

00761



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

---

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

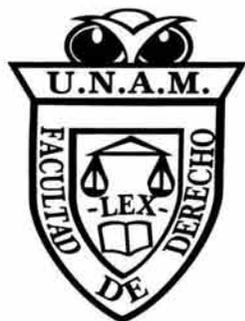
**LA INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA REGULACIÓN  
ACTUAL DE LA DEFENSA LEGÍTIMA**

**T E S I S**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO EN DERECHO**

**PRESENTA EL LICENCIADO  
JAVIER SOLÍS RODRÍGUEZ**

**DIRECTOR DE TESIS:  
DR. CARLOS JUAN MANUEL DAZA GÓMEZ**



**MÉXICO, D.F.**

**MAYO 2004.**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A mis padres:  
Ing. Javier Solís Muro y  
Sra. Celia Rodríguez Herrera.

Por su ejemplo de responsabilidad, tenacidad y  
constancia.

A mis hermanos:  
Sandra, Horacio y Alejandro.

Por su apoyo y tolerancia.

A la Universidad Nacional Autónoma de México:

Mi agradecimiento por el privilegio y oportunidad  
brindados.

A mis maestros:

Con agradecimiento y respeto por sus doctas  
enseñanzas.

A mis compañeros y amigos:

Por caminar junto a mí este derrotero, pródigo en  
experiencias invaluable.

"Aunque por la natural envidia de los hombres haya sido siempre tan peligroso descubrir nuevos y originales procedimientos como mares y tierras desconocidos, por ser más fácil y pronta la censura que el aplauso para los actos ajenos, sin embargo, dominándome el deseo que siempre tuve de ejecutar sin consideración alguna lo que juzgo de común beneficio, he determinado entrar por vía que, no seguida por nadie hasta ahora, me será difícil y trabajosa; pero creo me proporcione la estimación de los que benignamente aprecien mi tarea.

"Si la pobreza de mi ingenio, mi escasa experiencia de las cosas presentes y las incompletas noticias de las antiguas hacen esta tentativa defectuosa y no de grande utilidad, al menos enseñaré el camino a alguno que con más talento, instrucción y juicio realice lo que ahora intento, por lo cual si no consigo elogio, tampoco mereceré censura."

Nicolás Maquiavelo  
Prólogo a los Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO 1.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICO-NORMATIVA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA.</b>	<b>5</b>
1.1.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación de 1871.	5
1.2.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.	9
1.3.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal de 1931.	12
1.3.1.- Reforma del 5 de Enero de 1955.	14
1.3.2.- Reforma del 13 de Enero de 1984.	16
1.3.3.- Reforma del 23 de Diciembre de 1985.	17
1.3.4.- Reforma del 10 de Enero de 1994.	19
<b>CAPÍTULO 2.- MARCO CONCEPTUAL.</b>	<b>21</b>
<b>2.1.- Antijuridicidad.</b>	<b>21</b>
2.1.1.- Etimología y significación gramatical.	21
2.1.2.- Concepto jurisprudencial.	22
2.1.3.- Conceptos doctrinales.	28
2.1.4.- Concepto que se propone y sus elementos.	44
2.1.5.- Clases de Antijuridicidad:	46
2.1.5.1.- Antijuridicidad Formal y Material.	46
<b>2.2.- Justificación.</b>	<b>50</b>
2.2.1.- Etimología y significación gramatical.	50
2.2.2.- Concepto jurisprudencial.	51
2.2.3.- Conceptos doctrinales.	53
2.2.4.- Concepto que se propone.	65
2.2.5.- Fundamentación y naturaleza de la Justificación.	67
2.2.6.- Defensa Legítima.	70
2.2.6.1.- Concepto legislativo.	70
2.2.6.2.- Concepto jurisprudencial.	72
2.2.6.3.- Conceptos doctrinales.	73
2.2.6.4.- Naturaleza y Fundamento de la Defensa Legítima.	77
<b>CAPÍTULO 3.- ESTRUCTURA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA(Primera Parte:</b>	<b>85</b>
<b>La Agresión)</b>	<b>85</b>
<b>3.1.- Elementos</b>	<b>85</b>
3.1.1.- Agresión	85
3.1.1.1.- Características.	97
3.1.1.1.1.- Real.	97
3.1.1.1.2.- Actual o inminente.	99
3.1.1.1.3.- Antijurídica.	111
3.1.2.- Derechos y Bienes Defendibles.	126
3.1.2.1.- Clase de derechos susceptibles de defensa legítima.	126
3.1.2.2.- Bienes jurídicos objeto de derechos defendibles.	130

<b>CAPÍTULO 4. ESTRUCTURA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA (Segunda Parte: La Defensa)</b>	<b>137</b>
<b>4.1.- Defensa.</b>	<b>137</b>
4.1.1.- Necesidad.	140
4.1.2.- Proporcionalidad o racionalidad del medio empleado.	164
4.1.2.1.- Concepciones acerca de la proporcionalidad.	181
4.1.2.1.1.- Concepción objetiva y subjetiva.	181
4.1.2.1.2.- Concepción desde el punto de vista del “ <i>hombre razonable</i> ”.	183
4.1.3.- Elemento subjetivo de justificación: “... <i>en defensa</i> ...”.	187
4.1.4.- Defensas especiales.	192
4.1.4.1.- Defensa de terceros.	192
4.1.4.2.- Defensa presuntiva o privilegiada.	197
4.1.4.3.- Defensa predispuesta.	200
4.1.5.- Efectos de la defensa con daño a terceros.	203
4.2.- La falta de provocación suficiente.	214
4.2.1.- Factores a considerar en la integración de una provocación.	216
4.2.2.- Provocación (requisitos).	217
<b>CAPÍTULO 5. ARBITRIO JUDICIAL: SU EJERCICIO INDEBIDO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.</b>	<b>232</b>
<b>5.1.- El Arbitrio Judicial.</b>	<b>232</b>
5.1.1.- Concepto.	232
5.1.2.- Ámbitos de ejercicio: El arbitrio en materia de prueba.	234
<b>5.2.- Arbitrariedad Judicial.</b>	<b>248</b>
5.2.1.- Concepto.	249
5.2.2.- Control de la Arbitrariedad.	260
5.2.2.1.- Por ausencia de motivación suficiente	261
5.2.2.2.- En materia de hechos.	265
5.2.2.2.1.- Control de Apelación.	266
5.2.2.2.2.- Control Constitucional (El juicio de amparo).	269
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>279</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>284</b>
<b>DICCIONARIOS</b>	<b>287</b>
<b>HEMEROGRAFÍA</b>	<b>287</b>
<b>LEGISLACIÓN</b>	<b>288</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>289</b>

## INTRODUCCIÓN

La intención que impulsa este trabajo se proyecta básicamente en una dirección, la cual consiste en determinar la incidencia de la vaguedad conceptual de los elementos que estructuran la regulación actual de la Defensa Legítima, en la seguridad jurídica de los justiciables, ya que creemos la variabilidad de las características que distinguen a tales conceptos, combinada con el uso indebido del arbitrio judicial, constituyen elementos de esencia para la afectación de aquella.

Para tal fin, hemos dividido la presente investigación de la siguiente manera: Dentro del capítulo primero, que constituye nuestra referencia histórico normativa, se estudia la evolución que ha experimentado la regulación de la Defensa Legítima a través de los códigos penales, desde 1871 hasta la actualidad.

En el segundo capítulo, que representa el marco conceptual de este trabajo, se estudian diversos conceptos necesarios, que se revelan en elementos torales de nuestro objeto de estudio, con el propósito de estar en aptitud de comprender el tema que investigamos. Entre estos conceptos se encuentran la *antijuridicidad*, *justificación* y *defensa legítima*, para cuya determinación se acude tanto a lo establecido por la dogmática penal como la jurisprudencia de nuestros tribunales federales.

En el tercer y cuarto capítulos se analizan los elementos que estructuran la regulación actual de la Defensa Legítima, comprendiendo tanto a la Agresión y Defensa, así como otros elementos que se encuentran en estrecha relación con los mismos, los cuales ayudan a comprender en mejor forma la causa de justificación objeto de nuestro estudio. El análisis en mención se verifica desde un triple óptica: Desde el punto de vista de la doctrina, en donde encontramos

variadas opiniones de autores que, en sus respectivas obras, dedican páginas importantes a su estudio; desde la perspectiva del sistema normativo, ya que es central el conocer la forma en que nuestra legislación regula estos elementos, para así, tener una visión panorámica general y completa de éste que consideramos el eje principal de nuestro trabajo; y finalmente, desde la óptica de la jurisprudencia, la cual, sabemos, es principal en la interpretación y determinación del sentido de los conceptos normativos.

Por su parte, dentro del capítulo quinto se aborda el estudio del arbitrio y arbitrariedad judiciales, con el propósito de determinar la incidencia de esta última, junto con la vaguedad de los conceptos que integran la regulación de la Defensa Legítima, en la seguridad jurídica de los gobernados, sin perder de vista el eventual control que puede ser ejercido para la preservación de la misma.

Finalmente, hemos determinado una serie de conclusiones, que nos permiten saber el resultado de nuestro trabajo. Asimismo, y para concluir, proporcionamos la bibliografía que consultamos, con la finalidad de que pueda ser útil para quienes se interesen en el estudio del tema objeto del presente esfuerzo de investigación.

## **CAPÍTULO 1.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICO-NORMATIVA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA.**

El presente capítulo tiene como objeto el estudio de la evolución que ha experimentado la regulación de la *Defensa Legítima* a través del tiempo en los diferentes códigos penales, comenzado por el de 1871, llamado también Martínez de Castro, hasta el de 1931, considerando las principales reformas que hasta nuestros días se han practicado a este último en materia de la excluyente de referencia.

### **1.1.- Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común, y para toda la República sobre delitos contra la Federación de 1871.**

El Código de 1871 comenzó su publicación el jueves 14 de diciembre de 1871 y concluyó el 8 de febrero de 1872, durante la administración del Presidente Benito Juárez.

Es precisamente en la publicación del 14 de diciembre de 1871 donde se contiene la regulación de la *Defensa Legítima*, en el Libro Primero, Título Segundo, Capítulo II de las Circunstancias que Excluyen la Responsabilidad Criminal, donde el artículo 34 prescribe:

Las circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal por la infracción de leyes penales, son:

(...)

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

I.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella:

II.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales:

III.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa.

IV.- Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales, ó era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

Para hacer la apreciación de las circunstancias expresadas en las fracciones 3ª y 4ª, se tendrá presente el final de la fracción 4ª del artículo 201.<sup>1</sup>

Por su parte, el artículo 201 establecía determinadas reglas para sancionar el exceso en la *Defensa Legítima*, según que la culpa en que se incurriera fuera grave o leve, tomando en consideración a la vez diversas circunstancias que en la transcripción de éste se advierten:

Lo prevenido en los artículos anteriores tiene cinco excepciones.

(...)

VI. (sic) Cuando la culpa sea de exceso notoriamente leve en defensa legítima, no se impondrá pena alguna pero sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurra el reo.

Para calificar si el exceso en la defensa es grave ó leve, se tomará en consideración no sólo el hecho material, sino también el grado de agitación y sobresalto del agredido; la hora, sitio y lugar de la agresión: la edad, sexo, constitución física y demás circunstancias del agresor y del agredido: el número de los que atacaron y de los que se defendieron; y las armas empleadas en el ataque y en la defensa.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> DIARIO OFICIAL DEL GOBIERNO SUPREMO DE LA REPÚBLICA, 14 de Diciembre de 1871, Págs. 1-2.

<sup>2</sup> DIARIO OFICIAL DEL GOBIERNO SUPREMO DE LA REPÚBLICA, 23 de Diciembre de 1871, p. 1

Como se observa, el artículo anterior proporcionaba al juzgador, llegado el caso concreto, una guía para apreciar lo previsto en el artículo 34, fracciones III, relativo a la *necesidad racional del medio empleado* en la defensa, aunque respecto a ésta no se haya precisado una designación que la denote claramente, y IV, que alude, razonablemente, a la proporcionalidad entre el daño causado por la *defensa* y el que hubiera causado la *agresión*.

Por otro lado, algo que nos parece interesante, es la comparación que se puede realizar entre los elementos fundamentales aprobados por la Comisión redactora de este Código Penal, y los que finalmente prevalecieron en la redacción del mismo al momento ya de entrar en vigor.

En este sentido, los integrantes de la comisión redactora del Código de 1871 estimaron conveniente establecer la *Defensa Legítima*, considerándola como un tipo de garantía a favor de las personas a quienes, en particular, los redactores se refieren como "*propietario*", pues constituiría a la vez un justo temor que retuviera a los delincuentes a cometer crímenes.

Nos llama la atención diversos conceptos que se emplean en la redacción de la excluyente de estudio, como son los que a continuación trataremos.

Por lo que se refiere a la defensa de los bienes, ésta se prevé haciendo alusión a la *propiedad*, a los bienes tangibles, así lo deja ver la intervención del licenciado Eulalio Ma. Ortega en la que expresa: "En efecto, es necesario conceder esta garantía á la propiedad..."<sup>3</sup> Por tanto, queda confirmado que la palabra *bienes* empleada se refiere a la propiedad, en el sentido indicado.

---

<sup>3</sup> INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, LEYES PENALES MEXICANAS, Tomo 1, p. 275.

La primera de las fracciones que señalan las circunstancias impositivas de configuración de la *Defensa Legítima*, nos indica que ésta no procederá cuando exista provocación del agredido, dando causa inmediata y suficiente para ella; lo que nos parece razonable; sin embargo, observamos que no se rescató la intención de los redactores del código, pues tratándose de la defensa de personas o terceros, al defensor “no se le puede exigir que antes de ayudar á repeler una agresión, se informe detenidamente de todos los antecedentes. Por otra parte, debo advertir – decía Martínez de Castro-, que aún cuando algunos códigos establecen distintas reglas para los defensores de los parientes y de los extraños, tal diferencia no es muy fundada, porque de establecerla en un artículo, resultaría este en contradicción con el que debe ponerse, como lo hacen los Códigos Modernos y lo exige la moral y la convivencia pública, consignando la obligación que tienen los particulares de impedir que se cometan los delitos...”<sup>4</sup>

Uno de los requisitos que la comisión redactora manejó en su labor como elementos indispensables para la procedencia de la excluyente que se estudia, era el que la *agresión* fuese “*injusta*”; no obstante, el licenciado Ortega precisó que la palabra “*injusta*” provocaría que la defensa no fuera legítima cuando la agresión proviniera de una persona sin conciencia de la moralidad de sus actos, v. gr., un loco, que es incapaz de justicia e injusticia, y que aunque no era probable que se pretendiera dar esa interpretación, para evitar toda duda, propuso que la agresión fuese “*sin derecho*”, misma propuesta que se conservó en la redacción del Código una vez ya publicado, como se advierte en las transcripciones hechas con antelación.<sup>5</sup>

Por otra parte, con relación al requisito de la defensa de la persona que primeramente se manejó, y que consistía en que la agresión residiera en golpes o violencias graves inferidas al que se defiende, el mismo licenciado Ortega, de

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 276.

<sup>5</sup> Idem.

la comisión redactora, se manifestó en el sentido de que no puede exigirse al agredido que para defenderse espere a que le hayan inferido golpes o hecho violencia, porque si eso fuere necesario, la defensa sería tardía, por lo que propuso se hablara de una violencia genérica.

Finalmente, para concluir el breve estudio de la excluyente de referencia en el Código de 1871, también es importante destacar el peso que se da a la proporcionalidad entre el daño causado por la defensa y el que hubiera causado la agresión, pues el mismo Martínez de Castro indicaba que aunque hubiera no sólo necesidad racional del medio empleado sino absoluta, no exime de responsabilidad si el mal que sufriría el agredido fuese insignificante, mientras que el que causa con la defensa es relativamente de consideración.<sup>6</sup>

## **1.2.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929.**

Este Código fue expedido por el Presidente Provisional Emilio Portes Gil, en uso de la facultad que le confiriera el Congreso de la Unión, por decreto de 9 de febrero de 1929, y en particular, fue publicado el sábado 5 de Octubre del propio año, en el Diario Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

La regulación de la *Defensa Legítima* dentro de este Código se ubica en el Libro Primero, Título Primero, Capítulo VI, denominado "De las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal", donde el artículo 45 establecía:

ARTÍCULO 45.- Las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, es decir, las de justificación legal, son:

(...)

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 277.

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

Primera.- Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella;

Segunda.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

Tercera.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa;

Cuarta.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

Para hacer la apreciación de las circunstancias Tercera y Cuarta anteriores, se tendrá presente lo dispuesto al final de la fracción III del artículo 169;

(...)<sup>7</sup>

La fracción III del artículo 169, al igual que el artículo 201, fracción IV, del Código anterior, proporcionan elementos para apreciar si en un caso particular existieron o no la *necesidad racional del medio empleado* y la *proporcionalidad* de la circunstancia *cuarta* antes transcrita, además de determinar las reglas para sancionar el exceso en la *Defensa Legítima*, según que la culpa en que se incurriera fuera grave o leve. Para que el lector pueda advertir la identidad entre ambos artículos a continuación transcribiremos el primero de los mencionados:

ARTICULO 169.- Lo prevenido en los dos artículos anteriores tiene tres excepciones:

(...)

---

<sup>7</sup> DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Sábado 5 de Octubre de 1929, Págs. 17-18.

III.- Cuando la imprudencia sea de exceso, notoriamente leve, en defensa legítima, no se impondrá sanción alguna, pero subsistirá la obligación de reparar el daño causado.

Para calificar si el exceso en la defensa es grave o leve, se tomarán en consideración no sólo el hecho material sino también el grado de agitación y sobre salto del agredido; la hora física y las demás circunstancias del agresor y del agredido; y sitio o lugar de la agresión; la edad, el sexo, la constitución el número de los que atacaron y de los que se defendieron y las armas empleadas en el ataque y en la defensa.<sup>8</sup>

En general, independiente de los comentarios previos, la justificación de la defensa legítima precisa buscarse en los motivos determinantes del hecho punible, ya que el fin de la conservación de sí o de otros contra una agresión sin derecho, es eminentemente social y jurídico, de lo que se concluye que la persona que actúa en ese sentido no es temible, desapareciendo de esa manera la razón de castigar.<sup>9</sup>

Sin embargo, de acuerdo a la regulación que se estudia, cuando se rechaza un ataque atendiendo a motivos claramente antijurídicos y antisociales, se favorece al interés social castigando a quien actuó en tal forma; en virtud de lo cual, según la misma exposición de motivos, se debe permanecer en la órbita de la investigación del elemento subjetivo.

En otro orden de ideas, en la presente redacción de la *Defensa Legítima* se sustituye la palabra *inminente* de Código anterior, por la frase *de la cual resulte un peligro inminente*. Sobre el particular, la exposición de motivos aporta una designación que hace consistir en que "inminente" significa: próximo, inmediato. Mientras a la *agresión* se le da el calificativo de *actual, presente*, al peligro que resulte de ésta se le atribuye la *inminencia*, no debiendo ser éste

---

<sup>8</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>9</sup> Cfr., ALMARAZ, Lic. José, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1929, p. 70

remoto o lejano, sino próximo, inmediato, según se apuntó. Asimismo, también se varía la redacción *a no ser que el acusado pruebe por a no ser que se pruebe*, lo que nos parece coherente si consideramos que independientemente de quien haga la denuncia correspondiente, la acusación en el procedimiento penal la efectúa el Ministerio Público.<sup>10</sup>

### **1.3.- Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero federal de 1931.**

En este caso, es el Presidente Pascual Ortiz Rubio, quien en uso de las facultades que le fueran concedidas por Decreto de 2 de Enero de 1931,<sup>11</sup> expidió el presente Código, siendo el 14 de Agosto del mismo año cuando se publica y en cuyo artículo 15, ubicado en el Capítulo IV relativo a las "Circunstancias Excluyentes de Responsabilidad" se prevé la *Defensa legítima*, con una novedad en su regulación, pues en ninguno de los códigos anteriores se contemplaba la posibilidad de presunción de la excluyente que se estudia, como a continuación se verá.

ARTICULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

(...)

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

Primera.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

---

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Es importante hacer notar que en la búsqueda efectuada en el Diario Oficial de la Federación correspondiente a esta fecha, con el objeto de constatar las facultades otorgadas al Presidente en turno para el expedición del Código Penal de 1931, si bien es cierto se encontró un decreto de la propia fecha, en el mismo no se establece autorización alguna para el referido funcionario público en ese sentido, pues dicho decreto es alusivo a una materia diversa de la penal.

Segunda.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

Tercera.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y

Cuarta.- Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare en el momento mismo de estarse verificando el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un extraño a quien encontrare: dentro de su hogar; en la casa donde se encuentre su familia, aunque no sea su hogar habitual; en un hogar ajeno que aquel tenga la obligación legal de defender; en el local donde aquel tenga sus bienes o donde se encuentren bienes ajenos que tenga obligación legal de defender, siempre que esto suceda de noche y el intruso ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallen.<sup>12</sup>

Por lo que hace a la conceptualización de la excluyente de referencia, no existe una diferencia substancial con los códigos precedentes, sobre todo con el inmediato anterior, respecto del cual, puede decirse, difiere en cuanto a redacción por cuestiones de puntuación que, en nuestra opinión, no alteran la esencia de la *Defensa Legítima*.

Lo verdaderamente novedoso en este ordenamiento, como hemos señalado con anterioridad, es la posibilidad de una presunción en los términos de los dos últimos párrafos de la fracción tercera del artículo transcrito.

---

<sup>12</sup> DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 14 de Agosto de 1931, Págs., 8-9.

No obstante el gran avance que representa la presunción en comento, es justo decir que la forma de su redacción restringe seriamente la colocación de alguien en las hipótesis que se manejan, pues en el penúltimo párrafo limita los diversos supuestos que prevé a que se verifiquen durante *la noche*, siendo que en la realidad el rechazo a que se refiere el párrafo de referencia también se puede realizar durante el *día*.

Crítica semejante se puede realizar con relación al último de los dos párrafos aludidos, ya que de igual forma circunscribe los diversos supuestos para la procedencia de la presunción correspondiente a dos circunstancias:

Primera.- A que sucedan de noche, por lo que damos aquí por reproducidos los comentarios vertidos anteriormente a este respecto en obvio de repeticiones, y

Segunda.- Que el intruso ejerza violencia sobre las personas o cosas que en tales sitios se hallen, lo que es injusto, pues no se puede pedir a alguien que espere a que el delincuente cause daño para proceder a la defensa, lo que a su vez resulta ilógico, ya que precisamente la defensa es idónea para evitar el daño, y en la especie, lo que se regula no es una defensa sino una venganza a la que se le reviste con una presunción de *Defensa Legítima*.

### **1.3.1.- Reforma del 5 de Enero de 1955.**

La realidad social con sus cambios hace necesarias adecuaciones del derecho para lograr una conformidad entre ambos, aunque éste siempre vaya a la zaga; de ahí las reformas de todos los tiempos que en diversas ramas del

derecho se efectúan, y en particular, las que se verifican en materia penal, como la que enseguida se precisó practicar al Código Penal de 1931.

Artículo 15.-...

(...)

III.- Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

PRIMERA.- Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

SEGUNDA.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales;

TERCERA.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y

CUARTA.- Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquiera otra persona que tenga la misma obligación de defender, o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 5 de Enero de 1955, Págs. 1-2.

El legislador, ratificando la necesidad de proteger los hogares, ha contemplado en esta reforma los mismos supuestos de procedencia de la presunción de *Defensa Legítima* conocidos desde 1931: Cuando personas extrañas traten de introducirse o sean sorprendidas dentro de un domicilio: en el primero, basta que el supuesto que comprende ocurra durante la noche<sup>14</sup>; y en el segundo, que las circunstancias concurrentes revelen la posibilidad de una agresión, lo que abre el "abanico de posibilidades" al no restringir la presencia del extraño o intruso únicamente a la noche, sino que da oportunidad a que ocurra a cualquier hora siempre que, como se dijo, la presencia de aquél revele una eventual agresión.

### **1.3.2.- Reforma del 13 de Enero de 1984.**

En el presente apartado estudiaremos la reforma que se hiciera a los párrafos referentes a la presunción de defensa legítima, para contener los supuestos que en ellos se preveían en uno sólo, como a continuación se muestra.

ARTÍCULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

(...)

III.-...

(...)

CUARTA.-...

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquel que cause daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier medio, trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la

---

<sup>14</sup> Mismo supuesto sobre el que ya hemos vertido opiniones antes y a las cuales nos remitimos.

misma obligación; o bien lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.<sup>15</sup>

Desde la introducción en 1931, de las presunciones de *Defensa Legítima*, se establecieron una serie de requisitos para la procedencia de aquellas, mismos requisitos a los que nosotros llamaríamos "candados"; no obstante ello, con posterioridad se hizo la reforma que se comentó en la sección anterior, la cual suprimió, aunque sea parcialmente, el requisito que al respecto hemos expuesto, referente a la exigencia legal de que los diversos supuestos acontecieran en horario nocturno.

Como era de esperarse, por lo inadecuado y obstaculizante de la exigencia estudiada antes, se verificó otra adecuación a la regulación de la presunción de nuestra excluyente, en armonía con los razonamientos que al respecto hemos venido haciendo. En efecto, dicha adecuación o reforma de 13 de Enero de 1984 ha eliminado el requisito analizado, al exigir alternativamente, en este caso para la procedencia de la presunción, primero, que contra quien se emplea la defensa trate de penetrar *por cualquier medio* a los lugares señalados por el propio artículo, o segundo, que al mismo se le encuentre en aquellos lugares en circunstancias tales que revelen una eventual agresión. Por tanto, como es evidente se eliminó la modalidad de tiempo del texto legal, haciendo de esta forma, relativamente más operativa la presunción de *Defensa Legítima*.

### **1.3.3.- Reforma del 23 de Diciembre de 1985.**

En su continua labor por ajustar el derecho a las necesidades sociales, el legislador introduce la siguiente reforma al texto de nuestra causa de

---

<sup>15</sup> DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 13 de Enero de 1984, p. 5

justificación, en este caso se presenta sobre el concepto mismo y requisitos de ésta, según se aprecia:

ARTÍCULO 15.-...

(...)

III.- Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

(...)<sup>16</sup>

Tanto en el texto de 1955 como en el de 1931 el precepto alude, en términos generales, a que el acusado deberá obrar en defensa de su persona, honor o bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión con las características que en dichos textos se mencionan, en cambio, en la reforma que ahora nos interesa, se simplifica la redacción al excluir "Obrar en defensa de...", precisando únicamente la **repulsa** de una **agresión**, con las particularidades que se expresan, y con relación a lo que se defiende se emplea una formula que permite, por un lado, ampliar el ámbito de denotación al usar la expresión "bienes jurídicos", pues ya no se refiere únicamente al concepto civilístico de los mismos, es decir, entendiéndolos patrimonialmente, sino que la interpretación adecuada de aquella expresión, conduce a la conclusión de que todos los intereses jurídicamente protegidos pueden ser defendibles a través del acto defensivo impregnado de legitimidad,<sup>17</sup> y por otro lado, también permite la inclusión de diversos supuestos al emplear, al lado de "bienes jurídicos", la expresión de que sean "propios o ajenos", con lo que además se simplificó la redacción anterior que, desde nuestra óptica, pretendía ser casuística.

---

<sup>16</sup> DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 23 de Diciembre de 1985, p. 2

<sup>17</sup> VELA Treviño, Sergio. ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN, p. 257.

#### **1.3.4.- Reforma del 10 de Enero de 1994.**

En el Diario Oficial de la Federación de fecha 10 de Enero de 1994, fue publicado un decreto que reforma, adiciona y deroga diversos artículos del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, dentro de los cuales se encuentra la reforma al numeral que regula nuestra causa de exclusión, misma que quedó en los siguientes términos:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

(...)

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;<sup>18</sup>

En esta reforma, al enunciado normativo de la estipulación legislativa de *Defensa Legítima*, se le suprimió en su redacción la palabra "acusado", con lo que apropiadamente se eliminó un término antitécnico, ya que con el mismo parecía afirmarse que el sujeto activo solamente podía serlo quien era capaz para efectos penales; además, la procedencia de la *Defensa Legítima* como

---

<sup>18</sup> DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 10 de Enero de 1994, p. 2

causa de inexistencia de antijuridicidad puede decretarla el juez en cualquier etapa procesal en que aparezca plenamente acreditada, lo cual prueba que el concepto de *acusado* no puede referirse a la connotación procesal, sino a la realística, en cuanto a la intervención tenida en el acontecimiento lesivo.

En la transcripción realizada al principio de este apartado, nos damos cuenta de una confirmación del criterio presente en la reforma estudiada en el apartado 1.3.2., pues aquí se hace hincapié en la "intención de penetrar *por cualquier medio*", eliminando los específicos medios de violencia y escalamiento, contenidos en el texto de 1984, con lo que en definitiva se excluye el casuismo; lo anterior, aunado a la no inclusión de exigencias de temporalidad, en específico, a que las hipótesis se verifiquen durante la noche y respecto de las cuales ya nos hemos pronunciado. Por lo demás, existe una identidad de esencia en la regulación de la presunción que aquí se comenta respecto de la contenida en el apartado antes señalado.

## **CAPÍTULO 2.- MARCO CONCEPTUAL.**

Con la finalidad de delimitar el objeto de estudio de nuestro trabajo, es necesario comenzar por establecer los diversos conceptos que se revelan en elementos torales del mismo, con el propósito de estar en aptitud de comprender el tema de nuestra investigación; lo anterior obedece a la intención de eliminar las dificultades provenientes de no especificar las características designativas de los mismos, y que constituirán las acepciones de los referidos conceptos a que nos referiremos a lo largo de la presente investigación.

### **2.1.- Antijuridicidad.**

#### **2.1.1.- Etimología y significación gramatical.**

Para comenzar este apartado, diremos que en la antijuridicidad el término base del que se parte es *jurídico*; de él se deriva, mediante la adición del prefijo *anti*, que significa *contrario a*, la expresión *antijurídico*; de dicho término, a su vez, sale el sustantivo *antijuridicidad*.<sup>19</sup> Por otro lado, el diccionario de la Real Academia Española consigna la palabra *juridicidad* como "tendencia o criterio favorable al predominio de las soluciones de estricto derecho en los asuntos políticos y sociales"<sup>20</sup> y la hace derivar de *jurídico*.

Antijuridicidad, cuya formación requiere simplemente anteponer el prefijo *anti* al sustantivo precitado, para que nazca este neologismo de manera impecable y ajustada a las más estrictas reglas de la etimología.

---

<sup>19</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. ANTI JURIDICIDAD, Editorial Temis, S.A., 4ª edición, Colombia, 1989, p. 4.

<sup>20</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima tercera edición, Real Academia Española, España, 1992, p. 762

Los términos *antijuridicidad* (según otros *antijuricidad*) y *antijurídica* como predicados de la acción para que sea delito, corresponden a los alemanes *Rechtswidrigkeit, rechtswidrig*, concebidos en sentido objetivo en el último tercio del siglo XIX desde von List, y en España se impone su uso desde los años cuarenta, con la traducción del tratado de Mezger; estos términos sustituyen en buena medida a los de *ilicitud o ilícito*.<sup>21</sup>

Confirmando lo anterior, el Diccionario Jurídico Espasa<sup>22</sup> nos dice que el concepto que estamos estudiando hace referencia a una conducta *contraria a derecho*, y que efectivamente equivale a la palabra alemana *Rechtswidrigkeit*, aunque literalmente significa "lo que no es derecho"; agregando además, que el mismo es uno de los caracteres esenciales positivos del delito. Actúa antijurídicamente quien contraviene las leyes penales<sup>23</sup>; presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la ley penal.

Este juicio recae sobre la acción realizada, y aunque concurren elementos fundamentalmente de carácter objetivo, en algunos supuestos, y de manera excepcional, también hay que tener en cuenta los subjetivos.

### **2.1.2.- Concepto jurisprudencial.**

---

<sup>21</sup> Enciclopedia Jurídica Básica, Volumen I, ABA-COR, Editorial Civitas, S.A., 1995, España, p. 472.

<sup>22</sup> DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, España, 1992, p. 60.

<sup>23</sup> Es importante conocer las causas por las que una persona llega a contravenir las normas de carácter penal, por lo que es necesario conocer, o mejor dicho, estudiar el comportamiento desviado, con significación penal, penetrando hasta su génesis y su función dentro de una estructura social dada, de lo que se ocupa la sociología criminal. Por otro lado, también reviste singular trascendencia el centrar nuestra atención en la sociología jurídico-penal, que estudia propiamente los comportamientos que representan una reacción ante el comportamiento desviado, los factores condicionantes y los efectos de esta reacción, así como las implicaciones funcionales de las mismas respecto de la estructura social global; estudia, pues, como se ha visto, tanto las reacciones institucionales de los organismos oficiales del control social de la desviación como las reacciones no institucionales. (BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*. Tr. Álvaro Búnster, Editorial Siglo XXI, Sexta edición, México, 2000, p. 15)

En las resoluciones de los tribunales, y particularmente, en el producto de éstas, la jurisprudencia, aunque no encontraremos una definición claramente detallada de lo que es la *antijuridicidad*, sí nos aportará elementos en sus textos para formarnos un juicio de lo que constituye este elemento constitutivo del delito, por lo que a continuación transcribiremos diversos criterios contenidos tanto en tesis aisladas como jurisprudenciales que nos ayudarán en esta tarea:

DELITO PREVISTO POR EL ARTICULO 205 DEL CODIGO PENAL FEDERAL Y LENOCINIO. DIFERENCIAS. *Las conductas antijurídicas* previstas por los artículos 205 y 207 del Código Penal Federal, aparentemente cuentan con elementos constitutivos similares, pero existe una circunstancia que los diferencia: mientras el primero de los numerales se refiere a los verbos promover, facilitar, conseguir o entregar a una persona para que ejerza la prostitución dentro o fuera del país, el segundo de dichos preceptos es genérico al precisar, entre otras cosas, la facilitación de medios para que una persona se entregue a la prostitución, sin distinguir si ésta debe ser dentro o fuera del país, como específicamente lo dispone el artículo 205 citado; de ahí que si los promoventes del amparo llevaron al cabo todo lo necesario para que varias personas ejercieran la prostitución en el Japón, es inconcuso que *su conducta se adecua a lo previsto por el numeral invocado en último orden.*<sup>24</sup>

EMPLEADO BANCARIO. LOS HECHOS ILICITOS REALIZADOS EN EL DESEMPEÑO DE SUS FUNCIONES DEBEN SANCIONARSE CONFORME A LA LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO. Si el inculcado es empleado bancario y los actos ilícitos consistieron en haber recibido de parte de un cliente de la institución bancaria en que laboraba, un cierto numerario que esta persona le hizo llegar con la intención de que se hiciera una inversión bancaria en su favor y que contrariamente al deseo del cliente, y haciéndole creer que la operación se había realizado, entregó a éste ciertos documentos membretados del banco y por su parte, sin realizar la operación bancaria, dispuso del numerario aplicándolo a fines diversos, es evidente, que aun cuando la ley penal prevea un tipo delictivo que se le pueda equiparar, no es el caso de aplicarlo en el asunto, en razón a que la Ley General de Instituciones de Crédito, que es la ley especial que rige el comportamiento de la pasivo (banco), en su artículo 113, primero y segundo párrafos, prevé y sanciona la conducta de los empleados bancarios, cuando como en el caso, "...dolosamente omitan registrar en los términos del artículo 99 de esta ley, las operaciones efectuadas por la institución de que se trate, o que mediante maniobras alteren los registros para ocultar la verdadera naturaleza de las

---

<sup>24</sup> SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: V, Febrero de 1997, Tesis: III.2o.P.31 P, página: 726.

operaciones realizadas, afectando la composición de activos, pasivos, cuentas contingentes o resultados, y...", por lo que, si la aplicación de la ley especial excluye la general, entonces, como la *conducta antijurídica* que se atribuye al quejoso, en cuanto empleado bancario, puede encuadrar en la que prevé el numeral 113 de la Ley General de Instituciones de Crédito, es evidente que el tipo penal por el que se le debió enjuiciar, es el previsto en tal codificación y no en el diverso de fraude por el cual se libró en su contra la orden de aprehensión que se reclama.<sup>25</sup>

ENCUBRIMIENTO, PARA ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO DE. ES INDISPENSABLE QUE EL QUEJOSO CONOZCA LA PROCEDENCIA ILEGAL DEL OBJETO. El delito de encubrimiento, previsto en el artículo 153, del Código Penal vigente en el Estado de México, se integra con los siguientes elementos: a) la recepción o adquisición de objetos mediante cualquier título, b) que ello tenga lugar sobre bienes provenientes de la comisión de delito de robo. Ahora bien, para que se integre el ilícito en cuestión, se requiere de una acción material de recibir o adquirir un objeto; así como de un elemento subjetivo, que implica el conocimiento de su ilegal procedencia, pues la característica de esta figura delictiva no se surte, cuando una persona adquiere una cosa que ignoraba era robada, ya que *la ilicitud de la conducta se desprende de la intención de ingresar a su patrimonio un bien que proviene de la comisión de un delito*; esto es, si bien se requiere que el objeto robado se encuentre en poder de una persona distinta del agente, ello es insuficiente para considerar delictiva su conducta, si el apoderamiento último del bien no se realizó con *pleno conocimiento de que no era legal su procedencia, ya que sólo en ese caso la tenencia se convierte en antijurídica*. En consecuencia, cuando no se acreditó que el quejoso conociera la ilegal procedencia del bien afecto a la causa, no es de estimarse acreditado el cuerpo del delito de mérito, toda vez que no quedó demostrada la intención del indiciado de adquirir o poseer el bien robado.<sup>26</sup>

ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION INDIRECTO O ERROR DE PERMISION. El artículo 15, fracción XI, del Código Penal Federal, recoge como circunstancia excluyente de responsabilidad, tanto el error de tipo como el llamado "error de prohibición indirecto" o "error de permisión", hipótesis que requieren en el error el carácter de invencible o insuperable, pues de lo contrario dejarían subsistente la culpabilidad. En ambos errores, el agente carece del conocimiento de que el *hecho ejecutado guarda relación con el recogido abstractamente en el tipo penal*, bien porque dicho error recaiga sobre uno o más de los elementos exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo, o porque el mismo verse sobre el carácter ilícito del propio hecho, pues en el error de prohibición indirecto o error de

---

<sup>25</sup> PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo: XV-II Febrero, Tesis: V.1o.48 P, Página: 332.

<sup>26</sup> PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo: XIII-Junio, Página: 570.

permisión, el sujeto cree no quedar comprendido en la infracción punible, al calificar subjetivamente como lícito su propio actuar, no obstante que *su proceder es objetivamente contrario a la ley*, generando el vencible error, el reproche al autor por su *conducta típica y antijurídica*. En el caso particular considerado, no opera en favor del quejoso la excluyente de responsabilidad mencionada, por no haber ignorado que los tres envoltorios que le fueron recogidos al momento de su detención, contenían marihuana, y tan es así, que antes de efectuarse ésta le había proporcionado a su coacusado parte del estupefaciente que inicialmente poseía, lo cual demuestra la inexistencia de ambas clases de error.<sup>27</sup>

ABUSO DE CONFIANZA EQUIPARADO. SE ACREDITA CUANDO EL ACUSADO SE NIEGA A ENTREGAR AL NUEVO DEPOSITARIO LOS BIENES EMBARGADOS (LEGISLACION DEL ESTADO DE YUCATAN). Cuando el demandado se niega a entregar al nuevo depositario judicial los bienes que se le embargaron y cuya posesión detentaba como depositario original, se actualizan los elementos típicos del delito equiparable al de abuso de confianza previsto por el artículo 311, del Código de Defensa Social<sup>28</sup> del Estado de Yucatán, que establece: "Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa requerida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho o no la entregue a la autoridad, para que ésta disponga de la misma conforme a la ley". Ello obedece a que el presupuesto esencial del antisocial en cita radica en la ilegitimidad en la posesión de los bienes, circunstancia que se encuentra plenamente acreditada en el caso indicado, dado que si bien es cierto que *originariamente la posesión no puede tildarse de ilegal por derivar de un acto jurídico* como es el cargo de depositario judicial que en principio se le confirió al acusado,

---

<sup>27</sup> Primera Sala, Apéndice de 1995, Séptima Época, Tomo: Tomo II, Parte SCJN, Tesis de Jurisprudencia: 148, Página: 84.

