

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

•

LA LEGITIMA DEFENSA, COMO  
EL EJERCICIO DE UN DERECHO

•

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA EL PASANTE

LEOPOLDO SAMANO GALVAN

•

MEXICO, D. F.

1946



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.

*Esta tesis la dedico, a mi madre, la Sra. Dolores Galván, que con sus consejos me ha llevado hacia el logro de mis aspiraciones.*

*A mis hermanos con todo  
cariño*

*Dr. Antonio Sámano  
Bertha  
M<sup>o</sup> Teresa  
Faustina  
Angelina  
Olivia*

*A todos mis Maestros*

*A mis compañeros*

## P R E F A C I O

La presente tesis, no representa un trabajo original, porque la originalidad, es atributo de cerebros privilegiados, categoría dentro de la cual, no cabe incluir el mío, pues tan solo puede contener las sabias enseñanzas de los Maestros de esa Facultad.

El conocimiento, se extiende a manera de círculos concéntricos que cada vez, adquieran tal magnitud, que imposibilita al ser humano, para captar, siquiera, el conocimiento de una época, sobre todo en tratándose de materia jurídica.

Mi labor, tan solo se ha reducido a indagar, a investigar, dentro de ese marco, que los filósofos, llaman vida humana objetivada, vida que tan solo, trato de poner en marcha.

Todavía más, queriendo ser más sincero conmigo mismo, diré, que bien poca ha sido mi aportación a la ciencia del Derecho; pero lo que si aseguro a Uds. Sres. jurados, que grande ha sido mi empeño en ver realizado el propósito que me anima, que es el de vislumbrar siquiera la solución de tema tan discutido como lo es el ejercicio del derecho de legítima defensa.

Al poner en vuestras manos la presente tesis, espero que la acojan con la benevolencia que el que se asoma a los umbrales del Derecho, necesita.

## CAPITULO I

### EL DELITO

Antes de llegar al fondo del tema que me propongo tratar, es conveniente, hacer una somera recordación de lo que se ha entendido por delito, para llegar a un concepto más o menos claro de las llamadas causas de inimputabilidad, las de justificación y las excusas absolutarias.

Los actos de los hombres, pueden ser buenos o malos, calificando la iglesia a estos últimos como pecados, los moralistas como vicios, en tanto que el derecho los califica como delitos; no todo acto malo, está considerado como delito, para que así sea, es necesario que los actos de los hombres, sean violaciones de intereses sociales.

El concepto de delito no ha sido siempre el mismo en todos los tiempos, tampoco se ha podido dar una noción general de él, que sirva para determinarlo; la idea de delito, está en íntima relación, con la evolución social y la jurídica. Los actos considerados ayer como delitos, hoy no lo son y viceversa.

El concepto más antiguo del delito, es el de la conducta contraria a la norma social y por lo tanto a los sentimientos colectivos.

En los albores de la sociedad, los actos que para

nosotros serían indiferentes, en aquellos tiempos constituían verdaderos crímenes, dichos actos eran contravenciones a las costumbres que constituían los primeros lazos de solidaridad y así tenemos por ejemplo el tabú en Oceanía, que constituía como crimen, el acto de tocar el cuerpo del jefe, que la mujer lleve sus manos a la cabeza, o a los instrumentos de su marido; o bien que entre a una piragua.

La ley sajona Dubois, castiga con la pena de muerte a quien quemara a un muerto en lugar de enterrarlo, y así podemos señalar innumerables acciones que para los antiguos constituían delitos y que en la actualidad no son considerados así.

En esta etapa de la criminalidad, solo provocan la venganza privada, pero no la intervención del Poder Público.

Todo lo anterior queda constatado, con los diversos conceptos, que los autores han dado del delito. Algunos de ellos lo definen como la violación de un derecho; Frank dice: que es la violación de un derecho, fundado en la ley moral y Pessina dice del delito, que es la negación del derecho.

Otros toman el elemento perjuicio como Romagnossi, que dice que el delito, es el acto de una persona libre e inteligente, perjudicial a los demás e injusto.

En todas estas definiciones, campea, una gran imprecisión pues existen muchas acciones injustas y violadoras de nuestros deberes morales que no son delictuosas, así como actos que no infringen la ley Penal. Por esto dice Carrara: que niega el derecho el que se reusa a pagar una deuda e igualmente, existen acciones que causan perjuicios sociales, sin ser delitos.

Carrara hace consistir, el delito, en una contradicción entre un hecho y la ley, en la violación de la ley del Edo. que se promulga para defensa de los intereses y en la utilidad social del castigo, reconociendo el principio de estricta legalidad, concluye que el aspecto formal del delito consiste, en la violación de la ley penal, en cuanto establece una norma de conducta.

## CONCEPTO SOCIOLOGICO DEL DELITO

La Escuela Positiva, tomando en cuenta, la dificultad que presenta, el dar una definición de lo que es un delito, determina el delito, a través de su representante, Garófago, indagando los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas, y de esta indagación, infiere, que el delito, está constituido, por la violación de los sentimientos altruistas de la piedad y la probidad, en la medida media en que son poseídos por una determinada comunidad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Esta escuela establece, una dualidad de delincuencias: una delincuencia natural, constituida por los ataques a esos sentimientos fundamentales. Una delincuencia artificial que comprende, los restantes delitos.

Esta teoría, es criticada, en el sentido, de que es arbitraria e inútil, para el Derecho Penal, porque solo nos daría la explicación de una parte de los delitos contenidos en el Código Penal. Además, es inaceptable, desde el punto de vista histórico y psicológico, pues sentimientos de épocas pasadas, no conviven con nosotros, y así mismo nuestros sentimientos, pueden no sobrevivir en épocas futuras.

La Moralidad media, representa un maximum, en relación con la delincuencia y muchos de los sentimientos cuya violación, no constituye delito, como los delitos contra el pudor han arraigado tan profundamente en el corazón humano, y son tan importantes como lo son la piedad y la probidad.

El delito es un fenómeno natural, individual y social y sus elementos se desprenden de los caracteres antropológicos y psicológicos del delincuente, (subjetividad) y del estudio del ordenamiento social de que el delito es una violación (objetividad).

El delito, objetivamente, ha sido considerado como la violación de las condiciones de vida de una sociedad (Hiering). Es una oposición al conjunto de nor-

mas morales, indispensables a la vida en común.

El Derecho, se mantiene en estrecha relación con la moral y ha sido considerado como un mínimo ético, necesario a la vida social.

El Derecho considera las acciones humanas, desde el punto de vista externo, en relación con las exigencias de la vida en común, por ésto se considera como un minimum de moralidad indispensable a la coexistencia y cooperación sociales y su fin último, es tutelar, defender a la sociedad.

Estas condiciones indispensables para la existencia y cooperación sociales varían con el tiempo y el espacio y el campo de la moral y el Derecho, no estan delimitados, como no lo estan el campo de lo ilícito penal y lo ilícito civil, pues la única diferencia, entre ambos, está en la clase de interés que viola. En lo ilícito penal, no solo viola intereses privados, sino también intereses colectivos. Este es un criterio político, criterio, que declara delito aquello que para la ley penal positiva, no basta la simple reparación del daño, sino que además necesita la amenaza de una pena.

Considerado lo anterior, se define el delito, como la acción contraria al ordenamiento jurídico, considerada y sancionada por la ley, o bien como la acción de la persona, determinada por motivos individuales y sociales que menoscaba las formas ético-jurídicas, sancionadas por un pueblo en determinado momento histórico.

La acción delictuosa se descompone en dos elementos correspondientes a dos momentos diversos: del acto volitivo: el elemento psíquico (intención o propósito de delinquir, voluntas celeris) y un elemento externo, físico, relativo a la ejecución del hecho, por medio del cual se realiza la voluntad delictuosa (efectum celeris) el conjunto de estos dos elementos conforma el delito.

## **CONCEPTO FILOSOFICO DEL DELITO**

Desde el punto de vista filosófico, como antes he-

mos anotado, no encontramos una noción general del delito, que sirva de pauta o cartabón a todas las sociedades, tiempo o lugar, pues según va evolucionando la sociedad, evoluciona el concepto tanto en el tiempo como en el espacio.

El delito, tiene sus raíces más hondas en las realidades humanas y sociales. El concepto cambia según los pueblos y las épocas, con el consiguiente cambio jurídico y político y así Pessina, dice: que el delito, es la negación del Derecho, es un ataque al orden jurídico y Mezger dice: que el delito es una acción punible solo que lo circumscribe a la sola actividad humana. En las partidas lo definen, como un hecho malo en favor de una de las partes y en daño o deshonra de la otra, y que estos hechos van contra los mandamientos de Dios y en contra de las buenas costumbres y en contra de las leyes, de los fueros y derechos.

Garófalo, de la Escuela Positiva, construye su teoría de delito natural y delito artificial o legal, tomando la distinción romana entre delicto mala in sea y delicto mala quia prohibita, es decir, hechos extrínsecamente inmorales, o los que están solo prohibidos por la ley. La Escuela Positiva, opone el delito natural al artificial.

## **NOCION JURIDICO-FORMAL**

La noción del delito, lo da la ley, conminándola con una pena, esto es lo que caracteriza al delito, pues por muy inmoral y socialmente dañosa que sea determinada acción, si tal acción no ha sido considerada por la ley como delito, y le señala una pena, no constituirá delito.

Formalmente se ha definido el delito, como la acción prohibida por la ley, bajo la amenaza de una pena. Esta definición, no da a conocer el contenido del delito y además los códigos no establecen prohibiciones, sino solo dicen a determinado delito se le aplicará tal o cual pena.

Binding, ve en el decálogo un código de normas, pero no una ley penal, pues no establece sanciones.

Carnelutti, desde el punto de vista jurídico, define el delito como un acto ilícito, que viola una obligación impuesta mediante la sanción penal, actuada mediante el proceso.

## **NOCION JURIDICA-SUSTANCIAL**

El delito es un acto humano, que consiste en una acción o una omisión, esta acción u omisión, ha de ser antijurídica, es decir, que esté en oposición a lo ordenado o prohibido por la norma jurídica y que lesione o ponga en peligro, un interés jurídicamente protegido; debe ser típica, esto quiere decir, que corresponda a un tipo legal definido y conminado por una pena por la ley; debe ser culpable (doloso o culposo) e imputable, es decir, que se pueda cargar en cuenta de la persona que realiza tal acción. De esto concluimos que el contenido, la sustancia del delito, es la acción u omisión, antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena.

## **CODIGO ESPAÑOL**

El Código español vigente, define el delito de la siguiente manera: Son delitos o faltas, las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley. De esta definición encontramos tres elementos: 1°—La acción u omisión. 2°—Que han de ser voluntarias. 3°—Que han de estar penadas por la ley.

Para que exista la acción u omisión, se necesita la ejecución de un movimiento corporal, dirigido a producir un cambio en el mundo exterior, o bien la inacción de un hecho que se tiene el deber de realizar.

Respecto a la voluntad, el sujeto que realiza el acto delictuoso, ha de ser imputable, para que pueda responder de su proceder ante la sociedad.

La intencionalidad la presume el código español y el autor de este código dice; que es un error, dar una definición general de delito. Jiménez de Azúa, y Antón Oneca, expresan la opinión de que el legislador, debe

abstenerse de dar una definición general; sin embargo, Jiménez de Azúa, lo define, como un acto, típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada a las condiciones objetivas de la punibilidad.

La definición del delito, no facilita la labor del jurista pues tendría que indagar éste, si el hecho cometido, se haya descrito por la ley, y si es o no antijurídico y además si aún siéndolo, existe la imputabilidad y la responsabilidad pues a veces; bien por una causa de utilidad pública o por circunstancias especiales o bien procesales, no hay pena. Este es el camino a seguir por el jurista, para poder declarar legalmente, que tal hecho, es delito.

El delito debe tener como esencia, la concurrencia de la voluntad. La acción como se ha visto, se descompone en un hacer o en un no hacer; la 1ª—representa, una realidad espacial y temporal, modificando el mundo exterior, cosa que no sucede en la omisión.

Como no hay delito sin resultado, uniendo el elemento voluntad con el resultado, encontramos una relación de causalidad.

