de una causa de licitud. Por lo que hace al Derecho Mexicano son causas de justificación: la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho en forma legítima.

6. Se han ensayado múltiples conceptos de legítima defensa. Su complejidad es de tal magnitud que resulta estéril esgrimir una conceptualización que pueda abarcar sin error la esencia de la eximente.

7. Dos grandes grupos intentan dar el fundamento adecuado de la legítima defensa: el de aquéllos que miran hacia el establecimiento de su licitud y el que la reconduce a hipótesis de otros aspectos negativos del delito. Estos últimos se hallan prácticamente abandonados en la actualidad, existiendo unanimidad

en considerar a la legítima defensa como causa de justificación.

8. La legítima defensa posee su propio fundamento diferente al de las otras causas de justificación. Su carácter es doble: consiste por una parte, en el aspecto individual o de protección de bienes jurídicos particulares (autoprotección) y, por la otra, de un aspecto supraindividual concretado en la protección del ordenamiento jurídico (del Derecho). Del fundamento doble de la legítima defensa se desprenden muchas consecuencias en torno a la significación de cada uno de sus requisitos tanto esenciales como accidentales.

9. Es función de la legítima defensa, a semejanza de los fines de la pena, la prevención general a través de la intimidación a los hipotéticos agresores, para que se abstengan de realizar conductas que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicamente tutelados.

10. Al enfrentarse en la defensa necesaria al injusto agresor con el derecho y el interés particular del agredido, no se presupone la proporcionalidad o ponderación de bienes, propia del estado de necesidad, sino que se puede reaccionar de forma más grave que la que amenaza el ataque, en cuanto sea racionalmente necesario para la defensa.

11. La legítima defensa constituye un derecho (facultad) otorgada por el ordenamiento jurídico.

12. Por lo que hace a la tutela de las personas, la legítima defensa presenta diversas formas en cuanto al número de sujetos intervinientes, ya se trate de defensa propia, a favor de terceros o en caso de autoagresión.

13. El primer elemento esencial de la legítima defensa se encuentra constituido por la agresión, la cual constituye toda conducta humana que amenaza con lesionar o lesiona bienes jurídicamente protegidos.

14. La agresión puede ser llevada a cabo mediante una acción positiva (como normalmente ocurre) o por una acción negativa, es decir, mediante una omisión que puede revestir tanto una comisión por omisión como una omisión simple, aún cuando en esta última es bastante difícil su configuración.

15. El requisito de la violencia que consagraba anteriormente nuestro ordenamiento punitivo era innecesario. No es consustancial a la agresión el ser violenta.

16. Para poder hablar de la agresión, es necesario el dolo del agresor en atención al propio significado del término, y al doble

fundamento de la legítima defensa que conlleva su función preventiva, ya que carece de sentido alguno tratar de motivar a quien no tiene conciencia de que su conducta pone en peligro bienes jurídicamente tutelados y viola el imperio del orden jurídico.

17. Requisito de la legítima defensa es que la agresión sea actual, entendiéndose por tal, aquella que se encuentra en peligro de lesionar o ya lesiona un bien tutelado; razón por la cual la defensa es ya necesaria.

18. Es posible impedir la agresión inminente, que es aquella que ocurrirá de súbito e indubitablemente, amenazando con poner en peligro o lesionar un bien jurídico tutelado. La diferencia entre la agresión actual y la inminente radica entonces, en que en la primera, que ya existe como tal, se encuentra en peligro de lesionar o lesionando; mientras que en la segunda, no obstante no estar ya desarrollándose, su aparición está por suceder pronta y seguramente. Por ello, el peligro de lesión es circunstancial a ambas, sólo que en una ya es presente y en la otra ocurrirá de súbito.

19. Si la agresión no es al menos inminente, la defensa no es necesaria aún, es decir, no existe "defensa preventiva". De igual forma, si la agresión ha cesado, la defensa se torna innecesaria

y el pretendido contraataque defensivo constituye un delito.

20. El establecimiento de un período antijurídico de más o menos larga duración, conserva la agresión ilegítima y es posible su repulsa en cualquier momento en que subsista el estado de ilicitud. En tratándose de delitos continuados, solamente es posible repeler la agresión cuando se actualiza como tal, no obstante ser parte de esa cadena de ilícitos.

21. El requisito de realidad de la agresión significa que ésta debe tener positiva existencia, es decir, no debe ser imaginaria; creemos que en un Código Penal como el nuestro, que regula positivamente el error, la referencia a la real existencia de la agresión es evidentemente superflua.

22. Es también requisito de la agresión que sea llevada a cabo sin derecho. Con ello quiere decirse que la agresión ha de ser antijurídica. No existe razón alguna para adoptar criterio diferente en torno a la ilicitud, que el confeccionado por la teoría del delito. En ese orden de ideas, que la agresión sea "sin derecho", significa que es contraria a las normas de valoración y determinación del derecho; por lo tanto no existe agresión ilegítima cuando la misma se halla amparada por una justificante.