<sup>28</sup> La denominación de este código nos llama la atención, ya que al respecto, nos podemos preguntar: ¿es un código para la defensa de la sociedad?, en caso de que la respuesta sea afirmativa, ¿en contra de que se defiende la sociedad?, a esta última cuestión, sin temor a equivocarnos respondemos que la sociedad se defiende de aquellas personas que infringen las normas penales, y que, en consecuencia, cometen delitos que se traducen en perjuicios en contra de la sociedad misma, por eso, ésta se defiende, mediante leyes y procedimientos tendentes a la imposición de penas en respuesta a aquella criminalidad. Con relación a esto que comentamos, resulta interesante recordar el pensamiento de Giandomenico Romagnosi, para quien: "El principio esencial del derecho natural es... la conservación de la especie humana y la obtención de la máxima utilidad. De este principio descienden las tres relaciones ético jurídicas fundamentales: el derecho y el deber de cada cual de conservar la propia existencia, el deber recíproco de los hombres de no atentar contra su existencia, el derecho de cada cual a no ser ofendido por otro". Como para Beccaria, también para Romagnosi, si bien por medio de una muy distinta y más compleja demostración, que parte de la existencia y de la exigencia originaria de la sociedad y no de la hipótesis utilitarista del pacto social, *el fin de la pena es la defensa social*. Esta diferencia se realiza por el hecho de que la pena constituye, respecto del impulso criminoso, un contraestímulo. Y de tal modo el límite lógico de la pena queda señalado por esta función suya de contraimpulso, que no debe ser superada jamás. Sin embargo la pena, según Romagnosi, no es el único medio de defensa social; antes bien, el mayor esfuerzo de la sociedad debe dirigirse a la prevención del delito, a través del mejoramiento y desarrollo de las condiciones de la vida social. (Cfr., BARATTA, Alessandro. Op. cit., págs. 27-28.)

no debe soslayarse que deja de tener ese carácter cuando se le notifica formalmente su remoción del cargo por haberse nombrado nuevo depositario judicial, pues a partir de ese momento la citada posesión se torna antijurídica, precisamente por los efectos del acuerdo judicial de remoción.<sup>29</sup>

QUERRELLA, PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO PARA FORMULARLA EN LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS Y ABANDONO DE FAMILIARES. *Los delitos de incumplimiento de la obligación de dar alimentos y de abandono de familiares se actualizan por la omisión de cumplir con la obligación de dar tales alimentos, misma que se genera sucesiva y permanentemente pues los efectos que produce son eventualmente permanentes, es decir, se prolongan durante el tiempo en que el agente activo mantiene el estado antijurídico a pesar de que radica en su voluntad la facultad de hacer cesar ese efecto en tanto están referidos a una conducta omisiva, lo que permite concluir que la regla establecida en el artículo 95 del código punitivo para los delitos de querrela no opera en casos como el que se indica, pues el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación de dar alimentos se genera cada vez que esta obligación se incumple y de la misma manera se genera el derecho a querrellarse por el incumplimiento de ella, es decir, el derecho se genera cada vez que la conducta omisiva se presenta, y por esta razón la prescripción no opera en esos delitos mientras tal conducta no cese.*<sup>30</sup>

SALUD, DELITO CONTRA LA SIEMBRA. IRRELEVANCIA DE LA FINALIDAD TERAPEUTICA DEL AGENTE. *La siembra de un enervante es una modalidad que por sí sola integra el delito contra la salud, por lo que carece de relevancia el que la siembra, sin satisfacer los requisitos legales necesarios, se haga con fines terapéuticos, puesto que tal actividad se encuentra prohibida por la ley y la represión penal de esa conducta antijurídica viene requerida porque se pone en peligro un bien jurídico de indiscutible relevancia, como lo es la salud pública.*<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CUARTO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: IV, Diciembre de 1996, Tesis de Jurisprudencia: XIV.2o. J/4, Página: 245.

<sup>30</sup> TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEPTIMO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: IV, Octubre de 1996, Tesis de Jurisprudencia: VII.P. J/19, Página: 449

<sup>31</sup> Primera Sala, Apéndice de 1995, Séptima Época, Tomo: Tomo II, Parte SCJN, Tesis de Jurisprudencia: 335, Página: 185. (Como es sabido, los delitos lesionan o ponen en peligro determinados bienes jurídicos como pueden ser la vida, el patrimonio, la salud, etc. En este sentido, hay delitos de los que ciertos individuos han hecho su *modus vivendi*, e incluso se han organizado bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometerlos de modo violento y reiterado, o con fines predominantemente lucrativos, razón por la cual se les ha considerado a aquellos como miembros de la Delincuencia Organizada, y respecto de los cuales se ha dicho merecen la aplicación de la pena capital, es decir, la pena de muerte, de modo indiferenciado, posición con la cual nosotros coincidimos parcialmente. En efecto, en nuestra opinión, dada la gravedad de determinados delitos considerados como de delincuencia organizada, creemos que sería pertinente la aplicación de la pena capital, en delitos tales como el terrorismo, secuestro, contra la salud, tráfico de órganos, de menores, pues es manifiesta la dañada intención de los delincuentes que incurrir en los

De lo transcrito anteriormente podemos llegar a la conclusión de que la antijuridicidad, desde un punto de vista jurisprudencial,<sup>32</sup> implica las siguientes notas fundamentales:

- Contradicción entre la conducta realizada con lo previsto en el derecho, en la ley, lo que hace que tal conducta se le estime como típica y antijurídica.
- Omitir lo que la ley ordena o hacer lo que ésta prohíbe, lo que precisamente se traduce en un estado antijurídico, de oposición a lo que el derecho prescribe.
- Podemos advertir con relación al elemento del delito que analizamos, dos factores que nos llaman la atención: 1.- Adecuación de la conducta a lo previsto en los tipos penales, y 2.- Oposición o contradicción de esa conducta con la norma. En este contexto podemos decir que en los tipos penales rara vez, si no es que nunca se nos dirá que "tal o cual conducta está prohibida", por lo que de los mismos se infiere esa prohibición, o mandato en su caso, cuya transgresión se valorará negativamente, y es

---

mismos, de colocarse en un plano antijurídico que lesiona y perjudica a la sociedad misma, no obstante que los referidos delinquentes pertenecen a ésta. En estas condiciones, el individuo que actúa contra la sociedad misma, en donde vive y se desarrolla todo hombre, dada su naturaleza de ser social, actúa también lesionando a esa naturaleza por la disfunción que ocasiona con su ilegal actuar, lo que perturba la normal convivencia de otros hombres a los cuales se les puede considerar son perturbados en esa interacción que trae aparejada su naturaleza de seres sociales. Ante tal disfunción, que podríamos considerar atenta contra el organismo social, y por tanto se traduce en un mal, habrá que poner un remedio eficaz: la pena de muerte. El tema de la pena capital es, y siempre ha sido controvertido o polémico, pues han existido en el devenir del tiempo posturas a favor y en contra; en este último caso se ubica el maestro Cesare Beccaria, de clara filiación contractualista, para quien "...el criterio de medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica, mientras *la exclusión de la pena de muerte* se hace derivar por Beccaria de la función misma del contrato social, con la cual ella contrataría lógicamente, ya que es impensable que los individuos pongan espontáneamente en el depósito público no sólo una parte de su propia libertad, sino su existencia misma". De la idea de la división de poderes y de los principios humanitarios iluministas, de lo cual es expresión el libro de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*), se derivan, enseguida, la negación de la justicia de gabinete, propia del sistema inquisitivo, la negación de la práctica de la tortura, así como la afirmación de la exigencia de salvaguardar los derechos del imputado por medio de la actuación de un juez obediente, no al ejecutivo, sino a la ley. (Cfr., BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 26.)

<sup>32</sup> Aunque también se hizo referencia a tesis aisladas.

precisamente esa valoración lo que hará a la conducta antijurídica. Claro que para que se de esa valoración negativa, de contradicción con el derecho, tiene que haber o existir la correspondencia unívoca o adecuación entre la conducta y lo previsto o contenido en el tipo, mismo ingrediente que, como hemos asentado, se encuentra prohibido (u ordenado) aunque no se nos diga.

### **2.1.3.- Conceptos doctrinales.**

En la tónica de este Capítulo, corresponde ahora tratar de cómo, en opinión de la doctrina, debe entenderse la *antijuridicidad*, para con los elementos que se proporcionen en este apartado, aunados a los proporcionados por la jurisprudencia, estar en posibilidad de aportar, en la medida de nuestras posibilidades, un concepto propio.

En este sentido, hay autores que concibiendo a la institución que analizamos desde un punto de vista resueltamente objetivo, nos aportan diversas concepciones en torno al mismo y que, interesantísimas todas ellas, nos proporcionarán ingredientes importantes para los efectos de este apartado.

Así, Mezger pensaba que "...una acción es antijurídica cuando contradice las normas objetivas de derecho. Este se concibe como una ordenación objetiva de vida y lo injusto, por tanto, como la lesión de dicho ordenamiento. El derecho existe para garantizar una convivencia *externa* ordenada, de los que están sometidos a él. Objeto de la voluntad jurídica ordenadora es la determinación de lo que es conforme al orden jurídico y de lo que le contradice. Esta determinación tiene lugar en virtud de las normas de Derecho que por ello aparecen como normas *objetivas de valoración*, como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del Derecho... A esta

concepción del Derecho corresponde la de la antijuridicidad, la de lo injusto, como una contradicción objetiva con los precepto jurídicos, como una lesión objetiva de las normas jurídicas de *valoración*".<sup>33</sup>

El maestro Jiménez Huerta por su parte indica que para calificar una conducta como antijurídica, preciso es comprobar que es contraria a un norma, ya que una misma conducta puede ser tanto lícita como ilícita, dándose así vida a un nuevo elemento que, lejos de estar implícito en el concepto de conducta, constituye una entidad ideológicamente diversa y autónoma.

El pronunciamiento y declaración de que una conducta es antijurídica, presupone un análisis, un enjuiciamiento, una valoración o, como dice Mézger, un juicio en el que se afirma su contradicción con las normas del Derecho. Entonces, cuando el juicio arroja como resultado la existencia de una *relación de contradicción* o desarmonía entre la conducta del hombre y las normas del Derecho, *nos hallamos ante un acontecimiento injusto o antijurídico*.<sup>34</sup>

La explicación de la ideas anteriores lleva a Jiménez de Asúa<sup>35</sup> a estimar como atinada la definición de Jiménez Huerta puesto que "...la concibe (a la antijuridicidad) como 'un juicio en el que se afirma' la 'contradicción' de la conducta 'con las normas de Derecho'; es decir, que 'lo antijurídico implica

---

<sup>33</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo III (El delito), Editorial Losada, 5ª Edición Actualizada, 1992, Argentina, p. 982.

<sup>34</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. LA ANTIJURIDICIDAD, Imprenta Universitaria, 1952, págs. 10-14. Cobra así inusitado valor ante el moderno Derecho penal, la fórmula de los que afirmaron ser el delito una *disonancia armónica*. Hay en el delito *armonía*, en tanto implica identidad de la conducta del hombre con el hecho que describe el tipo penal; pero esta armonía es *disonante*, en cuanto representa una contradicción con las normas de *valoración* que el propio tipo tutela y protege.

<sup>35</sup> Jiménez de Asúa define al sistema jurídico como *conjunto de normas*, en que se organizan las reglas escritas y las *normas de cultura*, y afirma que la *antijuridicidad* (desde un punto de vista objetivo) consiste en la oposición a éstas. En síntesis, lo injusto es lo que se opone a las *normas de cultura*, en que el derecho se basa, y que se hallan reconocidas por el Estado y que en modo alguno puede crear un juez o un tribunal, pues en este caso caeríamos en un concepto subjetivo de lo injusto.

disvalor'. Esta concepción le lleva, como es lógico, a pronunciarse resueltamente por la antijuridicidad material".<sup>36</sup>

No entendemos la base de que parte el maestro Jiménez de Asúa para atribuir a las ideas de Jiménez Huerta una inclinación hacia la antijuridicidad material, pues de las manifestaciones de este último autor no advertimos tal pronunciamiento, antes bien, nos dice, en términos generales, que "la antijuridicidad o injusto no se *corporifica* en un elemento *material*, susceptible de percepción sensoria de igual naturaleza de la conducta; por el contrario, su existencia surge de un juicio de valoración de la conducta en relación con el orden jurídico-cultural, y, por consiguiente, en relación con los valores"<sup>37</sup>, mismo juicio que compete formularlo al juez o magistrado al fallar el caso concreto que incrimina.

Pues bien, independiente del comentario previo, como el delito consiste en la violación de un precepto del ordenamiento jurídico penal, su nota fundamental es el contraste, la oposición con el derecho; esta contradicción en que se traduce la antijuridicidad, considerada en su esencia, no es otra cosa que un juicio, y concretamente un juicio de relación. En efecto, cuando se habla de antijuridicidad se emite un juicio acerca de un hecho; se hace una valoración, reconociendo que el hecho es contrario a un precepto del ordenamiento jurídico.<sup>38</sup>

Este juicio, como se ha dicho antes, lo efectúa el juzgador, pero hay que aclarar que éste no hace más que reproducir la valoración del ordenamiento jurídico, el cual, al prohibir el hecho, la ha dado la impronta de la reprobación, considerándolo contrario a los fines del Estado.

---

<sup>36</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo III, p. 980.

<sup>37</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Op. cit., p. 14.

<sup>38</sup> ANTOLISEI, Francesco. MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, 8ª Edición, Tr. José Guerrero y Mariano Ayerra Redín, Editorial Temis, Colombia, 1988. p. 135-136.

Siguiendo estas ideas, para comprobar la antijuridicidad penal de un hecho, tenemos que atender, necesariamente, a lo que el legislador, en el ordenamiento jurídico-penal indica con la mayor precisión, y que son los hechos prohibidos, fijando sus características para saber lo que está permitido y prohibido.<sup>39</sup>

Ahora bien, a fin de que un hecho concreto constituya delito es necesario que el sujeto haya realizado una acción conforme a la contemplada en la norma penal, y específicamente, en el tipo penal como elemento de aquella.<sup>40</sup>

El legislador a causa de la complejidad de las relaciones de la vida social<sup>41</sup> y del entrecruzamiento de los distintos intereses, en ocasiones autoriza, y en

---

<sup>39</sup> En este aspecto, estamos de acuerdo con lo que la Dra. Olga Islas afirma con relación al Tipo Penal, que al ser una elaboración exclusiva del legislador, regulando tan solo eventos que tienen la propiedad de ser antisociales, determina, con toda precisión, el ámbito de lo punible, y como consecuencia, permite conocer con certeza lo que no es punible. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. ANÁLISIS LÓGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA, Editorial Trillas-UNAM, Cuarta edición, México, 1998. p. 27.

<sup>40</sup> El maestro Francesco Antolisei, respecto al tipo o figura legal del delito nos indica que está constituida, no sólo por el conjunto de los elementos materiales (acción y resultado) que se indican en las distintas normas incriminadoras, sino también por el conjunto de los elementos, tanto objetivos como subjetivos, que deben concurrir para la existencia de determinado delito, así, continúa diciendo nuestro autor, “el delito exige siempre el concurso de un factor psíquico, sin en el cual no se puede tener de él una idea exacta, incluso allí donde la definición del delito no contempla una particular actitud psíquica del agente, la consideración del elemento subjetivo es siempre indispensable. La circunstancia de que ese requisito no figure en la norma incriminadora particular, nada significa. Como el elemento subjetivo se presenta en los delitos en pocas formas, el legislador lo determina en la Parte General del Código, con la reserva de volver a hablar de él en cada una de las normas, cuando en ellas se exija algo más o algo distinto” (Op. cit., p. 138)

<sup>41</sup> En efecto, de acuerdo con los planteamientos de Émile Durkheim, la vida social es compleja y el delito forma parte, en cuanto elemento funcional, de la fisiología de ésta. Esta aseveración es propuesta dentro del marco de la Teoría Estructural-Funcionalista de la Desviación y de la Anomía, introducida por las obras clásicas de Durkheim y desarrollada por Robert K. Merton; misma teoría sociológica que junto a otras contemporáneas ofrecen, en particular, importantes puntos de vista para una crítica y una superación del concepto de defensa social, ideología esta última que se basa en los principios: de *legitimidad, del bien y del mal, de culpabilidad, del fin y de la prevención, de igualdad, y del interés social y del delito natural*. Volviendo a los esquemas propuestos por la teoría de la anomia antes mencionada, la misma afirma: a).- Que la desviación en un fenómeno normal de toda estructura social; b).-Sólo cuando se hayan sobrepasado ciertos límites, el fenómeno de la desviación es negativo para la existencia y el desarrollo de la estructura social, si se acompaña de un estado de desorganización, en el cual todo el sistema de reglas pierde valor, mientras no se haya afirmado aún un nuevo sistema (siendo ésta la situación de *anomia*). Viceversa, dentro de sus límites funcionales, el comportamiento desviado es un factor necesario y útil del equilibrio y del desarrollo socio cultural. Con esta inercia, Durkheim critica la representación del crimen como un fenómeno patológico, pues como ya se recordó, el delito forma parte, de acuerdo con las ideas de este

algún caso hasta impone comportamientos que de ordinario están prohibidos. En consecuencia, en la ley están previstas algunas hipótesis generales en que la acción del hombre, aunque presente los requisitos señalados en la norma penal, no está sometida a la sanción penal; v. gr., privar a una persona de la vida está prohibido de manera general, no así para el que mata en defensa legítima, consecuentemente, dado el sistema seguido por el ordenamiento jurídico, a fin de que en un hecho se dé la *antijuridicidad*, no basta que responda a una de las hipótesis particulares previstas en la ley: es necesario que no existan causas justificantes, ya que estas impiden que surja la institución que estudiamos: *la antijuridicidad*.<sup>42</sup>

Se ha considerado que el concepto de *antijuridicidad* recibe una aportación importante de las doctrinas de Carlos Binding y Max Ernesto Mayer. Para éste, la antijuridicidad implica la contradicción a las normas de cultura reconocidas por el Estado, es decir, con el conjunto de órdenes y prohibiciones que para regular la vida en común, provienen de la moral, la religión y la costumbre, creando el modo de pensar y de sentir, es decir, la civilización de determinado pueblo. Concepción que implica, desde nuestra óptica, un no atenerse exclusivamente a lo que está plasmado en la norma por el legislador, que se supone debe contemplar todo aquello, sino que trasciende a lo que a la sociedad realmente le afecta, a sus intereses efectivos y no a los intereses que el “hacedor de la norma” plasma en ésta, y que no siempre coinciden con

---

autor, en cuanto elemento funcional de la fisiología y no de la patología de la vida social. Sólo sus formas anómalas, por ejemplo un excesivo incremento, pueden considerarse como patológicas. (BARATTA, Alessandro. Op. cit., págs., 56-57.) Desde nuestro punto de vista, aún y cuando la comisión de delitos pueda ser considerada como algo normal, dentro de ciertos límites cuantitativos, existen ciertas conductas antisociales típicas que por su extrema gravedad, como es el caso de la delincuencia organizada, en los casos o supuestos que en otro lugar hemos mencionado, provocan trastornos serios en la sociedad, pero independiente de esto, creo que es difícil habituarse, por muy normal y funcional que esto sea, a las conductas delictivas que para los ciudadanos se traducen en inseguridad, tornando a la vida social gradualmente más compleja.

<sup>42</sup> ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 136. De esta manera también se expresa el maestro Porte Petit al indicar que “Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación”, (Citado por CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima séptima edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 178).

aquellos.<sup>43</sup> Mientras tanto, para el primer autor citado, el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal, esto es, no se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico, se infringe la norma que está por encima y detrás de la ley; es decir, la norma valoriza y la ley describe.

Sin embargo, el maestro Fernando Castellanos comenta que es inadmisibles la coexistencia de *violación del derecho y conformidad con la norma jurídica*. Antes bien, "lo cierto es que, la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo, pues como expresa Reinhart Maurach, los mandatos y prohibiciones de la ley penal rodean, protegiendo y salvaguardando, el bien jurídico".<sup>44</sup>

Por otro lado, encontramos tratadistas afiliados a una postura respecto de la institución que estudiamos que no solamente la estiman objetiva, como

---

<sup>43</sup> En efecto, los intereses plasmados en las normas debieran ser aquellos que correspondan a la sociedad en su conjunto, y no a los de un grupo reducido, pues de esta manera se disminuyen los canales legales de acceso a lo que en general la sociedad propone a cada uno de sus miembros. Esta desfavorable panorámica nos lleva a la situación a que alude la Teoría Estructural Funcionalista de la Desviación y de la Anomia, en la que Merton nos indica que la conducta desviada o desviación se puede referir a una posible contradicción entre *la estructura social y la cultura*: la cultura en un determinado momento de desarrollo de una sociedad, propone al individuo determinadas metas que constituyen motivaciones fundamentales de su comportamiento (por ejemplo, un cierto grado de bienestar y de éxito económico). También proporciona modelos de comportamiento institucionalizados, que conciernen a las modalidades y a los medios legítimos para alcanzar aquellas metas. Por otro lado, sin embargo, la estructura económico social ofrece en diverso grado a los individuos, especialmente con base en su pertenencia a los diversos estratos sociales, la posibilidad de acceder a las modalidades y a los medios legítimos. En consecuencia, la incongruencia entre los fines culturalmente reconocidos como válidos y los medios legítimos a disposición del individuo para alcanzarlos está en el origen de comportamientos desviados. (BARATTA, Alessandro, Op. cit., p. 60.) Atendiendo a lo anterior, creemos que la cultura impone, sobre todo en los integrantes de los estratos más bajos de la sociedad, exigencias entre sí irreconciliables. Por una parte son ellos solicitados en el sentido de orientar su conducta hacia la perspectiva de un alto bienestar; por la otra, las posibilidades de hacerlo con medios institucionalmente legítimos les son negadas en una amplia medida. Producto de esta contradicción se presenta la conducta desviada, lo que nos pone en otro campo, en el Derecho Penal, respecto del cual algunos criminólogos han afirmado que tiende a privilegiar a los integrantes de grupos económicamente fuertes, y a inmunizar el proceso de criminalización de comportamientos socialmente dañinos, típicos de los individuos pertenecientes a ellas, ligados funcionalmente a la existencia de la acumulación capitalista, y tendente a orientar el proceso de criminalización, sobre todo, hacia formas de desviación típicas de las clases o estratos más bajos de la sociedad.

<sup>44</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN LA RECIENTE REFORMA PENAL, Revista Michoacana de Derecho Penal. Directores: Jorge Mendoza Álvarez y Gilberto Vargas López, Nums. 26 y 27, 1992, p. 218.

habrá podido advertirse de lo afirmado por el maestro Antolisei. En efecto, Hans Welzel escribe "que el juicio de disvalor tiene por objeto la conducta de un hombre adecuada a un tipo (legal-penal) que constituye una unidad de momentos del mundo exterior (objetivos) y anímicos (subjetivos)"; y añade: "Por la ambigüedad del concepto 'objetivo' surgió el equivoco de que la antijuridicidad sólo puede referirse a la parte objetiva (del mundo externo) de la acción, puesto que se trata de un juicio 'objetivo'. En verdad, ni una ni otra de ambas aplicaciones de la palabra 'objetivo' tienen que hacer aquí. La antijuridicidad es sólo objetiva en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, por el contrario, es una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos".<sup>45</sup> Como se ve aquí se da un esfuerzo de conciliar, aunque en distintos planos, lo *objetivo* y lo *subjetivo* de lo antijurídico.

Postura semejante, tendente a conciliar lo objetivo y subjetivo como contenido del injusto o antijuridicidad, es la expuesta por la maestra Susana Huerta Tocildo, misma que trataremos de reseñar a continuación.

Es importante conocer en el ámbito de la antijuridicidad otras concepciones sobre las implicaciones de la misma, así como su contenido, y por lo que respecta a este último aspecto hay quienes estiman que dependiendo de la norma<sup>46</sup>, en cuanto a su consideración, dependerá el contenido de la antijuridicidad.

---

<sup>45</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. Cit., Tomo III, p. 986.

<sup>46</sup> La norma penal, y en general, el Derecho Penal, ejerce una función activa, de reproducción y de producción, respecto de las relaciones de desigualdad. En primer lugar, la aplicación selectiva de las sanciones penales estigmatizantes, y especialmente de la cárcel, es un momento esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad. Influyendo negativamente sobre todo en el estatus social de los individuos pertenecientes a los estratos sociales más bajos, dicha aplicación selectiva actúa de modo de obstaculizarles su ascenso social. En segundo lugar, y es ésta una de las funciones simbólicas de la pena, el hecho de castigar ciertos comportamientos ilegales sirve para cubrir un número más amplio de comportamientos ilegales que permanecen inmunes al proceso de criminalización. En esta última hipótesis debemos recordar lo apuntado ya anteriormente con relación a que los que quedan impunes serían individuos pertenecientes a clases privilegiadas dentro de los estratos sociales más altos, y que, en definitiva, los podemos identificar como la delincuencia de "cuello blanco". Se ha mencionado que el Derecho Penal se recarga sobre todo, y con mayor peso en los estratos sociales de más bajo nivel dentro de

Así, retomando estas ideas, si tenemos a la norma penal como *norma de valoración*<sup>47</sup>, y se postula con ello una concepción absoluta o predominantemente *objetiva* de este elemento del delito, lo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no contraria a derecho, será la verificación de la presencia de un *desvalor de resultado*.

Ahora bien, una de las consecuencias más importantes de la adopción de un punto de vista *imperativo*<sup>48</sup> sobre la norma jurídico-penal, que la considere

---

la sociedad, y que una de las causas de la delincuencia o desviación de conductas se presenta en la estigmatización de los individuos de acuerdo con la teoría criminológica del *Labelling Approach*, siendo que esto se puede conjugar con el cierre de los accesos legales tendentes a la consecución de las finalidades que la cultura impone a los miembros del grupo social, y a que se refiere la Teoría Estructural Funcionalista de la Desviación, ya que al etiquetar a los individuos, como delincuentes, se les veda el camino para la consecución de los fines que la cultura social les ha impuesto como paradigmas. Por su parte, la Cárcel o los “Centro de Readaptación Social”, que como es evidente, en una generalidad, no han logrado cumplir con su fin social asignado, consistente en la reinserción de los delincuentes a la sociedad, cumplen una función en la producción de individuos desiguales en la actualidad. En este sentido, la cárcel produce hoy, reclutando sobre todo en las zonas más desfavorecidas de la sociedad, un sector de marginación social particularmente cualificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado. Este sector cualificado de “reserva” cumple funciones dentro del trabajo delincencial al no tener oportunidades lícitas, del tal manera que la población criminal encuentra empleo dentro de los mecanismos de circulación ilegal del capital, como peones en la industria del crimen. Así, la cárcel representa el momento culminante de un proceso de selección que comienza aún antes de la intervención del sistema penal con la discriminación social y escolar, con la intervención de los institutos de control de la desviación de los menores, de la asistencia social, etc.; representando, además, generalmente la consolidación definitiva de una carrera criminal.

<sup>47</sup> Es de singular importancia para los efectos del estudio que realizamos, entender la naturaleza de la *norma de valoración*, para lo cual acudimos a la atinente explicación del maestro Hans-Heinrich Jescheck, quien nos comenta que en tratándose de una norma de la clase como la que nos ocupa, el legislador establece normas jurídicas en donde se indican cuáles son las situaciones o hechos que corresponden al orden de la colectividad por él recogido en aquellas, así como las o los que se oponen al mismo, circunstancia que ubica al derecho como un cúmulo de juicios de valor, que permite distinguir lo jurídico de lo antijurídico, es decir, se califican los acontecimientos como deseados o indeseados. Como indicación particular, el destacado jurista alemán que consultamos nos indica que también el hecho del enfermo mental aparece sin dificultades como antijurídico, en virtud a que conforme a la norma jurídica de valoración, será valorado como *lesión* de un bien jurídico, aunque el autor no sea responsable. (Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General, Tr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, 4ª edición completamente corregida y ampliada, España, 1993, p. 213.)

<sup>48</sup> Según esta forma de entender a las normas penales, el legislador, mediante éstas, *precisa de un comportamiento determinado* de sus destinatarios, entendiéndose aquellas como *imperativos*, de tal suerte que el derecho encausará al hombre *hacia un querer correcto en su contenido*, y ello incluso antes de que haya realizado una acción que pueda ser *valorada como antijurídica*; sin embargo, el derecho posee también, *simultáneamente*, la función de valorar el acertado o desacertado comportamiento del autor, erigiéndose así, en *norma de valoración*. La consecuencia de la teoría de los imperativos consiste en estimar que la *voluntad de la acción debe ser el núcleo de la antijuridicidad* de un hecho, pues la voluntad

como norma de *determinación de conductas* y no como simple *norma de valoración*, es, junto a la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos, la elevación del *desvalor de acción* a la categoría de elemento fundante del injusto penal.

Antes de seguir avanzando en la exposición en torno al contenido del elemento del delito del cual se ocupa el presente apartado, consideramos de gran significado hacer referencia a la concepción que con relación a dicho contenido, es decir, al binomio *desvalor de acción-desvalor de resultado*, plantea el maestro Hans Welzel, ya que el entendimiento del referido binomio es preciso para hacer lo propio, con más claridad, respecto al plan expositivo que seguimos de Huerta Tocildo. Lo anterior se justifica en la medida en que la doctrina penal alemana, en la actualidad, es la acreedora principal de la española, en la inteligencia que no pocos juspenalistas de esta última nacionalidad han acudido a realizar estudios con los maestros más connotados de aquél país.

En este orden de ideas, el insigne creador del finalismo, con ocasión del tratamiento de la misión del Derecho Penal, nos ilustra que toda acción humana puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, con independencia de la consecución del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto).<sup>49</sup>

---

humana opuesta a lo ordenado por el derecho es la que vulnera el mandato o prohibición contenidos en la norma. Esta concepción de la norma resulta confirmada por el **fin de protección** de la norma, pues el fin de ésta consiste en proteger bienes jurídicos, y la forma y medida de la puesta en peligro de los mismos recogida en el tipo serán determinantes para la vulneración de la norma. No obstante, esa puesta en peligro depende esencialmente, en cuanto a su carácter y entidad, de la **voluntad del autor**. (Cfr., *Ibidem.*, págs. 213-214.)

<sup>49</sup> Cfr., WELZEL, Hans. *DERECHO PENAL ALEMAN*, Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición castellana, Chile, 1993, págs. 1-2. (v. gr. Uno de los valores humanos más elementales es el trabajo; su significación puede apreciarse, por una parte, a partir del producto material u obra que genera (*valor de resultado*). Por otra parte, el trabajo posee una significación positiva en la existencia humana, pues se traduce en una actividad cuya teleología es una obra benéfica, subsistiendo este sentido aun cuando la obra no se logre, puesto que, no obstante ello, se habrá logrado expresar el *valor de acto* del trabajo. Lo mismo rige para lo negativo: el *desvalor de la acción* puede fundarse en que el resultado que produce es valorado como reprobable, de tal forma que una acción dirigida a producir algo reprobado, también será considerada como reprobable, aún si éste no llega a producirse.)

El Derecho Penal quiere proteger bienes vitales de la comunidad, o sea, valores materiales, lo cual consigue mediante la prohibición y castigo de las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. En consecuencia, se impide el desvalor de resultado a través de la sanción del desvalor de acto, asegurándose así la vigencia de los valores de acto ético-sociales.<sup>50</sup>

En efecto, al sancionarse la efectiva inobservancia de los valores de acto (o de la conciencia jurídica), se protege a la vez los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores, así lo entiende Muñoz Conde<sup>51</sup> al explicar que la prohibición de matar (que obviamente trae aparejada una sanción en caso de inobservancia), es una consecuencia de la protección de la vida; la prohibición de robar, en los mismos términos, es efecto de la protección a la propiedad; obviamente, las mencionadas prohibiciones (no robar, no matar, no rebelarse contra el gobierno, etc.), tendrán significado en la medida en que se reconozcan los valores que les dan sustento (el respeto a lo ajeno, a la vida, etc.).

Como es claro, en la explicación que nos aporta el jurista español últimamente citado, podemos observar un evidente indicio de verdad en nuestra afirmación efectuada con antelación, relativa al papel de acreedora de la doctrina alemana respecto a la española.

---

<sup>50</sup> Cfr., Idem. (Estos valores de carácter positivo pueden ser, por ejemplo, el respeto a la vida ajena, a la salud, a la propiedad, etc., constituyendo asimismo el trasfondo ético social positivo de las normas jurídico penales, y cuyo real acatamiento se asegura por el Derecho Penal al castigar la inobservancia expresada mediante acciones desleales, indignas, fraudulentas, etc. Atendiendo a lo anterior, es preciso destacar aquí que, de acuerdo con Welzel, con el cual coincidimos, cuando se habla del castigo a la inobservancia de los valores de referencia, no significa en modo alguno que se persigue y pena dolos malos o peligrosos sin un hacer (u omitir, también se pudiera decir), que lesione o ponga en peligro, pues sólo la manifestación efectiva de dicha inobservancia da lugar a pena. Al respecto, se debe tener presente aquella concepción según la cual *el derecho sólo tiene que ver con la conducta externa, no con la conducta interna y el ánimo... que...no dan lugar a pena.*)

<sup>51</sup> Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORÍA GENERAL DEL DELITO, Editorial Temis, reimpresión de la 1ª edición, Colombia, 1990, p. 87

Pues bien, como era de esperarse de una orientación doctrinaria como la del maestro Welzel<sup>52</sup>, éste otorga un papel esencial a la observancia de los valores de acto más que a la protección de específicos bienes jurídicos, pues el aseguramiento de estos últimos, además de tener un mero fin preventivo y policial, se alcanza mediante la observancia de los primeros. Consecuentemente, el *centrar la atención* en el resultado (daño o provecho social) de una acción, lo cual determina el valor de ésta, desconoce que para el Derecho Penal asegurar el *respeto* por los bienes jurídicos, la real vigencia de los valores de acto, es más significativo que obtener un efecto positivo en el caso particular o concreto.<sup>53</sup> En función de esto, mediante el aseguramiento de los valores de acción es posible lograr una protección de los bienes jurídicos de manera más eficaz que a través de la sola idea de protección de bienes.

En la inteligencia la premisas anteriores, se puede concluir que el Derecho Penal, de acuerdo al autor alemán cuyas ideas venimos siguiendo, propende a la protección de los valores de acto, tales como el respeto a la vida, a la salud, la honradez, y sólo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares, la cual lleva a efecto *mandando o prohibiendo* acciones que pueden estimarse desleales, encontrándose detrás de dichos mandatos o prohibiciones los valores de acto o deberes ético-sociales, cuya inobservancia trae aparejada una sanción.

El reforzar la validez de estos deberes ético-sociales (valores de acto), penando su inobservancia, forma y vigoriza el juicio ético y la conciencia jurídica de los ciudadanos, llegando incluso a proyectar aquellos como parámetro en una época determinada. Sin embargo, el penar acciones a diestra y siniestra sin estar en conexión con la vida, libertad, salud, sino con fines carentes de legitimidad

---

<sup>52</sup> Cfr., WELZEL, Hans. Op. cit., págs. 3-4.

<sup>53</sup> (Así, en el trasfondo de la prohibición de matar se ubica la idea de procurar el *respeto por la vida ajena*; en estas condiciones, la seguridad de una colectividad estará afirmada en la medida en que se garantice la real vigencia del respeto por la vida ajena.)

En efecto, para Welzel, "con el desvalor de acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una 'selección' dentro de él, en relación a su punibilidad".<sup>57</sup>

No obstante la anterior afirmación, el propio Welzel da un tratamiento distinto al desvalor de resultado en tratándose de los delitos dolosos, al indicar que "En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o peligro de un bien jurídico... ...(siendo) El desvalor de resultado... ...un elemento, carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro)"<sup>58</sup>, con lo que se afirma que no necesariamente el injusto quede ya constituido con la sola presencia del desvalor de acción, aunque no en todos los casos será precisa la concurrencia de un desvalor de resultado.

Para este mismo autor, como hemos visto, el desvalor de resultado no es un elemento independiente de constitución del injusto, sino, todo lo más, un elemento aumentante del mismo.

Sin entrar en detalles, por exceder éstos el propósito de este marco conceptual, nos limitaremos a señalar que dentro de esta concepción "subjetivo-monista" existen también variantes, por ejemplo, aquella que cree que el desvalor de resultado no es algo a añadir al desvalor de acción, para de esta manera aumentar el injusto, sino que vendría a formar parte del propio desvalor de acción, con lo que se reafirma el carácter de exclusividad en la fundamentación del injusto al desvalor de acción.

---

<sup>57</sup> WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas J. Cerezo, España, 1964, p. 18.

<sup>58</sup> WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMAN, p. 75.

penal, subvierte tanto el orden establecido por el Derecho Penal como la teleología del mismo.<sup>54</sup>

Muñoz Conde<sup>55</sup> disiente de reconocer una jerarquía superior al desvalor de acción en la constitución del injusto, y sin desconocer que esta circunstancia se pueda operar en un derecho determinado, la explicación que al respecto ofrece, señala que, en ocasiones, por razones político-criminales, el legislador al momento de confeccionar los tipos puede inclinar la balanza hacia uno u otro tipo de desvalor. Precisamente en el Derecho Penal tradicional, por influencia de la idea de la responsabilidad por el resultado, se señalaba como primordial al desvalor de resultado, castigando, obviamente con mayor severidad, al delito consumado que a la tentativa, mientras que en la actualidad se pretende colocar en un lugar de privilegio al desvalor de acción, castigando incluso con la misma pena a la tentativa y al delito consumado, lo que de por sí es cuestionable, al igual, y quizás con mayor razón, como la sanción del llamado delito imposible.

Sobre lo que venimos estudiando existen diferentes posturas en cuanto a los elementos fundantes del injusto, pues algunos se inclinan por una constitución unitaria del *desvalor de acción o el de resultado*, mientras que existen opiniones que pudiéramos denominar *dualistas* por la importancia que conceden a ambos elementos.<sup>56</sup>

Dentro de la primera tendencia apuntada, que pudiéramos llamar *subjetivo-monista*, el desvalor de acción desempeña un papel fundamental para la apreciación del injusto; mientras que el desvalor de resultado es excluido del ámbito que tratamos y colocado en la categoría de *condición objetiva de punibilidad*.

---

<sup>54</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 6

<sup>55</sup> Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 87-88.

<sup>56</sup> Cfr. VALLE MUÑIZ, José Manuel. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN Y LA GRADUACIÓN DEL INJUSTO PENAL, PPU, S.A., España, 1994, p. 31.

Las consecuencias de esta postura, en donde el desvalor de acción es el único constitutivo del injusto son los siguientes:<sup>59</sup>

- Identidad de los respectivos contenidos de injusto del delito consumado y de la denominada tentativa acabada, ya que en ambos casos el desvalor de acción es el mismo, lo que trae aparejado la imposición de la misma pena en ambos casos.
- En los delitos culposos o de imprudencia el injusto también queda constituido con la mera presencia del desvalor de acción, lo que conduce, necesariamente, a la punición de todas las conductas imprudentes, hayan tenido o no consecuencias dañosas.