Para que el acto sea delictivo, necesariamente debe estar descrito en la ley (tipicidad); pero el legislador no debe atenerse, solo al tipo, sino que debe averiguar, si existe antijuridicidad, cosa que a veces no sucede como en el caso de la Legítima Defensa. Además pueden rodear al hecho ciertas circunstancias, que lo eximen de la pena; como la ausencia de la imputabilidad y la responsabilidad, consistiendo la 1ª en la capacidad que tienen los individuos de responder de sus actos, frente a la sociedad y por lo tanto, no se es culpable y aún siendo imputable existen, grados de culpabilidad y todavía más aún existiendo todos estos elementos pueden concurrir las **Excusas Absolutorias** (Robo entre parientes).

La definición del delito, tiene la finalidad tan solo de poner a salvo el principio de legalidad.

## DERECHO FRANCÉS

Para este Derecho, el delito es el abandono de la línea recta viene de (delinquere, delictum), delinquir, delincuente, en sentido inverso, corrección, volver a la línea recta (corregire, correctum) corregir, corrector.

En su acepción originaria, en su más extenso sentido, designa toda desviación, toda violación del Derecho; pero el uso la ha restringido a diversos grados, haciendo de la expresión, delito, algo elástico. En Derecho Civil, designa las ideas comunmente admitidas es decir, todo hecho que perjudica, el derecho de otro, interviniendo el elemento intención y si no concurre este elemento, estamos en presencia de un Cuasi-delito.

En el Derecho Penal, la palabra delito, en *latus sensu*, es todo hecho castigado por la ley penal, sin tomar en cuenta la intencionalidad aun cuando no haya resultado ningún perjuicio privado, desde el momento en que ese hecho, deba dar lugar a la aplicación de una pena.

En *Estrictu Sensu*, opuesto a la palabra contravención, el delito designa, particularmente el hecho, que no es castigado por la ley penal, solo cuando ha habido por parte del agente falta intencional y la contravención se reserva al hecho al cual se impone pena por una falta no intencional.

Técnicamente, el Derecho Penal Positivo Francés, entiende por delito, las infracciones castigadas con ciertas penas que la ley ha calificado de correccionales.

El Derecho Francés concluye, considerando que la expresión delito, es demasiado general y que se debe averiguar en que sentido se ha de emplear.

En el sentido más amplio, delito, es toda acción u omisión exterior que vulnera la justicia absoluta, cuya represión importa para la conservación o el bienestar social, que ha sido de antemano definida y a la que la ley ha impuesto pena.

El Derecho Positivo y la Jurisprudencia franceses, definen el delito como la infracción de la ley penal.

El Código de los delitos y las penas, en su artículo 4º dice: hacer lo que prohíben o no hacer lo que ordenan las leyes que tienen por objeto la conservación del orden social y la tranquilidad pública, es delito. La cuestión relativa de definir el delito, tiene como utilidad inmediata, la de impedir la arbitrariedad, arbitrariedad que desaparece después de la revolución de 1789. En la Constitución que habla de la declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano, que después pasó al Código de los delitos y las penas y finalmente al de 1810, se declaraba que ningún acto, podía ser castigado, sino en virtud de una ley preexistente.

## NUESTROS CODIGOS

El Código penal de 1871, definía el delito, **como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.** Esta definición, no tiene un sentido práctico, solo presenta las características esenciales del delito, como son la antijuridicidad, voluntariedad y la acción u omisión que viola la norma.

La Comisión Revisora, afirmaba, que el delito no viola la ley penal, sino que por el contrario provoca su aplicación.

El delito es la violación de un derecho legalmente protegido por una sanción penal, es la definición del Código de 1929; definición que arranca de la teoría de Binding, de las normas, que son protección de derechos y bienes jurídicos, los cuales sufren la lesión. No todos los delitos violan derechos, pues muchos delitos violan bienes jurídicos; por esto es insuficiente la definición del Código de 1929, pues en ella solo se encuentra, la protección a un derecho.

El Código vigente, define el delito, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales. Esta definición de carácter formal, según lo expresó el Lic. Alfonso Teja Zabre, tuvo por objeto, hacer la ley clara, práctica y sencilla, respondiendo a su objeto: norma práctica de la vida social.

## CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Los delitos pueden clasificarse en: I.—Intencionales y no intencionales.

En los primeros, concurre el elemento voluntad, voluntad de querer el daño causado. En los no intencionales, no existe la voluntad, aun cuando sí se causó el daño, por imprevisión, negligencia o impericia del sujeto, agente del delito.

El artículo 9° del Código Penal, presume la intención delictuosa (*juris Tantum*) y establece las siguientes reglas dentro de las cuales no se podrá destruir esta presunción:

I.—Que no se propuso ofender a determinada persona; pero si tuvo en general la intención de causar un mal (*dolo eventual*).

II.—Que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria, del hecho u omisión en que consistió el delito; o si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes, o si se resolvió a violar la ley, cualquiera que fuese el resultado.

III.—Que la ley era injusta o moralmente lícita violarla.

IV.—Que creía que era lícito el fin que se propuso.

V.—Que erró sobre la persona o cosa sobre la cual quiso cometer el delito y,

VI.—Que obró con el consentimiento de ofendido.

Finalmente debemos concluir que no todos los actos de los individuos, están catalogados como delitos y que el concepto del mismo varía con el tiempo y el espacio; por lo tanto no se puede dar una definición general de él y si se hace solo es con el objeto de defender el principio de legalidad. Además debemos atender no a la objetividad del delito sino a la subjetividad; pues pueden concurrir ciertas circunstancias, tales como la ausencia de la imputabilidad, la respon-

sabilidad o bien intervienen diversos grados de culpabilidad, los cuales bien excluyen de la pena o bien la atenúan.

## **CAPITULO II**

### **IMPUTABILIDAD, RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD**

Para Carrara, imputar, quiere decir, cargar en cuenta de alguien, una cosa. La imputabilidad, es un juicio abstracto, una posibilidad, en tanto que la imputación, es la concretización en un caso determinado. Imputabilidad, es la contemplación de una idea, la imputación, es el examen de un hecho.

La acción, u omisión, además de ser antijurídica, típica y punible ha de ser culpable y solo pueden considerarse los anteriores requisitos en el agente, que sea imputable, es decir, que exista un sujeto a quien se pueda cargar en cuenta su proceder, es decir, que disponga de su voluntad, para poder elegir entre sus diversos quererres, siendo imputable, si al tiempo de realizar el movimiento corporal, posee las condiciones psíquicas, exigidas abstractamente e indeterminadamente por la ley, para desarrollar su conducta socialmente, es decir, que esté en aptitud de observar una conducta que responda a los fines sociales.

Para Florian, la imputabilidad, es el conjunto de condiciones, por las cuales, se puede atribuir, un hecho a un hombre, es la imputabilidad, formulada en particular, presentada en una hipótesis concreta: la imputación.

Imputabilidad, significa, cargar en cuenta algo a alguien y cuyas consecuencias, tenemos que soportar. Imputabilidad, es el término genérico, es decir, la posibilidad de imputar; lo mismo se pueden imputar los buenos que los malos actos, así mismo serán buenas o malas las consecuencias.

El anotar en la cuenta de alguien un hecho, es una consecuencia de que el agente, sea la causa productiva, la causa eficiente del hecho y solo el que es libre, puede constituir esta causa, por tanto, se requieren como presupuestos: 1°—Que el agente, constituya la causa primera o libre 2°—Causa aclarada sobre el bien o el mal moral de su acción.

Las facultades psicológicas se deben apreciar desde tres puntos de vista: 1°—Sensibilidad 2°—Inteligencia 3°—Actividad. En el primer punto, es el agente motivador de nuestras acciones e influye en los grados de la culpabilidad. La segunda, es la razón moral, o el conocimiento del bien o del mal moral de la acción y la tercera, es el poder para decidir la acción o inacción de poner en juego los instrumentos de nuestro cuerpo, tanto internos como externos, de otro modo, es la actividad psicológica que se llama volición, de poder querer.

La inteligencia y la actividad, son presupuestos de la imputabilidad, la inteligencia considerada desde el punto de vista del conocimiento del bien o del mal moral de la acción o inacción. Estos presupuestos de la imputabilidad, son complementarios la ausencia de los dos, destruye la imputabilidad. A estos dos presupuestos de la imputabilidad, debe agregarse el elemento intención, es decir, voluntad de querer el daño producido, es el elemento graduador de la culpa.

El hombre, está dotado de razón, para preveer y discernir y es libre de dirigir su actividad hacia donde la razón le aconseje y por lo tanto, es responsable, del mal uso o del no uso de estas facultades.

El olvido, la intención, la negligencia, la imprudencia la precipitación y la temeridad, son constituti-

vas de faltas al deber moral. La ausencia de la intención, solo atenúa la falta.

La ley, se encarga, de declarar las acciones imputables y el juez de cargarlas en cuenta a los individuos, estableciendo un juicio de la siguiente manera: si el individuo, es la causa material, dice: tú hiciste esto, es la imputación física obraste con voluntad inteligente y libre; es la imputación moral y por último, encuentra que el acto ejecutado, está prohibido por la ley; imputación legal, de donde concluye, se te imputa el hecho delictuoso.

## **RESPONSABILIDAD**

Imputabilidad y responsabilidad, son dos términos que van ligados. En la imputabilidad, tenemos la posibilidad, de poder cargar en cuenta de alguien, un hecho y la responsabilidad, es la obligación que tiene el agente de responder ante la sociedad, de su proceder. Solo es responsable quien es imputable y es responsable quien es imputable.

Solo quien es imputable, puede responder en concreto del hecho penal que se le atribuya. Como hemos anotado antes, la imputabilidad, es una cualidad psíquica en abstracto, mientras que la responsabilidad es la aptitud en concreto, de ser imputable.

La responsabilidad penal, tiene como fundamento, el elemento discernimiento y éste supone, un ser humano sano mentalmente. La irresponsabilidad proviene de la falta de desarrollo o de la salud mental, como por ejemplo, los que por su edad, u otros motivos, no han llegado al grado de capacidad intelectual para medir las consecuencias de sus actos, frente al orden social, ya que la imputabilidad, significa, capacidad de responder ante ella. Los individuos, que por circunstancias especiales, tienen obscurecida la razón, en el momento de cometer la acción prohibida por la ley, son irresponsables.

La voluntad, determinante del querer del individuo, duerme en estado embrionario, en los primeros

años de la vida y despierta generalmente con el desarrollo del individuo y cuando ha llegado a su pleno desarrollo, es entonces cuando tenemos idea de lo justo y lo injusto, por ésto, no se es igualmente responsable en todas las edades.

La distinción entre hombre responsable y hombres irresponsables, la hace la ley, casi de una manera artificial, pues solo se atiende a presunciones.

La doctrina, para establecer la responsabilidad de los individuos, ha establecido, cuatro estadios: el primer estadio, comprende, del nacimiento del individuo hasta la edad de 10 años, dentro del cual, no aparece, el discernimiento necesario para distinguir entre lo justo y lo injusto, entre lo lícito y lo ilícito, aquí el individuo, obra más por instinto que por la razón. En esta edad, el individuo no es imputable, por tanto tampoco será responsable.

El segundo estadio comprende, de los 10 a los 14 años. Es el período dentro del cual, las facultades mentales, han tenido, un pequeño desarrollo, sin constituir el discernimiento voluntario, es el período que Ortolán, llama de la duda, pues la responsabilidad, está sujeta a la prueba del discernimiento, prueba que se deduce, de las condiciones personales del sujeto.

El tercer estadio, comprende de los 14 a los 18 ó 20 años, período en el cual, el discernimiento existe ya, a menos que se trate de personas anormales. Las facultades mentales, de este período, no han llegado todavía a la madurez y en cambio, las necesidades orgánicas, los impulsos y las pasiones, han adquirido su completo desarrollo. Es el período más peligroso por el desequilibrio, entre el desarrollo físico y mental, por lo que la ley debe tener todavía, más consideración, por esta clase de delincuentes.