23. Existen particulares casos de legítima defensa en donde se trata de morigerar un poco el rigor inherente a su fundamento en atención a las particulares situaciones en que se encuentra el "agresor", y en las cuales no es motivable por la amenaza de reacción que puede emprenderse contra su conducta lesiva de bienes jurídicos ajenos. Se trata entonces -casos de inimputables y no culpables-, de operar restricciones de tipo ético-social que no conlleven renuncia de derechos jurídicamente protegidos o, para otros, reducir estos casos al estado de necesidad con la consecuente ponderación de bienes en conflicto.

24. Para la existencia de una justificación completa se precisa un elemento subjetivo de justificación. Dicho requisito no contiene como muchos piensan, ningún ánimo o motivo especial, ya que su contenido obedece tan solo al conocimiento de los presupuestos objetivos de la legítima defensa.

25. La necesidad de la defensa constituye la contrapartida de la agresión, y es por lo mismo, elemento esencial de la eximente. Necesidad significa imposibilidad de acudir a otras vivadas, para evitar la presencia de la agresión ilegítima.

26. La fuga no constituye una posibilidad de evitar la agresión porque no tiene eficacia o ésta es muy dudosa. Por otro lado, la necesidad de la defensa provoca ya por sí misma un estado de

donde hay que hacer algo para repeler o impedir la agresión, sin que pueda decirse que la fuga sea un medio idóneo para ello.

27. No existe necesidad de defensa alguna cuando se emplea un medio de una magnitud insoportablemente mayor para evitar o repeler una agresión insignificante. Tampoco se da necesidad alguna cuando la agresión no se ha actualizado, o al menos no se muestra como inminente, así como en los casos que se encuentra agotada.

28. La necesidad ha de ser racional, es decir, el agredido debe de optar entre los posibles medios, por el menos lesivo, de acuerdo a la intensidad del ataque y su adecuada conexión con la acción defensiva, con la relativa serenidad de que se dispone en virtud de la agresión.

29. El juzgador deberá deslindar la racionalidad acudiendo para ello a una apreciación, ex ante, en el momento de la agresión, analizando cómo hubiera obrado un sujeto razonable en la esfera circunstancial del atacado. Este juicio no implica una racionalidad inflexible sino relativa, por lo que el juzgador deberá ser muy cuidadoso a fin de no propugnar la inoperancia de la eximente.

30. En nuestra legislación penal vigente, son objeto de tutela

todos los bienes jurídicos siempre que se observe racionalidad del medio empleado en la defensa. No son susceptibles de defensa, en cambio, los llamados bienes supraindividuales que son objeto de tutela exclusiva por parte del Estado.

31. Como requisito negativo de la legítima defensa se exige, por nuestro dispositivo, la ausencia de provocación dolosa suficiente e inmediata. Su difícil apreciación ha orillado a grandes problemas en la doctrina e incluso a su supresión en algunos Proyectos o su inaparición en Códigos como el Alemán.

32. El requisito negativo de la falta de provocación dolosa suficiente, da lugar a las más arduas complicaciones a efecto de determinar la existencia o inexistencia de la legítima defensa.

33. Nuestro Código vigente exige que la provocación sea suficiente. Creemos que con ello se quiere expresar que sea adecuada y proporcionada para producir la agresión ilegítima, además de previsible. Es de considerarse también criterios ético-jurídicos a efecto de determinarla con corrección, sin olvidar el ambiente circunstancial en que se desenvuelven los hechos. Por ello, es tarea jurisprudencial determinar, en el caso concreto, si la provocación ha sido suficiente, ante la imposibilidad de establecer reglas generales que operen en todos los casos.

34. En virtud de exigirlo textualmente la fórmula legal, el provocador no puede ampararse nunca en la legítima defensa. La única solución posible conforme a una interpretación sistemática del Código Penal en vigor, es castigar al provocador que daña bienes jurídicamente protegidos con su defensa, por el injusto típico que en su caso cometa, debiéndose atenuar la pena respectiva en atención al contenido de los artículos 51 y 52 del ordenamiento punitivo. Lo anterior, salvo la aceptación del principio supralegal de no exigibilidad de otra conducta que es extraído de la fracción IX del artículo 15 del Código Penal.

BIBLIOGRAFIA

Antolisei, Francesco. Manual de Derecho Penal. Editorial Uthea.
3ª ed. Buenos Aires, 1960.

Antón Oneca, José. Derecho Penal I. Madrid, 1949.

Bacigalupo, Enrique. Lineamientos de la Teoría del Delito.
Editorial Astrea. 1ª ed., reimpresión. Buenos Aires, 1978.

Barragán Matamoros, Luis. La Legítima Defensa Actual. Bosch Casa
Editorial. 1ª ed. Barcelona, 1987.

Baumann, Jürgen. Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y
Sistema. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1981.

Bettioli, Giuseppe. Derecho Penal. Parte General. Editorial
Temis. 4ª ed. Bogotá, 1965.

Brown Capdepon, Victor M. Condiciones Negativas de la Legítima
Defensa. Tesis. México, 1961.