Desde nuestro punto de vista, estas consecuencias generadas a la luz de una teoría *monista-subjetivista* nos parecen lamentables, ya que independientemente de la conducta en que se incurra se merece una misma pena, lo cual no parece lógico. Sin embargo, tratando de salvar los errores o bemoles de sus postulados, encontramos que en esta vertiente se establece la posibilidad de atenuación de la pena atendiendo a la producción o no de resultados; en efecto, "tanto en los delitos dolosos (tentativa) como en los imprudentes, la falta de resultado podría tal vez valorarse también desde otra perspectiva preventiva-general: Sin el resultado podría considerarse *menor la necesidad de pena*"<sup>60</sup> Este planteamiento del resultado como índice de la mayor, menor o nula *necesidad de pena*, implica suponer al mismo como *condición objetiva de punibilidad*.

---

<sup>59</sup> Cfr., HUERTA TOCILDO, Susana. SOBRE EL CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD, Editorial Tecnos, España, págs. 35-49.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 36.

Un segundo tipo de concepciones, sobre el contenido de la antijuridicidad, parte de la base de que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado son elementos constitutivos del injusto penal.

En el seno de esta postura pueden distinguirse dos variantes según se conciba el desvalor de acción:

- Una primera que lo identifica con el desvalor de la intención<sup>61</sup>, es decir, con el juicio de desaprobación que recae sobre el autor por el hecho de haberse decidido a actuar en forma típica.
- Una segunda que, bajo dicho término, no sólo entendería comprendido lo anterior sino, además, toda una serie de elementos específicamente objetivos que describen la forma y clase de la perpetración del hecho, elementos que de acuerdo con la primera variante anotada quedarían relegados al ámbito del desvalor de resultado.

En el momento de acoplarse a un derecho positivo en el que la tentativa se sanciona con menor pena que el delito consumado, y el castigo de la imprudencia requiere la producción de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico, las concepciones dualistas parecen ser más idóneas en las soluciones que aportan.

---

<sup>61</sup> Los partidarios de la identificación entre desvalor de acción y desvalor de la intención se pronuncian en el sentido de que si la norma jurídico penal es norma de determinación, y ello implica que sólo puede tener como punto de referencia acciones finales, de ello se deduce que el desvalor de acción debe hacerse equivalente al desvalor de la intención, no siendo precisa la existencia real del objeto de la acción ni de sus modalidades en concreto, sino que bastaría que el autor tenga una representación de las mismas. Lo que se comprueba –afirman los defensores de esta postura– a la vista de la punición de la tentativa imposible en base, exclusivamente, al desvalor de la intención, ya que en esta hipótesis delictiva el objeto o las modalidades de acción únicamente se dan en la mente del autor. Gallas critica esta postura al señalar que del carácter imperativo de la norma penal no se deriva necesariamente la limitación del desvalor de acción al desvalor de la intención, además de que, suponiendo que sea cierto que la pena de la tentativa imposible se basa en la mera existencia de un desvalor de la intención, esto es un caso especial, por lo que no es correcto hacer extensiva esta conclusión al resto de las distintas modalidades de aparición del hecho punible. (Cfr., *Ibidem.*, págs. 33-34).

Por lo que hace a las consecuencias relacionadas al castigo de la tentativa, que es menor que el correspondiente al delito consumado, es explicable desde dos distintas posturas (dualistas, por supuesto): Una en que frente al desvalor de la acción no existe un desvalor de resultado, y otra que, frente al primero, sí se presenta el desvalor de resultado, que se revela en una puesta en peligro del bien jurídico, lo que es coherente con la concepción de este elemento fundante del injusto concebido por la Dra. Susana Huerta Tocildo, con quien coincidimos.<sup>62</sup>

Con relación a la primera postura, podría alegarse que la menor pena que la tentativa merece radica en la falta de uno de los elementos necesarios para que se entienda fundamentado el injusto del delito consumado. En función de la segunda postura también cabría justificar su menor punición en comparación con el hecho consumado, ya que ese cierto desvalor de resultado, sería, en todo caso, cualitativamente distinto –peligro frente a lesión- y cuantitativamente inferior al presente en la consumación.

La concepción dualista de cara al delito imprudente afirma la integración del injusto sólo cuando, junto a la infracción del deber objetivo de cuidado (desvalor de acción), concurre, en conexión causal la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; es decir, la mera presencia de una conducta infractora de la norma de cuidado no basta para que surja el injusto del delito imprudente, si no va acompañada de un desvalor de resultado.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> En efecto, el desvalor de resultado, para la maestra Huerta Tocildo, es la “desaprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico derivada de la conducta típica. Desde este punto de vista, puede decirse que dicho desvalor esta presente en todas y cada una de las modalidades delictivas, pues todas suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.” (Ibidem., p. 24)

<sup>63</sup> Como podrá notarse, nos hemos pronunciado por la concepción dualista, en virtud a que es la que llega a soluciones más acordes con el derecho positivo; sin embargo, ello no basta para que la misma no muestre inconsistencias, una de las cuales radica en la no punición o castigo del delito imprudente cuando se afirma la no presencia del resultado. A este respecto debemos recordar que en todos los delitos se presenta un resultado jurídico identificado como *lesión o puesta en peligro*; creemos que en este caso lo impune de la imprudencia debe radicar en la producción de un resultado de *puesta en peligro* con la consecuente no producción de un resultado material en el sentido *naturalístico* del término, siendo la base de la no punición

#### 2.1.4.- Concepto que se propone y sus elementos.

Una vez que hemos estudiado el tratamiento que la jurisprudencia y la doctrina dan a la antijuridicidad, en función de los elementos aportados, nos parece estamos en condiciones para confeccionar un concepto propio con relación al elemento del delito que nos ocupa.

En este sentido, podemos decir que la antijuridicidad es el resultado de un juicio, respecto de la oposición, tanto objetiva como subjetiva a las prescripciones de las normas penales contempladas en la ley del mismo carácter.

La contradicción<sup>64</sup> u oposición de la conducta presenta el rasgo de la *objetividad*, en el sentido de ser perceptible exterior o externamente; contradicción que será valorada por el juicio correspondiente.

---

“la no necesidad de pena”, usando los términos de Mir; además, es coherente el dar un trato diferencial en cuanto a la pena imponible según estemos en presencia de una lesión o de una puesta en peligro, lo que a su vez es conteste con el sentir social, para el que no es lo mismo que *pase algo* o que *no pase nada*.

<sup>64</sup> Hemos dicho con antelación que al constatare discrepancias entre la estructura social y la cultural, pueden resultar afectadas por ellas también individuos, que sobre la base de estas condiciones se van a comportar desviadamente; sin embargo, no se debe únicamente describir el fenómeno, sino que además se deben proponer medidas alternativas para evitar este tipo de fenómenos, por lo que en este sentido se ha indicado, desde la óptica de la teoría de la anomia, que con la manipulación simultánea de metas y medios se reduce la frecuencia del comportamiento desviado. Con estas afirmaciones, se está recomendando instrumentar la prevención. Así, la transformación social global que debería verificarse en forma de reducción de las metas y/o reducción de los medios ilegítimos y/o ampliación de los medios legítimos, parece difícilmente realizable, porque en esta solución está implícito que los recursos sociales están distribuidos por igual. En estas condiciones, si parece ser una ilusión el modificar una sociedad de tal manera que no haya discrepancia entre las metas culturales y los medios socio-estructuralmente legitimados, o sea, que a corto plazo no parecen posibles medidas preventivas generales, entonces la atención se tiene que centrar en la prevención especial, puesto que debería ser absolutamente posible modificar aquellas condiciones sociales dadas socio-estructuralmente no como tales, sino para los afectados en particular, de manera tal que sea eliminada esta discrepancia. Las medidas preventivas deberían, por tanto, estar orientadas a modificar la situación de los delincuentes potenciales, de tal manera que desaparezcan las condiciones causantes. Así, por ejemplo, si los medios ilegítimos están disponibles, el círculo de personas que tiene acceso a estos medios y que corre peligro por la falta de medios legítimos, puede, no obstante, servirse de medios ilegítimos y ser llevado, mediante medidas correspondientes, a circunstancias vitales donde hay disponibles más medios legítimos y donde está cerrado el acceso a los medios ilegítimos: *no se deja que el delincuente, tras la aplicación de la pena, vuelva al medio delincuente donde las posibilidades de acceso a los medios ilegítimos son excesivamente elevadas, sino que se intentan incrementar los medios legítimos procurándole un lugar de trabajo y a través de otras medidas*

Por lo que hace a la oposición subjetiva, ésta alude a que una persona puede obrar dolosa o culposamente contrariando la norma penal. El obrar dolosa o culposamente<sup>65</sup> son elementos que se han considerado como controlables por el sujeto, y en función de dicho control se afirma que puede determinarse para no transgredir las multicitadas normas penales, y que, sin embargo, ha decidido vulnerarlas (dolo), o bien, ha infringido el deber de cuidado que debía y podía observar para evitar causar daño (culpa).

Finalmente, las normas penales incluidas en las leyes del mismo carácter, están concebidas como la concreta prohibición u orden establecida por el legislador. Aquí establecemos la distinción entre norma y proposición normativa (ley), ésta sería el conjunto de símbolos lingüísticos sintácticamente articulados, mientras que la norma es precisamente el mandato o la prohibición contenida en la proposición normativa, que en lógica se representaría, respectivamente, como  $p$  o  $\neg p$ .

Es preciso remarcar que la contradicción tanto objetiva como subjetiva son los aspectos de la conducta que se toman en consideración para emitir el juicio de contradicción que dé como resultado la presencia o no de la antijuridicidad en la conducta. Además, será la propia norma la que dé la pauta para emprender o no el referido juicio valorativo, por lo que desde este punto de vista convendríamos en que el criterio para iniciar el mismo es de carácter *formal*.

---

(LAMNEK, Siegfried. TEORÍAS DE LA CRIMINALIDAD, Tr. Irene del Carril, 4ª Edición, México, 1998, 186-187). El éxito de las medidas de resocialización se demuestra cuando las personas dejadas en libertad no son abandonadas a su viejo ambiente.

<sup>65</sup> Tenemos que recordar que la infracción a las normas penales, de acuerdo con nuestro propio código sólo puede efectuarse dolosa o culposamente, con independencia de que se realice por medio de actividades o inactividades.

### **2.1.5.- Clases de Antijuridicidad:**

Es el objeto del presente apartado estudiar, de manera general, una clasificación dual que en torno al elemento del delito que estudiamos se ha formulado, nos referimos a la antijuridicidad formal y material.

#### **2.1.5.1.- Antijuridicidad Formal y Material.**

La antijuridicidad constituye un concepto unitario, es el resultado de un juicio sustancial. Sin embargo, Von List fue el primero que enunció esta teoría, seguida después en Italia por Rocco. Para aquél, la acción es *formalmente antijurídica* porque viola una orden o una prohibición de la ley; es materialmente antijurídica en cuanto lesiona o pone en peligro intereses del individuo o de la colectividad protegidos por el Derecho. La antijuridicidad material, según esta concepción, no es más que la antisocialidad de la acción, que preexiste a la valoración del legislador, que la encuentra, no la crea.<sup>66</sup>

Arturo Rocco, aunque abiertamente no admite una dualidad en la antijuridicidad, por estimar que la ilicitud jurídica penal formal es la única y verdadera ilicitud jurídica, nos aporta un concepto de antijuridicidad formal que en términos generales coincide con el que confecciona Franz von List, ya que aquél concibe a la antijuridicidad "como relación de contradicción entre el acto del hombre y la ley que lo prohíbe",<sup>67</sup> y además, estima este autor que para poder hablar de antijuridicidad es preciso una contradicción positiva y negativa: la primera es que existe una regla de carácter jurídico que nos manda actuar, y frente a ella una conducta humana contraria a esa regla; la segunda es que no exista algún precepto de carácter excepcional que autorice la conducta del hombre contraria a la regla.

---

<sup>66</sup> ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 140.

<sup>67</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., tomo III, p. 1013.

El delito en cuanto constituye un acto injusto, es como la infracción civil, un acto culpable contrario a derecho. El delito es, pues, contrario a derecho. Esta reprobación<sup>68</sup> jurídica que recae sobre el acto es doble: primero, el acto es *formalmente* contrario a derecho, en tanto es una transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> La reprobación implica un señalamiento, que a final de cuentas puede representar un etiquetamiento en expresión del *labeling approach*, que para impedir la criminalidad postula medidas que reducen o eliminan por completo el “etiquetamiento” de los modos de comportamiento, lo que en la práctica se revelaría en renunciar al etiquetamiento tanto en el caso particular, y de esta manera, en todos los casos. Un camino para realizar esta renuncia sería eliminar la normatividad, pero semejante camino es ilusorio, porque aún en el caso de que no existan normas codificadas, en las interacciones se cristalizan estructuras normativas informales, que en cuanto a su calidad son al menos tan efectivas para el comportamiento como las “oficiales”; por lo que, de acuerdo con las nociones de la teoría del aprendizaje, el no etiquetamiento conduce, como parte de una sanción faltante y por el éxito en la realización del objetivo, a una intensificación del modo desviado del comportamiento, y con ello, a una mayor probabilidad de aparición futura. Como se ha visto en los distintos comentarios que hemos venido haciendo, la teoría de la anomia parece más adaptable para fines preventivos, mientras que en el *labeling approach* no se indican medidas preventivas prácticas, además de que aquella teoría presenta un mejor esquema en cuanto a resocialización se refiere. (LAMNEK, Siegfried. Op. cit., 193-201)

<sup>69</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit, Tomo III., p. 1015. (Jescheck coincide en forma completa con el concepto de antijuridicidad material que nos proporciona el maestro Jiménez de Asúa –y consecuentemente con el de Von Liszt-, pues aquél nos señala que la esencia de la antijuridicidad formal radica en un comportamiento contrario al deber de actuar o abstenerse establecido en una norma jurídica, o sea, en esta clase de antijuridicidad sólo se estima la oposición de la acción respecto de la orden normativa. En cuanto a la faceta material de la antijuridicidad, nos ilustra que una acción es antijurídica en atención al menoscabo del *bien jurídico* protegido por la norma respectiva; sin embargo, con relación a la expresión “lesión del bien jurídico”, el propio Jescheck hace hincapié en que no ha de entenderse naturalísticamente, v.gr., la muerte de una persona o daños en algún objeto material, sino como actuación contraria al valor ideal que debe ser amparado por la norma jurídica; algo que nos parece interesante de Jescheck, es la expresión que emplea para calificar al delito atendiendo al daño que reviste la lesión del bien jurídico: *Comportamiento socialmente dañoso*, coincidiendo así con la formulación inicial de Von Liszt sobre este aspecto de la antijuridicidad. Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., págs. 210-211. En este mismo sentido se pronuncia Muñoz Conde con relación a la antijuridicidad, tanto desde su aspecto formal como material; no obstante, al abordar el concepto de *lesión del bien jurídico*, que obviamente se vincula con la faceta de la antijuridicidad últimamente aludida, difiere claramente de la postura de Jescheck, pues establece que por tal ha de entenderse tanto la destrucción o daño de un objeto material, como las ofensas inferidas a bienes jurídicos que no tienen un sustrato material, v. gr., la ofensa al honor en el delito de injurias. Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., págs.84-85. La diferencia de criterios esgrimida tanto por el autor alemán como por el español, creemos es consecuencia natural de las diversas tradiciones dogmáticas a las que respectivamente pertenecen, y para confirmar este aserto remitámonos a la concepción que respecto a los valores de acción y de resultado nos proporciona Welzel, con lo cual nos damos una idea del trasfondo teórico y filosófico de la doctrina alemana, que si bien hemos afirmado es actualmente la principal acreedora de la española, ello no obsta para que los juristas de esta última asuman una posición propia respecto de los mismos temas.)

El acto contrario a Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por tanto, una lesión o riesgo de un bien jurídico.

Con esta última afirmación, se esclarece, a nuestro juicio, el concepto de antijuridicidad material de la que habla von List, ya que la expresión usada anteriormente, es decir, "contraria a la sociedad", nos aporta una información vaga y no precisa; afortunadamente, mas estrecho en cuanto a su significado resulta "un ataque, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico", lo que nos sugiere una ofensa a los bienes o intereses jurídicos tutelados por las normas penales.

Max Ernst Mayer, con relación a la antijuridicidad material, nos dice que hay que verla en el contraste del hecho con las normas de cultura, es decir, con el conjunto de ordenes y prohibiciones que para regular la vida en común, provienen de la moral, la religión y la costumbre, creando el modo de pensar y de sentir, es decir, la civilización de determinado pueblo en una época determinada. A tales normas habrá que atender cuando falten elementos de valoración inferidos de la ley, para determinar la jerarquía de los intereses eventualmente en colisión y para aclarar qué es menos importante y qué debe ser sacrificado ante el interés de mayor relieve.

En contraste con lo anterior, Petroccelli dice que los intentos para determinar a la antijuridicidad con criterios ajenos al derecho positivo, deben considerarse fallidos, pues no hay duda de que para el jurista lo que cuenta es la valoración del legislador.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> ANTOLISEI, Francesco. Op. cit., p. 142.

De esto se puede inferir que la valoración del hecho sobre la base de criterios extrajurídicos o metajurídicos, cualesquiera que sean, puede ser útil ciertamente para la crítica de la ley, pero no puede dar vida a una antijuridicidad diferente y distinta de la que resulta de la propia ley.

Con base en las ideas anteriores se puede llegar a concluir que la antijuridicidad es sólo una, y precisamente la que emana de la oposición entre el hecho y las normas del orden jurídico.

Sin embargo, como afirma el maestro Antolisei, con el cual coincidimos, esto no quiere decir que la antijuridicidad tenga sólo carácter formal; ya que no está desprovista de contenido, y por ello, tiene también carácter substancial, mismo que consiste en la ofensa al interés protegido por el derecho, y más precisamente en la lesión o puesta en peligro del bien o de los bienes que la norma jurídica intentaba mantener inalterados.

Con fundamento en todo lo anterior, creemos que ese carácter sustancial debe ser visto como un *aspecto* de la antijuridicidad, y no como un elemento investido de vida autónoma según lo concebía Von List, y lo mismo ocurre respecto del carácter formal del elemento del delito que constituye ahora nuestro objeto de estudio.

En efecto, para el maestro Ricardo Franco Guzmán "no existen en una misma infracción una antijuridicidad material y otra formal; la ilicitud es siempre una unidad axiológica, dentro de la que pueden empero, encontrarse esos dos *aspectos*".<sup>71</sup> En este sentido, continúa diciendo Franco Guzmán, "puede concluirse que el aspecto o contenido material de la antijuridicidad es la

---

<sup>71</sup> FRANCO GUZMÁN, Ricardo. DELITO E INJUSTO (Formación del Concepto de Antijuridicidad), México, 1950, p. 174.

infracción que lesiona o hace peligrar diversos derechos tutelares de los bienes e intereses vitales y sociales, y de la vida y la sociedad mismas.

“En el aspecto formal, la antijuridicidad ocasionada por el delito, es una infracción que atenta contra la prohibición o el mandato de la ley penal”.<sup>72</sup>

## **2.2.- Justificación.**

### **2.2.1.- Etimología y significación gramatical.**

El concepto de *justificación* puede ser estimado como sinónimo de *licitud*, de ahí que indistintamente se hable de causas de *justificación o de licitud*. En este sentido, la palabra *licitud* proviene del latín *licitus*, que denota lo justo, lo permitido.

En términos generales, la *licitud* (o justificación) es la calidad de las conductas que cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas. Puede ser sinónimo, a su vez, de *juridicidad*, si se le quita al término su connotación de cumplir con la moral además del derecho; de *justicia*, si se estima que ésta y el derecho tienen la misma esencia.<sup>73</sup>

El maestro García Maynez, ha indicado que las conductas con la calidad de ilícitas son: la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos; mientras que las conductas susceptibles de calificación de *licitud* son: la ejecución de los actos ordenados, la omisión de los actos prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Idem.

<sup>73</sup> DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Tomo III, decimacuarta edición, Porrúa-UNAM-III, 2000, p. 2039.

<sup>74</sup> GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO, 51ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 141.

Atendiendo a los anteriores asertos, las causas de justificación son circunstancias eximentes, que por determinadas razones excluyen la antijuridicidad o ilicitud de la conducta en principio típica. Por eso se las denomina también causas de exclusión de la antijuridicidad o del injusto. Tradicionalmente se consideran tales unas pocas circunstancias: la defensa legítima, una clase de estado de necesidad llamado justificante (conflicto entre intereses desiguales), el ejercicio de un derecho, profesión o cargo, el cumplimiento de un deber, entre otras.<sup>75</sup>

### 2.2.2.- Concepto jurisprudencial.

En las resoluciones de los tribunales, y particularmente, en el producto de éstas, la jurisprudencia, aunque no encontraremos una definición claramente detallada de lo que es la *justificación*, sí nos aportará ideas en sus textos para formarnos un juicio de lo que es este elemento excluyente del delito, por lo que a continuación transcribiremos diversos criterios contenidos tanto en tesis aisladas como jurisprudenciales que nos ayudarán en esta tarea:

LEGITIMA DEFENSA, RECHAZO DE AGRESION INJUSTIFICADO. La legítima defensa constituye un caso de *justificación* que *impide la calificación antijurídica del acto de defensa*, siendo indiscutible que el supuesto rechazo a la agresión de que el quejoso dice haber sido víctima, no puede tenerse por justificado o lícito, dado que con su propio proceder el reo se había colocado dentro de un plano ilícito al haberse introducido sin consentimiento de los moradores en el domicilio de los ahora occisos.<sup>76</sup>

LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA. La eximente de responsabilidad de legítima defensa es, ante todo, evitación, en tanto que en la riña los protagonistas asumen los riesgos del combate, al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias, mas no para impedir el ataque. *Mientras la causa de justificación por defensa*

<sup>75</sup> ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Volumen I, ABA-COR, Editorial Civitas, S.A., 1995, España, p. 989.

<sup>76</sup> Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo: XLV, Segunda Parte, Página: 49

*legítima requiere que una de las conductas sea lícita, acorde con el derecho, frente a una injusta agresión, en la riña las dos actitudes son siempre antijurídicas.*<sup>77</sup>

**LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA.** La legítima defensa, *causa de justificación que impide se pueda valorativamente estimar un hecho como contrario a una norma penal y que, por lo tanto, impide su valoración antijurídica, supone la licitud inicial del acto defensivo en virtud de la antijuridicidad de la agresión.* Ahora bien, si el acusado provocó una riña con el occiso y súbitamente pretendió dar por concluida la contienda, para lo cual se retiró del lugar, aún admitiendo que por ausencia del elemento subjetivo o animus rigendi, hubiera terminado dicha contienda integrante de una riña, de ahí no es conclusión lógica obligada pretender que se está en el caso de legítima defensa, ya que, como se dijo antes, ésta supone la necesaria licitud de la conducta defensiva y es lógico concluir que en la especie el acto supuestamente defensivo no fue lícito, por cuanto el propio acusado aceptó, nuevamente, la riña que surgió con posterioridad a la primitiva contienda de obra.<sup>78</sup>

**ESTADO DE NECESIDAD.** *La causa de justificación denominada "estado de necesidad", hace calificar de lícita la conducta ejecutada.* Este aspecto negativo de la antijuridicidad se caracteriza, como con toda precisión afirma Von Liszt, por la existencia de un conflicto entre bienes tutelados por el derecho, de tal manera que no existe otra solución que el sacrificio del bien menor para salvar el de mayor jerarquía. Si en el caso analizado claramente se pone de manifiesto que la ocupación del inmueble disputado, por parte del reo, no está claramente definida como un acto lícito y, por otra parte, es evidente que el occiso al actuar lo hacía de su propia autoridad, no puede decirse que en el caso surgiera un conflicto o colisión de derechos en el que el sacrificio del bien menor se justificara por la salvaguarda del mayor, puesto que ni siquiera es posible hablar de colisión de derechos, y menos aún de jerarquía inferior, por cuanto al de la vida sacrificada.<sup>79</sup>

**EMBRIAGUEZ, MIEDO GRAVE Y LEGITIMA DEFENSA.** La embriaguez, el miedo grave y la defensa legítima son excluyentes de diversa naturaleza, pues mientras las primeras afectan la capacidad de entender y de querer y, por ende, requieren probanzas especiales, *la última constituye una causa de justificación eliminatória, naturalmente, de la antijuridicidad de la conducta, puesto que el que actúa en defensa legítima obra con derecho.*<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo: XL, Segunda Parte, Página: 54

<sup>78</sup> Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo: XL, Segunda Parte, Página: 54

<sup>79</sup> Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo: XXIV, Segunda Parte, Página: 50.

<sup>80</sup> Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Tomo: XXII, Segunda Parte, Página: 92

De lo transcrito anteriormente podemos llegar a la conclusión de que la *justificación*, desde un punto de vista jurisprudencial,<sup>81</sup> implica las siguientes notas fundamentales:

- La justificación impide que se pueda valorativamente estimar un hecho como contrario a una norma penal, y por lo tanto, impide su valoración antijurídica.
- Como resultado de lo anterior, la justificación hace calificar de lícita a la conducta ejecutada.
- Al considerarse lícita la conducta, nos lleva a entender que la justificación supone obrar acorde con el derecho.
- El actuar lícita o conforme al derecho excluye la posibilidad de que la conducta sea antijurídica.
- En consecuencia, la justificación impide el surgimiento de la antijuridicidad, puesto que se obra conforme al derecho, no en contradicción con él.

### **2.2.3.- Conceptos doctrinales.**

En ausencia de la antijuridicidad la figura delictiva no puede integrarse. Frecuentemente ocurre que una conducta típica es sólo en apariencia contraria a derecho; más se descubre que en realidad estuvo siempre acorde con el orden jurídico, al haberse realizado al amparo de una justificante, lo cual significa que desde su inicio fue perfectamente jurídica, pues en ningún momento contradujo las normas positivas establecidas por el Estado.

Las causas de justificación poseen, pues, el poder de impedir la antijuridicidad de la conducta, la cual resulta, por tanto, acorde con el derecho.

---

<sup>81</sup> Aunque también se hizo referencia a tesis aisladas.

Sólo el orden jurídico positivo es capaz de señalar las causas eliminatorias de la antijuridicidad, porque lo antijurídico es de naturaleza eminentemente formal, ya que sólo la ley puede crearla. Con esta afirmación no se desconoce que generalmente la antijuridicidad formal va acompañada de un contenido material, que se traduce en oposición a los valores indispensables para la convivencia gregaria. En consecuencia, para que pueda eliminarse la declaración legal de antijuridicidad, precisa otro acto de iguales dimensiones, esto es, una declaración legal que no es necesaria para eliminar o anular los otros elementos del delito.

Confirmando las ideas precedentes, Jescheck<sup>82</sup> explica que para excluir la antijuridicidad de acciones típicas hay que recurrir al ordenamiento jurídico que no sólo consta de **prohibiciones**, sino también de autorizaciones que bajo determinadas condiciones marginan la prohibición, de tal suerte que al concurrir una causa de licitud, la norma prohibitiva contenida como deber jurídico en el tipo, pierde su efectividad en el caso concreto. Por esto, el juicio definitivo de antijuridicidad descansa en dos racionios: por un lado, en el examen de la tipicidad de la acción, y por otro, en el examen de si interviene una causa de justificación; si ambas interrogantes sucesivamente obtienen una respuesta afirmativa, queda marginada la antijuridicidad; sin embargo, la acción justificada sigue siendo típica, y tanto ésta como el resultado que no desaparecen, son aprobados por el derecho.

Para robustecer estas ideas, el autor alemán últimamente citado, hace especial mención de que la relación que media entre *tipo y causa de justificación* comúnmente se entiende como *regla excepción*, siendo los tipos penales los genuinos representantes de aquellas, es decir, de las "reglas", que son rotas por las causas de justificación operando como "excepciones", puesto que deben concurrir especiales requisitos para que la causa de exclusión de la

---

<sup>82</sup> Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 292.

antijuridicidad actúe; en estas condiciones, la tipicidad de la acción se observa como **indicio de antijuridicidad**, afirmándose con esto, que la realización del tipo determina la antijuridicidad del hecho particular, en tanto no intervenga excepcionalmente una causa de licitud.<sup>83</sup>

Para el maestro Jiménez de Asúa "son causas de justificación las que excluyen la antijuridicidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen".<sup>84</sup>

En esta definición del destacado jurista español se puede advertir la presencia de dos elementos importantes para determinar la juridicidad de un hecho concreto, que señalados con anterioridad, son:

- La adecuación de una específica conducta a la descripción contenida en el correspondiente tipo penal, motivo por el cual se considera reviste aspecto de delito; y
- Ausencia de antijuridicidad o contrariedad con el derecho al actualizarse en el caso concreto alguna causa de justificación, circunstancia que junto con la anterior determinan la juridicidad de un particular hecho, que a pesar de seguir siendo típico no es antijurídico. Atendiendo a las ideas previas podemos observar una coincidencia fundamental en los pensamientos de Jiménez de Asúa y Jescheck, pues aluden a los dos elementos de referencia como requisitos para resolver sobre la juridicidad o no de un determinado acontecimiento.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Cfr., *Ibidem.*, p. 293.

<sup>84</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Op. cit.*, Tomo III, p. 1035.

<sup>85</sup> En igual sentido vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Consideraciones Generales sobre la Exclusión de la Antijuridicidad", en ESTUDIOS PENALES, LIBRO HOMENAJE AL PROF. J. ANTÓN ONECA, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1982, págs. 509-510.

Ahora bien, si de las premisas anteriores se concluye que las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme a derecho, necesario también es conocer diversas posturas en torno a las justificantes de que ahora nos ocupamos, puesto que dependiendo de cómo cada una de aquellas concibe a la antijuridicidad, en cuanto a su constitución por desvalor de acción o de resultado, o ambos, ello repercutirá necesariamente en los presupuestos requeridos para la justificación.

En esta tónica, primeramente nos ocuparemos de reseñar la *concepción predominantemente objetiva*, en donde se estima que, para que se de la justificación, basta por lo general con la concurrencia de un *valor de resultado*.

Particularmente, Rodríguez Mourullo nos dice: "Por las mismas razones por las que en el contenido material positivo de la antijuridicidad la primacía corresponde al *desvalor de resultado*, en las causas de justificación debe atribuirse prioridad a la ausencia del desvalor de resultado. ...no es posible mantener... que sea suficiente para que surja la justificación la ausencia del desvalor de acción. El hecho permanece antijurídico siempre que persiste el desvalor de resultado, a pesar de que falte el desvalor de acción."<sup>86</sup>

No obstante lo anterior, dentro de la concepción que se viene analizando se admite que excepcionalmente "...el Derecho Positivo exige, además, para que se produzca la justificación que la acción realizada sea en sí misma valiosa, es decir, a la eliminación del desvalor de resultado ha de sumarse, en estos casos, la ausencia del desvalor de acción..."<sup>87</sup> Para ejemplificar el requerimiento excepcional del elemento subjetivo de justificación, Rodríguez Mourullo cita el apartado 6º del reformado artículo 8º del código penal español, relativo a la

---

<sup>86</sup> Ibidem., p. 514.

<sup>87</sup> Ibidem., p. 513.

defensa legítima de extraños, en donde además de un resultado valioso, el precepto en comento requiere "que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo"; así, en este caso no bastará con que el sujeto impida o repela una agresión injusta, sino que exigirá que lo haga con un cierto ánimo de defensa.<sup>88</sup>

En suma, los partidarios de la concepción objetiva consideran que, por lo general, la presencia del elemento objetivo de justificación (valor de resultado) es suficiente para excluir la antijuridicidad; y sólo cuando la ley, expresamente, requiera un elemento subjetivo, deberá concurrir, junto al *valor de resultado*, el correspondiente *valor de acción*.

Como lo habíamos indicado anteriormente, la forma de concebir la justificación es fiel reflejo de la relativa en el ámbito de la fundamentación del injusto, y en el caso de la concepción predominantemente objetiva parece confirmarse esta situación: 1.- El injusto viene siempre y en primer lugar constituido por el *desvalor de resultado*; 2.- A veces, junto al desvalor de resultado, la ley exige un específico *desvalor de acción* para que la conducta pueda ser considerada antijurídica; y 3.- En ningún caso el *desvalor de acción* constituye por sí mismo el injusto.<sup>89</sup>

Una vez que hemos brevemente expuesto las premisas de las que parte esta postura objetiva, es indispensable conocer sus consecuencias en los supuestos tanto de desconocimiento de la efectiva concurrencia del elemento objetivo de justificación, como de creencia errónea de la concurrencia del mismo.

---

<sup>88</sup> Es de mencionarse que por reforma del 25 de junio de 1983, los apartados 4, 5 y 6 del citado artículo 8° del código penal español, relativos a la defensa propia, de parientes y de extraños, respectivamente, se funden en un solo apartado, el 4°, haciendo desaparecer la exigencia subjetiva a que aludía el apartado 6°, por lo que, una de dos: o se considera que el elemento subjetivo de justificación no se exige en ninguna de sus modalidades o, por el contrario, se interpreta la preposición *en* como exigencia del mismo. (Cfr., HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., p. 79.)

<sup>89</sup> Cfr., *Ibidem.*, p. 81.

En cuanto al desconocimiento, lo primero que debe establecerse es si el supuesto de que se trata es o no de los que exigen en forma excepcional algún elemento subjetivo de justificación, pues en este último caso a pesar de contar con un resultado valioso, no basta para excluir la antijuridicidad, en virtud a la existencia del *desvalor de acción*; por tanto, la solución a que se arriba aquí es a la sanción a título de tentativa, pues en el criterio de Rodríguez Mourullo<sup>90</sup> si bien es cierto que ha tenido verificativo el resultado descrito en el respectivo tipo penal, aquél no puede ser valorado negativamente por el ordenamiento jurídico. Falta en estos casos el desvalor de resultado que fundamenta la pena del delito consumado. Entendida la tentativa como ejecución incompleta del tipo del delito consumado en la que falta, por definición, la producción del resultado, no es posible sostener que los casos a que nos referimos sean verdaderas tentativas, pues en ellos la ejecución es completa, pero cabe, en todo caso, estimar que la situación es análoga a la de la tentativa.

Por lo que hace a las restantes causas de justificación basta con el valor de resultado para que la conducta quede justificada, aunque la acción no sea valiosa.

---

<sup>90</sup> Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Op. cit., p. 518. El ejemplo que emplea este jurista es el correspondiente a la defensa legítima, pues en su concepto la expresión "*en defensa*" presupone el conocimiento de que se actúa en una *situación de defensa*, lo que a su vez implica el conocimiento de que existe una agresión; así, en el caso del joven que dispara contra su padrastro ignorando que éste se disponía en aquél preciso instante a matar a la madre, falta el conocimiento de que existe una agresión ilegítima, y por ello, que obra *en defensa*, por lo cual su acción no quedará cubierta por la justificante. Es de mencionarse que este ejemplo parece estar en contradicción con el criterio sustentado por el mismo autor al momento de comentar la defensa legítima de extraños, pues respecto a la defensa de éstos, el propio tratadista indica que el *elemento subjetivo* consistía en que "*el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo*", lo que permitía entender que los otros dos supuestos de defensa propia y de parientes no precisaban de elemento subjetivo alguno. (Otro de los ejemplos que a estos efectos maneja la doctrina española, es el caso del médico que practica un aborto consentido, ignorando que la continuación del embarazo pondría gravemente en peligro la vida de la madre, dado que éste es uno de los casos en los que, excepcionalmente, se requiere el elemento subjetivo de justificación contemplado en la expresión "*El que impulsado por...*", Cfr., HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., p. 82)

La segunda de las consecuencias que indicamos, es la correspondiente a los supuestos de creencia errónea en la concurrencia del elemento objetivo de justificación, en donde encontramos un *valor de acción* y un *desvalor de resultado*, en atención a lo cual, la conducta no puede ser justificada, pero por tratarse de eximentes putativas, debe solucionarse conforme a la teoría del error: si es invencible, la conducta es típica y antijurídica, pero no culpable; si es vencible, dará lugar, si el tipo de delito en concreto lo permite, a una responsabilidad por imprudencia, de acuerdo a la denominada "teoría del dolo".<sup>91</sup>

Hemos dicho anteriormente que dependiendo de cómo cada posición doctrinaria concibe a la antijuridicidad, en cuanto a su constitución, ello repercutirá necesariamente en los presupuestos requeridos para la justificación; en estas condiciones, corresponde ahora exponer las notas fundamentales de la *concepción subjetiva*.

En su oportunidad presentamos la forma en que una concepción subjetiva considera constituida la antijuridicidad, o sea, que basta con el desvalor de acción para ello, y por tanto, la ausencia de éste debiera, obviamente, excluirlo; sin embargo, no todos los partidarios de esta corriente opinan lo mismo.

Armin Kaufmann, partidario de la concepción subjetiva, a pesar de sostener que basta con el desvalor de acción para constituir el injusto, sostiene que para la exclusión de éste no es suficiente con la ausencia de aquél si persiste el desvalor de resultado, pudiéndose aplicar en estos casos las reglas relativas al error de prohibición vencible en la teoría estricta de la culpabilidad (castigo a título de delito doloso atenuado); y si la creencia errónea de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación no se hubiera podido evitar, lo que se elimina es la culpabilidad. Para explicar (que no justificar) esta

---

<sup>91</sup> Cfr., *Ibidem.*, Op. cit., p. 84.

contradicción, Kaufmann señala que la norma de autorización no puede hacer depender el ataque a bienes jurídicos sólo de la representación del autor, al que se le ha concedido la autorización; ello se debe a que el riesgo de un uso erróneo de la autorización recae sobre el titular del bien jurídico afectado, por lo que ha de acudirse a criterios externos a la representación del agente.<sup>92</sup>

Como se advierte, existe una clara inconsistencia en la propuesta de Kaufmann, pues si se parte de que el injusto se constituye únicamente con el desvalor de acción, la ausencia de éste bastaría para excluir la antijuridicidad; sin embargo, para que esto ocurra, se acude a criterios objetivos que desembocan en la exigencia de un valor de resultado para proceder a la justificación de la conducta.

Por lo que se refiere al desconocimiento de que se dan los presupuestos objetivos de justificación (ejemplo del médico que practica el aborto o el hijo que mata a su padrastro), en donde hay valor de resultado pero desvalor de acción, una afirmación coherente desde el punto de vista subjetivo castigaría por delito doloso consumado, no obstante la presencia de un valor de resultado que, de acuerdo con esta teoría, carece de significado para la exclusión del injusto, de la misma forma que el correspondiente desvalor de resultado no lo tiene para su constitución.<sup>93</sup>

Por su parte, Maurach ha intentado resolver las incongruencias a que hemos hecho referencia, mediante una teoría que atribuye tanto al desvalor de

---

<sup>92</sup> Cfr., *Ibidem.*, págs. 91-92.

<sup>93</sup> Cfr., *Ibidem.*, págs. 94-95. (Al respecto, la maestra Huerta Tocildo manifiesta no comprender porqué en el caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación no basta con el valor de acción para justificar la conducta, sino que es preciso un valor de resultado, es decir, la efectiva concurrencia de la situación objetiva de justificación, mientras que en tratándose del desconocimiento de esos presupuestos, basta con que se dé el desvalor de acción para fundamentar el injusto del delito doloso consumado, sin que el concurrente valor de resultado juegue papel alguno; en estas condiciones pareciera como si el valor de resultado apareciera o desapareciera a conveniencia, surtiendo tan sólo efectos cuando perjudica al autor, pero nunca cuando le favorece.)

acción como al de resultado la propiedad de integrar conjuntamente al injusto, lo mismo que el valor de acción y de resultado deben concurrir para excluirlo.