A partir de esta edad, todo delito o falta, produce responsabilidad penal, esto es, se aplicará una pena al que lo cometa aun cuando su conducta, haya sido culposa.

## LA CULPABILIDAD

El elemento, tal vez de mayor categoría, del delito, es la culpa. La culpabilidad, es la relación psíquica de casualidad entre el actor y el resultado.

El elemento moral, no siempre ha sido tomado en cuenta en la ejecución de actos criminosos, pues antiguamente, hasta los animales y las cosas, se reconocían como sujetos culpables y no es sino con la influencia de la filosofía griega y romana, cuando se reconoció la ausencia de delito, con la ausencia del fundamento ético, en la voluntad antijurídica, manifestada como una ofensa a la ley moral y el Estado (Dolus) o como descuido o negligencia culpable, (culpa); cuando no interviene la intencionalidad ni la culpa, no son sancionados penalmente.

Carrara escribe, que el hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral y no es culpable en tanto no pueda responder moralmente. El Positivismo, se expresa así: la acción u omisión sancionada por un código penal, objetivamente, no puede, constituir un delito, en tanto que no se exprese, una personalidad más o menos peligrosa socialmente; es preciso que exista una intención delictuosa o con olvido del mínimo de disciplina social, es decir, que tal acción sea dolosa o culposa.

Se es culpable, cuando existe una relación, entre la cualidad psíquica y el autor, siendo reprochada su conducta jurídicamente, este reproche, se traduce, en la responsabilidad penal.

El acto de un ciudadano, puede ser todo lo anti-jurídico que se quiera y típico, pero si no es culpable, no será penada su conducta. El elemento peligrosidad, o el carácter antisocial, no puede constituir un fundamento de la culpabilidad, si no existe la relación psíquica y el agente; pues en último caso constituye una agravante.

Podemos concebir la culpa de dos modos: 1°—La culpa recae sobre la ejecución del hecho delictuoso; es suficiente que el agente, ejecute un hecho delictuoso:

éste es el concepto psicológico de la culpa. Por otra parte, no solo se aprecia el hecho ejecutado, sino que se insiste con especialidad, en el aspecto moral, del hecho ejecutado, éste es el concepto de la culpa.

Según Goldsmith, junto a la norma jurídica, que imponga, una determinada conducta externa, existe una interna, que impone al individuo, una conducta interna, que corresponda a las exigencias impuestas por las normas jurídicas, a la conducta externa. La culpa, consistiría en la violación de la norma moral, interna.

Hippel dice: que para la existencia de la culpa, debe tener el agente, consciencia de lo injusto de su acción. El delito, no debe ser juzgado, por el resultado externo, sino por su significación sintomática.

La culpa, en último análisis, es la relación psíquica, existente entre el agente y el hecho. El agente, antes que ser culpable, ha de ser imputable, es decir, capaz de responder de su conducta, ante la sociedad, a menos que influyan las causas de irresponsabilidad, causas de las cuales nos ocuparemos en los capítulos siguientes.

## CAPITULO III

### CAUSAS QUE EXCLUYEN DE INCRIMINACION

El que comete un hecho, prohibido por la ley, bajo la amenaza de una pena, es responsable del hecho y debe sufrir el castigo correspondiente; pero ocurre, que el hecho, en apariencia delictuoso materialmente, jurídicamente no lo es, porque concurren, ciertas circunstancias que excluyen de responsabilidad y por lo tanto, del castigo.

Estas causas, son de carácter fundamental, y permanentes que residen en el sujeto mismo del delito, como condición o estado inherente al modo de ser del agente y consisten en la carencia, abolición, insuficiencia del elemento moral de toda acción delictuosa, es decir, se carece del discernimiento necesario, para escoger entre los diversos quererres del agente. En otros casos son de carácter incidental, son heterónomas y colocan al agente, en una situación no querida por él, es decir, fuera de su voluntad (libre albedrío).

A las primeras se les llama causas de inimputabilidad o bien excluyentes de responsabilidad y las segundas, son las llamadas causas de justificación, excluyentes de pena o excusas absolutorias.

Los textos de derecho positivo, consignan el conjunto de excluyentes de incriminación, bajo el rubro

genérico de Circunstancias que eximen de responsabilidad.

Garraud, hace una clasificación en causas de no culpabilidad, causas de Justificación y Excusas Absolutorias. Los tratadistas argentinos, pretenden denominarlas, Causas Excluyentes de Responsabilidad Penal.

La Legislación mexicana, las ha denominado de varias maneras: el Código penal de 1871, inspirado en el código español de 1870, adopta la denominación de Circunstancias que eximen de Responsabilidad Criminal. El Código de 1929, reproduce ésta misma denominación y el Código penal de 1931, Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad Criminal, esta denominación la adoptan algunas de las legislaciones locales.

Luis Jiménez de Azúa, crítica los "Terminos" circunstancias" y "eximir", definiendo el primer término, como aquello que está alrededor de un hecho y que lo modifica accidentalmente y dice que las causas de que nos ocupamos, cambian esencialmente el hecho. El segundo término, también le parece un error, en cuanto que con él parece indicarse, que aunque sea imputable el hecho, no se exige responsabilidad, por la concurrencia de cualquier motivo cosa que no sucede.

Por último podemos clasificar las excluyentes en: Causas de inimputabilidad, Causas de Justificación y las llamadas Excusas Absolutorias.

## CAPITULO IV

### EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Entre las circunstancias, que modifican al delito, encontramos dos clases de ellas: 1°—las que pueden ser previstas de antemano y de una manera general influyen en la culpabilidad absoluta y 2°—las de naturaleza variable, en número ilimitado, según los hechos particulares de cada causa y las consideraciones a cada una de las partes, más que en la culpabilidad individual.

Las primeras son las llamadas EXCUSAS ABSOLUTORIAS y las segundas, son circunstancias atenuantes, diferencia que el uso establece así como la práctica legal.

Acusar, es poner en causa, envolver y excusar, es poner fuera de causa, envuelve la idea de cierta culpabilidad, pero que por alguna consideración, particular, se perdona.

Los motivos de las EXCUSAS ABSOLUTORIAS, son bien por motivos de justicia, siendo menor la culpabilidad o por motivos de utilidad social, es decir, que el legislador, haya juzgado, más útil, para la sociedad, que la pena fuese suavizada y aun remitida totalmente, que si fuese aplicada.

La excusa, en el Derecho francés, es un hecho pre-

visto por la ley, debe apoyarse en el texto de una ley. El código francés define la Excusa, como el hecho especialmente determinado por la ley, que tiene como resultado la excusión de la pena o una atenuación de ella.

El Lic. Carranca y Trujillo, hace una clasificación de las Excusas Absolutorias, de la siguiente manera: Excusas Absolutorias por motivos afectivos, Excusas Absolutorias en razón de la copropiedad familiar; Excusas Absolutorias en razón de la maternidad consciente y Excusas Absolutorias en razón de la temibilidad mínima especialmente revelada. El fundamento de todas ellas, lo encontramos en motivos de utilidad social, pues se declara el perdón legal, para no ocasionar un mayor trastorno social, resultado de la imposición de una pena. Este es el fundamento en las soluciones clásicas. En la teoría del móvil de la acción o los motivos determinantes, pues se atiende a estos elementos, para declarar el hecho sin sanción.

Para los clásicos, la *utilitatis causa*, impone la necesidad de que los que participen, en la ejecución del hecho, sean igualmente inculpables, por aquellos hechos de los que nadie debe responder.

Los autores modernos, declaran impune a aquel, que aun siendo peligroso, represente un valor en relación, con las circunstancias del hecho.

El concepto de **Utilitatis Causa**, tiene un sentido y un contenido vario y no se puede dar una definición general, pues el concepto varía con el tiempo y el espacio.

En nuestro Derecho, como en el francés, están previstas las EXCUSAS ABSOLUTORIAS y así tenemos que el Código de 1871, prevee el robo entre cónyuges, entre un ascendiente y un descendiente y viceversa, excluyendo de la Excusa, a las personas extrañas que intervengan en el hecho delictuoso, exigiendo como requisito para imponer el castigo correspondiente, la que-rella del ofendido. Este Código consigna, la Excusa por aborto causado, solo por culpa de la mujer embara-

zada, así como los casos de injurias y difamación y el delito de evasión de preso.

El Código de 1929, siguiendo al de 1871, pero mejorando a éste, en el caso de la maternidad consciente, agregando que será sancionado, cuando la imprudencia de una tercera persona causare la muerte del producto de la concepción, agravándose esta imprudencia en el caso de ser profesionalista, es decir, que se tengan los conocimientos técnicos, como en el caso de los médicos y las parteras.

Agrega además la Excusa Absolutoria, fundada en la mínima temibilidad, estableciendo que cuando el mínimo de lo robado no pase de \$ 25.00 y que espontáneamente, lo devuelva el ladrón y pague además daños y perjuicios, antes de que la autoridad tenga conocimiento del hecho, no se aplicará pena.

El Código de 1931, las Agrupa en Excusas Absolutorias en razón de los móviles afectivos revelados, es decir, su razón la encontramos en los lazos de sangre, que atan íntimamente entre sí a éstos con la sociedad, la cual cree conveniente favorecer al infractor, que favorece a los suyos y del móvil se intuye su poca o ninguna temibilidad. De este modo el Código establece, la Excusa absolutoria del ocultamiento de un delincuente o los instrumentos con que se cometió el delito o el impedimento de averiguación pero sin que tenga otro sentido que el altruísmo, esta Excusa absolutoria, favorece a ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, el cónyuge y parientes colaterales hasta el 4° grado y por afinidad hasta el 2° grado y a todos aquellos que están ligados con el delincuente por lazos de amor, respeto o gratitud o amistad.

Otra Excusa absolutoria, es la de no impedir la comisión de un delito o que se esté cometiendo, cuando la intervención implique un peligro, para la persona o intereses del cónyuge o de los parientes en línea recta o colateral hasta el 2° grado.

Así mismo establece que no será sancionado la evasión de preso, en el caso de los parientes, aun siendo afines hasta el 2° grado.

El Juez de oficio, dice el Código Penal, puede citar a declarar a cualquier persona, para el esclarecimiento, de algún hecho delictuoso; sin embargo, esto no sucede con los tutores, curadores o pupilos y cónyuge del acusado ni con sus parientes.

Establece también las Excusas en razón de la co-propiedad familiar. A este respecto, el Código Civil, habla de la obligación del marido de contribuir al sostenimiento del hogar, a menos que estuviese imposibilitado para trabajar y careciere de bienes, entonces, toca a la mujer, afrontar estos gastos. El régimen cónyugal en la mayoría de los casos, se constituye por sociedad cónyugal y en casos particulares, por separación de bienes y los delitos cometidos por un cónyuge, contra el otro, solo es exigible la reparación cuando el ofendido se querella, como en el caso de robo entre cónyuges, por el suegro contra el yerno o contra una nuera o de éstos o aquél por un padrastro contra su hija y viceversa.

La misma obligación de ayuda económica, se extiende tanto de ascendientes a descendientes y viceversa; por esto el robo entre ascendientes y descendientes, no produce responsabilidad, ya que ambos tienen la misma participación económica. Esto no se extiende a las personas extrañas, a quienes no aprovecha la excusa; pero siempre mediante querrella.

Según el Lic. Francisco González de la Vega, no cabe la sanción, en el caso del aborto, cuando éste sea consecuencia de una imprudencia, explicando el Maestro, que al aplicarla, sería inequitativo, ya que resultaría doble el castigo, pues ya con la pérdida del hijo, está suficientemente castigada. El Código, añade con claridad, que la imprudencia debe ser solo de la mujer, excluyéndose a aquellas personas que teniendo conocimientos técnicos cometan tal imprudencia.

Siguiendo el caso de la maternidad, el Código también consigna el caso del aborto por violación, excusando a la madre que realiza este hecho, por la repugnancia que representaría para ella el recuerdo del bárbaro atropello de que fué víctima, y además el no

justificar este aborto, sería tanto como coartar la libertad sexual, a la cual la mujer tiene derecho.

