

208
Luj



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA LEGITIMA DEFENSA SU FUNDAMENTO Y PROBLEMÁTICA"

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



ASESOR: LIC. RAUL LOPEZ DURONT

CIUDAD UNIVERSITARIA



1997

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

CD. Universitaria, a 7de abril de 1997.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E.

EL C. PASCUAL FLORES GARCIA, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del Lic. RAUL LOPEZ DU PONT, su tesis profesional intitulada " LA LEGITIMA DEFENSA SU FUNDAMENTO Y PROBLEMÁTICA, con el objeto de obtener el grado académico de licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del reglamento de seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

DR. RAUL CARRANZA Y RIVAS

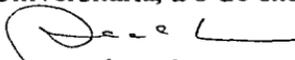
**DR. RAÚL CARRANCA Y RIVAS
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL
P R E S E N T E .**

El alumno Pascual Flores Garcia, ha elaborado bajo mi dirección, la tesis intitulada "LA LEGITIMA DEFENSA SU FUNDAMENTO Y PROBLEMÁTICA", con el fin de obtener el título de Licenciado en Derecho.

El trabajo de referencia reúne, en mi concepto, los requisitos Estatutarios para ser sometido a la consideración de los señores sinodales que sean designados para su examen profesional, lo que me permito comunicar a usted para los efectos que sean procedentes.

Le reitero como siempre, todo mi respeto y consideración.

A T E N T A M E N T E .
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
Cd. Universitaria, a 6 de enero de 1997.


LIC. RAÚL LÓPEZ DU PONT.

c.c.p. INTERESADO.

RLD/lrp*

A MIS PADRES:
JOSE FLORES ROJAS Y
AURELIA GARCIA HERNANDEZ
POR SU AMOR, APOYO Y CONFIANZA
CON VERDADERO CARISO.
Y A MIS HERMANOS POR ALENTARME
EN TODO MOMENTO, CON RESPETO.

CON GRAN SINCERIDAD Y
AGRADECIMIENTO A MI ESPOSA:
LIC. MA. DE LOURDES CRUZ TORRES
QUIEN SIEMPRE ESTUVO A MI LADO
CON PACIENCIA Y AMOR, YA QUE SIN
SU VALIOSA AYUDA NO HUBIESE
CULMINADO EL PRESENTE TRABAJO,
CON INFINITO AMOR Y RESPETO.

Y ESPECIALMENTE PARA MIS HIJOS:
MARTA DE LOURDES FLORES CRUZ Y
RAUL GUSTAVO FLORES CRUZ QUIENES
FUERON LA CELULA DE INSPIRACION,
QUIENES POR SU INOCENCIA ME
IMPULSARON A CONCLUIR LA PRESENTE
TESIS PROFESIONAL, CON VERDADERO
AMOR Y CARISO SE LAS DEDICO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO Y EN
ESPECIAL A LA FACULTAD DE
DERECHO POR LA OPORTUNIDAD
QUE ME BRINDARON PARA MI
FORMACION PROFESIONAL.

A TODOS MIS MAESTROS
POR SU VALIOSA ENSEÑANZA
Y EJEMPLO.

Y CON INFINITO AGRADECIMIENTO
AL MAESTRO LIC. RAUL LOPEZ DUPONT
POR SU GRAN APOYO Y ESFUERZO QUE
ME BRINDO AL ASESORARME PARA LA
ELABORACION DE LA PRESENTE TESIS.

I N D I C E

*LA LEGITIMA DEFENSA
(SU FUNDAMENTO Y PROBLEMATICA)*

PROLOGO.....	1
CAPITULO I.- DEL DELITO	
1.- SU CONCEPCION ARCAICA.....	2
2.- SU EVOLUCION.....	5
3.- IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO DE BECARIA.....	10
4.- LAS TENDENCIA DOCTRINARIAS EN EL SIGLO XIX.....	13
a) LA ESCUELA CLASICA.....	14
b) LA ESCUELA POSITIVA.....	17
5.- DIFERENTES CONCEPCIONES DEL DELITO.....	19
a) NOCION JURIDICO FORMAL.....	21
b) NOCION JURIDICO SUSTANCIAL.....	22
CAPITULO II.- DEL DELITO SEGUNDA PARTE.	
1.- METODO PARA ESTUDIAR EL DELITO.....	25
a) LA CONCEPCION TOTALIZADORA O UNITARIA DEL DELITO.....	25
b) LA CONCEPCION ATOMIZADORA O ANALITICA.....	25
2.- CONCEPCIONES PSICOLOGISTAS Y NORMATIVISTAS.....	26
a) TEORIA PSICOLOGISTA.....	27
b) TEORIA NORMATIVISTA.....	28
3.- EL FINALISMO.....	29
4.- EL CAUSALISMO.....	33
a) TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS.....	36

	CONDICIONES O DE LA CONDUCTIO SINE QUA NON	
b)	TEORIA DE LA CONDICION MAS ACTIVA O MAS.....	36
	EFICAZ	
c)	TEORIA DE LA CASUALIDAD ADECUADA.....	37
5.-	LA NOCION SOCIOLOGICA.....	37

CAPITULO III.- DEL DELITO TERCERA PARTE

1.-	SUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	40
a)	SEGUN LUIS JIMENEZ DE ASUA.....	40
b)	SEGUN EDMUNDO MEZGUER.....	43
c)	SEGUN EUGENIO CUELLO CALON.....	45
2.-	LOS ASPECTOS NEGATIVOS DE LOS ILICITOS O.....	46
	LLAMADAS CAUSAS QUE EXCLUYEN AL DELITO	

CAPITULO IV.- LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

1.-	CONCEPTOS DE ANTIJURIDICIDAD.....	52
2.-	PRINCIPALES CAUSAS DE JUSTIFICACION.....	57
a)	EL ESTADO DE NECESIDAD.....	57
b)	EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO.....	61
	DE UN DERECHO	
3.-	SU FUNDAMENTACION DOCTRINARIA.....	65
a)	AUSENCIA DE INTERES.....	65
b)	EL INTERES PREPONDERANTE.....	66

CAPITULO V.- LA LEGITIMA DEFENSA

1.-	SUS PRIMERAS CONCEPCIONES.....	68
2.-	SU EVOLUCION HISTORICA.....	73
a)	EN LA INDIA.....	73
b)	EN EGIPTO.....	73
c)	EN ATENAS.....	74
d)	EN EL DERECHO ROMANO.....	74
e)	EN EL DERECHO GERMANICO Y EL CANONICO.....	75
f)	LA EDAD MEDIA.....	76

g)	LA ALTA EDAD MEDIA ESPAÑOLA.....	77
3.-	LA LEGITIMA DEFENSA SEGUN LAS DIFERENTES.....	78
	ESCUELAS PENALES	
a)	LA ESCUELA CLASICA.....	78
b)	LA ESCUELA POSITIVA.....	79
c)	LAS TENDENCIAS ECLECTICAS.....	82
4.-	LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL VIGENTE....	83
a)	ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA.....	84
	1.- UNA AGRESION REAL, ACTUAL O.....	85
	INMINENTE Y SIN DERECHO	
	2.- EN PROTECCION DE CUALQUIER BIEN.....	88
	JURIDICO, PROPIO O AJENO	
	3.- UNA DEFENSA O ACCION DE REPELER.....	89
	DICHA AGRESION	
b)	PRESUNCIONES DE LA LEGITIMA DEFENSA.....	92
CAPITULO VI.- LA LLAMADA PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA		
1.-	LA LEGITIMA DEFENSA Y LA RISA.....	95
2.-	LA LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA.....	97
3.-	EL MENOR DE EDAD ANTE LA LEGITIMA DEFENSA.....	98
4.-	EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA.....	100
5.-	TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA.....	103
	NACION EN RELACION A ESTOS CASOS.	
CONCLUSIONES.....		
BIBLIOGRAFIA.....		116

P R O L O G O

Sembrar inquietudes y transmitir conocimientos ha sido siempre la noble y desinteresada misión del maestro; por ello, preciso dejar constancia del fervoroso reconocimiento de gratitud para mis maestros, los cuales me ayudaron con sus luces a recorrer el camino de una formación universitaria en ocasiones azaroso, pero siempre pleno de afanes de superación.

Culminar, tarde o temprano un esfuerzo, lleva implícita invariablemente la satisfacción de ver consumando un legítimo deseo, de no dejar trunca una aspiración; para conseguir tal finalidad, sirva la elaboración del presente trabajo el cual pongo a la benigna consideración del H. Jurado que me examinará.

C A P I T U L O I
D E L D E L I T O

I. - SU CONCEPCION ARCAICA

La primera noción del delito que fue objeto de estudio, es la que se refiere a un acto sancionado por la ley con una pena; ya que a lo largo de los tiempos, ha sido entendido como una valoración jurídica, objetiva o subjetiva, la cual encuentra su fundamento en las relaciones surgidas entre el hecho humano, contrario al orden ético-social y su especial estimación legislativa.

Al respecto, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, nos comenta: "Los pueblos más antiguos castigaron los hechos objetivamente dañosos y la ausencia de preceptos jurídicos no constituyó un obstáculo para justificar la reacción punitiva del grupo o del individuo lesionado contra su autor, fuera éste hombre o una bestia. Sólo con el transcurso de los siglos y la aparición de los cuerpos de leyes reguladores de la vida colectiva, surgió una valoración subjetiva del hecho lesivo, limitando al hombre la esfera de aplicabilidad de la sanción represiva".
(1)

(1) Manual De Derecho Penal Mexicano. Parte General, 12^o ed. Edit. Porrúa, México, 1995. Pág.177.

Para conocer con mayor exactitud, la naturaleza o esencia del delito, no es suficiente conocer que se encuentra sancionado por la ley con una pena, como se desprende del concepto anterior, ya que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso.

Conviene señalar, que existen actos los cuales se encuentran sancionados por la Ley con una pena, sin que tengan el carácter de delitos, sino que las podríamos catalogar como infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten la condición de meras faltas. Por lo que el estar sancionado con una pena, constituye únicamente un dato externo, mediante el cual se podrá identificar al delito con mayor precisión; pero sin que sea inherente al mismo, por tanto, consideramos de vital importancia el tratar de definirlo.

El maestro Fernando Castellanos Tena, a este respecto hace una gran aportación a nuestro derecho, al señalar: "La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino alejarse del sendero señalado por la Ley". (2)

En atención, a la noción del delito, cabe señalar que a lo largo del tiempo diversos autores han tratado de elaborar una definición filosófica del delito, que tenga validez universal; es decir, que tenga

(2) Lineamientos Elementales De Derecho Penal. Parte General.- 22ª ed. Ed. Porrúa, México, 1986. Pág. 125.

aceptación en todo tiempo y lugar, pero dicho esfuerzo resultó ser vano, toda vez que se encuentra intimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de cada época, tal y como lo hace notar el maestro Raúl Carrancá y Trujillo. "Estériles esfuerzos, agrega, se han desplegado para elaborar una noción filosófica del delito, independiente de tiempo y lugar. La ineficacia de tal empresa se comprende con la sola consideración de que el delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según pueblos y épocas con la siguiente mutación moral y jurídico-política. Lo más que podría decirse del delito así considerado es que consiste en una negación del derecho o en un ataque al orden jurídico (Pessina) y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien que es la acción punible (Mezger) lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera". (3)

En consecuencia, la noción del delito ha de seguir, necesariamente, las vicisitudes de esas distintas épocas señaladas en la vida de cada nación y ha de cambiar al compás de las mismas. Por lo consiguiente, lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa.

En la definición del delito, se refleja el fin perseguido y el objeto fijado por el

(3) Derecho Penal Mexicano, Parte General, 18^o ed. Ed. Porrúa, México, 1995. Pág. 220

autor, de ahí que se pueda observar sin dificultad que la palabra delito se emplea para denominar cosas diferentes, ontológicamente hablando. Por tanto, el Derecho no puede ni debe permanecer estable ya que es dinámico por naturaleza.

2. - S U E V O L U C I O N

Si nos remontamos a las épocas arcaicas de nuestro sistema jurídico penal, encontraremos que en la esplendorosa cultura babilónica, la noción del delito era competencia exclusiva del Estado mediante la máxima de haber establecido en el Código de Hammurabi, las formas de administrar justicia a sus súbditos. La impartición del castigo pasaba de este modo a la plena jurisdicción estatal, con tribunales al efecto. El Estado aspiraba no solamente a imponer una pena concreta a un malhechor o culpable por la comisión de un delito o falta sino también a utilizar la norma como elemento de intimidación o de disuasión, tendiente a evitar la comisión de abusos y a vigilar la convivencia social.

Cuando el hombre aún no se encuentra organizado en sociedad, se puede decir que actúa por instinto: de conservación, de reproducción y de defensa, por tanto se colige que en esa época no existía el derecho, ni mucho menos una autoridad que los protegiera, por lo que cada quien debía defenderse en la medida de su fuerza y destreza, imperaba lo que se conoce como la ley del más fuerte o también llamada por los antropólogos jurídicos como el periodo de la venganza privada o venganza de sangre, que en esa época consistía, en el derecho que asistía al

individuo de castigar por su propia cuenta al ofensor, se encuentra en la Ley del Tali6n, figuras que se encuentran contempladas en el C6digo de Hammurabi, de un modo clasista, toda vez que s6lo era aplicable cuando el ofensor o el ofendido pertenecia a la clase social superior. Tambi6n las penas, tanto las econ6micas como las corporales, variaban seg6n la categoria de la persona contra quien se hubiese cometido un delito. Debemos indicar que en la presente legislaci6n, el castigo de los cr6menes y delitos debia ser pronunciado por el Estado, por ello adquirian el car6cter p6blico, y fundamentalmente consistia en las siguientes penas: Pena de Muerte (era el castigo m6s usual impuesto contra los cr6menes m6s graves) podia aplicarse entre otros modos, por ahogo, luego empalamiento; los castigos corporales consistian en la mutilaci6n de miembros o de 6rganos, asi como en golpes y azotes; la multa en met6lico y la composici6n econ6mica era el grupo m6s amplio de castigos, variando su cuantia desde el doble del perjuicio ocasionado hasta el tr6ntuplo del mismo. Otro de los castigos fue el de la gemonia o expulsi6n de un individuo de la comunidad, acarreado no s6lo la infamia sino tambi6n, la p6rdida de los bienes. Las Leyes de Hammurabi tenian en cuenta, a la hora de determinar la punibilidad de un hecho o acci6n, no solamente el hecho en si, sino tambi6n el da6o producido y la intencionalidad del sujeto. Para ser imputable un delito, 6ste debia ser cometido conscientemente. El suceso casual y la fuerza mayor no eran punibles. (4)

(4) Cfr. C6digo de Hammurabi, Edici6n Preparada por Federico Lara Peinado, Ed. Nacional Madrid, Espa6a, 1982, P6gs. 68-69

La codificación de Hammurabi, escribe Manzini-perteneció, sin duda, a una civilización muy avanzada, como lo prueban sus graduaciones y aplicaciones ético-psicológicas, su distinción entre derecho patrimonial y público, sus garantías procesales, su regulación de la imputabilidad, su variedad y complejidad penales.(5)

Como podemos observar, en el periodo de la venganza privada o venganza de sangre, la función represiva estaba en manos de los particulares, pues le asistía al individuo la facultad de castigar por su propia mano al ofensor, pero en ocasiones como los vengadores, al ejercitar su reacción, se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, razón por la cual hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la Ley del Tali3n, ojo por ojo y diente por diente, para significar que el ofendido 3nicamente tenia derecho a causar un mal de igual intensidad al sufrido.

Tomando en consideraci3n que el maestro Fernando Castellanos, agrupa en cuatro periodos la evoluci3n del Derecho Penal, que a saber son: "el de la venganza privada; el de la venganza divina; el de la venganza p3blica y el periodo humanitario". Agregando que hay quienes se3alan una quinta etapa correspondiente a los 3ltimos tiempos, denominada cientifica, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios. (6)

(5) Cit. por Eul Carranca y Trujillo, Op. Cit. P3g. 96

(6) Cfr. Castellanos Tena, Op. Cit. P3g. 31

Por lo que de acuerdo, a esta clasificación y para efecto de llevar un estudio cronológico de la evolución del Derecho Penal, consideramos que el primer periodo quedó debidamente explicado al iniciar el presente capítulo por lo que nos avocaremos a reseñar los restantes.

En este orden de ideas, la venganza divina surge en el terreno de las ideas penales, considerando al delito como una de las causas del descontento de los dioses; por ello los jueces y tribunales juzgaban en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación, en este periodo la justicia represiva es aplicada generalmente por la clase sacerdotal. Poco a poco se va advirtiendo, la distinción entre delitos privados y públicos, según el bien jurídico tutelado que se lesione de manera directa, los intereses de los particulares o del orden público. En este periodo, los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, imponiendo cada vez penas más crueles e inhumanas. La Tendencia humanitaria, se debe a un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales, encabezado por César Bonnesana Marqués de Beccaria, con su libro titulado Dei Delitti e Delle Pene, en el cual critica en forma demoledora los sistemas penitenciarios empleados hasta entonces, proponiendo nuevos conceptos y nuevas prácticas; pugnando por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias, se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delinquentes; se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su

necesaria justificación, se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables. (7)

Como podemos observar es en el siglo XVIII en donde se inicia de alguna manera el derecho penal moderno, ya que empieza una lucha incansable para combatir la inseguridad jurídica y los abusos de quienes imponían las penas, a las personas que delinquieran, por ello es que consideramos que esta etapa del humanismo es clave para el desenvolvimiento del Derecho Penal.