En efecto, de acuerdo con este autor alemán "La justificación de una acción típica depende, en *todas* las causas de justificación, de que el resultado último autorizado objetivamente, se base en una voluntad del autor tendente a este evento; al elemento objetivo de justificación (al actuar en la realidad, a pesar del cumplimiento del tipo, conforme a derecho) debe corresponder, como elemento subjetivo de justificación, la voluntad del actuar autorizado socialmente. La falta de cualquiera de estas dos características produce la incongruencia entre voluntad y resultado, y excluye la posibilidad de un juicio favorable sobre el acto."<sup>94</sup>

En consecuencia, un acto permanecerá antijurídico en los siguientes casos:

- Si el autor no quería actuar conforme a derecho (desvalor de acción), aún cuando con su acto cause un resultado último valioso socialmente; y
- Si a pesar de querer actuar el sujeto conforme al orden jurídico (valor de acción), el resultado de su acto no estaba aprobado por el derecho (desvalor de resultado).

Para apreciar mejor la teoría de Maurach, precisamos, igual como lo hemos realizado anteriormente, conocer el tratamiento que merecen en su concepto el desconocimiento y la suposición errónea de que concurren los presupuestos objetivos de justificación.

---

<sup>94</sup> MAURACH, Reinhart. TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo I, Editorial Ariel, Tr. Juan Córdoba Roda, España, 1962, p. 370.

Así las cosas, nuestro autor expone respecto al desconocimiento, que las características objetivas del tipo y los elementos objetivos de justificación se confundieron o equipararon repetidamente, con la consecuente tendencia a apreciar la existencia de la tentativa en aquellos casos en los que concurre una causa de justificación no conocida por el autor (elemento objetivo de justificación). Por ello, si el autor no conoce un elemento objetivo de justificación existente en la realidad, cometerá un *hecho consumado antijurídico*, debiéndose descartar la hipótesis de *tentativa*, pues el error no se extiende al tipo; la antijuridicidad subsiste desde el momento en que sólo la congruencia entre los elementos objetivos y subjetivos de justificación puede desvirtuar el indicio derivado del tipo.<sup>95</sup>

Por lo que hace al error sobre la concurrencia del elemento objetivo de justificación, Maurach concluye que si el error es inevitable excluye la culpabilidad, y si es evitable puede servir para atenuar la pena del delito doloso.<sup>96</sup>

Ante tales conclusiones, observamos que el destacado autor alemán tampoco logra salvar las contradicciones en las que incurrió Kaufmann, pues lo único que hace es cambiar los términos de éstas, llegando a los mismos resultados. Y es que Maurach, para ser coherente con el subjetivismo, tendría que llegar a la conclusión de que, ya falte el valor de acción, ya el de resultado, la antijuridicidad no se excluye y debería sancionarse a título de delito consumado. Por otra parte, como en su oportunidad se vió, existe una resistencia por parte de este jurista a sancionar el desconocimiento de los presupuestos objetivos a título de tentativa, y el argumento que esgrime a su favor radica en negar analogía alguna entre ésta y el mencionado

---

<sup>95</sup> Cfr., *Ibidem.*, págs. 374-375.

<sup>96</sup> Cfr., *Ibidem.*, p. 376.

desconocimiento, ya que en la tentativa falta el tipo objetivo, mientras que en el desconocimiento permanece intacto el mismo.

Finalmente, comentaremos en forma breve las tesis dualistas expuestas por doctrinarios que, si bien es cierto en determinadas hipótesis<sup>97</sup> difieren en cuanto a las soluciones a que llegan, no menos cierto es que tienen en común ciertos puntos de acuerdo: 1.- parten de la configuración de la norma penal como norma de determinación de conductas; 2.- reconocen el papel que, en la constitución del injusto, desempeña el desvalor de resultado junto al desvalor de acción; y 3.- todas ellas incluyen el dolo en el tipo de injusto del delito doloso, sin necesidad de adoptar, para ello, una postura finalista.<sup>98</sup>

En este sentido, Jescheck es uno de los autores que se pueden agrupar bajo el dualismo como forma de concebir la constitución del injusto, así como su exclusión, y con relación a esto último, el destacado alemán nos indica que no basta para la justificación del actuar típico, con que concurren los supuestos *objetivos* de la correspondiente causa de justificación; por el contrario, el agente debe haber *conocido* esos elementos objetivos, y haber actuado en el *ejercicio* de la autorización que ello le concede, o para el cumplimiento del deber que ello le impone.<sup>99</sup>

La diferencia entre las posiciones doctrinales es en la práctica de menos importancia que lo que podía pensarse, pues la discrepancia entre las diversas

---

<sup>97</sup> Aquí se hace referencia a los casos en que un médico practica un aborto consentido, ignorando que su continuación pondría en riesgo la vida de la madre, así como el del joven que por venganza mata a su padrastro, ignorando que éste se disponía a hacer lo propio a su madre, en los cuales se presenta un *desvalor de acción y un valor de resultado*; mientras que en un tercer caso, una persona dispara y mata a otro, creyendo erróneamente que éste último iba a matarle, hipótesis donde podemos observar *un valor de acción y un desvalor de resultado*.

<sup>98</sup> Cfr., HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., p. 103.

<sup>99</sup> Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 295. (Como ejemplo, se puede citar a la defensa legítima en donde se requiere la voluntad defensiva, además del correspondiente valor de resultado; en la interrupción justificada del embarazo, presupone un minucioso estudio que sustente la indicación por parte del médico, lo que por supuesto incluye también la voluntad de salvación.)

concepciones se reduce a la cuestión de si, faltando la voluntad dirigida al ejercicio de la facultad, ha de castigarse por delito intentado o consumado. Lo correcto, continúa explicando Jescheck, es aplicar adecuadamente a este caso las reglas de la tentativa; hay que conceder, ciertamente, que se ha realizado el tipo del precepto penal, incluido el resultado, pero éste, debido a la concurrencia de la situación objetiva de justificación, no es desaprobado por el ordenamiento jurídico, y por tanto, debe negarse la presencia del injusto del resultado: con ello se produciría la situación jurídica correspondiente a la tentativa, pues en la cuestión de la antijuridicidad del hecho no hay diferencia entre que falte como tal el resultado típico o se produzca éste, pero sin ser entonces valorado como injusto.<sup>100</sup>

Otro aspecto importante que debe considerarse, es el relativo a la solución que se da a la suposición errónea de una causa de justificación, en donde se posee la voluntad de acción relativa a la situación justificadora, mientras la supuesta causa de justificación no se da objetivamente; se trata entonces de un error de permisión o un error sobre el tipo permisivo, importando en ambos casos la valoración del contenido de *culpabilidad* del hecho. Del propio pensamiento de Jescheck se advierte su inclinación por la exclusión, sólo de la culpabilidad, en la hipótesis de error invencible sobre la concurrencia de una causa de justificación, pues el excluir además la antijuridicidad, explica este autor, significaría la completa subjetivación de las causas de justificación, lo que es incompatible con la ley.<sup>101</sup>

Cuando el error sobre el elemento objetivo de justificación es vencible, para solucionar esta cuestión nuestro autor recurre a la *teoría de la culpabilidad, que remite a la consecuencia jurídica* para justificar el castigo de estos supuestos a título de imprudencia. Según esta teoría, los casos, por ejemplo, de legítima

---

<sup>100</sup> Cfr., *Ibidem.*, p. 296.

<sup>101</sup> Cfr., *Ibidem.*, págs. 297-298.

defensa putativa, sólo pueden subsumirse en las reglas que el código penal alemán prescribe para el error de tipo en cuanto a la consecuencia jurídica, de suerte tal que el autor, aunque ha realizado un delito doloso, sólo puede ser castigado por imprudencia. A mayor abundamiento, nuestro autor resalta el hecho de que, cuando el autor cree actuar justificadamente, disminuye, aunque no suprime, el desvalor de acción, y también el contenido de culpabilidad propio del hecho; de manera que la punición con arreglo al tipo doloso no parece justificada, porque el dolo se ha formado de manera significativamente distinta a como tiene lugar en los supuestos típicos de culpabilidad dolosa. Por lo tanto, el reproche que debe dirigirse al autor afecta solamente a su falta de atención y ello corresponde, en cuanto a contenido de culpabilidad, a un reproche de imprudencia.<sup>102</sup>

Por otro lado, dentro de la misma corriente dualista encontramos, entre otros, a juristas como Zipf (teoría de los elementos negativos del tipo) y Gallas (teoría de la doble posición del dolo), que a pesar de optar por derroteros diferentes, llegan a soluciones idénticas a las postuladas por Jescheck, tanto para las hipótesis de desconocimiento de la concurrencia de los presupuestos objetivos de justificación, como para los supuestos de error respecto de los mismos<sup>103</sup>, cuyo análisis detallado no abordamos por exceder éste los límites del objeto de estudio del presente capítulo.

#### **2.2.4.- Concepto que se propone.**

Una vez que hemos estudiado el tratamiento que la jurisprudencia y la doctrina dan a la *justificación*, en función de los elementos aportados, nos parece estamos en condiciones para confeccionar un concepto propio con relación al elemento negativo del delito que nos ocupa.

---

<sup>102</sup> Cfr., HUERTA TOCILDO, Susana. Op. cit., págs. 118-119.

<sup>103</sup> Cfr., Ibidem., págs. 103-116

En este sentido, podemos decir que la justificación es el resultado de un juicio respecto de la adecuación, tanto objetiva como subjetiva, a las prescripciones de las normas penales contempladas en la ley del mismo carácter; adecuación que impide el surgimiento del elemento configurativo o positivo del delito llamado *antijuridicidad*.

En primer término, debemos considerar el juicio de valoración que debe estar presente, mismo que se inicia con la pretensión de precisar si una conducta es contraria a la norma penal, pero, al advertirse la no contradicción referida, se concluye con motivo de ese juicio, que la conducta desde su inicio fue siempre conforme al derecho.

La adecuación o conformidad de la conducta presenta el rasgo de la *objetividad*, en el sentido de ser perceptible externamente; conformidad que será valorada por el juicio correspondiente.

Por lo que hace a la adecuación subjetiva a la norma penal, debemos recordar que el obrar dolosa o culposamente<sup>104</sup> son elementos que se ha considerado como controlables por el sujeto, y en función de dicho control, se afirma que puede determinarse para no transgredir las multicitadas normas penales, y que, efectivamente, ha decidido no vulnerarlas (ausencia de dolo), o bien, no ha infringido el deber de cuidado que debía y podía observar para evitar causar daño (ausencia de culpa); antes bien, se actúa, o ejerciendo un derecho o cumpliendo un deber formalmente establecidos, siguiendo la terminología de la Dra. Olga Islas.

---

<sup>104</sup> Necesario es recordar que la infracción a las normas penales, de acuerdo con nuestro propio código, sólo puede efectuarse dolosa o culposamente, con independencia de que se realice por medio de actividades o inactividades.

Finalmente, para no ser repetitivos en cuanto a las normas penales, nos remitimos a lo expresado en torno a las mismas al formular nuestro concepto de la *antijuridicidad* en apartados anteriores.

### **2.2.5.- Fundamentación y naturaleza de la Justificación.**

Se ha dicho que la antijuridicidad sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador que la excluye; ello se presenta cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses tutelados jurídicamente, no pueden salvarse ambos; entonces, el derecho opta por la conservación del más valioso.<sup>105</sup>

En el primer caso, normalmente el *consentimiento del ofendido* por un delito es irrelevante para excluir la antijuridicidad, ya que el delito no sólo afecta intereses individuales o particulares, sino de carácter colectivo; no obstante ello, en ocasiones el interés social consiste en la protección de un interés privado del que libremente puede hacer uso su titular, cobrando vigor el consentimiento del

---

<sup>105</sup> Para Edmundo Mezger existen dos grandes grupos de causas de exclusión del injusto: o desaparece por determinado motivo el *interés* que en otro caso sería lesionado por el injusto (*principio de ausencia de interés*), o surge frente a dicho interés otro de más valor, que transforma en conforme a Derecho lo que en otro caso hubiera constituido un injusto (*principio del interés preponderante*). Respecto de la primera hipótesis, surgen dos causas de exclusión del injusto: el llamado consentimiento del ofendido y el llamado consentimiento presunto. La justificación con arreglo al interés preponderante se produce cuando frente al interés lesionado por la realización típica aparece, en el caso concreto, un interés de más valor que desplaza al primero. Una aportación importantísima a cargo de Mezger lo es, al lado de las anteriores, el fundamento de exclusión del injusto con arreglo al llamado *principio general de valuación de los bienes jurídicos*, pues éste abarca a todos los demás. En efecto, puede decirse que la toma en consideración de la ausencia del interés y de todos los casos de interés preponderante, sólo puede hacerse si previamente los bienes en conflicto (o no en conflicto, por ausencia del interés) han sido valuados. El propio Mezger considera al principio del interés preponderante como formal; y de lo que se trata ahora es de encontrar, ante todo, *la causa de justificación formulada*, que en tanto no intervengan formas especialmente establecidas por la ley, ha de hallarse en el *principio de valuación de los bienes jurídicos*, con el objeto de determinar la exclusión del injusto, vislumbrándose así en la mente de este autor la formulación de causas *supralegales*, con base en la valuación de bienes jurídicos, ya que a este principio le otorga el carácter de fundamento general. (Cfr. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *La Justificación Penal*, Fundamento, Naturaleza y Fuentes, Editorial EDERSA, España, 1982, págs. 27-28.)

ofendido y resulta idóneo para excluir la antijuridicidad, por estar ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.<sup>106</sup>

Para la Dra. Olga Islas, el consentimiento "no es una causa de justificación – como lo ha sostenido la teoría tradicional-, sino un hecho que, según los efectos que produzca, da lugar a alguno de entre cuatro supuestos de atipicidad. En algunos casos extingue al bien jurídico; en otros, al objeto material; en otros más, impide la configuración de la conducta típica o, finalmente, sólo excluye la lesión y la puesta en peligro del bien. En el robo, por ejemplo, el consentimiento elimina a la posesión, que es el bien tutelado, en el mismo robo, anula la ajenidad de la cosa mueble, que es el objeto material. En la violación, excluye la concreción de la violencia típica, que es medio de comisión y, como consecuencia, imposibilita la tipicidad de la acción de copular. En el abuso sexual, no suprime a la libertad sexual, que es el bien tutelado, pero sí impide su lesión.

"El consentimiento (agrega la doctora) produce estos efectos sólo cuando recae sobre bienes disponibles y es otorgado por el titular del bien jurídico (por sí mismo o a través de su representante legítimo), con pleno conocimiento de los efectos que produce y sin vicios de la voluntad. Por otra parte, el consentimiento debe ser anterior a la conducta del sujeto activo o, al menos, simultáneo a ésta."<sup>107</sup>

En el segundo caso aludido al inicio, nos encontramos ante la coexistencia de dos intereses, y el Derecho ante la imposibilidad de proteger ambos, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del otro, como único

---

<sup>106</sup> Véase en este sentido: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE ATIPICIDAD EN DERECHO PENAL. Editorial Aranzadi, España, 1995, p. 33, y CASTELLANOS TENA, Fernando. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN... Op. cit., p. 220 y 221.

<sup>107</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., p. 66.

recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la que se justifica la institución objeto de nuestra investigación: *la defensa legítima*.

Atendiendo a lo que precede, rechazando toda zona intermedia entre lo justo y lo injusto, y no admitida la causa del consentimiento del interesado, no existe mas que una base y explicación de las causas que admitimos como justificantes: *la preponderancia del interés*, porque sea de mayor importancia jurídico social el que triunfa en la colisión de la *defensa legítima*, o el que actúa al ejercerse un derecho o cumplir un deber, o porque es superior el bien jurídico que se salvaguarda en el estado de necesidad.

En suma, sólo la preponderancia del interés con que se actúa (ejercicio de un derecho), protege (estado de necesidad) o defiende (defensa legítima), o del deber que se cumple, fundamentan las causas de justificación.

En efecto, Jiménez de Asúa rechaza categóricamente a la *ausencia del interés* como causa de justificación, no sólo porque no acepta la zona intermedia entre lo justo y lo antijurídico, ni el consentimiento del titular del derecho, sino porque no puede haber ausencia de interés, puesto que en la hipótesis de que la propia víctima no se juzgara como tal, quedaría como sujeto paciente el Estado, que como sabemos es en todos los delitos sujeto pasivo indirecto o ulterior; con ello, aunque por distinta vía, al igual que la Dra. Olga Islas, también se llega a excluir como fundamento de la justificación a la *ausencia del interés*.

Finalmente, por lo que hace a la naturaleza de la justificación, la misma es un elemento negativo del delito, es decir, impeditivo de su configuración por tener el poder de excluir a la antijuridicidad, y cuyo fundamento se ubica principalmente en la preponderancia de intereses, por lo que, quien actúa dentro de los supuestos excepcionales enumerados limitativamente en el sistema de normas penales, y que en términos de la Dra. Olga Islas se resuelven,

agrupándolos por sus características, o en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber<sup>108</sup>, dicha persona, se dirá que obra conforme a derecho.

## **2.2.6- Defensa Legítima.**

### **2.2.6.1.- Concepto legislativo.**

En este lugar nos referiremos a la forma en que el legislador ha concebido a esta causa de justificación o de licitud, y para ello, transcribiremos a continuación la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, que a este respecto nos dice:

ARTÍCULO 15. El delito se excluye cuando:

(...)

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;<sup>109</sup>

Lo que por el momento nos interesa, es explicar en forma breve la significación que de manera general se ha dado a los elementos que integran a la causa de licitud en estudio, sin referirnos a las presunciones que sobre la

---

<sup>108</sup> En efecto, la Dra. Olga Islas, dentro de las conductas ejecutadas en cumplimiento de un deber, incluye a las que se amparan en obediencia jerárquica, impedimento legítimo y cumplimiento de deberes jurídicos no denominados en forma específica; por otro lado, serán conductas en ejercicio de un derecho las que se amparan en la defensa legítima, estado de necesidad, temor fundado, actuación del agresor frente a un exceso en la defensa legítima y ejercicio de derechos no denominados en forma específica. (Op. cit., p. 75).

<sup>109</sup> DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 10 de Enero de 1994, p. 2

misma se establecen en el texto transcrito, lo anterior por ser de mayor importancia para nosotros la difícil acreditación de aquella en función de la forma en que esta concebida, con independencia de que en determinados supuestos se pueda presumir.

En este contexto, se habla primero de *repeler*, lo que se traduce en un impedir, evitar, rechazar, o en no querer algo. Lo que se debe repeler es una *agresión*, que a su vez debe tener específicos atributos como lo son: *real, actual, inminente y sin derecho*.

Por *agresión* se debe entender la conducta de un ser humano que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos; la primera de las características de ésta es que ha de ser *real*, es decir, no hipotética o imaginaria, no ficticia; *actual*, esto es, que está ocurriendo o contemporánea a la conducta defensiva; *inminente* es lo que está cercano, inmediato, próximo; *sin derecho* indica que el agresor no está facultado por una norma jurídica, y por lo tanto, la agresión es injusta, antijurídica, contraria a las normas dictadas por el Estado.

Además, la agresión no debe haberse motivado por *provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende*; lo que supone que el agredido no realizó conducta alguna encaminada a producir la agresión en forma consecutiva.

Aunados a los anteriores elementos, que "quizás" no representen problema alguno para su comprensión, pero cuyo análisis se verificará en los capítulos siguientes, se encuentran la existencia de *la necesidad de la defensa y racionalidad del medio empleado*, cuyas características designativas, al igual que de los elementos anteriores, serán estudiadas posteriormente para saber la variabilidad de las mismas con que se opera en la práctica, y tratar de establecer o sentar respecto a ellas, el mínimo o común de las que están siempre presentes

en el ánimo de los juzgadores, lo cual nos servirá como punto de partida para el esclarecimiento ulterior de lo que se debe entender por aquellos conceptos en definitiva.

### **2.2.6.2.- Concepto jurisprudencial.**

Una vez más insistimos, ahora en este apartado, que en las resoluciones de los tribunales, y en específico, en el resultado de éstas, esto es, en la jurisprudencia, no encontraremos de manera definida un concepto de la causa de justificación que ahora nos ocupa, por lo que en lo sucesivo y como lo hemos venido haciendo, recurriremos tanto a tesis aisladas como jurisprudenciales para extraer de las mismas los elementos o notas comunes que nos permitan dilucidar, lo que los tribunales facultados para ello, en sus interpretaciones, han entendido respecto a la misma.

LEGITIMA DEFENSA. Del artículo 13, fracción III, del Código Penal Sonorense, se aprecian como elementos de la legítima defensa: a) *existencia de una agresión real, actual, sin derecho*, b) *un peligro inminente derivado de ésta* y c) *una repulsa, rechazo o defensa proporcionada a la agresión*; por lo tanto, para que se tenga por existente dicha excluyente, deben estar reunidos tales elementos.<sup>110</sup>

LEGITIMA DEFENSA. El *ataque* es actual *cuando reviste caracteres* de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la *amenaza creada por aquél*, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, *lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista*, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aun la de un tercero.<sup>111</sup>

LEGITIMA DEFENSA. CONCEPTO DE AGRESION. Para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por *agresión* se entiende el movimiento corporal del atacante que

---

<sup>110</sup> Segundo Tribunal Colegiado Del Quinto Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo: 86-1, Febrero de 1995, Tesis de Jurisprudencia: V.2o. J/114, Página: 37

<sup>111</sup> Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo: 78, Junio de 1994, Tesis de Jurisprudencia: VI.2o. J/282, Página: 69.

amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y *que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.*<sup>112</sup>

LEGITIMA DEFENSA. INEVITABILIDAD DE LA AGRESION. Doctrinalmente se ha establecido que para que la excluyente de legítima defensa pueda surtir efectos es menester que concurren, entre otros requisitos, el inherente a que la *agresión, además de ilegítima y actual, debe ser inevitable.*<sup>113</sup>

LEGITIMA DEFENSA, EXISTENCIA DE LA. Para que la legítima defensa se configure, se necesita que *la acción repulsiva del agente se ejercite contemporáneamente a la agresión actual y al peligro inminente que la motiven.*<sup>114</sup>

Una vez estudiados los criterios anteriores, encontramos que no existe una diferencia substancial con lo previsto en nuestra legislación y lo que generalmente se advierte en la doctrina, como lo advertiremos en el apartado siguiente; en consecuencia, en lo transcrito encontramos como elementos o notas comunes de la Defensa legítima los siguientes:

- Una agresión o ataque que reúna particulares características, como son: actual, injusta e inminente;
- Un peligro de daño derivado de la agresión sobre bienes jurídicos tutelados;
- Repulsa de dicha agresión, que ha de ser proporcional a ésta.

### **2.2.6.3.- Conceptos doctrinales.**

En la doctrina podemos encontrar un campo fértil del cual cosecharemos una diversidad de conceptos en torno a la justificante en estudio, mismos que podrán considerarse completos o incompletos en función de los aspectos que respectivamente tomen en consideración.

---

<sup>112</sup> Primera Sala, Apéndice de 1995, Sexta Época, Tomo: Tomo II, Parte SCJN, Tesis J: 188, Página:108

<sup>113</sup> Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Séptimo Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: III, Junio de 1996, Tesis J: VII.P. J/14, Página: 647

<sup>114</sup> Primera Sala, Apéndice de 1995, Sexta Época, Tomo: II, Parte SCJN, Tesis J: 191, Página: 109

En este sentido, el Diccionario Jurídico Mexicano nos enseña que la defensa legítima es "...el rechazo por medios racionales de una agresión antijurídica, actual o inminente y no provocada, contra bienes jurídicos del propio defensor o de un tercero."<sup>115</sup> Observamos aquí dos componentes, con sus respectivas notas distintivas que se repetirán una y otra vez en los diferentes autores, a saber: A.- el *rechazo o repulsa*; y B.- la *agresión*, que obviamente tiene que ser antijurídica para cubrir con legitimidad a la repulsa.

Para Cuello Calón "...es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor"<sup>116</sup>

En esta definición encontramos diversos elementos que pueden considerarse como requisitos fundamentales en la estructura operativa de la justificante que nos ocupa:

- El primero de los requisitos, de carácter necesario para que opere la defensa legítima es la *agresión*, pero no una agresión cualquiera, sino que ésta debe revestir ciertas notas particulares como el ser *actual, inminente y sin derecho o injusta*.
- La *defensa* es consecuencia natural después de haberse presentado en la realidad una *agresión* con las características apuntadas; sin embargo, la defensa también debe reunir determinados atributos, pues precisa ser la *necesaria*, término que no obstante su vaguedad, en términos generales nos remite a la idea de proporcionalidad, la cual debe mediar entre la magnitud de la agresión y la correspondiente a la defensa.

---

<sup>115</sup> DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Tomo II, Op. cit., p. 853.

<sup>116</sup> CUELLO CALÓN, Eugenio. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, Tomo I, Volumen Primero, Bosch, Casa Editorial, S.A., 18ª edición, España, 1981, p. 341

- Desde nuestra óptica, la defensa tiene un fin inmediato y otro mediato. El primero radica en el *rechazo* de la agresión aludida, y el segundo en la conservación de los bienes jurídicos colocados en situación de desprotección.
- Finalmente, se presenta la consecuencia del rechazo: la lesión de bienes jurídicos del agresor, que si bien pueden ser de la misma entidad que los del agredido, por la posición antijurídica en que ha decidido colocarse aquél, el derecho prefiere mantener incólumes los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social (entre los cuales se encuentra, en el caso concreto, los del agredido) sobre los de quien se ha ubicado en posición de trastornar a este último.

Según Manuel Rivacoba "La legítima defensa es repulsa o impedimento de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla."<sup>117</sup>

En este último concepto podemos apreciar una reproducción, en términos generales, de los ingredientes o elementos previstos en nuestra legislación vigente, como son la repulsa o la defensa, la agresión, ésta con todas sus características; pero, sobre todo, *la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados*, a que antes nos referimos y cuya reproducción en nuestro código penal prácticamente es literal.

En opinión de Reyes Echandía es "la reacción tempestiva y adecuada a una agresión actual e injusta"<sup>118</sup> Dos son los elementos centrales de la definición anterior: 1.- La *reacción*, cuyos atributos son el ser tempestiva, o sea, oportuna

---

<sup>117</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 26.

<sup>118</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. cit., p. 100.

o contemporánea a la agresión, y adecuada, es decir, de igual magnitud o entidad al ataque, llevándonos esto a la idea de proporcionalidad entre una y otra; y 2.- La *agresión* u ofensiva, con calificativos de actual y sin derecho, esto es, que quien arremete lo haga sin estar facultado por alguna norma jurídica.

Maggiore por su parte hace consistir a la defensa legítima "en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el Estado no pueden proveer a su defensa".<sup>119</sup> Es coincidente esta concepción de defensa legítima con la sostenida por el maestro Carrara, quien, como se verá, entiende a esta justificante como un verdadero derecho, y a la defensa pública como subsidiaria respecto de la privada, en los casos en que la primera no puede acudir a la defensa de los intereses privados.

La Doctora Olga Islas, en su modelo lógico matemático, estudia a la defensa legítima como causa de justificación a propósito de explicar la *violación del deber jurídico penal*, subconjunto que a nivel normativo es un elemento del tipo, y a nivel fáctico es un elemento del delito. No difiere ésta, en cuanto a contenido, de las definiciones que se pueden encontrar en otros autores; sin embargo, no quisiera dejar pasar la oportunidad de hacer referencia a la *necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados*, que como características designativas de la justificante que nos ocupa, nuestra autora las traduce a otros términos, sugiriéndonos entender aquellas en el sentido de ausencia "...para el agredido (de) otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva que pueda desplegar para evitar el efecto de la agresión."<sup>120</sup>

Asimismo, la Dra. Islas nos informa que la repulsa legítima se compone de dos elementos fundamentales: uno interno y otro externo. "El primero es el

---

<sup>119</sup> MAGGIORE, Guisepe. *DERECHO PENAL*, Volumen I, El derecho penal, El delito, Tr. P. José J. Ortega Torres, Reimpresión de la 2ª edición, Editorial Temis, Colombia, 1989, p. 403.

<sup>120</sup> ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. Op. cit., p. 77.

ánimo de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; el segundo es la racional actividad típica defensiva.”<sup>121</sup>

Finalmente, Welzel y Maurach, con apoyo en el código penal alemán, aportan respectivamente los siguientes conceptos: “Legítima defensa es aquella requerida para repeler de sí o de otro una agresión actual e ilegítima.”;<sup>122</sup> “Es legítima defensa...la defensa necesaria para repeler, de sí mismo o de un tercero, la agresión actual y antijurídica.”<sup>123</sup>

Estas y otras definiciones recogen los aspectos esenciales que caracterizan el fenómeno; en efecto, todas ellas son más o menos semejantes: *repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.*

En fin, como elementos de la Defensa Legítima podemos señalar los siguientes: a).- Una agresión injusta y actual; b).- Repulsa necesaria, proporcionada, y por tanto, racional de dicha agresión; c).- Un peligro inminente de daño derivado de la agresión sobre bienes jurídicamente tutelados, ya sean propios o ajenos; y d).- Lesión de bienes jurídicos del agresor como resultado de la repulsa.

#### **2.2.6.4.- Naturaleza y Fundamento de la Defensa Legítima.**

El derecho aprueba, e incluso desea, una acción que es necesaria para el cumplimiento de dos funciones principales: la defensa del bien jurídico y la del

---

<sup>121</sup> Idem.

<sup>122</sup> WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN, p.101.

<sup>123</sup> MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 377.

orden jurídico frente a la agresión injusta. En este sentido, la doctrina dominante entiende que la acción de defensa no está prohibida.<sup>124</sup>

La conducta de quien lesiona bienes de otra persona, que encaja en un tipo y sería, de primera intención, antijurídica, no lo es si concurre la situación de defensa legítima. Si la acción de defensa es conforme a derecho, no puede ser antijurídica, es decir, dicha acción está justificada.

De los elementos constituyentes del delito, se impide la formación de la antijuridicidad (no es que aparezca y luego desaparezca), esto es, si el obrar en legítima defensa excluye la responsabilidad, es porque hace lo propio con la antijuridicidad de esa acción (al impedir que ésta se configure). Con arreglo a la terminología dogmática respecto de las eximentes, ello quiere decir que la defensa legítima es una causa de exclusión de la antijuridicidad o exclusión del injusto, o bien, empleando el término preferido por la doctrina absolutamente dominante, una *Causa de Justificación*.<sup>125</sup>

En efecto, de acuerdo con Zaffaroni<sup>126</sup>, aunque en otros tiempos se le han atribuido a la defensa legítima naturalezas diversas, atendiendo a variados puntos de vista, en la actualidad nadie niega prácticamente, que se trata de una causa de justificación, es decir, que elimina la contradicción que aparentemente media entre la conducta típica y el orden jurídico.

A mayor abundamiento, dentro de las causas de justificación, se ha considerado a la Defensa Legítima como la más importante y de mayor

---

<sup>124</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. ASPECTOS ESENCIALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA, BOSCH, Casa Editorial, 1977, España, p. 107.

<sup>125</sup> Así la concibe la *jurisprudencia*, aunque a veces ésta, y parte de la doctrina, emplean términos como “circunstancia de justificación o de licitud” o “justificante”, como equivalente a aquella denominación.

<sup>126</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo III, Cárdenas, Editor y Distribuidor, Primera reimpresión de la primera edición, México, 1997, págs. 585-586. En igual sentido Vid. MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 377; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 303; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 101; WELZEL, Hans. Op. cit., págs. 99-100; entre otros.

significación práctica de todas. También se le ha llamado la justificante por excelencia, la principal, la más representativa y el caso más palpable e inequívoco de causa de justificación.

Por vía de confirmación legal de la naturaleza justificante de la defensa legítima, el maestro Luzón Peña afirma que tal carácter queda acreditado apoyándose, entre otras razones, en que al obrar en tal supuesto no sólo se exime de responsabilidad penal, sino también de toda otra responsabilidad jurídica: responsabilidad civil. Además, no se pueden aplicar *medidas de seguridad*, ya que si la conducta cometida no es antijurídica, tampoco puede fundamentar un pronóstico de peligrosidad criminal, y finalmente, contra una conducta amparada en esta justificante, como no es agresión ilegítima, no cabe otra defensa legítima simultánea.<sup>127</sup>

En efecto, no es admisible la defensa legítima recíproca; para quedar justificadas las dos actitudes, precisaría que con ellas, respectivamente, se repeliera una injusta agresión, y las conductas no devienen, al mismo tiempo, jurídicas y antijurídicas. Quien injustamente arremete a otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido se defiende; su acto consistiría, no en la repulsa de una agresión contraria a derecho, sino en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuridicidad.

Conteste con las ideas anteriores, Hegel asume que la naturaleza jurídica de la defensa legítima es el ser una causa de justificación, y al respecto señala: "el que ejerce la legítima defensa afirma el derecho, porque, siendo el delito y la agresión injusta la negación del derecho, la legítima defensa es la negación de esta negación y tiende a anular la injusticia".<sup>128</sup> Por su parte, Carrara ubica a la defensa legítima como un verdadero y sagrado derecho, o mejor, un deber,

---

<sup>127</sup> LUZÓN PENA, Diego Manuel. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN... Op. cit., p. 36.

<sup>128</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 62.

como lo es la conservación de la propia vida o la ajena, por ello, no es para él una excusa a título de misericordia de la autoridad; además, nos dice que el fundamento de la legitimidad es la cesación del derecho a castigar en la sociedad; para aclarar esta idea, explica que la defensa pública es organizada para ayudar a la humanidad, precisamente, a defenderse de sus agresores, de tal suerte que cuando la defensa privada puede ser eficaz y la defensa pública no lo es, la primera recobra su derecho y la segunda lo pierde, adquiriendo esta última, pues, un carácter subsidiario.<sup>129</sup>

Desde nuestro punto de vista, la defensa legítima es una *causa de justificación* importante, porque en ella, la colisión de intereses en que se fundamenta, suele desenlazarse de la manera más grave, por lo que tiene máximo interés tanto para el penalista dogmático como para el postulante.

Justamente, al encontrarnos ante la coexistencia de dos intereses, y el Derecho ante la imposibilidad de proteger ambos, opta por el sacrificio del menos importante y que corresponde al del agresor en virtud de la ilegitimidad de su ataque, esto, como único recurso para la conservación del preponderante, razón en la que, se ha considerado, se fundamenta la institución objeto de nuestra investigación; lo que no podría ser de otra manera, al participar ésta de la naturaleza de la justificación.<sup>130</sup>

En la inteligencia lo antes expuesto, es fácil apreciar que a la justificante que nos ocupa se le ha pretendido fundamentar atendiendo a disímiles criterios,

---

<sup>129</sup> Cfr., CARRARA, Francesco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL, (Parte General), Volumen I, Tomo 1, Tr. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Editorial Temis, Colombia, 1988, págs. 201-202. (Desde nuestra óptica, no se trata de que en forma indefinida los particulares asuman la justicia en sus propias manos, sino que en forma excepcional, cuando no se pueda acudir a otros medios de reparación legal, el particular defienda bienes jurídicos propios o de terceros que se ven agredidos, y por tanto, en una situación de desprotección; lo contrario, es decir, permitir la generalidad en la defensa privada, subvierte el orden jurídico derivado del derecho positivo, traducándose esto en una situación regresiva a la venganza privada, a la ley del talión y sus desafortunados efectos.)

<sup>130</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. cit., p. 103.

que a su vez se pueden clasificar como integrantes de teorías específicas. De esta manera, las tesis de la coacción psíquica (o inimputabilidad), sostenida por Pufendorf, y de la colisión de derechos, defendida por Von Buri, entre otras, pueden ubicarse claramente dentro de la teoría de la impunidad, de conformidad con la cual, quien actúa en defensa legítima lo hace antijurídicamente, y sin embargo, debe quedar impune, sustentándose esto, en variadas ópticas.<sup>131</sup>

Por otro lado, dentro de las teorías positivistas encontramos a Ferri, para quien la justificación que cubre a la defensa, es siempre el resultado de una condición jurídica de carácter objetivo y de una condición psicológica: La condición objetiva se encuentra en la colisión jurídica, o sea, en el conflicto entre dos derechos, que se presenta en tal forma que uno de ellos debe sacrificarse; la condición psicológica se ubica en los motivos determinantes que han de ser conformes al derecho y no antisociales; por ello, quien actúa concurriendo ambas condiciones no es temible.<sup>132</sup> Asimismo, dentro de estas teorías, podemos distinguir la de Zerboglio<sup>133</sup>, donde la legitimidad de la defensa dependerá de que el individuo que la consume no demuestre cualidad más o menos antisocial, postura que nos parece cuestionable, dado que supedita la operatividad de la defensa a las condiciones personales de la víctima de la agresión injusta, llevando esto a la conclusión de que las personas socialmente peligrosas deben sufrir pasivamente cualquier agresión.

En el camino de la fundamentación de la defensa legítima encontramos también a las teorías de la justificación, caracterizándose por considerar a aquella, precisamente, como causa de justificación; entre ellas, ya nos hemos referido al pensamiento de Hegel y de Carrara, pudiéndose agregar aquí la tesis

---

<sup>131</sup> Ibidem., págs. 101-108.

<sup>132</sup> Cfr., FERRI, Enrico. PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL, Editorial Reus, España, 1933, págs. 421-432.

<sup>133</sup> Cfr., ZERBOGLIO Y FIORETTI, SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA, Editorial Reus, Tr. Juan Chávez, España, 1926, págs. 92-93.

de Von Ihering<sup>134</sup>, quien postula el deber de resistir, cuando vemos atacado el propio derecho; al respecto, este autor no explica porque la defensa se debe considerar como deber y no como derecho; además, la defensa implica una repulsa, un proceder activo, no una actitud pasiva.

Las teorías que hasta aquí hemos reseñado, creemos pueden ser encuadradas en alguno de los dos principios que siempre han pugnado, en sede de legítima defensa, por constituir su fundamento.

Así, para unos, su fundamento es más bien social o colectivo, en cuyo caso la legítima defensa implica el resguardo del derecho objetivo, del orden jurídico en sí mismo;<sup>135</sup> este principio es lo que Jescheck<sup>136</sup> también llama "entender la legítima defensa *jurídico-socialmente*", a cuyo tenor, es el ordenamiento jurídico el que no necesita ceder ante lo injusto; la autodefensa del atacado constituye al mismo tiempo la salvaguardia del orden jurídico general, cuando en ese instante no se cuenta con el auxilio de la autoridad.

Para otros, el fundamento de nuestra justificante es individual, en donde la defensa principal sería la de los derechos subjetivos injustamente agredidos, la defensa de los bienes jurídicos y no la del derecho en sentido objetivo;<sup>137</sup> esta forma de entender *jurídico-individualmente*<sup>138</sup> a la legítima defensa, sostiene que ésta es un derecho por naturaleza de cada uno para autoafirmarse, mediante la defensa de la propia persona contra la agresión antijurídica de otro; situación que, incluso, desde la antigüedad fue considerada como un derecho originario del hombre.

---

<sup>134</sup> VON IHERING, Rudolf. LA LUCHA POR EL DERECHO, Librería General de Victoriano Suárez, España, 1921, p. 29.

<sup>135</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 586.

<sup>136</sup> Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 302.

<sup>137</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 586.

<sup>138</sup> Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 302.

Hoy en día, se hace radicar el fundamento de la legítima defensa en que el derecho no tiene porqué soportar lo injusto; no obstante, en el desarrollo y explicación de este principio siguen pugnando las dos tendencias a que nos hemos referido, y que sólo tienen en común el reconocimiento del carácter subsidiario de la legítima defensa.<sup>139</sup>

La faceta jurídico-individual se evidencia en que la defensa sólo puede ejercitarse respecto de bienes jurídicos individuales y no, en cambio, para proteger el orden público o el ordenamiento jurídico. De acuerdo con esta faceta, la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado es irrelevante, pues sólo importa la defensa del individuo contra la agresión antijurídica, y no los quebrantos que el atacante deba sufrir en el curso de aquella, explicándose así, el motivo por el cual al agredido no se le exige ninguna huida para eludir la confrontación.<sup>140</sup>

Por el contrario, el aspecto jurídico-social se revela en la ilimitada admisión de la ayuda necesaria, v. gr., legítima defensa a favor de terceros, y en la restricción de la defensa cuando desaparece el interés en la afirmación del derecho, así como en los supuestos de extrema desproporción de los bienes en juego y el deber de ejercitar la defensa del modo menos gravoso posible. Es importante destacar en este contexto que, el interés general en la salvaguardia del ordenamiento jurídico, no debe confundirse con un pretendido *carácter penal* de la autodefensa, que, entre otras cosas, llevaría a que sólo pudieran rechazarse las agresiones culpables.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 588.