Aprovechan también las EXCUSAS ABSOLUTORIAS al aborto por motivos eugenésicos y al aborto por causas graves y económicas justificadas. EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN RAZON DE LA TEMIBILIDAD, ESPECIALMENTE MINIMA REVELADA. Este caso está justificado en razón del móvil del delincuente, el cual con su actitud, revela que aunque delinquiró, tuvo una finalidad, provechosa para la sociedad.

En la Excusa absolutoria de las injurias recíprocas, el juez según las circunstancias, podrá declarar, exentos de pena a las dos partes, o a alguna de ellas, o exigirles la causión de no ofender.

Por último, y como ya hemos observado, por el carácter variado de esta clase de excluyente de incriminación, veremos otro caso que el Código consigna y que es el que se refiere al Estupro, en el cual el delincuente, se casa con la mujer ofendida, cesando por este motivo toda acción penal contra él. Lo mismo sucede con el raptor, salvo el caso que se declare nulo el matrimonio.

## **CAPITULO V**

### **HISTORIA DE LA LEGITIMA DEFENSA**

Con diferente amplitud y criterio, en todos los tiempos, se ha reconocido, la LEGITIMA DEFENSA, como acto conforme a Derecho. Cicerón escribía, que la LEGITIMA DEFENSA, es NON SCRIPTA, SED NATA LEX y Geib decía; que la legítima defensa, no tiene historia.

el DERECHO ROMANO, en numerosos textos, expresa el hecho de repeler violentamente, el ataque contra el cuerpo y la vida; pero no consignan un concepto general de legítima defensa.

### **LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO ROMANO**

Los textos de derecho romano, consignan la institución de la legítima defensa, ya en pleno desarrollo.

Etimológicamente, para nosotros, las ideas de ofensa y defensa, difieren esencialmente. Por defensa entendemos la repulsa enérgica y violenta a que nos vemos obligados, en virtud de tutelar la vida, los bienes y el honor y solo por mayor significado el término legítima.

Remotamente nos dice Prisciano, existía un tér-

mino que englobaba estas dos ideas: ofensa y defensa. El término era **fendo** (incitar a la ira) producir tanto en un sentido como en el otro. Del alemán **feind** (enemigo) hacemos la distinción apuntada, formando los vocablos **offendo** y **defendo**.

El verbo, **tueri**, hacía las veces de nuestro vocablo, defender que significaba guardarse de un peligro. De defendere viene el moderno vocablo, cuyo significado de la partícula **de**, es el de alejar, produciendo un dolor (fendo). De esto concluimos que aunque los romanos, tenían desarrollada, la idea de legítima defensa, no tenían palabras adecuadas, con qué expresar tal idea, es decir el lenguaje no supo o no pudo, formular una expresión clara del sentimiento de legítima defensa, que ya lo traían en la mente, como el niño que siente el deseo de algo, pero que le faltan elementos con qué expresarlo.

El derecho de legítima defensa, está consignado en la ley de las doce tablas y en el Digesto, en donde se consignaba, el derecho a matar al ladrón, haciendo el distingo entre nocturno y diurno.

En el Digesto se encuentra consignada, en su primer título, aunque solo por una necesidad didáctica; pero recogiendo todos estos elementos dispersos, se puede construir un esquema completo de la legítima defensa, deduciendo, según la doctrina de los jurisprudentes romanos, el ejercicio de este derecho: una acción conocida contra la prohibición de quien tiene el derecho de oponerse, estableciendo como condición, de que la agresión sea injusta y añade la inminencia del peligro e igualmente la dificultad de librarse del agresor causándole la muerte o hiriéndole. Esto es en cuanto al agresor.

En cuanto al agredido, se rige su reacción, por las reglas siguientes: 1o.—La proporcionalidad en relación con la agresión sufrida, proporcionalidad que se aprecia moralmente, existiendo una impresión en la apreciación, entre agresión y reacción, establecen la fórmula *Inculpatæ Tutelæ Moderatio*.

2o.—Establece la sorpresa del agredido.

Cicerón y las Constituciones Imperiales, reconocen en la legítima defensa, una forma de represión del delito, un sustitutivo penal. Esto para los penalistas modernos, no sería, sino la manifestación externa del derecho y que los romanos, no se contentaban con las razones de utilidad.

Florentino, encontraba el fundamento de este derecho, en el instinto que la Naturaleza pone en los hombres. Cicerón dice de la legítima defensa, que no es **Scripta sed Nata Lex quam ex Natura ipsa arripimus**. Por otro lado, se fundaba en el derecho de gentes.

En virtud del principio **Noxa caput sequitur**, se respondía el dueño último de un animal, de los perjuicios que causare. Esta acción se ejercitaba sobre el animal, tanto es así que la muerte del agresor, extinguía la acción.

El derecho romano, aceptaba la legítima defensa de tercero contra las injurias, contra los bienes y el honor.

## DERECHO GERMANICO

La noción de legítima defensa, en el derecho germano, es más remota, siendo la Composición, el embrión de ella, comprendiendo muertes, que no constituían legítima defensa. Comprendía el reo de rapiña, el ladrón y el incendiario que encontraba su justificación en el interés que la sociedad, tiene en que se eliminen, sin detenerse a analizar la intencionalidad o motivos que impulsaron, al que cometía tal delito. La consideración era puramente objetiva.

La ley Visigoda y la Ostrogoda, tienen un adelanto al justificar la venganza ejercida de inmediato, introduciendo la consideración del elemento psicológico de la subitaneidad de la reacción defensiva.

Si un hombre mata a otro y aquel es después muerto al pie de la víctima, en el mismo lugar y en la misma hora que permanezca delante de su acto ilícito, se compensa una muerte con la otra; pero puede

suceder, que no acaezca la primera muerte, pero que cierta e inevitablemente deba acaecer, sin herir o matar al agresor. El agredido, no debe esperar a ser muerto, para que otro lo venga y de este modo se elimina el tercer sujeto.

De igual modo las leyes Anglo - sajonas, de Whtrad Ine y Atelstano. Hablan de la muerte del culpable, cuando se trata de la muerte del agresor por el agredido, en legítima defensa.

Geyer quiere hacer aparecer a la legítima defensa como una acción impune y no como un derecho.

En el derecho Germánico, Zópsfl, ha sostenido, que la legítima defensa, como un derecho de matar a cualquiera, que hubiere usado la mínima violencia, y que por eso tal derecho, era reconocido sin límite alguno.

En las limitaciones germanas, respecto de las condiciones en que se puede matar a un hombre, en el caso de no podersele sujetar y atar, se trata de hacer el distingo entre venganza privada y legítima defensa. Este derecho, lo amplía todavía más pero, con la institución de declaración de extralegalidad (Fnedilosigkeit) y se desenvuelve en el hecho de la agresión frente al agredido, se convierte en Friedlos. Cuando el ofendido o el que tiene relaciones con el muerto, mata al agresor, según Wilda, es una ejecución precedente a la condena.

Hace pues, el derecho germánico, un distingo entre venganza privada y legítima defensa. El que era golpeado, perdía la personalidad jurídica.

Los germanos, no solo la muerte del individuo, la consideraban un trastorno de la paz, también lo era la violación del domicilio, teniendo el propietario, el derecho de expulsar al intruso, aun ocasionándole, la muerte.

El derecho germánico, consigna otro caso de legítima defensa: el de la recompensa simbólica, en los Estatutos locales que establecen: que aquel que en su casa ha dado muerte al intruso, lo lleve después fuera y abandonando el cadáver en la vía pública, ponga

una o tres pequeñas monedas y a veces también, una cabeza de gallo cortada.

En las leyes de Liutprando, se encuentra con más fuerza diferenciado, el concepto de legítima defensa, con cualquier otro caso de muerte, no castigada; pero no implica la impunidad absoluta. Al matador en legítima defensa, se le obliga a pagar una recompensa.

La costumbre de condenar por homicidio, al que mata en legítima defensa, para después perdonarlo por gracia soberana, era muy general en la Edad Media y se encuentra consignada en los estatutos de Gloucester.

En el Derecho germánico, aparece un criterio que también vislumbran los romanos, para determinar la legítima defensa y que legislaciones posteriores omiten.

Como el hecho de dejar impune la muerte a los germanos, por su falta de preparación, la Lex Enrica, exigía, que el que hubiera matado defendiéndose, además de no tocar ninguna de las cosas que pertenecían al muerto, lo pusiese con la cabeza hacia el Oriente y los pies hacia el Occidente, tendiéndolo sobre el escudo, cuando lo tuviese, que clavara en el suelo la lanza y lo rodeara con las armas, trabando cerca de él, el caballo, luego ir a la ciudad más próxima y denunciar el hecho a la primera persona que encontrara.

Otras leyes establecían, que cuando se hubiere dejado pasar una noche sin declarar el acontecimiento, no se podía alegar legítima defensa. He aquí, el elemento subitaneidad.

De este modo, vemos cómo se ha ido adelantando en el concepto de legitimar la defensa de la persona, diferenciándose esencialmente de la venganza privada.

## **DERECHO CANONICO**

El pensamiento cristiano, que al principio, admitió el derecho de legítima defensa, consideró más tarde, que antes era la caridad hacia el prójimo, dete-

niendo así, la evolución de este concepto.

En la Edad Media, como se tenía un profundo desprecio por los bienes terrenos, hacían inconcebible, la legítima defensa de los bienes y el honor, admitiendo limitada la del pudor.

El Decreto Gratiani, reconoce el derecho de legítima defensa, pero en la práctica, le impone muchas restricciones, quedando tal derecho solo en abstracto.

El Derecho Canónico, en su *Moderamen Inculpatæ Tutelæ*, limita grandemente este derecho, pues al hacer uso de él, según la iglesia, constituía un abuso y la intención de ella, era el de reducirlo a su mínima expresión.

La defensa de los bienes, estaba vedada, por considerar, un hecho culpable, cosa contraria a la defensa de tercero, que constituía una obligación y hasta se establecía una presunción a quien pudiendo prestar ayuda, no lo hiciera, a quien estuviera en peligro, craso error de la iglesia, al no admitir la defensa de la persona y si de tercero, pues de defender el propio derecho, surge la idea de defensa social.

La idea de la iglesia, era la de Cristo, de poner el otro carrillo, cuando el otro hubiera sido abofeteado, en lugar de rechazar la agresión.

Ludovico influenciado por la idea eclesiástica, escribe que quien siguiendo hasta la iglesia por el adversario, le hubiese matado en ella defendiéndose, se le eximiera del pago de la recompensa; pero que pagara seiscientos sueldos a la iglesia y se le imponía una penitencia. En un pasaje de San Agustín, citado por Enrique I, se habla de los homicidios involuntarios y los cometidos en guerra. Las penas impuestas a los que ejercían el derecho de legítima defensa, en las Penitenciales Medievales, las cuales solo eran señaladas y dejaban su cumplimiento a la voluntad del homicidio, notándose desde luego la ausencia de la energía jurídica.

La obligación de la fuga, era requisito esencial para ajustarse al *Moderamen*, cosa que nulifica el sentido de legítima defensa.

Después de este recorrido por las principales aportaciones históricas, en donde vemos en primer término, el derecho romano desarrollando el derecho de legítima defensa, pero sin encontrar términos adecuados para expresarlo, en segundo término al derecho germánico, estableciendo cuatro instituciones jurídicas: privación de la paz, el derecho de muerte, derivado de la anterior, la inviolabilidad del suelo y del domicilio y la gracia soberana y en tercer término el concepto restringido de la iglesia católica, que con su *Moderamen Inculpatae Tutelae*, viene a nulificar éste derecho.

La Carolina, viene a cerrar el ciclo evolutivo, de este derecho, que sanciona la legítima defensa, restringiéndola a la persona del agredido, considerándola como un hecho impunible. *Carpsoorius*, consideraba a la legítima defensa, no solo un derecho sino un deber, equiparando al que no se defiende con el suicida.

Hugo Groccio y Puffendorf, atemperan los dictados de la razón y el sentimiento jurídico y los sentimientos políticos, considerando a la legítima defensa como un derecho natural del hombre primitivo a la obra de justicia restringiendo a las necesidades de la vida social o a los dictados de la ley evangélica. Dentro de esta doctrina encontramos dos contraposiciones: el individuo frente a la sociedad y la ley humana y la divina, quedando hasta aquí detenido el ejercicio de éste derecho.