La transformación de la justicia penal que ha sufrido a través de los tiempos, ha venido a caracterizar un nuevo periodo, el que considera al delito como efecto de complejos factores, el delincuente es objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. Precisamente en el periodo científico, el delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a este a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas. En esta etapa, la pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia en la readaptación del delincuente. Aparecen las ciencias criminológicas característica esencial de este periodo. (8)

(7) Cfr. Castellanos Tena, Op. Cit. Págs. 33, 34 y 35

(8) Cfr. Carrancé y Trujillo, Raúl, Op. Cit. Pág. 102

3. - *IMPORTANCIA DEL PENSAMIENTO DE BECCARIA*

Para conocer la importancia del pensamiento del ilustre tratadista César Bonesana Marqués de Beccaria, es necesario explicar su tesis sostenida en su libro intitulado "Dei delitti e delle pene", publicado en el año de 1764, en el cual estudia con todo detenimiento, la Penología o tratado de las penas en sí, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos, sus substitutivos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad y por ello abarca un campo más extenso que la Ciencia Penitenciaria.

La crueldad de las penas corporales, la inseguridad jurídica, los abusos de que eran objeto las clases inferiores, por parte de la realeza, ya que como todo procedía del rey, quien se constituía en símbolo vivo de las oligarquías dominantes, la justicia no era otra cosa que la venganza contra las acciones que les dañaran. De ahí que el tratadista en estudio haga una severa crítica a los sistemas que imperaban en la época, impugnando las leyes vigentes y proponiendo la creación de un sistema penal científico y propio, independientemente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general en consorcio con la ley moral.

En este sentido el ilustre maestro Raúl Carrancá y Trujillo, nos ejemplifica con mayor claridez la influencia de Beccaria, al señalar: "En lo filosófico esto es lo que originó el llamado "Iluminismo" con Hobbes,

Spinoza y Locke, con Grocio, Bacon, Pufendorf y Wolff, con Rouseau, Diderot, D'Alembert, Montesquieu y Voltaire. Montesquieu publica su "Espiritu de las leyes" (1748). Después aparece, como clarinada de alborear, César Bonesana, Marqués de Beccaria, con su dramático tratado "Dei delitti e delle pene" (1764), acogido con un estremecimiento de entusiasmo o "dulce conmoción", como el mismo auguró en su prólogo, por su valiente denuncia del "demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos presenta". Rusia, la Toscana, las Sicilias, Prusia y Austria traducen al golpe las influencias de Beccaria y finalmente la Revolución Francesa cancela los abusos medievales con su Declaration des droits del'homme et du citoyen (1791), que consigna que "las leyes no tienen el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad" (art. 5), que "no deben establecerse más que aquellas penas estrictamente necesarias" de una ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente" (art. 8), que "nadie puede ser acusado, arrestado y preso sino en los casos determinados en la ley y con arreglo a las formas en ella prescritas" (art. 7) y, por último, que "la ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga" (art.6). Antes ya había abolido la Revolución toda diferencia penal "por razón del rango social del culpable" (1790) y consagrado así la igualdad de la pena. Tras la Revolución toda Europa adoptó las reformas penales correlativas. (9)

Como podemos observar, los

(9) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. págs.101-102

pensadores del siglo XVIII, enfocan sus esfuerzos en recuperar la dignidad humana, aportando cierta influencia el libro de Beccaria, que se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez y, en lo posible, hizo más expedita la justicia. Logrando con ello estremecer a la sociedad de su época, estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente; y, dentro de su tratado sobresalen por su importancia el estudio relativo al origen de la pena y del derecho de castigar; el de la interpretación de las leyes; la oscuridad de las leyes; lo relativo a la pena de muerte; la templanza en las penas, relación entre delito y la pena y las medidas de seguridad.

No obstante, el punto clave de esta evolución de las ideas penales, donde se refleja con mayor amplitud el pensamiento de Beccaria y sus ansias renovadoras, fue la Revolución Francesa de 1789. La Declaración de los Derechos del Hombre, el 26 de agosto de 1789, estableció principios penales, sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales.

Beccaria, concluye su libro con estas palabras que resumen su contenido esencial: "De cuanto hemos visto hasta ahora se puede deducir un teorema utilísimo, aunque poco conforme con el uso, que es el más común legislador de las naciones: 'Para que toda pena no constituya un acto violento de un individuo, o de muchos, contra un ciudadano particular, dicha pena debe ser esencialmente pública, inmediata, necesaria, la mínima de

las posibles, proporcionada al delito y prescrita por las leyes'...". (10)

4. - LAS TENDENCIA DOCTRINARIAS EN EL SIGLO XIX

Desde los más antiguos tiempos, la filosofía reconoce la justificación del poder del Estado para castigar, aunque la fundamentación de este ius puniendi haya tenido bases muy diversas. Para Platón, según unos, la pena se fundamentaba en el principio expiatorio, por el interés de la comunidad y en nombre de la misma, como restitución necesaria del daño del delito; para otros, Platón justificó la pena en la defensa y conservación del Estado, pena que impide el volver a delinquir y supone la rehabilitación del culpable y la purificación de su alma. Para el Derecho Romano, como su ejemplar sentido pragmático jurídico, el ius puniendi se justificaba con la ejemplaridad y correlativa intimidación del castigo. La religión cristiana incorporó el derecho divino a la función de castigar, convirtiéndola en una potestad delegada del poder de Dios de suerte que el delito es un pecado y la pena una penitencia. Sin embargo, no es sino hasta la época de Beccaria cuando surge una doctrina penal propiamente dicha, ajena a la mera especulación filosófica y con indudable finalidad política. Sin olvidar las teorías sustentadas por los principales pensadores como lo son: Manuel Kant, Giandomenico Romagnosi, Federico Hegel, Pablo Juan Anselmo

(10) Tratado de los Delitos y de las Penas, Ed. Heliasta, Buenos Aires, República de Argentina, 1978, pág. 165.

Von Feuerbach, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani y Carlos David Augusto Roeder, sin duda fue el marco en donde se desarrolló la tendencia denominada con toda propiedad Escuela Clásica. (11)

a) LA ESCUELA CLASICA

La escuela clásica se caracteriza por su indole filosófica, por su sentido liberal y humanitario, que alcanza su máximo apogeo a mediados del siglo XIX, cuyo principal exponente lo es el gran Filósofo y Jurista Italiano Francisco Carrara, quien en su obra "Programa del Curso de Derecho Penal", obra monumental en donde de manera sistemática y con profunda argumentación lógica, expone el contenido de la ciencia del Derecho Penal, trazando líneas y directrices originales que lo encumbraron como el máximo penalista de todos los tiempos.

"La obra de Carrara consumó la fusión de los principios de utilidad y de justicia, como básicos del derecho de castigar, señalando como su fundamento y aspiración suprema la tutela del orden jurídico y haciendo notar que todo exceso no sería protección del Derecho sino violación del mismo, abuso de la fuerza, tiranía; en tanto que todo defecto en las penas significaría traición del Estado a su propio cometido".(12)

Por tanto, se puede afirmar que la Escuela Clásica nace con el "Tratado de los delitos y de

(11) Cfr. Castellanos Tena Fernando, Op. Cit., págs. 51-52

(12) Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, 5a. ed. Editorial Porrúa, México, 1990. Pág.34

las penas" de Beccaria y finaliza con la obra inmortal del maestro Carrara, habiendo sido enriquecida durante su evolución por una gran afluencia de juristas como Carmignani, Rossi y otros más.

El maestro Raúl Carrancá y Trujillo, citando en su obra a Francisco Carrara señala: "la ley penal deriva de la voluntad misma de Dios, pero tiene un fin humano: proveer a la tutela jurídica, a la protección del Derecho; su límite es la moral; "el sistema de la tutela jurídica deriva de la razón de la prohibición, de la necesidad de proteger el Derecho; la medida de la sanción se encuentra en la importancia del Derecho que protege". El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad; está destinada la pena "a influir más sobre los otros que sobre el culpable (moralmente se entiende)". El hombre es interiormente libre y la ley le garantiza el ejercicio exterior de su libertad".(13)

Carrara sostiene, entre otras ideas que el Derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. Por lo tanto, para que el delito exista se requiere de un sujeto moralmente imputable; que el acto tenga un valor moral; que derive de él un daño social y se halle prohibido por una ley positiva.

(13) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl. Op. Cit. Pág. 156

A pesar de esta señalada diversidad entre los penalistas adscritos a la escuela, hay entre ellos indudables puntos de contacto, lo que permite resumir como puntos principales de la misma los siguientes:

1.- El punto cardinal penal es el delito, hecho objetivo, y no el delincuente, hecho subjetivo.

2.- El método es racionalista, ya que se aplicaba la metodología lógica abstracta, deductiva y especulativa.

3.- Sólo puede ser castigado quien realice un acto previsto por la ley como delito y sancionado con una pena.

4.- La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables.

5.- La represión penal pertenece al Estado exclusivamente; pero en el ejercicio de su función el Estado debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente.

6.- La pena debe ser estrictamente proporcional al delito de que se trate (retribución) y señalada en forma fija en la ley.

7.- El juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito (14)

b) LA ESCUELA POSITIVA

Frente a la Escuela Clásica, la Escuela Positiva Penal tiene un carácter unitario y universalista, es decir, nace de una verdadera uniformidad de doctrina, en contraposición de todas aquellas ideas que la antecedieron.

En la segunda mitad del siglo XIX, surgieron las corrientes eminentemente materialistas, entre las cuales destacan el positivismo y el materialismo histórico: como consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales en los estudios filosóficos, haciéndose sentir en todas las disciplinas culturales, inclusive en el Derecho. La característica distintiva del positivismo no sólo es su concepción realista, sino fundamentalmente sus métodos inductivos de investigación científica frente a los deductivos empleados hasta su época.

Los máximos representantes de la Escuela Positiva son: César Lombroso, cuya obra fundamental es el *Uomo delinquente*; Enrique Ferri, con su *Sociologia Criminale*; y Rafael Garófalo, con su *Criminologia*. Los tres tratadistas han sido llamados los evangelistas y sus textos mencionados constituyen los evangelios de la escuela positiva. Lombroso estableció que; antes de estudiar el delito como ente jurídico o simple infracción de la ley

(14) Cfr. Villalobos, Ignacio, Op. Cit. Págs. 41-42

penal, debe de examinarse como acción humana, como fenómeno humano y natural y social, considerando la biología del delincuente.

En resumen, cabe señalar como principios fundamentales de la Escuela Positivista los siguientes:

1.- El objeto de estudio del Derecho Penal es el delincuente, ya que el delito no es otra cosa que un sintoma revelador de su estado peligroso.

2.- La sanción penal, para que derive del principio de la defensa social, debe de estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción.

3.- El método filosófico jurídico que debe de aplicarse e Inductivo Experimental, con el cual se puede llegar a conocer con mayor exactitud la naturaleza del delincuente.

4.- Todo infractor, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal, si cae dentro del campo de la ley penal.

5.- La pena tiene una eficacia muy restringida; importa más la prevención que la represión de

los delitos y, por tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas.

6.- El juez tiene la facultad para determinar la naturaleza delictuosa del acto y para establecer la sanción, imponiéndola con duración indefinida para que pueda adecuarse a las necesidades del caso.

7.- La pena, como medida de defensa, tiene como objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles. (15)

5. - DIFERENTES CONCEPCIONES DEL DELITO

Para poder desarrollar el presente tema, y así poder tener un concepto del delito más sencillo y entendible, consideramos de vital importancia, conocer los criterios sustentados por las escuelas penales, ya que éstas adoptan posiciones a veces irreconciliables, sobre todo la clásica y la positiva. Sin embargo, una y otra no son sino periodos sucesivos de elaboración de la Filosofía penal; a la Clásica corresponde un periodo ligado a los derechos sustantivos de la personalidad humana, en tanto que la positiva al haber logrado enfocar los problemas externos del delito desde nuevos ángulos de

(15) Cfr. Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 42

contemplación y como consecuencia del progreso de todas las ciencias del conocimiento.

Los clásicos elaboraron diversas definiciones del delito, pero únicamente nos abocaremos a la expuesta por Francisco Carrara, principal exponente de la escuela clásica, quien lo define como: "La infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". (16)

Para Carrara, el delito no es un `ente de hecho` sino un `ente juridico`, porque su esencia debe consistir, necesariamente, en la violación del Derecho. Con su concepto de "ente juridico" distinguió al delito de otras infracciones no juridicas y precisó sus elementos más importantes. De su definición destaca, como esencial, que el delito es una violación a la ley, no pudiéndose concebir como tal cualquiera otra no dictada precisamente por el Estado, con lo cual separa, definitivamente, la esfera de lo juridico de aquellas otras pertenecientes al ámbito de la conciencia del hombre, precisando su naturaleza penal, pues sólo esta ley se dicta en consideración a la seguridad de los ciudadanos. Al precisar que tal violación debe de ser resultado de un acto externo del hombre Carrara excluye de la tutela penal al pensamiento y limita el concepto de acción al acto realizado por el ser humano, único dotado de voluntad, acto de naturaleza positiva o negativa, con lo

(16) Programa de Derecho Criminal, Parte General. Vol. I. Ed. Tesis, Bogotá, 1977. Pág. 43

cual incluye en la definición la actividad o inactividad, el hacer o el no hacer, en fin la acción o la omisión, formas de manifestación de la conducta. La imputabilidad moral fundamente la responsabilidad del sujeto y, por último, la calificación de dañosa (políticamente) da su verdadero sentido a la infracción de la ley y a la alteración de la seguridad de los ciudadanos para cuya garantía fue dictada.

Por su parte los positivistas, se limitaron a demostrar que el delito es un fenómeno o hecho natural, resultado necesario de factores hereditarios, de causas físicas y de fenómenos sociológicos. Rafael Garófalo, el sabio jurista del positivismo, define el delito natural como: "La violación de los sentimientos altruistas de probidad y de piedad, en la medida indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad".(17)

Tal concepto mereció justificadas críticas, aunque Garófalo trató de encontrar algo común al hecho ilícito en todos los tiempos y lugares, de manera que no estuviera sujeto a la constante variedad de su estimativa según la evolución cultural e histórica de los pueblos, su empeño quedó frustrado, pues su concepto del delito resultó estrecho e inútil.

A) *NOCION JURIDICO-FORMAL.*— Esta concepción se encuentra apegada a la ley, que impone su amenaza penal. El delito es verdaderamente configurado por

(17) Castellanos, Tena Fernando. Op. Cit. Pág. 126

su sanción penal. Si no hay ley sancionadora no existirá delito, aunque la acción haya sido inmoral y gravemente perjudicial en el plano social. Se trata de una noción incompleta, pues no se preocupa de la naturaleza del acto en sí, sino que sólo atiende a los requisitos formales. En este aspecto formal, Cuello Calón lo define como: "la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una pena". (18)

No es exacto considerar el delito siempre como una amenaza a la existencia y a la conservación de la sociedad. Ya que en el ordenamiento jurídico actual, las normas penales tienen una función no conservadora, sino evolutiva, en el sentido de que tienden a promover un progreso en la comunidad social.

B) NOCIÓN JURIDICO-SUSTANCIAL.— La noción formal es adecuada para satisfacer las necesidades de la práctica, pero si se requiere penetrar en la esencia del delito. Cuello Calón, afirma que cuando se reúnen todos estos elementos puede darse la noción sustancial del delito que para él es acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena. El ilustre maestro agrega que esta consideración de los elementos integrantes del delito no significa en absoluto la negación de su unidad. El delito es un todo no desintegrable en distintos elementos pero con diversos aspectos o facetas, y el estudio de los mismos es una exigencia metodológica para conocer mejor la entidad delictiva y sus problemas". (19)

(18) Derecho Penal, Tomo I, Parte General, 18ª ed. Ed.

Bosch - Barcelona. Pág. 298

(19) Cfr. Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Págs. 299 y 300

Para comprender con mayor exactitud, cuales son los elementos integrantes del delito, habrán de examinarse. De esta manera, puede señalarse lo siguiente:

a) El delito es un acto humano, es un actuar (acción u omisión). Un mal o un daño, aún siendo muy grave, tanto en el orden individual como en el colectivo, no es delito si no tiene su origen en un comportamiento humano. Los hechos de los animales, los sucesos fortuitos, como extraños a la actividad humana, no constituyen delito.

b) El acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en contradicción, en oposición, a una norma jurídica; debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.

c) Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que se corresponda con un tipo legal; es decir, ha de ser un acto típico. No toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuridicidad tipificada.

d) El acto ha de ser culpable, imputable a dolo o intención o culpa o negligencia; es decir, debe corresponder subjetivamente a una persona, debe estar a cargo de una persona.

e) El acto humano (acción u omisión)

debe de estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad, no existiría delito. (20)

Si concurren todos estos elementos, se puede afirmar con toda certeza que habrá delito, al faltar alguno de ellos no habrá delito: como por ejemplo: al no ser antijurídico el hecho, al haber una causa de justificación, legítima defensa, estado de necesidad, o no ser imputable, como en el caso de un loco.

(20) Marquez, Piñero Rafael. Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. Ed. Trillas, México, 1994. Pág.133.

sus propios elementos, pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, de manera que sin negar su unidad estima indispensable su análisis mediante su fraccionamiento. De aquí que estemos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por los defensores de esta concepción, quienes demuestran la inconsistencia de las objeciones de los unitarios. Por otra parte, reconocemos las más importantes consecuencias derivadas de la atomización del delito sin perder de vista su unidad, recordando el pensamiento de Petrocelli, de que el análisis no es la negación de la unidad sino es el medio para realizarla, y es absurdo hablar de una consideración unitaria que no tenga por base una consideración analítica.(22)

Nosotros nos adherimos a lo conceptuado por la segunda concepción del delito, la cual, sin negar la unidad del delito precisa su análisis en elementos, pues como bien dice Jiménez de Asúa sólo estudiando analíticamente el delito es posible comprender la gran síntesis en que consiste la acción u omisión sancionadas por las leyes.

2. - CONCEPCIONES PSICOLOGISTAS Y NORMATIVISTAS

Respecto a la fijación de la naturaleza de la culpabilidad, a la estructuración de su concepto, existen dos teorías. En seguida se hará un somero

(22) Porte Petit, Ibídem.

análisis de las mismas.

a) **TEORIA PSICOLOGISTA.**— Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, o posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor.

