

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO

---

---

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“AUSENCIA DE CULPA EN EL EXCESO DE LA  
LEGÍTIMA DEFENSA”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA  
DÍAZ VILLANUEVA MAXIMINO

ASESORA DE TESIS: LIC. SUSANA RUÍZ CARDENAS.

México, D. F.,

2006.



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**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.

## *Dedicatoria*

---

---

### *A la vida... creación de Dios.*

Tengo la fortuna de llegar a éste momento, de poseer la dicha de una *Familia* que con esfuerzos y sacrificios me han apoyado, inculcando en mí, los valores de honestidad, respeto y responsabilidad, en un ambiente de amor y cariño.

En el transcurso de mi vida, encuentro *Amigos*, que conviven y comparten experiencias, dentro y fuera de la *Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, que es la Máxima Casa de Estudios.

Conservo el recuerdo grato y la satisfacción plena, que en la vida académica recibí, el apoyo incondicional del *Cuerpo Docente*, de la Máxima Casa de Estudios, por haber contribuido a mi formación profesional.

## INDICE

### AUSENCIA DE CULPA EN EL EXCESO DE LA LEGITIMA DEFENSA.

	Pág
<b>INDICE.</b>	<b>I</b>
<b>INTRODUCCIÓN.</b>	<b>IV</b>

### CAPÍTULO UNO ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 En Roma. -----	1
1.2 En España. -----	3
1.3 En México. -----	5
1.3.1 Código de 1871. -----	7
1.3.2 Código de 1929. -----	12
1.3.3 Código de 1931. -----	13

### CAPÍTULO DOS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.

2.1 Concepto etimológico. -----	19
2.1.1 Naturaleza jurídica. -----	21
2.2 Estado de Necesidad. -----	28
2.3 Ejercicio de un derecho. -----	36
2.4 Cumplimiento de un deber. -----	37
2.5 Consentimiento del ofendido. -----	39
2.6 Legítima defensa y naturaleza jurídica. -----	40
2.6.1 Elementos. -----	44
2.6.1.1 Agresión. -----	44
2.6.1.2 Necesidad de la defensa. -----	46
2.6.1.3 Bien jurídico protegido. -----	48

2.6.1.4 Racionalidad en los medios.	49
2.6.1.5 Provocación.	52
2.6.2 Clasificación de la legítima defensa.	53
2.6.2.1 Excusable.	54
2.6.2.2 Putativa.	55
2.6.2.3 Excesiva.	58

## **CAPÍTULO TRES**

### **AGRESIÓN**

3.1 Concepto y elementos.	67
3.1.1 Real.	76
3.1.2 Actual.	77
3.1.3 Inminente.	81
3.1.4 Sin derecho.	85
3.1.5 Antijurídica.	86
3.2 La tentativa y agresión.	87
3.3 Puesta en peligro del bien jurídico.	91
3.4 Clasificación de la agresión.	92
3.4.1 Inicio de la agresión.	93
3.4.2 Trascuro de la agresión.	94
3.4.3 Fin de la agresión.	95

## **CAPÍTULO CUATRO**

### **AUSENCIA DE CULPA EN EL EXCESO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA**

4.1 Marco jurídico de la legítima defensa.	97
4.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	98
4.1.2 Código Penal Federal.	104
4.1.3 Código Penal para el Distrito Federal.	111
4.1.4 Código Federal de Procedimientos Penales.	121

4.1.5 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. -----	124
4.2 Culpabilidad. -----	126
4.3 Imputabilidad. -----	129
4. 4 Inculpabilidad en la acción de repeler la agresión. -----	130
4.4.1 Elementos normativos. -----	131
4.4.2 Elementos Subjetivos. -----	132
4.4.3 Elementos Objetivos. -----	133
4.5 Inimputabilidad en la acción de repeler la agresión. -----	133
4.6 Jurisprudencia. -----	134
<b>CONCLUSIONES.</b> -----	139
<b>PROPUESTA.</b> -----	144
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b> -----	147

## INTRODUCCIÓN

El tema titulado Ausencia de culpa en el exceso de la legítima defensa, trata de exponer la problemática que trae consigo la causa de justificación denominada Legítima defensa, a la luz de las doctrinas enmarcadas en causalismo, finalismo y funcionalismo que han nutrido a la Teoría del Delito en su concepción más general en la teoría tripartita del delito, y en relación con los aspectos negativos del delito, con ello reafirmar el contenido del tema principal, en virtud de que: la culpabilidad, en su idea general de juicio de reproche, con sus matices de indeterminismo y ambigüedad, criticados por el finalismo al causalismo, son el trasfondo de divergencia con el funcionalismo que considera a la culpabilidad que es la comprobación de la necesidad de imponer la pena al autor, otra aportación de vital importancia es la imputación subjetiva y la prevención, fundamento atribuido a la pena. Así las cosas, la culpa con su deber de cuidado escapa de la realidad social en su aplicación, al quedar demostrado que ante la defensa y agresión no contienen ambas el deber de cuidado, verificadas en un plano de justicia y orden social y en su aspecto negativo de la culpabilidad demuestra que la acción encaminada a la defensa, exime de toda culpa a la víctima o defensor de la puesta en peligro propia de la agresión, que da pie a la eliminación del llamado exceso.

En consecuencia el Capítulo Uno, describirá la historia de la legítima defensa desde la antigua Roma y su influencia que a la vez se nutre y atraviesa por Europa para llegar hasta nuestro país y plasmada en los diversos Códigos Penales Mexicanos, exteriorizando que la evolución de la legítima defensa es a la par del pensamiento humano evolutivo que se desarrolla en su entorno determinado en tiempo y espacio.

El Capítulo Dos, estudiará la ubicación y descripción de las Causas de Justificación y en lo particular la legítima defensa, esto es, redefinir la denominación y la agrupación de motivos por los cuales el derecho penal justifica la acción que contiene desvalor y reproche.

El Capítulo Tres, se basará a la exposición concisa de la agresión concatenada con la puesta en peligro que debe prevalecer, apartando con ello, características cronológicas como son: real, actual e inminente y, por ende, tautológicas e impropias al Derecho Penal.

Por último en el Capítulo Cuatro, se abocará al estudio del tema principal, en razón de las teorías de causalismo, finalismo y funcionalismo que han envuelto la razón de ser de la Teoría del Delito y en relación en cuanto a elementos, la Teoría tripartita del Delito, así como, en su aspecto negativo de este, para confirmar que la ausencia de culpa en el exceso de la legítima defensa descansa en aspectos negativos del delito y, por otro lado, la ausencia de provocación de la víctima o defensor induce que la agresión sea imprevisible e inevitable.

## **CAPÍTULO UNO**

### **ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

#### **1.1 En Roma.**

La historia como fuente real del derecho en general, explica el conocimiento acerca de las normas jurídicas, basado en los documentos que encierran el texto de una ley que estuvo en vigor en el pasado, demostrando que la fuente formal debe tomar en cuenta todos aquellos factores reales, en mayor o menor grado, que gravitan sobre la formal.

Conforme la sociedad evoluciona, el derecho también se convierte en un instrumento para asegurar otros intereses que en cada sociedad determina como fundamentales (en bien común, la salud pública, la vida, la propiedad entre otros); y conforme se van concatenando a través de la historia y luego de un complejo proceso en el que intervienen factores de múltiple especie, terminan en convertirse en valores, es decir en bienes de particular importancia que el derecho debe asegurar y que, al mismo tiempo, determinan su obligatoriedad y su calidad de justo e injusto.

En palabras de, Von Liszt, citado por Puig Peña “se ha reconocido, si bien con diferente amplitud, que la legítima defensa es no solo un acto no punible, sino un acto conforme a derecho. En éste sentido tiene razón Cicerón cuando en su oración *Pro Milone* afirmó que la legítima defensa es una ley natural y no civil: *est haec non scripta, sed nata lex*. En el mismo sentido es como debe interpretarse la frase de Geib: “ La Legítima defensa no tiene historia”, sin embargo, un examen más atento nos demuestra que en derecho escrito de la

legítima defensa ha pasado por un desenvolvimiento histórico tan rico como notable”<sup>1</sup>

Esto es así, puesto que, la defensa es inherente al ser humano, y como tal es innato a éste, es decir, la reacción misma de defensa ante una situación de peligro y por lo cual surge con la misma interacción del ser humano con sus semejantes.

“En el derecho romano se proclamó *la máxima vim vi repeliere licet dique ius natura comparatur*. Sin embargo, aunque el derecho de legítima defensa está escrito con grandes caracteres en las Doce Tablas y en el Digesto, o sea en la fe del nacimiento y en la de muerte del Derecho romano, no parece que pueda verse en tal derecho una doctrina general sobre la defensa necesaria”<sup>2</sup>.

Pero “desenvolvieron el concepto de legítima defensa contra el ladrón nocturno y diurno, se admite la legítima defensa también para la protección del pudor, y la de los bienes, cuando el ataque contra ellos se acompañase de peligro para la persona, aunque existiera duda en dicha afirmación. Con respecto a la licitud de la defensa del honor sexual no caben dudas. La legítima defensa para considerarla como tal, en el Derecho Romano, en primer término la agresión debería ser injusta, y era preciso que el peligro estuviese ya comenzado y bastaba con que fuese inminente. Pero si el ataque desaparece, cesa el derecho de defensa, porque entonces la muerte del que agredió y desistió de sus violencias, sería una venganza. Se exigió la necesidad de no poder salvarse de otro modo, aunque estaba un tanto en contradicción con el carácter de derecho natural que se asignó a la defensa privada. En último lugar en cuanto a la proporción no existen claras expresiones al respecto. Se dudó si era legítima la defensa de terceros, el autor Rei, citado por Jiménez de Asúa, creyó que solo era admisible en caso de que solo existieran vínculos domésticos, jerárquicos o militares entre el defensor y el defendido, por último los romanos tuvieron

---

<sup>1</sup> Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 6ª Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969. págs 334 y 335.

<sup>2</sup> Op cit, Puig Peña, página: 334.

conciencia de la naturaleza justificante y no meramente impune de la legítima defensa, puesto que reclamaron la exención también de la responsabilidad civil”<sup>3</sup>

Como esta señalado en líneas anterior, la defensa legítima comienza a tener sus diferenciaciones con la anotación de que era un derecho natural inherente al ser humano, esto se debe, a que la defensa comienza a proteger no solo la vida propia, la propiedad, el honor, sino también la de un tercero aunque esto último entrara en duda. La cobertura que ampara esta institución comienza a marcar desde sus inicios, el conflicto para fundamentarla, pero si contemplaron, la exención de la responsabilidad civil. Con la evolución que ha presentado la defensa legitima toma características propias como que, debería ser ante una agresión injusta que importara peligro inminente y una vez acabada la agresión injusta la defensa legitima no tenía sentido y se convierte en venganza para el que la invocará como tal.

## **1.2 En España.**

En la España primitiva, eran conocidos los conceptos como “la expulsión del delincuente, la esclavitud, la crucifixión y la lapidación, también existía el sentimiento de venganza, por otra parte surgió el derecho de asilo hacia el año 638. En esta etapa con la dominación romana llegó aplicarse en España el Derecho romano”<sup>4</sup>

Respecto a la evolución de la legítima defensa, esta se hace presente en la época Visigoda, los ordenamientos más sobresalientes de ese momento son: “Fuero Juzgo, Fueros municipales como los de Aragón León y Castilla el Fuero Real de Alfonso X y sustituido después por las Leyes de Estilo, las Partidas, después aparece el ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla,

---

<sup>3</sup> Cfr Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal. Segunda Parte. Tomo IV. Editorial Losada. 4º Ed Editorial Losada. Buenos Aires, 1985. Paginas 30.

<sup>4</sup> Franco Sodi, Carlos. Nociones de Derecho Penal. Parte General. 2º Ed. Editorial Ediciones Botas. México. 1950. págs 28 y 29.

La Nueva y Novísima Recopilación y finalmente los Códigos de 1840, 1870 y 1928”<sup>5</sup>

“La “Ley Visigótica”, conocida históricamente con el nombre de Fuero Juzgo, contempla la defensa propia, pues absuelve al que mata al agresor. En la Alta Edad media ya señalaban ciertas limitaciones a su ejercicio, como ejemplos están el Fuero de Soria: *“Maguer dicho es que qui matare a otro sobre tregua ssea traydor y muera por ello; pero si el matador sseyendo ferido primero y tornando sobre ssi matare al otro que ffirió sobre la tregua non es traydor y merece la pena qui quebranta la tregua, ni aya por ello pena ninguna y sea luego saludado”*; El Fuero de San Emeterio, dado por Alfonso VIII el 11 de Julio de 1187, que contiene esta disposición: *“ Si aliquis homo homicidum uel lioures fecerit defendendo rem suma, nihil pro inde pectec”*.

Al igual que en el Derecho romano se instituye la defensa contra el asaltante de la casa, igualmente se faculta a matar al que de noche quema nuestros campos o nuestras casas, al ladrón nocturno o diurno que emplea la fuerza.

En el Código de 1822, admite la defensa de la vida propia o ajena, de la propiedad y de la libertad, incluso reglamenta el exceso en la defensa y el actual no se ocupa directamente”<sup>6</sup>.

Como se puede notar el derecho español tuvo gran influencia del romano debido a la dominación de ésta, pues las características de la defensa legítima son de igual forma que en los ordenamientos penales romanos, aunque teniendo sus diferencias, regularon el exceso de la defensa y extendieron la defensa de la libertad, cosa que en el derecho romano solo se limitaba a la vida, la propiedad y la de un tercero, y en igual sentido acogieron la defensa al honor.

---

<sup>5</sup> Op cit Franco Sodi, págs 29 y s.

<sup>6</sup> Ídem Jiménez de Asúa, pág 36

### 1.3 En México.

Un bosquejo general en la historia de México a la manera del autor Franco Sodi, muestra que en el “México precortesiano, el derecho era bárbaro y cruel porque, fue protector de las desigualdades sociales de aquella época, y así lo ponen de manifiesto, en estos pueblos, ciertas penalidades, tales como la lapidación de los adúlteros entre los tlaxcaltecas, el pinchamiento con púas de los menores delincuentes aztecas y la dieta, a los mismos, de tortilla y media por día, en cambio para Avilla y con igual opinión de Carranca dicen que el “derecho precortesiano pertenece, más que a la historia, a la arqueología”<sup>7</sup>, opinión no compartida, porque las características de estos ordenamientos eran conocidas a través de las pinturas jeroglíficas, por tanto no siempre intervenía el juez ni se seguía un proceso para imponer las sanciones (muerte, esclavitud, privación de la libertad entre otras) y en atención a Díaz Aranda “conviene evitar juicios de valor pues las reglas de comportamiento corresponden a los valores sociales de esa época, y no a los actuales”<sup>8</sup> y como dato importante de acuerdo a los historiadores en la época prehispánica la criminalidad era escasa.

Macedo citado por Jiménez, dice de forma textual que “la influencia del rudimentario derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación..., es decir, que tenga su raíz y origen en los usos y costumbres precortesianos”<sup>9</sup> pero hay que tomar en cuenta que los ordenamientos eran conocidos a través de las pinturas jeroglíficas, como tales se comprueban de esa forma y de acuerdo a la exposición de los historiadores, por lo que cada tiempo debe ser situado con valores sociales determinados para esa época.

Durante la época colonial, que no era propiamente una colonia “sino un Reino del cual era el rey el Rey de España”<sup>10</sup>, por la capitidinución política con

---

<sup>7</sup> Arilla Bas, Fernando. Derecho Penal. 1ª Ed. Porrúa. México. 2001, pág 59.

<sup>8</sup> Díaz Aranda, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 1ª Ed. Porrúa. México. Pág 11..

<sup>9</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 5ª Ed. Losada. Buenos Aires Pág 913

<sup>10</sup> Ídem, Avilla, pág 59.

relación a la metrópoli”, la legislación autóctona no deja huella alguna en la contemporánea que, en cambio sufre la influencia definitiva, durante la Colonia, del pensamiento jurídico ibero. En esta época rigen en México las leyes de Indias complementadas, por la recopilación de Autos Acordados por la Real Audiencia y Cancillería de la Nueva España, las Ordenanzas de Minería y las Ordenanzas de Gremios. Como supletorias de las anteriores se aplicaron las leyes siguientes: El fuero Real, El ordenamiento de Alcalá, Las Ordenanzas Reales de Castilla, Las Leyes de Toro, La nueva y Novísima Recopilación y las Siete Partidas”<sup>11</sup>

Aunque haciendo una semejanza con la cultura romana, española y mexicana se deduce que existen similitudes en las costumbres y usos entre uno y otro pueblo, pero en la opinión de Roberto Lira dice: “que el Derecho, entre los salvajes, en la época de la colonización, era más adelantado o por lo menos tan adelantado como el de sus pretendidos colonizadores”<sup>12</sup>. La evolución del derecho prehispánico en México es totalmente detenida por la colonización de España en nuestro país, tal como lo señala Carranca citado por Jiménez de Asúa que dice” El derecho penal precortesiano ha sido de nula influencia en el colonial y en el vigente”<sup>13</sup>

“En el México independiente, la legislación penal se inicia propiamente, con el bando de 7 de abril de 1824 y culmina con el Código vigente. Entre uno y otro figuran las siguientes leyes: Bandos de 7 de abril de 1824, 3 de septiembre de 1825, marzo 3 de 1828 y, 8 de agosto de 1834, ley Orgánica, de la policía de febrero de 1832, Ley de 1833, que reglamenta el procedimiento contra los salteadores de caminos en cuadrilla y los ladrones, leyes que se refieren a la ejecución de sanciones de 1814, 1820, 1826, 1831 y 1833, y ley de indulto de 1824. Las bases del derecho penal mexicano contemporáneo se encuentran en la

---

<sup>11</sup> Op cit. Sodi Franco, pág 32.

<sup>12</sup> Op cit. Sodi Franco, pág 32.

<sup>13</sup> Ibidem, Jiménez, pág 913

Constitución de 1857. bases que desarrolló Martínez de Castro en el Código de 1871 con estricto apego a la Escuela Clásica.”<sup>14</sup>

Obviamente no trataremos aquí cada una de las legislaciones de derecho penal señaladas líneas anteriores, solo hacemos una referencia de las mismas, y que recuerda la trayectoria histórica de nuestra institución de la defensa legítima, pasando por la antigua Roma, para infiltrarse posteriormente a través del dominio a España y esta a su vez a nuestra Nación, definiendo con ello que la institución como es la legítima defensa se transforma con la historia de los pueblos y de sus intereses sociales.

### **1.3.1 Código de 1871.**

La etapa del México independiente, se inicia propiamente con la actividad legislativa inspirada en el Derecho español y así poseemos el Código de 1871, creado a la luz de la escuela Clásica, tomo como modelo al Código Español de 1870, que a su vez tuvo como antecedentes los de 1848, 1850, calificado por los juristas mexicanos Luis Garrido, Juan José González Bustamante y Raúl Carranca y Trujillo, entre otros no menos importantes.

Este Código Penal fue promulgado el siete de diciembre de 1871 y rigió a partir del primero de abril de 1872 en el Distrito Federal y en Territorio de Baja California, cuyo presidente de la Comisión Redactora de este ordenamiento lo fue el jurista mexicano Don Antonio Martínez de Castro.

De ahí podemos decir, en palabras de Carranca citado por Aarón Hernández, que el Código de 1871, es una obra legislativa que, “ la fundamentación clásica del código se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social.”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Ibidem, Sodi, pág 33.

<sup>15</sup> Hernández López Aarón. Código Penal de 1871. (Código Martínez de Castro) Comentado. Editorial Porrúa. México 2000. Presentación e Introducción. (XV – XVIII).

Existe la aclaración en cuanto a este ordenamiento realizada por Aarón Hernández es en el sentido que “ la denominación que ha venido usando indebidamente como “Código” nuestros legisladores desde 1871 hasta nuestros días, es una ley, por haber sido emitida por el Congreso de la Unión, dado lo cual su nombre correcto debe ser “Ley Penal de 1871”<sup>16</sup>.

La legítima defensa en el Código o Ley Penal de 1871, se encuentra regulada en el Título Segundo. De la Responsabilidad Criminal. Circunstancias que lo excluyen, la atenúan o la agravan. Personas Responsables. Capítulo II Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal, que a continuación se transcribe:

“Artículo 34.-”<sup>17</sup> Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales, son:

1ª. Violar una ley penal hallándose el acusado en estado de enajenación mental que le quite la libertad, o le impida enteramente conocer la ilicitud del hecho ú omisión de que se le causa.

Con los enajenados se procederá en los términos que expresa el artículo 165.

2ª. Haber duda fundada, a juicio de facultativos, de que si tiene expeditas sus facultades mentales el acusado que, padeciendo locura intermitente, viole alguna ley penal durante una intermitencia:

3ª. La embriaguez completa que priva enteramente de la razón, si no es habitual, ni el acusado ha cometido alguna infracción punible estando ebrio; pero ni aún entonces queda libre de la pena señalada a la embriaguez, ni de la responsabilidad civil.

Faltando los dos requisitos mencionados, habrá delito de culpa con arreglo a la fracción 4ª del artículo 11.

4ª. La decrepitud, cuando por ella se a perdido enteramente la razón:

---

<sup>16</sup> Op cit Hernández, pág 1.

<sup>17</sup> Op cit Hernández, págs 37.

5ª. Ser menor de nueve años.

6ª. Ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no probaré que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción.

En el caso de esta fracción y de la anterior, se procederá como previenen los artículos 157 á 159, 161 y 162.

7ª. Ser sordomudo de nacimiento ó desde antes de cumplir cinco años, sea cual fuere la edad del acusado al infringir la ley penal, siempre que no haya tenido el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho por el cual se proceda contra él.

Esta circunstancia, así como las anteriores, se averiguan de oficio, y se hará declaración expresa de sí han intervenido ó no.

8ª. Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor, ó de sus bienes, ó de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho; a no ser que el acusado pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

- I. Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella.
- II. Que previo a la agresión y pudo fácilmente por otros medios legales:
- III. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa:
- IV. Que el daño que iba á causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales, ó era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

Para hacer la apreciación de las circunstancias expresadas en las fracciones 3ª y 4ª, se tendrá presente al final de la fracción 4ª del artículo 201.

9ª. Quebrantar una ley penal violentado por una fuerza física irresistible:

10ª. Quebrantarla violentado por una fuerza moral, sí ésta produce temor fundado é irresistible de un mal inminente y grave en al persona del infractor:

11ª. Causar daño en al propiedad ajena por evitar un mal grave y actual, si concurren estos dos requisitos:

- I. Que el mal que cause sea menor que el que trate de evitar;
- II. Que para impedirlo no tenga otro medio practicable y menos perjudicial que el que emplea.

12ª. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho con todas las precauciones debidas:

13ª. Ejecutar un hecho que no es criminal sino por circunstancias particulares del ofendido, si el acusado las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar.

Si dichas circunstancias no constituyen la criminalidad del hecho y solamente lo agravan, no es imputable al reo ese aumento de gravedad.

14ª. Obrar en cumplimiento de un deber legal, ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, empleo o cargo público:

15ª. Obedecer á un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba que el acusado la conocía;

16ª. Infringir una ley penal, dejando de hacer lo que ella manda por un impedimento legítimo é insuperable.

Para calificar si el exceso de la defensa es grave o leve se impuso al juzgador tomar en consideración no solo el hecho material, sino también el grado de agitación y sobresalto del agredido, la hora, sitio y lugar de la agresión, la edad, sexo, constitución física y demás circunstancias del agresor y del agredido; el número de los que atacaron y el de los que se defendieron y las armas en el ataque y defensa: tal y como lo prevé el artículo 201 en su fracción IV correlacionado con el artículo 34 del ordenamiento penal de 1871.

El título segundo de este ordenamiento es “Circunstancias que excluyen de responsabilidad criminal”, recibe consideraciones en el sentido que las causas de justificación lo que hacen son eliminar la antijuricidad, y con el empleo en la denominación de este título segundo se entiende que existe el delito, cosa que es un error, es decir, hace referencia a la posibilidad de responsabilizar penalmente al agente por la comisión del ilícito; y en cambio las causas de justificación como

característica fundamental es eliminar la antijuricidad, en este orden de ideas, es acertado lo que señala Sandoval Delgado, citando así también lo que pronuncia la Real Academia Española y, que dice”: El término –eximente- como aquello que exime, y el verbo eximir como equivalente de librar, desembarazar, de cargas, obligaciones cuidados, culpas, etc. Nos encontramos frente a un término de comprensión general respecto del cual el ciudadano común, lego en derecho, goza de una muy aproximada comprensión, al menos en sus aspectos más gruesos. Todos entendemos por circunstancia eximente aquella que concurriendo en el comportamiento de una persona releva a ésta de toda responsabilidad penal aún cuando la acción (ú omisión) por ella realizada se encontrara prevista, en principio, por la ley como delito o falta.”<sup>18</sup>.

Las fracciones de la primera a la séptima del artículo señalado en líneas anteriores, hacen referencia a la Inimputabilidad. Ahora bien nuestro objeto de estudio se encuentra ubicado en la fracción 8ª del artículo transcrito, del cual se desprende los siguientes elementos: que los bienes jurídicamente protegidos por la defensa legítima son: la persona, los bienes o las de un tercero, así como el honor; por otra parte debe de existir la agresión cuyas características son: actual inminente, violenta y sin derecho; sumado a esto no debe existir provocación por parte del agredido anterior a la acción defensiva, prever la agresión por otros medios legales y que exista racionalidad en los medios empleados para la defensa, y el exceso de la misma defensa estaba regulado. Entre otras circunstancias menciona el cumplimiento de un deber, Obediencia jerárquica, fuerza física irresistible o moral, y el estado de necesidad. Por último estas circunstancias manejadas en el Código penal de 1871, se averiguan de oficio en declaración expresa.

Una vez sintetizado nuestro objeto de estudio es importante comparar nuestra institución con la trayectoria que ha tenido desde el derecho romano hasta

---

<sup>18</sup> Sandoval Delgado Emiliano. Circunstancias Eximentes de la Responsabilidad Criminal en el Derecho Penal Mexicano. 1ª. Ed. Editorial Ángel. México 20002. págs 17 y 18.

ordenamiento penal en estudio, como se puede apreciar, trae consigo la defensa del honor, que se manejaba en el derecho romano, se aprecia que las costumbres y usos en el México prehispánico no tuvieron influencia en la redacción del ordenamiento de 1871, y si basado o inspirado en la Doctrina Clásica, venida por la dominación de España en nuestro Territorio.

Por ultimo, el código de 1871, tuvo el intento de ser reformado, con el proyecto del 11 de junio de 1912, cuyos integrantes fueron: Miguel S. Macedo, Victoriano Pimentel y Manuel Olivera Toro, trabajaron cerca de diez años, y su objetivo basado en: conservar el núcleo del sistema y de sus disposiciones ante el estado social de esa época, pero estos trabajos se hicieron inactuales por las convulsiones revolucionarias, así lo explica Jiménez.<sup>19</sup>

### **1.3. 2 Código de 1929.**

El panorama que desarrolló al ordenamiento penal de 1929, es descrito por el tratadista Jiménez de Asúa: “ Fue en el año de 1925, cuyo objetivo era la revisión de los viejos Códigos mexicanos, en materia penal, por lo cual se forma una Comisión integrada por: José Almaraz y Luis Chico Goerne, y una vez concluido en 1929, el Presidente Portes Gil confirió al Congreso, sancionó como Código penal el 30 de Septiembre de 1929, y entra en vigor el 15 de septiembre del mismo año. Sigue los principios de la Escuela Positivista, en base a la defensa social; rompe con la Escuela clásica. Por otra parte, las características del ordenamiento penal de 1929, son criticadas por su extensión, es decir, una desmedida ambición de preverlo todo, le hace caer en repeticiones innecesarias, pésimo sistema casuístico, en consecuencia, el Código de México de 1929 en su afán de alcanzar la máxima modernidad con el seguimiento de la escuela

---

<sup>19</sup> Cfr, Jiménez, pág 1243.

positivista italiana, solo obtuvo un ordenamiento antiguo con retoques de modernidad y poca seguridad técnica.”<sup>20</sup>

### 1.3.3 Código de 1931.

Ante el fracaso ineludible basado en la extensión, inseguridad técnica en su redacción, pésimo sistema casuístico y bajo la influencia de la Escuela positivista el Código Penal de 1929, fue abrogado con la promulgación del Código de 1931, los “ trabajos para preparar el nuevo Código que sustituyo al de 1929, los llevó acabo una comisión integrada por Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto G. Garza, José Ángel Ceniceros, José López y Carlos Ángeles. Se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 14 de agosto de 1931 y entro en vigor el 17 de septiembre de ese mismo año. A éste se le añadió un Código de Procedimientos Penales, del mismo año, el Código de 1931, fue abrogado en el año de 2002, promulgado el once de julio del mismo año.”<sup>21</sup>. Por el momento no ahondaremos sobre el Código de Procedimientos Penales citado, aclarando también que el Código de 1931, ha tenido a lo largo del tiempo diversas modificaciones que no haremos referencia alguna.

El objetivo del ordenamiento penal de 1931, es la interacción entre la escuela clásica y positiva, pero su peculiar característica fue como lo dice Teja Zabre “Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código penal. Solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea, practica y razonable”, como lo menciona Jiménez de Asúa: “ a) ampliación del arbitrio judicial hasta los limites constitucionales, B) disminución del casuismo con los mismos límites; c) individualización de las sanciones; d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con

<sup>20</sup> Cfr Jiménez de Asúa, págs 1243 a 1252.

<sup>21</sup> Cruz Baine y Oscar. Historia del Derecho en México. 2ª Ed. Oxford. México. 2004. pág 729.

estas orientaciones: 1) organización práctica del trabajo, de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2) dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3) completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social ( casos de libertad preparatoria condicional, reeducación profesional, etc.); 4) medidas sociales y económicas de prevención”<sup>22</sup> ; por el contrario sobre el inciso a) señalado existe la crítica sostenida por Ignacio Villalobos al decir: “ parece conveniente advertir desde luego que esos límites, en virtud de una interpretación teleológica y progresiva resultan elásticos y casi inexistentes,”<sup>23</sup> es decir, imperaba la extensión descriptiva innecesaria de las penas alternativas, solo valdría fijar el límite máximo de la pena verificando así el principio de legalidad consagrado en la Constitución.

Esta crítica y otras son las que adolecen en nuestro Código de 1931; pero retomando el estudio de la legítima defensa, citamos la obra del maestro Carranca, que señala: “en el Capítulo IV. Causas de Exclusión del Delito, artículo 15.”<sup>24</sup>

Artículo 15. – (Excluyentes de Responsabilidad) El Delito se excluye cuando:

I.- (Ausencia de Voluntad) El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente.

II.- (Imperfección típica) Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito que se trate.

III.- (Consentimiento del titular del bien jurídico afectado) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado siempre que se llenen los siguientes requisitos:

a) Que el bien jurídico sea disponible;

b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y

<sup>22</sup> Op cit Jiménez de Asúa, Luis. Página 1254.

<sup>23</sup> Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Parte General .5° Ed. Porrúa. 1990. Pág 121.

<sup>24</sup> Raúl Carranca y Trujillo y otro. Código Penal anotado. 24° Ed. Porrúa. México. 2001. Págs 89 a 91.

c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancia tal que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

IV.- (Legítima defensa) 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.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o 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 rebelen la posibilidad de una agresión.

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

VI.- ( deber o derecho legal) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista la necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

VII.- (Estados específicos de inconciencia) Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de

aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 bis de este Código.

VIII.- (Error de hecho y error de prohibición) Se realice la acción u omisión bajo un error invencible:

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código.

IX.- (No exigibilidad de otra conducta) Atenta a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X.- (Caso fortuito) El resultado típico se produce por caso fortuito.

XI.- (Derogada)

El exceso en la defensa, tratado en el Código de 1931, está contemplado en el artículo 16 comentado en la obra del autor Carranca y que dice: “ Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV; V; VI; del artículo 15 se le impondrá la pena del delito culposo.”<sup>25</sup> Obviamente este artículo nos remite al numeral 60 del Código de 1931, que trata de las penas impuestas por delitos culposos.

---

<sup>25</sup> Op cit. Carranca y Trujillo, pág 153.

Por el momento indicamos las características sin hacer algún señalamiento de gramática o de comprensión en lo que respecta a la legítima defensa elaborada en el Código de 1931, que son: Existencia de una agresión, que a de ser real actual o inminente, otra característica de la agresión es que debe ser sin derecho, protegiendo así derechos propios o ajenos, y como elementos adicionales de la defensa, que sea de forma racional de los medios empleados y no exista provocación dolosa, por parte del agente que se defiende o defiende. Se presumirá como legítima defensa al que cause daño al agente que trate de penetrar sin derecho a lugares o sitios de la familia o trabajo donde existan bienes propios o ajenos. Por último el exceso en la legítima defensa apreciado en el Código de 1931, es sancionado a título de delito culposo; como cuestionamiento y avocados a la culpa que se caracteriza por el grado de previsión utilizado por el agente para repeler la agresión sin derecho y esta representa como característica propia la imprevisibilidad, por ello es factible que el exceso producto de la defensa carece de sustento para remitir éste al delito culposo tal y como lo señala el Código de 1931.

## **CAPÍTULO DOS**

### **CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

En términos generales las causas de justificación, es la agrupación de motivos en que la conducta siendo típica se elimina la antijurídica, entendido como antijurídico, el desvalor de la conducta mediante un análisis objetivo de contenido subjetivo, o entendido como el “aspecto negativo de la antijuricidad, también se conoce como causa de licitud. Cualquiera de ellas elimina la antijuricidad, y por tanto se extingue el delito. Son varias: la legítima defensa, el Estado de necesidad, el cumplimiento de un deber, el ejercicio de un derecho y el consentimiento del titular del bien jurídico,”<sup>26</sup> esta afirmación es parcialmente aceptada, porque dentro de las causas de justificación y atendiendo la naturaleza propia de la antijuricidad, el delito surge pero mediante la aplicación de la causal se elimina su responsabilidad tanto penal como civil, en tanto que la agrupación de referencia no cumple con la anotación como en el caso del consentimiento del titular del bien jurídico lo que elimina es el tipo y en su aspecto negativo es la atipicidad, esto es, que no surge el delito, esta manifestación es un ejemplo en el cual la agrupación mencionada no cumple con la característica de la eliminación de la antijuricidad, como se vera en su oportunidad al tratar el tema de referencia.

Otro concepto esbozado por el Diccionario Jurídico penal<sup>27</sup> sobre el concepto de Causas de Justificación dice: “ Son las que quitan el hecho aparentemente antijurídico su ilicitud y convierten la conducta del agente en legítima, justa y jurídica por cuanto está autorizada por la misma ley y se refieren a los hechos cometidos,” lo aparentemente antijurídico, derivado del concepto transcrito significa que puede o no ser antijurídico y a la vez es ilícito, cuestión dudable, lo cierto es que, ante una causa de justificación la acción con el objeto

---

<sup>26</sup> Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Penal. Volumen I. Segunda Serie. Oxford. México 2003. pág 27.