<sup>140</sup> Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 302. (Maurach se pronuncia, nos parece, por un fundamento individualista al señalar que: "Por la evidencia con que la relación valorativa entre derecho e injusto habla a favor de la justificación de la defensa, no interesa aquí, en principio, a diferencia de otros derechos de necesidad, una ponderación de los intereses contrapuestos; **el derecho no precisa ceder ante el injusto**. La defensa se determina, en un principio, atendiendo a la peligrosidad e intensidad del ataque, no al valor del bien atacado. MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 377.)

<sup>141</sup> Cfr., Ibidem., págs. 302-303.

En clara referencia a estas facetas o principios brevemente expuestos, podemos concluir que en la regulación actual de nuestra justificante encontramos un fundamento ecléctico o mixto, al permitirse no sólo la defensa propia sino la de terceros, además de requerirse una necesidad en la defensa, circunstancia que nos lleva a la idea de proporción. Esta fundamentación mixta nos enseña que no siempre las cosas son tan simples como para encontrar, en un solo lugar, los elementos que configuren la estructura y esencia de las instituciones jurídicas; por lo tanto, habrá que atender a la *teoría de la complejidad*, pues la realidad regulada por aquella es, a todas luces, compleja.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> Cfr., *Ibidem*, pags 302-303

## **CAPÍTULO 3.- ESTRUCTURA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA(Primera Parte: La Agresión)**

En el presente capítulo, así como en el siguiente, se realizará un estudio de los conceptos que estructuran la regulación actual de la Defensa Legítima, con el ánimo de precisar la variabilidad de los mismos en cuanto a las características designativas que los denotan, y de esa forma estar en aptitud de saber la clase de vaguedad que los afecta, sin perder de vista el efecto que esto puede tener en el arbitrio judicial y en la seguridad jurídica de los gobernados.

### **3.1.- Elementos**

En la estructura de la Defensa Legítima podemos encontrar una diversidad de elementos, tales como la agresión, la defensa (su necesidad y racionalidad) y la falta de provocación suficiente e inmediata, de cuyo estudio nos ocuparemos en los siguientes apartados, así como de otros elementos que se encuentran en estrecha relación con los anteriores, los cuales ayudan a comprender en mejor forma la causa de justificación objeto de nuestro estudio.

#### **3.1.1.- Agresión**

En este apartado nos ocuparemos del análisis conceptual de la *agresión*, elemento que la doctrina dominante considera como requisito *sine qua non* para la existencia de la Defensa Legítima, pues llevar a cabo ésta precisa de modo ineludible la existencia de aquella.

Atentos a lo anterior, hay quienes están de acuerdo en considerar *agresión*, a una acción positiva que empieza a realizarse o se realiza con el

ánimo de producir un daño en un bien protegido por la ley.<sup>143</sup> En este concepto podemos advertir la exclusión de la hipótesis en que la agresión se verifique a través de una omisión.

En sentido similar encontramos que el elemento que nos ocupa puede ser entendido como "...acometimiento (ataque); acometer a alguno con objeto de causarle daño; un comportamiento que afecta en forma típica una esfera jurídica..."<sup>144</sup>

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación parece compartir el sentido de los anteriores conceptos, al indicarnos que la agresión involucra un movimiento corporal, lo que es asimilable a un acometimiento o acción positiva:

LEGITIMA DEFENSA. CONCEPTO DE AGRESION. Para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.<sup>145</sup>

No obstante los criterios anteriores, encontramos opiniones que consideran que la agresión puede realizarse mediante conductas omisivas, siempre que impliquen puesta en peligro; así, "...será agresión la omisión que ponga en peligro un bien jurídico particular, es decir, que cree o provoque el

---

<sup>143</sup> Cfr., FIORETTI, Julio, et al. SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA, Tr. Juan Chabás, Editorial Reus, España, 1926, p. 219.

<sup>144</sup> GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General y Parte Especial, Editorial Porrúa, 4ª edición, México, 1997, p. 326.

<sup>145</sup> Sexta Época, Primera Sala, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, Tesis 188, página:108

peligro o que, en caso de existir ya una situación de riesgo, la omisión aumente de modo concreto el riesgo para el bien jurídico..."<sup>146</sup>

Acorde con este último criterio, el maestro Jiménez de Asúa nos muestra que desde el punto de vista del atacado, la agresión puede considerarse "como la indebida ingerencia en un estado existente y que constituye un derecho subjetivo propio o ajeno",<sup>147</sup> concepto que da cabida a diversas agresiones originadas por un no hacer algo a lo que estamos obligados, ejemplificando este jurista español con la actitud del guardia de una prisión que se niega, a pesar del mandato judicial, a abrir la puerta de la cárcel al recluso, lo cual constituye un ataque o agresión a la libertad.<sup>148</sup>

En nuestra opinión, la posibilidad de una agresión mediante una omisión es reflejo de las diversas actitudes<sup>149</sup> que se pueden manifestar en la realidad, donde además se ubican a los actos ofensivos, amagos o empleo de fuerza material, o sea, los acometimientos. En estas condiciones, identificar agresión únicamente con acometimiento es una visión parcial de la realidad que resulta inaceptable por su tendencia restrictiva, la cual es observable, además de nuestra jurisprudencia, tanto en la española como en la argentina.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. ASPECTOS ESENCIALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA, BOSCH, Casa Editorial, S.A., España, 1978, p. 160.

<sup>147</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., tomo IV, p. 167. (Desde la otra óptica, es decir, desde la perspectiva del agresor, es "el acto con el que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente tutelado.")

<sup>148</sup> Cfr., Idem. (En este mismo sentido Vid. REINHART, Maurach. TRATADO DE DERECHO PENAL, Tr. Juan Córdoba Roda, Ed. Ariel, España, 1962, p. 378.)

<sup>149</sup> Cfr., LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., 163-164. (V. gr. El socorrista de una piscina ve pasivamente como se está ahogando allí una persona, el profesor de natación deja ahogarse a un discípulo, el farmacéutico de un pueblo se niega a dar al médico el contraveneno para salvar una vida, el guarda agujas omite cambiar las agujas a la posición correcta cuando va a pasar el tren, el guía alpino quiere marcharse en una tormenta de nieve sin dar la llave del refugio al excursionista totalmente agotado, etc.)

<sup>150</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., tomo IV, págs. 167-171.

El maestro Vela Treviño<sup>151</sup>, con relación al ejemplo del guardia de la prisión presentado con anterioridad, señala que en ese caso no se actualizaría la defensa legítima si el indebidamente detenido actúa en su autodefensa, pues el daño que se le podría causar es fácilmente reparable por otros medios legales; sin embargo, este argumento corresponde a la regulación de la defensa legítima antes de las reformas de 23 de diciembre de 1985 y 10 de enero de 1994, ya que en éstas el legislador suprimió la circunstancia cuarta de la fracción III del artículo 15 de vigencia anterior, por lo que en la actualidad nos parece operante la hipótesis que venimos comentando.

Continúa ilustrándonos este autor, respecto del caso del secuestrado<sup>152</sup> que rompe la puerta que representa un impedimento para recuperar su libertad, y que obviamente el secuestrador no está dispuesto a abrir; así, el daño a la propiedad ajena, afirma nuestro autor, está justificado por defensa legítima. A pesar de su conformidad con la solución que él mismo plantea, pues es consciente de que tanto acción como omisión son relevantes para el derecho penal, y por ende para la agresión, advierte la necesidad de que ésta sea violenta, circunstancia que fue derogada por las reformas indicadas en el párrafo anterior, lo que desde nuestro punto de vista deja sin materia al comentario del maestro Vela Treviño, en el sentido de la imposibilidad de aceptar una forma omisiva de agresión que además sea violenta.

Confirmando nuestro criterio, Maggiore<sup>153</sup> concibe a la agresión como cualquier ataque al patrimonio jurídico de una persona. Al respecto conviene aclarar que este autor italiano emplea el vocablo *ofensa*, señalando que conviene mejor para abarcar de manera amplia y mejor la variedad de los medios, que no

---

<sup>151</sup> Cfr., VELA TREVIÑO, Sergio. ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN, Editorial Trillas, reimpresión (1995) de la 3ª edición, México, 1990, p. 265.

<sup>152</sup> Ejemplo propuesto por Cfr., JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 171

<sup>153</sup> Cfr., MAGGIORE, Guiseppe. DERECHO PENAL Volumen I, El derecho penal, El delito, Tr. P. José J. Ortega Torres, Ed. Temis, reimpresión de la 2ª edición, Colombia, 1989, p. 409.

sólo pueden ser violentos, dando cabida a la posibilidad de que aquella se verifique mediante una omisión.<sup>154</sup>

Muñoz Conde nos comenta que a pesar de que la jurisprudencia y algún sector doctrinal interpretan el término *agresión* como *acometimiento, acto de fuerza, etc.*, también debe comprender la acción de poner en peligro algún bien jurídico, incluyendo en ella a la omisión.<sup>155</sup> Lo que llama nuestra atención de este autor, es que al referirse a la omisión en el ánimo de ubicarla como forma de agresión, hace especial mención de omisiones propias o simples, lo que nos mueve a tratar de imaginar las posibles formas de defensa: Así, en el caso de omisión de socorro de alguien que está en peligro de ahogarse en un lago, creemos que la persona en riesgo difícilmente podría instrumentar una defensa, por lo que ésta, más bien, podría ejercerse por un tercero que obligará al omiso a prestar la ayuda correspondiente.

Con independencia de lo anterior, el jurista español últimamente citado, nos indica que tanto acción como omisión deben ser dolosas, intencionales, por lo que no cabrá defensa legítima frente a lesiones o puestas en peligro simplemente imprudentes, pues aquella no despliega efecto intimidante alguno en quien no es consciente de su agresión, pudiéndose recurrir al estado de necesidad o a la advertencia de su proceder incorrecto.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Se ha debatido mucho sobre si la omisión puede considerarse susceptible de llenar el requisito primero de la defensa legítima, y se estima que es así cuando aquella es elemento constitutivo de una comisión, es decir, cuando estamos frente a una omisión impropia. Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p.172. En cuanto a la concepción amplia de la agresión, Mir Puig está conforme en incluir dentro de ésta, no sólo al acometimiento físico sino también a todo acto contrario a derecho; así, al admitirse en el CP la defensa tanto de la persona como de sus derechos, con independencia la una de la otra, esto sería impracticable al requerirse siempre el acometimiento físico, pues aunque tenga lugar para atacar otros derechos, su exigencia siempre supondrá la necesidad de que en todo caso resulte atacada la persona, es decir, la imposibilidad de defender sólo los derechos. Cfr., MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL, Parte General, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 3ª edición corregida y puesta al día, España, 1990, p. 461.

<sup>155</sup> Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORÍA GENERAL DEL DELITO, Editorial Temis, Colombia, 1990 (reimpresión), p. 102.

<sup>156</sup> Cfr., Idem. En este mismo sentido Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., p. 173 y ss.

Hemos enunciado el concepto que desde el punto de vista del agresor nos proporciona el maestro Jiménez de Asúa;<sup>157</sup> al respecto, cuando él emplea la expresión "...*el agente tiende...*", no creemos se refiera a la presencia de un ánimo doloso, sino que nuestro autor, al ser partidario de una concepción objetiva de la antijuridicidad, más bien alude, por decirlo así, a una agresión vista externamente, con una evolución representativa de peligro o lesión a un interés jurídicamente protegido.<sup>158</sup>

Nos parece interesante la forma de concebir la agresión del gran jurista alemán Hans Welzel, pues en ella retoma los aspectos aludidos anteriormente, al ilustrarnos que "por agresión debe entenderse la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana..."<sup>159</sup>

En este concepto podemos advertir la presencia de tres elementos o factores importantes en una agresión:

- La amenaza de lesión, que se traduce en la existencia de un riesgo o posibilidad de daño.
- Los bienes jurídicos, que son el objeto donde posiblemente se verifique un daño. Son indispensables para la agresión, ya que esta no es imaginable sin un bien jurídico sobre el cual se pueda causar una lesión o daño.
- Finalmente, la agresión debe provenir de una conducta humana, por lo que se excluyen los ataques de animales, a menos que éstos constituyan el instrumento de una conducta humana agresiva, pues

---

<sup>157</sup> Véase nota 147

<sup>158</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 167. Maurach se muestra favorable a la posibilidad de agresiones imprudentes, como en los daños culposos claramente inminentes. Cfr., MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 378.

<sup>159</sup> WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN. (Parte General), Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición castellana, Chile, 1993, p. 101.

de lo contrario, ante los ataques de aquellos nos aparece admisible el estado de necesidad.<sup>160</sup>

Welzel continúa explicándonos que la conducta agresiva puede realizarse no sólo mediante un hacer positivo, sino también a través de omisiones impropias, no requiriéndose de una acción de lesión final dolosa.<sup>161</sup> En estas condiciones, al no ser excluyente, en opinión de este autor, la acción dolosa, esto permite la inclusión en el concepto de agresión de las conductas imprudentes o culposas.<sup>162</sup>

Conteste con las ideas precedentes, Roxin nos indica en forma clara, que la agresión no precisa de una conducta final (dolosa) o culpable, ya que únicamente exige una conducta de agresión antijurídica, y no que sea precisamente culpable o dolosa.<sup>163</sup>

Aunado a lo anterior, resulta no menos ilustrativo el pensamiento de Jescheck, para quien la agresión es "...toda lesión o puesta en peligro, por parte de una persona, de un interés del autor o de otro, protegido por el ordenamiento jurídico."<sup>164</sup>

En esta definición encontramos prácticamente los elementos de la diversa elaborada por Welzel, siendo los siguientes:

---

<sup>160</sup> Vid., en este sentido ROXIN, Claus. DERECHO PENAL, (Parte General), Tomo I, Editorial Civitas, Tr., Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, 1997, p. 611.

<sup>161</sup> Cfr., WELZEL, Hans. Op. cit., p. 101.

<sup>162</sup> En este sentido Vid., MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 463.

<sup>163</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 612-613. El Código Penal Alemán, en el segundo párrafo del artículo 32 prescribe: "Se considera legítima la defensa que resulte necesaria para repeler **una agresión antijurídica** actual contra uno mismo o contra un tercero." Roxin formula un concepto de agresión coincidente, en términos generales, con el de Welzel, al estipular que "Una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana..." (ROXIN, Claus, Op. cit., p. 611.)

<sup>164</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. TRATADO DE DERECHO PENAL (Parte General), Tr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, 4ª edición completamente corregida y ampliada, España, 1993, p. 303.

- Toda lesión o puesta en peligro; desde nuestro punto de vista, la puesta en peligro está más acorde con la idea de agresión, pues ésta se impide o repele para excluir cualquier lesión a los bienes jurídicos propios o ajenos, mientras que la lesión es resultado de la agresión, por lo que causada aquella, la defensa se hace innecesaria y cualquier acción que se emprenda posteriormente será calificada como venganza.
- Intereses propios o ajenos protegidos jurídicamente, indispensables en toda agresión, debido a que ésta no puede existir sin un bien jurídico sobre el cual recaer.
- La puesta en peligro debe provenir de una persona, circunstancia que corrobora el criterio sostenido por Welzel en su definición, al referirse a la agresión como originada por una conducta humana.

Por otro lado, Jescheck agrega que la agresión no precisa realizarse con dolo directo ni tampoco con dolo eventual, antes bien, "...basta un comportamiento imprudente, o incluso por completo inculpable y ni siquiera objetivamente contrario al deber, *siempre que aparezca como una amenaza de lesión* de un interés jurídicamente protegido..."<sup>165</sup> El concepto de agresión, de acuerdo con este autor, tampoco requiere en forma exclusiva de un comportamiento activo, por ello, la omisión debe reputarse agresión, en la medida que exista una obligación de actuar sancionada por el derecho penal o el penal administrativo, como sucede en los delitos propios de omisión y en los supuestos del deber de garante para evitar el resultado.<sup>166</sup>

Nos parece interesante la forma en que Zaffaroni explica las características de la agresión, puesto que asume una postura que discrepa

---

<sup>165</sup> Idem.

<sup>166</sup> Cfr., Ibidem, p. 304.

parcialmente de lo admitido por nosotros; así, nos ilustra que aquella debe satisfacer tres ordenes de requisitos, a saber: que se trate de una *conducta*, que ésta sea *agresiva* y también *antijurídica*.<sup>167</sup>

En cuanto al requisito de la conducta, el criterio de este autor se encuentra en armonía con lo estudiado en la parte conducente de los diversos conceptos de Welzel y Jescheck, agregando que la defensa legítima no podrá darse contra la amenaza proveniente de un involuntario o de quien se halla sometido a una fuerza física irresistible, o bajo las condiciones de un movimiento involuntario reflejo o automático.<sup>168</sup>

Lo afirmado hasta ahora por Zaffaroni, nos parece adecuado en función de lo que hemos estudiado; sin embargo, al abordar el segundo elemento de la agresión, es decir, que la conducta sea *agresiva*, nuestro autor explica que la voz "agresión", implica una dirección de la voluntad encaminada a la producción de una lesión, sin que ello se traduzca en que la agresión deba ser dolosa, puesto que no cabe hablar de dolo cuando la agresión no necesariamente debe ser típica.<sup>169</sup>

Consecuencia de esto, Zaffaroni estipula que lo correcto es requerir una *voluntad lesiva*, con lo cual excluye del ámbito de la agresión a las conductas imprudentes. Al respecto, el jurista argentino nos explica que tratándose de culpa inconsciente será inadmisibles la defensa legítima, al bastar una advertencia para evitar el resultado o alejar el peligro; que advirtiendo el sujeto su imprudencia inconsciente pretenda seguir adelante con su conducta, confiando

---

<sup>167</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General, Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª reimpresión, México, 1997, p. 596.

<sup>168</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op.cit., p. 596.

<sup>169</sup> Cfr., Ibidem, p. 597.

en su pericia o suerte, conducta que, sigue siendo imprudente, pero de culpa consciente.<sup>170</sup>

En estos casos de culpa consciente, el sujeto imprudente sabe del peligro o riesgo no asumido por el titular del bien jurídico, actitud que se revela en una conducta con voluntad lesiva dirigida contra la libertad del sujeto pasivo de la imprudencia.<sup>171</sup>

El hecho de que este autor dentro de su planteamiento nos indique que una agresión no necesariamente debe ser dolosa, típica, en sentido delictuoso, no quiere decir que no puedan verificarse en la realidad conductas dolosas típicas a modo de agresión; en estas condiciones estamos conformes en admitir que la conducta agresiva puede revestir los siguientes caracteres:

- Agresión antijurídica típica, es decir, cuya realización está prevista y sancionada en el código penal;
- Agresión antijurídica general, de cuya realización depende la contravención de normas pertenecientes a otros ámbitos del derecho, v. gr., civil, laboral, etc.

También admitimos a la voluntad lesiva como una de las formas en que puede realizarse la agresión; no obstante, debemos recordar que en el ámbito penal las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, de tal suerte que aquellas no podrán realizarse dentro de alguna modalidad intermedia. En este sentido, cuando Zaffaroni en su estudio coloca su atención en las conductas culposas o imprudentes, necesariamente se posiciona dentro de la primera categoría de agresiones indicadas arriba, o sea, agresiones antijurídicas típicas, lo cual se confirma al profundizar su explicación, aludiendo a

---

<sup>170</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 597-598.

<sup>171</sup> Cfr., *Idem*.

la culpa consciente o con representación; de esta forma, aunque no admita la defensa legítima contra una conducta imprudente, la voluntad lesiva que corresponde dentro de este ámbito a la culpa con representación, de cualquier forma es una especie que pertenece al género de las conductas imprudentes, circunstancia que parece no ser advertida por el autor al que seguimos.

No compartimos la opinión de Zaffaroni<sup>172</sup> cuando niega la calidad de agresión a una conducta influida por error, vencible o invencible, que excluya la dirección lesiva de la conducta, pues en tal hipótesis habría que aceptar de manera general, que la justificante objeto de nuestro estudio no operaría frente a una causa de inculpabilidad equiparada como causa de justificación, subvirtiéndose así la naturaleza jurídica tanto de las causas de inculpabilidad como la de las de justificación. Por lo demás, estamos de acuerdo con este autor en admitir la posibilidad de agresiones a través de omisiones propias e impropias, aunque con reserva respecto de las primeras.

Finalmente, corresponde el turno a Carlos Santiago Nino<sup>173</sup>, quien nos presenta una panorámica de la agresión, generalmente coincidente en sus diversos aspectos con las posturas de los autores previamente estudiados, por ejemplo, afirma el carácter de *conducta humana* de la agresión, con todas las implicaciones que hemos comentado; respecto a las actitudes subjetivas exigidas por el concepto de agresión, hay coincidencia más o menos general en que la agresión puede partir de un inimputable, que debe ser voluntaria en el sentido

---

<sup>172</sup> Cfr., Ibidem, págs. 598-599. Nos parece interesante la situación que expone el propio Zaffaroni, en la que un sujeto ya no puede contener los acontecimientos que desencadenó por imprudencia inconsciente, la que en su concepto no debe dar margen a ser considerada como agresión ni dar oportunidad a una defensa legítima; como consecuencia de esto, nuestro jurista argentino voltea la mirada al estado de necesidad justificante, pero advierte la presencia de un caso límite, en la hipótesis del que sin saber montar se le desboca el caballo con peligro de daño para un jardín ajeno, donde no podría justificarse el disparo del dueño de éste contra el caballo y con peligro de lesión para el malogrado jinete. Lo interesante del caso radica en la dificultad de solventar su problemática, similar en grado a la del *versari in re illicita* en materia de culpabilidad; sin embargo, por exceder los límites de nuestro trabajo, únicamente nos concretamos a enunciar la cuestión para que sea considerada.

<sup>173</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. LA LEGÍTIMA DEFENSA, Editorial Astrea, Argentina, 1982, págs. 99-103.

de no responder a un reflejo, a un proceso hipnótico<sup>174</sup>, etc; en lo que respecta a las omisiones, nos ilustra que cualquiera de éstas que consista en la violación de un deber jurídico, puede dar lugar a una defensa proporcional del bien jurídico en cuestión.

El estudio de las diferentes concepciones de la *agresión*, nos permiten advertir que, de un autor a otro, pueden variar las características que se consideren necesarias para denotarla. En efecto, habrá quienes afirmen que deberá provenir de una conducta humana, mientras que encontraremos criterios que admitan su origen en animales o cosas; por lo que hace a la forma, puede limitarse su realización a una conducta activa, es decir, a un acometimiento, pero encontramos autores que extienden el alcance semántico de "agresión" a las omisiones, y dentro de éstas hay quienes se inclinan ya sea por la impropias, ya por la propias, o bien por ambas.

Asimismo, el aspecto subjetivo de la *agresión* es campo fértil para discrepancias en torno a las notas distintivas que le deben ser inherentes, pues algunos doctrinarios se inclinan por el carácter doloso típico en forma exclusiva, otros incluyen complementariamente a la imprudencia; fuera del campo penal, y aún dentro de él, encontramos juristas que aluden a una voluntad lesiva, o sea, dirigida hacia la producción de una lesión.

En este orden de ideas, la palabra *agresión*, obviamente desde un punto de vista jurídico, no tiene límites perfectamente definidos en su aplicabilidad, pues si bien desde una perspectiva se enuncian un conjunto de características que pueden definirla, igual encontramos criterios que la aplican al variar aquellas

---

<sup>174</sup> En estas hipótesis de actos reflejos o procesos hipnóticos consideradas como "agresiones" involuntarias, no entra a jugar el aspecto del consentimiento del agresor para asumir el riesgo de lesión necesaria de sus bienes primarios derivada de una defensa; sin embargo, "conviene conservar este caso en el marco de la legítima defensa... ya que ello permite dar cuenta de situaciones en que están en juego derechos primarios de la víctima cuya preservación podría no estar cubierta por el principio del estado de necesidad"(Ibidem, p. 102).

por exceso o defecto, circunstancia que nos lleva a pensar en que ninguna de ellas es necesaria ni suficiente para la aplicabilidad de la palabra, sin perjuicio de establecer un mínimo de características designativas en cuya presencia sea aplicable la palabra en cuestión. Por tanto, *agresión* tiene un significado vago, es decir, de acuerdo a lo expuesto está afectada de vaguedad por el requisito del *quórum*, como resultado de la dificultad para determinar con precisión las notas distintivas que la hacen aplicable a un caso concreto.

### **3.1.1.1.- Características.**

Previo el estudio general del concepto *agresión*, haciendo referencia a varias de sus implicaciones, corresponde ahora hacer lo propio con relación a los atributos que, nuestro Código Penal vigente, atribuye en forma necesaria a la *agresión* para ser considerada como elemento imprescindible en la legitimidad de una defensa.

#### **3.1.1.1.1.- Real.**

Uno de los requisitos que nuestra legislación establece como necesarios en una agresión, para hacer procedente una defensa legítima contra aquella, es la *realidad* de la misma, característica o atributo del cual diversos doctrinarios, directa o indirectamente, se han ocupado de estudiar.

Así, el maestro Fernando Castellanos<sup>175</sup> nos ilustra que, de acuerdo la vigente fórmula legal, la agresión ha de ser *real*, o sea, verdadera, concretamente existente y no imaginaria o putativa.

---

<sup>175</sup> Cfr., CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima séptima edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1997, p. 199.

Creemos que esta exigencia encuentra armonía junto al principio de que *la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*, pues quien instrumentara una defensa contra una supuesta "agresión", movido por un error de hecho invencible, quizás podría evitar la reacción penal del Estado, pero subsistirá en todo caso una responsabilidad de índole civil, en el entendido de que quien causa un daño está obligado a repararlo.

Muñoz Conde<sup>176</sup>, con motivo de la ilegitimidad de la agresión, nos dice que con ésta debe darse una *efectiva* puesta en peligro de los bienes jurídicos defendibles, que estén en *verdadero* riesgo inminente de ser lesionados; no basta que quien se defiende crea que lo hace ante una agresión que sólo existe en su imaginación. La legítima defensa putativa frente a una agresión que no existe realmente, sólo puede dar lugar a una causa de inculpabilidad, si el error era invencible<sup>177</sup>, o a una atenuación de la pena por vía de la eximente incompleta, o alguna otra circunstancia atenuante, si el error era vencible.

En la doctrina alemana y argentina encontramos tratadistas quienes, nos parece, dan por supuesta la *realidad* de la agresión, debido a que se ocupan de estudiar sus otras características sin realizar un análisis especial de ésta.<sup>178</sup>

Atentos a lo anterior, creemos existe uniformidad de criterio en cuanto a las características designativas de la palabra *real*, que califica a la agresión en nuestro Código Penal, a pesar de la omisión en su tratamiento por algunos juristas, quienes parecen suponerla en función de la simplicidad que les representa la misma.

---

<sup>176</sup> Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 103.

<sup>177</sup> En este mismo sentido Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, Ed. ARANZADI, España, 1999, p. 496.

<sup>178</sup> Vid. ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 618-622; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., págs. 303-304; REINHART, Maurach. Op. cit., págs. 379-382; WELZEL, Hans. Op. cit., págs. 101-102; NINO, Carlos Santiago. Op. cit., págs. 99-103; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit. Tomo III, págs. 599-604.

### 3.1.1.1.2.- Actual o inminente.

Nos ocuparemos aquí de la actualidad e inminencia de la agresión, elementos importantes cuya presencia alternativa permitirá hablar de la legitimidad de la defensa.

Maggiore<sup>179</sup> nos presenta el estudio de estas dos propiedades desde una óptica que se posiciona en el peligro originado por la agresión, o mejor aún, concomitante a ésta. En efecto, la agresión y por ende el peligro para bienes jurídicos que trae aparejado, no deben ser ni pasados ni futuros, sino actuales, pues lo pasado es irrelevante<sup>180</sup>, salvo cuando la violencia sufrida es indicio de ulteriores actos de violencia. En igual sentido, es irrelevante la presencia de estos en el futuro, ya que en esa hipótesis se puede acudir a la autoridad, por lo que no existirá necesidad de una defensa. Por lo tanto, este autor nos señala que la única que nos interesa es la actualidad, que comprende también a la inminencia.

En cuanto a la inclusión de la inminencia dentro de la actualidad afirmada por Maggiore, disentimos de ella, al considerar una clara diferencia entre ambas, según se advertirá en las exposiciones de diversos autores.

En efecto, Fioretti y Zerboglio nos enseñan que la "...**actualidad** debe entenderse en el sentido de que no sea un requisito esencial, para rechazar la agresión ilegítima, que con ella se haya consumado y causado un mal determinado y cierto, sino que será bastante a justificar la violencia defensiva el que **la agresión haya comenzado a verificarse o tome realidad por hechos, frases o actitudes del agresor...**",<sup>181</sup> mientras que el maestro

---

<sup>179</sup> Cfr., MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit., págs. 408-409.

<sup>180</sup> Además, la "defensa" que se práctica contra una agresión y peligro pasados no es tal, sino una acción de *venganza*.

<sup>181</sup> FIORETTI, Julio, et al. Op. cit., p. 222

Fernando Castellanos<sup>182</sup> nos dice que lo **inminente** es lo cercano, muy próximo, lo inmediato y no remoto. Como se podrá advertir, estos autores nos muestran, cada uno por su lado, elementos para distinguir la actualidad y la inminencia.

Asimismo, Malo Camacho<sup>183</sup> nos explica que, por agresión actual, se entiende que la agresión sea presente, es decir, contemporánea al acto de defensa, ni anterior ni posterior, circunstancia que distingue de la inminencia, al precisar que en este último caso la agresión no se ha iniciado, pero sus características son ya evidentes, por lo que quien reacciona no tiene otra alternativa que actuar para impedir esa agresión o su efecto.

Por su parte, González Quintanilla proporciona una explicación con relación a la distinción que nos ocupa, en la cual recomienda una terminología que se bifurca según se aluda a inminencia, o bien, a la actualidad. Así, "...lo inminente es lo inmediatamente próximo, y por lo tanto, puede estimarse incorrecto aludir a repeler una agresión inminente; hubiera sido preferible hablar de impedir la agresión inmediatamente próxima (inminente), y por supuesto, mantener el texto de repeler la agresión actual. Fue afortunado al aludir a la agresión inminente, pero no lo fue el conservar el verbo repeler teniendo como predicado la agresión actual y la inminente. Mientras no se actualice la agresión no puede aludirse a rechazarla, sino a impedirla..."<sup>184</sup>

Al respecto, conviene puntualizar que de acuerdo con este criterio, sólo se *repele* una *agresión actual*, contemporánea a la acción defensiva, mientras que se habla de *impedir* cuando se hace referencia a una *agresión inminente*, muy próxima o cercana, pero no actual.

---

<sup>182</sup> Cfr., CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., págs. 194-199

<sup>183</sup> Cfr., MALO CAMACHO, Gustavo. Op. cit., p.416.

<sup>184</sup> GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Op. cit., p. 326.

Para Vela Treviño la actualidad de la agresión "...es la resultante temporal..., que dura o persiste todo el tiempo que la desprotección afecta a los bienes jurídicos.

"La actualidad de la agresión se determina en función al tiempo de la desprotección, sin que sea necesario que esa desprotección se traduzca en lesión, ya que basta la puesta en peligro del bien para que exista la desprotección."<sup>185</sup>

En atención a la transcripción anterior, podemos inferir que la desprotección a los bienes jurídicos es la resultante de una agresión ya iniciada, provocadora de un peligro de lesión o daño para aquellos; en consecuencia, la actualidad es necesariamente distinta a la inminencia, ya que tratándose de ésta, todavía no se inicia la agresión aunque esta muy próxima.

Vela Treviño<sup>186</sup> parece corroborar estas consideraciones, al afirmar que tratándose de este problema, será actual todo aquello ubicado dentro de los límites temporales de la agresión, es decir, el inicio y final de la desprotección; sin embargo, este jurista mexicano adopta un concepto amplio de actualidad, al precisar que el inicio lo es a partir de que existe la amenaza inmediata de lesión a un bien jurídico, y el final, cuando la amenaza ha cesado o la lesión consumado.

Como se aprecia, el momento inicial de la actualidad en sentido amplio, se presenta desde que una agresión aún no iniciada, amenaza dada su proximidad

---

<sup>185</sup> VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit., págs. 265-266. La desprotección, en términos de este autor, significa "la cesación transitoria de la seguridad e integridad que el Derecho brinda a los bienes que ha elevado a la jerarquía de intereses jurídicos. La conducta que matiza la agresión tiende a desproteger al bien jurídicamente tutelado, aprovechando la aparente inseguridad en que se encuentra, y precisamente esa inseguridad transitoria faculta... a ejercitar la defensa legítima." (Ibidem, p.262)

<sup>186</sup> Cfr., Ibidem, p. 266.

o inmediatez con lesionar a un bien jurídico, evento identificado desde nuestra postura con el concepto de inminencia de la agresión.

El maestro Jiménez de Asúa<sup>187</sup> distingue con claridad la agresión actual y la inminente, pues afirma que para la procedencia de la defensa legítima basta la primera, o sea, la lesión de inmediata realización respecto de la cual tenemos derecho de *impedirla*.

No es muy clara, respecto de la cuestión que nos ocupa en este apartado, la idea de Mir Puig,<sup>188</sup> cuando afirma que la actualidad exige un peligro próximo, y que el mismo no haya cesado al convertirse en una lesión consumada o agotada.

La oscuridad de este planteamiento obedece al peligro próximo, pues no se determina si éste corresponde al generado por una agresión que ha comenzado, en cuyo caso estaríamos ubicados en el campo de la actualidad en estricto sentido, o si el mismo deriva de una agresión que sin haber iniciado, su realización será en forma inmediata u muy próxima, donde podría hablarse de inminencia. Al no existir detalle en la explicación, que nos oriente respecto a la diferencia objeto de análisis en este apartado, creemos se ha querido adoptar por este autor español un concepto amplio de *actualidad*.

Distinta concepción nos ofrecen otros juristas españoles,<sup>189</sup> quienes con motivo de estudiar la realidad de la agresión, sostienen que para apreciar la misma basta con la *inminencia, aunque la agresión no haya comenzado a materializarse*. En este sentido, al asociar la agresión no iniciada con la inminencia, se distingue por exclusión a la agresión actual, respecto de la cual se

---

<sup>187</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 177.

<sup>188</sup> Cfr., MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 465.

<sup>189</sup> Cfr., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. Op. cit., p. 496.

afirma es un *hecho presente, no futuro*. Además de ser el fundamento de la acción defensiva, la *actualidad* también es su límite posterior, pues concluida la agresión puede llegar un exceso en la reacción defensiva, que podría acabar por romper la posibilidad de apreciar la eximente completa, y sí sólo la incompleta (exceso en la defensa en cuanto a su duración, diferente de la defensa desproporcionada).

No obstante, la reacción defensiva posterior al ataque puede entrar en la legítima defensa si va unida a éste cronológicamente, es decir, cuando se presenta la unidad del suceso; de lo contrario, una reacción muy posterior a la agresión debe tratarse al margen de la defensa legítima.<sup>190</sup>

Por otro lado, el concepto de actualidad en sentido amplio a que nos hemos referido anteriormente, es sustentado por diferentes juristas alemanes, aunque algunos de ellos implícitamente distinguen entre la inminencia y la actualidad propiamente dicha.

En este sentido, el maestro Welzel explica que una agresión es actual "si es inminente o si aún perdura"<sup>191</sup>. Como puede apreciarse, este autor es partidario de incluir dentro del concepto de agresión actual, tanto a la inminente como a la actual en estricto sentido, según se infiere de la disyunción expresada, que nos muestra los elementos o notas que en la idea de Welzel la denotan. Además, continúa este autor, la agresión perdura aún después de la consumación formal de un delito mientras ella mantiene todavía intensivamente la lesión del bien jurídico.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> Cfr., *Ibidem.*, p. 497.

<sup>191</sup> WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>192</sup> Cfr., *Idem.*

Por su parte, con una tendencia similar encontramos a Maurach,<sup>193</sup> cuando nos dice que es actual una lesión inminente o subsistente de bienes jurídicos, fijándose así el punto inicial y final de la agresión. En este orden de ideas, la agresión, por un lado, no debe estar muy alejada en el tiempo; por otro, no debe haber concluido la definitiva lesión del bien susceptible de defensa.

No obstante la tendencia de este autor, el mismo entiende con claridad lo que nosotros hemos llamado agresión actual en sentido estricto, cuando señala que será tal, en especial, "la agresión aún subsistente, esto es, iniciada y aún no concluida."<sup>194</sup> En este sentido, concurrirá una agresión actual tanto en los hechos continuados como en los permanentes (detención ilegal, por ejemplo); así, una agresión subsiste en tanto sea posible aún el mantenimiento, aunque parcial, del bien atacado o su recuperación inmediata; de lo contrario, faltando estas posibilidades inmediatas, la agresión ha concluido.<sup>195</sup>

En forma coincidente, Jescheck<sup>196</sup> afirma que es actual la agresión inminente, la que se realiza entonces y la que persiste aún. La situación de defensa legítima se inicia tan pronto como por el inminente ataque se produce un peligro próximo para el interés protegido, siendo decisiva en esto la situación objetiva, no la que se represente el agredido.

En este autor observamos lo que en Maurach y Welzel es una constante: considerar que la actualidad comprende tanto a la agresión inminente (todavía no iniciada) como a la subsistente (iniciada y no concluida).

---

<sup>193</sup> Cfr., MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 381.

<sup>194</sup> Idem.

<sup>195</sup> Cfr., Ibidem, p. 382. Así, en el hurto, la agresión no concluye con la detentación. La agresión finaliza con la pacífica ablación del botín; el disparo hecho sobre el ladrón que escapa con el botín, así como la persecución dentro de la propia morada, se mantiene dentro de la actualidad. En este sentido Vid. WELZEL, Hans., Op. cit., p. 101; ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 621-622.

<sup>196</sup> Cfr., JESCHECK, Hans.Heinrich. Op. cit., p. 307.

En los delitos permanentes, nos continua ilustrando Jescheck<sup>197</sup>, la agresión es actual mientras se mantenga el estado antijurídico; también perdura la agresión si, aun habiéndose producido ya la lesión del interés protegido, cabe todavía anularla total o parcialmente mediante una acción contraria que siga inmediatamente al ataque. Por ello, este jurista también considera procedente la utilización de un arma de fuego por el dueño de la casa, si no tuviera otro recurso, para detener a los ladrones que pretenden huir con el botín, pues en tal caso la agresión sigue siendo actual, aunque se hubiere consumado el apoderamiento.

En términos similares a los juristas alemanes previamente citados, Roxin reitera, aunque creemos no muy convencido, que "*según una fórmula muy utilizada*, una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue..."<sup>198</sup> En efecto, las palabras en cursiva nos muestran cierto ánimo de discrepancia en este autor, lo cual se confirma con el análisis por separado que el mismo lleva a cabo, tanto de la *agresión inmediatamente inminente* como de la que *está teniendo lugar*.

En cuanto a la primera, nos dice que es frecuente encontrar descripciones semejantes a la determinación de la frontera de la tentativa, al atender al criterio de si es inmediatamente inminente la lesión del bien jurídico o de si la amenaza se puede convertir inmediatamente en lesión, equiparación respecto de la cual manifiesta su inconformidad, pues la frontera de la tentativa debe situarse lo más próxima posible a la consumación por razones propias del Estado de Derecho, ya que la punición presupone la realización del tipo propiamente dicha.<sup>199</sup> Esta afirmación nos parece correcta, pues la tentativa presupone la realización en parte o de todos los actos ejecutivos que debieran producir el

---

<sup>197</sup> Cfr., Idem.