El estudio de la culpabilidad requiere del análisis del psique del hombre, para determinar con mayor certeza cuál fue la actitud del agente respecto del resultado objetivamente delictuoso. Para mayor claridad el maestro Fernando Castellanos, citando al también ilustre estudioso de la materia maestro Porte Petit, apunta: "Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y el resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta." (23)

De lo anterior inferimos, que para esta teoría lo predominante es la relación subjetiva entre el autor y su hecho, lo cual nos permite afirmar un carácter fundamentalmente psicológico.

(23) Fernando Castellanos, Op. Cit. Pág. 234

b) **TEORIA NORMATIVISTA.**— Para esta concepción, la culpabilidad no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo es un punto de partida, ya que de un hecho psicológico concreto, deben precisarse los motivos del mismo para encajar la conducta del sujeto en la esfera del dolo o en la de la culpa; una vez determinados los motivos, para lo cual hay que acreditar, si teniendo en cuenta los motivos y la personalidad del autor, podría exigirsele una conducta conforme con el derecho.

La culpabilidad reside en la reprochabilidad, en la exigibilidad o imperatividad dirigida al hombre dotado con una voluntad, ya que a través de ésta, puede conducirse conforme a derecho, y por consiguiente se le puede reprochar su culpabilidad. Todo lo externo-objetivo se asignó a la antijuridicidad, todo lo interno-subjetivo a la culpabilidad; la culpabilidad debía ser "la relación anímica del autor con el resultado".

Hans Welzel y sus seguidores señalan, que la culpabilidad es considerada esencialmente como "reprochabilidad". La integración de la culpabilidad para ellos se realiza con base en elementos fundamentalmente valorativos. Imputabilidad (capacidad de cognoscencia y capacidad de motivación), Cognoscibilidad (posibilidad de conocimiento de la ilicitud, del injusto), y exigibilidad de la conducta, de acuerdo a la norma prescrita. (24)

(24) Cfr. Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán, Parte General 11ª edición, 4a. Edición Castellana. Ed. Jurídica de Chile, 1993. Págs. 166-168

Reinhart Maurach, jurista alemán y tal vez el más distinguido discípulo de Welzel, señala: "Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de la culpabilidad se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que se ha decidido en favor de injusto, aún cuando podía comportarse conforme a Derecho, aún cuando podía decidirse en favor del Derecho".(25)

Otro de nuestros tratadistas de la materia, Ignacio Villalobos, de decidida posición psicologista, estima integrada la culpabilidad con dos elementos: "Una actitud psicológica del sujeto, conocida como 'situación de hecho de la culpabilidad'; y una valoración normativa de la misma, que produce el reproche por encontrar al sujeto en oposición o en pugna con el derecho y con sus obligaciones personales. Sin embargo, lo que ahora interesa es la actitud psicológica del sujeto que, si se tiene presente que en el delito se ha de referir a un presupuesto necesario de antijuridicidad, es el nuevo elemento que por sí sólo constituirá la culpabilidad, ya que traerá consigo todo el proceso de valoración, de reproche y aún de punibilidad".(26)

3. - EL FINALISMO

Toda acción u omisión penalmente

(25) Cit. por Fernando Castellanos, Op. Cit. Pág. 236

(26) Villalobos, Ignacio, Op. Cit. Pág. 236

relevante es una unidad constituida por momentos objetivos y subjetivos. Su realización recorre diferentes etapas: preparación, tentativa y consumación. Esto presupone que los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin; es decir, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin. Esta actividad final se llama "acción".

El maestro Rafael Márquez Piñero, expresa al citar a Welzel, que dicho autor llegó a una concepción finalista de la acción valorativamente considerada. Su crítica de la acción comenzó por refutar el causalismo y adquirió su perfección en 1938, construyéndose en torno a una base orgánica de la dogmática. En la sistemática ortodoxa, la acción en sentido amplio fue considerada como relación causal de voluntad y como tipo objetivo idéntico para el dolo y la culpa, concebido de manera objetivo-externa (antijuridicidad). Welzel afirma que esta tesis es errónea porque no se toma en consideración las diferencias positivas de los delitos culposos y los dolosos; por ello, es que el tratadista en mención intentó definir la acción dolosa y la acción culposa; al respecto Welzel menciona que la palabra "acción" significa en su sentido más restringido el ejercicio de la actividad finalista del hombre. La finalidad o el carácter final de la acción se base en que el hombre, gracias a su saber causal puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de esos fines. (27)

(27) Cfr. Marquet, Piñero. Op. Cit. Pág. 160

Welzel subraya que la acción humana es, un acontecimiento 'finalista' y no solamente 'causa', que la finalidad es 'vidente' y la causalidad es 'ciega'. En efecto, la conducta, en Derecho Penal, no puede entenderse sino como conducta culpable. Por tanto, abarca: querer la conducta y el resultado. Para aclarar su pensamiento Welzel nos proporciona un ejemplo: "Cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevó a la descarga. Esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, pero el acontecer no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente en las acciones humanas: quien quiere asesinar a otro elige, conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin previamente determinado. Aquí la constelación causal se ha ordenado para la consecución del fin: compra del arma, averiguación de la oportunidad, ponerse al acecho, disparar al objetivo. Todos estos son actos dirigidos a un fin, que están sujetos a un plan de conjunto." (28)

La teoría finalista de la acción, se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad. Ella se constituye en la espina dorsal de la acción finalista, y sin ella, la acción quedaría destruida en su estructura material y rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final pertenece, por ello, a la acción

(28) Welzel, Hans. Op. Cit. Pág. 40

como factor integrante, en la medida en que, configura objetivamente el acontecer exterior. (29)

Para comprender con mayor claridad, la dirección final de una acción, es menester comprender las etapas por las que atraviesan dichas acciones, y entre las cuales podemos distinguir las siguientes:

1. Objetivo a conseguir
2. Medios para conseguirlo
3. Consecuencias Secundarias,
que pueden ser:
 - a) Queridas
 - b) Concomitantes
 - c) No queridas (30)

La primera transcurre totalmente en la esfera del pensamiento y la cual empieza con la anticipación del fin, que el autor quiere realizar.

La selección de los medios para la consecución del fin. El autor determina, sobre la base de su saber causal y en un movimiento de retroceso desde el

(29) Welzel, Hans Op. Cit. Págs. 39-40

(30) Apuntes en Clase del LIC. BAPAEI MARQUEZ PINERO,
Tomados en el curso de la Teoría del Delito y el Código Penal, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

fin. los factores causales que son requeridos para el logro del mismo, incluso aquel movimiento corporal con el que puede poner en marcha toda la cadena causal.

La consideración de los efectos concomitantes puede inducir al autor a reducir los medios escogidos hasta ese momento o a seleccionar factores antagónicos adicionales que impidan la producción de los efectos concomitantes, o, en caso contrario, dirigir la acción a modo de evitarlos (No queridas). La voluntad de acción orientada a la obtención del fin se encamina aquí, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes. Por otra parte, la consideración de los efectos concomitantes puede también llevar a que el autor incluya en su voluntad de acción la realización de los mismos (Queridas), sea porque tenga por segura su producción en caso de aplicación de esos medios o, por lo menos cuente con ella.

Así, la acción en relación al fin perseguido, es la lesión del bien jurídicamente tutelado; desde luego la conducción final se extiende también a la ejecución externa de la acción misma, de modo que el resultado de la conducción final se puede agotar en la misma actividad. (31)

4. - EL CAUSALISMO

La causalidad implica un juicio

(31) Apuntes en Clase del LIC. RAFAEL MARQUEZ PIÑERO,
Tomados en el curso de la Teoría del Delito y el Código
Penal, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

de valor de una determinada conducta, por lo cual sólo debe de interesar el movimiento corporal provocado por un acto voluntario, con sus consecuencias en el mundo externo, y no en el sentido social del suceso.

Al respecto, el maestro Rafael Márquez Piñero, señala: "Se sabe que el delito es, en primer término, un acto humano que comprende, por una parte, el movimiento corporal de la acción ejecutada (acción stricto sensu) o la acción esperada y no ejecutada (omisión), y por otra, el resultado (daño) producido o la potencialidad de causarlo (peligro), que también es resultado porque produce un cambio en el mundo psíquico externo. Para que el resultado pueda incriminarse, precisa existir un nexo causal o relación de causalidad entre la conducta del ser humano y el resultado sobrevenido." (32)

Por ello, entre la conducta y el resultado ha de existir una relación causal; es decir, el resultado debe tener como causa un hacer del agente, una conducta positiva. El profesor Porte Petit, nos da un concepto de lo que se debe de entender por relación causal, al mencionar "Existe nexo causal, cuando suprimiendo la conducta, no se produce el resultado. O sea, si se le suprime y no obstante se produce el resultado, quiere decir, que no hay relación de causalidad." (33)

En efecto. una conducta humana

(32) Márquez, Piñero. Op. Cit. Pág.170

(33) Porte, Petit. Op. Cit. Pág.335

es algo que puede ser captado tanto por el principio de la causalidad, como por el principio de la finalidad, valorando culturalmente y juzgando normativamente. Por ello, el concepto de causa es quizá el primero que actúa en la consideración de la conducta humana, ante todo, hay que establecer la concatenación causal de los hechos para poder pasar al estudio de la imputación.

Respecto del concepto de causa, las opiniones de los tratadistas son diversas y están divididas. Para el maestro Jiménez de Asúa, se debe partir de la idea naturalista, con base filosófica, ya que entiende que, dada la proximidad de las ciencias naturales a la disciplina penal no debemos alejarnos de esta noción naturalista, al señalar: "La determinación causal es un concepto naturalista, aplicado al derecho penal justamente en virtud de la mayor proximidad de esta rama jurídica a determinadas ciencias naturales; y esto no significa concesión positivista alguna, sino simplemente servicio de las necesidades objetivas del derecho penal, que opera sobre conductas humanas y que ha de captarlas con la suficiente plenitud". (34)

Por lo contrario, el maestro Mariano Jiménez Huerta al tratar el concepto de la causalidad manifiesta que pertenece a la filosofía, en donde es concebido desde dos puntos de vista diversos. Para la filosofía antigua, dominada por el objetivismo, es un nexo real que liga las cosas entre sí; para la filosofía moderna,

(34) Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III, 3a. Edición, Ed. Losada, Buenos Aires, Pág. 449

una categoría mental, con la cual sometemos a un orden los acontecimientos del mundo circundante, sin poder decir si efectivamente subsiste un ligamento objetivo entre un antecedente y una consecuencia. Por tanto, ubica a la causalidad en el ámbito del Derecho Penal, y expone que se trata exclusivamente de saber si un determinado comportamiento humano ha producido un resultado relevante jurídicamente. Dicho en otra forma: si un concreto resultado puede objetivamente ser atribuido a una conducta humana". (35)

Sobre las condiciones que hayan de concurrir para que exista relación de causalidad, se ha originado una fuerte controversia entre las distintas escuelas y se han formulado tantas teorías, por lo que consideramos procedente hacer un somero estudio de las que a nuestro criterio consideramos de mayor trascendencia jurídica.

a) Teoría de la Equivalencia de las Condiciones o de la *Conditio Sine Qua Non*.— Según esta teoría, formulada por Von Buri, todas las condiciones que cooperen a la producción del resultado son equivalentes y por ende todas tienen igual valor y todas son necesarias para su producción.

b) Teoría de la Condición Más Activa o Más Eficaz.— Sustentada por Von Birkmeyer, señala

(35) Derecho Penal Mexicano, Tomo I, 5ª Edición, Ed. Porrúa, 1935. Pág. 174.

que todos los factores que concurren en un resultado típico, hay que extraer el más idóneo a la conducta típica. La que más ha contribuido a la producción del resultado, en el conflicto de las fuerzas antagónicas. Por tanto, la verdadera causa es aquella condición de eficacia predominante.

c) Teoría de la Causalidad Adecuada.-

Para esta teoría, sólo puede considerarse como causa de un resultado aquella actividad adecuada para producirlo. La causa es adecuada al resultado cuando éste se produce según lo normal y común de la vida; si el resultado se aparta de lo normal y común, no habrá relación de causalidad. La estimación de la idoneidad de la causa para producir el resultado se hará teniendo en cuenta los conocimientos del hombre, particularmente los del agente. (36)

5. - LA NOCIÓN SOCIOLOGICA

La escuela positiva consideró al delito como un fenómeno natural y social, producido por el hombre, elaborando Garófalo, uno de los evangelistas de dicha escuela, el concepto de delito natural, recurriendo al

(36) Cfr. Marquez Piñero, Rafael. Op. Cit. Pág. 175

análisis de los sentimientos: "Es la violación de los sentimientos altruistas fundamentales de benevolencia o piedad y probidad o justicia en la medida media en que se encuentran en la sociedad civil, por medio de acciones nocivas para la colectividad". (37)

Garófalo, al mostrar su concepto de delito natural, se hace merecedor de diversas críticas, en el sentido de que deja fuera de ella, algunas figuras delictivas, a virtud de que existen otros sentimientos, que pueden ser lesionados: el patriotismo, el pudor, la religión así como que es relativo el concepto de medida media en que son poseídos los sentimientos de piedad y de probidad.

A este respecto, el maestro Castellanos Tena al tratar el tema señala: "De haber una noción sociológica del delito, no sería una noción inducida de la naturaleza y que tendiera a definir el delito como un hecho natural, que no lo es; sino como concepto básico, anterior a los códigos, que el hombre adopta para calificar las conductas humanas y formar los códigos legales...". Y no podía ser de otra manera ya que la conducta del hombre, el actuar de todo ser humano, puede ser un hecho natural supuesta la inclusión en la naturaleza de lo psicológico y de sus especialísimos mecanismos; pero el delito como tal es ya una clasificación de los actos, hecha por especiales estimaciones jurídicas, aún cuando su concepto general y

(37) Porte Petit. Op. Cit. Pág. 246

demasiado nebuloso haya trascendido a la mayoría de los hombres, o quizá por el mismo se haya formado, como tal vez sucedió con la primera noción intuitiva de lo bueno, de lo útil, de lo justo, sin que por ello sea el contenido de estas apreciaciones un fenómeno natural. (38)

Por tanto, no se puede investigar qué es en la naturaleza el delito, porque en ella y por ella existe, sino a lo más buscar y precisar esas normas de valoración los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa.

Cada delito en particular, se realiza necesariamente en la naturaleza o en el esenario del mundo, pero no es naturaleza; la esencia de lo delictuoso, la delictuosidad misma, es un concepto a priori, una forma creada por la mente humana para agrupar y clasificar una categoría de actos, formando una universalidad cuyo principio es absurdo querer luego inducir de la naturaleza. (39)

(38) Cfr. Castellanos, Tena. Op. Cit. Pág. 127

(39) Cfr. Ignacio Villalobos. Op. Cit. Pág. 206

C A P I T U L O I I I
D E L D E L I T O T E R C E R A P A R T E

I.- S U S E L E M E N T O S C O N S T I T U T I V O S

En la clasificación de los ilícitos penales, algunos juristas nos hablan de lo que debe ser considerado como delito y lo que no, por diferentes hechos o acontecimientos que eliminan la responsabilidad o la culpa del agente infractor o simplemente excluye al delito por concurrir alguna causa de justificación.

Por ello, no hay duda de que el delito no debe ser estudiado sintéticamente, sino hay que proceder también al análisis del mismo; es decir, a la individualización y al exámen de los elementos que lo integran, profundizando en el estudio analítico del ilícito.

Por tanto, procederemos a estudiar sus elementos componentes, siguiendo el criterio de tres autores destacados, estudiosos de la materia.

a) S E G U N L U I S J I M E N E Z D E A S U A .

Tratándose del delito, el autor mencionado elabora una definición jurídico-sustancial, en

donde trata de establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto textualmente dice: "Delito es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". (40)

Como se puede observar, el maestro Jiménez de Asúa, en su definición incluye como elementos constitutivos del delito: La acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de punibilidad, por tanto, desde este punto de vista, podemos afirmar que dicha definición es constitutiva de una concepción heptatómica y en la cual cada elemento tiene su anticorrelativo en el aspecto negativo del delito.

Considerando los elementos del delito en su aspecto positivo y sin perder de vista el primer y el séptimo elementos, podemos formular una concepción dicotómica o bitómica, tritómica o triédrica, tetratómica, pentatómica, hexatómica y heptatómica, según el número de elementos que se consideren para estructurar el delito.

El insigne tratadista al explicar su definición expone: "Ahora bien; el acto, tal como nosotros lo concebimos, independientemente de la tipicidad, es más bien, el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones

(40) Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal. 5a. ed. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1967. Pág.206.

objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito". (41)

El maestro Jiménez de Asúa, utilizando el método aristotélico de sic et non, contrapone lo que el delito es a lo que no es, y así nos presenta el cuadro de los caracteres del delito en sus dos aspectos (positivo y negativo).

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
------------------	------------------

- | | |
|-----------------------------|--------------------------------|
| a) Actividad | a) Falta de acción |
| b) Tipicidad | b) Ausencia de tipo |
| c) Antijuridicidad | c) Causas de Justificación |
| d) Imputabilidad | d) Causas de inimputabilidad |
| e) Culpabilidad | e) Causas de inculpabilidad |
| f) Condicionalidad objetiva | f) Falta de condición objetiva |
| g) Punibilidad | g) Excusas absolutorias |

Como se advierte, para este autor el delito lo integran siete elementos, mismos que deberán ser estudiados en forma analítica.

(41) Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal. Tomo III.
Op. Cit. Pág.320

b) SEGUN EDMUNDO MEZGUER

El profesor de Munich, elabora también una definición jurídico-sustancial al señalar en el delito estos elementos: "Delito es la acción típicamente antijurídica y culpable" (42). Como se puede observar, el famoso penalista para nada alude a las condiciones objetivas de la penalidad y tampoco a la pena, que es para él una consecuencia del delito y no una característica del mismo, pero más tarde, en su Grundriss, esto se modifica.