<sup>27</sup> Gil Miller Puyo, Jaramillo. Diccionario Jurídico Penal. S/e. Librería del Profesional. Colombia. 1981, pág 78.

de defensa no es antijurídico, caso concreto la legítima defensa, que autoriza mediante la norma penal a repeler la agresión que expone al peligro de riesgo de lesión o daño al bien jurídico.

## 2.1 Concepto etimológico.

La denominación “Causas de justificación” ha sido cuestionada a lo largo de los Códigos, puesto que ha recibido algunas denominaciones desde el Código Penal de 1871, 1929 y 1931 hasta nuestros días, “así como el panorama legislativo de nuestro país”<sup>28</sup>, con las siguientes denominaciones: “Circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal,” “Circunstancia excluyentes de responsabilidad”, “Causas que excluyen la incriminación”, “Circunstancias excluyentes de responsabilidad”, “Inexistencia del delito”, “No existe delito”, “Causas excluyentes del delito”, “Excluyentes de Incriminación y de la inimputabilidad”, “Causas excluyentes de responsabilidad e Inimputabilidad”, “Causas de Inimputabilidad”, “Causas de inculpabilidad y causas de justificación”, “Causas de justificación”, “inimputabilidad, culpabilidad e inculpabilidad”, “inimputabilidad y causas de inculpabilidad”, “Causas excluyentes de responsabilidad por impedir el nacimiento de la antijuricidad, “excluyentes por inimputabilidad y causas excluyentes por conducta inculpable, “Se excluyen de incriminación”, “Causas de Exclusión del delito”.

Ante tal panorama es deseable llegar a una denominación aceptable por medio de un análisis comparativo, para determinar las palabras más repetidas entre uno y otra denominación, así tenemos que, las palabras: causa, circunstancia, justificación, eximir, excluyente, exclusión, es usada entre las denominaciones dadas, otro grupo de palabras y que corresponden propiamente a la dogmática jurídica penal son: antijuricidad, culpabilidad, inculpabilidad, imputabilidad, inimputabilidad, delito, incriminación.

---

<sup>28</sup> Cfr. Sandoval. Páginas 18 – 21.

Dentro de estas palabras encontramos que eximir, excluyente, exclusión, y justificación, son sinónimas, tal como lo demuestra el Diccionario de sinónimos<sup>29</sup>, esto es, eximir tiene como sinónimos (dispensar, liberar, exonerar, descargar, relevar, excusar, perdonar); justificación tiene como sinónimos (defensa, excusa, exculpación, prueba, testimonio) y como se podrá notar las palabras excluyente y exclusión, quedan comprendidas dentro de esta sinonimia.

Existe una pluralidad de cuestiones referentes a los conceptos de las palabras señaladas y que en la dogmática penal tienen su propia razón de ser, como sucede con inimputabilidad e inculpabilidad, esto es, la conducta no es reprochable, ya que, el autor de ésta no tiene la capacidad síquica, o teniendo obra conforme a derecho, o la conducta esta viciada por circunstancias ajenas a su proceder.

Las palabras delito e incriminación son parte de la fundamentación penal general y solo hacen referencia: la primera a la teoría del delito cuyo significado es la descripción de un acto u omisión con sanción estipulada en la norma penal; la segunda en términos generales es la falta de pena.

Ahora bien, una vez realizadas las comparaciones y semejanzas es pertinente concluir que existen varias causas por las cuales el delito queda eximido de pena por lo cual la palabra que asemeja varios motivos es “Causa” y por otro lado la palabra que tiene mayor significado es “Justificación” que denota una pluralidad, por lo tanto nuestra denominación aceptable es en plural “Causas de justificación”; sin embargo en los ordenamientos penales de nuestro país son denominadas de diferente forma así como en la doctrina.

Llegado el momento para dar el concepto etimológico de nuestra denominación “Causas de Justificación”, primero enunciaremos el significado de causa y luego la de justificación, que se encuentra en el Diccionario de la Real

---

<sup>29</sup> Diccionario de Sinónimos y Contrarios. S/e. Teidos. México. 1984. Páginas 68, 72, 176 y 260.

Academia Española.<sup>30</sup> A la primera: “ Causa. (Del latín, *causa*, aitia) f. Aquello que se considera como fundamento u origen de algo. || 2. Motivo o razón para obrar... A la segunda: Justificación. (Del latín *iustificatio*, *onis*) F. Acción y efecto de justificar. || 2. Causa, motivo o razón que justifica.

Como se aprecia en el significado descrito es una sinonimia entre *causa* y *justificación*, pero para no caer en tal situación recordemos que dentro de los sinónimos, existe una que identifica a la *causa* como *motivo*, y *justificación* como *excusa*, por lo cual quedaría nuestra denominación “*motivo(s) de excusa*.”

El Diccionario del latín<sup>31</sup> ofrece lo siguiente sobre *causa* y *justificación* que dice: “ *Causa* [mejor que *caussa*] ae f: *causa*, motivo; ... *hac causa*, por esta razón... Y *Justificación* del latín *iustificatio* – *onis* f.: *Justificación*.

### 2.1.1 Naturaleza Jurídica.

Las causas de justificación como primera aproximación diremos que son descripciones o circunstancias determinadas que funcionan como excepción a la regla general del “valor indiciario”<sup>32</sup> de la tipicidad del hecho y que constituya a su vez una violación del derecho positivo en su totalidad o bien que exista una “relación de contradicción”<sup>33</sup> entre el hecho del hombre y el derecho.

Para la naturaleza jurídica de las causas de justificación es necesario fijar con precisión o por lo menos delimitar el o los fundamentos válidos a todas las causas de justificación (estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, consentimiento del ofendido y legítima defensa)

<sup>30</sup> Diccionario de la lengua Española. Real Academia Española. 22ª Ed. Rotapapel. España. 2001.

<sup>31</sup> Diccionario Ilustrado Latín Español- español Latín. S/e. España. 1990. Páginas 70 y 269.

<sup>32</sup> Núñez C. Ricardo. Manual de Derecho penal. Parte General. . 4ª. Ed. Córdoba. Argentina. 1999. pág 157.

<sup>33</sup> Soler, Sebastián. Derecho Penal argentino. Tomo I. 10ª Ed. Tipógrafo. Argentina. 1997. Paginas 391.

Como se puede observar existe pluralidad de eximentes que conllevan a la falta de aplicación de la pena o disminución de la misma siempre y cuando objetivamente cumpla con la descripción de la eximente, y es válida la concurrencia de justificantes instituidos en las diversas descripciones de la conducta en la norma penal y la adecuación de la conducta a esta y cuya solución será la “relación de especialidad o de subsidiaridad.”<sup>34</sup>

Una de las Teorías que explican la fundamentación de las justificaciones en derecho penal es la explicada por “Puig Peña”<sup>35</sup> que, señala que las justificantes son divididas en tres grandes grupos (teoría tripartita)

- a) Por ausencia de antijuricidad.
- b) Por ausencia de culpabilidad.
- c) Por ausencia de punibilidad.

Lo que nos da solo es una clasificación de las causas de justificación, en la que lo reduce de la siguiente forma: en las de justificación se elimina la antijuricidad, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena.

Otra forma de clasificar las causas de justificación es la enunciada por Hans Ludwig Gunther citado por Luzón Peña<sup>36</sup>, que asienta las premisas a partir de la teoría tripartita del delito, en virtud de la cual, una conducta humana es delito si confluyen: la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, los dos primero constituyen el injusto, posteriormente hay que distinguir entre éste y la culpabilidad. No todo injusto es desaprobación jurídico-penal, más bien desaprobación jurídica cualificada y en el campo del tipo penal encontrar los verdaderos fundamentos del

---

<sup>34</sup> Luzón Peña. Diego Manuel. Enciclopedia Penal Básica. 1ª Ed. Comares. Granada. 2002. páginas 251.

<sup>35</sup> Puig Peña, Federico. Derecho Penal. Parte General. Tomo I 6ª Ed. Revista de Derecho Penal . Madrid. 1969. Págs 229 a 333.

<sup>36</sup> Cfr, Luzón Peña, Diego Manuel. Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal. S/e. Arazandi. Pamplona. 1995. págs 45 a 66.

injusto y en el elemento del delito, (equivocadamente denominado antijuricidad) encontrar la justificación. Una vez asentadas las premisas el autor realiza la distinción entre injusto penal y otras clases de injusto, por ello el injusto penal es cualificado que contiene el desvalor de resultado y el desvalor de acción a diferencia del injusto en general emanadas del ordenamiento jurídico en su conjunto (imprudencias o lesiones leves.) Luego realiza la distinción entre exclusión del injusto penal y exclusión de otra clase de injusto, por esto se debe de hablar de antijuricidad penal que se refiere al injusto penal relevante típico, así tenemos dos grupos de causas de justificación las de exclusión del injusto en general y las de exclusión del injusto jurídicopenalmente relevante cuyo indicio era el tipo penal, derivado de esto, se denominan las causas de exclusión del injusto penal (que admite críticas) por ello fundamenta sus razones en que la unitariedad de justificación no satisface a los diversos contextos del ordenamiento jurídico y se tendrá que rechazar como injusto criminal hasta los más mínimos excesos respecto a tales autorizaciones que vulnera el mandato de adecuación y moderación en la incriminación de la conducta.

Ante la postura planteada existe la clasificación de justificantes con eficacia justificante decreciente: 1. - Deberes jurídicos como causa de justificación, ¡es que tiene que hacerlo! ; 2. - La autorización garantizada constitucionalmente, que son los derechos fundamentales jerárquicos(libertad de reunión, manifestación, libertad de expresión); 3. - Derechos de intromisión del autor para garantizar intereses preponderantes, como la legítima defensa y estado de necesidad que no solo eliminan el injusto penal también el injusto del resto del ordenamiento jurídico y se puede incluir dentro de esta categoría las pretensiones civiles y las facultades de intervención reguladas por el derecho público; 4. - Derechos de intromisión del autor por renuncia del titular del bien jurídico, que es el consentimiento y consentimiento presunto, que es la renuncia declarada o presumida de su interés jurídico, pero no deciden si el hecho es justo o injusto conforme a la totalidad del ordenamiento jurídico pero no concibe el autor la polémica de sí el consentimiento es un elemento negativo del tipo, solo se

necesita el conflicto de intereses; 5. - Causas de exclusión del tipo, que excluyen la punibilidad (injurias, chantaje, coacciones); 6. - Causas de atenuación del injusto, que comprende a las tres primeras, por exceso, el injusto en estos casos está considerablemente disminuido, por escaso exceso en las facultades jurídicas.

Por ultimo realiza el cuestionamiento de la disminución del injusto en la culpabilidad, en donde se mezcla la disminución del injusto y disminución adicional de culpabilidad, pero hay que distinguir causas de justificación y causas de exclusión del injusto penal con eficacia justificante gradual.

Ahora bien esta exposición, parte de la teoría tripartita del delito y del injusto, de la cual surge la clasificación de justificaciones graduales sobre la base del injusto penal relevante, esto es, la suma de la intención y resultado de la acción, y otra división a las lesiones leves o conductas imprudentes, más bien esta clasificación se basa en la categorización del delito en cuanto a su acción que es dolo o culpa, y una vez situado en la culpabilidad reafirma su postura, con la clasificación otorgada y filtra el exceso en la atenuación del injusto (sexta clasificación) Ratifica la igualdad que existe entre estado de necesidad y legitima defensa basado en el principio de interés preponderante, criterio que es contradictorio, como se observará más adelante. El consentimiento, en su clasificación cuatro del autor, le antepone el principio de conflicto de intereses, para dar el sentido de causa de justificación, pero en igual forma es contradictoria, porque esta figura lo que elimina es el tipo no el injusto penal manejado por el autor.

Hasta el momento no es posible en forma general aplicar de forma diáfana un fundamento general e igual para toda la clasificación de justificantes, porque cada una contiene sus características y fundamentos, solo existen agrupaciones en general que parten de fundamentos específicos y no integran un solo fundamento.

Otro de los intentos es la ofrecida por “Luzón Peña”<sup>37</sup> en la que cita algunas teorías (Colisión o ponderación de intereses o interés preponderante, ausencia de interés), que explican en lo particular las justificantes con sus rasgos propios, o principios generales de cada una de ellas. El autor sostiene en su obra que la clasificación o agrupación de las causas de justificación en lo general, es Causas de justificación de resultado o de acción. La primera clasificación: excluyen el desvalor del resultado, que es lo mismo, la ausencia de antijuricidad; la segunda es la exclusión del desvalor subjetivo y objetivo de la acción, lo que viene a ser el elemento negativo del delito (inimputabilidad), o bien aplicable a las excusas absolutorias.

Ante tal situación, queda sentado que solo estamos tratando de fundamentar a todas las causas de justificación sin poder tener aún algo definido hasta el momento, solo se ha hecho clasificaciones de las mismas en razón de sus características particulares y sus fundamentos. Se ha observado que, si se busca el fundamento de las causas de justificación dentro de los fundamentos específicos a cada una de ellas es obvio que solo daremos un fundamento en específico sin atender lo general, es decir, que es lo común a todas ellas. Hasta el momento “puede decirse acerca de los principios comunes a todas las causas de justificación, pues cada una de ellas descansa sobre combinaciones completamente diversas de factores justificantes”<sup>38</sup>.

A manera de síntesis y considerado la teoría tripartita de Puig Peña, nos avocamos que dentro del sistema penal se agrupan figuras de la dogmática penal que tienen su propia razón de ser, (tipicidad, antijuricidad, punibilidad), y que es necesario que éstas se agrupen nuevamente en las denominadas causas de justificación, aunque se estaría hablando que, éstas están inmersas dentro de la

---

<sup>37</sup> Op cit Luzón Peña, páginas 246 a 250.

<sup>38</sup> Hans Heinrich Jescheck y otro. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 5ª Ed. Comares. Granada. 2002. página 347.

teoría del delito en sus aspectos negativos que contienen las condiciones que eliminan el injusto.

Para un fundamento igual a todas las causas de justificación es necesario analizar por un momento la antijuricidad, que forma parte del sistema jurídico en general. Así como al sujeto, que es partícipe clave en esta situación y por último al Estado. Con ello efectuar una descripción de lo prohibido y permitido por la norma penal, para una adecuación de la conducta al tipo penal y conllevar los fines del Estado, como regente de la seguridad jurídica y la sociedad como receptor del imperio de la ley y factor que impulsa a la transformación de la norma penal, entresacando el interés común y la norma cultural, pues “derecho y cultura son recíprocos y unitarios,”<sup>39</sup> para cada país.

Aunque, a decir verdad, si nos adentramos a las normas culturales de cada país, notaremos que existe una pluralidad de cultura y estas referidas en un tiempo y espacio determinado y nuestro sistema penal, por mucha perfección en su construcción dogmática siempre tendrá deficiencias, en sus definiciones y alcances de aplicación, y más aún si es comparado con otros sistemas penales.

Volviendo a la antijuricidad, en la valoración objetiva de ésta, se debe tomar en cuenta que la conducta siendo adecuada (depende de la norma si es permisiva o prohibitiva) a la descripción de la norma penal, es una violación al derecho en su totalidad, pues como característica de la antijuricidad es que todo la conducta que es contraria a la descripción de la norma es ilícito antijurídico, no solo para una rama del derecho sino en su totalidad del sistema jurídico, aplicado así el principio *erga omnes*, es decir, “ el juicio valorativo que lleva a firmar la existencia de una acción ilícita es un juicio comparativo de valor, es decir, que en el se aprecia el hecho independientemente del motivo subjetivo de su autor.”<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Cfr. Soler Sebastián. Derecho Penal argentino. Tomo I. 10ª Ed. Tipógrafo. Argentina. 1997. Páginas 391 a 410

<sup>40</sup> Idem, Soler, pág 392

La conducta del autor no tiene importancia al mencionar que, - solo se aprecia el hecho -, pero es válida la aplicación de la descripción de la norma penal que permite determinada conducta y es valorada objetivamente (legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber) y para todo el sistema jurídico. Las ideas hasta este punto fluyen, pero se complica al analizar la antijuricidad en su elemento subjetivo, esto es, la construcción de las figuras típicas en base en aspectos subjetivos, adecuaciones de la conducta al tipo en donde se une la volición de la conducta y el motivo de ésta (interés o bien jurídico), por ello, “esa cualidad será la que otorgue al hecho típico el carácter de antijurídico.”<sup>41</sup> La serie de elementos que nutren a la antijuricidad, hacen ver que no es posible determinar de forma sencilla el fundamento legal de las causas de justificación sobre la base del análisis de ésta.

Solo queda por decir que las causas de justificación son emanadas de la propia ley y que en esta se estatuye la estructura de antijuricidad, es decir, del derecho consagrado en un ordenamiento jurídico penal, bajo el principio de “Unidad del ordenamiento jurídico.”<sup>42</sup>

Pero si existe una razón válida o fundamento posible para las causas de justificación descritas en la ley penal y además para todas las que sin estar agrupadas en las causas de justificación comparten el mismo sentido de que “ todos los deberes y derechos subjetivos solo son determinables y reconocibles a través del derecho objetivo,”<sup>43</sup> el sistema jurídico penal esta conformado por descripciones jurídicas abstractas e impersonales que son referidas para los individuos con el “poder justificante de la necesidad,”<sup>44</sup> esto también, en referencia al derecho.

---

<sup>41</sup> Idem, Soler, pág 398.

<sup>42</sup> Op cit, Hans, pág 349.

<sup>43</sup> Ibidem, Soler, pág 410.

<sup>44</sup> Ibidem, Soler, pág 411.

En cuanto a los efectos de las causas de justificación es deseable dar por asentado que de acuerdo a cada sistema de causa de justificación en lo particular, atento a una valoración objetiva y subjetiva del hecho, la conducta quedará exonerada de pena o de responsabilidad civil.

Los excesos que se originan una vez realizado la valoración objetiva y subjetiva del hecho, son tratables de acuerdo a cada una de los requisitos de la causa de justificación en particular, y cuestionable el exceso en su contenido.

## **2.2 Estado de necesidad.**

El estado de necesidad es donde se impone una elección dentro de un conflicto de intereses proveniente tanto de un mal causado por las “fuerzas de la naturaleza como de una acción humana,”<sup>45</sup> que trae consigo una “situación de peligro... que forza a ejecutar una acción u omisión”<sup>46</sup> y que el peligro es “actual”<sup>47</sup> para un “bien jurídico”<sup>48</sup> cuya salvación es la violación de otro bien jurídico “propio o ajeno”<sup>49</sup> o “infringe un deber”<sup>50</sup> de “menor o igual identidad..., siempre que no exista otro medio más practico y menos perjudicial..., y que el individuo no lo haya provocado el mal... “ dolosamente o por grave imprudencia... ni quien por su empleo o cargo tenga el deber de afrontar el peligro.”<sup>51</sup>

O de otro modo, es la situación de peligro proveniente de la acción del hombre o de la naturaleza, ajena a la voluntad del agente que no tenga el deber de afrontarlo, que impone la necesidad de la violación de otro bien propio o ajeno de menor o igual identidad, consagrado en la norma penal.

---

<sup>45</sup> Zaffaroni. Manual de Derecho Penal. Parte General. 3º Ed. Cárdenas. México. 1997. pág. 533.

<sup>46</sup> Pavón, Vasconcelos. Manual de Derecho Pena. Parte General. 10ª Ed. Porrúa. México. 1991. pág 327.

<sup>47</sup> Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Volumen Primero. 18ª Ed. Barcelona 1981. pág 406.

<sup>48</sup> Op cit, Soler, pág 461.

<sup>49</sup> Op cit, Núñez, pág 161.

<sup>50</sup> Antón Oneca, José. Derecho Penal. 2ª Ed. Akal. Madrid. 1986. Pág 293.

<sup>51</sup> Reynoso Dávila, Roberto. Teoría General del Delito. 4ª Ed. Porrúa. México 2001. Pág 147.

Nótese que, la concepción del estado de necesidad parte de los elementos propios de esta figura, que son analizados por diversos autores como son: Jescheck, Gustavo Malo, Berchermann, Reynoso Dávila, Carranca, Luzón Cuesta, González Quintanilla, Antón Oneca, Núñez, Villalobos, Soler, Cuello Calón, Vasconcelos, y Zaffaroni.

La problemática que contiene el estado de necesidad, y que ha dividido a la doctrina en general es sin lugar a dudas, la valuación de valor y calidad de los bienes jurídicamente protegidos en conflicto, porque si el bien sacrificado es menor al salvaguardado no existe ningún problema se puede asimilar sin más ni más, pero si son de valor y calidad igual, la cuestión surge cual de ellos se debe sacrificar, por consiguiente, este tipo de planteamiento a dado la solución a que se trata no de una causa de justificación sino una exclusión de culpabilidad, o inculpabilidad, solución esta que es acogida por algunos autores que han sido mencionados como Pavón Vasconcelos,<sup>52</sup> que cita a otros tantos, al mismo tiempo, da tres soluciones realizadas por Almaraz que son: a) reconocer la injusticia del sacrificio de un bien para salvar el de idéntico valor; b) afirmar la impunidad debido que la ley no puede exigir el heroísmo y; c) negación de la naturaleza justificante, proponiendo el criterio de excusa absolutoria.

Para Cuello Calón,<sup>53</sup> es en el mismo sentido (causa de inculpabilidad), argumenta Soler, que se trata de una “desgracia inevitable... o bien, caso fortuito especialísimo”<sup>54</sup>. Lozano arguye que siendo una situación difícil de resolver en el momento mismo en que el individuo debe decidir cual de los bienes jurídicos tendrá que perecer ante la situación de peligro, determina que “no puede hablarse de necesidad,”<sup>55</sup> en otro sentido Ignacio Villalobos dice que, tratándose de bienes

---

<sup>52</sup> Cfr Pavón, págs 331 y 332.

<sup>53</sup> Cfr Calón págs 406 – 409.

<sup>54</sup> Op cit Soler pág 470.

<sup>55</sup> Lozano y Lozano, Carlos. Elementos de Derecho Penal. 3ª Ed. Temis. Bogota. 1979. pág. 223.

de igual jerarquía ante una situación de peligro, debe aplicar la “no-exigibilidad de otra conducta... o miedo grave o temor fundado.”<sup>56</sup>

Para Antón Oneca,<sup>57</sup> el escenario planteado, requiere que además de la situación de conflicto de bienes idénticos, que el individuo que toma dicha decisión se conduzca de modo normal conforme a la vida colectiva en general, lejos de egoísmos y de heroísmos para estar en presencia de una valoración objetiva del hecho, para aplicar la inculpabilidad.

El pensamiento de González Quintanilla, es opuesto hasta lo que ahora hemos analizado ya que para este autor, la división que existe en la valuación de bienes si es mayor o igual, no es “ adecuada la variante y no valedera.. . si el bien es menor será justificante, si es igual será inculpabilidad... en ambos casos es inculpabilidad.”<sup>58</sup>

El planteamiento expuesto por Luzón Cuesta<sup>59</sup> es el de que existe una división en cuanto a la figura del estado de necesidad, esto es, para el estado de necesidad objetiva, la valuación objetiva del bien es desigual, se dará, el estado de necesidad justificante (causa de justificación), y para el estado de necesidad subjetiva, la valuación del bien es igual, el efecto será la de inculpabilidad.

Tanto Carranca<sup>60</sup> como Gustavo Malo<sup>61</sup> afirman que tratándose de bienes iguales se estará en presencia de la inculpabilidad, con la sola nota diferencial que mientras Carranca enuncia que es una situación de debilidad humana, el segundo, dice que son dos figuras contempladas en una misma causa pero que al fin de cuentas, da pauta para hacer el estudio dogmático de cada una de ellas.

---

<sup>56</sup> Cfr, Villalobos, págs 377 y 3778.

<sup>57</sup> Cfr Oneca, Págs 301 y 302.

<sup>58</sup> González Quintanilla, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Parte General y Parte Especial. 4ª Ed. Porrúa. México. 1997, pág 402.

<sup>59</sup> Op cit, Luzón Cuesta, págs 118 y 119

<sup>60</sup> Op cit, Carranca y Trujillo. , pág 572.

<sup>61</sup> Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. 2ª Ed. Porrúa. México. 1998. pág 420.

Jescheck, desde su punto de vista, atento a la situación trazada, establece que el sistema penal “deja libertad al autor para determinar la solución a la problemática esbozada, (bienes iguales) justificando... sea cual sea el deber que se observe... no obstante tratándose de conflictos de intereses equivalentes puede ser una causa de exclusión de la culpabilidad.”<sup>62</sup>

Para Berchermann, la situación de bienes idénticos en peligro, es resultado de las combinaciones de la división de la figura de necesidad esto es, necesidad justificante para bienes de diferente valor, previa valoración objetiva del hecho, y necesidad inculpable también previa valoración objetiva del hecho pero con la nota de que esta valoración además tiene matices de valoración subjetiva (del autor), es decir, “decisión estrictamente personal.”<sup>63</sup>

Existe unanimidad en las versiones vertidas de cada uno de los autores citados, que coinciden en que efectivamente ante la situación de peligro que amenaza bienes jurídicos idénticos se deja la libertad de decisión al autor, que de acuerdo a las circunstancias del hecho, realiza una determinada acción para colocarse en el plano de licitud en virtud de que efectivamente, sino esta en presencia de una causa de justificación (estado de necesidad) lo estará en una causa de exclusión (culpabilidad) y ante la situación de peligro, que embarga al autor del hecho, es necesario que se realice la valoración objetiva atendiendo elementos subjetivos para resaltar el elemento de la inculpabilidad como solución más acertada, y por otra parte asentando, como premisa inicial que el estado de necesidad es determinado en la norma penal (Tomando en cuenta las cuestiones de interés social y colectivo, que son valores universales tomados por el derecho) además que el planteamiento expuesto en el tema de causas de justificación en general opera la doble fundamentación, es decir, emanan de la ley y por necesidad del propio ordenamiento deben de ser válidas par todo el ordenamiento jurídico en general.

---

<sup>62</sup> Op cit Jescheck, pág 394.

<sup>63</sup> Berchermann Arizpe, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 1ª Ed. Porrúa. México. Pág 1007.

Y admitir la concurrencia de justificantes o eximentes instituidos en las diversas descripciones de la conducta en la norma penal y la adecuación de la conducta a esta, cuya solución será la relación de especialidad o de subsidiaridad, con el método de la valoración objetiva y subjetiva descritos en la norma penal, postulado vertido en las causas de justificación y tal planteamiento es sugerido de forma breve a la vez por Ignacio Villalobos.<sup>64</sup>

Los elementos o requisitos del estado de necesidad se pueden agrupar de la siguiente manera:

- a) Situación de peligro para bienes jurídicamente protegidos, ajeno a la conducta del autor.
- b) Que el peligro injusto sea real, actual o inminente e inevitable.
- c) Que el necesitado no tenga por su oficio o cargo el deber de soportarlo.
- d) La necesidad de salvar bienes jurídicos propios o ajenos.
- e) Ponderación o conflicto de intereses.

La base fundamental como elementos o requisitos del estado de necesidad que varios autores citados en este estudio como Reynoso Dávila, Jescheck, Zaffaroni, Carranca Luzón Cuesta, Antón Oneca, Cuello Calón y Soler, destacan ante todo, el peligro con sus caracteres convenientes, la necesidad de salvaguardar el bien jurídico ya sea propio o ajeno, y la preponderancia de estos.

La situación de peligro, cuyas características son la de real, es lo contrario a lo imaginario y de ser así estaríamos frente a un estado de necesidad putativo, que es la falsa creencia de una situación de peligro, que trae consigo la eximente de culpabilidad cuya base fundamental es la representación del error invencible,<sup>65</sup> sin embargo, esta forma de pensar del autor es cuestionable, al admitir que la

---

<sup>64</sup> Cfr. Villalobos, pág 349.

<sup>65</sup> Cfr, Berchelmann, pág 1009 y 1010.

imaginación, por sí sola, no tiene repercusión en el mundo fáctico, al contrario la simple imaginación concentrada en el individuo sin exteriorizar no significa nada, por el contrario, esta imaginación debe exteriorizarse y forma parte de una realidad, y como prueba de ello existe una mutación en el mundo fáctico.

La actualidad esta referida al tiempo, en que el peligro se tornará hacia el bien jurídico protegido, y que permiten ser “estudiadas en cuanto al sujeto y las especiales circunstancias en que se encontraba,”<sup>66</sup> es decir, valoración subjetiva individualizada de los hechos, sin apartar el elemento objetivo. El carácter de inevitable del peligro significa que no existe otra alternativa para evitarlo y que además sea el menor daño posible al otro bien en colisión.

La necesidad como ingrediente primordial del estado de necesidad es sin lugar a duda como dice Reynoso Dávila “fundamento filosófico.. a pesar de que esto pueda parecer una tautología,”<sup>67</sup> el nacimiento de la necesidad surge de una situación de peligro que puede ser originado por la propia conducta imprudente del agente necesitado, en este supuesto existe la responsabilidad por el menoscabo al bien jurídico protegido, en otras palabras el estado de necesidad surge por una conducta culposa del agente necesitado que da pie a la responsabilidad administrativa como en el ejemplo expuesto por Jescheck.<sup>68</sup> Pero si es amparado el agente necesitado por el estado de necesidad.

Los bienes jurídicos, que engloba el estado de necesidad es de contenido general, que soporta una gama de bienes entendidos no solo para el derecho penal sino también para el derecho civil,<sup>69</sup> pues no solo abarca “derechos subjetivos sino también facultades o deberes privados o públicos.”<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> OP cit, Carranca y Trujillo, pág 576.

<sup>67</sup> Op cit, Reynoso, pág 148.

<sup>68</sup> Cfr, Jescheck, pág, 389.

<sup>69</sup> Cfr, Villalobos, pág 383.

<sup>70</sup> Op cit, Soler, pág 468.

Otros temas que surgen en el estado de necesidad son los referentes al robo necesario y aborto terapéutico necesario, Malo Camacho,<sup>71</sup> opina en igual sentido Luzón Cuesta,<sup>72</sup> (restricción legislativa) que tanto el robo necesario que debe tener la característica que sea estrictamente indispensable para satisfacer necesidades familiares o personales de momento y; aborto es cuando la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte previo dictamen de médicos y no sea peligrosa la demora, es de innecesaria presencia como figura específica de la parte especial de la ley penal, debido a que su alcance legal está contemplado en la justificante de estado de necesidad, y solo es restrictiva la enunciación para el estado de necesidad en general, y de igual forma el aborto terapéutico, para Berchermann el aborto, es necesario cuando es derivado de una “violación o el producto tiene graves defectos congénitos... y como tal corresponde a la figura de excusa absolutoria.”<sup>73</sup> Antón Oneca,<sup>74</sup> contradice el sentido aportado por Malo Camacho, pues para éste autor debe existir esta figura (hurto necesario) dentro de la parte especial del Código Penal y que cumpla además con los requisitos del estado de necesidad.

Para el caso del aborto terapéutico, hay que recordar que se está frente a una situación de peligro y que existe conflicto de intereses de dos bienes jurídicamente protegidos por el derecho y de igual valor, posición ya alejada de los ordenamientos, o bien en sentido diverso en el cual la vida de mayor valor será el de la madre pues existe una valoración previa de médicos para tomar esa decisión (caso de excusa) tal como lo considera Villalobos.<sup>75</sup>

O, es un conflicto de dos intereses diferentes protegidos por el derecho, como lo señala Carranca,<sup>76</sup> el aborto (estado de necesidad) es un tema discutible porque contiene características de tipo moral, religioso, cultural y

---

<sup>71</sup> Op cit, Malo, págs 422 y 423.

<sup>72</sup> Op cit, Luzón Cuesta, pág 122.

<sup>73</sup> Op cit, Berchermann, pág 1013.

<sup>74</sup> Op cit, Antón, pág 299.

<sup>75</sup> Op cit, Villalobos, Págs 380 y 381.

<sup>76</sup> Cfr, Carranca y Trujillo, págs 582 a 633.

social (...) o en cierta medida un problema de control y planeación familiar. Con la consideración que el feto se debe de entender como una vida pero es cuestionable a partir de que momento es vida o ser humano o se trata solo una parte de la mujer.

Con todo ello es deseable recurrir al apartado de la antijuricidad pues ello es valido para encontrar la solución, basada en la “valoración”<sup>77</sup> objetiva con el auxilio de la determinación médica en atención a las condiciones personales de la madre, y el producto, alejado de las incongruencias de planificación, o de deberes morales y sociales.

La fundamentacion del estado de necesidad, es confrontado por diversas teorías que estudian el tema de acuerdo a la postura que empleen, para recurrir a un sistema de teorías son las agrupadas por Reynoso Dávila:<sup>78</sup> a) como naturalistas, inutilidad de la amenaza penal; b) subjetivas, instinto de conservación; C) objetivas, valoración y valuación de bienes, intereses o deberes; y las mixtas citadas por Jiménez de Asúa y Puig Peña.

Nosotros encausamos nuestro sentido por la teoría objetiva: Que es la valoración objetiva del hecho, sin dejar por alto la valoración subjetiva (conducta del agente) y tomar en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, o que existe la concurrencia de una justificante o de una causa de exclusión (aspectos negativos del delito) o excusa absoluta.

La naturaleza jurídica, del estado de necesidad es una causa de justificación, es decir, elimina la antijuricidad, previo la valoración del hecho, siendo típico, se excluye el desvalor por la excepción (estado de necesidad) que elimina el desvalor del hecho, contemplada de una forma objetiva y confrontada

---

<sup>77</sup> Op cit, Carranca y Trujillo, Pág 607.

<sup>78</sup> Op cit, Reynoso, págs 144 y 145.

con todo el derecho como unidad, que describe la conducta típica como regla general y la excepción que es la justificante.

Ahora bien como esta señalado en la naturaleza jurídica de las justificantes, el estado de necesidad se fundamenta en la ley, y en la necesidad del poder del derecho, concatenado al principio de unidad del sistema jurídico, es decir, si para el derecho penal, el ilícito o injusto, tiene un desvalor que trae consigo la antijuricidad, también lo será para otra cualquier rama del derecho.

En cuanto a la forma o estructura del estado de necesidad, existe un fundamento propio de la causal, que consiste: ante una situación de peligro, cuya situación crea conflicto de intereses, cuya solución es la de ponderación de bienes, que es el sacrificio de un bien de menor valor por salvaguardar la de mayor valor, ambos jurídicamente protegidos, esto es: la ponderación de intereses, deberes o derechos en el amito de la valoración objetiva y subjetiva.

### **2.3 Ejercicio de un derecho.**

La connotación que surge es la de legítimo, esto es, ejercicio legítimo de un derecho, relación que consideramos que esta por demás, puesto que, al hablar de un derecho, este obedece a la norma jurídica y no referida a otro tipo de norma por lo cual es innecesaria la palabra legítima o solo se debe hacer dicha connotación a la “realización del ejercicio del derecho.”<sup>79</sup> En tal sentido diremos que, el ejercicio de un derecho es “reconocido por la ley,” y que tiene no solo observancia en el derecho penal sino también en el derecho civil, los cuales se “ejercitan con medida y dentro de ciertos límites”<sup>80</sup> (ejemplos: derecho de corrección o disciplinario de padres o maestros así como por el desempeño de una profesión, oficio o cargo.) Los requisitos que impone la norma penal

---

<sup>79</sup> Op cit, Reynoso, pág 158.