Campos, Alberto A. Derecho Penal. Libro de Estudio de la Parte General. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

Carreras, Eduardo R. Las Causas de Justificación en el Código Penal. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1978.

Carbonell Mateu, Juan C. La Justificación Penal. Fundamento, Naturaleza y Fuentes. Editorial Edersa. Madrid, 1982.

Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. Antigua Librería Robredo. 1ª ed. México, 1962.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Editorial Porrúa. 28ª ed. México, 1990.

Cerezo Mir, José. Notas al Nuevo Sistema de Derecho Penal de Welzel.

Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, R.S. Derecho Penal. Parte General I-II. Valencia, 1981.

Córdoba Roda, Juan. Comentarios al Código Penal I. Editorial Ariel. 1ª reimpresión. Barcelona, 1976.

- Díaz Palos, Fernando. La Legítima Defensa (Estudio Técnico-Jurídico). Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1971.
- Dohna, Alexander Graff Zu. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1958.
- Fontán Balestra, Carlos. Tratado de Derecho Penal II. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1966.
- Fontana, Raúl J.S. Legítima Defensa y Lesión de Bienes de Terceros. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1970.
- Gallas, Wilhelm. La Teoría del Delito en su Momento Actual. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1959.
- García Ramírez, Sergio. Derecho Penal. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. 1ª ed. México, 1983.
- Garcilópez, Adolfo de M. Derecho Penal. Parte General. Instituto Editorial Reus. 1ª ed. Madrid, 1940.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. Introducción al Estudio del Derecho Penal Español. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, 1979.

Gómez Benitez, José M. La Teoría Jurídica del Delito. Editorial Civitas. 1ª ed. Madrid, 1984.

Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal I. Bosch, Casa Editorial. 3ª ed. Barcelona, 1981.

Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal IV. Editorial Losada. 3ª ed. Buenos Aires, 1976.

Jiménez Huerta, Mariano. La Antijuridicidad. Imprenta Universitaria. México, 1952.

Luzón Domingo, Manuel. Derecho Penal del Tribunal Supremo. Parte General. Tomo I. Editorial Hispano-Europea. 1964.

Luzón Peña, Diego-Manuel. Aspectos Esenciales de la Legítima Defensa. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1978.

Madrazo, Carlos A. La Reforma Penal (1983-1985). Editorial Porrúa. México, 1989.

Magaldi, María J. La Legítima Defensa en la Jurisprudencia Española. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1976.

Maggiore, Giuseppe. Derecho Penal I. Editorial Temis. Bogotá, 1954.

Malamud Goti, Jaime E. Legítima Defensa y Estado de Necesidad. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, 1977.

Manzini, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal III. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1949.

Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal I. Editorial Ediar. 2ª ed. Buenos Aires, 1962.

Mendoza Arévalo, José Rafael. La Legítima Defensa en la Jurisprudencia Venezolana. Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975.

Mezger, Edmund. Tratado de Derecho Penal I. Revista de Derecho Privado. 2ª ed. Madrid, 1946.

Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Promociones Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1984.

Nino, Carlos S. La Legítima Defensa. Fundamentación y Régimen Jurídico. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1982.

Novoa Monreal, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno I.
Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1960.

Nuñez, Ricardo C. Derecho Penal Argentino I. Editorial
Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959.

Pacheco, Joaquín F. El Código Penal Concordado y Comentado. 4ª
ed. Madrid, 1970.

Pagliari, Antonio. Principii di Diritto Penale. Parte Generale.
Dott. A. Giuffrè Editore. Milano, 1972.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal. Editorial
Porrúa. 5ª ed. México, 1982.

Porte Petit, Celestino. Apuntamientos de la Parte General de
Derecho Penal. Editorial Porrúa. 3ª ed. México, 1977; 14ª
ed., 1991.

Quintano, Alberto. Comentarios al Código Penal I. Revista de
Derecho Privado. Madrid, 1966.

Ranieri, Silvio. Manual de Derecho Penal I. Parte General.
Editorial Temis. 4ª ed. Bogotá, 1975.

Reyes Echandía, Alfonso. La Antijuridicidad. Universidad Externado de Colombia. 3ª ed. 1981.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. Del Fundamento a la Defensa en la Legítima Defensa. En Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda. Universidad de Deusto. Bilbao, 1965.

Rodríguez Devesa, José Ma. Derecho Penal Español. Parte General. Editorial Artes Gráficas Carasa. 8ª ed. Madrid, 1981.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Comentarios al Código Penal I. Editorial Ariel. 1ª ed. Barcelona, 1976.

Sáinz de la Torre, Patricia. La Legítima Defensa en la Legislación Penal Mexicana. Tesis. México, 1986.

Von Litz, Franz. Tratado de Derecho Penal II. Editorial Reus. 3ª ed. española (20ª ed. alemana). Madrid, 1929.

Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Editorial Depalma. 3ª ed. Buenos Aires, 1956.

Wessels, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1980.

Zaffaroni, Raúl E. Tratado de Derecho Penal III y IV. Editorial
Ediar. Buenos Aires, 1981.