Conviene advertir que dicho tratadista, tampoco incluye en su definición a la imputabilidad, la cual considera como un mero presupuesto de la culpabilidad; en cuanto a las condiciones objetivas de penalidad, juzga que no es correcto hacer referencia a las mismas, porque ellas, aunque en conexión menos íntima, pertenecen también al tipo del delito y en cuanto a la ausencia de la pena, considera innecesaria su inclusión en la definición del delito. Criterio que como en seguida se verá, ha de modificarse en trabajos posteriores.

El destacado Jurista Carlos Fontán Balestra, al analizar la definición de Mezguer, señala "La tipicidad califica la antijuridicidad y la culpabilidad, a través de la expresión típicamente antijurídica y culpable. Por eso Mezguer no trata

(42) Fernando Castellanos, Op. Cit. Pág. 129

independientemente la tipicidad, sino que para él es sólo una parte del estudio de la antijuridicidad". (43)

No negaremos que en el Grundriss, editado en 1938 todo cambia, empezando por la definición que ya hemos estudiado; destaquemos también que la segunda parte de la breve obra, en que va a ocuparse del delito, se titula "El hecho penal y su autor" y que en el capítulo primero lleva este título: "El autor y su acto". Ello implica que el delincuente asuma importantísimo papel en el delito como corresponde a un "Derecho penal de autor" del que Mezguer se hizo propagandista. Considerando al delito como un todo unitario y orgánico, concebido con criterio personalista. Añádase que en la definición del delito se ha incluido como elemento el estar sancionado con una pena, y en el cual se observa que Mezguer, por muchos que sean los cambios que diera ante la presión de las corrientes totalitarias, no renunció al estudio de los caracteres del delito. (44)

Considerando que dicho tratadista, explica el contenido del estudio del hecho punible como el conjunto de los presupuestos de la pena, y aclara que el término Delito ha sido empleado por Binding y Finger en un sentido jurídico estricto, netamente distinto del que tienen las palabras acción punible; delito es el nombre genérico de la infracción culpable de la norma. De ahí que debería hablarse de delito jurídico penal.

(43) Fontan Balestra, Op. Cit. Pág. 345

(44) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Pág. 306.

En estas condiciones, el famoso penalista define el hecho punible como una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena. En lo tocante al hecho punible es una acción típicamente antijurídica en la cual no aparecen variantes; y en la que se hace referencia, tanto al aspecto externo como al interno del injusto; las palabras personalmente imputable, sustituyen a la palabra culpable de la anterior definición y el agregado conminada con una pena lo explica diciendo que la tautología que ella supone, no resulta perjudicial, por cuanto no se prescinde de la discusión precisa acerca de lo que es la pena y la conminación de la misma. (45)

c) SEGUN EUGENIO CUELLO CALON

Este tratadista, al igual que los anteriores nos da una noción sustancial del delito al señalar: "Delito es la acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena". (46)

Como se puede observar, esta concepción tiene grandes similitudes con la doctrina de Edmundo Mezguer, ya que consideran los mismo elementos del delito, aunque con diversa denominación, pero en esencia son lo mismo.

(45) Cfr. Frontan Balestra, Op. Cit. Pág. 347

(46) Cuello Calón, Op. Cit. Pág. 300

Por lo que dicho penalista afirma, que si concurren estos aspectos formales acción, antijuricidad, tipicidad, culpabilidad, punibilidad, hay delito, y por consiguiente si llegara a faltar alguno de ellos no existirá hecho punible. Además dicho tratadista expresa que: "La anteposición en esta gradación, de la antijuricidad a la culpabilidad no significa que aquélla se le otorgue un rango preeminente sobre ésta, sino un caminar de fuera a dentro, de lo externo al elemento interno del delito". (47)

El ilustre tratadista agrega, que esta consideración de los elementos integrantes del delito no significa en absoluto la negación de su unidad; y por tanto considera que el delito es un todo que no puede desintegrarse en elementos distintos, es un todo unitario que presenta diversos aspectos o facetas; y el estudio específico de cada uno de éstos no es más que una exigencia metodológica que permite un estudio más profundo de la entidad del delito.

2.- LOS ASPECTOS NEGATIVOS DE LOS ILICITOS O LLAMADAS CAUSAS QUE EXCLUYEN AL DELITO

En atención a la concepción heptatómica, de la cual es partidario el famoso penalista Jiménez de Asúa, se deduce explícitamente que tenemos un

(47) Cuello Calón, Op. Cit. Pág. 299

aspecto positivo y un aspecto negativo del delito. Desde este punto de vista diremos, que la antijuricidad es el tercer elemento esencial del delito, y su aspecto negativo, lo constituyen las causas de licitud o justificación.

Las causas de licitud las encontramos dispersas en el Código Penal. Con el rubro "Circunstancias excluyentes de responsabilidad", hasta antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de enero de 1994, y mismas que entraron en vigor en fecha 10 de febrero del mismo año; lo que en la actualidad se contemplan con el rubro de "Causas de exclusión del delito", y el cual lo encontramos contemplado en el capítulo IV del título primero, en los artículos 15 a 17 del mismo ordenamiento legal antes invocado.

La responsabilidad nace de la voluntad de infringir la ley, o de la imprevisión, negligencia, falta de reflexión, etc., en los delitos de culpa. Las circunstancias excluyentes de que vamos a ocuparnos, son aquellas que impiden que sea acción punible una acción prohibida por la ley. Lo que significa, que el criminal no se convierte en inocente al estar amparado por alguna excluyente de responsabilidad, sino que sus actos se justifican o se excusan, en virtud de que el inculpaado queda amparado por el ejercicio de un derecho, justificado por la ley.

En este sentido el maestro Demetrio Sodi, en su pequeño libro intitulado Excluyentes de Responsabilidad, entre otras cosas señala: "Existe una causa de justificación, cuando el agente no es culpable ni moral ni

jurídicamente, porque no se encuentra en las condiciones normales de imputabilidad". (48)

Es importante señalar, que este aspecto negativo del delito lo denominan algunos autores de diferente manera: causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, causas excluyentes de responsabilidad, causas de incriminación, en nuestro código se usaba la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad, el maestro Raúl Carrancá y Trujillo, utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación, aunque generalmente se utiliza la expresión "Causas de justificación".

En relación al presente tema el maestro Carrancá y Trujillo, señala: "Si para que la acción humana constituya delito se requieren, entre otros elementos, la culpabilidad y la antijuridicidad, y para que sea sancionada además la punibilidad, faltando alguno de ellos la acción dejará de ser incriminable. Las causas que excluyen la responsabilidad penal significaban que la acción no es culpable o antijurídica o punible, y de aquí que la doctrina distinga diversos grupos de ellas: causas de inimputabilidad, causas de inculpabilidad y causas de justificación; a las que se añaden las de excusa, o excusas absolutorias, que son causas de impunidad por virtud de las cuales los sujetos determinados que incurren en las

(48) Demetrio Sodi, Excluyentes de responsabilidad,
Ediciones Jurídicas, Pág. 18

infracciones amparadas por ellas se benefician con la remisión de la pena". (49)

Estimamos que el distinguido jurista Carrancá, con gran precisión utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación, ya que comprende todos los aspectos negativos del delito. Pues como bien menciona el maestro Castellanos Tena: "Las causas que excluyen la incriminación son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causa de inimputabilidad y causas de inculpabilidad". (50) Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa.

Tomando en consideración el pensar del maestro Ignacio Villalobos, éste señala que: "Las excluyentes de responsabilidad son, pues, condiciones excepcionales que concurren a la realización de un hecho típico del Derecho Penal, por las cuales el acontecimiento deja de ser delictuoso, a pesar de su tipicidad, y por tanto no produce la responsabilidad que es inherente al delito". (51)

Del concepto citado, se desprende que puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar una excluyente de responsabilidad. En tales condiciones la conducta

(49) Op. Cit. Pág. 469

(50) Castellanos, Tena, Op. Cit. Pág. 184

(51) Villalobos, Ignacio, Op. Cit. Pág. 333

realizada, resulta acorde con la ley porque las justificantes, eliminan la antijuridicidad del hecho típico.

Por nuestra parte concordamos con lo expresado por el maestro Carrancá y Trujillo, en la nota 51 que hace al rubro "Circunstancias excluyentes de responsabilidad", a que se refiere el capítulo IV de su Código Penal Anotado, y en la que señala: "La responsabilidad tiene por presupuesto la imputabilidad y ambas hacen posible la culpabilidad; por lo que las excluyentes, en su especie, se fundan en la ausencia de imputabilidad o de culpabilidad, mas no de responsabilidad".(52)

Tomando en consideración que nuestro Código Penal considera las excluyentes de responsabilidad junto con otras de naturaleza diversa. En consecuencia, para el estudio de las mismas, es necesario clasificarlas en tres grupos, como nos las presenta el maestro Carrancá y Trujillo en la nota antes mencionada: a) Causas de inimputabilidad, b) Causas de inculpabilidad y c) Causas de justificación, añadiéndose d) Las causas de impunidad o excusas absolutorias.

En efecto, como ya lo señalamos el objeto de estudio del presente tema lo constituye el aspecto negativo de la antijuridicidad, y para no salirnos del mismo, en atención a la clasificación antes citada, nos avocaremos al estudio del inciso c), que se refiere a las Causas de Justificación, mismas que son las que excluyen la

(52) Carrancá y Trujillo, Raúl. Código Penal Anotado. 15g. ed. Ed. Porrúa. México, 1990. Pág.73

antijuridicidad de la conducta, que entra en el hecho objetivo de una ley penal; y la cual se funda en las excluyentes de Legítima defensa, de estado de necesidad, así como el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho. Mismas que serán objeto de estudio en el siguiente capítulo.

C A P I T U L O I V

LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION

I.- CONCEPTOS DE ANTIJURIDICIDAD

Como quedó asentado en páginas anteriores, al definir al delito como el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal; quedó integrada la antijuridicidad con la categoría de elemento integrante del mismo, esencial para la integración del delito.

En relación a este tema el maestro Castellanos Tena nos proporciona una definición al señalar: "Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario al derecho". (53) Criterio que es acorde a lo sostenido por el maestro Ignacio Villalobos al mencionar "Antijuridicidad es oposición al derecho; y como el derecho puede ser legislado, declarado por el Estado y

(53) Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 177

formal, o bien de fondo, de contenido o material, también de la antijuridicidad se puede afirmar que es formal, por cuanto se opone a la ley del Estado, y material por cuanto afecta los intereses protegidos por dicha ley". (54)

Según Cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por sólo recaer sobre la acción ejecutada". (55) Francisco Carrara, al referirse al mismo tema señala: "...que no todos los actos externos procedentes de una intención malvada, pueden ser elevados a la categoría de delito, sino sólo aquellos que han dañado o que han tenido la posibilidad de dañar a los intereses ajenos". (56) Para este autor es de gran importancia la valoración de una conducta humana contraria a derecho, para poder hablar de antijuridicidad.

Hans Welzel aduce que frecuentemente se precisa la antijuridicidad como "un juicio negativo de valor" o como "juicio de desvalor" del Derecho sobre la conducta humana o el hecho (acción). Aclarando de inmediato que la antijuridicidad no es, naturalmente, un mero juicio de desvalor, sino una característica de desvalor de la acción, en virtud de que debemos tener presente, el sentido figurado de esta expresión, ya que si se esta consciente, puede caracterizarse perfectamente la antijuridicidad como un juicio negativo de valor, ya que el sujeto de este juicio no es un hombre

(54) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 258

(55) Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 284

(56) Carrara, Francesco. Op. Cit. Pág. 115

individual sino el ordenamiento jurídico como tal. En tanto que la antijuridicidad es un juicio de valor "objetivo" en cuanto se realiza sobre la conducta típica, en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico. El objeto que se valora como antijurídico, es decir la conducta típica de un hombre, constituye una unidad de momentos del mundo externo (elementos objetivos) y anímico (elementos subjetivos). (57).

Sin dejar pasar por alto, la opinión del ilustre maestro Carrancá y Trujillo, al tratar el presente tema señala: "Cabe clasificar las leyes en dos grandes órdenes: las físicas y las culturales. Las primeras expresan condiciones del ser, su cualidad es la permanencia, por lo que el hombre no puede sustraerse de ellas. Las culturales expresan el deber ser por fuerza de la necesidad moral y tan sólo aspiran a la permanencia, pues el hombre puede dejar de someterse a un imperio; se inspiran tan sólo en una cierta valoración de la conducta humana; son reglas de conducta denominadas normas, para diferenciarlas de las leyes físicas; su finalidad específica es, como dice Stammier la comunidad de los hombres libres, y son obligatorias por exigencia de la vida en sociedad humana. Tales como las normas de cultura". (58) El autor en cita considera que la antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura, reconocidas por el Estado. Es decir, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado.

Como se puede observar, la antijuridicidad por ser un concepto negativo es difícil dar una

(57) Cfr. Welzel, *Hans. Op. Cit.* Pág. 60

(58) Carrancá y Trujillo, *Ruiz. Op. Cit.* Pág. 353

definición de la misma, sin embargo, se señala como antijurídico lo que es contrario a derecho; pero aquí no puede entenderse lo contrario al derecho, lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las normas de cultura reconocidas por el Estado.

Por ello, el maestro Fernando Castellanos al definir a la antijuridicidad señala: "Lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo". Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, es decir, aquilatar la estimación entre esa conducta (en su fase material) y la escala de valores del Estado. Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación". (59)

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa.

Por su parte y ampliado los conceptos anteriores el jurista RAFAEL MARQUEZ PINERO, nos explica en que consisten las corrientes objetiva y subjetiva al exponer lo siguiente: "En el campo de la ciencia jurídica pueden señalarse, respecto de la antijuridicidad, dos corrientes: La

(59) Cfr. Castellanos Iena, Fernando. Op. Cit. Pág. 178

objetiva; que considera, por exigencias sistemáticas, vinculado lo injusto, lo antijurídico, a la mera contradicción del acto con la norma, sin necesidad de verificar si el agente obró de manera culpable, y la Subjetiva, que para decir lo antijurídico pretende previamente analizar si en la conducta del sujeto activo hubo dolo o culpa, así como capacidad para obrar culpablemente."(60)

Welzel es contundente al afirmar: "el carácter objetivo de la antijuridicidad, por cuanto recae sobre la conducta o hecho en relación al orden social jurídico y con base en una disposición suprema, muy general, es decir, que el ordenamiento jurídico quiere sancionar con penas las conductas intolerables para la vida en comunidad, que es necesario la aplicación de una disposición penal tan general como ésta comprende...". (61) Opinión semejante es compartida por afamados penalistas. Castellanos Tena expresa: "La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa".(62), mientras Jiménez de Asúa, sostiene que "lo antijurídico es objetivo al ligar el acto con el Estado, no siendo lo antijurídico lo captado por el dolo, sino el deber de no violar las normas, el afamado maestro rechaza rotundamente la teoría subjetiva, que involucra lo injusto (lo antijurídico) y lo culpable".(63) En tanto, el maestro Rafael Márquez Piñero expresa: "Frente a la concepción objetiva de la antijuridicidad se alza el criterio subjetivo. Para los subjetivistas, no se suscita aquella conciencia de violar el deber como elemento de la culpabilidad como opinan los objetivistas, sino que la enclavan y la valoran en el ámbito de

(60) Márquez, Piñero Rafael. Op. Cit. Pág. 195.

(61) Cfr. Welzel Hans. Op. Cit. Pág. 58.

(62) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit. Pág. 178

(63) Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito. Op. Cit. Pág. 280

lo antijuridico." (64) Otro autor mexicano, Francisco Pavón Vasconcelos, al realizar el estudio de la corriente subjetiva de la antijuridicidad, cita a Hold Von Ferneck que es uno de los primeros y más firmes sostenedores de dicha corriente, "pretende encontrar la esencia de lo antijuridico en una especie de contradicción subjetiva entre el hecho humano y la norma". (65)

2.- PRINCIPALES CAUSAS DE JUSTIFICACION

Cuando falta la antijuridicidad podemos decir con toda certeza que no hay delito, que el hecho delictivo se justifica, es decir que hay una causa de justificación o licitud. Estas causas se encuentran plasmadas en nuestro Código Penal vigente, en su artículo 15 fracciones IV, V y VI, mismas que se refieren a la Legítima defensa, Estado de necesidad y el Cumplimiento de un deber o Ejercicio de un derecho respectivamente.

En atención a la primera causa de justificación denominada Legítima defensa, tema principal del presente trabajo, nos reservamos hacer estudio alguno en el presente capítulo, en virtud de que para su estudio nos avocaremos en el siguiente capítulo.

a) EL ESTADO DE NECESIDAD.

Esta causa de justificación se

(64) Márquez Piñero, Rafael. Op. Cit. Pág. 197

(65) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 322

encuentra reglamentada en el capítulo IV, título primero, libro primero, correspondiente al rubro Causas de exclusión del delito, artículo 15 fracción V del Código Penal vigente, que textualmente señala: "Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionado otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo." (66)

Doctrinariamente el maestro Porte Petit, lo define al señalar: "Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley". (67)

Cuello Calón señala: "El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona". (68) Mientras tanto el maestro Pavón Vasconcelos señala: "El estado de necesidad caracterizase por ser una colisión de intereses pertenecientes a distintos titulares; es una situación de peligro cierto y grave, cuya superación para el amenazado, hace imprescindible el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio". Agregando el autor en cita, que para algunos autores no constituye, un derecho, sino un acto que entraña un ataque a

(66) Carranca y Trujillo, Raúl.- Código Penal Anotado, 18^o ed. Ed. Porrúa, México, 1995. Pág. 78.