<sup>80</sup> Cfr Calón, págs 395 a 398.

señalados por Reynoso,<sup>81</sup> son: necesidad racional del medio empleado y sin perjudicar a otro.

El cuestionamiento surge si es o no<sup>82</sup> una causa de justificación, porque si dentro del sistema jurídico en general existen normas de carácter permisivo y normas de carácter prohibitivo será innecesario el empleo de esta figura que redundaría el carácter que en sí misma encierra la norma jurídica y, que dicho criterio (ejercicio de un derecho) “no agrega nada sustancial, sino una denominación ajena a la terminología legal,”<sup>83</sup> creando confusiones de referencia a los principios ontológico formal de contradicción y al principio lógico jurídico de contradicción, señalados por Vasconcelos.<sup>84</sup>

#### **2.4 Cumplimiento de un deber.**

Nuevamente es el cuestionamiento en el cumplimiento de un deber, es por demás que se describa en la norma penal, pues es la base de la existencia misma de los tipos o preceptos de la norma misma, pero con característica de “deber”, de carácter intrínseco al ordenamiento jurídico penal, es el “fundamento de la normatividad en la tipicidad”<sup>85</sup>, más no así de la antijuridicidad.

El cumplimiento de un deber implica una subordinación, entre el superior jerárquico y el subordinado, así la conducta ejecutada es conforme a la ley y a la relación de subordinación, pero si la orden no esta conforme a derecho el subordinado al ejecutar, el acto cae dentro de la esfera del error, que es propio de la culpabilidad, “exclusión de la culpabilidad,”<sup>86</sup> para que sea validamente aceptada como causa de justificación es necesario que concurren la exigencia de la ley y, el acto la orden sea emanado de esta, a través de la relación de

---

<sup>81</sup> Ibidem, Reynoso, pág 157.

<sup>82</sup> Cfr, Zaffaroni, pág 536.

<sup>83</sup> Op cit, Núñez, pág 165.

<sup>84</sup> Cfr, Vasconcelos, págs 343 y 344.

<sup>85</sup> Op cit, Malo, pág 424.

<sup>86</sup> Cfr, Calón, pág, 399 a 405.

subordinación entre el superior y el subordinado, con la supresión de los deberes “religiosos, morales, “familiares”<sup>87</sup> y “doméstica,”<sup>88</sup> esto es, que el deber, sea emanado de cualquier fuente del Ordenamiento jurídico, para su cabal cumplimiento por el subordinado sin caer en la desproporción e irracionalidad del deber, aunado a la voluntad convincente del subordinado (elemento subjetivo del subordinado), obviamente que el deber puede ser emanado de la ley o de la autoridad, pero nuevamente este superior jerárquico, para que pueda dictar un mandamiento en forma se sitúa dentro de la ley.

Por lo cual este tipo de cuestionamiento de que si es o no una causa de justificación el cumplimiento de un deber, es debatida por Jiménez de Asúa, Fontan Balestra, señalados por Cárdenas<sup>89</sup> que determina que es causa de justificación y en oposición que sostienen que el cumplimiento de un deber esta ubicado dentro de las causas de inculpabilidad. Y como tal se da en tres casos citados por Oneca,<sup>90</sup> a) por error; a) por no ser exigible otra conducta y; c) por disciplina de subordinación (la no-discusión de las ordenes entre el subordinado y el superior jerárquico)... y “contra la acción ilícita del subordinado cabe la legítima defensa.”<sup>91</sup>

El desacuerdo sigue latente sin embargo la posible solución al cuestionamiento se basará en la concurrencia de eximentes ya sea como justificante o bien como exclusión de la culpabilidad, en ambos casos como fundamento de ambas se encuentra en el ordenamiento jurídico como unidad, y la necesidad del ordenamiento de prevalecer ante los cuestionamientos que surgen de los hechos o de la conducta de la persona que como ente de derechos y obligaciones que son realizables o reconocibles a través del sistema jurídico.

---

<sup>87</sup> Op cit, Oneca, pág 307.

<sup>88</sup> Op cit, Luzón Cuesta, págs 122 y 123.

<sup>89</sup> Op cit, Cárdenas, pág 213.

<sup>90</sup> Ibidem, Oneca, pág 304

<sup>91</sup> Ídem, Oneca, pág 305.

Las diferencia que existe entre el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber, estriba básicamente en que este último se fundamenta en el deber, significado por la subordinación que existe entre el superior jerárquico y el subordinado, y cuya similitud de ambas es que derivan de un sistema jurídico propio y determinado que no puede ser perfecto sino más bien perfectible en sus construcciones lógicas y desaciertos propios de un sistema creado de la abstracción humana.

## **2.5 Consentimiento del ofendido.**

Esta figura tiene trascendencia desde el Derecho romano, por la exclusión de pena basándose en el consentimiento y con el paso del tiempo se modificó como la supresión de pena, nuestro derecho penal, instituye el consentimiento del ofendido, sin en cambio la mejor denominación es la de consentimiento del “interesado,”<sup>92</sup> que es, la ausencia de interés del titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico, cuyo efecto puede originar una causa de atipicidad de la conducta, -“el delito no llega a nacer”- o una causa de justificación, solo queda diferenciar cuando existe una u otra.

Luego entonces, los requisitos sobresalen, un consentimiento, y un bien jurídico protegido y el “otorgamiento del consentimiento antes de ejecutarse o simultáneamente a la conducta,”<sup>93</sup> sin la presencia de “dolo, violencia física, moral o por error.”<sup>94</sup>

El estudio del bien jurídico protegido, es interesante, porque, de ahí deriva la eficacia del consentimiento, que debe deducirse de la “forma y del motivo de la tutela del Estado sobre determinado bien jurídico”<sup>95</sup> y da la pauta para determinar que bienes jurídicos son aptos para dar paso a la atipicidad de la conducta por

---

<sup>92</sup> Op cit, Vasconcelos, pág 356.

<sup>93</sup> Ibidem, Vasconcelos, pág 359

<sup>94</sup> Op cit, Calón, pág 420.

<sup>95</sup> Op cit, Soler, pág 425.

virtud del consentimiento del interesado y en atención de que si el bien jurídico protegido es de interés público, como sucede con los delitos contra la vida, que a pesar de ser un bien intrínseco al interesado – “derecho subjetivo privado”<sup>96</sup> también es de protección del derecho en general, como excepción ante esta postura, es la eutanasia, figura especial atenuada, en aplicación a “las circunstancias excusantes y el estado emotivo”<sup>97</sup> (valoración subjetiva del interesado) lo mismo sucede con los delitos contra la integridad personal, y en contraste con esto están los delitos contra la libertad, la honestidad y el honor donde el consentimiento tiene el efecto de desaparecer la figura delictiva, aunque algunas formas de libertad existen a la misma par protegidas como “interés jurídico superior,”<sup>98</sup> en cuanto el derecho patrimonial la fluidez del consentimiento es pleno sin ninguna restricción por la libre disposición de estos y el interesado.

Consideramos que, la figura del consentimiento del interesado, es una causa de justificación aunque no elimina propiamente la antijuridicidad, en virtud de que, como esta señalado en el apartado de las causas de justificación, el elemento que elimina es la antijuridicidad, es decir, el delito existe por el desvalor del hecho inmerso en esta pero eliminada por excepción en la justificación, debido a que la conducta se encuentra justificada, en cambio en el consentimiento del interesado, el delito (la conducta descrita en la norma penal), no se adecua a esta, dando lugar a la atipicidad. Por lo cual el consentimiento lo que aniquila es, el tipo, y no la antijuridicidad.

## **2.6 Legítima defensa y naturaleza jurídica.**

La legitima defensa es concebido en términos simples como la reacción hacia la agresión, este primer acercamiento no es de difícil comprensión, pues en lógica común, la idea que surge ante la agresión es la defensa, que esta inmersa en el ser humano, es decir, innato al ser humano, es por ello que esta figura

---

<sup>96</sup> Ibidem, Soler, pág 430.

<sup>97</sup> Ibidem, Soler, pág 431.

<sup>98</sup> Idem, Soler, pág 430.

nace y hace historia a la par que el ser humano interactúa con su entorno para sí y hacia con los demás, por lo cual tanto el ser humano evoluciona, también la legítima defensa evoluciona con sus construcciones dogmáticas plasmadas en un sistema jurídico casi aceptado, pero a la vez tan demandante en su aplicación al momento de enmarcar toda esa construcción a los hechos que demuestran su complejidad y que cualquier sistema jurídico cuya construcción dogmática no es perfecta, sino perfectible.

La legítima defensa, dentro del sistema penal y en la doctrina encuentra su concepción y es otorgada por diferentes autores partiendo de sus elementos o fundamentos por lo cual es innecesario exponer conceptos que solo son integrados sobre la base de requisitos o fundamentos y con independencia de su mayor o menor riqueza descriptiva pero que coinciden sustancialmente, en que algunos autores como Jiménez de Asúa, citando a Kolher, señala que la legítima defensa es “repulsa a la agresión...”,<sup>99</sup> Cortes señala que es: “...reacción... contra una agresión...”<sup>100</sup> para Orlando es, “la acción requerida para impedir una agresión,” para Carranca es “repulsa de una agresión”<sup>101</sup> por lo cual de estos señalamientos encontramos que, la legítima defensa es ante todo un actuar del autor frente a una agresión, y que integran la materia prima para su inicio y complejidad en la construcción propia de esta figura, y es legítima la defensa por que encuentra sustento en el sistema jurídico como unidad.

La defensa descubre su origen en diversas teorías que pretenden fundamentar y dar naturaleza propia, de una forma particular a las diversas facetas en las que se desenvuelve la figura cuestionada, y que tienen su razón de ser, pues es concebida desde un punto de vista individual o colectivo sobre la base del razonamiento natural, social, psicológico y jurídico, pero cuestionadas a

---

<sup>99</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Lecciones de Derecho Penal. Volumen III. S/e. Biblioteca Clásicos de Derecho Penal. México. 2003. Pág 190.

<sup>100</sup> Cortes Ibarra, Miguel Ángel. Derecho Penal. Parte General.. 5ª Ed. Cárdenas. México 2001. pág 247.

<sup>101</sup> Op cit, Carranca y Trujillo pág 531.

la vez, debido a la evolución encíclica del pensamiento y comportamiento humano referido al tiempo y espacio.

Arroyo de las Heras,<sup>102</sup> cita a Jiménez de Asúa para dar un agrupamiento de teorías de la siguiente forma:

- a) Teorías que consideran la legítima defensa como excusa o causa de inimputabilidad o inculpabilidad.
- b) Teorías intermedias o de colisión de intereses.
- c) Teorías que consideran la legítima defensa como causa de justificación.
- d) Teorías positivistas.

Al primer grupo, se basa en elementos subjetivos, propios del actuar del autor de la defensa, el segundo grupo, se determina sobre la base de los bienes protegidos por el derecho, el tercer grupo, que de acuerdo a nuestra fundamentación en general de las causas de justificación, es la que legitima la defensa que da soporte jurídico al actuar del defensor, que siendo su actuar antijurídico, y por excepción a la norma, el ilícito o injusto penal, es justificado; el cuarto grupo, tiene injerencia con el tercer grupo porque da cohesión al derecho, esto es, como causa de justificación la legítima defensa se instituye en el sistema penal dando con ello certeza jurídica.

Con esta exposición, entresacamos algo importante, que la naturaleza jurídica de la legítima defensa es una causa de justificación, que legitima la defensa ante una situación de peligro emanada de una agresión, aunque como Jiménez de Asúa señala que la legítima defensa es un “derecho de necesidad” no deja pasar por alto que ésta es una causa de justificación y en el mismo sentido se expresa Arrollo de las Heras, que dice: “ con casi absoluta unanimidad, los tratadistas y prácticos del Derecho Penal consideran a la legítima defensa como

---

<sup>102</sup> Arrollo de las Heras, Alfonso. Manual de Derecho Penal. El delito. 1ª Ed. Aranzadi. España. 1985. págs 339 y s.

causa de justificación,<sup>103</sup> y su fundamento es la preponderación de intereses, cuyos seguidores lo es el propio Jiménez de Asúa y Orlando Gómez.<sup>104</sup>

La fundamentación se deduce de acuerdo a los cuatro grupos de teorías presentadas por Jiménez de Asúa, y resumidas en dos: “exención subjetiva (inimputabilidad o inculpabilidad) y exención objetiva (causa de justificación)”<sup>105</sup>

La riña dentro de la doctrina, es el “ánimo de lucha o la aceptación voluntaria de la misma,”<sup>106</sup> que no tiene nada que ver con la legítima defensa, porque en esta existe como ya estaba señalado dos elementos primordiales la defensa y la agresión, la primera encuentra sustento en la propia ley en cuanto a la segunda, es antijurídica, en cambio en la riña las dos acciones de los sujetos están en un plano de ilicitud, el cuestionamiento planteado por Barragán,<sup>107</sup> es que, puede existir en un plano de tiempo primero la riña y posterior una legítima defensa o bien en primer plano una legítima defensa y ulterior una riña, por otro lado Vasconcelos<sup>108</sup> advierte que no se debe confundir, la riña con la legítima defensa, porque la primera, las dos acciones se encuentran en el campo de la antijuricidad, y la defensa esta dentro de lo lícito. Es obvio que solo apuntamos el cuestionamiento del autor Barragán, tan interesante pero sin abordarlo.

Hay que recordar cuando iniciamos el tema que como materia prima de esta causa de justificación (legítima defensa) son la agresión y la defensa, pero aquí encontramos a los participantes un agresor y un defensor, para lo cual es indispensable señalar que características tiene uno y otro, y que dentro de la esfera objetiva del derecho penal no importa que capacidad requiere el individuo para realizar la conducta permisiva (defensa) o la conducta ilícita (agresión), solo basta que tenga la intención o el ánimo de defensa o de agresión – “sujeto

---

<sup>103</sup> Ibidem, Arrollo, pág 341.

<sup>104</sup> Gómez López, Orlando. Legítima defensa. 1ª Ed. Temis. Colombia. 1991. Pág 33.

<sup>105</sup> Ibidem, Asúa, pág 191.

<sup>106</sup> Op cit, Villalobos, pág 407.

<sup>107</sup> Barragán Matamoros, Luis. La Legítima defensa actual. 1ª Ed. Bosch. Barcelona. 1987. pág 126.

<sup>108</sup> Cfr, Vasconcelos, pág 324.

activo- agresor, sujeto pasivo defensor,” -<sup>109</sup> por exclusión no cabe la legítima defensa contra “animales”<sup>110</sup> o “cosas,”<sup>111</sup> pues son medios de agredir o de defensa.

### **2.6.1 Elementos.**

Situados ante la materia prima (agresión y defensa) que hasta ahora a servido para analizar la legítima defensa, es necesario abordar todas las características posibles que giran alrededor de estas.

#### **2.6.1.1 Agresión.**

Como esta señalado la agresión es el actuar del autor “uno o varios de una multitud o una muchedumbre”<sup>112</sup> y que pone en peligro de daño a una persona o derecho propio o ajeno, su(s) conducta(s) se ubica en un plano de ilicitud, se deduce con esto, que la agresión es siempre una conducta (acción), esta afirmación es aceptada, casi de forma unánime por diversos autores, pero para Quintanilla, expresa que la agresión es efectuada de forma omisiva, “siempre que implique la puesta en peligro,” <sup>113</sup>o “que de la omisión misma derive la situación de necesidad”<sup>114</sup>, otra expresión es la que aporta Reynoso<sup>115</sup> citando a Hippel y Merkel que dicen: “ La omisión no supone ataque, salvo cuando es elemento constitutivo de una comisión” por lo cual el propósito de estos autores es demostrar que solo los delitos de comisión por omisión constituyen ataque, complementado a éstas ideas es la proporcionada por Cerezo Mir quien dispone que la agresión por omisión simple no constituye agresión, pues no existe la

---

<sup>109</sup> Op cit, Arrollo, págs 344 y 345.

<sup>110</sup> Op cit, Barragán, pág 137.

<sup>111</sup> Ibidem, Arrollo, pág 346.

<sup>112</sup> Cfr, Orlando, pág 66.

La agresión es un tanto alejada de la realidad, pues no sería una agresión, más bien un linchamiento, y que la probabilidad de salvar la vida es mínima.

<sup>113</sup> Op cit, Quintanilla, pág 329.

<sup>114</sup> Op cit, Soler, pág 447.

<sup>115</sup> Op cit, Reynoso, pág 126.

“causalidad y voluntad de realización.”<sup>116</sup> Con lo que toca a Pessoa,<sup>117</sup> indica que la agresión por omisión existe desde dos posturas de la omisión: la omisión propia que se encuentra en la ley y, la omisión impropia, que no está señalado en la ley pero se sitúa en el autor que se encuentra como garante con respecto al bien jurídico y que además ambas ponen en peligro el bien jurídico protegido y por lo cual, cabe la legítima defensa. Concluimos que la legítima defensa es operable contra una agresión de comisión por omisión que pone en peligro un bien jurídico protegido, pues existe la voluntad exteriorizada de la conducta que afecta a la persona o derecho propio o ajeno, por el peligro expuesto derivado de la agresión de comisión por omisión.

Como lo hemos notado en las explicaciones mencionadas la agresión tiene aparejado el peligro por lo cual es preciso mencionar que características tiene el peligro si las comparte o no con la agresión. A manera de semejanza de la agresión, tomaremos por un momento las características de la agresión con respecto al tiempo, la agresión en su construcción se ha manejado con estas dos características citadas de diversa forma por la doctrina, “agresión actual o inminente” por otro lado se asocia con “peligro actual o inminente”, con algunos ejemplos tomados de diversos autores ilustraremos lo señalado, así tenemos que: para Calón “el ataque o agresión debe ser actual o inminente,”<sup>118</sup> para Gustavo Malo: “... la agresión puede ser no solo actual sino inminente... y que esa agresión implique, no la actualidad pero si la inminencia que supone el peligro real concreto e inmediato de una lesión,”<sup>119</sup> para Luzón Peña: “La conducta puede poner en peligro actual algún bien,”<sup>120</sup> para Puig Peña “el requisito de la actualidad o inminencia significa que la agresión haya comenzado a verificarse...,”<sup>121</sup> para Cortes Ibarra: “De la agresión debe derivarse un inminente peligro de daño...,”<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> Cfr, Cerezo, págs 200 a 204.

<sup>117</sup> Cfr, R, Pessoa, Nelson. Legítima defensa. 1ª Ed. Mave. Buenos Aires. 2001. págs 73 a 76.

<sup>118</sup> Op cit, Calón, pág 374.

<sup>119</sup> Op cit, Gustavo Malo, pág 417.

<sup>120</sup> Op cit, Luzón Peña, pág 877.

<sup>121</sup> Op cit, Puig Peña, pág 347.

<sup>122</sup> Op cit, Cortes, pág 255.

para Oneca: “ El tiempo de la agresión comienza con el peligro inminente,”<sup>123</sup> para Dávila: “... es la agresión ilegítima y actual o inminente... en inminente peligro de daño...,”<sup>124</sup> una vez apuntada las ideas, habrá que decir, tanto la agresión como el peligro comparten la característica de actual y que solo el peligro tiene la característica de inminente. Debido a que no puede compartir la agresión la característica de inminencia, ya que ésta es la que da origen al peligro en virtud de que no se puede hablar de peligro, sin antes, estar ante una agresión actual, como conducta contraria al ordenamiento penal, y la puesta en peligro inminente hacia la persona o derechos propios o ajenos, toma la característica de actual por la propia agresión surgida como tal, y se esta en acuerdo con Orlando Gómez al argumentar que “para que la agresión pueda considerarse actual no es necesario que el daño se haya ocasionado,”<sup>125</sup> considerado esta que el peligro nace del tipo de agresión que si ésta es de gran magnitud el peligro que surge de la agresión será de mayor magnitud.

En este sentido estamos en aptitud de proporcionar una idea de lo que se debe entender por agresión, que a nuestro punto de vista, es la realización de actos que se actualizan y ponen en peligro inminente de riesgo de lesionar a la persona o derechos propios o ajenos, por eso el peligro inminente es la que sitúa el riesgo hacia el bien, sin olvidar que la agresión va encaminada a configurar un tipo penal.

### **2.6.1.2 Necesidad de la defensa.**

El panorama hasta aquí formulado, con nuestros dos ingredientes primarios a funcionado (agresión y defensa) ahora le toca el turno a la defensa, que al igual que la agresión tiene características propias, pero iniciaremos por el termino más simple que es la defensa, cuyo significado es proporcionado desde el punto de vista jurídico porque como premisa esta instituido como derecho

---

<sup>123</sup> Op cit, Oneca, pág 275.

<sup>124</sup> Op cit, Dávila, pág 275.

<sup>125</sup> Op cit, Orlando, pág 126.

(legítima defensa), que tiene la persona jurídica, ante una agresión ilegítima hacia la persona o derechos propios o ajenos, sin embargo este primer acercamiento implica un cuestionamiento que consiste en que la defensa por estar comprendida dentro de un sistema de normas jurídicas debe contemplar a su vez, con la voluntad del autor que realiza ese derecho (el defenderse), esta voluntad deberá estar delimitada en igual sentido por el derecho, basada en la racionalidad y proporcionalidad del medio y daño causado al agresor, como primer señalamiento cuestionable, porque implicaría que la defensa dogmáticamente debe proseguir un deber de cuidado hacia la agresión, como se demuestra con las anotaciones siguientes.

Una de las características de la defensa es la necesidad, y que si cambiamos el orden de las palabras - necesidad de la defensa- por -defensa necesaria- obviamente el significado cambia, el primero se refiere a la reacción hacia la acción ilícita y la segunda señala la proporción del acto de defensa, así con esto queda asentado que en la doctrina, autores como Luzón Cuesta<sup>126</sup>, marca que la necesidad de la defensa es el ánimo, y la defensa necesaria a la racionalidad del medio empleado, claro esta en función de la persona que se defiende, como lo marca Carranca,<sup>127</sup> pero al igual que Puig Peña<sup>128</sup> mezclan defensa y necesidad, con un elemento más a la defensa necesaria, Cuello Calón,<sup>129</sup> determina que no exista otro medio de evitar el mal, pero sin embargo ante la situación de peligro, creada por la agresión injusta, en ese momento no existe otro medio y el que se encuentra a disposición es el único y que además es desproporcional a la agresión, en ese sentido como se vera más adelante este tipo adhesiones a la base que es la defensa y necesidad crean confusiones a la hora de valorar objetivamente los hechos, por lo que debe quedar claro que la necesidad de la defensa es, como lo dice Malo Camacho “es la que deriva de la naturaleza misma de la justificante... y ... la necesidad de responder a una

---

<sup>126</sup> Cfr, Luzón Cuesta, págs 117 y 118.

<sup>127</sup> Cfr, Carranca y Trujillo, págs 546 y 547.

<sup>128</sup> Op cit, Puig Peña, págs 348 y 349.

<sup>129</sup> Op cit, Calón, pág 375.

agresión”<sup>130</sup> y derivado de la necesidad de la defensa sobresale que no existe otra posibilidad para repeler la agresión injusta, en ese sentido se postura Cortes Ibarra<sup>131</sup> y Arrollo de las Heras quien puntualiza la situación descrita, y apunta que la defensa necesaria si es desproporcional o irracional “puede dar lugar a formas excesivas de legítima defensa.”<sup>132</sup>

### 2.6.1.3 Bien Jurídico Protegido.

En atención con nuestra materia prima (agresión y defensa), nos toca por analizar el punto intermedio entre la agresión y defensa, porque es lógico pensar que el objetivo básico que existe entre agresión y defensa, que en sentido general son la vida, la integridad física, los bienes, el espacio donde se vive, los derechos personalísimos, y porque no las de otra tercera persona en igual razón, por los que se origina la defensa ante la agresión injusta, y que el derecho salvaguarda como bienes jurídicamente protegidos.

La extensión de la legítima defensa, debe entenderse, a cuales bienes serán defendibles a través de esta causa de justificación, en términos sencillos se pueden referir a los bienes defendibles o a las personas que se defienden, o bien, en términos generales, persona o derechos propios o ajenos, pero que no tiene nada que ver la extensión y la necesidad de la defensa, tal como es señalado por Jiménez de Asúa<sup>133</sup> y Arrollo de las Heras,<sup>134</sup> sin embargo habrá que precisar como lo hace Cerezo Mir, que tanto el Estado como órgano soberano y la sociedad, “no son susceptibles de legítima defensa”<sup>135</sup> y solo cuando el Estado actúe como persona jurídica serán sus bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa, al igual que los bienes jurídicos supraindividuales ( de la sociedad) y su portador sea el individuo.

<sup>130</sup> Op cit, Malo Camacho, pág 417.

<sup>131</sup> Cfr, Cortes Ibarra, págs 256, 257 y 259.

<sup>132</sup> Op cit, Arrollo, pág 357.

<sup>133</sup> Cfr, Asúa, pág 192 y 193

<sup>134</sup> Op cit, Arrollo, pág 349.

<sup>135</sup> Cerezo Mir, José. Curso de Derecho Penal Español. Teoría Jurídica del Delito. Tomo II. 5ª Ed. Tecnos. España. 1997. Págs 197 y 198.

Como paréntesis se encuentran integradas como legítima defensa la *offendicula* “que viene del latín *offendiculum*, que son tropiezos o estorbos contra el intruso y no medios de ataque”<sup>136</sup> ( mecanismos de protección en muros de casa o sistemas de seguridad), aunque sé este en desacuerdo, pues se trata del ejercicio de un derecho, como lo señala Soler.<sup>137</sup> La defensa de terceros es admisible en legítima defensa, guardando la estructura objetiva que opera y a la extensión de bienes defendibles que ampara la legítima defensa.

#### **2.6.1.4 Racionalidad en los medios.**

Hemos señalado que este tema tiene relación con la necesidad de la defensa, y defensa necesaria, porque ambas son subsidiarias en virtud de que las dos nacen o se fundamentan en un sistema jurídico penal, que como tal se debe a un sistema de valores universales y cuyo fin es la salvaguarda de bienes jurídicos como un todo, es así como la defensa necesaria adquiere ese deber de cuidado al utilizar como medios aquellos que sean razonables y proporcionados, para que así el daño causado al agresor sea el necesario para repeler la agresión injusta, apuntamiento cuestionable en razón de la estructura del exceso que trae consigo un deber de cuidado para ésta, que sin lugar a dudas es una conducta encaminada a la creación de un tipo penal.

Derivado de lo anterior, la defensa necesaria tiene dos elementos que la integran la racionalidad y proporcionalidad en los medios y que existen criterios que dan origen a estos dos elementos de la defensa necesaria, los cuales son analizados por Orlando Gómez,<sup>138</sup> y los exponemos así: a) ámbito jurídico de proporcionalidad, esto es, la proporcionalidad surge del acto justo, pero no implica una igualdad entre la agresión y defensa que se desenvuelven entre el individuo,

---

<sup>136</sup> Cfr, Orlando, págs 405 a 415.

<sup>137</sup> Op cit, Soler, pág 459.

<sup>138</sup> Cfr, Orlando, págs 284 a 298.

la sociedad y el derecho ante lo injusto y lo justo, dentro de una ponderación en conjunto de los elementos que integran la defensa hacia la agresión en una valoración mixta (objetivo y subjetivo), y; b) valoración de la proporcionalidad, basado en el peligro, los medios utilizados y los bienes en conflicto, este panorama debe ser entendido desde la perspectiva subjetiva del defensor ante el agresor, formando conjunciones subjetivas de estos elementos para valorar la proporción de la necesidad de la defensa, y que se considere las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión. Como dato principal de esta valoración de la proporcionalidad referida a la defensa necesaria, es la división tan acertada que maneja el autor, que indica, la división de bienes primarios (vida, integridad personal) y secundarios (propiedad, libertad de credo, política, de conciencia, de asociación) y que en estos debe aplicarse la racionalidad en conjunto con los demás elementos apuntados, más no así en los primarios.

La postura de la proporcionalidad en la necesidad de la defensa como elemento subjetivo, traza de una manera concreta que el actuar del ser humano ante la agresión, debe ser apreciada desde la perspectiva propia del que la vivió, pero resulta complejo la adecuación de la construcción de proporcionalidad que se basa en la justicia, el derecho el individuo y la sociedad, en una valoración objetiva.

La proporcionalidad vista así nos señala que tiene otro elemento adicional que es lo racional, entendido como la media entre la agresión y la defensa, pero únicamente para los bienes de carácter secundario, por lo cual el exceso enmarcado en la legítima defensa se torna ausente en atención a los bienes primarios.

La perspectiva de la subsidiariedad que existe entre la necesidad de la defensa y defensa necesaria, y la complejidad que guarda al momento de la valoración objetiva, junto con el papel que juega el defensor a la hora de actuar, que de por sí la construcción dogmática de la proporcionalidad (defensa

necesaria) es compleja, al defensor se le reprocha su conducta, porque no se haya conducido conforme a derecho, esto es, que tenga presente todas y cada una de los elementos que guarda la defensa necesaria como construcción del derecho penal, a la hora de la situación de peligro emanada de la agresión, el derecho ante esta situación convierte al defensor como mero “instrumento de los intereses sociales de estabilización... con todo ello irrumpe contra los ideales de un estado humanista y democrático.”<sup>139</sup>

Cabe hacer mención con lo hasta aquí expuesto, que el defensor juega un papel importantísimo dentro de esta estructura tan compleja como lo es la legítima defensa, en su aspecto de la defensa necesaria en virtud de que el actuar del defensor es la que se sitúa dentro de un contexto cronológico posterior a la agresión e inmersa en la defensa necesaria, su actuar, es ante todo una defensa, el ánimo inicial, que es la reacción ante la situación de peligro emanada de la agresión, pero debido a las circunstancias vividas su actuar que en principio es con el fin de salvaguardar el interés legítimo; se torna contrario a derecho y que por ello deba de responder penalmente, a título de culpa, el cuestionamiento es, ¿por qué cargar con la responsabilidad que el defensor no provocó?

Así la defensa necesaria, toma el sentido que la norma penal describe, pero no sucede así, al momento de analizar las circunstancias de los hechos, que se colisionan ante la construcción dogmática, porque la agresión que no se compara con un delito como tal (como ejemplo robo a casa habitación o violación con violencia entre otros) contiene aspectos que sin ser delito, comparte la puesta en peligro del bien jurídico tutelado, que si bien es cierto que la defensa elimina la conducta ilícita, también lo es, que por causas ajenas al proceder del sujeto activo (agresor) la conducta encaminada a producir un delito es frustrado por la defensa, pero que tenía toda la intención de lesionar al bien tutelado por el derecho, la agresión pasa a formar parte del delito, que son los actos preparatorios encaminados a realizar el delito y que sumado a esto contenga un deber de

---

<sup>139</sup> Op cit, Berchelmann, pág 947.

cuidado. Por el contrario, atendiendo a la característica de la agresión que no es provocada por el defensor, y por ende imprevisible, escapa al análisis de la culpa que contiene el elemento de previsibilidad.

#### **2.6.1.5 Provocación.**

La provocación es un componente que no tiene relación con nuestros elementos primarios, la agresión y defensa, en este caso para que exista la legítima defensa como causa de justificación, no debe mediar la provocación del defensor hacia el agresor, esto es así debido a que la agresión injusta, como característica es imprevisible, y de existir la provocación entonces la agresión se torna previsible.

En la doctrina como en la legislación la provocación, contiene otras características, que dan el carácter complejo, la de “suficiente”, “dolosa” “intencional” y, “grave” formando las frases “provocación suficiente”; “provocación dolosa”; “provocación dolosa suficiente”, “provocación intencional” y “provocación grave”, derivada de estas surge los cuestionamientos de frases si existe provocación dolosa, entonces existe provocación culpable; si existe provocación suficiente entonces existe provocación insuficiente; si existe provocación grave, entonces existe provocación leve o levísima. Estas frases son de muy variado contexto, que son abordadas de una forma extraordinaria por los autores Orlando Gómez<sup>140</sup> y Pessoa,<sup>141</sup> que manejan el ejemplo del amante que propicia la muerte del esposo, y que en la ley penal colombiana no existe tal exigencia de la falta de provocación suficiente, al igual que en la legislación penal Argentina, las soluciones al problema planteado son la de exceso en la causa de justificación o culpabilidad; pero realmente es aplicable el homicidio a título doloso, porque el amante omitió el deber de cuidado y la agresión provocada fue previsible, puesto

---

<sup>140</sup> Ver, Op cit, Orlando, págs 169 a 193

<sup>141</sup> Ver, Op cit, Pessoa, págs 163 a 168.

que al penetrar a la morada del esposo, estaba conciente del peligro que corría por ser sorprendido, y aún así, opto por crear la situación de peligro.

Como regla general, la provocación, no debe existir en el ánimo de defensa, por que la agresión es imprevisible, este tipo de construcción dogmática sobre la provocación al igual que la proporcionalidad surge sobre la base del valor que consagra el derecho, que es la justicia, que impregna al sistema jurídico, y este a la vez la defiende a capa y espada, pasando por alto lo que es el ser humano, no entendido como instrumento, porque es el más importante; pero el derecho, para realizar su fin de justicia, argumenta que debe de prevalecer el orden "social"<sup>142</sup>, visto de esta manera, el ser humano es el centro de atención, es la que va a decidir sobre la justicia y el orden social, pero esa uniformidad no es de forma total, porque dentro de una sociedad, existe una pluralidad de pensamientos, actitudes, gustos, defectos físicos y psíquicos, ante esto, solo basta decir, que el grado de eficacia de un orden de derecho es el grado de fidelidad del ser humano hacia el derecho o "ciudadano fiel al derecho,"<sup>143</sup> pero con esto advertimos que no todo ciudadano, presta una fidelidad al derecho, y es ahí donde la solución se basa en una individualización, favorable a la generalidad y sin enemistad con el derecho.

### **2.6.2 Clasificación de la legítima defensa.**

La Clasificación depende en gran medida de las consecuencias, o enfoque de los elementos que nutren al instituto precedente, y que solo existe una clasificación válida, la de causa de justificación o bien inculpabilidad por error de prohibición invencible.

---

<sup>142</sup> Op cit, Sandoval, pág 25

<sup>143</sup> Cfr, Gunther, Jacobs. Moderna Dogmática penal. Estudios compilados. 1ª Ed. Porrúa. México. 2002. Págs 27 a 31.

### 2.6.2.1 Excusable.

La legítima defensa como naturaleza jurídica es una causa de justificación, en virtud de que se encuentra instituida en norma permisiva, en nuestro sistema jurídico mexicano, y dentro de la dogmática penal es la legítima defensa la que elimina la antijuridicidad, entendida esta en términos generales, lo que es contrario a derecho, o bien es el desvalor del hecho ante una valoración objetiva del mismo, que no solamente debe de tomar en cuenta elementos objetivos, sino a su vez elementos subjetivos. Así validamente, el actuar del defensor ante una agresión injusta, quede exento de “responsabilidad penal, como de responsabilidad civil.”<sup>144</sup> En cuanto a la agresión que por sus características que hasta el momento han quedado descritas sean la de actual e imprevisible, y que de ella derive un peligro inminente que lesione o dañe a la persona o derechos propios o ajenos.