## **CAPITULO VI**

### **ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA**

#### **Derecho Francés**

La legítima defensa, tiene su origen, según el derecho francés, en el instinto de conservación y en el bienestar social y dice: la persona, objeto de una agresión injusta, tiene el derecho de rechazar el peligro que le amenace, de recurrir a sus propias fuerzas, cuando el poder público, no se halle presente o su intervención sea insuficiente, estando de acuerdo en que todos los criterios están unánimes en asignar a la legítima defensa, los siguientes elementos:

1.—La existencia de una agresión ilegítima, injusta. Así quien trata de detener legalmente a un malhechor, éste no tiene derecho a ejercer la legítima defensa.

2.—Que sea violenta, es decir, que se emplee en ella la fuerza, si no, no es necesaria la fuerza para rechazarla.

3.—Debe ser presente o actual, es decir, que haga correr un peligro inminente, al cual peligro se trate de sustraerse, pues si es extemporánea, es decir, no concomitante a la defensa, ya no cabe la defensa, sino que se debe recurrir a la justicia, pues entonces, existe la posibilidad de prevenirla.

4.—La persona amenazada, no deberá tener otro recurso, es decir, que se vea en la necesidad de repeler la fuerza con la fuerza.

## **DERECHO ESPAÑOL**

El Código penal común, fija los siguientes elementos indispensables, para la existencia de la legítima defensa:

- 1.—Agresión ilegítima.
- 2.—Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
- 3.—Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Este código exige, en lo que respecta a la defensa de los parientes que se extienda tan solo hasta el cuarto grado civil y siempre que concurren los dos primeros elementos y además, que habiendo precedido provocación de parte del ofendido, no hubiese tenido participación en ella el defensor.

Los dos requisitos anteriores, exige este código, en lo que respecta a la defensa de un extraño: 1.—Que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

## **CODIGO VIGENTE MEXICANO**

Son elementos constitutivos del derecho de legítima defensa: 1.—La agresión, entendiéndose por tal, según el código vigente, el ataque, la embestida injusta, que bien puede ser de carácter material o moral, que amenaza, pone en peligro o compromete intereses jurídicamente protegidos y esta agresión debe ser actual, contemporánea al acto de defensa, que puede acarrear prontamente un daño ilícito.

La agresión debe ser violenta, o sea intempestuosa, violencia que puede ser física o moral.

Debe ser sin derecho, violadoras de las normas jurídicas; pues si tal agresión es el resultado del ejercicio de una función no debe justificarse tal acción y que de ella resulte un peligro inminente, es decir, la posibilidad de que nos cause un daño inmediato, muy cercano.

## CAPITULO VII

### ANALISIS DE SUS ELEMENTOS

α).—Agresión ilegítima, Garraud la define como una acción que se ha ejecutado o empezado a ejecutar con la intención de dañar, un bien que está protegido por la ley.

Según una sentencia, del Tribunal Supremo español, agresión quiere decir, tanto como acometimiento, consistiendo en la acción ofensiva, amago, o empleo de fuerza material, para causar un mal que comprometa o ponga en peligro la persona o los derechos de alguien. El amago, es considerado como verdadera agresión cuando se produce con un poderoso instrumento mortífero. Como se puede observar, el criterio de los tribunales españoles, no es definido en cuanto al concepto de agresión; para la jurisprudencia española no constituye agresión, el poner la mano en el pecho o dar un empujón, acompañado de palabras despectivas, solo existe duda cuando se produce un golpe, que no siempre lo considera como agresión, pudiendo establecerse la diferencia, entre ofensa grave y agresión, si el ofensor, va o no armado, o bien que a la bofetada sigan otros actos de fuerza. De modo general, se puede concebir la agresión, como un acto material de fuerza.

El Código de 1870 determina, que la agresión, ha de ser ilegítima, cosa que el Tribunal interpreta, como la falta de causa razón o motivo, que justifique o autorice la agresión y añade que la agresión, ha de ser también actual e inminente y directa.

Para Bbinding, lo injusto, lo ilegítimo, significa, la dirección del ataque, no su cualidad delictiva, a lo cual Floian, contesta, que no es necesaria la injusticia subjetiva, basta con la objetiva.

La actualidad, debe entenderse en el sentido, de que no debe ser requisito esencial, para el rechazo de la agresión ilegítima que se haya consumado un mal cierto, sino que será suficiente que para justificar la legítima defensa que la agresión haya comenzado a verificarse o tome realidad por hechos, frases o actitudes del agresor y dice el mismo Tribunal Supremo que no se entenderá como legítima la defensa, cuando el agredido no sufra ningún riesgo, como en el caso de que haya desarmado a su agresor o al cesar la agresión.

Ferri expresa en lo que respecta a la necesidad racional del medio empleado, para impedir o repeler la agresión, la imposibilidad de defender de otro modo nuestro derecho. Viada también habla de la necesidad del empleo del medio. No existiendo un medio violento en el ataque, no se justifica el empleo de medios violentos, para repeler la agresión, he aquí el no empleo del medio racional, tornándose por este motivo injusta tal acción.

La idea de la necesidad del medio empleado lleva implícita de la de proporción, es decir, que el medio empleado para la repulsión del ataque debe ser proporcional a la importancia y condiciones en que se produzca tal agresión. Este punto que se presta a interpretaciones distintas la legislación española se ajusta al pensamiento de Hiering. Pacheco dice: que no puede suponerse, que en la situación en que se hallaba el acometido tuviera la suficiente tranquilidad de espíritu para razonar, calcular y comparar el daño que se le va a inferir con la clase de defensa.

El Código español de 1870, afirma, que no delinquen y por consiguiente, están exentos de responsabilidad criminal:

1o.—El que obra en defensa, de su persona o derechos, estableciendo, que siempre que concurren, las circunstancias que conforman el derecho de legítima defensa como son: 1o.—Existencia de una agresión ilegítima. 2o.—Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. 3o.—Falta de provocación suficiente, por parte del que se defiende.

En lo que se refiere a la defensa de los parientes, la admite hasta el 4o. grado, siempre que concurren la agresión ilegítima y que se utilice el medio racional para repelerla. Respecto a la concurrencia de la primera circunstancia, puede decirse que es condición sine qua non, pues de lo contrario, no encontraríamos la legitimidad del rechazo.

En lo que respecta a la defensa de los extraños, la admite, siempre, que concurren las circunstancias anteriores y además exige que el defensor, no obre al impulso de una venganza, un resentimiento u otro motivo ilegítimo.

El Tribunal Supremo, que expresa con claridad, los casos de desproporción de la defensa, en cambio, cuando surge el problema con todas sus dificultades, se convierte en confuso y contradictorio, al proponer que quien emplee armas iguales al agresor usa un medio racional de defensa y en otros fallos dictados por este mismo tribunal, se afirma que no debe medirse la proporcionalidad, por las armas empleadas por agresor y agredido.

En la defensa de los extraños, exige éste código, la necesidad racional del medio empleado y además para impedir la o repelerla. Impedir, quiere decir, que no se requiere que la agresión se consume, basta que sea inminente o amague la acción de herir o matar: así, se expresan las partidas que no debe esperar el acometido, ser herido, pues podrá acontecer, muriese el acometido y de este modo, se aleja la posibilidad de defenderse.

Este código, consigna como requisito, para la existencia de la legítima defensa, la ausencia de provocación suficiente, por parte del que se defiende, es decir, que no haya incitado al agresor, provocando su ataque injusto, ilegítimo.

Por provocación, se entiende, estimular, irritar a alguien con palabras o actos, con objeto de hacerlo enojar. Que la provocación sea suficiente, según interpretación de un comentarista, viene del latín (sufficiencia) aptitud, suficiente, quiere decir apto, bastante, para alcanzar, la finalidad que persigue el provocador.

Será suficiente la provocación, cuando constituya, una clara y satisfactoria explicación del ataque, o según el Tribunal, deberá ser adecuada, bastante proporcionada a la agresión, nacida de ella. Atendiendo a esto, no será causa suficiente, la reconvencción de un acto ilícito, ni la disputa, ni los accidentes de una riña en la cual, interviene la voluntad.

Según las anteriores expresiones, basta que el que se ve constreñido a defenderse, no haya sido, con anterioridad, un injusto agresor; pero al considerar suficiente la provocación, cuando solo constituye, una injuria, o una lesión leve, que provoque el acometimiento del ofendido, sería injusto, que estuviera en el trance de dejarse matar, o convertirse en delincuente, a lo que Silvela explica, que la provocación no debe considerarse suficiente castigando al que causó la injuria o lesión sin impedirle que use de su derecho de defensa.

Que la provocación, sea próxima o inmediata, al hecho, quiere decir, que no medie ningún intervalo entre la provocación y el hecho.

En la defensa de Extraños, el Código español, exige los dos primeros requisitos, y además que el defensor, no hubiere tomado parte en la provocación y que no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, cosa que Viada justifica, porque si la provocación, puede perjudicar al que la hizo, no así al defensor, que no tomó parte en ella y que

tan solo, se lanzó a proteger y amparar a aquel, que se encuentre en serio peligro sin otro motivo que un impulso noble y generoso. Esta condición, se presume, siempre que no conste nada en concreto, si se ha apreciado la concurrencia de los primeros elementos.

El defensor, no debe ser impulsado por resentimiento, venganza u otro motivo ilegítimo, a lo cual Viada expresa que este requisito, tiene su fundamento en la ley al decir que el que acude en defensa de un extraño, lo haga a impulsos de un noble y generoso impulso de humanidad y justicia y no por motivos mezquinos de resentimiento, venganza u otros motivos o legales, producto de pasiones; pero la explicación más exacta, es la de carácter social que explica Silvela diciendo, que no es posible, a no confundir la moral con el derecho, establecer imposiciones como esta, sin exponerse a ocasionar graves perjuicios, imposibilitando en algún caso, el auxilio que un extraño pudiera prestar al atacado.

## CAPITULO VIII

### EXTENSION DE LA LEGITIMA DEFENSA

Ya desde el derecho romano se aceptaba la legítima defensa contra la injuria, los bienes y el honor. En el derecho germánico, además de admitir la legítima defensa de la persona, hablaba de la violación del domicilio, autorizando al propietario a defenderlo, aún a costa de la vida del agresor. El derecho canónico no admite la defensa de los bienes y el honor, imponiendo tantas restricciones que llega a nulificar este derecho.

Nuestro código concede la extensión del ejercicio de este derecho a la persona, honor y bienes de sí, o de otra persona; como podemos observar, la extensión casi siempre ha sido igual, solo que por sentimientos humanitarios, de piedad se ha restringido.

La legítima defensa de los bienes admite, pero limitándola a la flagrancia, pues no podríamos considerar legítimo el agredir al ladrón que está en posesión de lo robado ya que se puede recurrir a la autoridad.

En relación a la legítima defensa de terceros, también debe tenerse mucha cautela, al tener en cuenta el grado de parentesco, entre el agredido y quien ocurre en su auxilio; pues no se puede dudar de que

el pariente, ligado al agredido, por lazos de cariño o por simple amistad, abnegadamente lo proteja, pero en ausencia de estos lazos, cabe presumir la actitud delictuosa, presunción, que se acentúa, a medida, que descende el nivel cultural de los individuos.

En este caso, de legítima defensa, sería conveniente, esclarecer tres puntos: 1o.—Si el que presta el auxilio, no ha provocado la agresión. 2o.—Si no existe concierto entre él y el agredido y 3o.—Se debe tener en cuenta, si ha habido, reincidencia específica, así como los caracteres antropológicos, revelados por el modo como ejecuta su acción.

El Código austriaco, reconoce, la legítima defensa de la propiedad, diciendo: todos tienen derecho a oponerse al peligro de un injusto daño, que amenace a ellos mismos, a sus parientes, o a sus conciudadanos, con los medios aptos, para tal objeto solo que acentúa estos requisitos: "Injusticia de la agresión" e imposibilidad de recurrir a la fuerza pública" y exagera la irreparabilidad del daño.