(67) Porte Petit, Op. Cit. Pág. 539

(68) Cuello Calón, Op. Cit. Pág. 362.

bienes jurídicos protegidos y justificado en un ataque a bienes jurídicos protegidos y justificado en la ley ante la imposibilidad de usar otro medio practicable y menos prejudicial. Argumentando que las diversas definiciones sobre el estado de necesidad, destacan con carácter esencial la situación de peligro. (69)

Se puede señalar, que aún se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; de ahí que el maestro Castellanos Tena mencione: "que para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o de diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura, excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuridicidad, sino en función de una causa de inculpabilidad o, tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria..." (70)

De los conceptos antes expresados, siguiendo el pensamiento del maestro Castellanos Tena, que nos parece el más convincente se colige que el estado de necesidad como causa de justificación tiene relevancia cuando se trata de bienes de desigual jerarquía en el cual se ha de

(69) Pavón Vasconcelos, Francisco, Op. Cit. Pág. 353

(70) Castellanos Tena, Fernando, Op. Cit. Pág. 204

tratar de salvar la persona o bienes propios, o la persona o bienes de tercero, de un peligro, real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente; desprendiéndose indudablemente un conflicto de bienes que no pueden coexistir, y el Estado opta por la salvación de uno de ellos, siendo éste el que supera al sacrificado, integrándose de esta única forma la justificante a estudio.

De las definiciones apuntadas sobre esta causa de justificación y específicamente del concepto que nos da el artículo 15 fracción V del Código Penal vigente, se desprende que concurren los siguientes elementos:

a) LA EXISTENCIA DE UN PELIGRO REAL, ACTUAL O INMINENTE.- Esta exigencia legal implica una valoración objetiva, para determinar el funcionamiento de la causa de justificación. Ya que por peligro se debe de entender una probabilidad de daño; real aquello que tiene positiva y verdadera existencia; actual o inminente, que sea presente o este por suceder prontamente.

b) QUE ESE PELIGRO RECAIGA EN CUALQUIER BIEN JURIDICAMENTE TUTELADO YA SEA PROPIO O AJENO.- Con la expresión "Bien", debemos comprender en dicho término todos los bienes jurídicamente tutelados por el Derecho Penal tales como la vida, la integridad, el honor, la libertad, el patrimonio, etc., de manera que cuando el estado de necesidad surge, es posible la salvación de cualquier bien jurídico con sacrificio de otro de menor valor.

c) QUE EL PELIGRO NO HAYA SIDO PROVOCADO DOLOSAMENTE POR EL AGENTE.- Es decir, en este apartado se refiere a la voluntariedad del sujeto, de tener la capacidad de entender la magnitud de su conducta delictuosa.

d) QUE SE LESIONE OTRO BIEN DE MENOR O IGUAL VALOR QUE EL SALVAGUARDADO.- En este punto nosotros podemos decir que tiene gran importancia el principio del interés preponderante, ya que nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho.

e) QUE EL PELIGRO NO SEA EVITABLE POR OTROS MEDIOS Y EL AGENTE NO TUVIERE EL DEBER JURIDICO DE AFRONTARLO.- En el presente caso consideramos que este requisito debe ser apreciado en función estricta del sujeto individual y de las circunstancias subjetivas y objetivas del caso. En virtud, de que como se advierte sólo subsidiariamente se justifica la acción en estado de necesidad; si hubiere necesidad de emplear un medio que pueda ser puesto en práctica con menor daño y que por ello sea más aconsejable y menos dañoso, la acción será plenamente inculpa.

b) EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO DE UN DERECHO.

El artículo 15 fracción VI establece: "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el

deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro". (71)

Como veremos estos dos aspectos negativos de la antijuridicidad se encuentran considerados en el precepto legal antes transcrito, y del cual podemos afirmar que toda conducta o hecho establecida en la Ley siendo típicos constituyen un delito, sin embargo, cuando esa conducta o hecho se llevan a cabo en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, estaremos en presencia de una causa de licitud o justificación.

De ahí que el maestro Raúl Carrancá y Trujillo al exponer el tema que nos ocupa mencione: "La excluyente comprende, como se advierte, dos distintas especies de justificación: 1. el deber consignado en la ley; y 2. el derecho consignado en la ley. El predicado "La ley" comprende, no sólo el ordenamiento jurídico procedente del poder legislativo, conforme a sus facultades constitucionales, sino también todo acto del poder administrativo que tenga fuerza de obligar. Lo que obedezca a la aplicación y ejecución de la ley así entendida, de toda ley, estará justificado; el sujeto que ordena su conducta en conformidad con la ley deriva de ésta directamente su justificación. Puede ocurrir que entre la ley y la persona se interponga un superior jerárquico; entonces podrá entrar en aplicación otra excluyente distinta y no la que examinamos, que requiere la relación inmediata entre la ley y un sujeto que obre al amparo de ella". (72)

(71) Carrancá y Trujillo, Raúl, Código Penal Anotado, Op. Cit. Pág. 78

(72) Carrancá y Trujillo, Raúl, Op. Cit. Pág. 637

Es obvio que una conducta contraria a derecho no constituye delito, si se ejecuta conforme a lo que señala la ley, por mandato expreso de ella o simplemente porque ella lo autoriza. En efecto, en lo que se refiere al cumplimiento de un deber, diremos simplemente que el que cumple con la ley no ejecuta un delito, aún cuando su conducta sea típica, así diremos que el agente de la autoridad, al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado. Lo mismo sucede con el actuario, al secuestrar bienes para garantizar un adeudo, y cuyo aseguramiento ha sido decretado legalmente, para entregarla en depósito contra la voluntad del dueño. En ambos casos se trata de conductas ilícitas, autorizadas por la ley.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos al ocuparse del tema señala: "que los deberes, cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad, pueden derivar: a). De una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber jurídico, expresión de valor genérico indiscutible y la cual no se refiere exclusivamente a los mandatos legales cuya fuente de producción se identifica con el poder legislativo, pudiendo emanar de un reglamento y aún de una simple ordenanza. b). De una orden de autoridad, debiendo entenderse por tal la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en la orden, que debe ser formal y substancialmente legítima".(73)

(73) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Págs. 368 y 369.

Por lo que se refiere al ejercicio de un derecho, encontramos que dicha excluyente también se encuentra considerada en el propio artículo 15 fracción VI del Código Penal, cuyo texto quedó transcrito al iniciar el estudio del presente tema.

La tipicidad del hecho no implica su antijuridicidad. Por consiguiente atendiendo a una base objetiva y en orden a un juicio de valoración, diremos que una conducta o hecho no puede en un mismo momento estar prohibida y permitida por la ley, y así advertimos que la retención de una cosa en determinados casos como sucede con el equipaje de los pasajeros, responde por el importe del hospedaje, tal y como lo dispone el artículo 2669 del Código Civil.

Por consiguiente el ejercicio de un derecho como causa de licitud, se origina:

a). En el reconocimiento de la ley, sobre el derecho ejercitado; lo que debemos entender en términos lógicos, que no se empleen vías de hecho (violencia). b). De una facultad o autorización otorgada en forma lícita por autoridad competente.- La autorización así considerada excluye la antijuridicidad de la conducta o hecho. Además es de mencionarse que para que dicha autorización sea lícita ha de reunir los siguientes requisitos: 1. Que derive de una autoridad; 2. Que esa autoridad actúe dentro del marco de su competencia; y 3. Que la autorización reúna ciertos requisitos legales. (74)

(74) Cfr. Pavón Vasconcelos. Op. Cit. Págs. 370-372.

3. SU FUNDAMENTACION DOCTRINARIA

Para Edmundo Mezguer, la exclusión de la antijuridicidad se funda: a) En la ausencia del interés; y, b) En función del interés preponderante.

a) AUSENCIA DE INTERES.-

Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito, no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consiste en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular; entonces si cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende, resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la ausencia del sujeto pasivo. En estos casos, al otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Mas debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como "falta de consentimiento" (del titular), "contra la voluntad", "sin permiso, etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, se estará ante verdaderas causas de justificación por ausencia de interés".(75)

Dentro del principio de ausencia de interés, es importante señalar, que surgen dos causas de

(75) Cfr. Castellanos Tena, Op. Cit. Pág. 187

exclusión del injusto, el llamado consentimiento del ofendido y el llamado consentimiento presunto del ofendido, tal y como lo sostiene el maestro Ignacio Villalobos al citar dos ejemplos al respecto: "Sobre cirugía, en que la necesidad puede ser imperiosa y significar el salvamento hasta de la vida, muy generalmente considerada como el bien más valioso, puede suceder que la persona sea llevada a un hospital, privada del ejercicio de sus facultades de juicio y de consentimiento y sin que haya o sin que se conozcan otras personas que pudieran substituirle en tales funciones, lo que ha hecho convenir, para esos casos, en la validez de un consentimiento presunto, que puede ciertamente atribuirse al enfermo para que se ejecute todo aquello que la ciencia o la técnica recomienden en su favor aunque mas bien pudiera decirse que en estos casos se satisfacen las condiciones de un estado de necesidad, lo que ampliaria las soluciones hasta comprender aquellos otros casos en que el paciente niegue su consentimiento contra la necesidad técnica y urgente comprobada. Lo mismo, se ha dicho de la llamada gestión de negocios, cuando el gestor se introduce en la morada ajena en determinadas condiciones, quedando excluida su conducta de antijuridicidad, en función del consentimiento presunto del dueño de la casa". (76)

b) INTERES PREPONDERANTE.- Esta figura se da cuando existen dos figuras incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valor, permitiendo el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Siendo esta la razón por la cual se justifican

[76] Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Págs. 352 y 353

las causas de justificación como las ya estudiadas (el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho) y esencialmente la legítima defensa tema central del presente estudio.

C A P I T U L O V

LA LEGITIMA DEFENSA

1.- SUS PRIMERAS CONCEPCIONES.

Es innegable que para comprender la esencia de una institución jurídica se impone conocer como fue concebida en su nacimiento: con ello penetramos en el sentido de la sociedad en cuyo seno ha nacido y se ha desarrollado o adoptado y para estar en posibilidades de apreciar el grado de adelanto y aceptación en nuestro derecho patrio.

En este sentido el maestro Eugenio Raúl Zaffaroni nos señala: "Históricamente, la legitima defensa nació unida a los delitos de Homicidio y Lesiones, y permanece así en los códigos antiguos, pero en todas las legislaciones contemporáneas se acepta la posibilidad de que justifique la defensa de cualquier bien jurídico, incluso aunque no se halle penalmente tutelado".(77)

(77) Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Cárdenas, Editor Distribuidor. Pág. 523

Indudablemente el delito ha surgido cuando el hombre, en las relaciones con sus semejantes, ha transgredido aquellos principios que, en esa época primitiva, se consideraron fundamentales, apareciendo contra esa transgresión las diversas formas de pena, característica fundamental de nuestro derecho penal; y como consecuencia de la imposición de las penas, probablemente surgen las primeras exigencias de responsabilidad.

Por ello un tratadista de la materia señala: "Desde que existe sociedad, la acción defensiva ha sido reconocida como justa en las religiones y sistemas morales, antes que en los sistemas jurídicos; así la ley mosaica enuncia en el Éxodo un claro caso de reglamentación de la defensa del hogar frente al ladrón nocturno: Si el ladrón fuere hallado forzando una casa, y fuere herido y muriere el que le hirió no será culpado de su muerte". (78)

El autor de referencia, citando una obra intitulada Calila y Dimna, de Baidaba, libro que se afirma, data de unos 2,000 años antes de Cristo, se dice: "Cuando alguien se encuentra con su enemigo en el sitio en que va a ser abatido, ya sea que esté en capacidad de luchar o no, está obligado a no dejarse matar, sino que por dignidad y en defensa de su propia vida debe hacerle frente e ir a la lucha. Las leyes de Manú reconocían el homicidio justificado, así como declaraban no culpable a quien matara a un hombre que había cometido una tentativa de asesinato; en Egipto, incluso la defensa del tercero agredido era una obligación.(79)

(78) Gomez López, Orlando. Legítima Defensa. Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1991. Pág. 15

(79) Ibídem. Pág. 15.

El reconocimiento del derecho a ejercer la legítima defensa, arranca sin dudas de las épocas más primitivas. Ello es lo que quiso indicar Geib, con su célebre frase: "La legítima defensa no tiene historia". Por lo mismo que la legítima defensa es muy antigua se halla plagada de errores que es preciso destruir. Incluso es necesario buscar nuevas bases a sus más importantes condiciones. La afirmación objetiva, con repulsa de la llamada defensa legítima subjetiva; la necesidad de la defensa, como condición sustancial y distinta de la proporcionalidad; la revisión del requisito de "falta de provocación suficiente por parte del que se defiende" y su esclarecimiento como no exhibición de otra conducta, en el caso de defenderse después de haber provocado; la manera como debe interpretarse, en este caso, la defensa del pariente; la compleja índole del exeso que no es sólo un caso de culpa, etc., son cuestiones que aparecen vistas a una nueva luz. (80)

El propósito que persigue el maestro Jiménez de Asúa, con lo antes señalado, es precisamente restituir a la legítima defensa su verdadera importancia, degradada por muchos abogados defensores que tratan de hallar legítima defensa donde no debe existir.

En las épocas más antiguas se ha considerado la defensa privada no sólo como un hecho impune, sino como acto lícito. Fue el Cristianismo, con su no resistencia al mal con la violencia (recuérdese la mejilla de Jesús ofrecida para un nuevo golpe), quien puso en entredicho su calidad de derecho, que estaba proclamado como ley

(80) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, El Delito, segunda parte: Las Causas de Justificación. 2 ed. Ed. Lozada Buenos Aires 1967. Pág. 24.

natural y no civil, por las famosas frases de Cicerón: Est haec non scripta, sed nata lex.

LA VENGANZA PRIVADA.- La injusticia consiste en la afrenta al ofendido y a sus parientes, quienes pueden hacerse justicia por propia mano. La venganza de la sangre que se produce en los hechos graves asume carácter colectivo, siendo un derecho y un deber a la vez, de la familia, la que puede alterarlo, cuando se trate de agravios menores sea con el pago de una multa, o golpeando o azotando al culpable. Esta venganza -Obligación religiosa y sagrada- se traduce en la reacción de los miembros del clan del ofendido, quienes persiguen al que ha cometido el daño y lo castigan por mano propia. Poco a poco este derecho se va restringiendo y sólo comprende a los parientes más próximos.

De ahí que el maestro Raúl Carrancá y Trujillo a este respecto señale: "Las autodefensa surge de la necesidad en las sociedades primitivas. Pero a medida que la organización del Estado se perfecciona y la justicia estatal cubre las necesidades del hombre, restringense las facultades de éste para amparar y defender por sí mismo sus propios intereses, pues compete en forma exclusiva a los órganos del Estado resolver los litigios, y en forma expresa se prohíbe al hombre el ejercicio privado de sus propias acciones. Existen, sin embargo, excepcionales casos en que la justicia estatal no puede brindar ninguna protección. La ley reconoce al individuo en estas excepcionales situaciones el derecho de autodefender sus intereses". (81)

De lo anterior se desprende que la ley no puede mandar al hombre, que no se defiende, cuando ella no lo pueda defender; por tanto, la ley no puede inculpar al que se ha defendido, toda vez que no evitaba la agresión de que aquél era víctima. Porque la ley tiene que respetar la naturaleza humana; porque la ley no puede incriminar acciones que aquella declara inocentes, y nuestra naturaleza nos ha inspirado el sentimiento de la propia conservación, como el más espontáneo, el más instintivo, el primero y el más irresistible de todos los sentimientos. Y por tanto, si el instinto de la propia conservación, obliga al hombre a defenderse a si mismo y a sus derechos; el amor de la familia le arrastra a defender a sus parientes.

El maestro Ignacio Villalobos, en relación al tema que nos ocupa señala: "Así, en el primer periodo de formación del derecho penal fue el impulso de la defensa o de la venganza la ratio essendi de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada, que hasta después se organiza, cada particular, cada familia o cada grupo se protege y se hace justicia por si mismo." (82) Agregando dicho autor que la importancia indiscutible de este instituto de la legitima defensa como excluyente de responsabilidad, así como la unánime conciencia de su necesidad en la vida de toda sociedad, y a la vez explica el reconocimiento que de tal derecho de defensa se hizo, con más o menos precisión, en todos los tiempos.