Ahora bien de acuerdo a Orlando Gómez,<sup>145</sup> en su obra de la legítima defensa, en el capítulo XII, describe no a la legítima defensa excusable sino al exceso excusable, ocasionado por *perturbación emocional profunda*, o *ruptura transitoria de la normalidad psicológica*, motivado por el terror o pánico. Circunstancias que se basan en características de la víctima, (elemento subjetivo) que demuestra que la legítima defensa se integra por dos elementos trascendentales agresión y defensa como conductas contrarias entre sí, motivadas por diferentes factores, la primera con el ánimo de producir daño potencial a bienes defendibles que de seguir su trayectoria se convertirá en delito; la segunda es la reacción no solo psicológica o de conservación, a su vez se integra la respuesta de defensa, (ánimo de defensa) y que depende de las circunstancias de los hechos, más no así por el exceso excusable, más bien, como lo menciona este autor es *una causa de inculpabilidad o sea una defensa excusable*, basada en la inimputabilidad.

---

<sup>144</sup> Op cit, Cerezo, pág 232.

<sup>145</sup> Op cit, Orlando, págs 357 a 365.

### 2.6.2.2 Putativa.

La doctrina es el origen de esta figura denominada legítima defensa putativa, que como lo hemos enunciado, la legítima defensa descansa en dos elementos básicos, la agresión y la defensa, si existe agresión injusta, entonces existe necesidad de la defensa, luego entonces, no existe agresión injusta, no existe necesidad de la defensa y que al hablar del significado de putativo tiene que ver con el término real, que como significado es lo que existe, pero no haremos hincapié sobre el tema de real, solo anotamos que dentro del sistema jurídico penal, el término putativo, que es la creencia errónea de la realidad del ataque, pero esta creencia errónea, no solo esta en la imaginación del que se defiende, igual se localiza en las acciones que sin ser agresión están dentro del mundo fáctico, el caso de las bromas, entonces lo putativo no es lo contrario a lo real como lo dice Cortes Ibarra.<sup>146</sup>

El planteamiento de la legítima defensa putativa, es de igual forma nombrado como legítima defensa subjetiva, referido al sujeto y su creencia errónea de la realidad, como lo señala Jiménez de Asúa, y apunta que la legítima defensa putativa “es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente, nos hace pensar que es necesaria la defensa.”<sup>147</sup>

El tratamiento de lo putativo, confrontado con lo real, nos deduce que la creencia y la realidad no son contrarias, forman parte de una realidad pero que se desenvuelven con diferente sentido de intención, y reflejados en el mundo fáctico y como resultado una mutación en la persona o bienes. El estudio entonces se basará en las circunstancias por las cuales se origino esa mutación errónea, no solo en el ámbito personal, también a escala material sobre los bienes primarios o secundarios, por lo cual la base para realizar la valoración objetiva con elementos subjetivos es lo erróneo de la conducta de defensa y que trae consigo que “no

---

<sup>146</sup> Cfr, Cortes Ibarra pág 274.

<sup>147</sup> Op cit, Jiménez, pág 198.

podrá invocarse la eximente (legítima defensa putativa), pero el hecho no será punible por ausencia de dolo motivada por el error esencial de hecho en que el agente incurrió”<sup>148</sup> lo que conlleva a las causas de exclusión de la culpabilidad, y dejar claro que a partir de la creencia errónea del autor se debe considerar para dejar descartado que existe el dolo, en virtud de que se inicia en primer momento la creencia errónea, esa es la mentalidad del autor y no otra, sin considerar que en la creencia errónea del autor exista dolo, tal como lo expresa Raúl Carranca y Trujillo.<sup>149</sup>

La creencia errónea, surge entonces, de la imaginación del autor ya sea su origen interno o externo (una broma), y a su vez, se manifiesta en la confusión del autor de la agresión supuesta, nacida del error, con repercusión en la persona o bienes tutelados por el derecho, como se deduce, la solución es la culpabilidad basada en el estudio del error, que es el falso concepto de la realidad pero que forma parte de esta por la mutación en el mundo fáctico, y que solamente ese animo de defensa está viciado de origen, en este mismo sentido se expresa González Quintanilla<sup>150</sup> pero confunde lo real y lo imaginario, si es imaginario o irreal no existiera alteración en la realidad, por lo cual la simple imaginación en la mentalidad del individuo no significa transformación en el mundo cierto. Pero es acertado en el señalamiento del error como solución aunque indica que “siendo la defensa putativa inculpabilidad por error, ello implica la antijuricidad de la conducta y surge el problema de la posible reparación del daño...,”<sup>151</sup> para el mejor trato en cuanto a la responsabilidad civil o penal la legítima defensa y la legítima defensa putativa es, comparar si cumple todos los requisitos respecto la primera sobre la segunda y evidenciar si el error es esencial o invencible (elimina dolo y culpa), si es esencial pero vencible, será culpa, tal como lo marca Cárdenas,<sup>152</sup> y solo favorece al autor del error.

---

<sup>148</sup> Op cit, Calón, pág 391 y 392.

<sup>149</sup> Cfr, Carranca y Trujillo, pág 551 y 552.

<sup>150</sup> Ver, González, pág 411.

<sup>151</sup> Op cit, González, pág 441.

<sup>152</sup> Op cit, Cárdenas, págs 212 y 213.

En la doctrina española, esta figura de la legítima defensa putativa es abordada de forma extraordinaria por Requejo Conde, donde señala que se ha canalizado esta figura a través de la normatividad amplia del error y como supuestos de error que recae en los presupuestos objetivos de la situación de justificación, es decir, para unos no existe legítima defensa en sí, y otros afirman que existe legítima defensa putativa, y continúa diciendo Requejo Conde, al respecto, "...la situación justificante de legítima defensa esta integrada por unos presupuestos o requisitos esenciales y básicos, y al mismo tiempo delimitados en la forma y en el tiempo necesarios para su ejercicio. Y es el factor cronológico el que se constituye así mismo en uno de sus elementos esenciales. Estos presupuestos o requisitos esenciales se apoyan en dos pilares fundamentales: la situación de legítima defensa y la correspondiente acción de defensa necesaria. La situación de legítima defensa viene así constituida por un elemento o dato fáctico de necesaria realización y soporte de los demás, la existencia de una agresión o ataque aun bien jurídico por una persona a otra; un elemento valorativo representado por la ilegitimidad del ataque en el concepto de antijuricidad; y un tercero, que la agresión ilegítima sea actual."<sup>153</sup>

Por ello es cuestionable el pensamiento acerca de lo putativo en la legítima defensa, como dato interesante del pensamiento de esta autora es que, existe una unidad de tiempo determinada en la que se desarrollan la agresión y la defensa, o mejor dicho, en un orden cronológico se desenvuelve la unidad de acción, (agresión y defensa) el cual, será retomado en su oportunidad.

Pero insistimos en que si el animo creado en el que se encuentra en el error esta encaminado a defenderse de un peligro derivado de una agresión, no debe entenderse que existe dolo, como lo marca la postura de González y Cárdenas, y en esa idea equiparamos nuestro sentir con la de Pavón Vasconcelos, al mencionar "que hay desacierto en ceñirse con excesiva rigidez a la representación del tipo, sin atender a todo aquello que debe integrar o producir la antijuricidad,

---

<sup>153</sup> Requejo Conde, Carmen. La legítima defensa. 1ª Ed. Tiran Lo Blanch. Valencia 1999. págs 33 a 35.

pues en rigor la culpabilidad consiste en determinarse a ejecutar un acto conociendo su naturaleza en cuanto se relaciona con su ilicitud, y aún conociendo (real o presuntivamente) esa ilicitud, pues sin esto no podría nacer el reproche consiguiente a la culpabilidad.”<sup>154</sup>

### 2.6.2.3 Excesiva.

Hablar del exceso en la defensa, es entender que la agresión debe conllevar un deber de cuidado, basado en un imperativo del valor de la justicia impregnado en el derecho y en el mantenimiento de un orden social, así la culpabilidad, “más que un fenómeno individual, tiene naturaleza social,”<sup>155</sup> y es preocupante que la *fidelidad al derecho* no sea de forma homogénea.

La agresión y la defensa, como lo hemos señalado, es la base de la legítima defensa, y que de los requisitos que rodean a estos dos elementos, dan la construcción de la misma que es más compleja, sin poder deslumbrar de forma clara la posición de la víctima, que ante la situación de peligro generada por la agresión, es realizada en una unidad de tiempo ajustada a una circunstancia que lo envuelve.

La víctima, tiene una doble función la de aplicar la justicia emanado del derecho y defenderse de la agresión, tarea que al parecer es fácil, pero no lo es, porque el sistema jurídico supone que la persona (agresor y defensor) es fiel al derecho, pero olvida que existe, el “libre albedrío,”<sup>156</sup> pero indemostrable, que determina la percepción exterior del mundo social. Esto se confirma con la siguiente exposición doctrinal, que forma parte de un sistema jurídico cuestionable en los tiempos en que se vive.

---

<sup>154</sup> Op cit, Vasconcelos, pág 405.

<sup>155</sup> Op cit, Sandoval, pág 25.

<sup>156</sup> Op cit, Berchermann, pág 945 y sig.

Primero se iniciara diciendo que el exceso en si, es una desproporción de algo, en lo particular en la legítima defensa, es defenderse en exceso, es sobrepasar el limite de defensa dispuesto en la norma jurídica, la base para verificar el exceso en la legítima defensa es, en cuanto a la causa, el medio y el fin, como lo señala Arroyo de las Heras<sup>157</sup> y Carrara citado por Puig Peña,<sup>158</sup> comenta que el exceso surge por un error de cálculo, que trae consigo la imputación a título de culpa, que supone la intención de la conducta de causar daño o por el contrario ante un estado de perturbación del animo como lo señala Puig Peña, da resultado la eliminación de dolo y culpa, que resulta una inimputabilidad, en el mismo sentido se expresa Jiménez de Asúa,<sup>159</sup> asentando que en los supuestos de inimputabilidad y error de cálculo no existe la eximente de legítima defensa, para Cortes Ibarra<sup>160</sup>, existe exceso en la elección del medio más perjudicial y en la desproporción del mal causado y evitado, que es el mismo sentido asentado por Arrollo, pero con la diferencia en que la valoración del juzgador debe de tomar las circunstancias especiales del caso.

Soler,<sup>161</sup> a demás de la proporcionalidad y racionalidad, que concentra la defensa necesaria, combina la provocación suficiente y el exceso en la causa pero con algunas complicaciones ante la legítima defensa imperfecta debido a la provocación de la victima por la acción culposa. ( caso del amante) El carácter del exceso es a título de culpa señalado por el autor, lo contrario, se encuentra Impalloment citado por Soler, quien afirma que es doloso, pues existe la voluntad actual del resultado, para Núñez, opina de igual forma como Soler, quien admite de forma parcial la inimputabilidad, (perturbación del ánimo) y si admite el error de apreciación que sea esencial e insuperable.

---

<sup>157</sup> Op cit, Arrollo, pág 359

<sup>158</sup> Op cit, Puig, págs 355 y 356.

<sup>159</sup> Op cit, Jiménez de Asúa, pág 198 y 199.

<sup>160</sup> Op cit, Cortes, págs 270 y 271.

<sup>161</sup> Cfr, Soler, págs 473 a 480.

Villalobos,<sup>162</sup> realiza las exposiciones de posibilidades que sobresalen del exceso, y que discierne sobre estas cuestiones, si existe exceso es por la extralimitación de la defensa por los errores que incurra, y que puede haber la excluyente de culpabilidad, y que puede haber en relación de los medios una necesidad de defensa relativa, con atención a las condiciones concretas de los hechos, o bien puede, ser una precipitación debido a la sorpresa de la agresión y probablemente una excusa por la no exigibilidad de otra conducta, en el caso de no haber una perturbación o error que éste puede ser evitable, y el exceso será culposos, por una falta de reflexión y cuidado y, finalmente se puede imaginar que la conducta haya ocasionado serios daños y deberá ser enjuiciado con el elemento de dolo. Es de notarse que estas son las posibilidades que ofrece la norma jurídica para una solución (...) simple, unitaria e inexacta asentada en la norma penal, que lo ubica el exceso a título de culpa.

Carranca y Trujillo,<sup>163</sup> resume, ante la falta de existencia de la defensa necesaria ocurrirá el exceso en la defensa, claro como presupuestos de una agresión y de peligro de daño, que se le impondrá la pena del delito culposos, y argumenta que solo en nuestro derecho penal se hace referencia el exceso culposos para los efectos de la pena.

Pessoa,<sup>164</sup> en su exposición acerca del exceso, es tratado como disminución de la pena, a diferencia de la alemana que se fundamenta en la perturbación del ánimo y se resuelve como exclusión de responsabilidad penal, en la legislación de Paraguay se maneja el error, y que exime la pena, advierte, la diferencia que si se trata de exceso culposos o doloso, por lo cual cita a diferentes autores como Núñez que da el trato del exceso al nivel de culpa, Bacigalupo y Zaffaroni, lo conciben el exceso como dolo, el primero sostiene la disminución por error de prohibición indirecto vencible, a título de culpa, el segundo solo para fijar la pena, para Donna, el acto excesivo es doloso, para Núñez, maneja la figura de

---

<sup>162</sup> Cfr, Villalobos, págs 403 y 404.

<sup>163</sup> Cfr, Carranca y Trujillo, págs 549 y 550

<sup>164</sup> Cfr, Pessoa R, Nelson. Legítima Defensa. 1a Ed. Mave. Buenos Aires. 2001, págs 251 a 260.

culpa en el exceso, aunque para Pessoa el exceso es doloso, postura que nosotros no concebimos.

La disminución de la antijuricidad ofrecida por Zaffaroni es en relación que si el acto fue en principio lícito y posteriormente ilícito pero, que a la vez es cuestionado por Pessoa al señalar que son dos actos o uno solo, en cuanto Bacigalupo entiende que existe error de prohibición indirecto vencible por lo cual el exceso doloso se torna en culpa, el mismo sentir es el expresado por De la Rúa, e insistiendo Pessoa, que no se trata de creer que actuó bajo el error, por el contrario el autor quiere esa conducta y la realiza, y es doloso, con la disminución del error de prohibición indirecto vencible que acepta solo en teoría, pero si afirma que si es invencible se da la ausencia de responsabilidad por ausencia de culpabilidad.

Pessoa, expone, lo referente a las clases de exceso, el intensivo y extensivo, el primero se coloca posterior a la terminación de la agresión (cuantitativa); el segundo, se enuncia en presencia de la agresión (cualitativo), en cuanto a esta división existen problemas en su ubicación pues es de mostrar que si la defensa comienza lícita no se debe de hablar de un exceso intensivo, tal como lo señala Pessoa, pero contrario al esquema planteado por Zaffaroni, quien exterioriza que el exceso puede darse desde el comienzo, para otro autor existe el exceso intensivo y extensivo, como es Jacobs y Roxín, esto equiparado con la legislación Argentina, se contiene con la disminución de pena prevista por la situación de error y que comprende a las dos clases de exceso. Finalmente como conclusión a este panorama presentado por Pessoa advierte dos soluciones que de forma textual muestra: la primera establece la modificación de la escala penal basándose en el error de prohibición indirecto y, la segunda la supresión de la regla del exceso y resolver el caso conforme a las disposiciones en materia de error de prohibición

Precisamente la crisis del orden jurídico, es que el imperio de la ley por más que sea coercitivo e imparcial en su construcción y aplicación, existe un descuido en que no todos los seres humanos tienen la capacidad de interiorizar la cultura de la norma jurídica, para que su conducta conlleve el grado de reproche, basado en la culpabilidad como estructura objetiva, o bien, “lo que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible”<sup>165</sup> y en ocasiones el actuar de la persona no coincide, con lo propuesto en la culpabilidad.

Lo excesivo o exceso, en la legítima defensa, tiene que ver con la defensa necesaria, realizada por el defensor o víctima, como ya lo hemos señalado, esta víctima es nada menos que un ser humano que el Derecho toma como instrumento y le encomienda, la tarea de aplicar la justicia que en ese momento, no le es posible al derecho realizar, porque de acuerdo a las circunstancias de ocasión se imposibilita la actuación del imperio de la ley. Con esto notamos que, existen entonces dos cuestiones fundamentales, la aplicación del imperio de la ley y la justicia, con el fin de preservar el orden social cuya meta es la de que todo individuo, se comporte de acuerdo aun razonamiento de la norma, como es la construcción de la legítima defensa, que es operante ante este modelo armonioso. El agresor, otro ser humano, que el derecho le reprocha su conducta, por el desvalor que se hace a través de la antijuridicidad, por eso mismo su conducta, es antisocial, contraviene el orden social y la justicia. Entonces, para el agresor que arremete contra los bienes jurídicamente protegidos por el derecho, aún así el derecho le otorga la posibilidad de legítima defensa, pues hasta el peor de los delincuentes esta amparado por la norma jurídica con el fin de hacer justicia y preservación del orden social.

La justicia e imperio de la ley, ponen en igual circunstancias al agresor y víctima, en tanto que el primero nunca percibió, en su conducta un deber de cuidado, una racionalidad y proporcionalidad en los medios y daño causado al

---

<sup>165</sup> Op cit, Berchermann, pág 1012.

bien defendible amparado por el derecho. La solución, para no caer en construcciones complejas que no resuelven el problema solo incrementa y confunde la legítima defensa, es el replanteamiento del sistema jurídico en lo que toca a esta institución. Es indudable, que existe en todo orden social, cultural, religioso, económico y, la premisa del libre albedrío, que a la vez se colisiona con un derecho que tiene complicaciones en su estructura y aplicación, en el mundo fáctico.

Orlando,<sup>166</sup> por su parte hace la aclaración, el exceso es una figura no aplicable a todas las causas de justificación, y que ese modo de ser no es adaptable a la legislación de cada país, por lo cual realiza su estudio a partir del exceso en la legítima defensa exclusivamente y con relación a la legislación colombiana, resaltando que el exceso es una figura atenuante de la antijuridicidad, y es propiamente el exceso en el ejercicio de una causa de justificación, que es algo más allá de los límites permitidos a la reacción y lo que resulta excesivo es la actitud defensiva y no el presupuesto del ataque actual e injusto.

Antes de proseguir exponiendo sus comentarios del autor citado es necesario dejar claro que la iniciación de la defensa es ante todo legítima, postura que no advierte exceso, tal como lo señala el autor, pero no compartimos el pensamiento de que el exceso es atenuante de la antijuridicidad, en virtud de que no se debe crear otra figura que regule a esta, cometido que se regula por el desvalor de la conducta del individuo ante la situación de peligro derivado de la agresión antijurídica y como tal no se advierte que la agresión debe conllevar un deber de cuidado implícito como lo hace la norma.

Para la determinación del origen del exceso, Orlando Gómez manifiesta (...) que se basa en la racionalidad y nuevamente señala que el exceso incide en la respuesta y no en la causa(extensivo), como requisito fundamental advierte que se debe de estar ante una agresión actual y sin que exista provocación suficiente.

---

<sup>166</sup> Cfr, Orlando, págs 307 a 349.

Es obvio el pensar del autor, ante el exceso en la causa o extensivo, pues es de recordar que la agresión antijurídica y de forma imprevisible se antepone al derecho y por ende la respuesta es la defensa que como tal es justa y legítima, pero discernimos el pensar en cuanto al carácter de racional que en otras palabras equivale a decir que la agresión conlleva un deber de cuidado.

El segundo elemento por el cual se determina el origen del exceso es la proporcionalidad, que conlleva al exceso en la respuesta (intensivo) y que tiene relación con la voluntad de la defensa, pues sin ella no se puede hablar de exceso ni mucho menos de defensa, y esto motiva que exista disparidad de criterios doctrinales en Colombia, situando así al exceso en el terreno de la culpa o del dolo, el autor indica de forma textual que (...) “la desproporcionalidad adquiere una pluralidad de criterios: ellos toman en cuenta la jerarquía absoluta de los bienes involucrados, su valor comparativo y el beneficio social que se obtiene a través de la eficacia preventiva de la clase de acción en cuestión de acciones defensivas.”

Es de indicar que este tipo de construcción de la proporcionalidad obedece aun criterio social y no individual, y como lo hemos señalado la proporcionalidad esta basada en un valor de justicia que no es homologado de igual forma por el individuo. Retomando el pensamiento del autor, que no se debe de confundir la necesidad de la defensa y defensa necesaria, pues la primera obedece a la imperiosa necesidad de reaccionar contra la agresión, o sea en la acción defensiva misma cuyo propósito es el fin defensivo, lo que importa y debe ser valorado moral y jurídicamente, es la voluntad defensiva; la segunda se basa en la racional proporción entre agresión y defensa.

Precisamente la defensa necesaria descansa sin lugar a dudas sobre una base puramente subjetiva, es decir, solo es decisión de la víctima valorar lo racional y proporcional de la defensa, por un momento es fácil esta descripción, pero hay que recordar que la agresión que además de ser antijurídica es en la

mayoría de los casos imprevisible y, que de acuerdo a la construcción de la culpa se constriñe al grado de previsibilidad que debe tener el individuo y que ante tal estructura existe contradicción.

Continuando con la exposición del autor, menciona el exceso putativo, supone el error vencible, pero no aceptado por el autor, debido a que no pueden existir dos errores, el primero propio de una agresión que no lo es y el otro de un error en los medios.

La naturaleza del exceso (...) es considerada para este autor como disminución de la antijuricidad, al igual que Zaffaroni, citado por este autor, en cambio otros autores citados por el mismo, como Núñez, Jiménez de Asúa y Díaz Palos, sostienen su postura como una perturbación del ánimo, en tanto Bacigalupo, fundamenta que el exceso es causa de falta de conciencia de antijuricidad pues no es factible aumentar en la víctima el deber de cuidado, y la figura adecuada será el error vencible o invencible de acuerdo a la situación del agredido y como tal no existe el exceso al inicio, contrario a la postura de Orlando Gómez; pero que existe contradicción en la afirmación que realiza con la defensa necesaria y necesidad de la defensa, porque ésta se presenta en inicio como respuesta a la agresión.

Una vez realizado la exposición del exceso, sus orígenes y naturaleza, es de analizar por el autor y citando a diversos autores, si el exceso es doloso o culposo, debido a que, en la legislación colombiana no es clara al respecto, para ello inicia desde la postura psicológica y la agresión, que da como resultado el supuesto exceso, que es tratado desde el punto de vista del dolo, culpa, perturbación del ánimo, caso fortuito, deber de cuidado, error de prohibición, pero en palabras del propio autor Orlando alude que, “ lo cierto es que una violación de un deber de cuidado no es fácil de establecer en caso de una agresión actual e injusta; en efecto quien se ve agredido injustamente y en peligro, no enfrenta condiciones óptimas – por regla general -- como para que pueda exigírsele

prudencia, cuidado y ponderada valoración” y solo incluye el exceso culposo por error en la utilización de los medios empleados para su defensa y plantea el exceso doloso atenuado, basado en la irracionalidad y desproporcionalidad de los medios empleados.

Podemos enunciar que de acuerdo a nuestros dos elementos trazados al inicio del tema de la legítima defensa, que son la agresión y la defensa, y que a estas figuras circundan doctrinalmente una diversidad de opiniones que tratan de encaminar la figura del exceso como mediador entre las dos figuras apuntadas, pero diversificando sus posturas al introducir en la agresión el deber de cuidado de una manera forzada, debido a que el sistema penal basado en un valor de justicia, y orden social subyugan de forma tajante a la víctima que da como resultado un sin fin de acotaciones polémicas que han sido apuntadas. La legítima defensa como tal es la salvaguarda del orden social y la justicia, incluidas en un sistema penal que crea la figura del exceso que contiene un deber de cuidado para la agresión, siendo que ésta conlleva toda la intención en potencia de dañar a la persona o bienes o los de un tercero o bien que la legítima defensa amén de ser un derecho para la salvaguarda del bienes propios es un instrumento de prevención del delito, que como es de entenderse la prevención del delito es tarea del Estado a través de sus órganos estatales. Y que por imposibilidad de actuar en la situación en el cual el ciudadano se ve en una situación de peligro que conlleva la agresión tiene el deber de responder a la agresión, para prevenir, postura que no le corresponde ni corresponderá al ciudadano.

## **CAPITULO TRES**

### **AGRESIÓN**

#### **3.1 Concepto y elementos.**

El bosquejo sobre la agresión presenta pluralidad de agresiones que se dan en el mundo fáctico, y que es necesario tomar en cuenta que aquellas que se llegan a realizar en su totalidad forman un tipo penal determinado y conllevan un grado de peligro o de lesión y genera riesgo para el bien defendible esto indica que la finalidad o resultado de la conducta importa así como la acción de la conducta. Esta primera aproximación, hace entrever que la agresión es antijurídica, sin derecho, y que más adelante haremos referencia a estas características de la agresión.

La agresión como la defensa se desenvuelve en un plano cronológico con sus caracteres de real, actual, e inminente, y al mismo tiempo advierte que la agresión tiene en sí misma peligro, y que a la vez, la defensa, comparte esos caracteres de tiempo, y que el peligro conlleva el riesgo ya sea de lesión o de daño, todo esto enfocado hacia un bien defendible en su connotación general, por lo cual esas particularidades que encierra la agresión presentan un abanico de posibilidades por las cuales se concretizará un tipo penal, contemplado a un tiempo y lugar determinado, en el que se desenvuelve la agresión y defensa y que solo la víctima del ataque podrá valorar en un instante antes de la consumación y en presencia del ataque (*ex ante*), que presupone de entrada un riesgo el cual se debe afrontar o esta permitido por la legítima defensa, porque el Estado se encuentra imposibilitado de actuar precisamente en ese momento, y que los caracteres de tiempo impregnados en la agresión hacen notar que determinan de manera importante la actuación de la víctima, y surge con esto, en que momento se inicia , continua y termina la agresión, cuestionamiento que se hace

Barragán,<sup>167</sup> por eso es imprescindible dejar claro lo que se debe entender por la puesta en peligro del bien, ya sea de lesión o daño que incluye un riesgo, en relación con los caracteres de tiempo de la agresión y que desde este momento señalamos que la presencia de la agresión en un tiempo y lugar determinado engloban los caracteres de real, actual e inminente.

La idea de lo que se debe entender por agresión es la realización de actos que ponen en peligro de daño o lesión o daño a bienes, sin olvidar que la agresión va encaminada a configurar un tipo penal. La agresión es en forma general una acción y por excepción una comisión por omisión, es ideada desde la mente del sujeto, y una vez en su fase de concertación se desenvuelve de tal forma que esa conducta se convierte en un tipo penal, de no existir la defensa, que desde el punto de vista cronológico se despliega en primer término la agresión y posterior la defensa, de ahí sus caracteres de la agresión real, actual e inminente, retomados por la doctrina y luego en la legislación, sin olvidar que estos elementos son de la agresión con relación al tiempo, en tanto que existen otros elementos en cuanto a los efectos de la agresión, esto es, la puesta en peligro de riesgo de daño o lesión hacía bienes defendibles y posterior a la realización de la agresión resulta un tipo penal determinado.

Pero veremos ahora el concepto de agresión que para Mir Puig,<sup>168</sup> es con respecto a Magaldi, acometimiento físico contra la persona o a bienes materiales y acude al Diccionario de la Real Academia, que señala a la agresión como acometimiento físico y como acto contrario a derecho, y de acuerdo a la legislación Argentina esta acepción de acometimiento físico imposibilita la defensa para los derechos en general, por lo cual de acuerdo a este autor para que exista agresión solo basta el *intento idóneo de tal lesión*, mas no la consumación, y por exclusión la tentativa inidónea y agrega por último, que la agresión es por lo general una acción dolosa que excluye agresiones imprudentes aunque exista

---

<sup>167</sup> Cfr, Barragán, pág 124.

<sup>168</sup> Cfr, Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. 7ª Ed. IbdeF. Buenos Aires, 2004. págs 430 a 432.

discusión sobre esta figura de imprudencia y legítima defensa, en igual sentir Luzón Peña<sup>169</sup>, al situar la agresión en el ámbito de dolo, pues en su sentido usual como etimológico (de ad- gradior) refiere, *avanzar hacia un objetivo*.

Es similar el sentir para Lozano,<sup>170</sup> que interpreta la agresión a través del expositor Donnedieu De Vabres, que da énfasis a las características de la agresión que debe ser dirigida contra la persona o los bienes, que se ponen en amenaza inminente por el agresor injusto, y que el origen de la agresión puede provenir de una persona imputable como inimputable, y por exclusión a los animales tal como lo señala Cortes Ibarra<sup>171</sup> y Jiménez de Asúa,<sup>172</sup> y en este sentido toma relevancia en que solo la conducta humana realiza la conducta perjudicial, ya que las personas jurídicas que son las construcciones abstractas del derecho no pueden ser tomadas por esta figura para la realización de la conducta ilícita, este criterio es admitido por Pessoa.<sup>173</sup>

La agresión como hemos estimado es la “puesta en peligro de intereses jurídicamente protegidos que no precisa sea constitutiva de delito,”<sup>174</sup> pero sin embargo la no existencia de la defensa, hace posible que esa agresión que pone en peligro de lesión o daño a intereses se convierta en un tipo penal.

Tanto Luzón Cuesta<sup>175</sup> como Cerezo Mir,<sup>176</sup> exteriorizan que la agresión siempre debe ser una acción y no simple omisión por que en ella no existe la causalidad y voluntad de realización y que la agresión es la puesta de peligro de riesgo de lesión o daño hacia un bien jurídico, por lo cual la agresión supone la conciencia y voluntad, que por el contrario una acción que involuntariamente pone en peligro a un bien es de invocar la eximente de estado de necesidad, que al

---

<sup>169</sup> Op cit, Luzón, pág

<sup>170</sup> Cfr, Lozano, pág 212

<sup>171</sup> Op cit, Cortes, pág 251.

<sup>172</sup> Op cit, Jiménez, pág 194.

<sup>173</sup> Op cit, Pessoa, pág 58 y 59.

<sup>174</sup> Op cit, Arrollo, pág 352.

<sup>175</sup> Cfr, Luzón Cuesta, pág 116.

<sup>176</sup> Cfr, Cerezo, págs 200 a 204.

igual que otros autores ya citados esta en desacuerdo con la jurisprudencia, con el carácter restringido de la agresión, al preceptuar que es el acometimiento personal de carácter material o físico, porque, restringe los bienes defendibles a través de la legítima defensa, con la salvedad en el primero al mencionar que la puesta en peligro ha de ser objetiva, es decir real, pues advierte que de lo contrario es una defensa putativa y que recibe el tratamiento del error, sin dejar claro si es de tipo o de prohibición, y por exclusión manifiesta que las amenazas no constituyen agresión y, que el autor González Quintanilla enfatiza al analizar nuestro Código penal al decir que, “en el caso de las amenazas existe un capítulo que restringe el uso de la legítima defensa y lo reduce a meras mecánicas de prevención por parte del Estado para impedir la realización del mal que seguido de la amenaza, se pretende ocasionar,”<sup>177</sup> pero surge contradicción en el enfoque sostenido por Carranca y Trujillo, que argumenta “la agresión no solo puede ser material, exteriorizada por medio de la fuerza física; también puede ser moral, pues puede consistir en amenazas, ofensas al honor, etc,”<sup>178</sup> para dejar claro esta contradicción de ideas, en cuanto a las amenazas es necesario, recurrir al tema de bienes defendibles en el cual se pone de manifiesto que son considerados de forma general, esos bienes protegidos por la legítima defensa. El pensar de Luzón Cuesta deja despejado que, la legítima defensa necesariamente se activa por una agresión, y que de no ser así se considera como un error, propio de la culpabilidad.

A manera de comparación entre agresión y defensa e íntimamente con la estructura dogmática de la legítima defensa que descansa en dos pilares fundamentales, agresión y defensa, la primera es la conducta ilícita y la segunda conforme a derecho, vinculada así con un exceso al ejercicio de ese derecho, tal exceso demanda en su estructura dos principales elementos la proporcionalidad y racionalidad en los medios, que de no ser observados por la conducta defensora es sometido al tratamiento de la culpa o bien en cuanto a la punición a título de

---

<sup>177</sup> Op cit, González, pág 327.

<sup>178</sup> Op cit, Carranca y Trujillo, pág 538.

culpa, este razonamiento advierte un deber de cuidado, originado por “imprudencia negligencia e impericia”,<sup>179</sup> esta construcción del exceso es confusa, en virtud de que como institución la legítima defensa lo que elimina es el desvalor del hecho, advierte entonces que la conducta encaminada a defender el bien (es su objetivo: repeler la agresión), que por esa objeción se realizará una conducta típica y que como causa de justificación eliminará el hecho delictuoso, no sin antes señalar que la voluntad de la víctima está enderezada a la defensa; si la defensa necesaria en su construcción contempla el exceso presupone un deber de cuidado en los medios empleados. Y comparando los dos elementos agresión y defensa, en un plano de justicia y de orden social impregnados en la norma penal, nunca se observa el deber de cuidado en la agresión, por el contrario existe la puesta en peligro de riesgo de daño o lesión hacia el bien defendible.

De ahí que las posturas que sitúan al exceso en dolo o culpa, hemos reiterado nuestra posición que solo es cuestión de analizar el continente de la defensa al comienzo, que es a todas luces con el ánimo de defensa y de conformidad con el pensamiento de Roxín citado por Piñeiro para la justificación, *ab initio* es suficiente que el sujeto actúe subjetivamente (en el marco de lo justificado), y subjetivamente como cognoscibilidad de la situación justificante. La conciencia de producir algo, ajustado a derecho, elimina ya el desvalor de la acción y por tanto del injusto,<sup>180</sup> por ende no existe el dolo, sin embargo el surgimiento de la culpa y a pesar que en la doctrina y legislación nacional lo utilicen para fines de punibilidad, por lo que hace pensar que el exceso carece dentro de su estructura interna de disposiciones para la aplicación de su punibilidad o bien que intrínsecamente el exceso contiene un deber de cuidado.

Ahora bien en que consiste el deber de cuidado, incluido de forma indirecta en el exceso en su construcción a partir de elementos de proporción y racionalidad y que no contiene la agresión ilícita. No existe unanimidad para

---

<sup>179</sup> Terragni, Marco Antonio, El delito culposo. S/e. Rubinzai, Argentina. 1998. pág 143.

<sup>180</sup> Márquez Piñeiro, Rafael. Teoría de la antijuricidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U. N. A. M. México. 2003. pág 118.

determinar el deber de cuidado basado en reglamentaciones jurídicas, sino más bien sobre las capacidades y conocimientos especiales del autor, (carácter individual: técnico o profesional), aunque la determinación objetiva niega la base para determinar el deber de cuidado admite la particularidad del individuo en capacidad y conocimiento especial porque amplía el deber de cuidado, esta primera aproximación realizada por Creus,<sup>181</sup> y en el caso que nos ocupa, la víctima debe gozar de una preparación en el uso de armas, o defensa personal, y válidamente afrontar la situación de peligro provocada por la agresión que pone en peligro de riesgo a bienes defendibles, y poder estar en aptitud de castigar el exceso a título de culpa. Creus advierte que, dentro del deber de cuidado existe el riesgo permitido, más no así emplear la “normalidad” social, porque es un término graduable a criterios personales y que difieren en cuanto a tiempo y espacio.