<sup>198</sup> ROXIN, Claus. Op. cit., p. 618.

<sup>199</sup> Cfr., Ibidem, p. 619.

resultado, por lo que nos encontramos frente a una agresión ya iniciada, en marcha, o en términos del propio Roxin, de la agresión que *está teniendo lugar*.

Es frecuente encontrar también fórmulas, según las cuales, una agresión ya es inmediatamente inminente cuando posteriormente ya no se la podría repeler o sólo sería en condiciones más graves; sin embargo, el maestro alemán últimamente citado, considera que sólo se puede incluir junto a la tentativa, la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa. Así, en ese ámbito de los actos preparatorios próximos a la tentativa, que ya fundamentan la defensa legítima, es donde encaja el *disponerse inmediatamente a la agresión*.<sup>200</sup>

Por lo que hace a la *agresión que está teniendo lugar*, cabe actuar en defensa legítima contra la que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada; por ello, es admisible la defensa especialmente en los delitos permanentes, en tanto se mantenga la situación antijurídica (v. gr. allanamiento de morada, detención ilegal). En el caso de robo, a pesar del apoderamiento, la agresión a la propiedad sigue siendo actual mientras el botín no se haya puesto a buen recaudo.<sup>201</sup>

El maestro Zaffaroni aborda la cuestión que nos ocupa desde un ángulo de observación que enfoca a la acción defensiva y su límite temporal. En este contexto, nos dice el destacado jurista argentino que "La situación de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente

---

<sup>200</sup> Cfr., Idem.

<sup>201</sup> Cfr., Idem. La situación es distinta cuando, como ocurre por regla general, coinciden consumación formal y agotamiento o terminación material: Así, quien responde a una injuria o una bofetada con una bofetada, no obra en defensa legítima, puesto que la agresión ya no es actual. Sólo si el agresor sigue pegando o pronunciando insultos y expresiones injuriosas, de modo que aún continúa en el momento de la defensa, habrá defensa legítima que amparará la conducta del agredido, que con un contraataque físico le obligue a concluir o a callar.

apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos."<sup>202</sup>

En la inteligencia las palabras del maestro argentino, es fácil ubicarlo dentro de aquellos autores con una concepción amplia de la actualidad de la agresión, debido a que estima posible una defensa dentro del siguiente ámbito temporal:

- Desde que se presenta una amenaza inmediata al bien jurídico, obviamente producto de una agresión muy próxima, aún no iniciada. En este caso nos encontramos ante lo que hemos llamado *agresión inminente*.
- Hasta que la agresión ha cesado formal y materialmente, es decir, cuando ha terminado la actividad lesiva y la posibilidad de eliminar sus efectos. En esta hipótesis, claramente identificable con la agresión actual en sentido estricto, se omite establecer el carácter ya iniciado de la agresión, lo que permite distinguirla de la mencionada en el inciso anterior.

Coincidente en términos generales con lo afirmado por Roxin respecto a la tentativa, Zaffaroni hace hincapié que en el caso de una agresión *típica*, no deben identificarse los momentos señalados previamente con la tentativa y consumación, respectivamente, ya que puede presentarse una defensa legítima sin tentativa o con posterioridad a la consumación.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 603.

<sup>203</sup> Con relación a este último supuesto, Zaffaroni es acorde enteramente con lo expuesto anteriormente por otros tratadistas, al afirmar que defiende legítimamente su patrimonio el propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó un par de días antes, si lo halla casualmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo. Ello obedece, afirma Zaffaroni, a que la defensa legítima no persigue sino proteger bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando, a pesar de haber afectado ya intereses protegidos, una reacción puede aún neutralizar total o parcialmente los efectos de la conducta lesiva. (Cfr., Idem.)

Anteriormente comentamos que sólo se *repele* una *agresión actual*, contemporánea a la acción defensiva, mientras que se habla de *impedir* cuando se hace referencia a una *agresión inminente*, muy próxima o cercana; en este último supuesto cabe la interrogante: ¿Desde qué momento es ello posible? A la cual Zaffaroni responde: "Desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y, dado que dispone de los medios idóneos para ello, puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato para los bienes jurídicos. Ese es el momento en que comienza el peligro y con él la situación de defensa."<sup>204</sup>

Por último, resulta ilustrativo el criterio que sobre la actualidad o inminencia de la agresión sustentan nuestros tribunales, a través de las tesis tanto jurisprudenciales como aisladas que transcribimos a continuación.

LEGITIMA DEFENSA. El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquél, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aun la de un tercero.<sup>205</sup>

LEGITIMA DEFENSA, EXCLUYENTE DE. MOMENTO EN QUE OPERA LA. La característica distintiva de la excluyente de legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta exista, esto es, requiere que la acción repulsiva del agente se ejercite contemporáneamente a la agresión actual y al peligro inminente que la motive, debiendo entenderse que el ataque es actual cuando reviste características de inminencia o persista en el presente, pero no cuando sólo se dibuje en el futuro o cuando ha concluido, por ende, la reacción defensiva efectuada en diverso momento no puede considerarse como legítima defensa.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Ibidem, p. 604.

<sup>205</sup> Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado Del Sexto Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 78, Junio de 1994, Tesis Jurisprudencial VI.2o. J/282, Página 69.

<sup>206</sup> Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XI, Mayo de 1993, Página 349.

El criterio plasmado en las anteriores tesis jurisprudencial y aislada, respectivamente, es enteramente coincidente con el concepto amplio de agresión actual postulado por la mayoría de los doctrinarios estudiados, circunstancia que no impide distinguir con claridad los elementos que lo integran, o sea, la inminencia, por un lado, y la actualidad propiamente dicha, por el otro.

En efecto, la tesis jurisprudencial que se transcribe enseguida aborda a la inminencia en particular, estableciendo una idea general de lo que la misma implica.

RIÑA, EXCLUYE LA LEGITIMA DEFENSA. Para que la legítima defensa exista, se requiere que el agredido repela una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho; y tratándose de riña, la inminente agresión no puede existir, ya que tal concepto implica la imposibilidad de eludir el peligro, y en la riña se prevé la agresión y se puede fácilmente evitarla, por otros medios legales.<sup>207</sup>

La imposibilidad de eludir el peligro resulta, en nuestro concepto, no sólo coincidente sino también complementario respecto de lo dicho anteriormente a propósito de la inminencia, pues una agresión aún no iniciada, pero muy próxima o cercana, es factible que dé margen a emprender una defensa legítima cuando la voluntad manifiesta del agresor y los medios de que dispone para ello, apreciados adecuadamente por el agredido, se revelen en un peligro inmediato con grandes dificultades de ser eludido dada su proximidad.

Finalmente, la actualidad en estricto sentido es advertida, aunque implícitamente, por los criterios siguientes.

LEGITIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA. Los actos ejecutados en contra del ofendido con posterioridad a la consumación de la agresión realizada por éste no pueden ya estimarse como evitativos que justifiquen legítima defensa,

---

<sup>207</sup> Quinta Época, Primera Sala, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte HO, Tesis Jurisprudencial 991, Página 621.

sino actos de represalia o venganza cuya ilegalidad impide que la responsabilidad penal se excluya por tal concepto.<sup>208</sup>

LEGITIMA DEFENSA, NO CONFIGURADA. Si en un caso se demuestra que el occiso fue victimado por la espalda, cuando proceda a retirarse del lugar donde momentos antes injuriaba y trataba de atacar al inculpado, ello revela que había cesado el peligro inminente y la agresión, por lo que debe estimarse que el homicidio se cometió como represalia o venganza y en consecuencia no se configura la legítima defensa.<sup>209</sup>

Aunque en las tesis anteriores sólo se insiste en la consumación o en la cesación de la agresión, de estas mismas expresiones se infiere que la agresión será actual cuando está en marcha, se ha iniciado y no ha cesado o concluido, y es precisamente este tiempo, según sea el caso, aunado al de la inminencia, en el que deberá producirse la defensa contra la agresión para ser calificada como legítima, sin perjuicio de los otros requisitos legales.

Del estudio realizado acerca de la actualidad de la agresión, podemos darnos cuenta que las posturas en torno a la misma se bifurcan en:

- Aquellas que estipulan el concepto actual como comprensivo de la agresión no iniciada, pero muy cercana o próxima (*inminencia*); así como de la agresión en marcha y aún no concluida (*actualidad estricta*).
- Las que asumen el tratamiento separadamente de la agresión inminente, por un lado, y de la actual, por el otro.

Con independencia de cual sea la postura que se asuma, pues ello no impide diferenciar los extremos exigidos por nuestra legislación, nos parece que la *inminencia* puede presentar los mayores inconvenientes debido a la dificultad en la delimitación de su significado, pues al hacerse referencia a que la agresión

---

<sup>208</sup> Sexta Época, Primera Sala, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte SCJN, Tesis Jurisprudencial 194, Página 110.

<sup>209</sup> Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado Del Cuarto Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1988, Página 386.

está muy cercana, próxima, no muy alejada en el tiempo, etc., impide entender con precisión la magnitud de la lejanía o cercanía respecto a su inicio y el consiguiente peligro de daño para bienes jurídicos. En este sentido, observamos en la expresión *agresión inminente*, una vaguedad por el requisito del *quantum*, en donde sus características definitorias, a pesar de estar identificadas plenamente y con presencia constante, los usos no determinan con precisión el grado, la medida o cantidad en que una de las notas distintivas (en este caso *la proximidad en el tiempo*) debe aparecer para considerar a la expresión de referencia como aplicable al caso.

### **3.1.1.1.3.- Antijurídica.**

En el presente apartado nos ocuparemos de estudiar la *antijuridicidad* de la agresión, para determinar la variabilidad existente en los diversos autores respecto a las notas distintivas que los mismos consideran para denotarla.

Con ese propósito, encontramos a Ranieri,<sup>210</sup> quien emplea la expresión *injusticia de la ofensa*, entendiendo por la misma a la conducta que amenaza, susceptible de valoración por parte del derecho, por ser opuesta a sus normas.<sup>211</sup> Agrega este jurista que, debido a que de esta valoración, no escapa la conducta de quien no es penalmente imputable, es posible la defensa legítima contra quien no tiene la capacidad de entender o de querer.

Cuando se alude a una conducta que es opuesta a las normas del derecho, sin especificar alguna rama del mismo, el propio Ranieri parece entender que no es preciso que la antijuridicidad de la agresión sea

---

<sup>210</sup> Cfr., RANIERI, Silvio. *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, Derecho Penal Objetivo, El Delito, Tr. Jorge Guerrero, Ed. Temis, Colombia, 1975, p. 214.

<sup>211</sup> Por lo que respecta a la norma de valoración, y la diferencia en cuanto a sus implicaciones en relación con la norma de determinación, véase el apartado 2.1.3. del Marco Conceptual, relativo a los conceptos doctrinarios sobre la Antijuridicidad.

particularmente penal, mostrándose por ello en acuerdo pleno con diversos tratadistas como tendremos oportunidad de constatar.

En efecto, en este mismo sentido se pronuncia Maggiore<sup>212</sup> cuando expone que el concepto de antijuridicidad o injusticia, no coincide con el de criminalidad, es decir, no debe tratarse necesariamente de una agresión con carácter de ilícito penal, sino que puede constituir también un ilícito civil.

Por su parte, Fioretti y Zergbolio<sup>213</sup> haciendo eco del Tribunal Supremo Español, consideran que antijuridicidad o ilegitimidad es la falta de causa, razón o motivo que justifique o autorice la agresión.

Estos autores, al no circunscribir expresamente la antijuridicidad dentro de los límites del derecho penal, permiten estimarla como general, única, proveniente de cualquier rama del derecho, criterio coincidente con el de los otros autores italianos.

En nuestro medio, Vela Treviño<sup>214</sup> nos dice que siempre debe buscarse la fundamentación que el derecho da o niega a la agresión que motiva la repulsa, de tal suerte, cuando la agresión es justificada o conforme a derecho, su repulsa no podrá ampararse en la causa de justificación que estudiamos; mientras que cuando la agresión se produzca sin derecho, el rechazo será en ejercicio del derecho que para ello se tenga.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> Cfr., MAGGIORE, Guiseppe. Op. cit., p. 409.

<sup>213</sup> Cfr., FIORETTI, Julio, et al. Op. cit., p. 221.

<sup>214</sup> Cfr., VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit., p. 271.

<sup>215</sup> Así, no hay una agresión antijurídica al patrimonio cuando la afectación que se le causa es motivada, por ejemplo, por una orden de un juez (embargo de bienes, lanzamiento, etc.), ya que el individuo está obligado a acatar esa agresión formal a sus intereses; por tanto, una repulsa en estas condiciones no puede justificarse; contrariamente, puede haber defensa legítima contra los actos realizados en abuso de autoridad, ya que la arbitrariedad siempre es ejecutada sin derecho.

Atendiendo a los elementos anteriores, el destacado juspenalista mexicano define a la antijuridicidad de la agresión como "...la desprotección... de intereses jurídicamente tutelados por medio de una conducta carente de motivación y fundamentación jurídicas."<sup>216</sup>

Conteste con el anterior criterio, Malo Camacho<sup>217</sup> nos dice que para considerar ilegítima a la agresión, ésta no debe suponer una acción apoyada y fundada jurídicamente, antes bien, debe aparecer contraria a las normas jurídicas, lo que resulta lógico, toda vez que si quien arremete lo hace cumpliendo un deber a su cargo, naturalmente no incurre en acción ilícita.

Una postura que podríamos estimar un tanto dispar en relación con las anteriores, particularmente respecto de las italianas, es la del maestro González Quintanilla<sup>218</sup>, pues estima que la agresión precisa ser típica y antijurídica, en otros términos, ha de tratarse de una acción ubicada dentro del marco de la antijuridicidad penal, llevando implícito, según este autor, que cualquier agresión efectuada por un inculpable o por un inimputable, incluyendo animales, puede ser sujeto de reacción defensiva.

Al respecto, creemos se va demasiado lejos incluyendo a los animales como susceptibles de agredir, pues en tal caso se llegaría a la incorrecta conclusión de que éstos delinquen, dado que la antijuridicidad que califica a la agresión, según la concepción de este autor, está enmarcada dentro del ámbito penal; sin embargo, en semejante caso, la "supuesta agresión" ni siquiera sería típica si consideramos que en ningún código penal existen tipos que prevean agresiones de animales, ya que los únicos que pueden cometer delitos, es decir, ser sujetos activos de delitos, son los seres humanos. El ataque de algún animal

---

<sup>216</sup> Idem.

<sup>217</sup> Cfr., MALO CAMACHO, Gustavo. Op. cit., p. 417.

<sup>218</sup> Cfr., GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Op. cit., p. 330.

puede ser tratado como un caso de estado de necesidad según nos hemos pronunciado antes, y sólo se podría hablar de una defensa legítima, pero no respecto de ellos, sino de quien los emplea como instrumento para agredir.

En la doctrina española, el maestro Jiménez de Asúa<sup>219</sup> prefiere emplear el término *ilegítima*, puesto que hablar de *ilegal* implicaría una agresión constitutiva de delito, con lo cual este jurista está en desacuerdo.<sup>220</sup> En este sentido, la ilegitimidad de la agresión, o mejor dicho, la ingerencia en un bien propio o de otro, depende de la intervención y no de la persona que la ejecuta; por eso, la autoridad que obra contra nosotros en acción ilegítima puede ser repelida en defensa legítima. Además, por lo mismo que la agresión se refiere a la legítima defensa, que es objetiva, objetivamente debe ser apreciada la ilegitimidad.<sup>221</sup>

Por su parte, Mir Puig<sup>222</sup> nos dice que *agresión ilegítima* es lo mismo que *agresión antijurídica*, y que ello significa que no requiere que su autor sea *culpable*. Agrega este autor, que siendo el dolo o la imprudencia elementos que condicionan el injusto en el esquema finalista aceptado por él, la agresión ilegítima deberá ser dolosa o imprudente, no existiendo así la posibilidad de una defensa en el supuesto de una agresión en caso fortuito, pues no sería antijurídica.

---

<sup>219</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 200. El maestro español, nos parece, está de acuerdo en aceptar que por ilegitimidad se entienda una agresión opuesta o contraria a la ley, puesto que en las diversas citas observadas en su obra así nos permite apreciarlo, a pesar de no establecer un concepto expreso a este respecto; v. gr. En la cita que hace de Silvela a propósito de la ilegitimidad de la agresión, no critica la concepción que éste tiene de la ilegitimidad, sino su consideración de que la misma va implícita en la agresión.

<sup>220</sup> Para explicar su criterio de rechazo a una antijuridicidad penal que califique a la agresión, el Maestro Jiménez de Asúa nos dice: "Si no cabe legítima defensa contra quien ejerce un derecho, la mujer no puede actuar en defensa legítima negando al marido el debito conyugal (que éste exige violentamente)... si hubiéramos considerado la agresión como delito... no nos hubiera sido fácil construir la legítima defensa de la esposa en riesgo de coito contra natura, ...puesto que (este delito) no existe en el derecho vigente de España..." (Ibidem, p. 202.)

<sup>221</sup> La defensa legítima no será posible contra quien ejerza un derecho, puesto que su ingerencia en nuestros bienes no puede decirse que es ilegítima; si reaccionamos violentamente contra los funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, nos privan de los derechos subjetivos que poseemos sobre esos bienes; o contra quien actúa en estado de necesidad justificado, etc., no podemos alegar la defensa legítima.

<sup>222</sup> Cfr., MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 463.

Haciendo una interpretación del código penal español, este autor precisa que la agresión a los bienes (en sentido patrimonial) debe ser constitutiva de delito, y que *a contrario sensu*, las agresiones que no afecten a los bienes no han de ser necesariamente infracciones penales, bastando, por ejemplo, una agresión a derechos protegidos sólo civilmente. En apoyo de esta idea, Mir Puig señala que políticamente-criminalmente, sería insatisfactorio negar la posibilidad de defensa frente a quien desea perjudicar a otro en sus derechos reconocidos por la ley civil. Ciertamente, en estos casos de agresiones menos graves, los límites de la defensa legítima han de ser más estrechos, pero ello no ha de impedir toda defensa.<sup>223</sup>

En la explicación anterior, podemos observar una tendencia a rechazar el carácter penal de la antijuridicidad que califica a la agresión; sin embargo, la regulación legal se impone, lo que no obsta para su crítica y futuro perfeccionamiento. Así, de no exigirse el carácter penal de la agresión a bienes en el código penal español, se optaría seguramente por este autor, la exigencia de una antijuridicidad en general.

En forma opuesta, Luzón Peña nos señala: "Si para conseguir el prevailecimiento del Derecho y lograr sus fines de prevención general intimidatoria el orden jurídico no recurre a la pena... sino en los casos de

---

<sup>223</sup> Cfr., Ibidem, p. 464. En sentido contrario Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 103, para este autor, políticamente-criminalmente sólo una agresión constitutiva de un tipo de injusto puede tener la entidad suficiente para justificar la defensa, por lo que la disposición expresa relativa a los bienes contenida en el código español, es considerada como adecuada para hacerla extensiva a los demás bienes jurídicos, lo cual implica una restricción para la defensa de los mismos; asimismo, Quintero Olivares se pronuncia por una ilicitud que corresponda al concepto de ilicitud penal, ya que nos dice: "...El agredido realiza, al reaccionar, un tipo de delito, y por eso es precisamente acusado y, luego, justificado. Pero si los comportamientos típicos son los más injustos que contempla el Derecho, no será comprensible que se justifique la realización de un acto típico frente a otro acto que ni siquiera tiene tal carácter. Además, ...un acto atípico no podrá tener la propiedad esencial del ataque que ha de dar lugar a la legítima defensa, cual es la de poner en peligro o deterioro un bien jurídico penalmente tutelado, única situación en la que se admite la legítima defensa. Por consiguiente, *la ilicitud debe corresponderse con el concepto de ilicitud penal.*"(QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. Op. cit., p. 497.

ataques a los bienes jurídicos más importantes (los jurídicopenalmente protegidos) y además frente a las formas más graves o peligrosas de ataque (las tipificadas), parece que lo más satisfactorio y consecuente es limitar ese otro medio de intimidación –la legítima defensa- de igual o mayor dureza aún que la pena... a los casos de ataques de esa misma entidad, es decir, a las *agresiones típicas* contra bienes jurídicopenalmente protegidos.”<sup>224</sup>

Como se aprecia, este autor se pronuncia por una antijuridicidad circunscrita al ámbito penal como adjetivo calificativo de la agresión, lo cual puede representar en cierto sentido una ventaja, pues tendríamos un ámbito más preciso o delimitado para atender a la antijuridicidad; sin embargo, creemos que si se extiende el origen de ésta a diversas ramas del derecho, estaremos en posibilidad de proteger mediante la defensa legítima una mayor cantidad de bienes jurídicos, aunque no estén penalmente protegidos. Ahora bien, la circunstancia de ampliar los bienes defendibles no implica que la defensa que en su caso se autorice sea desmedida, ya que se debe estar a otro elemento limitador de la causa de justificación que estudiamos, como es la proporcionalidad, a la cual nos referiremos posteriormente.

La doctrina alemana parece estar de acuerdo en que la antijuridicidad de la agresión no este limitada al sólo ámbito penal, o sea, que no se trate de agresiones-delitos. En esa tónica se ubica Welzel, quien estima es indiferente la parte del ordenamiento jurídico donde se haya declarado antijurídica la intervención correspondiente, sea en el derecho penal, civil, constitucional o administrativo.<sup>225</sup>

En este mismo sentido, Jescheck afirma categóricamente que la agresión antijurídica no precisa ser punible, indicando que será tal, aquella “que lesiona

---

<sup>224</sup> LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., págs. 519-520.

<sup>225</sup> Cfr., WELZEL, Hans. Op. cit., p. 101.

objetivamente el ordenamiento jurídico. Basta para ello con la proximidad de producción del resultado. No se requiere una actuación dolosa o, al menos, culposa por parte del agresor.”<sup>226</sup>

Maurach, haciendo hincapié en la *antijuridicidad* de la agresión como supuesto necesario para la defensa legítima, nos comenta que deja de ser antijurídica la acción realizada con sustento en especiales deberes y derechos. En estas condiciones, el ejercicio ordenado del poder estatal, basado en un mandato o en el ejercicio, adecuado al deber, del propio arbitrio, no implica tampoco (en las detenciones, confiscaciones, registros, embargos, privación de libertad) agresión antijurídica alguna.<sup>227</sup>

Ahora bien, si el acto de ejecución estatal es injusto (transgresión de la competencia por razón del asunto, o evidente infracción por el funcionario de las reglas referentes al arbitrio) la conducta será antijurídica y permitirá la defensa. El que se actúe en cumplimiento de un mandato no origina, en caso alguno, una circunstancia excluyente de la antijuridicidad, pues se debe examinar siempre si el mandato se ha emitido conforme a derecho y si su orientación es justa.<sup>228</sup>

*No es necesario, continua explicándonos Maurach,<sup>229</sup> que la agresión constituya una conducta conminada con pena.* La circunstancia de que el agresor actúe en una situación de necesidad excluyente de la responsabilidad del hecho, de que concurra en su favor una causa de exclusión de culpabilidad, no hace

---

<sup>226</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 306. Así, la defensa es también admisible frente a la agresión de ebrios, enfermos mentales, niños y personas que actúan con error o imprudentemente. Las consecuencias inadecuadas se evitan atendiendo a que en los mencionados casos falta el interés en la afirmación del derecho, y por ello, sólo es lícita la defensa cuando el agredido no puede eludir el ataque.

<sup>227</sup> Cfr., MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 380. Se debe excluir también, afirma este jurista alemán, la defensa legítima cuando el órgano ejecutivo del Estado en un supuesto que debe ser resuelto por el ejercicio, adecuado al deber, del propio arbitrio, incurre en un error real; esta situación se puede presentar cuando el funcionario de policía detiene preventivamente a un sospechoso no culpable, cuando se lleva a cabo un embargo con un título conseguido de mala fe o cuando éste se realiza en un domicilio distinto.

<sup>228</sup> Cfr., Idem.

<sup>229</sup> Cfr., Idem.

desaparecer la antijuridicidad, pudiéndose verificar defensa legítima frente a las agresiones de los niños, enfermos mentales o embriagados.

A diferencia de los autores alemanes previamente citados, Roxin<sup>230</sup> se pronuncia por una antijuridicidad de la agresión coincidente con el concepto de antijuridicidad de la teoría del delito, integrada tanto por un desvalor de acción como por un desvalor de resultado. Como se aprecia, este tratadista adopta una postura dualista respecto de la antijuridicidad, aunque dándole preponderancia al desvalor de acción, pues estima que faltando éste desaparece la antijuridicidad.<sup>231</sup>

Existen diversas construcciones dogmáticas relativas a la antijuridicidad; una de ellas, la tradicional, pretende determinar la antijuridicidad de la agresión atendiendo únicamente al resultado; otra posición admite la defensa legítima sólo frente a una agresión culpable, es decir, el concepto de *antijuridicidad* debe entenderse en el sentido de *culpable*, opinión que trae aparejada la consecuencia de excluir una agresión ante la falta de culpabilidad en el agresor. Como replica a la última construcción dogmática, se esgrime la clara distinción que la ley hace entre antijuridicidad y culpabilidad; además, el derecho a la defensa legítima, según un principio básico, tampoco está restringido frente a personas que actúen sin culpabilidad; de esta forma, el prevalecimiento del derecho no se queda sin objeto: la defensa legítima debe afirmar el derecho

---

<sup>230</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., p. 615. Consecuencia de su postura, Roxin nos dice: "...en primer lugar faltará la antijuridicidad de la agresión cuando el agresor esté amparado por una causa de justificación... Por tanto, nunca es posible legítima defensa contra legítima defensa, estado de necesidad justificante... agresión... amparado por consentimiento... Pero también se excluye la legítima defensa solamente con que una actuación, aun sin estar cubierta por un derecho de intromisión, no vulnere el cuidado debido en el tráfico; pues en tal caso falta el desvalor de la acción y por eso también la antijuridicidad de la agresión..." En este último caso, referente a un accidente de tránsito, Roxin nos explica que si bien el conductor ha actuado con la diligencia debida, el peatón no tiene porque dejarse atropellar, pudiendo actuar, en este caso, dentro del marco del estado de necesidad justificante.

<sup>231</sup> Al respecto Vid. Punto 2.1.3. de Conceptos Doctrinales relativos a la Antijuridicidad del Marco Conceptual.

frente al injusto y no sólo frente a la culpabilidad, debiendo dejar en claro quien está del lado del derecho y quien en el del injusto.<sup>232</sup>

El maestro argentino Zaffaroni nos explica que una agresión antijurídica o ilegítima es "...toda conducta que afecta bienes jurídicos sin derecho."<sup>233</sup>

En la definición anterior encontramos tres elementos principales, los cuales comentaremos a continuación.

- La *conducta*, elemento indispensable de toda agresión, por su propia naturaleza corresponde a un ser humano, único susceptible de llevarla a cabo según hemos insistido con anterioridad.
- *Afectación de bienes jurídicos*. No es pensable una agresión que no ponga en peligro o lesione bienes jurídicos, pues esta circunstancia es su presupuesto. Más que lesión, se trata aquí de puesta en peligro de bienes jurídicos, debido a que la defensa legítima está dirigida a repeler o impedir aquella, y si la "defensa" se llevara a cabo una vez producida la lesión, no sería una acción de defensa sino de venganza.
- Finalmente, el elemento *sin derecho* nos lleva a entender que la acción emprendida carece de sustento jurídico, circunstancia reveladora de su oposición o contradicción respecto del orden jurídico.

---

<sup>232</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 616-617. Es cierto que frente a agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida la necesidad de afirmación del derecho es menor que de lo contrario; y por eso, una defensa en tales casos no está requerida en la misma medida que en los otros, y ha de procurar tener mayores consideraciones; sin embargo, el prevailecimiento del derecho no se puede quedar sin objeto, según quedó apuntado. Los autores que niegan la defensa legítima contra una agresión antijurídica pero no culpable, no obstante, no requieren exigirle al agredido que soporte la agresión, sino que, apelando a la regulación del estado de necesidad (justificante, de acuerdo al art. 34 del CP alemán), le conceden las mismas facultades de defensa que permite una defensa legítima con restricciones ético sociales, renunciando nuevamente con ello a los efectos preventivo generales de la defensa legítima, tan valiosos a afectos de la psicología social, y a la distinción entre injusto y culpabilidad, elaborada con tanto esfuerzo a lo largo de la evolución dogmática, precisamente en referencia al derecho de legítima defensa. (Cfr., *Ibidem*, p. 618)

<sup>233</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 599.

Para ser procedente, la defensa legítima requiere de una agresión con las características anteriores, es decir, que sea *antijurídica*, aunque no sea típica, puesto que la antijuridicidad puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico.<sup>234</sup>

Finalmente, Nino<sup>235</sup> llega a la conclusión, después de hacer un estudio de la clase de derechos que son susceptibles de defensa legítima, de que sólo se está autorizado a ejercer una acción defensiva cuando la agresión consiste en la violación de un deber jurídico hacia el agredido; así, una *agresión ilegítima* trae aparejado, como mínimo, la violación de una obligación jurídica, de tal suerte que una *acción emprendida sin derecho* no es suficiente, pues se precisa de un deber a no emprenderla.

Las interesantes manifestaciones de este destacado jurista argentino nos parecen acertadas por cuanto en la realidad ocurre; v. gr., en lo tocante a los derechos de vida, salud, libertad, propiedad, etc., pueden ser considerados como *erga omnes*, es decir, son oponibles a todo el mundo, a todas las personas, en el sentido de que éstas tienen la obligación de respetar o no interferir, salvo excepciones, en el goce de los mismos por parte de su titular.

---

<sup>234</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 600. Reiteramos en este momento que resulta inadmisibles la defensa legítima contra cualquier conducta que sea conforme al deber jurídico o que tenga lugar dentro del ámbito de la juridicidad. En este orden de ideas, Zaffaroni resulta perfectamente razonable al estimar que no quepa posibilidad alguna de legítima defensa contra los actos legítimos de la autoridad pública, por más que fueran injustos. Así, el funcionario es tal siempre que actúe dentro del marco de sus facultades o deberes legales, no pudiendo considerarse como agresión antijurídica la conducta desplegada en atención a estos lineamientos. Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares, se encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de nuestros derechos que el orden jurídico establece, y que emergen de las leyes que reglamentan su ejercicio. Así, si un policía detiene a un sospechoso, su conducta no será antijurídica, a condición de que se trate de un sospechoso. No existiendo razón para considerarlo tal, su conducta será ejercicio arbitrario de la función pública, por tanto, antijurídica. En el caso de un error judicial, éste no puede ser estimado como agresión, dada la falta de voluntad encaminada a lesionar un bien jurídico. La víctima del error puede defenderse de quien induce a error al juez, pero respecto de éste sólo cabe el estado de necesidad. (Cfr., *Ibidem*, págs. 601-602) Las ideas anteriores de Zaffaroni nos parecen adecuadas, además de coincidentes con las de Roxin, respecto de quien es necesario resaltar, por estar de acuerdo con lo expresado por él, la circunstancia de que no basta que una autoridad obre con base en un mandamiento, ya que es preciso verificar que éste se encuentre debidamente fundado y motivado, es decir, con un adecuado sustento legal y aplicabilidad al caso concreto.

<sup>235</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. LA LEGÍTIMA DEFENSA, p. 85.

Hemos aludido a excepciones en la obligación de respetar o no interferir en el goce de los derechos anteriores, en razón de que éstos, v. gr., el derecho de propiedad o libertad, pueden ser objeto de afectaciones, particularmente de autoridades, que fundando y motivando sus resoluciones ordenen ya sea embargos, o bien, privación de la libertad mediante el libramiento de ordenes de aprehensión, etc.

Además, si bien en nuestro sistema jurídico no se aplica la pena de muerte como restricción a la vida por diversos motivos, o penas corporales por estar prohibidas de acuerdo con el artículo 22 constitucional, podemos encontrar estas excepciones de oponibilidad *erga omnes* de los derechos en comento en otros sistemas jurídicos, como los de derecho religioso, particularmente el musulmán, en el que se prevé la pena capital y la mutilación, entre otras.

Establecida su posición, Nino<sup>236</sup> se formula a sí mismo la interrogante de si cualquier pretensión frente a una obligación de otro da margen a una defensa legítima, o debe ser una pretensión apoyada por sanciones de índole penal. Al respecto, nuestro autor se pronuncia por una antijuridicidad general<sup>237</sup>, es decir, no exclusivamente penal, señalando que debe requerirse, contra lo que Luzón Peña opina, una proporcionalidad entre agresión y defensa; por ello, la defensa legítima está tan limitada como la pena, y por las mismas razones, por la

---

<sup>236</sup> Cfr., Ibidem, p. 88

<sup>237</sup> Conciente del curso errático de la doctrina al respecto, este jurista argentino reconoce lo nada despreciable de los argumentos de quienes adoptan una posición contraria a la suya con relación a la antijuridicidad. De esta forma, la legitimidad de la defensa depende, en parte, del consentimiento del agresor a perder la inmunidad contra ataques a sus bienes que sean necesarios para repeler su propia agresión. Aunque la pérdida de inmunidad aludida podría, hipotéticamente, operar en forma independiente a la pérdida de inmunidad contra la pena, hay razones para estipular que esa pérdida de protección jurídica frente a los particulares sólo se produzca cuando se da la pérdida de la inmunidad frente al poder coactivo público: en primer lugar, ello facilita que se satisfaga el requisito del consentimiento, haciendo coextensivo el conocimiento de la punibilidad de la acción con el conocimiento de que ella es susceptible de generar una defensa privada. En segundo término, que la defensa sea legítima sólo cuando la agresión es penalmente antijurídica garantizaría que, en términos generales, se minimicen los errores en la apreciación de los intereses sociales involucrados, o se adopte la apreciación del legislador en un ámbito donde no están comprometidos seriamente principios de justicia fundamentales. (Cfr., Ibidem, p. 89)

exigencia de proporcionalidad. Como segundo argumento en pro de su posición, Nino pone de manifiesto la posibilidad de concebir acciones defensivas que sean menos costosas que una pena, y cuya permisión fuera socialmente provechosa, en contraste con la imposición de penas para prevenir las mismas acciones.<sup>238</sup>

No queremos concluir esta sección de nuestro trabajo sin referirnos en particular a los criterios correspondientes a nuestros tribunales, los cuales, salvo excepciones, no han formulado explícitamente una noción en torno a la ilegitimidad de la agresión, pues el entendimiento de ésta a través de la jurisprudencia se pone de manifiesto de manera implícita, a propósito de explicar cuestiones relacionadas o colaterales:

LEGITIMA DEFENSA Y RIÑA (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA). La defensa legítima y la riña se excluyen, pues mientras en ésta las dos actitudes son antijurídicas, al acudir a las vías de hecho los protagonistas para dirimir sus diferencias, en la justificante de legítima defensa, se encuentra una *conducta* lícita, acorde con el derecho, frente a una *injusta agresión*.<sup>239</sup>

En efecto, en la tesis aislada transcrita, al establecerse la diferencia entre riña y defensa legítima, se precisan los elementos fundamentales que caracterizan a esta última, es decir, nuestra justificante se revela en una conducta lícita, en armonía con el orden jurídico, al rechazar o impedir, según sea el caso, a una diversa (agresión) que no lo está, ya que es contraria al mismo según se advierte de la redacción del criterio de referencia.

Como se puso de manifiesto, es posible encontrar excepcionalmente algunos criterios que en forma directa, aunque no completa o precisa, hagan

---

<sup>238</sup> Como ejemplo de lo anterior, Nino, con referencia al derecho argentino, alude a casos de incumplimiento contractual en donde se bloquea el pago de cheques con el fin de evitar el perjuicio patrimonial, casos en donde las sanciones penales son socialmente inconvenientes, mientras que las acciones defensivas como el bloqueo de cheques sería, quizás, un medio mucho más eficaz de defensa de los derechos patrimoniales que las acciones judiciales, lentas, costosas y aleatorias.

<sup>239</sup> Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, LX, Página 31

referencia a la ilegitimidad de la conducta agresiva, tal es el caso de la siguiente tesis aislada que confirma el carácter contradictorio de aquella respecto del orden jurídico, agregando como característica de la misma la ausencia de fundamento jurídico.

LEGITIMA DEFENSA. Es de explorado derecho que para que quede debidamente comprobado el ejercicio del derecho de legítima defensa, se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias: primera: que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar, sea injusta, pues de otra manera, el derecho de rechazarla no existiría (por agresión se entiende al acometimiento: acometer alguno con el objeto de causarle daño y *agresión injusta o ilegítima es aquella contraria a derecho*, es decir, que el que acomete o ataca *no tenga ningún fundamento jurídico* para ello); segunda es preciso que la agresión sea violenta (es decir que se emplee en la agresión una fuerza de hecho para producir la agresión, pues si esa fuerza de hecho no existe, no es necesario recurrir a la fuerza para rechazarla); y tercera: que la agresión sea presente, haciendo correr al agredido un peligro inminente, o sea, que la agresión sea actual, y la represión por parte del lesionado simultánea, porque si trata de obrar el agredido, después de que se la haya causado el mal, no se trata ya de defenderse contra él, sino de venganza que es diferente a la defensa.<sup>240</sup>

Por último, la ubicación de ideas complementarias que nos proporcionen un concepto general o global del aspecto estudiado aquí, nos la aportan criterios dispersos en la abundante producción de tesis de nuestros tribunales.

LEGITIMA DEFENSA. Para que exista la legítima defensa, se requiere que haya una agresión, y que ésta sea actual, es decir, que sea repelida en el momento mismo en que se produce y que la conducta opuesta del sujeto del delito, justifique la juridicidad del acto por la actualidad de la agresión; que la misma agresión sea inminente, esto es, que al sujeto activo no le quede otro camino que matar, ante la injusta agresión y por último, que sea sin derecho, esto es, que el agredido no haya dado motivo alguna para tal agresión.<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXXXVIII, Página: 2856

<sup>241</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CIV, Página 1499

Atentos a la expresión contenida en el criterio anterior: "...el agredido no haya dado motivo alguno para tal agresión", es posible entender que la *ausencia de motivo*, hace a una agresión ilegítima, y por tanto, carente de una fundamentación jurídica. En consecuencia, a contrario sensu, cuando se ha dado motivo para ella, la agresión puede considerarse lícita; sin embargo, respecto del invocado *motivo* no se ofrece una explicación de la magnitud o entidad que debe revestir, por lo cual se está ante una imprecisión semántica de dicha expresión, pudiendo ser aplicable a una cantidad abundante de supuestos al no existir una delimitación de su significado. No obstante estas consideraciones, es dable pensar en casos particulares donde el supuesto "agresor" actúa lícitamente frente a la conducta motivadora (ilícita) del "agredido", tal es la hipótesis del actuario judicial quien practica una diligencia de embargo, lanzamiento, etc., virtud a un mandamiento judicial debidamente fundado y motivado, actuación de la autoridad originada (motivada) por la ausencia de pago, ya sea de renta o algún documento mercantil, por parte del demandado; por ello, la reacción de éste no puede estimarse lícita ante el proceder de la autoridad en estas condiciones; contrariamente, puede haber defensa legítima contra lo actos realizados en abuso de autoridad, pues la arbitrariedad siempre es ejecutada sin derecho, y por tanto, sin fundamento o motivo.