(82) Villalobos, Ignacio. Op. Cit. Pág. 25

2.- SU EVOLUCION HISTORICA.-

Ahora bien, aunque a través de los tiempos esté afirmada, no se legisló de igual modo en unas y otras épocas. Estudiar sus distintas modalidades es de suma utilidad, por lo que su evolución histórica constituye pieza indispensable para una buena interpretación teleológica del derecho vigente, es por esto que procederemos a mencionar en forma superficial las principales etapas evolutivas de la legítima defensa.

a) EN LA INDIA.- Se encuentra regulado, conforme a principios muy semejantes a los que hoy aceptamos, el derecho de legítima defensa, según puede verse en la obra de Thonissen: "Por propia seguridad en una guerra interpuesta para defender sagrados derechos, y para proteger a una mujer o a un brahamán, el que mata justamente no es culpable" (Leyes de Manú, VIII, 349). "Un hombre debe matar, sin dudas, a cualquiera que se arroje sobre él, para asesinarle, si no hay medio de evitarlo, incluso si el atacante es su jefe, o un niño o un viejo o un anciano versadísimo en la Santa Escritura" (Leyes de Manú, VIII, 350). "Matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato, en público o en privado, en modo alguno hace culpable al homicida: es el furor en lucha con el furor" (Leyes de Manú, VIII, 351). (83)

b) EN EGIPTO.- la defensa del atacado se halla impuesta por las propias leyes, que

(83) MANAWA-DEAEMA-SASTRA, Leyes de Manú, Instituciones Religiosas y Civiles, versión castellana de V. García Ciferrián. Ed. Nacional, México, 1968. Pág. 333

penaban con la muerte a quienes pudiendo, no prestaran auxilio a un hombre agredido, de tal modo que los ciudadanos eran guardianes los unos de los otros, y que esta reciprocidad les unia contra los malvados" (84)

El origen de la legitima defensa, podemos también ubicarla en la legislación Hebrea, ya que se habla de la presunción de legitima defensa contra el ladrón nocturno, en efecto en dicha legislación era legitima la muerte del ladrón sorprendido de noche mientras se abria paso a través de un muro o abatía la puerta de una casa. (85)

c) EN ATENAS.- Se admitía la defensa legitima de la propia persona y de la de otro, y entre los bienes que podían ser protegidos, estaba el pudor. Al igual que la legislación hebrea, era permitida la defensa contra el ladrón nocturno, con la diferencia de que en esta legislación se extendía dicha eximente incluso contra el que violentamente trataba de robar de día. (86)

d) EN EL DERECHO ROMANO.- Se encuentra admitida ya en las XII Tablas, y aunque en la evolución sucesiva no llegara a edificarse una teoría sistemática de la misma, en ese derecho yacen principios de suma trascendencia a ella contraidos. "Todas las leyes y todos los derechos permiten rechazar la fuerza con la fuerza". Cicerón la defendió como ley innata, no escrita que recibimos de la propia naturaleza;

(84) Jiménez de Asúa, Luis. Tomo IV. Op. Cit. Pág. 27

(85) Ibidem Pág. 27

(86) Ibidem Pág. 27

pensamiento que se encuentra igualmente en los textos de Gayo y de Ulpiano, mientras que Florentino fundaba dicha excluyente en el Derecho de Gentes. En cuanto a las condiciones en que podía darse, los jurisconsultos de Roma, destacaron la justicia del ataque a repeler, su inminencia, la existencia de riesgo y el carácter necesario de la reacción defensiva por no poder salvarse de otro modo. Tuvieron, además, conciencia de la naturaleza excluyente de la antijuridicidad (y no de la culpabilidad o de la pena meramente) que concurre en la legítima defensa, pues que declararon que ella eximia también la responsabilidad civil prescrita por la ley de Aquila. (87)

e) EL DERECHO GERMANICO Y EL CANONICO.- Muéstranse retrazados en comparación con el Derecho Romano al tratar de la defensa legítima. El Derecho Germánico Primitivo, parece no haber liberado del deber de la composición, ni aún la muerte del ladrón o del asesino. El Derecho Germánico posterior, le puso límites y restricciones impertinentes, como el probar haber recibido lesión en alguna parte del cuerpo, el que la alegase o haber retrocedido cierto número de pasos antes de repeler la agresión de que se le hizo víctima (según el espejo de Suavia, art.79). (88)

En cuanto al Derecho Canónico, reconociéndose en el Derecho de Graciano que constituía un derecho natural el repeler la violencia con violencia, sólo lo admitió cuando se revelaba como necesario y ejercido con

(87) Cfr. Jiménez de Asúa, Luis. Tomo IV. Op. Cit. Págs. 28, 29 y 30

(88) Jiménez de Asúa, Luis. Op. Cit. Pág. 30

moderación, conceptos que supusieron muchas veces limitaciones exageradas a su ejercicio. Por no tratarse de un acto de egoísmo, exaltó el derecho canónico la defensa de otro, impuesta incluso, como un deber; "Quien pudiendo no rechaza la injuria a su semejante, es tan culpable como el que se la infirió...; quien pudo librar a un hombre de la muerte y no lo liberó, el ha matado". (89)

f) DURANTE LA EDAD MEDIA.- Se vivió con derechos elaborados a base de elementos germánicos y canónicos. Después de la Recepción imperan en el Derecho Común las fuentes romanas, para volver luego, y sobre todo en parte del siglo XVIII, hasta la revolución francesa, a regularse restrictivamente la legítima defensa. Las constituciones Sicilianas de Federico II (1231), el Estatuto de Padua (1236), el de Turin (1360) etc., en Italia, se inspiraron predominantemente en las reglas canónicas. Un gran progreso en la materia se aprecia en los derechos municipales y las compilaciones de la baja Edad Media Alemana, lo que hizo posible la superioridad con que, en comparación con otros de su tiempo regularon más tarde la legítima defensa, ordenamiento como la *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507), y la *Carolina* (la *Constitutio Criminalis Carolina*); el monumento jurídico que, después de las partidas, regula mejor la defensa privada. El artículo 139 de esa Constitución considera la legítima defensa como justa, y quien obra conforme a ella en modo alguno será considerado culpable. Así mismo, en el artículo 140 se dice en que consiste esa justificación. Existe cuando un hombre agredido, perseguido o alcanzado por armas mortales y no pudiendo huir sin peligro de su cuerpo, y de su

(89) Jicóñez de Asúa, Luis, Op. Cit. Pág. 31

vida, de su honor, de su reputación, mata a su agresor y así salvaguarda su cuerpo y su vida con justa defensa. Esta amplia regulación de la legítima defensa, que procede de las Partidas españolas del Derecho Romano, y en la Carolina de la ciencia italiana, sobre todo conforme a la exposición de Aretino, se desvirtúa en las leyes del siglo XVIII, que con espíritu restrictivo impusieron condiciones tales como la falta de previsión del ataque por parte del que se defiende, la ausencia del auxilio de la autoridad, la imposibilidad de la fuga, etc. (90)

g) EN LA ALTA EDAD MEDIA ESPAÑOLA.- Los Fueros y las Constituciones de Cortés, no dejaron de reconocer la legítima defensa, aunque como ahora veremos señalaba ciertas limitaciones a su ejercicio. Por lo general se consideró, en este período de la historia jurídica de España, como causa eximente. El Código de las Siete Partidas, la legisló con perfección no superada hasta la codificación moderna refiriéndola en primer término a supuestos concretos, como la defensa de la vida contra el injusto atacante actual o inminente; la muerte dada al forzador de la propia mujer, de la hija o de la hermana, y a la mujer adúltera o la hija deshonestá; la inferida al que de noche incendiare o destruyere de otra guisa, los campos o las casas del que en reacción contra ese ataque le matara, lo mismo que al ladrón diurno o nocturno que usare de la fuerza. Más adelante en la ley 7^o (Tit. X, P. VII) la enunció en general como reacción de uno frente a cualquier daño que quisieren causar a sus cosas. (91)

(90) Cfr. Jiménez de Asúa, Tomo IV. Op. Cit. Pág. 31-33.

(91) Cfr. Jiménez de Asúa, Tomo IV. Op. Cit. Pág. 36

Como hemos podido observar, poco a poco los comentarios y los estudios fueron destacando con mayor precisión todos los caracteres, requisitos y límites de la legítima defensa, hasta llegar a los tiempos actuales en que se ha querido llevar a los Códigos una completa cristalización de cuanto corresponde a la esencia de la eximente. Ya que en la actualidad se reconoce unánimemente la naturaleza de justificante de la legítima defensa, especialmente a partir de Hegel, quien la explicaba igual que la pena "la negación de la negación es la afirmación del derecho, luego, como la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa es una afirmación del derecho". (92)

3.- LA LEGÍTIMA DEFENSA SEGUN LAS DIFERENTES ESCUELAS PENALES.-

a) PARA LA ESCUELA CLÁSICA.- Que fue representada por el gran filósofo y jurista italiano Francisco Carrara, quien con sus obras principales: Opuscoli Di Diritto Penale y Programa del Corso Di Diritto Criminale, publicadas en los años de 1874 y 1877 respectivamente; quien en las mismas, logró consumar la fusión de los principios de utilidad y de justicia, como elementos básicos del derecho de castigar, señalando como su fundamento y aspiración suprema la tutela del orden jurídico, y haciendo notar que todo exceso no sería protección del derecho sino violación del mismo, abuso de la fuerza, tiranía; en tanto que todo defecto en las penas significaría traición del Estado a su propio cometido. (93)

(92) Cit. Castellanos Tena.- Op. Cit. Pág. 192

(93) Cfr. Ignacio Villalobos. OP. Cit. Pág. 34.

Por ello Carrara sostiene que su fundamento descansa en la necesidad de la tutela del orden jurídico, agregando que ante la imposibilidad del Estado de auxiliar con todo su poder al injustamente agredido, pragmáticamente lo autoriza para que se defienda por sí mismo y evite la agresión de que esta siendo objeto, así la defensa privada se convierte en sustitutiva de la defensa pública, de este modo quien se defiende no sólo se está protegiendo a sí mismo, sino que también está tutelando el orden jurídico total, alterado por esa injusta agresión.

Lo anterior encuentra apoyo en lo sustentado por el maestro Francisco Pavón Vasconcelos al señalar: "El egrerío Carrara, máximo exponente de la Escuela Clásica, funda su punto de vista en la llamada "defensa pública subsidiaria, al sostener la titularidad del Estado sobre el derecho de defensa. En ocasiones, argumenta, el individuo no puede recurrir a él en demanda de su ejercicio, en virtud de lo cual "la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada de actuar". Lo anterior lo lleva a considerar la defensa privada como "una defensa pública subsidiaria" y que la función de castigar cesa en la Sociedad cuando la defensa privada puede ser eficaz y la pública e impotente". (94)

b) LA ESCUELA POSITIVA.- Principalmente representada por César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, el primero de los mencionados estableció que antes de estudiar el delito como entidad jurídica o como infracción de la

(94) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 345.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

ley penal, habria que estudiarlo como una acción humana, como un fenómeno humano natural y social, teniendo en cuenta la biología del delincuente. De aquí la fase antropológica de dicha escuela, que cedió el paso a la sociológica representada por Ferri: el delito es producto de factores antropológicos físicos y sociales. Por su parte Garófalo pudo construir la noción de temibilidad: perversidad constante y activa del delincuente y cantidad del mal previsto que hay que tener de él.

En atención a lo antes señalado, cabe mencionar que los positivistas consideran que la defensa legítima es un derecho, por ser un hecho puramente biológico.

El maestro Demetrio Sodi, al abordar el presente tema en su pequeño libro intitulado Excluyentes de Responsabilidad apunta: "La defensa es un instinto de la propia conservación, y ese instinto no es sino "el crecimiento de la actividad psíquica que, en una crisis difícil, percibe la naturaleza del peligro y los medios para alejarlo, con una claridad y prontitud que son insólitas en las condiciones normales de vida". La teoría positivista define la defensa como "aquella defensa que, contra una agresión a determinados derechos, es tolerada por la ley, si bien objetivamente se resuelve en un acto que tendría los caracteres del delito." (95)

Por ello es que la Escuela Positiva adopta como fundamento amplio la defensa social, cuyo fin es la

(95) Demetrio Sodi, Excluyentes de Responsabilidad, Ediciones Jurídicas, Pág. 94

prevención del delito, y, cuando ya ha ocurrido, la defensa contra sus efectos. En efecto quien rechaza una agresión injusta cumple un acto de justicia social: el interés del agredido coincide con el social y el derecho, en sentido positivista surge, porque consiste precisamente en la coincidencia del interés individual con el social.

Así mismo, el maestro Pavón Vasconcelos, al tratar la legítima defensa frente a la Escuela Positiva señala: "La legítima defensa representa el ejercicio de un derecho, el cual se pone de manifiesto al rechazar una agresión de naturaleza injusta evidenciadora de peligrosidad y fundamentalmente del carácter antisocial del agresor. Esta idea sirve a Ferri para afirmar que quien se defiende, destruyendo el derecho de otro, actúa por motivos legítimos de conservación propia o ajena. Frente al que contra el Derecho ha determinado una colisión en la que sería inmoral, ilegal y nocivo que el triunfo correspondiera al agresor injusto. Dentro de esta posición, Fioretti señala que al ejercerse el acto de repeler la agresión no se está ejecutando una conducta antijurídica a virtud de la coincidencia del interés del agredido con el de la sociedad, de conservar el derecho amenazado." (96)

Por consiguiente, es de concluirse que la Escuela Positivista, considera que la legítima defensa es el ejercicio de un derecho, de que hace uso el hombre para rechazar una agresión injusta, real, actual o inminente, y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, en virtud de un instinto de conservación.

(96) Pavón Vasconcelos, Francisco.-Op. Cit. Pág.345

c) LAS TENDENCIAS ECLECTICAS.- Como reacción de la lucha entre las dos corrientes más características: Escuela Clásica y Escuela Positiva surgieron tendencias Eclécticas que aceptaron parcialmente los postulados de las escuelas antes mencionadas. Apareciendo la Terza Scuola en Italia y la Escuela Sociológica o Joven Escuela en Alemania. Esta tendencia encuentra su formación, principalmente, en los estudios de Alimena y Carnevale y constituye una postura intermedia entre la Escuela Clásica y el Positivismo; admitiendo de la primera el principio de la responsabilidad moral, distinguiendo entre delinquentes imputables e inimputable, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad, y acepta del positivismo la negación del libre albedrío y concibe el delito como fenómeno individual y social, inclinándose también por el estudio científico del delincuente, al mismo tiempo que preconiza las conveniencias del método inductivo.

Si no hay violencia física o moral, no se esta en el caso de defensa por no haber riesgo ni peligro alguno que la autorice; de ahí que el maestro Demetrio Sodi, citando a Alimena dice: "En verdad, si hiere al adversario después de que el mal ha sobrevenido, esta acción podrá excusarse por efecto de la ira o del dolor, pero será siempre una venganza y no una defensa, puesto que, con ella, no se pudo impedir que se realizara aquello que ya se había realizado."(97)

Por tanto, para que la defensa se pueda justificar moral y legalmente, es necesario como establecen todas las legislaciones y enseñan los tratadistas de

(97) Sodi, Demetrio. Op. Cit. Pág.120

todas las escuelas, que exista un peligro real, actual e inminente.

4.- LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL VIGENTE.

La fracción IV del Artículo 15 del Código Penal en vigor, prevé esta justificante al decir: "Se repele una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende."(98)

El texto transcrito, de nueva creación en el Decreto del Congreso de la Unión que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero federal, de fecha 21 de diciembre de 1993, promulgado por el Ejecutivo Federal el 23 del mismo mes y año, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994; para entrar en vigor el 1º de febrero del mismo año.

Como podemos observar, que haciendo una comparación del texto vigente y del derogado, el artículo 15 del Código Penal, erradicó el rubro "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad", ahora simplemente se relacionan, en el citado precepto, "Causas de Exclusión del Delito". La fórmula conceptual adoptada por la ley, en su nuevo texto es en el fondo

(98) Carrancó y Trujillo, RAGI. Código Penal Anotado. Op. Cit. Pág. 77.

semejante a la acogida en el texto anterior, con sintaxis diferente pero acogiendo los mismo elementos que conforman la legitima defensa.

En efecto, de la definición legal de la legitima defensa, se desprende la existencia de una agresión real, actual o inminente; con la acción de defensa, que consiste en repeler la agresión, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, condicionándola a la necesidad del acto defensivo, a la racionalidad de los medios empleados y a la ausencia de provocación dolosa suficiente e inmediata, de parte del agredido o de la persona a quien se defiende, elementos todos ellos contenidos en la definición anterior a las reformas aludidas.

Consideramos, que al destacarse en el texto actual la expresión: "que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende", se aclara el texto anterior, por lo que hace a su expresión: "no medie provocación suficiente e inmediata", ya que ésta última daba cabida a interpretar la posibilidad de la aceptación de la provocación culposa.

a) Se desprende de la noción legal, como elementos de la Legítima Defensa los siguientes:

- 1) Una agresión real, actual o inminente y sin derecho.

- 2) En protección de cualquier bien jurídico propio o ajeno.
- 3) Una defensa, o acción de repeler dicha agresión.

1.- Como podemos observar el primer elemento es la existencia de una agresión, es decir, de un ataque. Se debe de entender por agresión según el maestro Rafael De Pina: "Un acometimiento realizado por una o varias personas contra otra u otras con el fin de dañar su integridad física."(99) Por agresión expresa Mezger, "se entiende la conducta de un ser viviente que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos. O bien, toda amenaza de lesión inminente de intereses jurídicamente protegidos."(100)

En consecuencia, por agresión debemos entender, la conducta con la cual el hombre lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado por la ley.

El maestro Demetrio Sodi, nos señala: "La agresión puede consistir en un acto formal de iniciación de ataque, no requiere la consumación del mal, bastando que haya comenzado a demostrarse por los hechos, frases o actitudes del agresor y la ley autoriza la defensa, lo mismo si el agresor consuma actos de violencia, que si se dispone de una manera concreta a realizarlos, bastando con un acto de formal iniciación de ataque. La defensa legítima queda

(99) De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. 13a ed. Editorial, Porrúa, México, 1985. Pág.66.

(100) Cit. Porte Petit. Op. Cit. Pág. 503.

precisada con el hecho de que la agresión se exteriorice por movimiento de acometividad revelador del propósito criminal de producir el mal que con la defensa se evita." (101)

En cuanto que la agresión debe ser real, lo que se esta indicando, que esta no debe ser imaginaria, sino por el contrario debe ser verdadera, auténtico, verídico; también la agresión ha de ser actual o inminente, es decir, presente o muy próxima. Actual es lo que esta ocurriendo; inminente lo cercano, inmediato.

Para ejemplificar lo antes expresado, consideramos pertinente transcribir, un caso que nos presenta el maestro Demetrio Sodi, al citar al célebre teólogo De Lugo al apuntar: "El inocente cuya vida se ve amenazada por un bandido, ¿ha de renunciar a su defensa antes que matar a su adversario? Indudablemente no; pero un hombre tiene el propósito de matarme; sobre sus intenciones no cabe la menor duda. Tiene tomadas todas las medidas para atacarme de improviso. Me acecha continuamente. De un momento a otro puedo ser objeto de una agresión, sin tiempo para defenderme. Ayer mismo, arma al brazo me habia preparado una emboscada; gracias que una circunstancia casual me llevó por otro camino. Indudablemente ha de matarme el día menos pensado, si no tomo yo la ofensiva. En este caso, ¿estoy en estado de legitima defensa? La agresión en estas condiciones, ¿es actual?, ¿es inminente?." (102)

(101) Op. Cit. Pág. 113

(102) Ibídem. Pág. 113 y 114.