Continuando con la exposición del autor citado y referente a la culpa y el deber de cuidado, existe la figura de riesgo permitido, que restringe la franja del deber de cuidado; en el caso de la legítima defensa se nota claramente que existe un riesgo permitido, al defenderse de la agresión por la imposibilidad del imperio del Estado para actuar en esos momentos, pero no existe la graduación de riesgo permitido dentro de la estructura de legítima defensa, así las cosas, la necesidad de la defensa, contiene un riesgo permitido al estipular como objetivo de la legítima defensa el de repeler la agresión ilícita.

El “principio de confianza” que es señalado por el autor, con significado de que todo individuo dentro de la sociedad debe confiar en que se va a actuar con deber de cuidado, esto retomado de las situaciones de tránsito automovilístico o de tráfico indicado por el autor. Para el caso de la agresión este esquema se rompe al iniciar la conducta ilícita, y que se contrapone con el elemento de necesidad de la defensa, y que no existe en la estructura de la agresión y defensa, la primera no contiene ni la más mínima porción de principio de

---

<sup>181</sup> Cfr. Creus, Carlos. Derecho Penal Parte General. 5ª Ed. Astrea. Buenos Aires. 2003, págs 248 a 252.

confianza, en la segunda al enfrentar la agresión el principio de confianza no es de igual sentido con la agresión.

El empleo de formas estatuidas en las legislaciones en lo particular en la ley Argentina nombrada por el autor, al hacer mención de “impericia”, “negligencia”, “imprudencia” e, “inobservancia”, mismas formas enunciadas por Terragni, no son más que referencias a la capacidad y conocimiento especial individual, y son más bien de los llamados delitos “abiertos”, que no tienen nada que ver con la necesidad de la defensa. Aparte de las capacidades a nivel técnico o profesional que el individuo tiene y que por ello se infrinja el deber de cuidado, pero no en el caso que nos ocupa, existe las reglas sociales derivadas de la comunidad propiamente o extrajudiciales emanadas de organismos no gubernamentales que pueden discrepar de las primeras, pero ambas admiten que toda la actuación humana lleva implícito el peligro y por ello un riesgo, que tratan de encaminar la postura del deber de cuidado, pero no forman parte de la norma penal y confirmando con esto al igual que lo hace el autor Maurach,<sup>182</sup> (..) no pueden ser consideradas como reglas con vigencia inmediata acerca de la existencia de una conducta cuidadosa o inevitablemente descuidada en sentido jurídico-penal.

Se hace notar que en esta exposición encontramos el factor de riesgo que trae consigo la necesidad de la defensa, determinado en la norma penal como ya le hemos comentado y, que de acuerdo a la teoría funcionalista “la culpa se basa en el criterio que debe imperar es la producción de un peligro no permitido,”<sup>183</sup> y sin en cambio, en la necesidad de la defensa se permite el riesgo derivado del peligro emanado de la agresión, y por lo tanto no existe culpa o en otro sentido como lo afirma Maurach toda conducta humana lleva implícito un peligro y un riesgo, permitido o no el riesgo, siempre surge del peligro y más aún en una situación de peligro ajena a la conducta de la víctima de forma imprevista, que es

---

<sup>182</sup> Cfr, Maurach, Reinhart. Derecho Penal. Parte General 2. 7ª Ed. Buenos Aires, págs 141 a 152.

<sup>183</sup> Orellano Wiarco. Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal. 2ª Ed. Porrúa. México. 2001. , pág 370.

generada por la agresión. Dentro de la teoría funcionalista el deber de cuidado entendido en forma general implica ciertos desacuerdos a la hora de aplicar al caso concreto, porque no es posible determinar el deber de cuidado en atención a comportamientos específicos, que no están regulados en la norma penal como lo indica la exposición de Orellano y Maurach.

Para poder enfatizar que la agresión es de forma inesperada o imprevisible y dejar que se realice será tipo penal, de no existir la defensa, y que en anteriores comentarios se hizo hincapié en que la legítima defensa, procede en ausencia de provocación de la víctima, de ser así, no es aplicable la defensa legítima y por ende la agresión es previsible, por el contrario si ante una agresión no provocada por la víctima esta sea de forma imprevista y por ende no previsible y por lo tanto la agresión que sea repelida ante la circunstancia dada, no contiene la previsibilidad que se debe manifestar en la defensa necesaria, pero que la previsibilidad no aporta mucho a este respecto, porque en el contexto aportado por la teoría de la culpa en su opinión a la teoría subjetiva de la previsibilidad y la necesidad de la defensa nos indica a manera de reflexión en frase textual del autor García Jiménez, “que si todo lo que es posible puede ocurrir y, por lo tanto preverse, y si todo lo que puede ser previsto debe evitarse, la actividad individual que daría de tal modo reducida, que el hombre solamente haría lo indispensable para sobrevivir,”<sup>184</sup> esto es, que ante la necesidad de la defensa que surge precisamente por la agresión ilícita sin provocación de la víctima no es posible aplicar el criterio de previsibilidad y así mismo el criterio de prevenibilidad, que es la ausencia de prevención, esto es así debido a que, la agresión es de forma imprevista, inevitable, e imprevisible, al no existir provocación de la víctima, como elemento indispensable para que opere la legítima defensa.

A propósito del peligro o peligrosidad que inunda a la agresión, es un término acuñado por el positivismo y fundamenta a la responsabilidad penal que

---

<sup>184</sup> García Jiménez Arturo. Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. 1ª ED. Porrúa. México. 2003, pág 125

se distingue de la teoría del estado peligroso del delincuente. Garófalo (1880) citado por Balestra,<sup>185</sup> apunta que el peligro es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que se debe temer de parte del mismo delincuente y como elemento subjetivo el juicio de peligrosidad no contiene bases para fundamentarlo solo existen elementos relativos al mismo juicio y sobre una probabilidad, lo contrario a esto, como consecuencia práctica, es la aplicación de medidas de seguridad para los inimputables y la frase celebre “Si el hombre delinque por su peligrosidad ¿por qué ha de esperarse a que lo haga si puede evitarse?” con lo que, el peligro toma el cause de funcional. La evitación o prevención del peligro respecto de la agresión, y en relación con la previsibilidad que como característica se basa en la probabilidad, es para la víctima incierta, lo concluyente al respecto es que el Estado dentro de sus funciones de prevención es disminuir las actividades de agresión y peligro, junto con la sociedad.

A manera de parangón, y relacionado con la doctrina moderna de los delitos de peligro y su legitimación con atención al autor Buteler<sup>186</sup> en su exposición hecha en el primer encuentro argentino de profesores de derecho penal, muestra que los delitos de peligro en concreto o de resultado, (el delito de peligro abstracto es la que conlleva al primero) que requiere como presupuesto: (...) Que la acción haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción, resulta que debe existir la puesta de peligro o de riesgo y la acción cuyo objeto es el daño o peligro en sí mismo, aunque a decir verdad, expone el autor no existe explicación clara de legitimidad frente al principio de lesividad, (...) que impide castigar conductas que no perjudiquen o de algún modo ofendan los derechos de un tercero, la moral o el orden público; y por otra parte y sobresaliente de este tema es que, este tipo de delitos de peligro, en atención a la víctima a pesar de la capacidad en el manejo de armas y defensa personal, el delito de peligro es (...) “igual de imprevisible que

---

<sup>185</sup> Cfr, Fontan Balestra, Carlos. Derecho Penal. Introducción y Parte General. 14ª Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993, págs 563 a 567.

<sup>186</sup> Cfr. García Vitor. Enrique y otros. Primer encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. El sistema ante las exigencias del Presente. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. S/e. Rubinzal. Argentina. 2001. págs 79 a 85.

cualquier otra circunstancia de suerte extraordinaria.” Y que la puesta en peligro se asimila con la tentativa igual que en la agresión, porque, es la exposición al peligro de riesgo de lesión o daño para el bien.

La agresión, en su estudio hasta ahora a evolucionado, y diremos que es la puesta en peligro de riesgo de lesión o daño a un bien defendible, que es el detonador de la defensa, en un tiempo y espacio determinado, como tal la agresión no contiene un deber de cuidado por lo que no es equiparable en un plano de justicia y orden social con la defensa y atenta a la falta de provocación de la víctima, la puesta en peligro es de forma imprevisible, y que su estudio en relación con el tiempo y agresión se fundamenta en la vida del delito que sin ser, forma parte, de no existir la defensa, pues se convertirá en un tipo penal, a su consumación o resultado.

Una derivación de la agresión, es que toda agresión conlleva peligro, así misma toda agresión es graduable desde la perspectiva objetiva pero en el campo subjetivo propio de la víctima en el momento de la circunstancia de los hechos se advierte otra distinta por lo cual los criterios son dos ex ante y ex post, criterios que en sí, son dos construcciones diferentes para apreciar los hechos, manejados en la doctrina y que se contradicen en una realidad de aplicación de la norma penal.

### **3.1.1 Real.**

El concepto de real en términos no jurídicos es expresado por el Diccionario del español actual,<sup>187</sup> indica que real es: *Que tiene existencia verdadera*, el concepto de real en relación con la agresión injusta, tiene su significancia al establecer que ante una agresión creada por la imaginación de la víctima se estará ante una legítima defensa putativa, que consideramos no adecuada pues, en comentario realizado en lo putativo de la legítima defensa, se

---

<sup>187</sup> Seco, Manuel y otro. Diccionario del Español Actual. Vol. II. 2ª Ed. Madrid. 1999, pág 3818.

asentó que este tipo de construcción es rechazado, porque siendo la imaginación interna del sujeto, no exteriorizada, no existe cambio en el mundo externo, en cambio esa imaginación exteriorizada es real pero, en el sentido que es una creencia errónea de la realidad más no imaginación, y cuyo tratamiento jurídico es en el campo del error, propio de la culpabilidad, en igual sentido se expresa González Quintanilla, “es patente que si no existe agresión, no puede haber defensa, de ahí que resulte innecesario hablar de agresión real, probablemente hubo el deseo de diferenciar entre la legítima defensa y la putativa pues en esta última hay error esencial e insuperable sobre la existencia de la agresión o la identidad del agresor”<sup>188</sup> y que no debe coexistir error del error.

### 3.1.2. Actual.

Para el entendimiento de lo que se debe considerar por actual como elemento o característica tomado de la cronología en que se desenvuelve la agresión es necesario exponer las ideas plasmadas por diversos autores para advertir lo que se debe entender respecto de esta característica cronológica de la agresión, pero antes diremos el concepto de actual retomado del Diccionario de la Lengua Española,<sup>189</sup> indica que actual es *Del latín actualis. Adj. Dicho del tiempo en que actualmente está alguien: presente. 2. Que existe, que sucede o se usa en el tiempo de que se habla* y, como se verá el concepto de actual tiene importancia con otro concepto el de actualidad y que el mismo Diccionario citado menciona que actualidad es *De actual. F. Tiempo presente. 2. Cosa o suceso que atrae y ocupa la atención del común de las gentes en un momento dado*. Por lo que sintetizamos que actual y actualidad se refiere a suceso que esta en un presente dado y por lo mismo existe, y se demuestra que actual y actualidad de la agresión es la presencia real de una conducta ilícita, hacia un bien determinado. Nótese que entre real y actual, son manejados como sinónimos, y luego entonces los sinónimos para actual son: *efectivo, existente, de momento, presente,*

<sup>188</sup> Op cit, González Quintanilla, pág 328.

<sup>189</sup> Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22ª Ed. Rotapapel. Madrid. 2001, pág 27.

*contemporáneo, de ahora y real*; por otra parte el concepto de real tiene como sinónimos: *efectivo, existente(v), cierto, verídico, autentico, serio, positivo, verdadero, innegable, histórico, práctico, substantivo, ontológico y actual*, esto en atención al Diccionario español de sinónimos y antónimos,<sup>190</sup> que nos lleva a constatar que real, actual y actualidad son en relación al tiempo y de significado igual.

Orlando,<sup>191</sup> realiza una salvedad antes de dar el concepto de actualidad, en cuanto que el peligro es lo actual para el bien defendible, considera que el peligro puede existir antes de que la agresión haya principiado y la actualidad es lo presente relacionado con la agresión y defensa pues ambas son coetáneas, y que la actualidad debe sopesarse en relación con el riesgo como probabilidad de daño real, en el cual la defensa se inicia en contra de la agresión que esta provocando peligro y solo basta la presencia de peligro para considerarse actual la agresión y ordena de forma cronológica los siguientes elementos: la amenaza es futura; el peligro probabilidad inminente de daño y este la modificación del bien. Reitera que el peligro es desde el punto de vista objetivo es daño a un bien y subjetivo posibilidad de daño, aunado al individuo que se defiende.

Ahora bien el concepto de actualidad, no solo se refiere a la agresión, también abarca a la defensa pues ambas son coetáneas, así como que lo actual comprende la agresión existente, inminente y subsistente como modalidades de esta (ataque en marcha, apunto de suceder, es la iniciada pero no concluida, respectivamente), derivado de lo coetáneo que existe entre agresión y defensa se advierte para este autor, que siempre el peligro responde a una situación de riesgo.

La agresión es existente, con un principio de ejecución, pero aún contra actos preparatorios, que son el preludio de la agresión con proyección de peligro

---

<sup>190</sup> Diccionario español de sinónimos y antónimos.3ª Ed. Sainz de Robles. México. 1992. págs 32 y 920.

<sup>191</sup> Cfr, Orlando, págs 125 a 131.

cabe la legítima defensa y reitera su sentir al indicar que no se debe exigir la coetaneidad entre agresión y defensa, solo existente entre peligro y defensa.

El esquema planteado por el autor Orlando, da a la agresión y el peligro en el plano cronológico caracteres iguales, esto es, agresión y peligro comparten el carácter de actual de igual forma la actualidad es sumado tanto a la agresión como al peligro, y la característica de actualidad lo asemeja con lo que existe, es decir, que es real, por lo tanto la agresión siempre compartirá las mismas características del peligro. Los bienes defendibles como ya se a dicho, es retomado desde su carácter general y no específico y en relación con la exposición de Orlando, manifiesta por exclusión las amenazas, y que visto desde el punto de vista del bien defendible, la legítima defensa se restringe, al excluir (como lo hace el autor) las amenazas, luego entonces el desacierto surge del autor al excluir éstas.

Para Iglesias,<sup>192</sup> el concepto de actual, no es referido, pero si la significación de actualidad, que denota un requisito puente entre agresión y defensa, con la problemática respecto a la defensa preventiva y analogías de la legítima defensa, indica que la actualidad es una aproximación empírica más que jurídica. La agresión actual es un tanto tautológica, porque la actualidad es inherente a la agresión, que ni la futura ni la cesada constituyen agresión en sí, por ello el concepto de actualidad es de tipo circunstancial, representado por la conducta del agresor. Indica que en el sentido técnico jurídico basado en la historia de la legítima defensa, demuestra que el control público estatal, limita a la venganza privada, de la cual se observan dos posturas: el sentido ideológico valorativo e histórico político, la primera limita la actuación individual de la legítima defensa y; la segunda, racionalizan jurídicamente las conductas de auto tutela y derivado de esto constituye que actual es la necesidad de defensa antes que la actualidad de la agresión y que esta de no ser inminente corresponde a los

---

<sup>192</sup> Cfr, Iglesias Río, Miguel Ángel. Fundamentos y requisitos estructurales de la Legítima defensa.

órganos estatales, para la prevención del delito, y consecuentemente estas dos posturas dirigen a la categoría de la tentativa.

El panorama sustentado por Iglesias pone de manifiesto que actual y actualidad son de orden común, y desde el punto de vista jurídico son limitantes a la figura de venganza privada que históricamente es absorbida y como ente regulador en la prevención del delito, aunque es de cuestionar si realmente en la sociedad se previene el delito a través del derecho o por el contrario enmascara la prevención de este a través de la institución de la legítima defensa, criterio que será desafortunado para esta institución porque al fin de cuentas la legítima defensa es y será una figura con arraigo de idea de salvar la vida ante la agresión, como primer postulado de bien defendible.

Para Requejo,<sup>193</sup> lo actual o actualidad, es un presupuesto valorativo necesario para la defensa legítima que constituye un límite al inicio y final de la agresión, que asigna las diferentes fases del iter criminis de la agresión y los grados del peligro en su aspecto cronológico. Este criterio advierte que la agresión ha de ser presente, no antes ni después, y lleva a considerar que solo esas características de tiempo adosadas a la agresión se pueden estudiar a la luz de la vida del delito que sin ser la agresión, lo puede ser, en su consumación.

Pessoa,<sup>194</sup> al entrar al estudio de la actualidad de la agresión primeramente infiere lo actual de la agresión de la ley penal como la alemana y paraguaya, por que no esta expresamente en estas, solo hacen referencia a la agresión presente, y otorga un concepto de actual en la que la agresión es la fuente de afectación del bien jurídico, sin consumación, o precedencia a la afectación que, es en sí, la actualidad de la agresión, enmarcando al acto defensivo en dos objetivos, la de impedir y la de repeler, dentro de este incluye al peligro de lesión o daño para el bien jurídico, esto es, el impedir es la inminencia

---

<sup>193</sup> Cfr, Requejo, págs 108 y 109.

<sup>194</sup> Op cit, Cfr, Pessoa, págs 107 a 122.

de realización y el repeler para este autor es la afectación o continuidad de la afectación al bien.

A manera de paréntesis, no hay que olvidar que la trayectoria de la agresión en el tiempo es enmarcada en instantes, y advierte que, del ejemplo esbozado por este autor, muestra que cronológicamente, no se puede dividir de forma tajante la ejecución de la agresión, porque si juntamos la acción tenemos que el sujeto avanza y golpea a su víctima con un palo, y continua golpeando, es decir, que la acción ocurre en una unidad de tiempo, que no pudo defenderse, ante la agresión desproporcionada, y todo esto sucede en un marco de “orden social donde impera la justicia.”

El autor Pessoa, en su descripción de actualidad, señala que esta se debe de inferir en razón de dos conceptos el de impedir, que es, evitar la agresión o puesta en peligro y el de repeler denota la respuesta de replica de una afectación o la lesión o peligro al bien jurídico, y el término impedir abarca no solo la situación de lesión sino también el de peligro configurando así los delitos de peligro. Con esto, el autor quiere enfatizar, que la legítima defensa autoriza a defenderse antes del peligro, pero que, a nuestra forma de ver no se puede separar la agresión y el peligro.

### **3.1.3 Inminente.**

La agresión en su faceta cronológica presenta otra característica en el tiempo en que se desenvuelve, sin olvidar por un instante que la agresión es la puesta en peligro de riesgo de lesión o daño, hacia el bien defendible por la víctima y amparada su actuación por la ley. La agresión es siempre unidad de acción, manifestación que deja claro que, los argumentos basados en real, actual y actualidad, hasta ahora demuestran a la agresión que se concatena con el mundo fáctico y productor de un tipo penal, de no existir defensa; la otra característica es la inminencia y su significado es del *latín inminens,- entis, part.*

*Act. De imminere, amenazar). Adj. Que amenaza o está para suceder prontamente*, esto en relación con el Diccionario de la Lengua Española,<sup>195</sup> que advierte en nuestro tema de la agresión y la inminencia, que ésta será apunto de suceder, y con el significado de actual retomado del diccionario de la Lengua Española, ya existe una diferencia entre actual e inminente, porque actual es lo presente o lo que sucede, la alineación en el tiempo quedaría, de la siguiente manera: primero es lo inminente y luego lo actual, esto en atención a sus significados literales de actual e inminente, ahora bien tras pasados a la agresión, ésta será inminente y luego actual, pero se advierte que lo inminente debe existir o ser actual, propio de la agresión y como desenlace es que la agresión, solo bastará con decir y para que cumpla el requisito cronológico aducido y que esta es en si y para sí con su desenvolvimiento fáctico en unidad de tiempo y lugar determinado, que produce peligro de riesgo de lesión o daño par un bien defendible en concreto, pero ahora veamos a algunos autores lo que dicen de esa característica de inminencia y la agresión pues relacionan la oración de agresión actual o inminente con la prevención.

Diversos autores dan su opinión aduciendo que la agresión debe ser actual o inminente, puntualiza la diferencia que puede existir entre agresión actual y peligro inminente, tal es el caso de Calón,<sup>196</sup> o bien que la agresión actual o inminente es la comenzada, no la futura ni pasada, pero enfoca su atención Puig Peña,<sup>197</sup> a la agresión continuada o permanente, y por exclusión la defensa legítima no existe, ante la agresión futura, aunque pone de manifiesto la divergencia que existe en este punto, y como solución es la base de proporcionalidad, y respecto a la agresión que es futura o pasada, se antepone el peligro inminente de la agresión evidente, por el cual se activa la legítima defensa ante la circunstancia inmediata, así lo manifiesta Malo Camacho.<sup>198</sup> El sentido de actual o inminente también es relacionado con los términos de impedir y repeler y

---

<sup>195</sup> Op cit, Diccionario, pág 867.

<sup>196</sup> Op cit, Calón, pág 374.

<sup>197</sup> Cfr, Puig, págs 347 y 348.

<sup>198</sup> Cfr, Malo, págs 416 y 417.

que tiene analogía con las *offendículas* instituidas por los italianos, y en igual sentido Luzón Cuesta,<sup>199</sup> señala que no existe defensa ante una agresión futura o pasada, A manera de conclusión de las exposiciones realizadas, es de que la activación de la legítima defensa, puede darse en dos momentos en la agresión actual y en la agresión inminente (lo próximo a suceder), con sus cuestionamientos o accesorios, esto es, no existe legítima defensa ante agresión futura, ni pasada, lo que refiere a una agresión presente pero al deducir la defensa ante la agresión inminente, surge el elemento de previsión y con ello la legítima defensa preventiva y aún la proporcionalidad, lo que viene a ilustrar Arrollo de las Heras citando a Asúa, que dice: "... al exigir como circunstancia precisa la existencia de legítima defensa, la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, ya que, evidentemente, lo actual se repele, pero impedir solo se comprende respecto de lo que, siendo inminente, todavía no se ha actualizado,"<sup>200</sup> sin embargo, las construcciones realizadas por estos autores, entre agresión actual o agresión inminente, desembocan necesariamente en un desenvolvimiento fáctico y unidad de acción intrínsecamente relacionado a la agresión ilícita y que la prevención no es ni debe ser propio de la legítima defensa, pues es tarea del Estado.

La inminencia es lo que esta pronto a suceder, lo que se ve venir, allí surge el peligro y que no constituyen por sí mismos un ataque, que es juicio de inferencia razonable, y por lo tanto debe ser la inminencia objetiva y subjetiva, a la primera corresponde situación existente y concreta de temeridad de ataque de una persona; a la segunda, al juicio lógico de inferencia, por esto la inminencia es cronológico y psicológico, y demuestra que, la inminencia subjetiva es de valoración *ex ante*, para apreciar con claridad la realidad de la circunstancia y psicológica vivida por la víctima, y expresa que la inminencia es postulado para prevenir injustos daños o ataques evidentes, pero es de notar sobre estas exposiciones vertidas por el autor Orlando<sup>201</sup> que, en forma textual argumenta (...)

---

<sup>199</sup> Op cit, Luzón Cuesta, pág 117.

<sup>200</sup> Op cit, Arrollo de las Heras, pág 353.

<sup>201</sup> Op cit, Orlando, págs 131 a 139.

si toda agresión fuera previsible... se evitarían muchos crímenes y triunfaría el derecho sobre el injusto, y subraya el pensamiento de Engels, (...) que no es el derecho el que engendra la realidad social, sino la realidad social la que engendra y produce las normas jurídicas. Por último el autor en comentario y relacionado a la defensa preventiva es inclusive actuar en defensa contra el acto preparatorio que encierre peligro.

La interferencia de tiempo que existe entre agresión actual o agresión inminente, hace realizar diferentes estructuras que permiten explicar el surgimiento de la legítima defensa, lo preventivo en la defensa, la actualidad, y el inicio de la agresión, que es estudiado desde la característica de la inminencia.

Este tema es abarcado de forma sistemática por Iglesias,<sup>202</sup> que de entrada dice que la inminencia es la materialización de la lesión o peligro del bien jurídico, sin interrupción de un intervalo de tiempo en el cual inicia la agresión, señala con acierto que solo basta la puesta en peligro objetivo al bien jurídico a través de una conducta suficiente, pero este tipo de construcción adolece por la amplitud que otorga al defensor que da paso a la defensa preventiva relacionado con la inminencia. Por esto surgen los modelos teóricos que tratan de enfrentar el inicio de la agresión así tenemos que: (...) la analogía valorativa de la tentativa, que sitúa a la agresión en el umbral de la ejecución, pero afirma que es la más restrictiva, pues la agresión comienza en el último acto parcial ejecutivo exterior, con el acierto que existe seguridad jurídica, en la defensa, y agrega los actos equívocos para dar mayor énfasis a la agresión; (...) la inminencia del ataque situada en la fase anterior al inicio de la tentativa punible, la agresión es situada a la fase final del acto preparatorio y que precede al acto ejecutivo, la problemática reside en determinar que acto parcial es preparatorio o acto ejecutivo, y hace a la víctima correr un riesgo y caer en el error; (...) la denominada teoría de la defensa más eficaz, es la que dio origen a la defensa preventiva, la cuestión aquí es determinar el alcance y momento de esa reacción preventiva, con la objeción

---

<sup>202</sup> Cfr, Iglesias, págs 136 a 156.

apuntada por el autor de que desvincula la agresión del peligro y riesgo, con la ampliación de la necesidad defensiva, y que a decir verdad esta construcción descansa en juicios de probabilidad o inciertos en el futuro de los acontecimientos, pero se pone de manifiesto el autor por la teoría objetivo material, para situar el inicio de la tentativa punible y finalmente en forma textual propone que “la prevención del delito... es competencia exclusiva del Estado, cuya inferencia de los particulares solo podría conducir a una desestabilización de los principios que sustentan el propio ordenamiento jurídico y la pacífica convivencia comunitaria”.

Estas tres teorías o posturas sobre el inicio de la agresión se pueden resumir de la siguiente manera: a) analogía de la tentativa, es comparada con el verbo repeler, pero con sus anotaciones que se postularan posteriormente para su mejor adecuación; b) la inminencia, situada entre el acto preparatorio y acto ejecutivo y es comparado con la actualidad, característica adosada a la agresión y; c) teoría de la defensa más eficaz, que es confrontada con el verbo impedir, y da nacimiento a la defensa preventiva y que convenimos en la posición del autor, que la defensa preventiva no debe ser encabezada por la víctima, pues ésta, corresponde al Estado. Es similar el pensar del penalista Luzón Peña<sup>203</sup> al indicar que el peligro actual se identifica con la necesidad de impedir o la de repeler ya una agresión o continuación de la misma y que por ello en forma textual dice: “se puede hablar simplifícadamente de acción de puesta en peligro de algún bien jurídico”, que es de igual forma el sustentado por nosotros.

### **3.1.4 Sin derecho.**

Para que exista legítima defensa, es necesario que exista la agresión que ponga en peligro de riesgo de lesión o daño aun bien defendible, esta agresión es sin derecho, connotación que significa antijurídica, y no solo contrario a las normas jurídicas, así también cuando no se actúa en cumplimiento de un deber,

---

<sup>203</sup> Op cit, Luzón Peña, pág 877.

así lo manifiesta Malo Camacho,<sup>204</sup> o la agresión sin derecho se equipara a la agresión ilícita, así lo determina Cortes Ibarra<sup>205</sup> quien puntualiza que no puede existir reciproca defensa, y como se puede ver el carácter de sin derecho de la agresión es idéntico al concepto de ilícito o ilegítimo y al concepto de antijurídico.

### 3.1.5 Antijurídica.

La antijuridicidad, como característica de la agresión es para hacer un distingo entre lo que esta permitido o prohibido por la norma penal o bien como causa de justificación, realizando la conducta ilícita, bajo la eliminación de la antijuridicidad. Para determinar lo antijurídico de la agresión recurramos a Pessoa<sup>206</sup> que expone: que lo antijurídico de la agresión no presupone que sea punible ni culpable y por esto es necesario que la agresión sea también típica, con lo que trae como consecuencia que lo antijurídico o ilícito es cuando una conducta contradice una norma jurídica en sentido general (normas permisivas, prohibitivas o causas de justificación) o en palabras de Jescheck, (...) vulnera objetivamente el orden jurídico es decir, no solo cuando la agresión vulnere normas de carácter penal, así mismo cuando “no han de ser necesariamente infracciones penales”<sup>207</sup> y en relación con la agresión que no necesariamente sea culpable se entiende que “cabe por tanto, en principio, la legítima defensa frente a la agresión ilegítima de un inimputable”<sup>208</sup> por tanto es concluyente el razonamiento apuntado por Puig Peña<sup>209</sup> al enfatizar que los caracteres de lo ilegítimo son: sin causa, motivo o fundamento que lo justifique o autorice, y por inferencia no existe ilegitimidad en el ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, situación de estado de necesidad, el acto ejecutado en legítima defensa y, por exclusión la riña, esta forma de entender es así porque que “hay en ocasiones en que el acto reviste

---

<sup>204</sup> Op cit, Malo, pág 417

<sup>205</sup> Op cit, Cortes, pág 252.

<sup>206</sup> Cfr, Pessoa, págs 98 a106.

<sup>207</sup> Op cit, Mir Puig, pág 432.

<sup>208</sup> Op cit, Cerezo, pág 205.

<sup>209</sup> Cfr, Puig Peña, págs 345 y 346.

aspectos exteriores de agresión y sin embargo, la conducta es legítima.”<sup>210</sup> La antijuridicidad o ilegitimidad de la agresión es “el acto con el que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente tutelado.”<sup>211</sup> Esta forma de expresar la antijuridicidad de la agresión es sin duda alguna aceptado de forma unánime pues “el que ataca o acomete no ha de tener ningún fundamento jurídico para ello,<sup>212</sup> pero luego entonces surge la problemática en el elemento de la provocación de la propia víctima, pero la solución se encuentra en que la agresión provocada por el defensor, es la que aquí si debe existir la previsión en la defensa del provocador, pues es muy acertado el criterio sustentado al decir que “en un estado de derecho nadie puede quedar fuera del amparo del derecho, ni aún el delincuente”<sup>213</sup> pero a la vez se cuestiona la provocación que significa el deseo de incitar al desorden social y al estado de derecho.

### **3.2 La tentativa y agresión.**

Una breve reseña histórica dogmática de la tentativa, es la ofrecida por Jescheck<sup>214</sup> y comenta que ésta, es la que aparece en el derecho germánico que contenía ya una definición general de tentativa que poseía un alto rango científico en base a la doctrina italiana medieval y fue dominante hasta entrado el siglo XIX. Tenía matices de elementos subjetivos y objetivos (dolo y ejecución) delimitada frente a la acción preparatoria. La ciencia penal del siglo XIX, en lo que respecta a la voluntad criminal del autor o bien en la puesta en peligro la incluyo en la tentativa punible del objeto de la acción protegido de tentativa y por exclusión la tentativa inidónea y los actos preparatorios en algunos casos fueron incluidos en la tentativa punible. El panorama histórico enunciado de forma breve por el penalista citado advierte que desde antes del siglo XIX, ya se comenzaba, a manejar la puesta en peligro que es la exposición de la acción al peligro encuadrado en la

---

<sup>210</sup> Op cit, Asúa, pág 194

<sup>211</sup> Cfr, Arrollo, pág 351.

<sup>212</sup> Op cit, Calón, pág 374.

<sup>213</sup> Op cit, Lozano, pág 214.

<sup>214</sup> Cfr, Jescheck, pág 550

tentativa punible que es el punto de partida de estudio en relación con la tentativa y agresión antijurídica.

A lo largo de la exposición sobre la agresión y recopilando las exposiciones, en lo particular a la autora Requejo, en el tema de actual y actualidad de la agresión donde enfatiza la relación que existe con el *iter criminis*, esto es, la vida del delito, que tiene que ver con la agresión injusta y en su fase terminal puede ser un tipo penal, es por ello que debemos analizar la agresión a la luz de la vida del delito, porque de ahí se aclarará el inicio y el final de la agresión, postura compartida por González Quintanilla al “hacer una composición esquemática, pues es valedero para la puesta en peligro de los bienes por la afectación (que es la tentativa) o en su defecto integrando el tipo (consumación) y, la actualidad de la agresión se resuelve con un criterio circunstancial y como base la existencia de la agresión unívoca subjetivamente,”<sup>215</sup> para ello es menester conocer que es la vida del delito, pues bien, para realizar la tarea nos basamos en la exposición de Bustos Ramírez,<sup>216</sup> que comienza así: que el delito se divide en fase interna y fase externa, la primera se desarrolla en su totalidad en el interior del sujeto, la segunda, implica la exteriorización de los procesos subjetivos actualizados con propósitos delictivos o que por razones de político-criminales o de importancia del bien jurídico se estima que han de quedar sujetas a pena o de punibilidad, para ello surgen las teorías que explican la punición, así tenemos a: las teorías objetivas que castiga a la exteriorización de la conducta de resultado (desvalor del resultado), de mayor predominio y clásicas sobre la materia; las teorías subjetivas que solo bastan la intención o ánimo del sujeto o peligrosidad del sujeto (penaliza en forma general los actos preparatorios y vulnera el principio de legalidad; teoría subjetiva-objetiva que verifica la punición en el desvalor del acto con la conmoción del ordenamiento jurídico en general, esto se debe a que necesariamente existe una manifestación exterior de los procesos subjetivos del individuo, así los actos preparatorios son castigados en

---

<sup>215</sup> Cfr, Quintanilla, pág 328

<sup>216</sup> Cfr, Bustos Ramírez, Juan L. Y otros. Lecciones de Derecho Penal. Vol. II. S/e. Trotta. Madrid. 1999. págs 257 a 268.

algunos casos, en la tentativa acabada ya existe desvalor del acto y en la tentativa inacabada converge la atenuación de la pena y al delito imposible también es punible. Hasta el momento la punibilidad de la agresión es dada en el marco de las teorías subjetivas-objetivas al constatar que la a agresión es antijurídica y que contiene el desvalor del acto y conmociona al ordenamiento jurídico en general. (...) Ahora bien los actos preparatorios forman parte de la vida del delito, y es un adelantamiento de la punibilidad respecto de la tentativa y en relación aun tipo legal específico, aquí también se encuentra la autoría y que señala que los actos preparatorios para este autor son la conspiración la proposición, la provocación y la apología, pero no deja claro lo que son los actos preparatorios para ello es necesario por un momento que recurramos a la teoría causalista para entender que los actos preparatorios, “como fase externa o material es donde el sujeto se allega de elementos materiales suficientes o necesarios para la consumación del delito y... lo más resaltante son los actos inequívocos, pues dejan al descubierto la resolución del sujeto para lesionar el bien jurídico”<sup>217</sup> (...) Los actos preparatorios se subsumen en los actos ejecutivos y para determinar la división sustancial de estos dos continentes se han creado diversas teorías para resolver este problema, así la teoría subjetiva basada en la intención del sujeto con lo que se amplía el campo de los actos ejecutivos y vulnera toda garantía del ciudadano; la teoría objetiva que se basa en la objetividad de los actos equívocos e inequívocos (propia del causalismo) pero resulta inconveniente a la hora de realizar la comparación objetiva del acto, (...) luego ante la ineficacia de estas teorías son abandonadas y surge; la posición objetiva formal, el acto ejecutivo es la que cumple con el requisito del tipo legal con restricción a los tipos legales simples a diferencia de los complejos; posición objetiva material, sitúa al acto ejecutivo hacía el bien jurídico, que amplía a éste al campo previo al de la conducta plasmado en el tipo legal, es decir, la afectación al bien bastando con el peligro, y precisamente la falla radica en determinar a éste, hacia el bien, después de estas posiciones se encuentra la teoría objetivo-subjetiva u objetiva-individual o del plan del autor (otorgada por el finalismo) , en la

---

<sup>217</sup> Cfr, García, pág 145.

que considera a (...) los actos ejecutivos aquellos que, conforme al plan del autor, significan ponerse de inmediato o directamente a la realización del hecho delictivo, mismo criterio es el abordado por Jescheck,<sup>218</sup> quien afirma que la teoría del plan del autor, que es la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo.