En función de la imprecisión semántica indicada, creemos posible una referencia de nuestra legislación, virtud a la interpretación judicial, a una antijuridicidad de la agresión no exclusivamente penal, o sea, proveniente del orden jurídico en general, respecto de la cual es posible instrumentar una defensa cuyo límite estará dado por la proporcionalidad o racionalidad del medio empleado, característica que abordaremos más adelante. Sin embargo, la alusión de nuestra jurisprudencia a la antijuridicidad de la agresión como una simple *contradicción con el orden jurídico*, no puede bastar para concluir que se refiere a una antijuridicidad cuyo origen se encuentra en el orden jurídico general, pues es un error descontextualizar la ubicación de dicha expresión desconociendo los

demás elementos que pueden desentrañar el sentido de la antijuridicidad en comento; así, en múltiples tesis jurisprudenciales y aisladas es posible observar como una constante, la referencia a agresiones que implican homicidio, lesiones, adulterio, etc., o sea, acciones encuadrables en tipos penales, dándonos con ello el indicio de que la antijuridicidad de la agresión posiblemente sea de esa índole.

Consecuencia del estudio de los diversos autores y criterios judiciales citados en el desarrollo del presente apartado, es posible percatarse del cambio, no sólo en cuanto al número sino también en la esencia, de los elementos necesarios que hacen aplicable la expresión *antijurídica* como adjetivo de la *agresión*, pues hemos ubicado tres diferentes grupos de notas distintivas combinables entre sí en función del concepto que se sustente por cada autor, a saber:

- Por lo que hace a la esencia de la *antijuridicidad*, se advierten criterios que oscilan en estimarla en forma general, es decir, proveniente de las diversas ramas del derecho, no exclusivamente de la penal, y otros que consideran su origen sólo en esta rama del derecho.
- Dentro del contexto de la antijuridicidad penal se ubica una bifurcación originada por la diversa forma de concebir las normas, según se las entienda como de valoración, o bien, de determinación de conductas. Aún en esta última forma, recordemos las teorías monistas y dualistas sobre la estructura de la antijuridicidad, analizadas a propósito de los conceptos doctrinarios de ésta dentro de nuestro Marco Conceptual.
- Finalmente, la doctrina es prodiga en las nociones que confecciona en torno a la antijuridicidad, pues de una conducta opuesta o contraria a la ley, encontramos complementos que aclaran estas expresiones al indicar que aquella carece de fundamento, o sea, la agresión se verifica sin derecho, aunque como hemos visto una

acción emprendida así, según Nino, no basta, pues debe existir el deber de no emprenderla, debe implicar la violación de una obligación jurídica.

En estas condiciones, la inestabilidad de las características designativas que se consideran necesarias para estimar la antijuridicidad de una agresión, demuestran no sólo una vaguedad conceptual en atención al requisito del *quórum*, sino también una ambigüedad semántica, debido al curso errático de la doctrina y jurisprudencia que nos coloca ante la disyuntiva de optar por una antijuridicidad penal u otra proveniente de diversas ramas del derecho, siendo aquella a la que, probablemente, se refiere nuestra legislación, dada la interpretación que de ésta encontramos en los criterios de los tribunales, lo que nos permite arribar a dicha apreciación.

### **3.1.2.- Derechos y Bienes Defendibles.**

Hasta ahora nos hemos ocupado del estudio de la agresión, así como de las características que debe revestir de acuerdo con la ley para serle oponible una defensa que, en consecuencia, se califique de legítima.

En razón de que, como hemos visto, toda agresión supone un peligro de lesión para bienes jurídicos, en consecuencia, nos corresponde ahora avocarnos al estudio de la clase de derechos susceptibles de defensa legítima, y consecuencia de ello, de los bienes jurídicos objeto de aquellos.

#### **3.1.2.1.- Clase de derechos susceptibles de defensa legítima.**

Con relación a la clase de derechos respecto de los cuales es posible ejercer una defensa legítima, cuestión sobre la cual versa esta sección de

nuestro trabajo, nos apoyaremos fundamentalmente en el interesante estudio efectuado a este respecto por el maestro Carlos Santiago Nino en su obra *La legítima Defensa*.

La palabra *derecho* es ambigua, aún cuando se utilice en el sentido de *derecho subjetivo*, pues, según Nino<sup>242</sup>, existen varios conceptos o sentidos de este último como se verá enseguida:

- La expresión *derecho* puede hacer referencia simplemente a la *falta de una cierta norma*, ya se trate de una que prohíba la conducta en cuestión o de una que obligue a realizar la acción opuesta o a soportar los efectos de la acción de otro; esto es, "tener derecho a x" puede representar que no hay una norma que prohíba tal conducta, o el goce de el bien x, que obligue a realizar o a soportar x.
- *Derecho* también se emplea cuando *existe una norma que permite, faculta o autoriza una conducta*.
- Igualmente, *derecho* hace referencia a la situación de quien tiene una *pretensión frente a otros, o sea, es beneficiario de una obligación activa o pasiva de otros*. Así, *tener derecho a x* implica una norma que establece el deber de cierta gente de materializar, promover o facilitar x, o de respetar, no obstaculizar o no perturbar la realización de x o su goce por el titular de la pretensión.
- El término *derecho* puede aludir a una *acción procesal*, o sea, la posibilidad de que un individuo recurra a órganos jurisdiccionales para hacer valer una pretensión propia o de otro.
- Asimismo, el término que nos ocupa puede tener el sentido de *inmunidad o de garantía* frente a actos de autoridades que puedan perturbar u obstaculizar la conducta o situación (bien jurídico)

---

<sup>242</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., págs. 80-82.

objeto del derecho; así, *tener derecho a x* quiere decir que dentro del sistema jurídico se encuentra una norma que prohíbe dictar otras que prohíban x o que autoricen interferir con x; éste es el significado de "derecho" que corresponde a las garantías constitucionales.

- Finalmente, *derecho* hace referencia a la *competencia o capacidad* para dictar normas que obliguen a otros a realizar o no cierta conducta.

Hemos visto diferentes connotaciones de la expresión *derecho subjetivo*, dentro de las cuales se puede ubicar, en un primer momento, la hipótesis en que la legitimidad de la defensa depende de la evitación de un mal injusto, donde existe la posibilidad de que un sujeto pierda un bien sin que esté jurídicamente obligado a soportar dicha pérdida o menoscabo, esto es, falta una norma que establezca esa obligación, de acuerdo al primer sentido de derecho subjetivo.

Sin embargo, nuestro autor<sup>243</sup> advierte la insuficiencia de este criterio al preguntarse a sí mismo si es razonable decir que alguien tiene el deber jurídico de soportar que alguien no le haga una reverencia al saludarle; ciertamente, los demás no tienen el deber jurídico de hacerle reverencias, pero es dudoso que entre los deberes de esta persona figure el de sufrir esa omisión por parte de terceros, de todo lo cual concluye que la falta de tal obligación es una condición necesaria pero no suficiente para la legitimidad de la defensa.

El segundo de los sentidos de *derecho subjetivo*, a primera vista plausible, parece cubrir satisfactoriamente la hipótesis de legítima defensa, ya que alude a la existencia de una autorización positiva para realizar una acción, siendo

---

<sup>243</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 83.

jurídicamente defendibles los derechos que involucran tales permisos o autorizaciones.

A pesar de la aparente factibilidad de esta idea, del hecho que nos esté positivamente permitido hacer algo, no se infiere necesariamente que a los demás no les esté permitido o que les esté prohibido la realización de actos que obstaculicen nuestra ejecución de la acción permitida.<sup>244</sup>

Así las cosas, "...no es necesariamente ilegítima la perturbación o el impedimento de una conducta o situación no prohibida o positivamente autorizada, pero, en cambio, si lo es cuando hay un deber jurídico de no impedir o de facilitar la conducta o situación."<sup>245</sup>

En estas condiciones, cuando una conducta está jurídicamente autorizada, es ilegítima cualquier acción física o normativa de funcionarios públicos que obstaculice esa conducta, salvo cuando la acción es hábil para derogar la autorización; en este caso existe un compromiso del órgano que la emite de no perturbar la ejecución de ese acto, y una prohibición a órganos inferiores de interferir con él, existiendo así, un deber jurídico que si resulta violado da lugar a la posibilidad de una acción defensiva; en otras palabras, sólo se está autorizado a una defensa cuando la agresión consiste en la violación de un deber jurídico hacia el agredido.<sup>246</sup>

En efecto, según estudiamos anteriormente, existen bienes jurídicos que son oponibles *erga omnes*, es decir, existe la obligación de todo el mundo de

---

<sup>244</sup> Cfr., Ibidem, p. 84. En la hipótesis de que esté expresamente permitido hacer uso de los bancos de los parques públicos, esa acción se ve muchas veces obstaculizada por acciones similares de otros que están igualmente autorizadas. Claro está que si estamos sentados en un banco de una plaza y alguien intenta sacarnos de ahí con fuerza o amenazas, ello constituye una agresión que puede ser legítimamente repelida; esto es así, porque se está afectando a algo más que la posibilidad de realizar una conducta autorizada: se está afectando a una pretensión contra los demás de que no nos amenacen o no nos fuercen.

<sup>245</sup> Idem.

<sup>246</sup> Cfr., Ibidem, p. 85

respetarlos, de no interferir en el goce de los mismos por su titular, a menos que éste haya dado algún "motivo" para afectarlos de forma lícita, de tal suerte que al no existir el aludido motivo, la afectación será ilícita al transgredir la obligación jurídica de no interferir con la conducta o goce del bien autorizados, dando con ello margen a la instrumentación de una defensa capaz de rechazar o impedir aquella afectación.

En el caso de la autorización expresa para el uso de los bancos en los parques, la situación de una defensa legítima no se actualiza al impedir otros el goce de ese derecho cuando se llega, por ejemplo, a un lugar que ha sido ya ocupado; la hipótesis trascendente es aquella en la que se ejerce efectivamente ese derecho,<sup>247</sup> oponible por ese sólo hecho a todas las personas, quienes tienen el deber jurídico de no entorpecer el ejercicio del mismo, pues de lo contrario, cualquier intento de perturbarlo por la fuerza o amenazas, se revelaría en una agresión ilegítima susceptible de ser repelida legítimamente.

### **3.1.2.2.- Bienes jurídicos objeto de derechos defendibles.**

Una vez estudiados la clase de derechos susceptibles de defensa, corresponde ahora el conocimiento de los bienes jurídicos objeto de aquellos, en otras palabras, nos ocuparemos del aspecto substancial, del contenido de la clase de derechos analizados en el apartado anterior.

A este respecto, nuestro código penal cuando hace referencia a que la repulsa estará dirigida a proteger "...bienes jurídicos propios o ajenos...", establece una protección extensible a todo bien jurídico, no siendo necesario que

---

<sup>247</sup> Podemos establecer aquí, a título de estipulación, una distinción entre *derechos potenciales* y *derechos efectivamente ejercidos o cinéticos*; en este sentido, los primeros pueden estimarse como una especie de expectativa de derechos, que mientras no sean ejercidos no pueden ser oponibles a terceros; mientras los segundos, al implicar el efectivo goce de aquellos, adquieren el atributo de oponibilidad respecto de cualquier interferencia sin motivo.

dicha tutela sea exclusivamente jurídicopenal, criterio con el cual parecen estar acordes los códigos penales de otros países, según se infiere de la interpretación de diversos doctrinarios ante fórmulas genéricas como la transcrita.<sup>248</sup>

Este es el sentido que los tribunales mexicanos atribuyen a la expresión *bienes jurídicos*, según se aprecia en la siguiente tesis aislada:

LEGITIMA DEFENSA DEL PATRIMONIO. Es innegable el derecho que se tiene a la defensa del patrimonio, ya que *todos los bienes pueden defenderse*; pero ello no debe entenderse en forma ilimitada, pues para que el acto defensivo quede cubierto por la excluyente, se requiere que sea necesario y proporcionado, porque de lo contrario, se convertiría, de un instituto eminentemente jurídico, en una medida de sacrificios brutalmente absurdos, como ocurre en el supuesto en que el ofendido sea privado de la vida por haber tomado del comercio propiedad del inculpado, tal vez con el propósito de pagarlo, un bien de poco monto; por lo que ante esta situación, no se puede proclamar lisa y llanamente que por ese hecho opere a favor del inculpado la excluyente de responsabilidad de legítima defensa de sus bienes o de su localidad.<sup>249</sup>

La posibilidad de defender todo bien jurídico se pone de manifiesto en la transcripción anterior, estableciéndose como único límite la proporcionalidad,<sup>250</sup> de tal suerte que mientras esté jurídicamente tutelado podrá ser objeto de defensa; ahora bien, la expresión "bienes jurídicos" empleada por nuestra legislación no establece distinción alguna sobre la procedencia u origen de la tutela jurídica, por tanto, al interprete no le es dable distinguir.

---

<sup>248</sup> En este sentido Vid. MAGGIORE, Guiseppe. Op. cit., págs. 40-41, WELZEL, Hans. Op. cit., p. 101, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p.127, VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit., p. 262, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 595, entre otros.

<sup>249</sup> Séptima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 181-186 Segunda Parte, Página 65.

<sup>250</sup> Zaffaroni se manifiesta conforme con las ideas expresadas aquí respecto a la amplitud de los bienes defendibles y al origen no exclusivamente penal de la protección de los mismos, como presupuesto para la operatividad de una defensa que pueda ser calificada de legítima, agregando que el problema no radica en limitar bienes jurídicos, sino en determinar en cada caso, conforme a la jerarquía del bien y a la intensidad de la lesión amenazada, si es jurídicamente tolerable el empleo del medio necesario. Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 595

Sin embargo, a pesar de la amplitud en cuanto a los bienes jurídicos defendibles, es necesario hacer entre ellos alguna diferenciación, pues es evidente que los mismos no tienen igual jerarquía, en este sentido, resulta útil la clasificación que respecto de ellos propone Nino,<sup>251</sup> al distinguir entre bienes *primarios* y bienes *secundarios*, o sea, entre bienes que son inherentes a la persona, por ser trascendentales para la escogitación de fines vitales y la selección de los medios para llevarlos a cabo, es decir, materializarlos; y bienes que no revisten ese carácter, cuyo goce está protegido sólo por razones de utilidad social. Dentro de la primera categoría se ubican la vida, la salud e integridad corporal, la libertad ambulatoria, de comportamiento sexual, de profesión y expresión de creencias de diversa índole, el goce de cierta autoestima, de respeto público, el acceso y conservación de algunos recursos económicos, etc.

La utilidad práctica de esta clasificación, ubicada en el contexto de una construcción dogmática de la defensa legítima con una fundamentación compleja igualmente postulada por Nino,<sup>252</sup> radica en las soluciones a las que se arriba:

- Si se trata de un bien primario que es agredido en forma grave y no fácilmente reversible, cabe la posibilidad de una defensa privada, con independencia de que la agresión esté tipificada por una norma penal.
- En segundo término, la legitimidad de la defensa, de acuerdo a la fundamentación compleja aludida, se apoya parcialmente en el estado de necesidad, teniendo por ello dos importantes restricciones: 1.- Que la acción defensiva tienda a una minimización

---

<sup>251</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., págs. 91-92.

<sup>252</sup> Cfr., Ibidem, págs. 93-95.

de los daños sociales, y 2.- Que ésta no lesione bienes primarios e irreparables del agresor. (*Defensa socialmente útil*).<sup>253</sup>

- Asimismo, encontramos una *defensa punitiva* cuando el agente, sabedor de lo delictivo de su agresión, consiente en perder su inmunidad contra los ataques que sean necesarios para impedir o repeler la misma, cediendo en esta hipótesis las dos restricciones señaladas en el punto anterior. Si el carácter delictivo de la agresión es relevante cuando la legitimidad de la defensa depende del consentimiento del agente, no solo quedan al margen de esa exigencia los casos de defensa de derechos primarios, sino también los casos en que estos no están en juego y los intereses defendidos son más importantes que los lesionados.

Si bien hay razones para compartir una postura como la de Luzón Peña quien, como estudiamos, exige que la agresión sea *penalmente antijurídica*, esas razones sólo se aplican a los casos en que es relevante el consentimiento del agresor (defensa punitiva); siendo inoperantes cuando ese consentimiento es superfluo, sea porque están en juego bienes primarios del agredido (defensa extrema) o porque la defensa minimiza el perjuicio social resultante sin afectar bienes primarios del agresor (defensa socialmente útil).

Una cuestión motivo de interés es la relativa a la defensa legítima del Estado o sus derechos; por lo que respecta a nuestra legislación, al referir ésta a una "...protección de bienes jurídicos propios o ajenos...", nos parece queda comprendida la defensa mencionada, pues los bienes jurídicos ajenos pueden ser los del Estado, como la propiedad, por ejemplo.

---

<sup>253</sup> En esa clase de defensas Nino considera imposible, en atención al principio del estado de necesidad referido, eludir la tarea de apreciar la importancia relativa de los intereses en juego, lo que requiere una estimación empírica de las consecuencias sociales de esa clase de acciones defensivas.

No obstante, la doctrina es veleidosa por cuanto se refiere a esta clase de defensa; así, González Quintanilla<sup>254</sup> se expresa en franca oposición a la misma, pues considera a los bienes colectivos amparados por el Estado a través de sus mecanismos oficiales.

Luzón Peña<sup>255</sup> comparte la posición anterior al indicar que la defendibilidad por el particular de los bienes jurídicos comunitarios está excluida, porque tal defensa está reservada en forma exclusiva a los órganos estatales, dada la dificultad para saber cuando hay una verdadera lesión antijurídica de esos bienes, capacidad valorativa de enjuiciamiento que en manos del particular sería en extremo peligrosa.

Contrariamente, aunque con reservas, en la doctrina alemana es aceptada la defensa legítima del Estado. En efecto, Jescheck<sup>256</sup> indica que los bienes jurídicos del Estado o de otras personas jurídicas de Derecho Público, son susceptibles de defensa legítima cuando se trata de bienes jurídicos individuales de los mismos.<sup>257</sup> De igual forma, considera este autor, es posible una defensa respecto de bienes jurídicos de la comunidad, siempre que una persona individual resulte directamente afectada por la agresión; la salvedad de la idea postulada por este jurista alemán, la circunscribe a elementos tan genéricos y de vaguedad manifiesta como el *orden público* o *el ordenamiento jurídico en su totalidad*, ya que respecto de éstos, cuando son objeto de ataques, su rechazo compete únicamente al Estado y a sus órganos, en virtud a que en estos supuestos la protección versa sobre los supremos bienes jurídicos del Estado.

---

<sup>254</sup> Cfr., GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Op. cit., p. 327.

<sup>255</sup> Cfr., LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Op. cit., p. 543.

<sup>256</sup> Cfr., JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 305; en este sentido MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 379.

<sup>257</sup> Así, la propiedad pública puede ser defendida por cualquiera contra el robo o daños.

Finalmente, coincidente en la aceptación de esta clase de defensa, el maestro argentino Carlos Santiago Nino<sup>258</sup> afirma que el orden jurídico no debe reconocer bienes jurídicos supraindividuales, ya que todos los bienes básicos que el derecho debe proteger los son en relación a individuos de carne y hueso, que puedan recurrir a ellos para la elección y materialización de planes de vida; sin embargo, ello no excluye la existencia de bienes colectivos, esto es, de bienes cuyo goce no es exclusivo de ciertos individuos sino de todos los habitantes de un país o ciudad. Ahora bien, sólo una fracción de estos bienes colectivos son esenciales para el desarrollo de los planes de vida de los individuos que tienen acceso a ellos, y los que tienen ese carácter es porque son instrumentales para el goce de bienes individuales como la vida, la libertad, etc.; en consecuencia, el particular puede defender los bienes colectivos cuando ello es necesario para preservar bienes individuales primarios que correrían peligro si se lesionara algún bien de aquella índole.<sup>259</sup>

En cuanto a los sentimientos morales y religiosos, no son bienes supraindividuales ni tampoco colectivos, pues no están en el mundo para que la gente saque provecho de ellos; son sentimientos de ciertos individuos y cuando ellos dan lugar a pretensiones jurídicas, su defensa puede ser tan legítima como la de cualquier otro derecho sobre bienes individuales.<sup>260</sup>

En la inteligencia los diversos elementos estudiados, es clara la amplitud de los bienes jurídicos que pueden ser objeto de una defensa legítima, según se deriva de la genérica fórmula legal, de cuya lectura asimismo se infiere que el

---

<sup>258</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 98.

<sup>259</sup> Esto se puede mostrar con claridad a través del famoso ejemplo del espía, si se lo moldea convenientemente: supongamos que el hecho hubiera ocurrido en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, y que el espía intentase transmitir a Alemania el secreto de la bomba atómica, previéndose que el régimen nazi empleara el arma de modo de causar millones de muertes en países aliados. Aquí se ve con claridad la conexión directa entre el bien colectivo y los bienes individuales primarios; a medida que la conexión se hace más difusa se va restringiendo el derecho de actuar en defensa de bienes colectivos. (Idem.)

<sup>260</sup> Cfr., Ibidem., p. 99.

origen de la tutela de aquellos no es exclusivamente penal<sup>261</sup>, circunstancia confirmada con los estudios dogmáticos de diversos juristas, para quienes, en definitiva, lo verdaderamente importante es la limitación de la defensa a través de la proporcionalidad en relación directa con la agresión, de ahí la importancia de considerar la jerarquía de los bienes a que remite Zaffaroni, y que es reconocida por Nino al establecer una distinción entre bienes primarios y secundarios con las consecuencias prácticas que se han puesto de relieve.

Por tanto, no advertimos una problemática significativa en torno al tópico abordado, pues existe un acuerdo en general respecto al mismo, salvo la ubicación, en su justa dimensión, de los bienes atendiendo a su jerarquía, lo cual no creemos sea una cuestión que deba abordarse aquí, en razón de que posee una estrecha relación con la proporcionalidad o racionalidad del medio empleado, misma que se estudiará con motivo de las propiedades que debe reunir la defensa para ser calificada como legítima.

---

<sup>261</sup> No obstante esta conclusión, derivada del estudio de la ley por doctrinarios y jurisprudencia, es necesario reconocer que en la práctica, a pesar de ella, los bienes jurídicos involucrados en una defensa legítima suelen ser aquellos a los cuales corresponde una tutela de índole penal, según se advierte del análisis de una gran cantidad tanto de tesis aisladas como jurisprudenciales.

## **CAPÍTULO 4. ESTRUCTURA DE LA DEFENSA LEGÍTIMA (Segunda Parte: La Defensa)**

En el presente capítulo continuaremos con el estudio de los conceptos que estructuran la regulación actual de la Defensa Legítima, con el ánimo de precisar la variabilidad de los mismos en cuanto a las características designativas que los denotan, y de esa forma estar en aptitud de saber la clase de vaguedad que los afecta, sin perder de vista el efecto que esto puede tener en el arbitrio judicial y en la seguridad jurídica de los gobernados.

En la estructura de la Defensa Legítima podemos encontrar una diversidad de elementos, tales como la defensa (su necesidad y racionalidad) y la falta de provocación suficiente e inmediata, de cuyo estudio nos ocuparemos en los siguientes apartados, así como de otros elementos que se encuentran en estrecha relación con los anteriores, los cuales ayudan a comprender en mejor forma la causa de justificación objeto de nuestro estudio.

### ***4.1.- Defensa.***

Hemos indicado anteriormente que la justificante objeto de nuestro estudio, para ser considerada tal, precisa fundamentalmente de una agresión calificada, esto es, con los requisitos o características establecidas por la propia ley, elemento al cual se le puede considerar presupuesto de otro primordial: una acción defensiva, misma que debe satisfacer a su vez específicas exigencias legales a fin de integrarse como legítima. Habiéndonos ocupado en primer lugar del estudio de la agresión, en consecuencia, corresponde en este momento iniciar el análisis, según la línea trazada, del segundo de los elementos enunciados.

A este respecto, nuestro Código Penal Federal, en la fracción IV del artículo 15, prescribe que existirá una defensa cuando “*Se repela una agresión real, actual o inminente...* en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que...”; en este sentido, nuestra legislación da la pauta del concepto de defensa, así como su dinámica; sin embargo, en la transcripción anterior observamos algunas deficiencias derivadas de la *agresión* que, como sabemos, puede revestir tanto el carácter de *inminencia* como de *actualidad*, todo ello en relación con el acto de repelimiento.

En efecto, repeler una agresión implica que ésta se está llevando a cabo, existe, en una palabra, es actual; por otro lado, la característica de la *inminencia*, según quedó entendido anteriormente, se traduce en una agresión todavía no iniciada, pero muy próxima o cercana, y respecto de ella es dable impedirle, pues se impide lo no emprendido.

La diferencia anterior es entendida en los mismos términos por el maestro Fernando Castellanos, si bien emplea un concepto omnicomprendivo de *repeler*, cuyo significado es “*rechazar, evitar, impedir, no querer algo*”,<sup>262</sup> donde se contemplan las hipótesis en comento, de la misma forma en que se prevén en las siguientes tesis jurisprudenciales:

LEGITIMA DEFENSA. *El ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía*, de tal suerte que lo que importa para los efectos del derecho penal, es la amenaza creada por aquél, y no la actualidad de la lesión que sufre quien se defiende, o en otros términos, *lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista*, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o la vida de quien se defiende y aun la de un tercero.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., p. 194.

<sup>263</sup> Octava Época, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte TCC, Tesis de Jurisprudencia 569, Página 348.

RIÑA, EXCLUYE LA LEGÍTIMA DEFENSA. Para que la *legítima defensa* exista, se requiere que el agredido *repela una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho*; y tratándose de riña, la inminente agresión no puede existir, ya que tal concepto implica la imposibilidad de eludir el peligro, y en la riña se prevé la agresión y se puede fácilmente evitarla, por otros medios legales.<sup>264</sup>

El trasfondo del acto de repelimiento, en sentido lato, radica en la protección de bienes jurídicos, los cuales se ven afectados por una agresión injusta, misma que es objeto de aquél, debiendo este rechazo o impedimento vulnerar a su vez intereses jurídicamente protegidos, ya que de otra manera la repulsa sería irrelevante. En este orden de ideas, la agresión es la causa de la defensa y esta última es causa de lesión a intereses que el derecho tutela, siendo justificada en la medida que colme los extremos impuestos por la legislación penal.

El Diccionario Jurídico Mexicano, ubicado en este contexto, nos ilustra: la defensa es "...el *rechazo* por medios racionales de una agresión antijurídica, *actual o inminente* y no provocada, contra bienes jurídicos del propio defensor o de un tercero."<sup>265</sup> Confirma esta transcripción un concepto de defensa referido al sentido lato de rechazo o repelimiento, cuya bifurcación en dos sentidos es latente al hacer hincapié, por un lado, a la *inminencia*, y por el otro, a la actualidad, ambas características de la agresión, necesariamente demandantes de una específica acción defensiva idónea, pudiendo ser ésta a través de impedir o rechazar, respectivamente, en atención a los supuestos de ataque señalados.

Vemos así desdoblado el significado de *repeler*, palabra empleada tanto por el código penal y la jurisprudencia como por la doctrina, y en atención a lo expuesto, es fácil arribar a la conclusión de que la misma se encuentra afectada

---

<sup>264</sup> Quinta Época, Primera Sala, Apéndice de 1995, Tomo II, Parte HO, Tesis: 991, Página 621

<sup>265</sup> DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Op. cit., Tomo II, p. 853.

de una ambigüedad semántica, en virtud de la duplicidad de significados atribuidos a la misma.

Por tanto, la defensa en sentido estricto consiste en *repeler o impedir* una agresión ilegítima, *actual o inminente*, amenazante de bienes jurídicos de cuya protección se trata, con resultado lesivo de bienes de la misma índole del sujeto agresor; debiendo concurrir en los actos de repeler o impedir citados, la necesidad, racionalidad del medio empleado y falta de provocación suficiente para excluir de su ámbito la antijuridicidad.

Finalmente, en la parte última de la definición propuesta, hemos señalado con toda precisión que la defensa necesita estar acompañada de específicos requisitos a efecto de integrarse legítimamente, y de los cuales nos ocuparemos en los apartados subsiguientes.

#### **4.1.1.- Necesidad.**

Una vez estudiado el concepto de defensa empleado por la legislación y jurisprudencia, así como por la doctrina, corresponde en este punto entrar al análisis del primero de los requisitos legales que la misma debe satisfacer con el objeto de adquirir legitimidad, esto es, abordaremos ahora la exigencia de su *necesidad*.

Al respecto, en la dogmática penal alemana, Welzel<sup>266</sup> emplea la expresión de *requerida o indicada* para la defensa, equivalente a la utilizada entre nosotros; de conformidad con la interpretación de este jurista, el agredido ha de emplear en su protección el medio más leve, pudiendo llegar, según sea el caso, hasta la muerte del agresor, siempre que éste sea el último medio de defensa,

---

<sup>266</sup> Cfr., WELZEL, Hans. Op. cit., p. 103.

de ahí que el propio autor considere que la defensa pueda llegar hasta donde sea requerida en lo inmediato, pero no llegar más allá de lo estrictamente necesario para el fin expuesto.

Antes de avanzar en nuestro análisis, creemos necesario poner de relieve que en la doctrina alemana, dentro de los elementos o notas distintivas del requisito legal de la acción defensiva que nos ocupa, encontramos generalmente el acuerdo de considerar dentro de ellas al empleo del medio menos lesivo a fin de proteger a los bienes jurídicos; sin embargo, desde nuestro punto de vista, tal estimación corresponde de manera imperfecta a la diversa exigencia legal cuyos extremos debe satisfacer asimismo la defensa, es decir, la *racionalidad del medio empleado*. Ahora bien, la imperfección aludida deriva de creer suficiente para una racionalidad, únicamente a *la diversidad de medios susceptibles de emplearse en la defensa*, dejando de apreciar la entidad o magnitud de los intereses expuestos a peligro. A pesar de estas consideraciones, proseguiremos el estudio tal y como lo exponen los autores, pues ésta es la connotación que los mismos le atribuyen a la *necesidad*.

Así las cosas, en la exposición de las ideas de Welzel nos percatamos de la posibilidad de privar de la vida a un agresor como última medida para la defensa, lo que nos lleva a considerar que quizá ésta sea la única posibilidad de protección de bienes jurídicos en un momento dado, debiéndose observar en todo momento el requisito de proporcionalidad o racionalidad del medio empleado, con el que la doctrina alemana parece no estar de acuerdo, ya que se considera a lo requerido como independiente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección, pudiéndose con apoyo en esto, la protección de bienes materiales a través de la muerte del agresor, pues encuentra arraigo la opinión de que el derecho no tiene porque ceder ante el

injusto.<sup>267</sup> Con base en este último principio, se dice que el agredido no necesita emprender la fuga en lugar de defenderse; pero si ello no representa un perjuicio para su honor, debe evitar el enfrentamiento o aceptar la ayuda de un tercero.

Reiterando la opinión expuesta, Maurach<sup>268</sup> explica que la especie defensiva elegida dejará de ser necesaria cuando se disponga de medios menos incisivos; en otras palabras, quien obra en defensa debe elegir el medio y especie defensiva, en el caso concreto, del menor daño.<sup>269</sup>

Entendemos, cuando se habla de medio defensivo menos dañino, la implicación de su eficacia, pues el sujeto atacado no está obligado a soportar daños en sus propios bienes, ni a limitarse a aquellos medios defensivos no peligrosos, pero de resultado incierto.<sup>270</sup>

Por lo anterior, si no le resta ninguna otra alternativa, es decir, cuando la empleada es la única opción, será "necesario" el medio por él empleado, **sin entrar a la ponderación de los bienes en colisión, pues no se exige**

---

<sup>267</sup> Cfr., Idem. Esta exigencia de *requerida o indicada* debe ser apreciada, afirma Welzel, *ex ante*, o sea, retrotrayéndose al momento de la ejecución de la acción, de tal suerte que si *ex ante* la acción concreta de defensa es indicada, quedará justificada tanto ella como las consecuencias no queridas que acarrea. De primera intención, esta solución parece idónea; sin embargo, después de considerarla en un segundo momento, se antoja un tanto injusta, pues resulta impensable exigir a un agredido obrar con todo el cálculo y detenimiento de una situación de serenidad, y aunque habrá de tomarse en cuenta la diversidad de medios susceptibles de emplearse, a efecto de conocer si el utilizado era el menos lesivo o el único disponible, también deberá jugar en este caso la situación de hecho en la que se encontraba inmerso el agredido, para determinar el efecto condicionante en su actuar.

<sup>268</sup> Cfr., MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 384.

<sup>269</sup> En este sentido JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 308. La acción defensiva no debe ir más lejos de lo que requiera el rechazo de la agresión. Dado que la defensa legítima no es una acción punitiva, y que sólo sirve para proteger contra ataques antijurídicos a los intereses amenazados, rige el **principio del mayor respeto posible al agresor**. De ahí que se diga, como se expresó en el texto, que el defensor deba elegir el **medio defensivo eficaz menos dañoso** y peligroso entre los disponibles, pero sin tener que rehuir al ataque.

<sup>270</sup> En este sentido ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 628-629.

**proporcionalidad entre ellos**, siendo lícita, incluso, la muerte del agresor para salvaguardar un bien material.<sup>271</sup>

*La exigencia de que nos ocupamos, según Jescheck, se determina en función del conjunto de circunstancias bajo las que se verifican la agresión y defensa, y en especial, según la intensidad del ataque, la peligrosidad del agresor y de su modo de actuar, así como considerando los medios de defensa disponibles.*<sup>272</sup>

La jurisprudencia alemana ha considerado necesario que el defensor seleccione el medio menos lesivo, a fin de causar el mínimo daño al agresor. Al respecto, Roxin<sup>273</sup> expone que este principio resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene porque correr ningún riesgo; por tanto, no es preciso arriesgarse a luchar con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas.

En efecto, no habría nunca que amenazar con emplear las armas o hacer un disparo de advertencia, ya que nunca se estará seguro de que eso intimide al agresor. Esta circunstancia es entendida por la propia jurisprudencia alemana cuando prescribe que el agredido puede elegir el medio defensivo a su alcance "...que permita esperar la eliminación inmediata y definitiva del peligro. Por principio no está obligado a recurrir a medios defensivos menos peligrosos si es dudosa su eficacia para la defensa' (BGH GA 1968, 182; BGHSt 24, 358; BGH

---

<sup>271</sup> Cfr., MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 384; Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 308; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 632. No hay dificultad cuando el sujeto agredido se limita a la pura defensa, pues tal conducta, generalmente, no será ni siquiera típica. El problema surge en la defensa activa, en la llamada defensa *ofensiva*; su necesidad se rige, en un principio, por una combinación entre gravedad de la agresión y peligrosidad del agresor; así, procede una defensa más enérgica frente a un hombre brutal que frente a la agresión proveniente de una débil mujer. MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 384.

<sup>272</sup> Las características designativas de la necesidad de la defensa enunciadas por Jescheck, representan un conjunto idóneo o correcto, a excepción de la correspondiente a los *medios de defensa disponibles*, pues como adelantamos líneas arriba, ésta encuadraría mejor en *la racionalidad del medio empleado*, aunado a la consideración de la magnitud de los intereses en juego.

<sup>273</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., 629.

NStZ 1982, 285; 1983, 117; 1988, 488 s; NJW 1989, 3027; StrV 1990, 543; y muchas más)<sup>274</sup>

La eficacia en la defensa que en un caso concreto se instrumente, nos parece correcta, toda vez que no debe arriesgarse la integridad de los bienes jurídicos objeto de la misma, en la inteligencia la licitud de este proceder que no tiene porque ceder espacio o dar concesión a otro diverso ubicado en un plano de antijuridicidad; sin embargo, a diferencia de lo que a primera vista parece no aceptar la dogmática alemana, en lo personal convenimos con una limitación de la acción defensiva a través de la racionalidad del medio empleado o proporcionalidad, pues al otorgarse un derecho semejante, es decir, sin cortapisas, podría tornarse más que derecho a ejercer con fines benéficos, en un arma peligrosa convertida en válvula de escape de los impulsos humanos.

En cuanto a la calificación de la necesidad, existe acuerdo entre los juspenalistas alemanes que la misma debe juzgarse objetivamente, es decir, la defensa necesaria debe determinarse *ex ante*, concretamente según el juicio de un tercer observador sensato.<sup>275</sup>

---

<sup>274</sup> Idem. No obstante, Roxin admite la posibilidad de emplear una defensa gradual, pues nos comenta que si realmente se presenta esta posibilidad habrá que utilizar primero medios de contención más considerados aunque siga siendo dudosa su eficacia; al respecto, admite una excepción: sólo cuando las advertencias y otras medidas defensivas más benignas impliquen peligros para el agredido, **podrá éste elegir un medio defensivo más duro, pero seguro**; por eso, ante agresores especialmente peligrosos, v. gr., ante un peligro para la vida procedente de unos brutales matones, puede estar justificado realizar disparos mortales aunque no se haya hecho antes la advertencia de usar las armas o no se haya efectuado un disparo de aviso.

<sup>275</sup> Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 308; WELZEL, Hans. Op. cit., p. 103; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 631. Este último autor estima que si un delincuente lleva a cabo una toma de rehenes con una pistola descargada, privarle de la vida con disparos será una defensa necesaria para repeler esa agresión a la libertad; *pues un tercero que juzgue objetivamente la situación también tiene que contar ex ante con la posibilidad de que la pistola esté cargada, y el defensor no tiene porque correr un riesgo*. Más adelante en la exposición, este autor indica que los errores objetivamente invencibles sobre la necesidad del medio defensivo serán en perjuicio del agresor, y por ello, no afectan en nada a la necesidad. Esta última apreciación nos parece además de contradictoria, equívoca; lo anterior, en razón de que al referirse a errores, éstos son eminentemente subjetivos, consistentes en una falsa apreciación de la realidad, es decir, es una condición interna de la persona en relación con sus apreciaciones o creencias, misma que puede ser coincidente, aunque no necesariamente, con el criterio del tercero observador, ya que desde nuestra óptica debe jugar un rol importante el criterio de agredido sometido a la presión de una agresión antijurídica, en donde las decisiones deben tomarse en forma rápida y correcta, so pena del menoscabo de los bienes jurídicos objeto de la acción defensiva.

Como señalábamos líneas arriba, de primera intención, esta solución parece idónea; sin embargo, después de considerarla en un segundo momento, se antoja un tanto injusta, pues resulta impensable exigir a un agredido obrar con todo el cálculo y detenimiento de una situación de serenidad, y aunque habrá de tomarse en cuenta la diversidad de medios susceptibles de emplearse, a efecto de conocer si el utilizado era el menos lesivo o el único disponible, también deberá jugar en este caso la situación de hecho en la que se encontraba inmerso el agredido para determinar el efecto condicionante en su actuar.

Continuando con nuestra investigación, en la doctrina española, Muñoz Conde<sup>276</sup> supedita la necesidad de la defensa a la inminencia o actualidad de la agresión, estableciendo con ello un requisito de orden temporal a fin de evaluar la necesidad; este parámetro, en nuestra opinión, es correcto, en razón de que existe la necesidad de protección de bienes jurídicos durante todo el tiempo que subsista el peligro para los mismos derivado de la agresión, no así cuando la agresión, y por ende el peligro también, han cesado.

La afirmación probablemente más importante de este autor español, radica en el señalamiento de que la defensa implementada en una situación concreta, debe ser la única vía posible para repeler o impedir una agresión.<sup>277</sup>

Este planteamiento tiene diversas implicaciones de necesaria distinción: En efecto, la expresión "única vía posible"<sup>278</sup> puede entenderse en los sentidos siguientes:

---

<sup>276</sup> Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 104.

<sup>277</sup> Cfr., Idem. Tómese en cuenta la importante influencia de la dogmática penal alemana en los juristas españoles, pues aquella, actualmente, se erige en la acreedora principal de ésta.