Negativamente contentan la mayoría de los autores, puesto que la agresión no ha comenzado aún. Pero el célebre teólogo De Lugo, señala: "estoy en un estado de legítima defensa, desde el instante en que mi derecho y mi vida están gravemente amenazados." (103)

Con lo que hemos señalado anteriormente podemos apoyar dicho criterio, aduciendo que las medidas ejecutadas por el agresor constituyen un comienzo de ejecución de un ataque, y puede sorprender a quien se defiende de un momento a otro, y es por ello que puede considerarse la agresión como un peligro actual e inminente.

A este respecto también el maestro Pavón Vasconcelos vierte una noción de agresión antijurídica, que podría servir al presente caso, al señalar: "La agresión antijurídica no significa necesariamente lesión al derecho atacado, pues siendo la defensa legitimada una repulsa de aquella, tendiente a evitar la violación del bien protegido, basta se haya emprendido la acción en forma injusta, esto es, sin derecho, o se esté en un estrato inmediato anterior que la haga inminente, haciendo igualmente inminente el peligro de lesión al bien jurídico." (104)

Por último también se dice, en nuestro precepto legal que la agresión debe ser sin derecho; esto es, antijurídica, contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva

(103) Cit. por Sodi, Demetrio. Op. Cit. Pág. 114

(104) Pavón Vasconcelos, Francisco. Op. Cit. Pág. 342

no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso de autoridad, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima. Pero es importante que dicha agresión amenace bienes jurídicamente tutelados y que sean propiedad de quien se defiende o de terceras personas a quienes se defiendan.

2) En protección de cualquier bien jurídico, propio o ajeno.- Atendiendo el término "Protección", se dice que proviene del Latín Protectio, que indica acción y efecto de proteger. Y esta última palabra significa amparar, favorecer, defender; luego entonces, si el precepto que establece la legítima defensa, hace referencia a la protección de bienes jurídicos propios o ajenos siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende, se infiere que es objeto de defensa todos los bienes tutelados por el Estado, sin que pueda darse una interpretación limitada a dicho concepto, sino por el contrario se debe considerar como enunciativa, ya que se puede defender la propia integridad física, de los padres, de los hijos, de la mujer, del hermano o la persona de un tercero cuya tranquilidad se vea en peligro, así como también el honor propio o ajeno y el patrimonio en las mismas circunstancias, sin que con ello queden fuera otros bienes no considerados. Por ello mencionamos que dentro de dicho precepto legal deben quedar incluidos todos los bienes.

El maestro Carrancá y Trujillo al tratar el tema hace notar, comentando el texto de la fracción III del artículo 15 del Código Penal: "Que el daño derivado de

la agresión aparecía calificado en nuestro Derecho, pues no debía ser fácilmente reparable por medios legales o era notoriamente de poca importancia comparado con el causado por la defensa, de lo cual se desprendía que la repulsa de la agresión debía de ser necesaria y proporcionada a ésta, ya que si tales requisitos no se cumplían, según observaba, la defensa se tornaría excesiva por innecesaria o por proporcionada." (105)

Todo bien puede ser legítimamente defendido, si la defensa se ejerce con moderación que haga razonable el medio empleado con relación al ataque de que es objeto y de la calidad del bien que se defiende, ya que se puede estar defendiendo la vida, el honor, el patrimonio propio o ajeno.

Para concretizar que todo bien jurídico es defendible, en nuestro Derecho se contempla como un derecho consagrado en favor de toda persona, ya que el artículo 10 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consagra dicho derecho en favor de todo individuo: "Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa...", sin más limitación que las armas no sean destinadas al uso exclusivo del ejército y, en cuanto a su portación en la poblaciones, que se obtenga la correspondiente licencia.

3.- Una Defensa o Acción de Repeler dicha Agresión.- Como se ha señalado en el inciso que antecede,

(105) Cfr. Carrancá y Trujillo, Raúl.- Op. Cit.- Págs. 544-545

que la legítima defensa constituye el más alto valor justificante, por elevarse a rango constitucional. Tal consagración constitucional da a la legítima defensa una excepcionalmente elevada jerarquía jurídica, de las que carecen las demás excluyentes que sólo tienen consagración en el derecho secundario.

Por tanto, el maestro Carrancá manifiesta que: "La defensa o acción de repeler la agresión ha de limitarse a la que imponga la necesidad proporcional; si desbordase a la agresión dejaría de ser necesaria para convertirse también en desproporcionada o excesiva. La necesaria proporcionalidad racionalmente apreciada es una circunstancia objetiva que ha de valorar el juez en función de la norma cultural y que se expresa en nuestro derecho diciendo que ha de haber necesidad racional del medio empleado en la defensa". (106)

Al requerirse que exista necesidad de la defensa se requiere que no exista otro medio utilizable para evadir el mal que amenaza con la agresión, siendo de esta manera que la repulsa sea efectivamente el medio para repeler la agresión, la cual debe guardar cierta racionalidad con los medios empleados, eliminando con ello la posibilidad del exceso en la legítima defensa.

Al respecto el connotado maestro Jiménez de Asúa nos menciona: "La necesidad de la Defensa es, a nuestro

(106) Carrancá y Trujillo, Paúl. Op. Cit.- Págs. 546-547

entender, un requisito sine qua non, aunque interpretando de modo enteramente opuesto a como la jurisprudencia alemana lo entendió. Allí se exige que la defensa sea necesaria, más se concibe esta necesidad de un modo material que Franz Von Liszt lo corrobora al decir que 'el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor', cuando la agresión no puede ser repelida de otro modo. Podría darse en la práctica alemana este caso brutal: si un niño entra en la habitación de un hombre con las piernas paralizadas, que yace en la cama sin poder moverse y ve como la criatura se dirige a tomar un objeto de la propiedad del enfermo, éste, puesto que no puede arrojarse del lecho, puede defender su propiedad disparando el revólver al alcance de la mano, sobre el pequeño ladrón." (107)

Antes de contestar el ejemplo antes citado, consideramos procedente señalar que la necesidad debe ser requisito de la defensa, más no una condición de la que podamos prescindir y sin la cual habría defensa excesiva, sino auténtica *condictio sine qua non*. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad.

Contestando el ejemplo antes mencionado, el maestro Jiménez de Asúa, menciona: "El propietario del manzano no necesita defenderlo matando a la criatura. Si la defensa legítima es un estado de necesidad, ha de quedar limitada por esa regla antes dicha: no podemos

(107) Jiménez de Asúa, Luis.- La Ley y el Delito.- Op. Cit.
Pág. 296

sacrificar un bien superior para defender otro insignificante; es decir, lo contrario de lo dicho por la jurisprudencia alemana. La falta de necesidad no se refiere a la proporción sino a la existencia propia de la legítima defensa, y si falta, la invalida". (108)

Por lo anterior, podemos concluir diciendo que para repeler una agresión, es necesario que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados, es decir, que la defensa que se ejerza sea moderada y razonable, acorde al ataque de que se es objeto y del valor del bien que se defiende, para que exista un equilibrio proporcional entre la defensa y la agresión.

b) PRESUNCIONES DE LEGÍTIMA DEFENSA

El segundo párrafo de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, describe situaciones en las cuales se presume la concurrencia de la Legítima Defensa, al señalar: "Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su

(108) Jiménez de Azúa, Luis.- La Ley y el Delito.- Op. Cit.
Pág.297

familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión." (109)

Claramente se advierte, de la lectura del párrafo citado, la operancia de la presunción de legítima defensa, que como reza el propio texto, admite prueba en contrario, tratándose por ello de una presunción *juris tantum*.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, señala: "Las presunciones aludidas tienen su origen en tiempos remotos, concretamente en las Partidas, debido a la inseguridad reinante en campos y ciudades. En nuestro tiempo, a pesar de lo dicho en contrario, subsistiendo en gran parte las causas originales de tales presunciones, se justifica plenamente su inclusión en los Codigos." (110)

Como ya quedó asentado anteriormente, las presunciones de legítima defensa son *juris tantum*, es decir, que pueden admitir prueba en contrario; empero, el sujeto cuya conducta encuadre en ellas, tiene a su favor la legal presunción de que actuó conforme a derecho, por encontrarse amparado por una causa de justificación, por tanto le corresponde al Ministerio Público aportar las pruebas

(109) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Código Penal Anotado.- Op. Cit. Pág. 77

(110) Pavón, Vasconcelos Francisco.- Op. Cit.- Pág. 347

necesarias para demostrar que el inculpado no obró en legítima defensa.

De igual manera el maestro Ignacio Villalobos señala que la presente disposición a estudio se encuentra ya en las leyes de Moisés, en las de Solón, en la XII Tablas, y se repitieron en el Liber Juridiciorum, en las Partidas, en la Carolina, el Código Francés de 1810 y el Español de 1822, y en forma particular menciona: "La importancia excepcional de mantener la seguridad y la tranquilidad de los ciudadanos en sus propios domicilios y en circunstancias de especial peligro (como durante la noche, en caminos y lugares despoblados, etc.), ha hecho que en todos los tiempos se consagre, de manera singular, el derecho a proceder a la defensa ante los primeros indicios graves de agresión y sin esperar a tener una certeza absoluta que, mientras se consigue, podría dar lugar a consecuencias irreparables." (111)

De manera que quien se encuentre inmerso en dicha hipótesis puede señalar de manera lógica indicios bastantes para presumir la agresión y encuadrar su conducta en tal presunción, y así quedar amparado por la eximente mientras no se demuestre lo contrario.

(111) Villalobos, Ignacio.- Op. Cit. Pág. 408

C A P I T U L O V I

LA LLAMADA PROBLEMATICA DE LA LEGITIMA DEFENSA

I.- LA LEGITIMA DEFENSA Y LA RIÑA

La riña y la legitima defensa son incompatibles, de tal manera que la riña excluye necesariamente la legitima defensa, ya que de acuerdo a nuestro texto legal, la riña es la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas (artículo 314 del Código Penal). Por tanto, en la riña los protagonistas se colocan al margen de la Ley al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias, y por lo mismo las dos actitudes son antijurídicas, es decir que el actuar de los protagonistas se encuentra en un mismo plano de ilicitud; mientras que la defensa legitima requiere para su existencia de una conducta lícita, acorde con el Derecho, frente a una agresión injusta, de ahí que la riña excluya la defensa legitima.

El maestro Francisco Pavón Vasconcelos, señala que la definición contenida en el artículo 314, es notoriamente incompleta, por cuanto la sola contienda de obra, entendida como la simple lucha física o material entre dos

o más personas, no configura ni agota la noción de riña, pues ésta necesita además la concurrencia del dolo que acompaña a dicha contienda. De ahí que no se pueda confundir la riña y la legítima defensa, ya que mientras en la primera los contendientes se colocan en un plano anijurídico, a virtud de la intención de causar daños a su contendiente; en cambio, en la legítima defensa sólo la conducta del agresor es injusta y por consiguiente ilícita. (112)

Para la debida aplicación de nuestras leyes penales, debemos tener presente que para la existencia indiscutible de la defensa legítima es necesario que no intervenga la circunstancia de que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella, así como que no previó la agresión y que no pudo fácilmente evitarla por medios legales. En cambio, la riña voluntariamente aceptada y voluntariamente desarrollada entre los contendientes no puede fundar la exculpante de la defensa legítima. Por lo que podemos concluir, que nuestra ley penal no admite la legítima defensa cuando el agredido provocó la agresión de que fue objeto, dando causa inmediata y suficiente para ello.

Por su parte el maestro Demetrio Sodi, al comentar el presente caso a estudio menciona: "La riña es la contienda de obra y no simplemente de palabra, y cuando un individuo, obrando en legítima defensa, hiere o mata a su adversario, se presenta necesariamente una contienda de obra por lo que puede afirmarse que no existe la contradicción apuntada; pero cuando ambos contendientes voluntariamente aceptan una

(112) Cfr. Pavón, Vasconcelos Francisco.- Op. Cit. Pág. 349

contienda de obra, en ese caso se afirma que los que riñen estan fuera del derecho, y la opinión de los autores se inclina a no admitir en tal caso la legitima defensa que supone una violencia injusta, a la cual no se ha dado motivo con otro acto antijuridico." (113)

2.- LA LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA

Como se ha destacado en el presente trabajo de investigación, con toda claridad, la razón impeditiva del nacimiento de la antijuridicidad cuando surge la legitima defensa, frente a la agresión injusta, pues la ley reputa lícita la defensa y el daño originado por ella, razón por la cual consideramos improcedente la concurrencia de conductas contrarias lícitas y antijurídicas a la vez, en conclusión no pueden coexistir recíprocamente dos causas de justificación al mismo tiempo; es decir, que el problema de la existencia de la legitima defensa reciproca, es rechazada casi unánimemente por la doctrina.

Lo antes sentado encuentra justificación en lo expuesto por el maestro Castellanos Tena al señalar: "No es admisible la defensa legitima reciproca; para quedar justificadas las dos actitudes, precisaria que con ellas, respectivamente, se repeliara una injusta agresión y las

(113) Sodi, Demetrio.- Op. Cit.- Pág. 129.

conductas no devienen, al mismo tiempo, jurídicas y antijurídicas. Quien injustamente acomete sobre otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contra ataca; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuridicidad." (114)

Como podemos observar en la legítima defensa recíproca, se requiere la existencia de un agresor injusto por un lado y un defensor justo por el otro, con lo que se excluye, toda posibilidad de que un sujeto pueda tener al mismo tiempo las dos condiciones de agresor y defensor. De lo que se puede concluir que no puede existir una legítima defensa a otra legítima defensa, es decir, que no pueden haber dos conductas inguales lícitas al mismo tiempo sino que necesariamente una conducta forzosamente debe de ser ilícita.

3.- EL MENOR DE EDAD ANTE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Aunque el presente tema no se encuentra debidamente expuesto por los tratadistas de la materia, trataremos de dar una semblanza del mismo, en atención a lo que algunos autores abordan al tratar la legítima defensa contra inimputables. Aún cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarles las capacidades del conocimiento y voluntad, si puede, en cambio, ser antijurídica y dar lugar a una reacción de defensa legítima.

Por lo anterior, consideramos importante dejar claro que se debe de entender por sujeto imputable e inimputable. Así el maestro Rafael de Pina, en su diccionario de derecho señala: "INIMPUTABILIDAD. Capacidad general atribuible a un sujeto para cometer cualquier clase de infracción penal. También, capacidad para ser sujeto pasivo de una sanción penal." (115)

Por lo que a contrario sensu, debemos entender que un inimputable es el sujeto que no tiene capacidad para ser sujeto de derecho y obligaciones.

En nuestro derecho, el menor de edad se le reconoce una restricción de capacidad de obrar, pero se advierte que para el Derecho Penal su conducta si puede ser antijurídica. De ahí que la legítima defensa cabe contra cualquier ataque actual o inminente, que venga de una persona, sin importar que dicha agresión provenga de un inimputable ya sea de que se trate de un loco o de un menor de edad.

Por ello, que el insigne tratadista Eugenio Cuello Calón, mencione: "No es preciso que el que acomete ilícitamente sea imputable, también es posible la legítima defensa contra los locos, los ebrios y los menores de edad pues la agresión de estos es antijurídica."(116)

(115) De Pina, Rafael.- Op. Cit. Pág. 296

(116) Cuello, Calón Eugenio.- Op. Cit. Pág. 340

4.- EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

Cuano en la legitima defensa, no existe una proporcionalidad respecto del peligro que implica la agresión o la necesidad racional del medio empleado, podriamos decir que estamos en presencia de un exceso en la defensa tal y como lo prevé el artículo 16 del Código Penal, que a la letra dice: "Al que se exceda en los casos de defensa legitima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15 se le impondrá la pena del delito culposo." (117)

En atención a esta fracción el maestro Carrancá y Trujillo en su nota 83aa de su Código Penal que se consulta señala: "El exceso en los caso a que se contrae el artículo 16 ofrece dos aspectos: en uno sigue la trayectoria de la acción inicial, conservando su calidad dolosa; en otro se vuelve culpabilidad culposa. Yo diría que, en última instancia, todo depende de los móviles de la acción o de la conducta. Siempre es aconsejable reducir o remitir estos asuntos a su raíz subjetiva. No queda otro remedio. En el curso del iter criminis pueden suceder muchas cosas, ya que no deja de ser un camino como cualquier otro...Y no se diga que se trata aquí, nada más, de imponer la pena del delito culposo. Pena, exclusivamente pena. La verdad es que la pena, en la especie, califica la acción; y si la pena es la del delito culposo, la acción también es culposa."(118)

(117) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Código Penal Anotado.- Op. Cit. Pág. 140

(118) Carrancá y Trujillo, Raúl.- Código Penal Anotado.- Op. Cit. Pág. 142.

El exceso en la legítima defensa supone, necesariamente la existencia de una agresión, con todos sus requisitos esenciales, como también una defensa verdadera, real, pero en la cual se excede quien la realiza, a virtud de un error sobre su necesidad o del poder lesivo de la defensa; por tanto, es irrefutable que en tales casos no hay legítima defensa, por no existir licitud en el hecho, y por no estarse en el supuesto justificado por la ley.

Por ello considero aceptable la opinión que vierte al respecto el maestro Demetrio Sodi al señalar: "Exceso en la defensa. Hay exceso en la defensa y el mal que se causa se convierte en delito de culpa: 1.- Cuando no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; 2.- Cuando el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa. Dicho exceso es grave o leve, y para calificarlo se tomará en consideración, no sólo el hecho material, sino también el grado de agitación y sobresalto junto del agredido; la hora, sitio y lugar de la agresión; la edad, sexo, constitución física y demás circunstancias del agresor y del agredido; el número de los que atacaron y de los que se defendieron, y las armas empleadas en el ataque y en la defensa." (119)

De lo anterior se desprende, que para considerar la defensa como delito de culpa y estimar si hubo o no necesidad racional del medio empleado, debe de atenderse al estado de ánimo del agente por consideraciones de

(119) Op. Cit. Págs. 122-123.

psicología social y de psicología individual; es necesario que se ejecute el hecho seguido de un acto de provocación injusta.