En cuanto a la agresión injusta es situada de forma específica y en atención a la teoría del plan del autor es la que tiene mayor significancia para situar a ésta, porque en el plan del autor de la agresión se ubica en la exteriorización de la acción directa a la realización del hecho y es la que precisamente divide sustancialmente los actos preparatorios de los actos ejecutivos de la agresión, y da un paso más al campo de la tentativa, como estaba señalado por González Quintanilla.

En consecuencia la agresión en su fase externa como acto de ejecución que es propio ya de la tentativa punible, y aquí el sujeto da principio a la ejecución del acto practicando todo o en parte los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del sujeto, así lo manifiesta el autor y señalando la corrección en cuanto a la tipicidad de la tentativa pues para ello es necesario además que signifique una afectación real al bien jurídico (un peligro), con esto el autor entrelaza la teoría objetiva material y la teoría objetivo individual, para evitar el problema de graduación del peligro, y comparado con la defensa no existirá ningún inconveniente pues se traza de una forma sencilla en que momento da comienzo la defensa, sin poner atención al peligro emanado de la agresión que sin ser tipo penal lo será sin la intervención de la defensa.

Ahora bien con las ideas marcadas por el autor decimos que la defensa legítima, se ubica dentro de la tentativa punible de la agresión, esto es así debido a que, de acuerdo a la clasificación de la tentativa, existe tentativa acabada

---

<sup>218</sup> Idem, Jescheck, pág 557 558.

cuando se realiza la totalidad de los actos tendientes a la producción del tipo penal y la tentativa inacaba cuando solo se realizan en parte los actos por causas ajenas al sujeto, en el caso que nos ocupa de la agresión, esta ya no se lleva a cabo por el surgimiento de la legítima defensa que cumple con la condición anotada en que no se lleva a cabo la realización directa del hecho, por causa ajena, precisamente esa causa ajena es la legítima defensa.

### **3.3 Puesta en peligro del bien jurídico.**

La agresión en su estudio comparativo con la vida del delito y con el afán de esclarecer la intrincada postura que otorga la cronología en la que se desarrolla la agresión pone de manifiesto que tanto lo real, actual, actualidad e inminencia no son parte importante de la agresión para determinar su inicio, que sin ser elementos jurídicos pero sí del tiempo propio de la agresión en que toma vida en el mundo exterior y que de acuerdo a la teoría del plan del autor marca en definitiva el inicio de la agresión pues con ello toma el carácter antijurídico propio del sistema jurídico y afecta al bien defendible, por la aparición del peligro que trae consigo la agresión, y en la faceta de la tentativa donde se realizan los actos directos a la realización del hecho, precisamente esa es la puesta en peligro para el bien defendible no otra, y que depende de la agresión y a que fin de tipo penal esta referida la acción, por que ello determinara la duración o terminación de la agresión, y también depende de las características que se presenten en la legítima defensa para repeler la agresión, más no como el otro elemento consagrado en la doctrina y en la legislación al que se refiere el de impedir que conjuga con el de inminente y aun más con la prevención.

La agresión contiene a su vez dos modalidades la lesión del bien jurídico y la propia exposición al peligro o exposición de riesgo no permitido, mientras que en la primera se produce una efectiva mutación; en la segunda se sometió a un riesgo jurídicamente intolerable, pero no se produce en realidad una lesión material, pero el objeto de tutela resulta protegido por la mera puesta en peligro.

La exposición realizada por Navarrete,<sup>219</sup> es de vital importancia aunado al criterio de los actos ejecutivos y con el plan del autor, debido a que se comprueba la eficacia de la tentativa y la agresión por virtud de la puesta en peligro, para facilitar su ubicación de la agresión en el tiempo en que esta se desenvuelve y donde se activa la legítima defensa.

### **3.4 Clasificación de la agresión.**

Con la intención de profundizar que la agresión en su intento didáctico, demuestra que la agresión se puede dividir para su mayor conocimiento en cuanto a los tiempos en la cual se dilucida, es tautológico y no jurídico, en este campo es de enfatizar que la agresión es la puesta en peligro de riesgo de lesión o daño al bien defendible y que ocurre en una unidad de acción de tiempo y dada las circunstancias de los hechos es inconcebible, la división basada en conceptos no jurídicos, que son en relación con el tiempo en la que se desenvuelve la agresión que por propia naturaleza o razón de ser, y que en sí, forma parte de una realidad basada en un tiempo y que de acuerdo a la vida del delito, la agresión comparte este proceso de evolución.

#### **3.4.1 Inicio de la agresión.**

Una vez realizada la comparación de la agresión con la vida del delito que sin ser delito es manejable dentro de la concepción del delito, la agresión cumple con cada una de las facetas en la que se desenvuelve el delito desde la maquinación interior del sujeto hasta la exteriorización de los procesos subjetivos, y es la exteriorización de la agresión donde tiene relevancia jurídica pues solo basta con la puesta en peligro junto con el desvalor del acto para que alcance la característica de antijurídica pues atenta con toda la unidad o sistema jurídico y ya en su fase de ejecución, que es el inicio propio de la agresión, en donde los actos

---

<sup>219</sup> Cfr, Polaino Navarrete, Miguel. Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Tomo I Vol. II. 1ª Ed. Bosch. Barcelona. 2000, págs 614 a 616.

de agresión se ponen de inmediato a la realización del hecho, que cita a la agresión en el plano de la tentativa, y ahí es donde la legítima defensa hace hincapié para defender el bien tutelado por el derecho entendido en su forma general, para evitar la afectación al bien defendible.

Esto tiene sentido en atención a las teorías subjetiva-objetiva de la punición de la tentativa y; la teoría objetiva individual o plan del autor de los actos preparatorios, en primer término situamos a la agresión dentro de la fase interna del autor, aquí propiamente no existe acción de peligro o afectación, se desenvuelve en la mente, en su fase exterior, tiene un comienzo pero sin relevancia jurídica, ya en el campo de los actos preparatorios, y una vez en la fase de los actos ejecutivos propios de la tentativa punible, da inicio la agresión por la afectación del bien objeto de la acción y protegido por el derecho, es decir la acción de exposición del bien ante el peligro de riesgo de lesión o daño, con ello la aparición de la legítima defensa, en el preludio próximo del acto de ejecución de la agresión, en otro sentido o división de la tentativa existe la tentativa inidónea tratada por Jescheck,<sup>220</sup> la tentativa inidónea es en cuanto al objeto, del medio o del sujeto, resuelto por la teoría de la impresión que es la voluntad hostil proyectada sobre la comunidad que reside en el menoscabo de la conciencia de una paz jurídica asegurada, derivada de la prevención en general como misión del derecho penal, la tentativa inidónea para su punibilidad el autor debe haber puesto en marcha de forma inmediata la acción ejecutiva como si se tratase de una tentativa idónea con representación mínima de aptitud de la confianza de la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y en ningún caso pudo alcanzar la consumación por una completa irracionalidad. Sin embargo es por demás hablar sobre la tentativa inidónea por que se puede referir a los delitos de peligro en abstracto, pero si deja claro que la prevención general es misión del ordenamiento jurídico, más no como se ha encaminado a la legítima defensa, en legítima defensa preventiva que lejos de ser una defensa pública es sin lugar a dudas defensa particular.

---

<sup>220</sup> Op cit, Jescheck, págs 569 a 571.

### 3.4.2 Transcurso de la agresión.

La agresión en su intento de aproximación de afectación al bien defendible representa un abanico de posibilidades pero no entramos en materia de análisis respecto de la punibilidad de la tentativa y clasificación del delito, pero sí dejar claro que en la clasificación de la tentativa acabada o inacabada “es independientemente al resultado que atañe únicamente a la idoneidad del comportamiento del autor para producir el resultado”<sup>221</sup> por no ser materia de análisis, en cambio es de decir, que la agresión que pone en peligro de riesgo de lesión o daño aun bien defendible, que sin ser delito comparte las características de la vida del delito, y el transcurso de la agresión es la que determinará de forma decisiva al tipo penal, no obstante “los códigos actuales suelen castigar el delito imposible en atención al peligro que el delincuente representa”<sup>222</sup> así tenemos que el transcurso de la agresión se identifica con:

a) tentativa acabada o consumación: inexistencia de legítima defensa o defensa inidónea, que es la realización del tipo penal, pero nunca hay que olvidar que en la tentativa acabada o inacabada, siempre será una puesta en peligro del bien jurídico, que es el caso de extensión del injusto y solo la consumación lo afecta del modo previsto en la norma, señalado por Bustos<sup>223</sup> y que la consumación se “verifica en atención al tipo.”<sup>224</sup>

b) Tentativa inacabada: por causas ajenas al autor de la acción, que esta en presencia de la legítima defensa o de otras causas.

c) Tentativa inidónea: no existe la consumación, y la supuesta legítima defensa es tratada por las reglas del error.

---

<sup>221</sup> Op cit, Bustos, pág 268.

<sup>222</sup> Jiménez de Asúa, Luis. Principios de Derecho Penal. La ley y el delito. 3ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1990, pág 492.

<sup>223</sup> Op cit, Bustos, pág 273.

<sup>224</sup> Ídem, Jiménez de Asúa, pág 493.

d) Tentativa continuada: cuando los actos ejecutivos de acuerdo al plan del autor, se aproximan inmediatamente a la víctima para crear el tipo penal, de ahí adquiere su característica de continuidad de la agresión y al mismo tiempo la legítima defensa.

a) Desistimiento de la tentativa: se manejan dos tiempos la acaba y la inacabada, en ésta el desistimiento consiste en que el autor no siga actuando por voluntad propia o de un tercero, es decir evitación del resultado, en cuanto al desistimiento de la tentativa acabada presupone una voluntariedad pero falta de arrepentimiento, y existe una gran demanda de esfuerzos de auxilio hacia la víctima agotando todas las posibilidades para impedir el resultado o involuntario por la creencia del autor de ser descubierto así lo indica el penalista Jescheck,<sup>225</sup> ante la agresión concebida en unidad de acción y la defensa iniciada a ésta, es difícil concebir la idea de desistimiento de la tentativa acabada, supone que la legítima defensa fue desafortunada ante la agresión o bien si la agresión que sin ser delito, utiliza medios de mayor proporción a los de la defensa.

### 3.4.3 Fin de la agresión.

En comparación con el tratadista Iglesias<sup>226</sup> y guardando la proporción en cuanto a la tentativa punible de la agresión basándose en la teoría objetiva subjetiva y a la teoría del plan del autor, es de señalar por el penalista citado, que el fin o conclusión de la agresión depende de la naturaleza del interés defendible o agotamiento fáctico-material independientemente de la consumación formal del tipo o bien “se ha consumado el tipo pero no se ha agotado o terminado la acción”<sup>227</sup> esta segunda postura es confusa porque se presta a deducir que se trata de otra agresión, y para su mejor comprensión es que la agresión injusta encaminada hacia un tipo penal específico es la que determina su permanencia o continuidad como lo hemos expresado en el tema de transcurso de la agresión,

---

<sup>225</sup> Cfr, Jescheck, págs 584 a 587.

<sup>226</sup> Cfr, Iglesias, págs 171 y172.

<sup>227</sup> Op cit, Pessoa, pág 120.

con relación al exceso extensivo citado por Pessoa, es difícil comprender esta figura, si en concreto la agresión injusta era privar la vida, y la consumación es llevada hasta su resultado no existirá exceso extensivo, o bien lo señalado por Carrara que “creo y creeré siempre un error hablar de exceso de defensa”<sup>228</sup> o el tema de exceso extensivo no es aplicable a todo caso concreto, caso contrario, como advierte Pessoa que en forma textual dice: “cuando la agresión ilegítima a concluido, en otras palabras, cuando ha dejado de ser actual, ya no es posible el acto defensivo. A partir de ese momento, la reacción será una conducta ilícita. El acto será visto en términos de exceso. (en su forma extensiva)”<sup>229</sup>

Para Orlando<sup>230</sup> el fin de la agresión es equiparable a la consumación o culminación que es la producción del daño o conclusión del ataque, no existe inminencia del peligro, no existe ningún riesgo por evitar o bien cuando el ataque cesa con o sin daño al bien, contemplada en la figura de desistimiento, y como punto importante de la acción y no en referencia al tipo de delito que va encaminada la acción, (delito continuado) es de vital importancia destacar lo que dice el autor en forma textual: más si desarmado el violento, aún su actuación implica riesgo, subsiste el peligro y con él la defensa.

Por lo cual el fin de la agresión es:

- a) Por consumación no de la agresión, más bien de la acción encaminada a la realización del tipo penal ya determinado por la afectación del bien ya sea en lesión o daño.
- b) Por desistimiento de la tentativa punible.
- c) Por el triunfo de la legítima defensa ante la agresión.

---

<sup>228</sup> Carrara, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Vol. I. 3a Ed. Temis. Bogota. 1991, pág 487.

<sup>229</sup> Idem, Pessoa, pág 121.

<sup>230</sup> Op cit, Orlando, págs 139 a 143.

## **CAPÍTULO CUATRO**

### **AUSENCIA DE CULPA EN EL EXCESO DE LA LEGITIMA DEFENSA**

#### **4.1 Marco jurídico de la legitima defensa.**

La legitima defensa como su nombre lo indica debe obedecer a un ordenamiento jurídico, para obtener su legitimidad, en principio retomado de la historia del hombre que de ahí adquiere su característica primogénita que es lo innato al ser humano, para salvar la vida misma, que se contempla en derecho natural, en su evolución protege a la morada, a sus bienes y posteriormente a un conjunto de bienes no solo propios también de un tercero, que trae consigo en términos generales la defensa de bienes defendibles, tiene relación con el principio de protección de bienes jurídicos y su estructura de la legitima defensa a través de los ordenamientos jurídicos en forma jerárquica, demuestran que la legitimación de la defensa se sitúa no solo en un ordenamiento penal, también en la Constitución Política de un País, así como su tratamiento adjetivo en las leyes procesales, que convergen todas estas en un Estado social, democrático y de Derecho, pero que a la vez se cuestiona en su estructura y funcionamiento porque no se puede obtener un sistema perfecto, más bien perfectible por la evolución encíclica de la misma.

La legitimidad de la defensa y no solo de esta, también del sistema jurídico mexicano es concebida, dentro de la norma jurídica, que es en sí el derecho, "que vive en una determinada realidad, la realidad normativa, que formando parte de la realidad social, tiene sus características propias y a la vez tiene sus propios elementos que reproducen en lo fundamental los rasgos del objeto reproducido racionalmente,"<sup>231</sup> por esto, el derecho, es realidad abstracta razonable, perfectible y cuestionable a la vez, que legitima a las instituciones en forma jerárquica ya sea

---

<sup>231</sup> Ovilla Mandujano, Manuel. Teoría del Derecho. 7ª Ed. Duero. México. 1990. pág 18.

describiendo (derecho sustantivo) o aplicando (derecho adjetivo) y por encima de esto la Constitución pilar fundamental de todo Estado de Derecho.

#### **4.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**

La legítima defensa, tiene relación con nuestra Carta fundamental en el sentido que la institución comentada descansa en la norma penal, es decir, en el Código Penal ya sea en el ámbito federal o local, y como tal su lineamiento se basa en principios constitucionales rectores del Derecho Penal en General, porque la Constitución es la cúspide de la pirámide normativa del ordenamiento positivo, pues es la solución ante el conflicto normativo, así tenemos principios constitucionales del derecho penal: Principio de legalidad, la ley es la única fuente de creación normativa de los delitos y de establecimiento de las sanciones penales "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"; principio de igualdad, alejado de privilegios o prerrogativas, que sirve de base a los principios de legalidad y al principio procesal penal; principio de humanidad o respeto a la dignidad humana, que exige la salvaguarda de la humanidad ante toda intervención punitiva general; principio de proporcionalidad de exceso, que significa que no pueden imponerse penas desorbitadas, de modo que todos los delitos sean castigados con pena justa; principio "ne bis in ídem", un mismo hecho no puede ser sancionado más de una vez en el ordenamiento jurídico, en atención a la concurrencia de los mismos elementos (identidad de supuesto: sujetos, hecho y fundamento) y esto no solo de aplicación al derecho penal, pues abarca al derecho en general e implícito en el principio de legalidad.

Estos principios citados por Navarrete<sup>232</sup>, y plasmados en la Constitución Española, son también recogidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que son los límites constitucionales del derecho penal mexicano.

---

<sup>232</sup> Cfr. Polaino Navarrete, Miguel. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos científicos del Derecho Penal. Tomo I. 5ª Ed. Bosch. Barcelona. 2004, págs 153 a 161.

Principio de legalidad, consagrado en el artículo, 71 Constitucional que a la letra dice: El derecho de iniciar leyes o decretos compete:

I Al presidente de la República:

II A los diputados y senadores al Congreso de la Unión, y

III A las legislaturas de los Estados.

Con esto se tiene certeza jurídica en concreto a las disposiciones en materia penal, y en su aplicación del derecho objetivo, existen los órganos del Estado para tal efecto y de acuerdo a sus respectivas competencias, consagradas en el ordenamiento jurídico:

Así el artículo 94 Constitucional dispone: Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

Con ello el principio de legalidad en forma general queda cubierto por estos dos artículos de nuestra Constitución, obviamente no damos una explicación detallada de cada una de ellas ni tampoco sobre la formación de las leyes, por no ser materia de estudio.

El principio de igualdad queda plasmado en el artículo primero de nuestro ordenamiento principal que dice en lo referente: ... Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. El principio de igualdad queda de forma englobada al igual que el principio de humanidad o respeto a la dignidad personal, y sirve de límite constitucional al derecho penal en la parte sustantiva y adjetiva y a su vez se

relaciona con el artículo cuarto, que encuadra al hombre y la mujer en igualdad ante la ley, otros artículos de la misma ley fundamental, consagran las libertades de expresión de ideas, de libertad de trabajo profesión u oficio, libertad de opiniones, de asociación de culto o de religión, y que tienen que ver con el principio de igualdad y de humanidad.

De forma concreta, la Constitución de nuestro país, en lo relativo a la materia penal otorga, las siguientes garantías penales ya en el ámbito sustantivo como en el ámbito adjetivo:

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Este precepto en lo conducente reafirma el principio de legalidad en el cual existen propiamente órganos encargados de dictar las leyes y otros para su aplicación de acuerdo a su competencia ya sea por materia, grado, cuantía o territorio, al igual que el artículo 17.

El principio de retroactividad de la ley, es sin lugar a duda uno de los principales en el ámbito del derecho penal, porque impone al juzgador la certeza jurídica a la hora de aplicar la ley penal al caso concreto, plasmado en el artículo 14 de nuestra carta magna.

Los artículos 14, 15 y 16 Constitucionales, son pilares en materia procesal penal, consagrados en nuestro ordenamiento, para el adecuado proceso penal, evitando violaciones a los principio de legalidad, en cuanto aplicación de la norma mediante autoridad competente, que sea por escrito y con las formalidades establecidas previamente en la ley al caso concreto.

Los artículos 18, 19, 20, 21 y 22 Constitucionales, se refieren a garantías procesales dentro del ámbito penal, que deben ser respetadas por las autoridades investigadoras, ordenadoras y ejecutoras, aunados a los artículos 14, 15 y 16 pues de lo contrario incurrirían en actos violatorios de garantías constitucionales y

dan paso al juicio de amparo esto en relación a los artículos 103 y 107 constitucional.

El principio de ne bis in ídem, de significancia relevante en el derecho penal, que postula, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, principio recogido por el numeral 23 de nuestra Carta Magna.

La legítima defensa, como hemos visto, parte de una estructura jurídica predeterminada, conservando en su estructura la legitimidad a partir de una organización jerárquica sobre la base de principios rectores de carácter constitucional que limitan la esfera del derecho penal, y en específico se encuentra de forma indirecta retomada en el artículo 10 de nuestro ordenamiento fundamental, que en lo conducente dice: Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrán utilizar a los habitantes la portación de armas.

De lo anterior, y relacionado con el tema de racionalidad en los medios en la legítima defensa, se desprende que la utilización de medios en la defensa, de acuerdo a la descripción que hace el precepto constitucional es legítimo el uso de armas, para defender el bien tutelado, en la posesión del arma dentro del domicilio y no solo en el domicilio que es la morada, así como el despacho, oficina o establecimiento mercantil (ver artículo 210 del Código Penal para el Distrito Federal), aún con mayor amplitud se puede portar armas fuera de estos lugares, claro con las condiciones que marca la ley al respecto. “luego se presupone una legítima defensa...y tenemos necesariamente que utilizar el arma para poder defender.”<sup>233</sup>

---

<sup>233</sup> Avendaño López, Raúl Eduardo. Comentarios a las Garantías individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1ª Ed. Sista. México. 2003, pág 96.

El artículo 17 Constitucional, refiere a que: Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

Con lo que respecta a la legítima defensa es de decir, que si bien es cierto que el Estado administra la justicia a través de sus órganos competentes, aplicando la ley penal, y que por ello nadie puede hacerse justicia por propia mano, también lo es que, cuando el Estado está imposibilitado, para actuar en defensa del ciudadano, en situación de una agresión que menoscaba en la persona o bienes propios o de un tercero, se admite la defensa en virtud del ordenamiento penal que no se contrapone a la relación que guarda con la Constitución, porque el Estado reprime este tipo de conductas antijurídicas, dando ese carácter a través de la norma penal en la legítima defensa, de una causa de justificación, su objeto es, repeler la agresión injusta que se presente en ese momento, eliminando la antijuridicidad de la acción defensiva. Por lo cual se sintetiza que la legítima defensa de forma indirecta es una garantía individual del ciudadano y no solo del ciudadano entendido como tal, también el extranjero que se introduzca en territorio mexicano, esto con relación al artículo primero de nuestro ordenamiento fundamental.

Por último la jerarquía del ordenamiento penal es derivada de la Constitución, en la cual se concentran los niveles Federal, Local y Municipal, en la legislación federal se encuentra al Poder legislativo, consagrado en el Congreso de la Unión que tiene la facultad para establecer los delitos y faltas contra la federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse, así lo contempla la fracción XXI del artículo 73 Constitucional; en el ámbito local, en cuanto a las facultades que no estén comprendidas a la federación serán de los Estados que

se dividirán para su ejercicio en ejecutivo, legislativo y judicial y los Municipios quedara supeditado al Estado, conforme a los artículos 115, 116 y 124 y; el Distrito Federal su gobierno esta a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, respecto a la Asamblea legislativa en lo tocante a la materia penal, esta contemplado en el inciso h), fracción V, BASE PRIMERA del artículo 122 de nuestra Carta magna.

La importancia de esto, es que, existen las bases de coordinación y cooperación entre la Federación, Estados y Distrito Federal, en materia penal, y que es una obligación a entregar sin demora a los indiciados, procesados o sentenciados, así como practicar el aseguramiento y entrega de objetos, instrumentos o productos del delito, atendiendo a la autoridad de cualquier otra entidad federativa que los requiera. Estas diligencias se practicarán, con la intervención de las respectivas procuradurías generales de justicia, en los términos de convenios de colaboración que, al efecto, celebren las entidades federativas. Para los mismos fines, los Estados y el Distrito Federal, podrán celebrar convenios de colaboración con el Gobierno Federal, quién actuará a través de la Procuraduría General de la República.

A escala internacional existe la figura de extradición en relación a los Tratados Internacionales sobre la materia de extradición y la Constitución, Esta coordinación ejemplifica el carácter de obligatorio de la ley, en nuestro país, consagrado en el artículo 119 de nuestro ordenamiento constitucional.

Derivado de la división territorial, y de la jerarquía de la norma penal, entendemos que existe el ordenamiento federal, consagrado en el Código Penal Federal, en un Código Penal para cada Estado de la República, y en lo particular en el Código Penal para el Distrito Federal, integrando así el escalafón subordinado en materia penal sustantiva, y a la vez se desprende en el Código de Procedimientos Federal y Local en materia adjetiva penal.

#### 4.1.2 Código Penal Federal.

**ULTIMA REFORMA APLICADA POR DECRETO PUBLICADO EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA 12 DE JUNIO DE 2003.**

**PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE FECHA 14 DE AGOSTO DE 1931**

Al margen un sello que dice: Poder Ejecutivo Federal.- Estados Unidos Mexicanos.-México. - Secretaría de Gobernación.

El C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, se ha servido dirigirme el siguiente Decreto:

PASCUAL ORTIZ RUBIO, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que en uso de las facultades que le fueron concedidas por Decreto de 2 de enero de 1931, ha tenido a bien expedir el siguiente:

El Código Penal Federal, en su contenido, describe de forma indirecta a la agresión que sin ser delito, tiene la trayectoria de la vida del delito, que debe ser una acción ya sea dolosa y por excepción comisión por omisión, y se identifica con el tema de transcurso de la agresión, expuesto en los siguientes artículos:

**ARTÍCULO 7.** Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.

**ARTÍCULO 8.** Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

**ARTÍCULO 9.** Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

El tratamiento en comparación a la tentativa punible, la agresión, es la ausencia de puesta en peligro, que a diferencia del Código Penal para el Distrito Federal, si hace mención en la tentativa punible y la puesta en peligro al exponer que: “pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado”, si se considera el enunciado, determinado en la causal de exclusión del delito de este ordenamiento, en concreto la legítima defensa, el verbo repeler, existe una indeterminación del inicio de la agresión, debido a que, de acuerdo al plan del autor para fijar los actos ejecutivos, que son los que ponen de forma directa e inmediata, la acción al bien tutelado, es cierto que, de acuerdo al verbo repeler, enunciado en este ordenamiento se considera a la agresión como un comienzo ya de la misma, pero hemos mencionado que los adjetivos real, actual e inminente de tipo cronológicos adosados a la agresión que se desenvuelve en tiempo y espacio determinado, no son de carácter jurídico, por lo cual no determinan el desenvolvimiento de la agresión, como lo marca el artículo 7 del ordenamiento penal federal, citado y el artículo siguiente:

**ARTÍCULO 12.** Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Las causas de exclusión del delito, contienen la base de la teoría tripartita del delito, esto es, para que se considere un delito es necesario que la acción contenga los elementos de típico, antijurídico y culpable, y que las causales enmarcadas en el ordenamiento penal federal, inciden en alguno de estos elementos, ya sean en el tipo, en lo antijurídico o en lo culpable, en el caso de la legítima defensa incide en la antijuridicidad, expresadas en:

## **CAPITULO IV CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO**

**ARTÍCULO 15.** El delito se excluye cuando:

- I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;
- II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;
- III. Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:
  - a) Que el bien jurídico sea disponible;
  - b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
  - c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;
- IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren 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;
- V. Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;
- VI. 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 solo propósito de perjudicar a otro;
- VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere preordenado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior sólo se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 69 Bis de este Código.
- VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;
  - a) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o
  - b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.
  - c) Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;
- IX. Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho; o

X. El resultado típico se produce por caso fortuito.

Nuestro objeto de estudio, se encuentra ubicado en la fracción IV, artículo 15 transcrito, que contiene las siguientes características o elementos:

- 1.- La legítima defensa es de naturaleza jurídica, causal de exclusión del delito o causa de justificación.
2. Procede, ante la agresión que ponga en peligro bienes defendibles propios o ajenos.
- 3.- Necesidad de la defensa, esta característica es de connotación implícita, a la defensa.
- 4.- Racionalidad en los medios empleados. En la doctrina se maneja la racionalidad y proporcionalidad en los medios y daño causado al autor, aunque esto trae consigo, cuestionamientos con relación al exceso, que contiene estos elementos subjetivos, que deben ser verificados por la víctima, pero en un plano de “justicia y orden social”, existe la desproporcionalidad entre agresión y defensa, esto quiere decir que, siendo la agresión, la puesta en peligro y que dicha acción es encaminada con la potencialidad de causar daño o lesionar el bien tutelado, no contiene el deber de cuidado exigido en la víctima.
- 5.- Provocación dolosa suficiente e inmediata. Este elemento de la legítima defensa, no debe contener los adjetivos de dolosa suficiente e inmediata, solo atañe la ausencia de provocación, de lo contrario, la víctima si debe cargar con el carácter de previsibilidad de su defensa.

La crítica a la transcripción de esta causal en lo que toca a “se presume legítima defensa, salvo prueba en contrario”, es obvio que se debe comprobar con los medios adecuados que enmarca la ley adjetiva penal, por otro lado si la legítima defensa parte del principio de bien jurídico y la puesta en peligro es por demás describir las circunstancias por las que se puede activar la legítima defensa, que por regla general la legítima defensa procede ante la agresión.

A diferencia del Código Penal para el Distrito Federal, la causal de caso fortuito, esta derogada, ésta significa que la realización de la acción se lleva a

acabo en el cumplimiento al deber de cuidado aunado a las condiciones y circunstancias de la acción, pero sin embargo, se realizó la acción, produciendo la realización del tipo legal, con la exclusión referida.

Se ha comentado que las causas de exclusión del delito eliminan la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad, pues bien, dentro del contenido del artículo 15 en cuestión se advierte que: en la primer fracción, existe una ausencia de conducta delictiva; la segunda, describe la atipicidad; la tercera, elimina la tipicidad; la cuarta, quinta y sexta eliminan la antijuricidad; la séptima, elimina la culpabilidad por ser antecedente de la inimputabilidad; la octava, elimina la culpabilidad; la novena, elimina la culpabilidad y; la décima, elimina la responsabilidad penal.

El exceso tiene como consecuencia la pena del delito culposo, establecido en el

**ARTÍCULO 16.** Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo.

advierte, entonces un deber de cuidado, como lo establece el:

**ARTÍCULO 60.** En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se impondrá, en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

Las sanciones por delitos culposos sólo se impondrán en relación con los delitos previstos en los siguientes artículos: 150, 167, fracción VI, 169, 199 Bis, 289, parte segunda, 290, 291, 292, 293, 302, 307, 323, 397, 399, 414, primer párrafo y tercero en su hipótesis de resultado, 415, fracciones I y II y último párrafo en su hipótesis de resultado, 416, 420, fracciones I, II, III y V, y 420 Bis, fracciones I, II y IV de este Código.

Cuando a consecuencia de actos u omisiones culposos, calificados como graves, que sean imputables al personal que preste sus servicios en una empresa ferroviaria, aeronáutica, naviera o de cualesquiera otros transportes de servicio público federal o local, se causen homicidios de dos o más personas, la pena será de cinco a veinte años de prisión, destitución del empleo, cargo o comisión e inhabilitación para obtener otros de la misma naturaleza. Igual pena se impondrá cuando se trate de transporte de servicio escolar.

La calificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del juez, quien deberá tomar en consideración las circunstancias generales señaladas en el artículo 52, y las especiales siguientes:

I. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó;

- II. El deber del cuidado del inculpaado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan;
- III. Si el inculpaado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes;
- IV. Si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidado necesarios, y
- V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos.
- VI. (Se deroga).

**ARTÍCULO 61.** En los casos a que se refiere la primera parte del primer párrafo del artículo anterior se exceptúa la reparación del daño. Siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad aprovechará esa situación al responsable de delito culposo.

**ARTÍCULO 62.** Cuando por culpa se ocasione un daño en propiedad ajena que no sea mayor del equivalente a cien veces el salario mínimo se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta. La misma sanción se aplicará cuando el delito culposo se ocasione con motivo del tránsito de vehículos cualquiera que sea el valor del daño.

Cuando por culpa y por motivo del tránsito de vehículos se causen lesiones, cualquiera que sea su naturaleza, sólo se procederá a petición del ofendido o de su legítimo representante, siempre que el conductor no se hubiese encontrado en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos o de cualquiera otra sustancia que produzca efectos similares y no se haya dejado abandonada a la víctima.

Este deber de cuidado sobre la base de los artículos transcritos, contiene:

- 1.- capacidad técnica o profesional, para ejecutar las actividades encomendadas.
- 2.- Prevención y evitación del daño.

Comparado con la defensa, quiere decir que, la víctima debe ser diestro en el manejo de armas y defensa personal para evitar la agresión cumpliendo con el deber de cuidado, debe prever la agresión, pero ésta no es de forma prevenible pues es de forma inesperada, ahora comparado con la agresión ante la justicia y orden social es diametralmente opuesto.

Visto así el exceso basándose en su punibilidad, a título de delito culposo, es de inferir que, dentro de su construcción del exceso no contiene la punibilidad propia o intrínsecamente contiene un deber de cuidado, que no contempla la agresión injusta y que por tal circunstancia es de cuestionar que el autor de acuerdo a la justicia y orden social, no interioriza la norma penal para su cabal cumplimiento.

Por último, el artículo 17 del ordenamiento penal federal dispone:

**ARTÍCULO 17.** Las causas de exclusión del delito se investigarán y resolverán de oficio o a petición de parte, en cualquier estado del procedimiento.

Que a diferencia del Código Penal para el Distrito Federal alude en su artículo 29 párrafo último, “en cualquier estado del proceso”, para hacer un distingo, de acuerdo a la materia procesal diremos que proceso es el continente y procedimiento es el contenido.

No obstante para determinar una causal de exclusión del delito ya sea la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, será preciso que no solamente sea en cualquier estado del proceso, también se requiere que se resuelva desde averiguación previa, mismo criterio es el asentado por Carranca y Trujillo,<sup>234</sup> expuesto en el Congreso Interamericano del Ministerio Público que se llevó a efecto en la Ciudad de México del 12 al 20 de junio de 1963, bajo el Patrocinio de la Procuraduría General de la República, intitulada Función del Ministerio Público en la investigación de los delitos, y cuyos puntos de conclusiones son: a) El Ministerio está facultado para declarar aplicables las excluyentes, cuando estas procedan, así como las excusas absolutorias, con excepción a las causas supraleales que deberán ser analizadas por el Juez; b) Corresponde al Ministerio Público la investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal, siempre que no esté plenamente comprobada una excluyente de responsabilidad.