El Código Bávaro, es el primero que expone la legítima defensa en su parte general y dice en su artículo 121: No es factible de pena alguna, la acción consumada, como consecuencia a una violencia irresistible, moral o física, o de amenaza, seguida de un peligro de muerte actual o inevitable.

Respecto a su extensión, establece en su artículo 125, cualquiera puede hacer uso de la fuerza para desviar de la ajena o propia persona, o propiedad, las violencias y los ataques criminosos, porque le sea imposible el socorro de la autoridad, para hacerlo cesar, o cuando la intervención de la autoridad es insuficiente a reprimirlos. A la violencia ejercida contra el agresor, el daño que se le pudiera ocasionar, a la muerte misma, en caso de legítima defensa, no les sería aplicable ninguna pena, porque los límites legales que establece el artículo, no han sido sobrepasados, que se refieren a no considerar legítimo el crimen, cuando la persona atacada hubiere fácilmente, oponer medios

idóneos, para sustraerse sin peligro al ataque que se erige contra su persona o propiedad.

Este mismo código, establece también limitaciones a los cantidad de defensa tales como tan solo atemorizar al atacante en lugar de herirlo, si de esta manera se puede hacer que el ataque cese y no causar una herida mortal si tan solo fuere suficiente con inferir una insignificante.

Atendiendo a estas limitaciones, éste código, admite la legítima defensa de la persona, cuando el ataque es de tal naturaleza que ponga en peligro la vida, la libertad y el pudor así como también contra el culpable encontrado en flagrante delito; contra los ataques criminosos de violencia, con el fin de destruir o dañar la propiedad inmobiliaria y mobiliaria; contra la persona que trate de penetrar en propiedades ajenas inmobiliarias, haciendo uso de la fuerza, con fractura u otro medio ilícito.

El código germánico, siguió los lineamientos del código Bávaro en esta materia, reconociendo a la legítima defensa, como un derecho, que se extiende a la propiedad, así como también el austriaco, el alemán, el húngaro y el holandés lo mismo hace el griego. El Código español, desde el año de 1822, ya consignaba estos principios, ampliándolos y desarrollándolos, el nuevo código; lo mismo hacen los códigos sueco, noruego y el de dinamarca así como el brasileño. El reglamento romano de 1852, al hablar del exceso de defensa, reconoce la defensa de los bienes. Todos estos códigos, justifican el exceso de defensa, cuando el autor se encuentra influenciado, por una perturbación, por un temor o un terror.

Porto, positivista, escribía, acerca del proyecto italiano que la severidad, la reserva este proyecto, para aquellas personas temibles, pues los delincuentes ocasionales, que cometen un delito, impulsados por las vehementes pasiones, por motivos no vulgares, no del todo antijurídicos, no se debe aplicar esta severidad, y como hacemos notar, este proyecto, todavía se encuentra atrasado, al considerar a la legítima defen-

so, no como un derecho, sino como una excusa, no admitiéndose la legítima defensa de los bienes y el único adelanto que presenta, es el de equiparar el escalamiento o la fractura en campo abierto, con el escalamiento y la fractura nocturnos.

En el capítulo del proyecto, cuyo rubro es DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL, consigna en el artículo 336 que: los hechos no previstos en los capítulos precedentes, no son imputables, si se cometen en virtud de una necesidad actual de defender la propiedad contra violencia o saqueo.

En la necesidad de defensa de sí mismo o de otros, o del pudor propio o ajeno; lo mismo acontece en el acto del rechazo de los autores del escalamiento, rotura o incendio de la casa o domicilio.

La acción u omisión, además de ser antijurídica, típica y punible, ha de ser culpable y solo pueden considerarse los anteriores requisitos en el agente, que sea imputable, es decir, que exista un sujeto a quien se pueda cargar en cuenta su proceder, es decir, que disponga de su voluntad, para poder elegir entre sus diversos querer, siendo imputable, si al tiempo de realizar el movimiento corporal, posee las condiciones psíquicas, exigidas abstractamente e indeterminadamente por la ley, para desarrollar su conducta socialmente, es decir, que esté en aptitud de observar una conducta que responda a los fines sociales.

## CAPITULO IX

### **¿ES LA LEGITIMA DEFENSA UN DERECHO O SE TRATA TAN SOLO DE UNA EXCUSA?**

Dos autores se han avocado a la resolución de esta interrogante. Uno de ellos, Levita, en un libro que escribió en el año de 1856, sostiene, que se trata de un derecho: el otro autor, es Geyer, que rechaza la afirmación de Levita.

Los positivistas, no están de acuerdo con estos autores a los cuales tachan de metafísicos; pues dicen que solo violentan los hechos para ponerlos al servicio de una idea apriorística.

Geyer, sostiene, que la legítima defensa, no es reconocida por ninguna legislación como un derecho, sino como una acción impune y Levita muy por el contrario, sostiene, que la legítima defensa representa el ejercicio de un derecho. Los positivistas dicen de estos dos escritores que están dominados por la idea de inmutabilidad del derecho y que no se debe considerar a este como algo que se encuentre dentro de la rigidez de un marco, sino que muy por el contrario, siempre debemos considerarlo en un estado de evolución constante, ya que es un producto social, y como social debe responder a las necesidades de un lugar y de una época determinada.

Para los positivistas, la legítima defensa, es un forma de lucha contra el delito, pues lleva en sí, una parte del ministerio social de represión, que se puede confiar sin temor a la iniciativa privada.

Haciendo exclusión del elemento social y mirando tan solo a las facultades hipotéticas del individuo, considerado aisladamente, desciende la legítima defensa a una excusa y no al ejercicio de un derecho.

Buccellati, penalista clásico, escribía: pueden también llamarse causas justificantes, porque la voluntad, se encuentra, o se presume que se encuentra, en el derecho, como un hecho extrínscico, que quita a la acción el carácter de delito, como en el caso del mandato y la defensa. Este autor al citar un pasaje del derecho romano que se refiere a la legítima defensa, da a estas causas justificativas, el nombre de subjetivas y rechaza la defensa de la propiedad.

Heymans, que aunque positivista, se inclina por este criterio, dice, si fijamos nuestra atención en aquellos actos que se ejecutan bajo el imperio de una coacción, física o moral, reconoceremos que la responsabilidad no queda del todo excluída.

En los tiempos en que Gyer mantenía esta doctrina, ya existía un derecho de necesidad en Alemania (Nothrechth) el cual se fundaba en un estado de necesidad o en el de defensa.

Geyer observa, que cuando se considera la etimología de la palabra, Nothwer, parece que quiere indicar que la necesidad convierte en derecho, lo que de otro modo sería una injusticia. Para Geyer la represión del delito está confiada a un poder impersonal, que con cierta repugnancia, atribuía al Edo., y razona así: el ofendido cuando se venga, aparece como un perverso, porque transforma el juicio: es necesario retribuir el mal con el mal por el de yo debo retribuir el mal con el mal arbitrariamente, es decir convierte el juicio de impersonal en personal, apareciendo la defensa como algo antijurídico, a la que concede la impunidad de un modo excepcional. En esto encontramos una contradicción, al declarar una acción y que sin embargo no se

castigue. Deja en manos del Estado, la represión del delito y al individuo no le deja ni una mínima parte. Esta es una idea a priori, que se encuentra al servicio de la idea monopolizadora de la acción penal, despreciando toda iniciativa individual, necesaria a la vida social.

Si admitimos, que la legítima defensa, no representa el ejercicio de un derecho, sino tan solo los límites ante los cuales, una acción punible, en sí misma, permanece excusable, debemos guiar nuestra atención, hacia esos límites, que no es otra cosa que el Moderamen de la iglesia católica y estos límites, son solo límites a una facultad y no al ejercicio de un derecho que se sanciona en sus justos términos, estableciendo la siguiente ecuación: la retribución del mal con el mal, se ha producido ya y la imposición de una pena, producirá otra que no tendría su razón de ser en la retribución.

La retribución, supone dos males que se compensan y en el caso de la legítima defensa, puede no efectuarse el mal que amenaza. ¿En dónde encontraremos esta retribución? a lo que Geyer contesta: el mal cometido por el agresor, en el hecho mismo de la agresión y en la amenaza, queda retribuido. Mas todavía si por acaso, la defensa, no ha traído como consecuencia la muerte del agresor, si con una herida insignificante, se puede repeler la agresión, ¿quedará al Estado el derecho de castigar al agresor? Según el principio de la retribución, se resolvería en sentido negativo. Si la cantidad de defensa se mide por el peligro corrido, y si a este peligro, se le equipara a un mal real, se verá claramente que la reacción ha sido suficiente, para su repulsión, quedando, por tanto, proporcionalmente retribuido el acto del agresor; no quedando lugar a la aplicación de pena alguna al agresor. Sin embargo Geyer, afirma que solo es la retribución al mal individual y que queda por retribuir el mal social, ocasionado por la infracción voluntaria de un derecho.

Así como la teoría de Geyer, no encuentra un fundamento sólido, también encuentra dificultades, al que-

rer distinguir entre la pena y la defensa; como todo clásico, no tomaba en cuenta los elementos externos que las diferencia, sino que debíase entender en razón de la diferenciación íntima y substancial y dice Geyer que la pena sigue al delito en tanto que precede a la legítima defensa: sólo que esta diferencia es ilógica, pues nunca, puede preceder la defensa al delito.

Para los positivistas, la pena y la defensa, se fundan en idéntico principio, pues tanto la pena como la defensa se refieren a un hecho pasado. Feurebach, dice, que el delito no es la causa, solo presenta la ocasión, que hace conocer la necesidad de castigar y los positivistas hacen la distinción según quien aplique el castigo, diciendo que la pena es una defensa social en tanto que la defensa es individual. Ferri, dice que la pena no debe ser el castigo de una culpa moral, sino solo un medio de defensa social contra delitos futuros. Los positivistas no encuentran una diferencia substancial solo apuntan algunos caracteres distintivos, tales como la temibilidad concreta y eminente en la legítima defensa y abstracta y lejana de la aplicación de la pena.

Herbart, reconoce que la lucha por sí misma, es algo reprochable.

Kant, reproduciendo el concepto de Bacon, acerca de la diferenciación entre acción culpable e impune explica la legítima defensa. Feurebach, desenvuelve mejor el concepto de Kant coordinándolo con el de la coacción psicológica, cosa que no es posible obtener, mediante sanciones penales contra quien se encuentra en estado de defensa y reproduciendo la idea de Puffendorf de un derecho natural indeciso.

Hegel, afirma, que quien ejercita la legítima defensa, afirma el derecho, porque anula la negación del derecho, que se pretende realizar con la agresión (doctrina de la absoluta nulidad de la injusticia).

Bon Buri, es el autor de la doctrina de la colisión de derechos y dice: que entre dos Intereses del Estado, que se encuentren en colisión, de tal manera, que uno de ellos no pueda conservarse sin la destrucción del

otro, el Estado sacrifica el de menor importancia, pero sucede que para la filosofía apriorística, todas las personas son iguales y equivalentes y siguiendo esta idea, no se podría determinar a quién dar preferencia.

Carrara, critica la doctrina de la colisión de oficio, que explica el derecho del agredido, en razón de la pérdida del derecho del agresor, calificándola de absurda y capaz de inclinar a exageraciones, por lo que Von Buri, abandona la idea de salvar el interés mayor, con sacrificio del menor, fundando la legítima defensa en la piadosa consideración, de la nobleza humana y acaba por decir, que el Estado no debe ver en los individuos un material infalible, que viva ajustado a derecho.

No hagas a los demás, aquéllo que no quieras para ti mismo y no debe por tanto castigar, cuando a pesar de la injusticia, acaecida en virtud de general convencimiento, no se da lugar a la pena cuando por ello la sociedad, renuncia a la protección penal. Nace así, una doctrina estrecha de la legítima defensa de los bienes, reduciéndola más tarde, a una simple controversia civil, pues dice que la legítima defensa consiste en buscar, hasta donde el interés público protegido por el derecho de la pena, demande y conceda una invasión en los bienes jurídicos de los demás, que al mismo tiempo representa un interés público: deduciéndose la exigencia de la imprevisibilidad del ataque y la proporcionalidad, entre el peligro corrido y la reacción. Reduce, pues, a una mera excusa a la legítima defensa y la funda en la perturbación producida en el agente por el peligro.