El insigne tratadista Giuseppe Maggiore, al tratar el presente tema señala: "Todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta, y puede dar lugar a otra legítima defensa, pues en efecto concurren todos los elementos de estas, aunque algunos nieguen esta posibilidad, al sostener que la excesiva reacción del agredido no es sino un desarrollo lógico de la injusta agresión originaria. Si uno reacciona de un pescozón con un garrotazo, y poner al adversario en la condición de tener que recurrir al revólver, no podrá invocar la legítima defensa si, al disparar un arma, causa la muerte a dicho adversario." (120)

Podríamos concluir el presente tema diciendo que cuando no existe necesidad racional de la defensa empleada, para repeler la agresión injusta de que se es objeto, podría dar cavidad a la existencia del exceso en la legítima defensa, por ello, es de gran importancia tener en cuenta la racionalidad de los medios empleados, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido, ya que esta circunstancia tiende a establecer el justo equilibrio, la debida proporción entre el acto agresivo y su repulsa, eliminando con ello toda posibilidad de que se actúe con exceso en la legítima defensa.

(120) Maggiore, Giuseppe.- Derecho Penal.- Vol. I.- El Derecho Penal-El Delito.- 2a. ed. Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 1994.-Pag. 418

**5.- TESIS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION
EN RELACION A ESTOS CASOS**

A continuación citaremos algunas tesis, que a nuestra consideración estimamos que son las más relevantes en el presente tema:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 6^a
Tomo : XIV - Julio
Página : 793

RUBRO : RIÑA. LEGITIMA DEFENSA.

TEXTO : La riña excluye la legítima defensa, ya que en la primera los adversarios se colocan en un mismo plano de ilicitud de la conducta, en tanto que en la segunda la acción defensiva es lícita.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO

PRECEDENTES:

Amparo Directo 317/90. Juan Pérez Deolarte. 22 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Véase: Apéndice de Jurisprudencia 238, Segunda Parte, Pág. 525, y Semanario Judicial de la Federación, Octava Epoca, Tomo VII, Enero, Pág. 449.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 8a
 Tomo : VI Segunda Parte-2
 Página : 649

RUBRO : RISA Y NO LEGITIMA DEFENSA.
TEXTO : La legitima defensa se caracteriza por consistir en una repulsa inmediata, necesaria y proporcional a una agresión actual e injusta para quien la sufre, pero cuando el activo no actúa en defensa de su persona, o de la persona de otro, para repeler un ataque sin derecho, violento y actual, pues es de advertirse que la lesión que infirió a la víctima no fue por defender a su consanguíneo de un ataque que ya había cesado, sino como resultado del enfrentamiento con su oponente para reñir.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO

PRECEDENTES:

Amparo Directo 510/89. Armando Salinas Hernández. 21 de febrero de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plascencia. Secretario: Carlo Hugo de León Rodríguez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 8a

Tomo : IV Segunda Parte - 1
Página : 311

RUBRO : LEGITIMA DEFENSA Y RINA. SON INCOMPATIBLES.
TEXTO : El hecho de que el acusado hubiere manifestado que al ver que la victima pretendia agredirlo con un objeto contundente, se avalanzó sobre él y logró desposeerlo de ese instrumento, demuestra que habia cesado el estado de peligro actual e inminente para sus bienes juridicos, por lo que si a continuación procedió a agredir al ofendido, asestándole varios golpes con el citado instrumento, y ocasionándole las lesiones que le produjeron la muerte, lo que el propio quejoso reconoce que hizo porque se encontraba cegado por la ira, es evidente que existió en el animus rigendi que matiza la conducta de los protagonistas y los coloca en un plano de igual ilicitud, cuestión que en esencia caracteriza la modificativa de la rina, que es incompatible y excluye la eximente de legitima defensa.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 258/89. Agustín Ramírez Torres. 15 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Federico Gutiérrez de Velasco Romo. Secretario: Otoniel Gómez Ayala.

Instancia: Primera Sala
Fuente : Semanario Judicial de la Federación

Epoca : 7a
 Volumen : 133-138
 Parte : Segunda
 Página : 188

RUBRO : RISA. ACEPTACION DE LA CONTIENDA COMO ELEMENTO
 CARACTERISTICO.

TEXTO: Si bien es cierto que en la legitima defensa puede haber un momento de intercambio de acciones lesivas con el consiguiente peligro mutuo, también lo es que hay un signo distintivo esencial en relación a la riña. En ésta hay un ánimo manifiesto de contender en los protagonistas; es decir, se parte de la aceptación mutua de la violencia. En cambio, en el rechazo de la legitima defensa, el origen no es esa aceptación de practicar la violencia, sino la acción consistente en anular una injusta agresión súbita.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 5360/79. Andrés Vázquez Rodríguez. 21 de febrero de 1980. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Andrés Flores Hernández.

NOTA (1):

En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véanse: Apéndice al Semanario Judicial 1917-1975, Segunda Parte, Tesis de Jurisprudencia Núm. 281 y 286 y sus relaciones, Págs. 606 y 616 y siguientes."

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 72, Página 38.

Instancia: Sala Auxiliar
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 7^a
Volumen : 20
Parte : Séptima
Página : 27

RUBRO : RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA. DIFERENCIAS.

TEXTO : Mientras que en la legítima defensa existe el rechazo de la agresión no prevista ni provocada, en la riña hay el ejercicio de la violencia aceptada. El hecho de que el pasivo de una agresión ejercite a su vez violencia sobre quien la ejecuta, no convierte en riña el acto defensivo, pues la violencia en cuestión es el rechazo de la agresión y no la aceptación de la contienda.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 711/67. Rubén Soto Martínez. 14 de agosto de 1970. Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Ramón Palacios.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente : Semanario Judicial de la Federación
Epoca : 8^a
Tomo : XIV - Julio
Página : 650

RUBRO : LEGITIMA DEFENSA. EXCESO EN LA.
 TEXTO : Si el daño causado al inculcado fue de notoria poca importancia comparado con el que causó, pues las lesiones que le fueron ocasionadas por su naturaleza se clasificaron como de aquellas que tardan en sanar menos de quince días y no ponen en peligro la vida, o sea, que no tuvieron la gravedad necesaria o el quejoso no corrió el peligro inminente de perder la vida, como para que repeliera la agresión disparando un arma de fuego en cinco ocasiones hasta dejar inerte al agresor, es claro que existió exceso en la legítima defensa no sólo por la desproporción en el arma empleada, sino también por haber sido innecesario el disparo de cinco proyectiles sobre el cuerpo del atacante, ya que con una sola lesión producida por el disparo del arma de fuego hubiera bastado para detener la agresión y por ende para eludir el peligro de daño a su integridad personal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo Directo 33/88. Julio Treviño Palma. 16 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: José Mario Machorro Castillo.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 8a
 Tomo : IX - Febrero
 Página : 215

RUBRO : LEGITIMA DEFENSA. EXCESO DE. CASO EN QUE SE CONFIGURA.

TEXTO : El exceso en la legítima defensa sólo se configura cuando la repulsa lícita de la agresión va más allá de lo necesario para evitar el peligro que ésta implica.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 721/90. Alberto Jácome Luna. 23 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Julieta María Elena Anguas Carrasco.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 8a
 Tomo : I Segunda Parte-1
 Página : 385

RUBRO : LEGITIMA DEFENSA. EXCESO EN LA. CONFESION DEL REO.
TEXTO : Cuando la confesión del activo del delito es el único medio probatorio apto que existe en autos, referente a la forma de comisión del mismo, debe valorarse en su integridad tomando en consideración el apoyo que le presten los demás elementos de convicción, por lo cual, si en autos tan sólo existe la confesión calificada del quejoso, por la que sostiene que el delito de homicidio lo cometió repeliendo una agresión real, actual, inminente y sin derecho de parte del pasivo, en defensa de su persona y bienes, aún cuando tal repulsa lícita fue más allá de lo necesario para evitar el peligro que aquella implicaba, al ya no encontrarse armado el agresor y si estarlo el acusado, que había ya logrado desapoderar a aquél del arma, por lo que es obvio que ya no existía la necesidad racional del medio empleado al momento de que nuevamente se le atacó, pero persistía el peligro para su integridad corporal, tal confesión,

que se corroboró con el certificado médico de las lesiones que le fueron apreciadas al acusado, con el informe de ingresos anteriores a prisión del pasivo del delito y el examen toxicológico practicado en el cadáver de éste por perito oficiales, alcanza el valor que le otorga el artículo 249 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y por lo mismo, es apta para tener por probado el ilícito de homicidio, con exceso en la legítima defensa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 186/88. José Flores Aguilar. 28 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

Instancia: Primera Sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 7a
 Volumen : 133-138
 Parte : Segunda
 Página : 105

RUBRO : LEGITIMA DEFENSA. EXCESO EN LA. REQUISITOS.
 TEXTO : Para que exista exceso en la legítima defensa, es necesario primeramente que se acredite plenamente la existencia de esa excluyente de responsabilidad, y si el sujeto pasivo ya herido huía, y se encontraba desarmado por haber tirado el arma, misma con la cual resultó victimado, no puede configurarse la eximente referida y menos el exceso de ella.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 1632/79. Cruz Sánchez Romero e Irene Montañez de Sánchez. 14 de enero de 1980. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Jesús Arzate Hidalgo.

Instancia: Primera Sala
 Fuente : Semanario Judicial de la Federación
 Epoca : 7^a
 Volúmen : 52
 Parte : Segunda
 Página : 27

RUBRO : LEGITIMA DEFENSA. EXCESO EN LA.

TEXTO : Para que proceda la atenuación por exceso en la legítima defensa, se requiere, como presupuesto lógico, la existencia de una agresión con las características legales para que el atacado la repele, aunque excediéndose por el medio empleado por que el daño era reparable.

PRECEDENTES:

Amparo Directo 5846/72. Rosa Albina Mogo Garcia. 12 de abril de 1973. 5 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

NOTA (1) :

En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Véase: Tesis de Jurisprudencia 162, Apéndice 1917-1965, Segunda Parte, Pág. 318".

C O N C L U S I O N E S

I. Es de mencionarse, que la legitima defensa como institución jurídica, ha evolucionado considerablemente, pues de llegarse a considerar que no tenía historia, se ha enriquecido su concepto conforme transcurre el tiempo, a través de la historia, de las costumbres, de las diversas generaciones de la humanidad que ante la necesidad de organizarse socialmente se han creado mecanismos de defensa, para la protección de cada uno de los integrantes de la comunidad.

II. Así pues, desde las épocas más antiguas y cuando el hombre aún no se encontraba organizado en sociedad, se puede decir que los integrantes de una gens o de una tribú actuaban por instinto de conservación, de reproducción y de defensa, para proteger sus bienes y su integridad física, en la medida de su fuerza y destreza, imperaba en esa época lo que se conoce como la ley del más fuerte.

III. En antaño, tuvo lugar la venganza privada o venganza de sangre, la cual consistía en el derecho que le asistía al individuo de castigar por su propia cuenta al ofensor, consideramos que viene a constituir un antecedente de la legitima defensa, precisamente por encontrar ahí sus raíces como institución jurídica, ya que en ocasiones los vengadores al ejercitar su reacción, se excedían, causando males mucho mayores que los recibidos, razón por la cual hubo necesidad de limitar el actuar de quienes se defendían, apareciendo así la Ley del Talión, figura que se encuentra contemplada en el Código de Hammurabi. Este sistema supone la existencia de los primeros

vestigios del derecho escrito a través de un poder moderador y, en consecuencia, se denota un desarrollo considerable en nuestra ciencia jurídica penal.

IV. Para que la legítima defensa sea considerada como una excluyente de responsabilidad, es necesario que adquiera su legitimidad, razón por la cual es necesario, que la agresión ha de ser real, actual y antijurídica, para que la defensa se encuadre dentro de los términos que establece la propia ley.

V. La legítima defensa es la causa de justificación por excelencia, pues quien se defiende realiza plenamente los fines del derecho al proteger el ordenamiento jurídico objetivo así como a su derecho subjetivo.

VI. Dentro de las causas de exclusión del delito, señaladas en el artículo 15 del Código Penal vigente, sobresale por su importancia, la contemplada en la fracción IV del mismo, pues quien actúa en legítima defensa y cumple en su totalidad con las hipótesis señaladas en dicha fracción, esta actuando conforme a derecho, por consiguiente a pesar de que su conducta sea violenta no va a ser sancionada, por encontrarse amparada por dicha eximente, eliminando de esta manera la responsabilidad tanto penal como civil.

VII.- El derecho a la Legítima Defensa lo lleva el hombre dentro de sí, innato, y siente en su propio ser la existencia de ese inalienable derecho a la vista de agresiones ilegítimas, injustas e intolerables.

VIII.- Quien rechaza a un injusto agresor, cumple con un acto de justicia social, encaminando a restaurar el derecho y el orden perturbado, tanto en el orden público como en el privado.

IX.- El hombre que repele una agresión ilegítima, no puede temer a la justicia, porque su actuar se encuentra garantizado mediante una repulsa, que no es contraria a derecho, precisamente por tratarse de una excluyente de responsabilidad.

X.- Es necesario, precisar cuando empieza y termina la agresión. Para no invadir otras figuras jurídicas.

XI.- La agresión debe ser actual o inminente debiendo entenderse por tales, lo presente, lo que esta ocurriendo o a punto de ocurrir.

XII.- De acuerdo a nuestra ley penal, se exige que además de que exista una agresión actual, esta debe ser violenta, es decir, efectuada de manera intempestiva, de tal modo que el agredido no puede prevenirla ni evitarla.

XIII.- No puede invocarse la Legítima Defensa sino existe primero una agresión real e injusta.

XIV.- No hay Legítima Defensa si existe por parte del ofendido provocación suficiente.

XV.- Tampoco existe Legitima Defensa, si se repele la agresión de una forma desproporcionada e innecesaria para la defensa que se precisa, tampoco la hay, si la agresión puede evitarse por cualquier medio no violento y el derecho vulnerado puede ser restaurado sin necesidad de causar daño innecesario.

XVI.- Se le ha considerado a la riña como la contienda de obra y no de palabra, entre dos o más personas, por lo consiguiente la riña siempre va a excluir a la Legitima Defensa, ya que en la primera las conductas de ambos protagonistas son antijuridicas, por ubicarse ambos en un mismo plano de ilicitud; y en la segunda por disposición de la ley una de esas dos conductas es licita, por estar amparada por una causa que excluye al delito, y la otra conducta es antijuridica.

XVII.- En la Legitima Defensa Reciproca, consideramos que no puede darse, porque para que ocurra es indispensable la existencia en ambas partes de una conducta juridica frente a una conducta antijuridica, lo cual no puede suceder, ya que no pueden actuar lícitamente las dos personas que se defienden y a su vez actuar en forma antijuridica.

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

ANTOLISEI, FRANCESCO.

Manual de Derecho Penal, Parte General.

8a Edición, Editorial Temis Bogotá-Colombia, 1988.

BONNESANA, CESAR, Marqués de Beccaria.

Tratado de los Delitos y de las Penas.

CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL.

Derecho Penal Mexicano, Parte General.

18a Edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

CARRARA, FRANCESCO.

Programa de Derecho Criminal, Parte General.

Volúmen I, Editorial Temis, Bogotá, 1977.

CASTELLANOS TENA, FERNANDO.

Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General.

22a Edición, Editorial Porrúa, México, 1986.

CUELLO CALON, EUGENIO.

Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Volúmen I.

18a Edición, Editorial Bosch, Barcelona.

FONTAN BALESTRA, CARLOS.

Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Parte General.

2ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

FONTAN BALESTRA, CARLOS.

Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Parte General.

2ª Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

GOMEZ LOPEZ, ORLANDO.

Legítima Defensa.

Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1991.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.

La Ley y el Delito, Principios de Derecho Penal.

5ª Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.

Tratado de Derecho Penal, Tomo III, El Delito.

3ª Edición, Editorial Losada, Buenos Aires.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS.

Tratado de Derecho Penal, Tomo IV, El Delito (Segunda Parte: Las Causas de Justificación).

2ª Edición, Editorial Losada, Buenos Aires.

JIMENEZ HUERTA, MARIANO.

Derecho Penal Mexicano, Tomo I Introducción al Estudio de las Figuras Típicas.

5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

MARQUEZ PISERO, RAFAEL.

Derecho Penal, Parte General.

3ª Edición, Editorial Trillas, México, 1994.

MAGGIORE, GIUSEPPE.

Derecho Penal, Volumen I, El Derecho Penal - El Delito

2ª Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989.

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO.

Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General.

12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO.

Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal.

10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

SODI, DEMETRIO.

EXcluyentes de Responsabilidad

Ediciones Jurídicas.

VILLALOBOS, IGNACIO.

Derecho Penal Mexicano, Parte General.

5ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1990.

WEIßZEL, HANS.

Derecho Penal Alemán, Parte General.

11ª Edición, 4ª Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL.

Manual de Derecho Penal, Parte General.

Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor.

LEGILACION CONSULTADA

CODIGO PENAL Para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Editorial Sista, México, 1997.

CODIGO PENAL ANOTADO

Carrancá y Trujillo, Raúl.

18ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1995.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

5ª Edición, Editorial Sista, México, 1995.

CODIGO DE HAMMURABI

Edición preparada por Federico Lara Peinado
Editora Nacional, Madrid, 1982.

LEYES DE MANU

Instituciones Religiosas y Civiles de la India.
Manava-Dharma-Sastra, Versión Castellana por V. Garcia Calderón,
Editora Nacional, México, 1968.

O T R A S O B R A S

DICCIONARIO DE DERECHO

De Pina, Rafael.

13ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1985.

DICCIONARIO PARA JURISTAS

Palomar de Miguel, Juan

Ediciones Mayo, 1981.