Conforme al artículo cuarto de la ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, determina que las causas de exclusión en atención a las funciones del Ministerio Público Federal, se investigan y resuelven de oficio desde averiguación previa, lo que confirme el criterio de Carranca y Trujillo, y acentúa, su límite de ser de las causales de exclusión del delito.

---

<sup>234</sup> Raúl Carranca y Trujillo y otro. Código Penal. Anotado. 24ª Ed. Porrúa. México. 2001, págs 106 a 115.

**ARTÍCULO 4**

Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende:

A) En la averiguación previa:

1. Los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;
2. Una vez agotadas todas las diligencias y los medios de prueba correspondientes, no se acredite el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado;
3. La acción penal se hubiese extinguido en los términos de las normas aplicables;
4. De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión del delito, en los términos que establecen las normas aplicables;
5. Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito por obstáculo material insuperable, y
6. En los demás casos que determinen las normas aplicables.

B) Ante los órganos jurisdiccionales:

...e) Formular las conclusiones en los términos señalados por la ley y solicitar la imposición de las penas y medidas de seguridad que correspondan y el pago de la reparación de los daños y perjuicios o, en su caso, plantear las causas de exclusión del delito o las que extinguen la acción penal;

### **4.1.3 Código Penal para el Distrito Federal.**

**ULTIMA REFORMA APLICADA POR DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DEL  
DISTRITO FEDERAL DE FECHA 06 DE OCTUBRE DE 2004.**

**NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

**ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL**

**DECRETO DE NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

(Al margen superior izquierdo un escudo que dice: **CIUDAD DE MÉXICO.- JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL**)

**DECRETO DE NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

**ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR**, Jefe de Gobierno del Distrito Federal, a sus habitantes sabed:

Que la Honorable Asamblea Legislativa del Distrito Federal, II Legislatura, se ha servido dirigirme el siguiente:

**DECRETO**

(Al margen superior derecho dice: Nuevo Código Penal para el Distrito Federal y al centro el escudo nacional que dice: ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- **ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL.- II LEGISLATURA**)

**LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, II LEGISLATURA****DECRETA:****NUEVO CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**

El nuevo Código para el Distrito Federal contiene el principio de legalidad, que es el límite constitucional, expuesto en el tema anterior y enmarcado en el artículo primero de este ordenamiento y al igual existen otros que son propios al derecho penal pero en función al límite constitucional, como son: el principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva; Prohibición de la responsabilidad objetiva; Principio del bien jurídico y de la antijuricidad material; principio de culpabilidad y; principio de la jurisdiccionalidad, entre otros tantos, que son consagrados en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de este ordenamiento en estudio.

**LIBRO PRIMERO****DISPOSICIONES GENERALES****TÍTULO PRELIMINAR****DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS PENALES**

**ARTÍCULO 1** (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente establecidas en ésta.

**ARTÍCULO 2** (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.

La ley penal sólo tendrá efecto retroactivo si favorece al inculpado, cualquiera que sea la etapa del procedimiento,

incluyendo la ejecución de la sanción. En caso de duda, se aplicará la ley más favorable.

**ARTÍCULO 3** (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes, deben realizarse dolosa o culposamente.

**ARTÍCULO 4** (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.

**ARTÍCULO 5** (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquéllas pudieran alcanzarse.

**ARTÍCULO 6** (Principio de la jurisdiccionalidad). Sólo podrán imponerse pena o medida de seguridad por resolución de autoridad judicial competente, mediante procedimiento seguido ante los tribunales previamente establecidos.

Un primer acercamiento, de la legítima defensa que se activa o surge atento a una agresión y retomando el principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material, es de subrayar que la agresión es la puesta en peligro de riesgo de lesión o daño a un bien defendible y que por ello es considerada delictiva la agresión de acuerdo al artículo 4 del ordenamiento penal mexicano, es por ello que la agresión en su forma de comisión será por una acción y por excepción una omisión por comisión, tal como lo determinan los artículos 15 y 16 de este ordenamiento.

En lo relativo al tema de trascurso de la agresión expuesto, es de importancia el artículo 17, que establece:

**ARTÍCULO 17** (Delito instantáneo, continuo y continuado). El delito, atendiendo a su momento de consumación, puede ser:

- I. Instantáneo: cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos los elementos de la descripción legal;
- II. Permanente o continuo: cuando se viola el mismo precepto legal, y la consumación se prolonga en el tiempo; y

III. Continuado: cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas e identidad de sujeto pasivo, se concretan los elementos de un mismo tipo penal.

Pero con la salvedad de que la agresión conserva su distinción con el delito, pero si forma parte de éste, en el sentido de que una vez realizada la agresión en su totalidad se genera un tipo penal en específico, que solo basta la puesta en peligro, y que la agresión tiene los caracteres de instantáneo, permanente o continuo o continuado, según la acción del autor y plan determinado por éste. La agresión sin ser delito se compara con el delito de tal suerte que comparte la vida del delito y en referencia a la antijuridicidad material invocado en el principio del artículo cuarto es punible la puesta en peligro, aunado en la tentativa punible que contemplan los artículos 20 y 21 de este ordenamiento.

**ARTÍCULO 20** (Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

**ARTÍCULO 21** (Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para éste.

La naturaleza jurídica de la legítima defensa, es sin lugar a dudas una causa de justificación, que elimina la antijuridicidad, esto es, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, ubicada en el artículo 29, denotando solamente que el título de causas de exclusión del delito, es entendido en su concepción que elimina la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de acuerdo a la teoría tripartita del delito, y es cierto que dentro de estas existen causales que pueden eliminar la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, pero ninguna de ellas elimina las tres características del delito a la vez, y que el término apropiado es causas de justificación, debido a que, en el caso de exclusión de la tipicidad (atipicidad), propiamente no existe delito y la frase exclusión del delito, presupone la relación entre hecho y norma, pero no delito propiamente así tenemos que:

## CAPÍTULO V

### CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO

**ARTÍCULO 29** (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

I (Ausencia de conducta). La actividad o la inactividad se realice sin intervención de la voluntad del agente;

II. (Atipicidad) Falte alguno de los elementos que integran la descripción legal del delito de que se trate;

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

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer

fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

IV. (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

V. (Estado de necesidad). 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 sujeto, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI. (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo;

VII. (Inimputabilidad y acción libre en su causa). Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que

el sujeto hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación.

Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código.

VIII. (Error de tipo y error de prohibición). Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible, respecto de:

a) Alguno de los elementos objetivos que integran la descripción legal del delito de que se trate; o

b) La ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto en el artículo 83 de este Código.

IX. (Inexigibilidad de otra conducta). En atención a las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al sujeto una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido conducir conforme a derecho.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.

Ahora bien el catálogo de causas de exclusión del delito es:

1.- Ausencia de conducta: La falta de intervención de la voluntad significa que no existe acción u omisión delictiva, o sea, no existe delito esto en atención con el:

**ARTÍCULO 18** (Dolo y Culpa). Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

2.- Atipicidad. Solo describe al elemento negativo del delito.

3.- Consentimiento del titular. Aquí se manifiesta claramente la atipicidad por la ausencia del elemento de tipo en el delito.

4.- Legítima defensa. Nuevamente se hace hincapié en la agresión y en sus características cronológicas, que lejos de ser elementos jurídicos son tautológicos, y de forma didáctica que no logran entender que la agresión es la

puesta en peligro. Que el término de repeler es referente a lo actual, y lo real sinónimo de actual y lo inminente relativo a la prevención; para una mejor comprensión relativa a la puesta en peligro que genera la agresión, y dejando claro que la prevención es propia del Estado a través de sus órganos y no solo de parte del Estado.

El carácter de sin derecho, es innecesario, puesto que, la agresión en atención al principio de bien jurídico y antijuridicidad material, solo basta con la puesta en peligro, para que la acción sea delictiva y punible en razón de la tentativa punible.

La provocación ya analizada, y confrontada ahora, es de entender que es innecesario los adjetivos de dolosa, suficiente e inmediata, basta que sea la ausencia de provocación, esto es, que la víctima no provoque la agresión, que de ser así, tiene la obligación de prever la consecuencia de su acto, más no así el que es ajeno a la provocación.

La crítica a la redacción es, si se presume legítima defensa es obvio que, se debe comprobar con los medios adecuados que enmarca la ley adjetiva penal, por otro lado si la legítima defensa parte del principio de bien jurídico y la antijuridicidad material es por demás describir las circunstancias por las que se puede activar la legítima defensa, que por regla general la legítima defensa procede ante la agresión.

5.- Estado de necesidad. La primera connotación se refiere ante la agresión y peligro que ambas comparten los caracteres de real actual o inminente, ya analizado, solo que, la agresión es para la legítima defensa y el peligro es para el estado de necesidad, esta separación obedece a que mientras que en la legítima defensa lo importante para que surja la exclusión del delito es indispensable, la agresión que es detonante para que exista la necesidad de defensa, en cambio para el estado de necesidad es la situación de peligro sin

importar el escenario que genero ese peligro, pero resulta confuso, a la vez que, agresión y peligro son recíprocos, no puede haber peligro sin agresión y a la inversa no existe agresión sin peligro, y por último, tanto la legítima defensa como el estado de necesidad si se quiere ver así, surgen en coetaneidad con el peligro emanado ya sea de la agresión o de cualquier otra circunstancia causa natural, propia del estado de necesidad.

6.- Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. En la primera se refiere a la relación de subordinación y en la segunda es obvio que el ejercicio de un derecho, no exista obstáculo para ejercerlo.

7.- Inimputabilidad y acción libre en su causa. Es el presupuesto de la culpabilidad, en presencia de la inimputabilidad, lo que elimina es la culpabilidad y el tratamiento de los inimputables ya sea permanente o temporal esta verificado en el CAPÍTULO XI. TRATAMIENTO DE INIMPUTABLES O DE INIMPUTABLES DISMINUIDOS. (artículos 62 a 66).

8.- Error de tipo y error de prohibición. Estos elementos son propios de la culpabilidad, existiendo en ambos lo vencible y lo invencible que recaiga en los elementos del tipo o de la acción por desconocimiento o justificación. Si es vencible se estará a lo dispuesto en el:

**ARTÍCULO 83** (Punibilidad en el caso de error vencible). En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate. Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito.

9. - Inexigibilidad de otra conducta: “La misma ofrece al juzgador un fundamento objetivo de ciertas hipótesis que excluyen legalmente al delito, como

ejemplo el miedo grave e insuperable<sup>235</sup> para su adecuada regulación se debe de estar atento a lo dispuesto en el artículo:

**ARTÍCULO 62** (Medidas para inimputables). En el caso de que la inimputabilidad sea permanente, a la que se refiere la fracción VII del artículo 29 de este Código, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad, previo el procedimiento penal respectivo. En el primer caso, el inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento durante el tiempo necesario para su curación, sin rebasar el previsto en el artículo 33 de este Código.

- Si se trata de trastorno mental transitorio se aplicará la medida a que se refiere el párrafo anterior si lo requiere, en caso contrario, se le pondrá en absoluta libertad. Para la imposición de la medida a que se refiere este Capítulo, se requerirá que la conducta del sujeto no se encuentre justificada.

En caso de personas con desarrollo intelectual retardado o trastorno mental, la medida de seguridad tendrá carácter

terapéutico en lugar adecuado para su aplicación. Queda prohibido aplicar la medida de seguridad en instituciones de reclusión preventiva o de ejecución de sanciones penales, o sus anexos.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso. Pero no obstante para determinar una causal de exclusión del delito ya sea la tipicidad, antijuricidad o culpabilidad, será preciso que no solamente sea en cualquier estado del proceso, esto es, que se resuelva desde averiguación previa, mismo criterio es el asentado por Carranca y Trujillo.<sup>236</sup>

Si en los casos de las fracciones IV, V y VI de este artículo el sujeto se excediere, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código. Que las causales a que se refiere la redacción, y admite la concurrencia de causas de justificación cuya solución es la relación de especialidad o subsidiariedad respecto al exceso, que son: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, pero solo nos ocuparemos de la legítima defensa y el exceso.

---

<sup>235</sup> Díaz de León, Marco Antonio. Código Penal Para el Distrito Federal. Comentado. 2ª Ed. Porrúa. México 2002, pág 76.

<sup>236</sup> Ibidem, Raúl Carranca y Trujillo, págs 106 a 115.

**ARTÍCULO 83** (Punibilidad en el caso de error vencible). En caso de que sea vencible el error a que se refiere el inciso a), fracción VIII del artículo 29 de este Código, la penalidad será la del delito culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización. Si el error vencible es el previsto en el inciso b) de la misma fracción, la penalidad será de una tercera parte del delito que se trate. Al que incurra en exceso, en los casos previstos en las fracciones IV, V y VI del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito de que se trate, siempre y cuando con relación al exceso, no exista otra causa de exclusión del delito

Partimos, que el exceso en su construcción contiene el deber de cuidado, esto obedece a que su punibilidad será la del tipo culposo, igual construcción acontece en el ámbito federal, si comparamos a la agresión y defensa a la luz de la justicia y orden social emanados de la norma jurídica, se constata que existe desproporcionalidad entre agresión y defensa, eso sin agregar que en ocasiones la agresión que forma parte del delito, se presenta con las calificativas de ventaja, traición, alevosía, por el medio empleado, saña, o en estado de alteración voluntaria, descripciones verificadas en el artículo 138 de este ordenamiento, y como punto importante para la legítima defensa es que no se considera ventaja de la víctima en el supuesto de defensa.

**ARTÍCULO 138.** El homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña o en estado de alteración voluntaria.

#### I. Existe ventaja:

- a) Cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se halla armado;
- b) Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él;
- c) Cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido; o
- d) Cuando éste se halla inerme o caído y aquél armado o de pie.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuere el agredido y además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia.

II. Existe traición: Cuando el agente realiza el hecho quebrantando la confianza o seguridad que expresamente le había prometido al ofendido, o las mismas que en forma tácita debía éste esperar de aquél por las relaciones de confianza real y actual que existen entre ambos;

III. Existe alevosía: Cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso, o empleando acechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer;

IV. Existe retribución: Cuando el agente lo cometa por pago o prestación prometida o dada;

V. Por los medios empleados: Se causen por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, o bien por envenenamiento, asfixia, tormento o por medio de cualquier otra sustancia nociva para la salud;

VI. Existe saña: Cuando el agente actúe con crueldad o con fines depravados; y

VII. Existe estado de alteración voluntaria: Cuando el agente lo comete en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

#### **4.1.4 Código Federal de Procedimientos Penales.**

Dentro del ordenamiento adjetivo a la materia penal encontramos, las siguientes disposiciones que se relacionan con las causas de justificación denominadas causas de exclusión del delito y se determina que el Ministerio Público Federal, dentro de sus funciones conforme al artículo cuarto de la ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que las causas de exclusión se investigan y resuelven de oficio desde averiguación previa, lo que confirme el criterio de Carranca y Trujillo, y acentúa, su límite de ser de las causales de exclusión del delito, o sentido amplio, causas de justificación.

#### **TITULO SEGUNDO - Averiguación previa CAPITULO III - Consignación ante los tribunales**

**ARTÍCULO 134.** En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.

No obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del

derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código.

Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto, y se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente. El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquélla al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.

En caso de que la detención de una persona exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política citada, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez..

En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los preceptos de este Código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del tipo penal, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.

## **TITULO TERCERO**

### **CAPITULO ÚNICO - Acción penal**

#### **ARTÍCULO 137**

El Ministerio Público no ejercerá la acción penal:

- I. Cuando la conducta o los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la Ley Penal;
- II. Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél;
- III. Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;
- IV. Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal; y
- V. Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.

## **TITULO CUARTO - Instrucción**

### **CAPITULO III - Autos de formal prisión, de sujeción a proceso y de libertad por falta de elementos para procesar**

#### **ARTÍCULO 161**

Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos:

- I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar.
- II. Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad;
- III. Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado; y
- IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

El plazo a que se refiere el párrafo primero de este artículo, podrá prorrogarse por única vez, hasta por setenta y dos horas, cuando lo solicite el indiciado, por sí o por su defensor, al rendir su declaración preparatoria, o dentro de las tres horas siguientes, siempre que dicha prórroga sea con la finalidad de aportar y desahogar pruebas para que el juez resuelva su situación jurídica.

El Ministerio Público no podrá solicitar dicha prórroga ni el juez resolverá de oficio; el Ministerio Público en ese plazo puede, sólo en relación con las pruebas o alegatos que propusiere el indiciado o su defensor, hacer las promociones correspondientes al interés social que representa.

La prórroga del plazo se deberá notificar a la autoridad responsable del establecimiento en donde, en su caso, se encuentre internado el indiciado, para los efectos a que se refiere el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

Adicionalmente, el auto de formal prisión deberá expresar el delito que se le impute al indiciado, así como el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución.

**TITULO QUINTO - Disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción**  
**CAPITULO I - Comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado**

**ARTÍCULO 168**

El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

De los artículos, transcritos señalamos que:

1. - Existe una excepción, ante las causales de justificación señalado en el artículo 134 indicado y en relación con artículo 15 del Código sustantivo de la materia, situado en el artículo 15 fracción II, que dice:

**ARTÍCULO 15.** El delito se excluye cuando:

II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

A pesar de que existe la causal de exclusión debidamente acreditada por los medios de prueba previstos en la ley, en averiguación previa, se ejercita la acción penal, en tanto que, la causal de exclusión del artículo 15 fracción II, no hace distingo entre elementos objetivos o elementos subjetivos del tipo.

2. - Que el Ministerio Público Federal, no ejercitará acción penal, cuando el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.

3. - Dentro del plazo constitucional, el juez de la causa penal, dictará auto de formal prisión siempre que no exista plenamente acreditada alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

4. - la comprobación del delito y la probable responsabilidad del inculpado son acreditará como base del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público Federal, siempre que no exista alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

**4.1.5 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.**

**REFORMAS: 30**

ULTIMAS REFORMAS APARECIDAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EN: 12-V-1938, 26-VI-1941, 24-III-1944, 6-XII-1965, 6-XII-1965, 19-III-1971, 23-XII-1974, 29-XII-1981, 4-I-1984, 3-I-1989, 31-X-1989, 8-I-1991, 21-I-1991, 24-XII-1991, 30-XII-1991, 10-I-1994, 22-VII-1994, 13-V-96 y 30-XII-1997.

APARECIDAS EN LA GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL EN: 3-V-1999, 17-IX-1999, 8-VI-2000, 24-VIII-2000, 11-XI-2002, 15-V-2003, 04-VI-2004, 10-IX-2004, 15-IX-2004; 27-X 2004 y 28-I-2005.

Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de agosto de 1931.

Al margen un sello que dice: Poder Ejecutivo Federal.- Estados Unidos Mexicanos.- México. Secretaría de Gobernación.

El C. Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, se ha servido dirigirme el siguiente decreto:

PASCUAL ORTIZ RUBIO, Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que en uso de las facultades extraordinarias que me fueron concedidas por decreto del H. Congreso de la Unión, el 2 de enero de 1931, he tenido a bien expedir el siguiente:

**CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL:**

Para iniciar el estudio de las causas de justificación en el ordenamiento penal adjetivo es necesario recordar que las causas de licitud derivan de la norma penal sustantiva y de la Constitución situada en la cúspide, y de ahí su legitimación no solo de la legítima defensa, también de aquellas que eliminan el injusto penal o de las que impiden el nacimiento del delito en sí y; que el Ministerio Público, su función es, comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado con base a la acción penal o bien comprobar la existencia de una causa de licitud, enmarcado en los artículos 3, 3bis, 4, 5, 6, 7, y 8, del ordenamiento procesal adjetivo a la materia penal citado. Las funciones del Ministerio Público se expresan en lo referente a las causas de justificación, en la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, en la fracción X del artículo tercero, este precepto, en la que estatuye con claridad que el Agente del Ministerio Público, debe acreditar con los medios de prueba la existencia de causas de justificación o causa de licitud, y con el Procurador de Justicia o subprocurador resolver en definitiva los casos en que proceda el no ejercicio de la acción penal.

**TITULO PRIMERO**  
Reglas generales  
**CAPITULO I**  
**ACCION PENAL**

**Artículo 3o.** - Corresponde al Ministerio Público:

I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando el mismo aquellas diligencias;

II. Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio, sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades;

III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 de este Código la detención o retención según el caso, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión;

IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite;

V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado;

VI. Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable, y

VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda.

**Artículo 3o Bis.**- En las averiguaciones previas en que se demuestre plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, se actuará de conformidad con lo siguiente:

I. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa con detenido, dentro del plazo a que se refiere el artículo 268 Bis de este Código, el Ministerio Público, previa autorización del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, determinará el no ejercicio de la acción penal y ordenará la libertad inmediata del detenido.

Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad bajo las reservas de ley, sin perjuicio de que la indagatoria continúe sin detenido.

II. Siempre que se trate de la integración de una averiguación previa sin detenido, se seguirán los plazos y formalidades a que se refiere este Código para la integración de las averiguaciones previas en general.

En cualquiera de los casos a que se refiere este artículo, la determinación del no ejercicio de la acción penal se notificará al querellante, denunciante u ofendido, mediante notificación personal, para el ejercicio, en su caso, del derecho a que alude el cuarto párrafo del artículo 21 Constitucional.

**Artículo 4o.** - Cuando de la averiguación previa no aparezca detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará todas las diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 constitucional para obtener la orden de aprehensión.

**Artículo 5o.** - (Se deroga).

**Artículo 6o.** - El Ministerio Público pedirá al Juez la aplicación de la sanción correspondiente al caso concreto de que se trate o la libertad del procesado, sea por que el delito no haya existido, sea por que, existiendo, no sea imputable al procesado o por que exista a favor de éste alguna de las causas de exclusión del delito previstas en el Capítulo V, Título Segundo, Libro Primero del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal o alguna de las circunstancias de extinción de la pretensión punitiva a que se refiere el Título Quinto del Libro Primero de dicho ordenamiento.

**Artículo 7o.** - En el primer caso del artículo anterior, el Ministerio Público presentará sus conclusiones, en las que, después de hacer resumen de los hechos que aparezcan comprobados en el proceso, fijará con precisión las disposiciones penales que, a su juicio, sean aplicables.

**Artículo 8o.** - En el segundo caso del artículo 6, el agente del Ministerio Público presentará al juez de los autos su promoción, en la que expresará los hechos y preceptos de derecho en que se funde para pedir la libertad del acusado.

En específico, las causas de justificación, en primer momento procesal deben ser analizadas y resueltas por el Ministerio Público, y en segundo momento por la autoridad judicial que conoce del caso, tal condición se encuentra en:

Artículo 122. - El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

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

## **4.2 Culpabilidad.**

La panorámica de la culpabilidad contemporánea, se encuentra en fase cuestionable, en su contenido normativo, pero antes de ello haremos una síntesis de la evolución doctrinaria de la culpabilidad, para situar a detalle el tema “*ausencia de culpa en el exceso de la legítima defensa*”, que como punto de partida, se divide en dos partes: la primera, “*ausencia de culpa en el exceso*”; la segunda, “*de la legítima defensa*”, esta última ya analizada, para poder determinar en que lugar se encuentra la culpa con la evolución doctrinaria de la culpabilidad, y establecer los criterios en los cuales exime de responsabilidad penal a la víctima.

La culpabilidad en su sentido etimológico, *culpabilitis*, se aplica a quien se puede echar la culpa, o en otro sentido la fuerza moral del delito, causalidad psíquica o atribuibilidad, los alemanes la designaron *Shuld*, los italianos *colpavolezza*, los ingleses *culpability*, brasileños y latinoamericanos *culpabilidad*. Dentro de la evolución histórica de la teoría del delito y en la concepción clásica normativa (representantes, Von Liszt y Beling) la culpabilidad, es un juicio de reproche al autor por haber realizado un hecho típico y antijurídico, en la parte subjetiva de esta teoría es la que corresponde a la culpabilidad con sus especies dolo y culpa. El finalismo, ( Welzel y otros) refiere los elementos de la culpabilidad

a la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad, ahora el dolo pasa al elemento de la tipicidad, conservando el juicio de reproche al autor, utiliza el concepto normativo de culpabilidad e indica los caminos para determinar a ésta. La exposición de referencia de la evolución doctrinaria de la culpabilidad realizada por el Doctor Daza,<sup>237</sup> deja claro que el funcionalismo con su principal expositor Claus Roxín, pone en tela de juicio la culpabilidad normativa, es decir, propone un cambio en la fundamentación de la culpabilidad al señalar que se supera la pugna entre libre albedrío y determinismo, aportando la imputación personal, sustentada en la prevención general como fin de la pena y manifiesta su opinión en el mismo sentido de conservar parte del fundamento ontológico combinado con el funcionalismo. Precisamente “en la culpabilidad es donde difiere el funcionalismo del finalismo, con respecto a “libre albedrío”, “actuar de otro modo”, “obrar en el sentido de la ley”, que el funcionalismo determina que es ficción imposible de verificar y científicamente insostenible, por lo cual, la culpabilidad es, la situación de demostrar la necesidad de imponer la pena”<sup>238</sup>.

La culpa, en relación con la doctrina finalista se encuentra en la tipicidad, en concreto en el tipo subjetivo, conservando sus rasgos ofrecidos por la teoría causalista normativa. El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se obtiene se viola un deber de cuidado, que configuran a los tipos culposos como tipos abiertos, es decir, que deben ser complementados por otra norma, a diferencia de que en el dolo lo típico es la conducta en razón de ser finalidad; en tanto que en la culpa lo es la conducta, pero en razón del planteamiento de la causalidad para la obtención de la finalidad propuesta, que es la limitación a la tipicidad objetiva, pero que se halla dentro del tipo objetivo, de lo contrario se reduce el tipo culposo a un conjunto de elementos normativos y subjetivos.

---

<sup>237</sup> Cfr, Daza Gómez, Carlos. Teoría General del Delito. 2ª Ed. Cárdenas. México. 2001. págs 41, 44,49, 50, 163, 169.

<sup>238</sup> Op cit, Orellano, pág 376.

La causalidad y violación al deber de cuidado encuentran su relación en la determinación y producción de resultado con base a elementos normativos impuestos por un proceso cultural de la persona, así tenemos que la negligencia (latín- *neglectio*, descuido), imprudencia (latín- *imprudens*, ignorancia), impericia (latín- *imperitia*, falta de experiencia) y la inobservancia de reglamentos (regulación de ciertas actividades) son parte normativa del deber de cuidado concentrado en el tipo culposo, y proyectado a la defensa es cuestionable la postura, en la que en base de elementos normativos, en los que la víctima debe ser diestro en el manejo de armas y defensa personal, para afrontar la agresión (puesta en peligro), que es imprevisible y por ende inevitable.

La exposición realizada por el penalista Daza<sup>239</sup> respecto a la culpa enfatiza el contenido del deber de cuidado y reproche de la acción por no prever la culpa, ahora bien confrontado con el exceso, que remite tanto en la doctrina como en la legislación mexicana, al tipo culposo, con la salvedad de que solo es para determinar la pena, pero realmente se equipara al exceso con el tipo culposo, que contiene el deber de cuidado y no es posible que coexistan por un lado la culpa que contiene un deber de cuidado y el exceso con deber de cuidado, lo que debe ser es que solo debe existir la culpa con un deber de cuidado y el error de prohibición ya sea vencible o invencible, con lo que el término de exceso es por demás en la construcción de la defensa legitimada en el derecho.

El juicio de reproche, que es la base de la culpabilidad normativa, esta basada en el deber, que arroja a la capacidad de conocimiento de la culpabilidad (imputabilidad), la conciencia de la antijuricidad, y la exigibilidad, que estos elementos caen en el indeterminismo de acuerdo al funcionalismo, pero que es la pauta para determinar a la inculpabilidad en su aspecto negativo de la culpabilidad o bien la disminución de la capacidad de conocimiento, en otras palabras “la

---

<sup>239</sup> Cfr, Op cit, Daza, págs 327 a 345.

antijuricidad es el desvalor del hecho y presupuesto de la culpabilidad y esta es el reproche del hecho.”<sup>240</sup>

### **4.3 Imputabilidad.**

Como se puede apreciar en líneas anteriores la exposición sobre la culpabilidad tiene elementos diversos que caracterizan a la culpabilidad, ya sea al comienzo, de forma intermedia o al final de su construcción, en el caso de la imputabilidad que es presupuesto de la culpabilidad y forja a la primera, en la capacidad del sujeto para comprender la naturaleza penalmente prohibida de su conducta y autodeterminarse en consecuencia, por lo cual la imputabilidad no solo fundamenta a la culpabilidad, también al dolo y es necesario que el sujeto tenga la capacidad de comprender y decidir, salvo sea inducida la inimputabilidad por dolo o culpa, solo así se podrá tener “conciencia” de la ilicitud penal de la conducta que realicen y ser posible no decidir conforme a derecho. Por lo que la imputabilidad se basa en dos categorías capacidad de comprender la ilicitud y conciencia del injusto, y consiste alternadamente en conocer la ilicitud penal de la conducta o en la posibilidad razonable de conocer la ilicitud penal. La conciencia del injusto se traspasa del derecho Civil o Administrativo al Derecho Penal, pero a diferencia de las materias citadas, es necesario acreditar en primer término el presupuesto racional, lo que no sucede en materia penal. Lo que agrava aun el problema es la diferencia de cultura y economía, que trastocan el nivel de conocimiento y conciencia del injusto. El sentir del autor Berchemann,<sup>241</sup> es de gran importancia, en virtud de que efectivamente la cultura y economía en el caso de México no son equiparables, a la de Alemania por ejemplo, y en otro punto importante, de la reflexión del autor, es la que se encuadra en la racionalidad o capacidad de entender la ilicitud e injusto, debido a que no existe forma alguna enmarcada en el derecho penal para advertir de forma directa y concreta esta condición apuntada en la imputabilidad, solo su cuño de referencia son las

---

<sup>240</sup> Op cit, Hans, pág 452.

<sup>241</sup> Cfr, Op cit, Berchemann págs 957 a 962.

posibilidades o probabilidades para que el individuo se conduzca en ese sentido, lo cierto es que, mientras un individuo arremete, con potencial de ilicitud, otro debe tener la carga de conciencia del injusto y capacidad de comprender la ilicitud y el resultado es desigualdad en un Estado de Derecho. Por ello, la problemática de la constatación de la imputabilidad “no es pasible de percepción, sobre todo por terceras personas, e incluso la propia conciencia de la capacidad de culpabilidad no es un criterio fidedigno de su existencia, puesto que ha menudo enfermos mentales graves defienden obstinadamente su imputabilidad.”<sup>242</sup>

#### **4.4 Inculpabilidad en la acción de repeler la agresión.**

La capacidad de conocimiento del deber, sustentado por la culpabilidad normativa es destruida o viciada por el error, en la que el sujeto, teniendo esa capacidad de conocimiento es viciado la voluntad porque altera las condiciones de libre expresión de la propia personalidad, en sentido esquemático se comienza a realizar el distingo entre error de tipo y error de prohibición, el primero se refiere a una circunstancia objetiva del tipo, carencia o falta de representación de cualquier elemento del tipo legal que excluye el dolo, el segundo, atañe a la antijuricidad del hecho, supone conocimiento pleno de la realización del tipo, pero cree erróneamente que está permitido o existe una causa de justificación, sea por desconocimiento o interpretación mal de la norma, el planteamiento de Soler<sup>243</sup> es acertado, en cuanto a que el conocimiento del autor se vicia y altera su conducta que incide en el hecho y demuestra que la capacidad de conocimiento de la antijuricidad, imputabilidad y culpabilidad no es del todo preciso en el individuo o bien la “inculpabilidad es la anormalidad de la motivación.”<sup>244</sup> Pero se discute sobre el tratamiento que haya de darse al error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, evolución dada del error de hecho y del error de

---

<sup>242</sup> Welzel, Hans. El nuevo Sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. 1ª ED. IB de F. España. 2001. pág 146.

<sup>243</sup> Soler, Sebastián. Derecho Penal argentino. Tomo II. 10ª Ed, Tipográfica. Buenos Aires. 1992. págs 98 y 99.

<sup>244</sup> Silva, Sánchez Jesús María. Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo. S/e. Bosch. España. 2002. pág 412.

derecho (romanos), sin embargo, al paso de la evolución del derecho penal, tiene significado el desconocimiento por el autor de la ilicitud de su hecho, el jurista Calderón<sup>245</sup> incide con el mismo criterio que pone de manifiesto que el pleno conocimiento de la culpabilidad no es dable en el individuo. Que como aspecto negativo del delito, la culpabilidad es la inculpabilidad, que implica la ausencia de voluntad de contenido típico, por imposición de circunstancias ajenas a la voluntad, por lo que excluye el dolo y culpa, la no-exigibilidad de otra conducta, y en el segundo error esencial e insuperable. Con la aportación del jurista mexicano Quintanilla,<sup>246</sup> y las anteriores queda sustentado el esquema de la culpabilidad e inculpabilidad, y que por un lado tenemos que la culpabilidad de acuerdo a la corriente causalista normativa es la base de juicio de reproche, en relación con la capacidad de conocimiento (imputabilidad) y conciencia del injusto penal, (antijuridicidad y tipicidad) pero que el finalismo aduce que, la culpabilidad es la comprobación de la necesidad de aplicar la pena, y que por otro lado estos criterios basados en la realidad social y el derecho que forma parte de esta, debe tomar en cuenta estos factores para aplicar la pena por medio de los órganos del Estado, y que deja claro que la figura del exceso, en la legítima defensa, solo configura confusión al momento de verificar la causal de licitud.

#### **4.4.1 Elementos normativos.**

Los elementos normativos requieren de un determinado juicio de valor, partir de la idea asentada y retomando la postura de inculpabilidad, que es la ausencia de conciencia del injusto penal, y capacidad de conocimiento, el juicio de valor implicado en la culpabilidad deja de hacer efecto en circunstancias ajenas que propician el actuar de la víctima para que su conducta siendo ilícita sea excluida por inculpabilidad, pero advierte esta postura negativa, la contradicción, porque retoma el juicio de reproche sustentado en factores indemostrables, lo cierto es

---

<sup>245</sup> Calderón Cerezo, A. Y otro. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. 1ª Ed. Bosch. Barcelona. 1999. pág 132.

<sup>246</sup> Cfr, Op cit, Quintanilla 384 y 385.

que este aspecto negativo, se ve enfatizado por la característica de la no exigibilidad de otra conducta, determinada por circunstancias ajenas al proceder de la víctima o defensor y la defensa en la que se actúa es con la voluntad de repeler la agresión.