En Italia, domina la doctrina de Carrara (Cesación del derecho de castigar), comenzando por afirmar, que cuando la defensa individual es eficaz, y la pública es insuficiente o impotente, cesa, según este autor, la función de castigar y considera a la defensa pública como subsidiaria de la defensa privada, la defensa privada adquiere todo su imperio cuando aquella se encuentra impotente para intervenir oportunamente, para impedir el mal que amenaza, haciendo re-

saltar a la legítima defensa como un derecho, llevando en sí la causa y la medida de la ley. Para Carrara, el fundamento lo encuentra en la necesidad que los positivos esgrimen no es el fundamento, ni filosófico, no jurídico, para él el fundamento jurídico, lo encuentra en la cesación del derecho de castigar, que compromete a la autoridad social, emanada de la ley eterna, pues Carrara considera que la autoridad en principio es legítima, con carácter derivado, que la autoridad pública, es a modo de una emanación de la justicia divina que le confía la misión de castigar. La ley eterna, exige, que se dé al precepto moral, una sanción pronta y eficaz, que complete la ley natural, garantizando esta ley los derechos que confiere, protegiendo mediante la defensa pública a la humanidad, impotente para defenderse de los malvados, por iniciativa privada, de aquí que la defensa pública, tenga el carácter de subsidiaria.

Carrara incurre en una contradicción, al expresar los conceptos: legitimidad primitiva y legitimidad derivada. El derecho de castigar emana de la ley natural, pero antes que un derecho, la Naturaleza ha dado al hombre el deber de conservar su propia existencia. Los positivistas, coordinan, el deber de conservar la propia existencia, con el de sujetar al individuo, a una pena cuando turbe el orden social, que sin excluirse, tiendan a la conservación del hombre. Cuando habla el primer precepto, debe callar el segundo.

Carrara, cae por último, en la idea que nulifica este derecho, al pensar, que el coaccionado, debe preferir sacrificarse, dejándose matar, esperando por esto, el premio divino. Dice que la legítima defensa, es a manera de una coacción, en el sentido de constreñimiento, de un mal eminente que amenaza al individuo, violentándolo en sus determinaciones y divide en dos secciones esta coacción, este constreñimiento en una acción (estado de necesidad) o una reacción (legítima defensa).

Los positivistas, no conciben, el ejercicio de un derecho, sin la libre voluntad del agente, antes bien, di-

cen, si a alguien, se obliga a usar sin su voluntad, sus propias cosas, en lugar de un derecho, se presenta una violación.

Carrara, admite la legítima defensa, solo para aquellos casos, en los cuales, se cause un mal irreparable, con la exclusión de la defensa de los bienes y agregando que la agresión no sea previsible.

La doctrina clásica, fundamenta la legítima defensa, en el libre albedrío, aplicando a los casos de legítima defensa el razonamiento que se aplica para declarar impunes otras acciones que tienen la apariencia externa de delito. Tácitamente admiten la ausencia de la temibilidad y el carácter social de la defensa.

Girardi, ha dicho, que siguiendo el criterio de los clásicos, no es posible llegar a una construcción lógica de la legítima defensa, proclamando la defensa necesaria y extendiéndola a los bienes, con exclusión de la fuga.

Janka, niega con ardor el libre albedrío, separándose del error de los clásicos, que quieren incluir a la legítima defensa en los casos de inimputabilidad, por la falta de libertad de acción. Este autor, sin embargo, tienen puntos de contacto con los clásicos, como en el caso de derivar su doctrina de principios absolutos como el fundarse en la esencia del derecho y dice, toda voluntad, en cuanto es razonable, se prefija una meta determinada, solo el loco no sabe lo que hace y se pregunta: ¿Cuáles son los fines? ¿Cuál la mira de la voluntad jurídica? ¿Qué cosa quiere el derecho? y se encierra en sus opiniones absolutas y exclusivas, exagerándolas después en la práctica. Esto lo podemos observar en su definición que da de la legítima defensa: la injusticia debe ser reprimida, la agresión anti-jurídica debe ser rechazada por todos los medios; no es posible que la defensa, se oponga un obstáculo jurídico. Con la idea de este autor, se viene por tierra, la idea de la iglesia de restricciones, como la proporcionalidad dentre la cantidad de agresión y la cantidad

de defensa y entre la gravedad del mal amenazado con la agresión, y el producido con la defensa.

Ferri, dice, que el hecho realizado por el agredido, aparece, por sí mismo (*prima Face*) justo, sin apelar a los medios que los clásicos, de enmiendas y restricciones, para fundar un hecho, que con ayuda de los sentidos, parece muy natural. Dice que si se adopta como criterio de imputabilidad; la juridicidad o antijuricidad de los motivos, resulta que el que obra en estado necesario de defensa, está impulsado por un motivo jurídico. El criterio de la juridicidad de los motivos, son suficientes, para la excención, en casos particulares; pero vacilante para dar una definición de los límites del Moderamen.

Cuando no se hace una clasificación de los motivos jurídicos y antijurídicos, así como una distinción, se señalan como motivos jurídicos aquellas acciones que nos parecen delictuosas al igual que los clásicos, escogen con libre albedrío las acciones, que quieren castigar y sin libertad moral las que no quieren castigar.

Ferri, al tratar de la legítima defensa, como colisión, jurídica, la declara incompleta y dice que en la colisión, a que da lugar la legítima defensa, no se puede hablar de relaciones jurídicas, porque entre agresor y agredido, quedan rotas estas relaciones jurídicas, con el hecho de la coexistencia de ambos individuos y el reconocimiento de una autoridad superior que con su fuerza, haga respetar esta relación.

El ejercicio de esta defensa, solo adquiere su carácter jurídico, cuando la sociedad, es informada del hecho y valúa las consecuencias del acto cometido en relación con el agresor. Cuando se ha restablecido la condición normal entre ambos, se hace posible la existencia de relaciones, entonces es cuando la sociedad, dice al agredido: hiciste bien al defenderte y herir; no estás obligado al rezarcimiento del daño que causaste, confiriendo así, el carácter de legítima, a la defensa, porque este permiso o no prohibición del poder social, representa el ejercicio de un derecho.

Como la idea de derecho excluye la limitación, pues por derecho se entiende todo aquello que está permitido o aquello que no está prohibido, cosa que no se puede conciliar con la doctrina de la colisión, pues aquí, se trata de establecer el derecho, surgiendo del hecho mismo y en este caso, uno de los dos derechos, tiene que ser violado, cosa que jurídicamente no se acepta.

Según Ferri, las condiciones para el reconocimiento de la legítima defensa son: 1°—Injusticia del ataque. 2°—Fin de la defensa 3°—imposibilidad de defender de otro modo nuestro derecho. 4°—Moderación en la defensa.

La enumeración de las condiciones que hace Ferri, para reconocer la legítima defensa, es incompleta, en relación a la defensa de la injusticia de la agresión, que para los romanos era toda injuria y en relación al tiempo de la agresión y exige la imposibilidad de defenderse de otro modo, pareciendo que se inclina por la fuga cosa que nulifica este derecho.

## CAPITULO X

### FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA

Vulgarmente, justificar, un hecho, significa incluirlo en una categoría de hechos jurídicos y en otros términos justificar es expresar en términos jurídicos algo. La definición es algo de naturaleza difícil, pues existen principios filosóficos del derecho que tan solo pueden ser explicados introduciéndolos en las categorías de lo biológico o socialógico, es decir buscarles una necesidad, una utilidad dentro de lo social y un principio jurídico general, no puede tener cabida en otro más general, pues se llega al campo de la metafísica, llegando a la conclusión lógica de que es conveniente no castigar al que daña a otro, en defensa de sí o de otro.

Diversas teorías se han esgrimido para fundamentar la legítima defensa entre ellas tenemos: La del instinto de conservación LA AUSENCIA DE LA PROTECCION JURIDICA; y CONFLICTO DE INTERESES.

Mucho se ha discutido, la existencia del derecho de conservación. No se puede hablar de derecho, cuando no existe el sujeto; las relaciones jurídicas cobran vida, solo en presencia de un grupo humano, ya que el derecho, se crea solo como una necesidad social,

creador de la libertad humana, pensar en un derecho en un hombre aislado, es inútil.

Fundar, pues, la legítima defensa en el derecho a la existencia es algo ilógico, pues la legítima defensa, presupone la colisión entre dos individuos en los cuales existe por igual un derecho a la vida; agresor y agredido, presentan dos entidades iguales sobre las cuales, no puede recaer ninguna diferencia, por tanto, el derecho de defensa, debe buscarse, en una norma jurídica superior, cosa difícil de lograr al considerar a la ley aisladamente, independiente del interés social, error cometido por los metafísicos.

Uno de los metafísicos, Fichte, observó que cuando la posibilidad de la coexistencia de las personas decae, cesa el imperio del derecho. Esto es aceptable para el caso de necesidad, pues en esta colisión, muy difícil será para el derecho hacer la preferencia por alguno de tales intereses, no así sucede en el caso de la legítima defensa, caso en el cual, la sociedad, sin dificultad, prefiere proteger, al agredido, por representar para ella, un bien mayor coincidiendo, el interés individual con el social.

A diferencia del estado de necesidad, en el cual ninguno de los autores representan temibilidad, en la legítima defensa, uno de ellos, el agresor, revela con su acción injusta, cierto grado de temibilidad y el acto del agredido, representa, no solo la defensa de sus intereses, sino también el de la sociedad, realizando así un acto de justicia social.

El derecho, debe proteger a quien ejerciendo un derecho, se defiende, defendiendo de este modo la existencia de la sociedad. La legítima defensa, no representa una razón por la cual, se perdona la pena, sino que debe confiársele su verdadero significado de legítima.

El día en que se hiciera del dominio de la conciencia del ciudadano este derecho, se libraría al ciudadano honrado de toda coacción psicológica, entre si tendría o no que sufrir una pena por haberse defendido, pues de este modo, se coarta la libertad de ac-

tuar en una forma adecuada, al reaccionar, ya que un hombre honrado, e inteligente, se sobrepone al impulso, al instinto, las determinaciones volitivas cerebrales, restringiéndola. En estos individuos, la reacción penal, resulta más imperativa que el impulso, por la vergüenza, de verse sometidos, a un juicio resultando esta coacción de efectos perjudiciales para el y para la sociedad.

El monopolio de la acción penal, es una verdad, en parte, pues el Estado es el regulador del derecho pero no es él el que le da vida pues es una abstracción y como tal no tiene eficacia práctica sin la ayuda de los individuos.

¿Es solo el Estado, o también la actividad individual coordinada el que puede alcanzar la finalidad de ejecutar el derecho? Esto se puede afirmar pues sin la actividad individual no sería posible establecerse las relaciones jurídicas en materia civil; del mismo modo en materia penal, cuando no secundan los individuos, a los funcionarios, cuando no realirne la sanción jurídica, con su aportación moral, nadie haría caso a las leyes.

En la mente reducida del hombre delincuente, aquellas amenazas, que con certeza se realizan, le impide llevar a cabo sus actos delictuosos; así el temor a la resistencia del agredido, puede ser factor, de intimidación.

La legítima defensa constituye, una acción de contenido social, en la cual, no podremos saber quien tiene más interés, si el individuo o la sociedad, no es un derecho individual, es un derecho en sentido objetivo, en cuanto que es una norma que representa, una condición necesaria para la existencia humana y es un derecho en sentido subjetivo, en tanto que se obra en razón de un interés social y a la vez propio.

Los criterios que los positivistas sustentan para construir su doctrina, son dos: 1.—EL INTERES POR LA CONSERVACION DE LA INTEGRIDAD PERSONAL DEL INDIVIDUO HONRADO y 2.—EL INTERES DE LA REPRESION O ELIMINACION DE LA ACTIVIDAD CRI-

## MINOSA, QUE SE MANIFIESTA CON LA INJUSTICIA DE LA AGRESION.

En cuanto a la primera directriz, no se puede decir, cual es la naturaleza y extensión de los derechos, que son puestos en peligro por la agresión, lo único que se puede fijar, que deben representar el interés mínimo, porque de esta manera, se puede fijar, la proporción, entre el impulso externo y la reacción defensiva, que él provoca, que revela en el agredido la índole criminosa e imprimiría un carácter de delincuencia a su acción. En esto, es aplicable la doctrina romana de la proporcionalidad entre agresión y defensa.