#### **4.4.2 Elementos subjetivos.**

Los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada y que “constituyen cuestiones centrales de la Teoría General del Delito, en el ámbito probatorio.”<sup>247</sup> Ahora bien traspasado al tema de inculpabilidad, en su aspecto negativo de la culpabilidad, encontramos a la víctima, que es asechada por la agresión, que no es tal, pero debido a las circunstancias ajenas su representación en la víctima, verifica la agresión, que da origen al error de prohibición invencible y que “es inútil desde el punto de vista de la prevención general y especial..., la aplicación de la pena,”<sup>248</sup> pero para Cerezo Mir no lo es, ya que debe aplicarse la pena en atención a la prevención especial, de lo que resulta polémico sobre la teoría del error es que por un lado existe la teoría estricta de la culpabilidad que incluye ambos casos de error y en la teoría restringida de la culpabilidad hace un distinguo en el resultado y trata el error acerca de las circunstancias del hecho de una causal de justificación viendo un error de prohibición solo en el caso de una causal de justificación inexistente y con mayor acierto la segunda es la más generalizada, pero sin solución satisfactoria entre ambas, y que Maurach<sup>249</sup> se inclina por la segunda. A manera de conciliación se tiene que los elementos subjetivos, que para su acreditación deben ser de acuerdo al supuesto tipo de delito realizado por la víctima, es decir, elementos subjetivos específicos, y como es de entender las características de la legítima defensa, es activada por la puesta en peligro, ajena al actuar de la víctima, luego entonces, los elementos subjetivos no se actualizan y

---

<sup>247</sup> Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. 14ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. pág 41.

<sup>248</sup> Cerezo Mir, José. Temas fundamentales de Derecho Penal. Tomo I. 1ª Ed. Rubizal. Argentina. 2001. págs 422 y 423.

<sup>249</sup> Maurach, Reinhart. Derecho Penal. Parte General. 1. 7ª ED. Astrea. Buenos Aires. 1994. Págs 660 y 661.

como obligación del Ministerio público debe acreditar los elementos subjetivos específicos si la descripción normativa así lo determina, en atención al artículo. 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito federal.

#### **4.4.3 Elementos Objetivos.**

Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser advertidos con la sola aplicación de los sentidos. Referido al tema de ausencia de culpa, es de entender que ante la puesta en peligro de la agresión, es la primera impresión que tiene la víctima ante la zozobra de la puesta en peligro, y por ende acciona la necesidad de la defensa, por un lado, existe la exclusión de la antijuridicidad, que es la que opera válidamente, por que reúne las condiciones normativas de permisión de exclusión del delito caso concreto eliminación del dolo por legítima defensa, y por otro lado, exclusión de la culpa por estar en presencia del aspecto negativo de la culpabilidad, la inculpabilidad, que reúnen ambas tanto la exclusión de dolo y culpa, es decir, unifica el criterio ex ante y ex post, el primero referido a los sentidos propios de la víctima ante la agresión; el segundo, es la objetivación con base a las pruebas aportadas que acredita la causal de licitud ante el Ministerio Público.

#### **4.5 Inimputabilidad en la acción de repeler la agresión.**

La capacidad de conocimiento o motivación es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber, por el contrario, la exclusión a esa capacidad en sentido estricto, es la inimputabilidad, formando así el criterio mixto, biológico-normativo, ofrecido por Bacigalupo<sup>250</sup> que también realiza una clasificación del criterio mixto apuntado. La circunstancia de minoridad, excluye la responsabilidad de los menores de cierta edad, esto en atención a la legislación penal de cada país, basado en la fórmula biológica pura de la imputabilidad, por

---

<sup>250</sup> Cfr, Bacigalupo, Enrique. Derecho Penal. Parte General. 2ª Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1987. págs 275 a 282.

otra parte tenemos los presupuestos biológicos derivados de enfermedad mental, que incluye desde el punto de vista jurídico las psicosis tanto de origen exógeno como endógeno, la ebriedad (3/00° de alcohol en la sangre), en las endógenas se encuentra la esquizofrenia y la locura maniaco-depresiva; y clasificaciones de enfermedades mentales por sus síndromes. De lo cual se advierte que, se trata de situaciones en las que se comprueba la grave perturbación de la personalidad y capacidad de actuar de acuerdo al sentido, referido al caso concreto. La exclusión por insuficiencia de desarrollo mental (oligofrenia); o por grave perturbación de la conciencia diferenciada de la perturbación total ya sean patológicas o fisiológicas. Obviamente, no se pretende realizar una exposición de términos biológicos, psicológicos o psiquiátricos, pero si dejar claro que ante estas situaciones se genera de forma diáfana, el aspecto negativo de la imputabilidad en la realización de la acción de repeler la agresión o puesta en peligro, aunque se debe tomar en cuenta que, esta categoría representa inimputabilidades que son situaciones biológicas mixtas, permanentes, o temporales, mismo criterio es la de Basaldua<sup>251</sup> en al que determina que, “por ello se sostiene que la determinación de la capacidad de la culpabilidad se lleva acabo mediante una división de tareas entre los peritos y los jueces, en la que aquellos de terminan los aspectos biológicos-psicológicos, mientras que estos valoran las consecuencias para la capacidad de comprender y de dirigir las acciones,” el sentido distinto, es el expresado por Welzel citado en líneas anteriores, que determina que la imputabilidad no es susceptible de comprobación fidedigna.

#### **4.6 Jurisprudencia.**

Las causas de justificación deben ser analizadas y resueltas desde la averiguación previa esto es, durante la sustanciación del procedimiento o etapa procesal o incluso durante la tramitación del juicio de amparo directo, mismo

---

<sup>251</sup> Echano, Basaldua, Juan I, y otros. Derecho Penal. Parte General. Materiales Didácticos. 3ª Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 2000. pág 215.

criterio es resuelto por el SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Tipo de documento: Tesis aislada  
 Novena época  
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
 Tomo: XVIII, Diciembre de 2003  
 Página: 1357

CAUSAS DE EXCLUSIÓN DEL DELITO Y RECONOCIMIENTO DE INOCENCIA. MOMENTO PROCESAL EN QUE SE HACEN VALER. Las causas de exclusión del delito previstas por el artículo 15 del Código Penal Federal, solamente operan durante la sustanciación de un procedimiento penal, en cualquiera de sus etapas procesales o, incluso, se pueden hacer valer durante el trámite del juicio de amparo directo que se promueva, pero es evidente que una vez concluido el procedimiento penal en todas sus fases, dictada la sentencia definitiva, y hecho valer el medio extraordinario de defensa, es decir, el amparo directo, ya no opera la invocación de una causa de exclusión del delito, porque atenta contra la finalidad de la instauración del reconocimiento de inocencia que no es otra que hacerlo operante, exclusivamente, en cualquiera de los cinco supuestos que señala el artículo 560 del Código Federal de Procedimientos Penales.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Reconocimiento de inocencia 2/2002. 28 de marzo de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Ricardo Ramos Carreón. Secretaria: María del Carmen Cabral Ibarra.

La legítima defensa encuentra su fundamento en los artículos 15 y 29 de los Códigos Penales tanto a nivel Federal como del Distrito Federal respectivamente, así en sentencia pronunciada en amparo directo, que dice:

**LEGÍTIMA DEFENSA.** Si la quejosa obró repeliendo una agresión actual, violenta y sin derecho, que significaba un peligro inminente para su vida, y así lo reconoce la autoridad sentenciadora, pero inexplicablemente, concluyó confirmando la sentencia del inferior, que condenó por exceso en la legítima defensa de la persona sosteniendo que los medios empleados por la quejosa para repeler la agresión, fueron inadecuados por haber disparado a la cabeza del hoy occiso, habiendo podido hacer disparos al aire para amedrentarlo o apuntar hacia otro sitio para herirlo levemente, y no causar el daño que privó de la vida al atacante, tal conclusión es errónea porque se funda en circunstancias que sólo con un ánimo sereno pudieron ser advertidas y realizadas, debiendo admitirse que en el Estado crítico en que se encontraba la acusada no le era exigible que actuara en la forma expresa el Tribunal responsable; por ende, debe declararse que se demostró que en los hechos concurrió la excluyente de responsabilidad de legítima defensa de la persona y debe concederse el amparo solicitado.

1a.  
 Amparo directo 5763/60. Esperanza Ramos de Vivar. 27 de julio de 1961. Ponente: Alberto R. Vela.  
**Instancia:** Primera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen XLIX, Segunda Parte. Pág. 61. **Tesis Aislada.**

Que se debe de diferenciar con la riña, en virtud de que, la legítima defensa se repele una agresión no consentida o ajena, en cambio en la riña existe reciprocidad en el consentimiento de las agresiones, en dicho sentido se expresa de igual forma en la siguiente:

**LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA, NO PUEDEN COEXISTIR.** La excluyente de responsabilidad de legítima defensa y la atenuante de riña se excluyen entre sí, porque mientras la primera se refiere a la repulsa de una agresión ilegítima, imprevista, inevitable, violenta, actual, inminente, obrando el activo en defensa de su persona o bienes, así como el de los mismos conceptos pero de un tercero; en la segunda los contendientes no sólo prevén la agresión, sino que aceptan el reto sin exteriorizar ninguna voluntad para evitarla.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

T. C.

Amparo directo 397/89. Andrea Mendoza Medina y coagraviados. 10 de agosto de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario: Santiago Felipe Rodríguez Hernández.

**Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo IV Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Pág. 311. **Tesis Aislada.**

Otra diferencia que se encuentra latente es la que choca con el estado de necesidad aunque, no se comparte del todo, porque, existe en ambas una situación de peligro, una derivada de la puesta en peligro de la agresión y la otra derivado de un acontecimiento propio de la naturaleza o imprudencia del hombre, y al respecto dice:

**ESTADO DE NECESIDAD Y LEGITIMA DEFENSA.** El estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza choca con la legítima defensa, ya que en el estado necesario no existe defensa de una agresión, sino agresión contra un bien jurídico tutelado para salvar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente.

1a.

Amparo directo 5613/60. Segundo Moreno Islas. 29 de noviembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Tesis relacionada con jurisprudencia 160/85

**Instancia:** Primera Sala. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época. Volumen XLI, Segunda Parte. Pág. 31. **Tesis Aislada.**

La agresión es ubicada dentro de la tentativa punible y relacionada con el principio de causación de riesgo, que es la causalidad de la imputación objetiva que nos lleva a determinar que la agresión es la puesta en peligro, en atención así mismo, con el principio de antijuridicidad material y conforme a la siguiente tesis aislada del SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Tipo de documento: Tesis aislada  
 Novena época  
 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
 Tomo: XVII, Febrero de 2003  
 Página: 1010

CALIFICATIVAS. DEBEN INCLUIRSE EN EL AUTO DE PLAZO CONSTITUCIONAL A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL OCHO DE MARZO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE. Antes de la reforma constitucional de septiembre de mil novecientos noventa y tres, para el dictado del auto de plazo constitucional se exigían, entre otros requisitos, el acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del indiciado y el primero se constituía por los elementos materiales o externos de la figura típica. Sin embargo, a través de la citada reforma al artículo 19 constitucional se sustituyó el concepto "cuerpo del delito" por el de "tipo penal", es decir, se cambió de un concepto con una connotación reducida por otro de contenido distinto y más extenso que el sustituido que, en consecuencia, resultaba más garantista para el inculpado. A partir de la aludida reforma de septiembre de mil novecientos noventa y tres, en el dictado del auto de plazo constitucional, el estudio relativo no debía limitarse al análisis del cuerpo del delito (elementos objetivos), sino que debería referirse a todos los elementos del tipo (elementos objetivos, normativos y subjetivos) Como consecuencia, en el dictado de dichas resoluciones debían precisarse las calificativas o modalidades del delito por ser éstas partes integrantes del tipo. Sin embargo, por decreto de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, publicado el ocho del mismo mes y año, y en vigor al día siguiente de la publicación, hubo otra reforma al artículo 19 constitucional, en donde se sustituyó de nueva cuenta el concepto de "elementos del tipo" por el de "cuerpo del delito". Consecuentemente, también se tuvieron que ajustar las legislaciones ordinarias de las entidades federativas; así, por decreto de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el tres de mayo del mismo año, se reformó el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que establece los requisitos para el dictado del auto de formal prisión y el diverso 122 del mismo ordenamiento, que indica con qué clases de elementos del tipo se constituirá el cuerpo del delito. Ahora bien, la doctrina ha clasificado a los tipos penales en básicos y complementados, que a su vez pueden ser agravados o privilegiados. Asimismo, la doctrina ha sostenido que los elementos del tipo penal en forma abstracta son los siguientes: la conducta (acción u omisión); el bien jurídico; la lesión o **puesta en peligro** del bien jurídico protegido; sujeto o sujetos activo y pasivo; nexos causal; objeto material; los medios utilizados o las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión (modalidades de la conducta o calificativas); voluntad dolosa o culposa. Todos estos elementos a su vez los clasifica en objetivos, normativos y subjetivos. Los elementos objetivos son aquellos que pueden ser advertidos con la sola aplicación de los sentidos; los elementos normativos requieren de un determinado juicio de valor y los elementos subjetivos son aquellos que no se pueden apreciar con los sentidos por encontrarse en el interior de la persona humana, en su pensamiento y en su sentimiento y, por ello, su comprobación resulta complicada. Así, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o modalidades de la conducta, son factores que también atenúan o agravan (atenuantes o agravantes) la responsabilidad del autor del delito incidiendo en la medición

cuantitativa de la pena. Es decir, son las circunstancias de lugar, tiempo, modo u ocasión que califican la conducta, las calificativas propiamente dichas. Por tanto, cuando en la legislación se establezca que el cuerpo del delito se constituya con elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos (elemento constitutivo esencial descrito en la ley, distinto al dolo y a la culpa), de conformidad con el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, las calificativas o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben incluirse en el auto de plazo constitucional.

#### SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 1957/2002. 16 de enero de 2003. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hugo Luna Ramos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Froylán Borges Aranda.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, mayo de 2001, página 1091, tesis I.6o.P.18 P, de rubro: "AUTO DE FORMAL PRISIÓN. SE DEBEN INCLUIR LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN ÉL, A LA LUZ DE LA REFORMA DEL TRES DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE, AL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL DISTRITO FEDERAL."

Nota: Sobre el tema tratado la Primera Sala resolvió el 7 de febrero de 2003 la contradicción de tesis 114/2001-PS.

Una de las características de vital importancia que consideramos es la inevitabilidad de la agresión que en igual sentido contiene, la siguiente:

**LEGÍTIMA DEFENSA. INEVITABILIDAD DE LA AGRESIÓN.** Doctrinalmente se ha establecido que para que la excluyente de legítima defensa pueda surtir efectos es menester que concurren, entre otros requisitos, el inherente a que la agresión, además de ilegítima y actual, debe ser inevitable.

#### TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO.

VII. P. J/14

Amparo directo 33/95. Santos Hernández Cortés. 14 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia López Vives.

Amparo en revisión 60/95. Juez Primero de Primera Instancia de Orizaba, Veracruz. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

Amparo directo 562/94. María del Carmen Pérez García. 20 de abril de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: Pablo Pardo Castañeda.

Amparo directo 553/95. Nabor Rodríguez Elotlán. 9 de febrero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Edith Cedillo López.

Amparo directo 584/95. Constantino García González. 25 de marzo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: José Pérez Troncoso. Secretario: José Luis Rafael Cano Martínez.

**Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo III, Junio de 1996. Pág. 647. **Tesis de Jurisprudencia**<sup>252</sup>.

<sup>252</sup> Nota: la jurisprudencia en el tema citado es retomada indistintamente del material contenido en Software, y expuesto en el apartado último de la bibliografía general.



## CONCLUSIONES

1. La evolución histórica de la defensa comienza con el hombre, concebida la defensa innata al ser humano, con la creación del derecho toma el carácter de derecho natural, los postulados de esta defensa se crean a la par del derecho romano, retoma a demás de proteger la vida, la morada, el pudor entre otros, deja de ser derecho natural y confluye en institución legitimada por el ordenamiento jurídico, propio de la civilización que limita con ello la venganza privada. Conocida así la legítima defensa pasa a formar parte de nuestro sistema jurídico mexicano, por la conquista de los españoles en nuestro país, pero sin olvidar que ya en aquellos tiempos se tenía una cultura de la defensa al entender y época vivida.
2. Nuestro sistema penal mexicano retoma la escuela clásica y que es plasmada esta ideología en el Código de 1871, traspasa este esquema al Código de 1929, por lo que este fue un fracaso, posterior a esto se tiene el Código de 1931, con mezcla de clásico y positivo, el Código Penal Federal, con las nuevas reformas contiene principios de finalismo y tintes mínimos de causalismo, propios del finalismo que comparte rasgos con el primero, y se advierte en otros Códigos en el ámbito estatal la entrada del funcionalismo (Coahuila), en el caso del Código Penal para el Distrito Federal es de carácter finalista con retoques causalistas.
3. La denominación de “Causas de Justificación” debe ser la designación general utilizada para referir a los motivos por los cuales se justifica la acción del hombre ante un ordenamiento penal dado, para dejar aun lado denominaciones que solo atienden a circunstancias o características propias de cada una de ellas, así como clasificaciones basadas en sus contenidos de cada eximente, que el ordenamiento penal fragua dando legitimación a cada una de las figuras que justifican el actuar del hombre, en unidad jurídica, que son: la legítima defensa, estado de necesidad, las

de deber, de derecho, de oficio o cargo, y en otro sentido las que atienden al aspecto negativo de la teoría tripartita del delito que contienen sus rasgos caracterológicos y por último debe imperar el principio de subsidiariedad y especialidad debido a la concurrencia de una determinada causa de justificación.

4. En atención a nuestro objeto de estudio, que es la legítima defensa, señalamos que los requisitos que debe contener esta figura que elimina la antijuricidad, por ser de naturaleza jurídica causa de justificación, y atención a los pormenores presentados se enuncian los elementos que postula: la agresión, que es la puesta en peligro; la defensa, el acto que repele a la agresión, el bien jurídico protegido, premisa que integra una diversidad de bienes y se puede resumir al bien que es irreparable en atención a su unicidad, que es la vida misma, y por último a la ausencia de provocación en la víctima o defensor.
5. La defensa, es activada de forma coetánea por la puesta en peligro, por lo que la necesidad de la defensa es precisamente el acto por el cual se repele la agresión, por tanto, la agresión y defensa son en unidad de acción, con marco circunstancial determinado en tiempo y espacio.
6. El exceso generado en la legítima defensa atiende a circunstancias en las que se desenvuelven los hechos y que trastocan la construcción de la causal de justificación en estudio, por lo que esta forma de construcción obedece a que dentro de su integración contiene la proporcionalidad y racionalidad en los medios y daño causado que son elementos subjetivos, ventilados ante la víctima o defensor, con lo que trae consigo el deber de cuidado, basado en forma genérica en la capacidad de conocimiento en un oficio o especial, que no tiene ninguna relación con la defensa, por lo que el criterio apuntado del exceso sumado a que en nuestra legislación penal se considera que solo es punible el exceso a título de culpa, no encuentra

sentido jurídico, al contemplar dos deberes de cuidado, en el exceso y la culpa. Si trazamos en un plano de justicia y orden social a la agresión y defensa obviamente la primera se desborda, con potencial de lesión o daño al bien defendible, mientras que la defensa debe ser sigilosa con deber de cuidado, y no solo eso, debe prevenir la puesta en peligro, característica que no se comparte.

7. Un elemento polémico que arrebatara la atención de la legítima defensa es la agresión que tanto en la doctrina como en la legislación ha hecho resonancia en el sentir que los elementos cronológicos tales como: real, actual, e inminente, son tautológicos y no propiamente jurídicos, por lo que el destierro que se hace de ellos es sobre la base de que dentro del estudio de la tentativa punible, los caracteres tautológicos son de aplicación innecesaria en virtud de que la teoría objetiva-subjetiva o objetiva-individual o plan del autor determina de forma nítida la división del comienzo y fin entre actos preparatorios y actos ejecutivos, por que para esta teoría es la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo, con la afectación real al bien jurídico, con ello evitar la graduación del peligro, que la puesta en peligro se basa en el principio de la causalidad de riesgo y en atención en la teoría de la antijuridicidad material.
8. La procedencia de justificación de la legitimidad de la defensa, deviene del ordenamiento jurídico sistematizado jerárquicamente, posición que parte de la Carta fundamental de nuestro país, por la creación de instituciones que dividen el poder en legislativo, ejecutivo y judicial, para la realización del ser humano en sus derechos, obligaciones y como ente social.
9. Para la acreditación de la causal de justificación de la legítima defensa el Ministerio Público ya sea Federal o local debe acreditar en cualquier estado del proceso, los requisitos de la causa de justificación, para efectos,

del no ejercicio de la acción penal, y la libertad inmediata del detenido sobre la base de los medios de prueba establecidos en la ley.

10. El esquema de la teoría del delito, en su evolución son contempladas tres grandes teorías, el causalismo, el finalismo y en evolución el funcionalismo. El centro de discusión es la culpabilidad, con su más característico, juicio de reproche, con matices que el finalismo y funcionalismo cuestionan por las ambigüedades e indeterminismos, pero que el funcionalismo, da un contenido diferente al enunciar que la culpabilidad es la necesidad de comprobación de aplicar la pena al autor, bajo la estructura de la prevención y de la imputación subjetiva, por lo que nuestro objeto de estudio basados en estas tendencias en lo particular al finalismo que sitúa a la culpa en la tipicidad subjetiva, y retomando los aspectos negativos de la teoría del delito en su concepción tripartita, localizamos que la ausencia de culpa en el exceso de la legítima defensa, opera validamente la subsidiariedad y especialidad por la concurrencia de causas de justificación y que los presupuestos que inciden en la legítima defensa de mayor o menor grado, por ausencia de culpa son:

- a) Aspecto objetivo: se adecuan los hechos a la norma permisiva, que contiene los requisitos de la legítima defensa.
- b) Aspecto subjetivo: se requiere un juicio de valor de los hechos, que redefine la postura del error invencible, por la característica de imprevisible e inevitable de la agresión, es decir, la ausencia de provocación. Por otro lado se encuentra la inimputabilidad, que se debe acreditar con la prueba pericial médica ya sea psicológica o de psiquiatría, la consecuencia a esta ausencia de culpa es la aplicación de medidas de seguridad y tratamiento temporal o permanente.
- c) Aspecto normativo: Es la combinación de los dos anteriores aunado a juicios de valor propios del juez y de conocimientos especiales

para acreditar la subsidiariedad o especialidad por la concurrencia de causas de justificación.

11. El sistema jurídico penal mexicano, basado en las tendencias doctrinarias es producto de la evolución del pensamiento humano, que son verdad jurídica relativa en espacio y tiempo, pero que tratan de ser rebasadas por una realidad social, y a la vez son la pauta, para encausar la protección de la vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos, porque el derecho es parte de una realidad social, surge de esta para el bien de la misma. Porque el problema central de todo esto es con las causas de justificación, y de inculpabilidad, por otro, y tienen gran trascendencia dados los diferentes efectos en error, participación y defensa necesaria atribuidos.

## PROPUESTA.

**PRIMERA.**- modificar y adicionar en lo particular la fracción IV, y los dos párrafos últimos del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal (CPDF), relacionado al tema de legítima defensa, para ello otorgamos una aproximación de su contenido, que no se trata de una descripción absoluta y sí atiende a las críticas constructivas sobre la misma.

Eliminar, las características de real, actual e inminente, y sin derecho de la agresión pues solo basta la puesta en peligro de lesión o daño hacia el bien defendible por la víctima o defensor.

Suprimir, el segundo párrafo de la fracción cuarta, en virtud de que, los requisitos de la legítima defensa cubren las circunstancias descritas en ese párrafo y es innecesario la descripción de una de tantas circunstancias que se presentaran, y por otro lado toda causa de justificación se debe acreditar con las pruebas descritas en la ley adjetiva penal, para su comprobación plena de la causal de referencia.

Las causales de justificación deberán de ser resueltas no solo de oficio, también deben ser a petición de parte, este motivo esta justificado en virtud de que en la practica, debido a la intensa actividad de trabajo del Ministerio Público en el Distrito Federal, es casi imposible analizar de manera pormenorizada la causal de justificación que existiera en la averiguación previa, como lo haría un defensor particular y que se debe realizar esta labor desde la averiguación previa, para una mejor técnica jurídica, es el proceso que abarca la totalidad de actos desde averiguación previa, hasta la conclusión de la causa penal.

La eliminación del exceso, que en la teoría esta demostrado, que no debe coexistir un doble deber de cuidado en la legítima defensa, concentrado en este, con sus elementos subjetivos de proporcionalidad y racionalidad, que conducen al

deber de cuidado contenido ya en el elemento subjetivo de la tipicidad, que es la culpa y, que el artículo 83 del CPDF, describe, pero así mismo señala con oportunidad siempre y cuando exista otra causa de justificación, esto es, se puede aplicar la concurrencia de otra causal por el principio de subsidiariedad o especialidad.

**SEGUNDA.** Modificar el párrafo tercero del artículo 83 del CPDF, para su adecuación a las modificaciones y adiciones del artículo 29 del CPDF en lo conducente. Es obvio que no son solo éstas las modificaciones o adiciones que se deben de realizar, porque, en definitiva habrá que adecuar las denominaciones descritas tanto en este Código como en las del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que se refieren a las causales de justificación.

**TITULO SEGUNDO**  
**CAPÍTULO QUINTO**  
**CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN**

**Artículo 29.** (Causas de justificación) La acción injusta se excluye cuando:

...

IV. (Legítima defensa.) Se repele la puesta en peligro propia de la agresión en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, no medie provocación de la víctima o defensor, y observando racionalidad en los medios empleados.

...

Las causas de justificación se resolverán de oficio o a petición de parte en cualquier estado del proceso.

De no existir racionalidad en los medios empleados, en la legítima defensa, se estará a lo previsto en el artículo 83 de este Código.

**TÍTULO CUARTO**  
**APLICACIÓN DE PENAS**  
**Y MEDIDAS DE SEGURIDAD**  
**CAPÍTULO VI**  
**ERROR VENCIBLE Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.**

**Artículo 83.**

...

Ante la ausencia de la racionalidad en los medios de la fracción IV... del artículo 29 de este Código, se le impondrá la cuarta parte de las penas o medidas de seguridad, correspondientes al delito que se trate, siempre y cuando con relación a la racionalidad de los medios o circunstancias de la víctima o defensor, no exista otra causa de justificación.

## BIBLIOGRAFÍA.

1. ANTON ONECA, José. Derecho Penal. 2ª Ed. Akal. Madrid. 1986.
2. ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. Manual de Derecho Penal. Tomo II. S/e. Aranzadi, España. 1995.
3. AVENDAÑO LÓPEZ, Raúl Eduardo. Comentarios a las Garantías Individuales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1ª Ed. Sista. México. 2003.
4. ARILLA BAS, Fernando. Derecho Penal. 1ª Ed. Porrúa. México. 2001.
5. BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General 2ª Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1987.
6. BARRAGÁN MATAMOROS, Luis. La Legítima Defensa Actual. 1ª Ed. Bosch. Barcelona. 1987.
7. BERCHELMANN ARIZPE, Antonio. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 1ª Ed. Porrúa. México. 2004.
8. BUSTOS RAMÍREZ, Juan L y otros. Lecciones de derecho Penal. Volumen II. S/e. Trotta. Madrid. 1999.
9. C. NUÑEZ, Ricardo. Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ª Ed. Córdoba. Argentina. 1999.
10. CALDERÓN CEREZO, Ángel. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 1ª Ed. Bosch. España 1999.
11. CARRANCA, Raúl y Trujillo. Código Penal Anotado. 24ª Ed. Porrúa. México 2001.
12. CARRANCA, Raúl y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. 21ª Ed. Porrúa. México. 2001.
13. CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial Vol. I 3ª Ed. Temis. Bogota. 1991.
14. CERESO MIR, José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del Delito. 5ª Ed. TECNOS. España. 1997.
15. CEREZO MIR, José. Temas Fundamentales de Derecho Penal. Tomo I. 1ª Ed. Rubinzal. Argentina. 2001.
16. CORTES IBARRA, Miguel ángel. Derecho Penal. Parte General. . 5ª Ed. Cárdenas. México. 2001.
17. CREUS, Carlos. Derecho Penal. Parte General. 5ª Ed. Astrea. Buenos Aires. 2003.
18. CRUZ BAINEY, Oscar. Historia del Derecho en México. 2ª Ed. Oxford. México 2004.
19. CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I 18ª Ed. Bosch. Barcelona. 1981.
20. DAZA GOMÉZ, Carlos. Teoría General del Delito. 2ª Ed. Cárdenas. México. 2001.
21. DÍAZ ARANDA, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Tomo I 1ª Ed. Porrúa. México. 1996.

22. DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. **Código Penal para el Distrito Federal**. Comentado. 2ª Ed. Porrúa. México. 2002.
23. ECHANO BASALDUA, Juan I y otros. **Derecho Penal**. Parte General. Materiales Didácticos. 3ª Ed. Universidad de Deusto. Bilbao. 2000.
24. F. CARDENAS, Raúl. **Derecho Penal Mexicano**. Parte Especial. Delitos contra la vida y la Integridad Corporal. 3ª Ed. Porrúa. México. 1982.
25. FONTAN BALESTRA, Carlos. **Derecho Penal** Introducción y Parte General. 14ª Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993.
26. FRANCO SODI, Carlos. **Nociones de Derecho Penal**. Parte General. 2ª Ed. Botas. México. 1950.
27. GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. **Dogmática Penal en la Legislación Mexicana**. 1ª Ed. Porrúa. México. 2003.
28. GARCÍA VITOR, Enrique y otros. **Primer encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal**. El sistema ante las exigencias del presente. S/e. Secretaría de Posgrado y Servicios a Terceros. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Rubinzal. Argentina. 2001.
29. GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. **Legítima Defensa**. S/e. Temis. Bogotá. 1991.
30. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. **Derecho Penal Mexicano**. Parte General y Parte Especial. 4ª Ed. Porrúa. México. 1997.
31. GUNTHER, Jacobs. **Moderna Dogmática Penal**. Estudios Compilados. 1ª Ed. Porrúa. México. 2002.
32. HERNÁNDEZ LÓPEZ, Aarón. **Código Penal de 1871**. Código de Martínez de Castro. S/e. Porrúa. México. 2000.
33. IGLESIAS RIO, Miguel Ángel. **Fundamentos y Requisitos Estructurales de la Legítima Defensa**. Condiciones Especiales a las Restricciones Ético - Sociales. S/e. Comares. Granada. 1999.
34. JESCHECK HANS, Heinrich y otro. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. 5ª Ed. Comares. Granada. 2002.
35. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Lecciones de Derecho Penal**. Volumen III. 1ª Ed. Biblioteca Clásicos del Derecho Penal. México. 2003.
36. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Principios de Derecho Penal**. La Ley y el Delito. 3ª Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1990.
37. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Segunda Parte: Las Causas de Justificación. Tomo IV. 4ª Ed. Losada. Buenos Aires. 1985.
38. JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo I 5ª Ed. Losada. Buenos Aires. 1950.
39. LOZANO Y LOZANO, Carlos. **Elementos de Derecho Penal**. 3ª Ed. Temis. Bogota. 1979.

40. LUZÓN CUESTA, José María. **Compendio de Derecho Penal**. Parte General. 10ª Ed. Madrid. 1998.
41. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho Penal**. S/e. Arazandi. Pamplona. 1995.
42. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. **Enciclopedia Penal Básica**. 1ª Ed. Comares. Granada. 2002.
43. MALO CAMACHO, Gustavo. **Derecho Penal Mexicano**. 2ª Ed. Porrúa. México. 1998.
44. MARQUEZ PIÑEIRO, Rafael. **Teoría de la Antijuridicidad**. 1ª Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U. N. A. M. México. 2003.
45. MAURACH, Reinhart, **Derecho Penal**. Parte General. 1. 7ª Ed. Astrea. Buenos Aires. 1994.
46. MAURACH, Reinhart. **Derecho Penal**. Parte General. 2. 7ª Ed. Buenos Aires. 1995.
47. MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal** Parte General. 7ª Ed. IB de F. Buenos Aires. 2004.
48. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**. Parte Especial. 14ª Ed. TIRANT LO BLANCH. Valencia 2002.
49. ORELLANO Wiarco, Octavio. **Curso de Derecho Penal**. 2ª Ed. Porrúa. México. 2001.
50. OVILLA MANDUJANO, Manuel. **Teoría del Derecho**. 7ª Ed. Duero. México. 1990.
51. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. **Manual de Derecho Penal**. Parte General. 10ª Ed. Porrúa. México. 1991.
52. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho penal**. Parte general. Fundamentos Científicos de Derecho Penal. Tomo I. 5ª Ed. Bosch. Barcelona. 2004.
53. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **Derecho Penal**. Parte General. Teoría Jurídica del Delito. Tomo II. Vol. I. 1ª Ed. Bosch. Barcelona. 2000.
54. PUIG PEÑA, Federico. **Derecho Penal**. Parte general. . Tomo I & Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1969.
55. R. PESSOA, Nelson. **Legítima Defensa**. S/e. Mave. Buenos Aires. 2001.
56. REQUEJO CONDE, Carmen. **La Legítima Defensa**. S/e. Tiran Lo Blanch Valencia. 1999.
57. REYNOSO DAVILA, Roberto. **Teoría General del Delito**. 4ª Ed. Porrúa. México. 2001.
58. SANDOVAL DELGADO, Emiliano. **Circunstancias Eximentes de las Responsabilidades Criminales en el Derecho Penal Mexicano**. 1ª Ed. Ángel. México. 2002.
59. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo**. S/e. Bosch. España. 2002.
60. SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo I 10ª Ed. Tipografía Editora. Argentina. 1992.
61. SOLER, Sebastián. **Derecho Penal Argentino**. Tomo II. 10ª Ed. Tipografía Editora. Argentina. 1992.
62. TERRAGNI, Marco Antonio. **El delito Culposo**. S/e. Rubinzai – Culzoni. Argentina. 1998.
63. VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. 5ª Ed. Porrúa. México. 1990.

64. WELZEL, Hans. **El nuevo Sistema de Derecho Penal**. Una introducción a la doctrina de la acción finalista. 1ª Ed. IB de F. España. 2001.
65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**. 3ª Ed. Cárdenas Editores. México. 1997.

#### **LEGISLACIÓN.**

1. Normas Constitucionales. 10ª Ed. ISEF. México. 2004.
2. Código Penal Federal. 10ª Ed. ISEF. México. 2004.
3. Código Penal para el Distrito Federal. 10ª Ed. ISEF. México. 2004.
4. Código Federal de Procedimientos Penales. 10ª Ed. ISEF. México. 2004.
5. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. 10ª Ed. ISEF. México. 2004.

#### **HEMEROGRAFÍA.**

1. GIL MURILLO PUYO, Jaramillo. Diccionario Jurídico Penal. S/e. Librería del Profesional. Colombia. 1981.
  2. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22ª Ed. Rotapapel. España. 2001.
  3. SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos. Diccionario Español de Sinónimos y Antónimos. 3ª Ed. México. 1992.
  4. Diccionario Ilustrado. Latín Español / Español Latín. S/e. España. 1999.
  5. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVII. 1ª Ed. Driskill. Buenos Aires. 1990.
  6. Diccionario de Sinónimos y Contrarios. Ideas afines y contrarios. S/e. Teide. México. 1984.
  7. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Derecho Penal. Vol. I. Segunda Serie. Oxford. México. 2003.
- 
1. Jurisconsulta. Actualizado a marzo de 2005. Software Visual, S. A. de C. V. Derechos de Autor número 104027.
  2. CD- ROM, con Legislación, Jurisprudencia tematizada, con abstracto doctrinal. Raúl Juárez Editores. S. A. de C. V. México. 2005.