El juez, deberá tener en cuenta, la posición, tanto social como económica, del agredido, para juzgar la gravedad del peligro corrido, pues la diversidad de condiciones sociales, implican, diversidad de condiciones de existencia física y moral. Los derechos de los individuos, representan las condiciones de existencia física y moral, que la sociedad protege con relación a su función. De este modo, la personalidad jurídica, está sujeta a variaciones, cosa que trata con gran claridad Hering, y pone los siguientes ejemplos: El oficial que soporta, sin inmutarse, una ofensa al honor, se convierte en un individuo inaceptable, porque la custodia del honor, es deber de todos, pero en especial para ellos, cosa indispensable para su existencia y establece una comparación, con el ciudadano, solo que éste defendiendo su propiedad, con preferencia al mismo honor, pues de la tierra depende su existencia.

Los dos están prestos a defender, el uno su honor y el otro la tierra, porque de estos bienes diferentes, depende su existencia moral como jurídica; y defendiendo el derecho propio, defiende el derecho de su clase, presentándose así, la relación, entre el interés individual y el social, al ejercitarse el derecho de legítima defensa.

Así, pues, esto demuestra, que el establecimiento de una norma, general, al caso de legítima defensa, pudiera realizarse, pero con las variantes que en cada caso requiera, atendiendo a las variantes específicas de los individuos; sería de desear, dicen los positivis-

tas, que las leyes presentaran al juzgador algún criterio que satisficiera a cada uno de los casos que se presentan de la legítima defensa, con todos sus matices, sancionando, el principio, de que para determinar si debe o no reconocerse en un acto lesivo de terceros. Para el ejercicio del derecho de legítima defensa, es necesario, tomar en cuenta la condición social y económica del agredido, para determinar, si entre el peligro corrido y la reacción, ha mediado una razonable y normal proporcionalidad.

La injusticia de la agresión, la inminencia del peligro, la imposibilidad, de recurrir a la ayuda de la fuerza pública, la subitaneidad de la reacción defensiva, conforman, la figura de legítima defensa.

Respecto a la injusticia de la agresión, se discute, el caso de legítima defensa del ladrón que se encuentre en peligro de vida frente al robado, o al amante sorprendido en flagrante delito, llegándose, a la conclusión de que por el hecho, de su agresión injusta, desaparece el ejercicio de este derecho, en lo que corresponde a un exceso por parte del robado, o por el ofendido, en el caso del adulterio flagrante; pues como antes hemos notado, la sociedad, tiene mayor interés en conservar, la vida del hombre honrado y queda solo el derecho al agredido, siempre que éste en su acción, no imprima los caracteres del hombre delincuente; pues en este caso, quedará ausente este derecho, para ambos presentándose la atenuante para uno de ellos.

El hecho de llegar a conocimiento del agredido, la amenaza antes de la colisión, debiera generar la obligación, de hacer todo lo posible, por evitar encontrar al agresor para no dar ocasión a la colisión, que constituye una provocación, por parte del agredido, por ejemplo: si un marido celoso impide, a la persona sobre quien recaen las sospechas, pasar frente al domicilio y a pesar de ello, esta persona, insiste en pasar enfrente de su domicilio, se puede pensar en la existencia de la provocación, cuando tal sospecha, sea fun-

dada; expresando así, el deseo de molestar a la otra persona; no obstante ello, si no existen las anteriores circunstancias, cualquier persona, tiene el derecho de transitar por la calle que más le agrade y si se requiere la imprevisibilidad de la agresión, sería tanto como coartar la libertad de tránsito, a la cual cada quien tiene derecho.

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

1.—La teoría que pretende encontrar el fundamento de la legítima defensa, en el instinto de conservación, no me parece aceptable, porque aunque el hombre, en su primitiva edad obraba más por instinto que por la razón, no debemos olvidar que en esa etapa de su vida, no conocía lo que era el derecho, y que éste nace cuando el hombre obligado por la necesidad se asocia y establece relaciones con los demás hombres; por tanto el derecho es un producto social y como tal solo al aparecer el derecho es cuando se le puede imprimir el carácter de legítima a la defensa. La agresión solo es un acto de un ser humano y esto es posible solo en el seno de una sociedad, de una sociedad en la cual ya se encuentra aunque sea un régimen rudimentario de derecho que es cuando se concede a los hombres facultades y obligaciones por leyes expedidas por el poder público.

2.—Von Buri, que explica la doctrina de la colisión de intereses diciendo que entre dos intereses del Estado, que se encuentren en colisión, de tal manera, que uno de ellos solo pueda conservarse con la destrucción del menos importante, es inaceptable pues si ambos son intereses del Estado, dignos de ser conservados, no veo cual sea la razón para conservar uno y destruir el otro, si el Estado es el encargado de impartir la justicia por inferior que fuera el otro interés debería ser protegido, para no caer dentro de la arbitrariedad.

3.—La Teoría de Carrara, es la que más se acerca a la realidad (Cesación del derecho de castigar) al afirmar que cuando la defensa individual es eficaz, y la pública es insuficiente, cesa el derecho a castigar, por parte del Estado, es decir, la defensa individual adquiere todo su imperio, constituyéndose en subsidiaria de la pública, haciendo resaltar a la legítima defensa como el ejercicio de un derecho que lleva en sí la causa y la medida de la ley; pero este autor llega a nulificar este derecho, al caer en el error del Moderamen de la iglesia católica.

4.—En mi concepto la legítima defensa, representa el ejercicio de un derecho, concepto que deduzco de la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo así como de las fuentes del derecho.

5.—El derecho objetivo, es el conjunto de normas imperativo-atributivas, que imponen deberes y conceden facultades. La autorización concedida al pretensor por el precepto, es lo que constituye el derecho subjetivo, siendo este una función del objetivo. Este es la norma que establece obligaciones y concede facultades; aquel la autorización, que se deriva de la misma norma; de aquí, que la legítima defensa al encontrarse consignada en una de estas normas, represente el ejercicio del derecho concedido por la norma al expresar que es circunstancia excluyente de responsabilidad la legítima defensa, es decir, está autorizado el proceder del que se defiende.

Ahora bien analicemos las fuentes del derecho para precisar con más certeza el lugar que corresponde a la legítima defensa.

La costumbre es una de las fuentes del derecho y que consiste en un uso que se implante en una determinada colectividad y que ésta lo considera jurídicamente obligatorio. Este derecho, está integrado por un conjunto de reglas sociales, derivadas de un uso más o menos largo, reglas que se transforman en derecho positivo, cuando los individuos que las practican, les reconocen obligatoriedad, como si se tratara de una ley.

De acuerdo con la teoría romano-canónica la costumbre tiene dos elementos subjetivo uno y objetivo el otro. El primero es el momento en que se hace conciencia de la obligatoriedad del uso y que debe aplicarse; el segundo se refiere a la aplicación constante de ese uso.

Así la legítima defensa, desde tiempos inmemoriales se ha venido admitiendo con las variantes que el tiempo y la época requerían.

Algunos autores dicen que la costumbre se transforma en ley cuando es reconocida por el poder público, reconocimiento que puede ser de una manera tá-

cita o expresa y así el legislador dice, que a falta de ley aplicable a una determinada controversia se recurrirá a la costumbre o a los principios generales del derecho. Esta explicación es tan solo para ir haciendo llegar a la legítima defensa hacia el rumbo que debe seguir; pues en nuestra actual legislación penal no se permite imposición de pena alguna por mayoría de razón o por similitud sino tan solo es aplicable la ley en sus justos términos.

Las desiciones de los tribunales también constituyen otra de las fuentes del derecho que es el conjunto de principios y doctrinas, contenidas en estas desiciones. Todas estas fuentes, están supeditadas al reconocimiento de la obligatoriedad del Poder Público, por tanto, cuando no es reconocida la costumbre por la ley, no tiene fuerza normativa; lo mismo podemos decir de la Jurisprudencia, llegando a la conclusión de que es la ley la única fuente de derecho. Así, la legítima defensa, que siempre ha existido, no tiene fuerza legítima, en tanto que el derecho no se la reconoce. La legítima defensa, no puede considerarse como una excusa supuesto que las excusas son acciones, que tienen el carácter delictivo, solo que se declaran impunes, por una medida de utilidad social, en tanto que la legítima defensa en apariencia delictuosa no lo es por la concurrencia de ciertas causas, que la justifican.

Tanto Ferri, como Fioretti y Zerboglio, consideran a la legítima defensa como el ejercicio de un derecho, explicando que el acto de repeler una agresión injusta, es obrar en interés de la sociedad, realizando así, un acto de justicia social. El defensor, actúa por motivos legítimos, conservando su vida honor y bienes o bien la vida honor y bienes de otro, pues si el triunfo correspondiera al agresor, sería de graves consecuencias para la sociedad, la cual se desintegraría al proteger o simplemente, mostrarse indiferente ante la injusticia.

El Derecho, tiene como finalidad máxima, el mantener la armonía social y es la sociedad la que delega en el poder público, esta función proteccionista, por

tanto, tiene el deber de defender a todos los miembros de la sociedad y a la vez sus miembros, son coadyuvantes del Estado, en el logro de esta armonía como en el caso de la aprehensión de un homicida en flagrante delito, dentro del cual cualquier persona está autorizada a aprehender el delincuente; así, en la defensa legítima, el Estado, autoriza, es el encargado de darle el sello de legítima; solo que esta autorización, es posterior, pues como hemos observado, la intención delictuosa se presume y el Estado, no puede autorizar previamente cualquier caso de represión de la agresión, en tanto no se ha percatado de las circunstancias que rodean a tal rechazo.

La legítima defensa conserva incólume, el buen derecho, estando en perfecto acuerdo con el poder representativo del Estado. Se justifica, la legítima defensa, según Fioretti, porque el interés del agredido coincide con el interés social, pues la sociedad tiene mayor interés en conservar el interés del agredido, que es una persona que no demuestra, en ese momento ninguna temibilidad, que el interés del agresor, individuo antisocial.

Ferri, dice, "El ciudadano honrado, debe poseer, no solo la conciencia de sus derechos, sino también la energía volitiva para defenderlos de toda injusticia".

## BIBLIOGRAFIA

CODIGO PENAL COMENTADO.—Lic. Francisco González de la Vega.

EL DERECHO PENAL MEXICANO.—Lic. Carrancá y Trujillo.

LAS CAUSAS QUE EXCLUYEN DE INCRIMINACION.—Lic. Carrancá y Trujillo.

EL DERECHO PENAL EN MEXICO.—Ricardo Abarca.

DERECHO PENAL MILITAR.—Lic. Calderón Serrano.

LA LEY PENAL MEXICANA.—Licenciados Garrido y Ceniceros.

APUNTES DE DERECHO PENAL.—Lic. Angel Carbajal.

LA LEGITIMA DEFENSA.—Fioretti y Zerboglio.

DERECHO PENAL.—Cuello Calón.

TRATADO DE DERECHO PENAL.—Ortolan.

## INDICE

Cap. I. El Delito.....	Pág. 9
Cap. II. Imputabilidad, Responsabilidad y Culpabilidad.....	Pág. 21
Cap. III. Causas que excluyen de incriminación.....	Pág. 27
Cap. IV. Excusas Absolutorias.....	Pág. 29
Cap. V. Historia de la legítima defensa.....	Pág. 35
Cap. VI. Elementos de la legítima defensa .....	Pág. 43
Cap. VII. Análisis de sus elementos.....	Pág. 45
Cap. VIII. Extensión de la legítima defensa.....	Pág. 51
Cap. IX. ¿Es la legítima defensa un derecho o se trata tan sólo de una excusa?.....	Pág. 55
Cap. X. Fundamento de la legítima defensa.....	Pág. 65
CONCLUSIONES.....	Pág. 71