<sup>278</sup> En sentido semejante, Quintero, Morales y Prats manifiestan que el derecho no puede permitir el sacrificio del agredido, y por su misma necesidad de afirmarse, valorará la reacción defensiva como única vía posible en atención a la necesidad imperante. Observamos en la idea de estos autores la influencia del

- En sentido literal, es decir, cuando no existe posibilidad de elegir entre diversas opciones, porque éstas no se encuentran disponibles en la realidad; a este respecto debe atenderse a la gravedad de la agresión, por su magnitud y el peligro al que somete a los bienes jurídicos, debiéndose asimismo observar la peligrosidad del agresor. Sin perjuicio de analizarla en el apartado correspondiente<sup>279</sup>, la entidad o jerarquía de los bienes objeto de agresión, en relación directa con los diversos susceptibles de lesionarse con motivo de la defensa, desempeña a nuestro juicio un papel importante, pues dependiendo de la entidad del bien jurídico en particular, se optará por el medio defensivo adecuado, en términos de eficacia, para la preservación de aquél contra la agresión de que sea objeto.
- En sentido relativo, pues la expresión en comento puede contener la idea de una comparación precedente, esto es, la existencia de diversas especies de defensa posibles, dentro de las cuáles, la elegida, resulta ser la única eficaz para eliminar el peligro derivado de la agresión, ya que las primeras susceptibles de implementarse resultan o resultaban, dada su menor lesividad, no idóneas para la preservación de los intereses en juego; mientras las restantes opciones implicaban una dañosidad extrema, en relación con la gravedad de la agresión y peligrosidad del agente, según hemos comentado.

Importa distinguir claramente, recomienda Mir Puig<sup>280</sup>, el exceso extensivo del exceso intensivo, puesto que el primero, identificado con la necesidad general o abstracta de defenderse de alguna forma, excluye tanto la defensa

---

principio “*el derecho no tiene porque ceder ante el injusto*”, de clara aceptación por varios dogmáticos alemanes. Cfr., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. Op. cit., p. 506.

<sup>279</sup> Nos referimos a la racionalidad del medio empleado.

<sup>280</sup> Cfr., MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 468.

legítima completa como la incompleta, mientras que el segundo, relacionado con la necesidad de la concreta defensa, permite la eximente incompleta; en el primer caso, falta un elemento fundamental de la eximente; en el segundo, habiendo *necesidad* de defenderse, la defensa concretamente empleada es excesiva.

El exceso extensivo se da cuando la defensa se prolonga durante más tiempo del que dura la actualidad de la agresión, concurriendo en este aspecto con la opinión de Muñoz Conde citada líneas arriba; el exceso intensivo supone, en cambio, que la agresión es actual pero que la defensa podría y debería adoptar una intensidad lesiva menor, por ello, faltará la necesidad de la concreta defensa, cuando el sujeto pueda claramente utilizar un *medio menos lesivo*.<sup>281</sup> Así, el medio puede resultar innecesario por exceso en la intensidad de la defensa.<sup>282</sup>

La defensa concretamente empleada a través de un medio específico, atendiendo a todo lo estudiado, representa solo un factor a valorar en el "espectro" de la necesidad de la defensa, en virtud a que es consecuencia de otros elementos enunciados, tales como la gravedad de la agresión, peligrosidad del agresor, entre otros, y por tanto, depende de ellos al ser determinantes en la elección en **la modalidad defensiva**, misma que deberá ser **eficaz**, atendiendo a las diversas opciones con las que eventualmente se cuente,

---

<sup>281</sup> Nótese la influencia alemana; se alude aquí a una necesidad de la concreta defensa, aproximándose en un grado mayor a lo que nosotros entendemos como proporcionalidad o racionalidad del medio empleado, sobre todo por diferenciar a ésta, de la necesidad abstracta; representando la última, el sentido estricto de *necesidad* entendida por nosotros. La diferencia entre la necesidad de la defensa y racionalidad del medio es clara y evidente: si negamos la falta de necesidad de defensa desaparece un requisito esencial de la eximente, con lo cual ésta no podrá apreciarse como completa ni como incompleta; si se trata de la falta de racionalidad del medio empleado, pero dentro de una situación de defensa, podrá subsistir la eximente incompleta. (Cfr., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. Op. cit., págs. 506-507)

<sup>282</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 469. Por ejemplo, aunque el agresor llevase también una navaja, la defensa no resultará necesaria si el agredido podía atajar fácilmente el ataque de otra forma menos lesiva, en lugar de herirle mortalmente con el arma blanca que a su vez portaba; viceversa, es posible que el agredido se encuentre en una situación de inferioridad que haga necesario que utilice un instrumento de defensa más peligroso que un agresor físicamente superior usando sólo la fuerza.

**debiendo en todo caso estar ceñida a los límites fijados por la entidad de los intereses en juego, su ponderación, y como consecuencia, por la proporcionalidad** que en su momento analizaremos.

En este contexto, resulta no menos interesante la exposición del maestro Jiménez de Asúa respecto de la característica que nos ocupa, y considerada por él como un requisito *sine qua non* de la defensa.

A este respecto, el destacado jurista español<sup>283</sup> hace depender la necesidad de la conjunción de los siguientes requisitos: Supone la oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo esto en directa relación y subordinación al *peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico defendido y a la figura típica que surge de la reacción*.

En esta relación de elementos de cuya conjunción depende la necesidad de la defensa, advertimos la presencia de algunos que correspondían a la regulación anterior de la defensa legítima en nuestro código penal, a saber: la oportunidad de la defensa, inevitabilidad del peligro y la imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; si bien este último puede ser compatible con lo expresado por otros autores con relación al "medio menos lesivo".

Ahora bien, de las restantes características, *el peligro que amenaza* puede ser compatible con la exigencia alemana denominada *intensidad del ataque*, pues a éste se encontrará subordinado aquél necesariamente, siendo además concomitantes en su existencia.

---

<sup>283</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 225.

La diferencia fundamental entre la concepción del maestro Jiménez de Asúa y la dogmática penal alemana y sus seguidores, radica en la consideración para efectos de la necesidad, de la entidad o ponderación de los bienes en juego.

Así, apoyándose en Soler, señala que a diferencia del principio alemán, en los países latinos prospera el criterio según el cual la necesidad no debe referirse sólo a la gravedad del ataque, sino también a la naturaleza e importancia del bien que se protege.<sup>284</sup> Asimismo, del chileno Raimundo del Río, retoma la consideración de que la necesidad racional del medio empleado no debe analizarse exclusivamente con relación a la eficiencia del medio, sino también con relación a la magnitud de la agresión, puesto que ésta, según el autor chileno, se **vincula directamente con los bienes defendibles**.<sup>285</sup>

Más clara en este sentido, resulta la transcripción textual del fragmento de una tesis de la Cámara Tercera Criminal y Correccional de la Plata, Argentina: "Nuestra ley penal al igual que la de otros países latinos, en contra de la técnica alemana, habla de la necesidad *racional*, de donde se infiere que a la legítima defensa se llega conforme al balanceo o comparación de los bienes defendidos, a objeto de que la grave facultad de tutelar privadamente los derechos corresponda a un motivo realmente grave"<sup>286</sup>

Atendiendo a la transcripción previa, parece que la expresión *racional* conlleva en sí misma la alusión a la entidad o magnitud de los bienes en juego, para efectos de la necesidad o bien, de la proporcionalidad, según se adscriba aquella; esta conclusión se basa asimismo en la doctrina alemana, la cual emplea

---

<sup>284</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 219. Sin embargo, de la cita textual que este autor hace de Soler, es necesario hacer hincapié en el hecho de que el maestro argentino alude a la **importancia del bien que se tutela**, en relación directa con la proporcionalidad, no con la necesidad; siendo el jurista español quien la adscribe a esta última.

<sup>285</sup> Cfr., Idem.

<sup>286</sup> Ibidem, p. 222.

para la defensa únicamente el adjetivo de *necesaria, requerida o indicada*, excluyendo de la misma la ponderación de los bienes en juego.

No obstante, la confusión se manifiesta cuando Jiménez de Asúa hace referencia a una sentencia de la Cámara de lo Criminal y Correccional de la Capital de Argentina, que en su parte conducente indica " 'Necesidad racional y no proporcionalidad entre los medios usados, por una y otra parte, requiere la ley' ",<sup>287</sup> pues al respecto nos dice: "Si lo que dicen aquí los magistrados se considera literalmente, se caería en la censurable tesis de los alemanes".<sup>288</sup>

En la dogmática penal alemana, según hemos estudiado, no se precisa de una estimación de la importancia o magnitud de los bienes en juego para concluir que existe necesidad de la defensa, por ello, aunque sea un simple interés patrimonial, puede ser defendido hasta dando muerte al atacante, si no hay otro medio menos drástico de tutelarle. Por otro lado, si a esta solución de la dogmática alemana se arriba al prescindirse de la proporcionalidad, el propio Jiménez de Asúa admite la exclusión de la magnitud de los bienes jurídicos a propósito de la *Necesidad Racional*, lo que parece contradecir la opinión inicial transcrita de este autor, y trastocar nuestra conclusión respecto del término *racional*. Sin embargo, el incluir la estimación de los bienes jurídicos ya sea en la necesidad, o bien, en la proporcionalidad, no es motivo para descartar la posibilidad de atribuirle la calidad de elemento o característica común a ambas, pues la misma es trascendente para la estimación de cualquiera de los dos elementos señalados.

En lo que hace a la doctrina penal italiana, Maggiore<sup>289</sup> entiende por necesidad el peligro inevitable. Al respecto, no compartimos la forma en que este

---

<sup>287</sup> Ibidem, p. 224.

<sup>288</sup> Idem.

<sup>289</sup> Cfr., MAGGIORE, Guiseppe. Op. cit., p. 413.

jurista italiano expresa su concepto de necesidad, si bien interpretando su pensamiento pudiera mejorarse su estructura permitiendo así la comprensión del mismo.

En efecto, el peligro no es la necesidad, del peligro en una situación de hecho concreta deriva la necesidad; ahora bien, esta reflexión se presenta en acuerdo con lo posteriormente expuesto por el propio autor, al indicar: "...Cuando el peligro es inevitable, la ley no me obliga a servirme de otros medios antes de recurrir a la violencia. Sobre todo, no puede obligarme a recurrir, por consideración a un delincuente a medios que degraden mi personalidad moral...."<sup>290</sup>

Advertimos aquí una consideración de eficacia en la defensa empleada, atentos a la entidad del peligro que amenaza, esto es, a la inevitabilidad del mismo, característica que catapulta al agredido por encima de diversos medios susceptibles de utilizarse hasta el recurso de la violencia, pues no se puede obligar a nadie para que recurra a medios de dudosa eficacia, colocando de esta forma en mayor peligro, casi en el umbral de la lesión, los bienes jurídicos objeto de protección.

En este orden de ideas, al hablarse de una diversidad de recursos o medios de defensa, se admite una graduación de los mismos en orden a su lesividad, sólo que la elección de alguno para la defensa estará supeditado al peligro ocasionado con la agresión, el cual deberá ser, según este autor, inevitable, obligando a elegir un medio eficaz para la protección de los bienes jurídicos, como podría ser la violencia, descartándose todo aquel que no elimine el peligro señalado.

---

<sup>290</sup> Idem.

Es vieja la cuestión de si el agredido tiene derecho a defenderse, cuando tiene otros medios para sustraerse a la agresión, como el ruego, las voces de auxilio, la fuga. Al respecto, la doctrina moderna ha declarado que la ley no puede imponer una vileza; así, el agredido no está obligado a huir, no solamente porque ninguna ley puede hacer obligatoria la cobardía, sino porque su deber es luchar por el derecho, como cooperador del Estado, a menos que el agredido mismo haya dado causa al peligro con algún acto ilícito.<sup>291</sup>

Por su parte, Ranieri<sup>292</sup> estima que habrá necesidad de la defensa cuando atentos a las circunstancias de hecho, se pueda pensar que el sujeto no habría podido comportarse de otra manera para oponerse a la agresión.

Estas ideas, creemos pueden ser compatibles con las de Maggiore, ya que la imposibilidad de conducirse en forma distinta puede originarse cuando las circunstancias de hecho originen un peligro inevitable, dando así paso a la necesidad de la defensa de que nos ocupamos.

No obstante, las ideas de ambos autores nos parecen un tanto escuetas, al no precisar un conjunto claro de notas distintivas que, ante los hechos que se llegaren a presentar, hagan denotar la expresión *necesidad de la defensa*<sup>293</sup>, aunque convenimos con Ranieri en que el juicio acerca de la necesidad de la defensa no es absoluto, sino que debe referirse a las circunstancias del hecho; de suerte que, aquello que puede reputarse necesario dadas ciertas circunstancias, puede no serlo en circunstancias distintas.<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> Cfr., Idem.

<sup>292</sup> Cfr., RANIERI, Silvio. Op. cit., p. 215.

<sup>293</sup> Como hemos visto que se pretende hacer en la dogmática penal alemana y española.

<sup>294</sup> Cfr., RANIERI, Silvio. Op. cit., p. 215.

Parcialmente coincidente con la doctrina italiana, Malo Camacho<sup>295</sup> nos ilustra que la legítima defensa se explica como la necesidad de responder a una agresión para salvaguardar bienes jurídicos; es necesario, en consecuencia, que quien actúe no tenga más alternativa que reaccionar como lo hace, a fin de salvaguardar sus derechos o los de un tercero.

La diferencia encontrada radica en que el autor mexicano desestima la necesidad cuando el agredido tiene la posibilidad de retirarse en lugar de defenderse, como en el caso de la huida, mientras que la doctrina italiana considera necesaria la defensa aún cuando exista la opción de huir, pues se afirma que el derecho no obliga a asumir un comportamiento cobarde. Acorde con la doctrina italiana, los tribunales mexicanos han apreciado la necesidad de la defensa, con independencia de si el agredido tenía la posibilidad de huir de la agresión, pues de esta posibilidad no infieren una obligación; tal es el criterio sustentado en las siguientes tesis aisladas:

LEGITIMA DEFENSA. Si bien es verdad que el reo consideró que no era honorable rehuir el encuentro, no debió estimarse tal actitud de su parte como una aceptación de la inminente contienda, a la que ciertamente iba a ser obligado, si el ahora occiso era un tipo peligroso; de donde resulta que si era imposible, dada la rapidez del evento, que el reo hubiera podido rehuir tal encuentro y, frente al dilema de privar de la vida al ofendido o ser muerto por éste, que lo hizo objeto de una agresión indiscutible, en cuanto lo acometió con propósito de dañarlo, es incuestionable que la causa que excluye la incriminación se configura jurídicamente, siendo racional el medio empleado por el quejoso en su defensa pues **no siempre puede sostenerse el criterio de que la fuga vergonzosa sea una obligación para el agredido**, ya que muchas veces la huida suele no eludir el peligro, dado que quien rompe el equilibrio jurídico, atacando por vías de hechos graves, coloca al atacado en un plan de repeler la agresión, si reviste las características de la legítima defensa, por la naturaleza actual violenta, inminente y sin derecho del ataque.<sup>296</sup>

<sup>295</sup> Cfr., MALO CAMACHO, Gustavo. Op. cit., p. 417.

<sup>296</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXII, Página 2107

LEGITIMA DEFENSA. El hecho de que el ahora occiso hubiese acometido al quejoso en el camino a una hora en que se puede calificar por la falta de luz, como nocturna, resulta que la actitud, que el movimiento corporal del acometimiento de que hizo objeto al quejoso, y la repelición simultánea del mismo, satisfacen las exigencias de la doctrina penal, respecto de que dicha repelición sea coetánea, ya que la certeza del ataque al bien jurídico protegido, que lo es la vida del quejoso, resulta objetiva; y si el quejoso no tenía conciencia subjetiva de la superioridad de sus armas respecto de las usadas por el ahora occiso, no puede decirse que la repelición del ataque implica un exceso de legítima defensa; **pues admitir como lógica la apreciación de que el medio empleado en la defensa por el imputado, no es racional, ya que pudo evitarla recurriendo a la maniobra de fuga, invalidaría totalmente la defensa legítima, al exigir al sujeto pasivo del ataque, esto es, al quejoso, cuando éste afrontaba el peligro, que huyera para evitar la agresión, supuesto que no siempre la fuga evita el peligro, sino que en ocasiones lo agrava**, porque el agredido da la espalda al agresor, en circunstancias en que el Estado no puede darle ninguna protección, dado que existe agresión mientras permanece la conducta corporal del agente que amenaza un bien jurídico tutelado.<sup>297</sup>

LEGITIMA DEFENSA. Cuando el reo a quien se le sigue un proceso por homicidio, alega en sus declaraciones el ejercicio del derecho de legítima defensa, y no existe prueba alguna para desvirtuarla, debe tomarse la confesión en su integridad, aceptando la existencia de la eximente invocada; de manera que si al aplicar la ley, se hace sin tomar en cuenta esas circunstancias, se violan las garantías individuales. **La característica de la legítima defensa, consiste en la contemporaneidad entre el ataque y la defensa, sin que pueda desvirtuarla la circunstancia de que el que se defendía, pudo haber consumado la fuga, si precisamente cuando la inició, fue agredido de manera tan grave que hizo el peligro inminente.** Tampoco puede estimarse que exista riña, cuando el atacado ilegalmente emprende una lucha contra el agresor, ya que esto sólo implica el desarrollo material del lance; pero no es de aceptación de la contienda; pues aun cuando la legítima defensa tiene en muchas ocasiones una objetividad semejante a la riña, porque en una y otra hay intercambio de agresiones físicas, los móviles son totalmente diversos; en la riña, el rioso contiene por su propia determinación, en tanto que el que se defiende, obra apremiado por las circunstancias, sin que la continuidad del encuentro baste para tener por establecida la riña, puesto que es obvio que la acción de defensa puede prolongarse tanto como dure el ataque, con el objeto de procurar conjurarlo.<sup>298</sup>

<sup>297</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXIV, Página 634.

<sup>298</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXXI, Página 2412.

LEGÍTIMA DEFENSA, EXCESO EN LA. El exceso en la legítima defensa tiene como base la falta de proporcionalidad entre el ataque y el medio usado para rechazarlo, sin que pueda fijarse términos absolutos; pues el agredido en una situación de esa naturaleza, no tiene generalmente la capacidad necesaria para discernir sobre la oportunidad y proporcionalidad de sus medios de defensa; y debido a estas dificultades de apreciación subjetiva, **generalmente la posibilidad de la fuga se considera como un medio impropio, para la defensa**, y se sostiene, como regla general, la tesis de que obra racionalmente para repeler un ataque, el que hace uso de armas iguales a las de su agresor, en consecuencia, si el juzgador acepta la inminencia y gravedad del peligro como resultado de la amenaza hecha para sacar una arma, es indudable que la circunstancia de emplear el acusado una botella para nulificar la gravedad del peligro, no puede clasificarse de inoportuno e irracional, ya que el instrumento definitivo es propio, generalmente, para producir lesiones menos graves que las que pudiera causar cualquiera arma propia para el ataque. Además, lo intempestivo de la defensa constituye precisamente su eficacia y no puede criticarse que, en esas circunstancias, se obre con la mayor diligencia posible.<sup>299</sup>

González Quintanilla<sup>300</sup> concibe la necesidad de un modo distinto a la mayoría de los tratadistas estudiados hasta ahora, lo que puede llevar a confusión respecto de los límites conceptuales que caracterizan a la misma, pues no habla de una necesidad de la defensa en general, sino de una necesidad racional del medio, lo que puede identificarse con una proporcionalidad entre el medio de defensa y el empleado en la agresión, misma proporcionalidad que se complementaría con la diversa entre el daño causado y el evitado, pudiéndose reducir todo a una proporcionalidad general.

En este orden de ideas, González Quintanilla no precisa las circunstancias o elementos que deben concurrir para concluir que en un caso concreto la defensa es necesaria, pues únicamente se limita a señalar "...si el medio empleado y el daño causado por el agredido integran el mismo tipo que pudiere haberse integrado de consumarse la agresión si esta no hubiere sido rechazada o

<sup>299</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XLIX, Página 346.

<sup>300</sup> Cfr., GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Op. cit., p. 334.

impedida, debe resolverse que hubo necesidad racional del medio y proporcionalidad en el daño."<sup>301</sup> Por ello, deberá establecerse el límite conceptual entre la *necesidad de la defensa* y la *racionalidad del medio empleado*, sin perjuicio de que entre ambos existan puntos de conexión, como el relativo a la ponderación de los bienes en conflicto.

Acorde con la doctrina penal alemana, Zaffaroni<sup>302</sup> ratifica que la defensa, para ser legítima precisa de la *necesidad*, no siéndolo cuando el sujeto dispone de otra conducta menos lesiva o inocua y le es exigible la realización de la misma, en lugar de la conducta típica en cuestión.

En cuanto a la valoración de este requisito, el maestro argentino<sup>303</sup> concuerda parcialmente con la dogmática penal, pues si bien admite que dicha estimación debe realizarse siempre *ex ante*, indica que la misma debe corresponder al **punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende**, por ello, quien dispara sobre el que apunta se defiende legítimamente, aunque después se descubra que el agresor le apuntaba con un arma descargada.

Con anterioridad hemos expresado nuestro desacuerdo con el criterio de estimar la presencia de la *necesidad* atendiendo al punto de vista de un tercer observador sensato, pues resulta injusto exigir al agredido obrar con el cálculo y serenidad en momentos en que el peligro que le amenaza forzosamente condiciona su actuar; este mismo criterio es sostenido por los tribunales mexicanos en las tesis aisladas que a continuación transcribiremos:

---

<sup>301</sup> Idem.

<sup>302</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, págs. 613-614. No actuará justificadamente quien pudiendo repeler una agresión a puñetazos responde con una ametralladora, o quien para defenderse de los golpes inciertos de un borracho le propina uno que le fractura varios huesos. En estos casos queda excluida la legitimidad de la defensa, porque la conducta realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión: los golpes se pueden responder de la misma manera y al borracho basta con darle un empujón.

<sup>303</sup> Cfr., Ibidem, p. 614.

**LEGITIMA DEFENSA. No es humanamente posible exigir a una persona que se vea víctima de una agresión actual, violenta e injusta, que actúe con la serenidad y limitación suficiente de sus movimientos, para no producir más que estrictamente el daño que sea menester para anular la agresión.<sup>304</sup>**

LEGITIMA DEFENSA. Para que la defensa se pueda justificar moral y legalmente, es necesario que exista un peligro actual e inminente. Ahora bien, que es peligro actual e inminente el que es de presente, el que nos amenaza con un riesgo cercano, de tal modo grave, que ya lo vemos descargarse sobre nosotros; no el peligro que presentimos, el conjetural que puede o no acaecer, sino el cierto, indubitable, que nos llena de temor y embarga nuestro espíritu; lo actual e inminente de la agresión, determinan la existencia de un peligro; mas este peligro debe valorarse por el Juez en cada caso, con criterio relativo y no absoluto. El requisito de la inminencia, implica la urgencia de la defensa. La necesidad indispensable que autoriza la defensa legítima, debe ser examinada en cada caso con criterio racional, sirviendo como regla el principio que autoriza la muerte del agresor, cuando no puede escaparse del ataque del enemigo. **El concepto de inevitable e inminente, aunque sea relativo, no consiste en el cálculo meticuloso que no debe pretender el Juez, teniendo presente que la defensa no se hace en condiciones normales por el reo. La agresión actual a que se refiere la ley, indica un peligro que no debe ser inevitable en sentido absoluto, porque la defensa no puede apreciarse sino en vista de la posición del hombre agredido, de parte del cual está la justicia.** La ley penal exige que además de la inminencia de la agresión, sea violenta y sin derecho, pero la calidad de violencia es una redundancia establecida para mayor claridad, pero innecesaria, pues no puede concebirse una agresión inminente sin violencia por parte del que ataca. No son los golpes ni las heridas las que hacen que la defensa sea legítima, es peligro que nace de la agresión el único punto que debe comprobarse, pues la existencia y el carácter amenazador de la agresión, lo que hace nacer el derecho de legítima defensa; no es necesario esperar el primer golpe, para que ese derecho nazca, ni termina cuando el golpe se ha recibido, porque puede ser seguido de otros; el derecho de defensa acaba cuando el peligro ha estado en la mente misma del agredido. Cuando la reacción injusta provoca una reacción súbita y el atacado no tiene posibilidad de recurrir a la fuerza pública, se encuentra amparado con toda la fuerza que el derecho le otorga. Estas consideraciones deben

---

<sup>304</sup> Sexta Epoca, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XXVI, Página 99

tenerse en cuenta para estimar si en un determinado caso, ha existido o no legítima defensa.<sup>305</sup>

Por otro lado, respecto al elemento de la defensa objeto de nuestro análisis en este apartado, Nino<sup>306</sup> recomienda tener en cuenta que las acciones defensivas que estamos considerando son *prima facie* antijurídicas, es decir, son acciones que pertenecerían a una clase general de conductas que una norma penal busca prevenir, si no fuera porque tienen ciertas propiedades adicionales que determinan que no sea aconsejable desalentar esa subclase más específica de conductas. Esto implica que tan pronto algunas de las circunstancias que distinguen a la subclase de acciones justificadas estén ausentes en un caso particular, la conducta en cuestión es subsumible sin más en la clase general de acciones que son efectivamente antijurídicas.

En este orden de ideas, atendiendo a la fundamentación de la defensa legítima propugnada por Nino<sup>307</sup>, las circunstancias relevantes para la justificación de una acción defensiva son, alternativamente:

- Que no puedan preservarse ciertos bienes primarios irreparables por otros medios que afecten en menor medida a los bienes del agresor –defensa extrema-;
- Que la acción defensiva tienda a una minimización de los daños sociales sin lesionar bienes primarios del agresor –defensa socialmente útil-; o
- Que, aun cuando lesione tales bienes, el titular de éstos haya consentido –al emprender la agresión- perder la protección jurídica contra lesiones de ellos, que resulten de acciones defensivas permitidas por razones de interés colectivo (fundadas en la eficacia preventiva general de tales acciones) –defensa punitiva-.

---

<sup>305</sup> Quinta Epoca, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: LXXX, Página 1236

<sup>306</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 107.

<sup>307</sup> Cfr., Idem.

De lo anterior se desprende la exigencia de una necesidad calificada por consideraciones de *eficiencia*; así, una acción defensiva es necesaria cuando es el medio *menos dañino* disponible (en términos de lesiones a bienes del agresor) para contener la agresión; esta concepción incluye el que el medio aludido, además, pueda ser el *único*.<sup>308</sup>

En la inteligencia las ideas expuestas de Nino, puede darse la hipótesis de una alternativa moderadamente menos dañina que la acción emprendida para repeler la agresión, de lo que se deduce que ésta no fue necesaria, y por tanto, tampoco justificada. Esta situación resulta contradictoria en los casos en que la situación generada por la acción defensiva es preferible, desde el punto de vista social, a la situación que se habría dado si el agente se hubiera abstenido de actuar.

En efecto, es paradójico considerar injustificada una acción que resulta más benéfica para la sociedad que la que se habría producido si el agente hubiera omitido actuar.

---

<sup>308</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 107-108. Con esta interpretación del requisito de necesidad, la acción de empujar a quien nos impide el paso será necesaria por más que dispongamos del medio de una ametralladora; por otro lado, la acción de disparar la ametralladora a quien no nos deja pasar será también necesaria (aunque no proporcional) si no disponemos de otro medio más inofensivo.

Este requisito de necesidad, atendiendo a consideraciones de eficiencia, surge de las diferentes hipótesis que contempla la fundamentación de la defensa legítima postulada por Nino:

- a).- En el caso de defensa extrema, se trata de un conflicto entre los bienes de un individuo y el interés colectivo, de modo que, cuando se trata de bienes inherentes a la persona humana, éstos deben prevalecer sobre ese interés. Ahora bien, cuando ese conflicto no se presenta o puede ser atenuado mediante una defensa que satisfaga parcialmente el interés colectivo sin sacrificar los bienes primarios en peligro, no está entonces justificada la acción defensiva que se desentiende de dicho interés colectivo.
- b).- En la segunda hipótesis, de defensa socialmente útil, la disponibilidad de un medio menos nocivo, pero igualmente eficaz para prevenir la agresión, indica que la acción defensiva concreta no es la que minimiza los perjuicios sociales, por lo que no podrá invocarse su licitud.
- c).- Por último, en el caso de la de defensa punitiva, la ineficiencia de la acción defensiva emprendida frente a otras alternativas disponibles puede neutralizar los beneficios sociales de la supuesta eficacia preventiva, respecto de hechos futuros similares, que se ha tomado en cuenta para autorizar esa clase de acciones.

Al respecto, Nino<sup>309</sup> advierte que debemos considerar a la antijuridicidad como una característica de índole gradual, y no absoluta. El grado de antijuridicidad de una acción está dado por el interés social en su prevención, lo que se refleja en la punibilidad que acompaña a cada tipo penal. En lo que nos interesa, parece conveniente alentar, a través de la pena, que se adopte la acción defensiva más eficiente en términos de daños para el agresor y posibles terceros, aun cuando ello no debe hacerse a costa de promover que se desista de toda acción defensiva. Esto quiere decir que, si bien una acción defensiva que sea proporcional pero ineficiente (por haber otra alternativa de defensa menos lesiva), es una acción antijurídica, lo es en un grado menor que una acción similar que no tienda a prevenir una agresión ilegítima. Las acciones defensivas pueden ser más o menos necesarias. Su grado de antijuridicidad dependerá de las otras alternativas de acción y de la diferencia entre la nocividad de éstas y la de la acción emprendida.

Finalmente, este tratadista argentino<sup>310</sup> aborda dos cuestiones íntimamente relacionadas con la necesidad de la defensa, a saber:

1. La subsidiariedad de la defensa privada. En igualdad de circunstancias tienen prelación para actuar los funcionarios competentes para la prevención de la actividad delictiva, y si un particular se adelanta a la actuación de la autoridad, realiza una acción defensiva innecesaria, cuyo grado de antijuridicidad dependerá de la disponibilidad y presunta eficiencia del curso de acción de los órganos públicos. Esto no ocurre cuando la acción defensiva privada es más eficiente que la actuación potencial de la autoridad. La defensa privada es efectivamente subsidiaria de la actividad estatal, en el sentido de que sólo cuando por cualquier

---

<sup>309</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 109.

<sup>310</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 110-112.

circunstancia no se puede recurrir a una intervención eficaz de esta última, cabe el ejercicio de la defensa por el particular;

2. La posibilidad de huir de la agresión. La cuestión que se plantea aquí es la relativa a saber si existe necesidad de la defensa cuando se cuenta con la opción de huir. Es claro que la solución de la huida puede representar en ocasiones una afrenta para las personas, ya que es posible que involucre una lesión a la libertad de movimientos o al honor, perjuicio que, no consistiendo en general en la pérdida de un bien primario, debe contrapesarse, por un lado, con el mal que la lesión defensiva causaría, y por el otro, con el daño involucrado en la agresión que se logra evitar; asimismo, debe tomarse en consideración el consentimiento del agresor a perder la protección jurídica a sus bienes, derivado del cual hay un margen para afectar a esos bienes en una medida mayor al daño que se evita, margen que está dado por el beneficio social emergente de la permisión de acciones defensivas de la clase en cuestión.

Una vez estudiadas la diversidad de concepciones en torno a la *necesidad de la defensa*, advertimos que las características designativas que denotan al elemento en estudio varían de un autor a otro, pudiéndose, no obstante, establecer una clasificación genérica de los mismos, sin perjuicio de encontrar diferencias específicas dentro de una clase determinada.

En este orden de ideas, del análisis realizado es posible advertir las siguientes posturas en relación al elemento de la defensa que nos ocupa:

- Las que para determinar la existencia de necesidad requieren que en el caso concreto se haya utilizado el medio menos lesivo disponible, en conjunción con otros requisitos, tales como la gravedad de la agresión y peligrosidad del agresor. Dentro de estas

concepciones podemos encontrar a su vez dos subclases: una de ellas prescinde de la ponderación de los bienes en juego para efectos de la necesidad; mientras que existen criterios que toman en cuenta los bienes en juego como correctivo en el ámbito de la racionalidad del medio empleado.

- Existen concepciones similares a las indicadas en el punto inmediato anterior; no obstante, requieren de la eficacia del medio que en el caso se utilice. Asimismo, ubicamos aquí dos subclases orientadas en términos idénticos a las diversas descritas previamente.
- La necesidad se configura, según algunos tratadistas estudiados, cuando quien se defiende de una agresión antijurídica lo hace con el único medio de que dispone, lo cual, en nuestro concepto, puede llevar a consecuencias funestas al no existir proporcionalidad en la defensa respecto de la agresión, de tal suerte que si una persona paralítica sólo cuenta con un arma de fuego para evitar el robo de fruta por parte de un niño, habrá necesidad por ser dicha arma el único medio con el que cuenta para defender la propiedad; sin embargo, no existirá racionalidad del medio empleado, es decir, proporcionalidad.
- Encontramos igualmente posturas que hacen depender la necesidad de la defensa, de un peligro inevitable, para lo cual es preciso considerar, por principio, la naturaleza del peligro que amenaza los bienes jurídicos objeto de preservación, así como la entidad o magnitud de estos últimos.
- Finalmente, las posturas eclécticas aparecen en nuestro estudio, tales como la del maestro argentino Carlos Santiago Nino, para quien habrá necesidad, alternativamente, cuando en la defensa se utilice el medio menos lesivo y eficaz, o bien, cuando el empleado es el único medio del que se dispone.

Un cuestión muy discutida en la doctrina, y a la cual también nos hemos referido en este apartado, dada la íntima relación que guarda con la necesidad de la defensa, es la relativa a la posibilidad de huir de la agresión, es decir, la dificultad que al respecto se plantea es si la defensa satisface el requisito de necesidad en aquellos casos en que, efectivamente, se presuponga que el agredido podía haber salido del paso huyendo.

La diversidad de soluciones adoptadas redundan en la complejidad de los límites conceptuales del elemento de la defensa objeto de estudio en esta sección; sin embargo, es necesario conocerlas para saber cuan difícil es determinar con precisión el significado del mismo.

- Un primer grupo de tratadistas determinan que la necesidad de la defensa es independiente de la posibilidad de huir de la agresión, por ello, establecen la inexistencia de un deber de huir de ésta, por lo que si existía la posibilidad en comento, ello no afecta la presencia de la necesidad.
- Otro criterio al respecto, principalmente sostenido por juristas alemanes, señala que no hay un deber de huir del ataque, pero si no hay perjuicio para el honor del agredido, se debe evitar el enfrentamiento.
- Diametralmente opuestas a las anteriores, resultan aquellas posturas que admiten un deber de huir de la agresión, pues de lo contrario no se configurará el requisito de *necesidad* que estudiamos.
- Por último, hay tratadistas que considerando que huir puede involucrar un mal, principalmente para el honor o libertad de movimientos, que no consistiendo en la pérdida de bienes primarios, debe sopesarse, por un lado, con la lesión posiblemente causada por la defensa, y por el otro, con el daño

de la agresión que se evita; por lo que el deber de huir dependerá de esta valoración, lo que a su vez involucra la presencia o no de la necesidad de la defensa.

Por todo lo anterior, atendiendo a la variabilidad de características designativas que se observan de un autor a otro, para denotar o hacer aplicable en un caso concreto la expresión *necesidad de la defensa*, aunado a la complejidad que asimismo se introduce en los límites conceptuales del elemento de la defensa estudiado, a propósito de la posibilidad de huir de la agresión, de cuya diversidad de soluciones depende la existencia o no de aquella, concluimos que en el caso del elemento *necesidad de la defensa*, nos encontramos ante un concepto impreciso en su significado, es decir, afectado de vaguedad, y en particular, de aquella conocida como *vaguedad por requisito del quórum*, en atención a la variabilidad de notas distintivas que se le atribuyen, todo ello en conexión con la diversidad de factores que han sido expuestos al respecto.

#### **4.1.2.- Proporcionalidad o racionalidad del medio empleado.**

En el presente apartado centraremos nuestra atención en el estudio de la racionalidad del medio empleado en la defensa, denominado también como proporcionalidad, y el cual es considerado por algunos doctrinarios como correctivo del abordado en la sección precedente.

En una primera aproximación al requisito de la defensa que nos ocupa ahora, nos referiremos al correctivo del concepto de necesidad sostenido por los dogmáticos alemanes, pues debemos recordar que dicho concepto prescinde de cualquier criterio referente a la proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su protección, llegándose así al extremo de proteger a los bienes materiales (propiedad), dado el caso, a través de la muerte del agresor.

En este sentido, en la evolución del derecho de legítima defensa, se han insertado respecto de la misma restricciones por motivos ético sociales a través del elemento "cualidad de requerida o indicada", imponiéndose así una limitación mediante la cual se excluyen los casos que no merecen justificación.<sup>311</sup>

En estas condiciones, la irrupción del pensamiento ético-social se manifiesta en aquellos casos en los que se niega al titular del bien atacado la posibilidad de la defensa ofensiva, a saber:<sup>312</sup>

1.- La agresión no culpable o con culpabilidad sustancialmente disminuida. Esta clase de agresión da margen a la defensa legítima, pero el interés en el prevalecimiento del derecho es sustancialmente menor que en un caso normal; pero esa defensa ha de mantenerse en los límites que exige una protección del agredido guiada por la consideración social; congruente es limitar la prevención por medio de la defensa legítima a la medida que es sencillamente imprescindible para la protección del agredido, desprendiéndose de aquí diversas exigencias en la defensa frente a agresiones de niños, enfermos mentales, ebrios sin sentido, personas que obren en error invencible o cualquier otra situación de inculpabilidad:

---

<sup>311</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 635-636. Algunos autores consideran inconstitucionales las restricciones ético-sociales de la legítima defensa, ya que según ellos, de ese modo se amplía la responsabilidad penal del agredido, y ello supondría una vulneración del principio de legalidad penal constitucionalmente consagrado; sin embargo, para Roxin esta posición no es correcta, ya que el límite del tenor literal no rige en absoluto en las causas de justificación, pues en su mayor parte las mismas no contienen una materia específicamente penal: a menudo proceden de otros campos del derecho o valen también para ellos; por tanto, su interpretación debe hacerse desarrollando los principios ordenadores sociales en que se basan, a saber, el de protección y el de prevalecimiento del derecho; por eso es una interpretación legítima y fiel a la ley restringir la legítima defensa allí donde la necesidad del prevalecimiento del derecho sea menor que de ordinario. Además, los criterios para determinar cuales son los presupuestos por los que una acción en sí misma necesaria para la defensa excepcionalmente no se debe permitir, derivan de los límites immanentes que el propio principio del prevalecimiento del derecho le marca al derecho a la defensa legítima.

<sup>312</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 637-651; en el mismo sentido Vid. MAURACH, Reinhart. Op. cit., págs. 385-386; WELZEL, Hans. Op. cit., p. 104; JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., págs. 309-312.

a.- El agredido tiene que esquivar cuando sea posible hacerlo sin peligro, y mediante una defensa se le habrían de causar daños graves al agresor;

b.- Hay que buscar el auxilio ajeno si con ello se puede repeler con menos dureza la agresión; y

c.- Cuando no se pueda ni eludir la agresión ni conseguir ayuda, se puede hacer lo necesario para protegerse también frente a agresores no culpables; pero a diferencia de lo que sucede frente al agresor malicioso, hay que tener consideraciones si eso es posible sin un peligro propio considerable. No está suficientemente aclarada la cuestión de si las indicadas restricciones de la defensa legítima también rigen cuando el agresor actúa con una culpabilidad sustancialmente disminuida. A veces se rechaza, en tales casos, una restricción de la legítima defensa o sólo se exige una cierta proporcionalidad entre agresión y defensa. Pero con la opinión predominante, también deben guardarse en esos casos los límites a la defensa legítima que rigen frente a agresiones inculpables, pues la sustancial rebaja de la sanción penal prueba un menor interés en el prevalecimiento del derecho y exige consideraciones.

El pensamiento de la disminución esencial del interés en la afirmación del Derecho, subyace también en la restricción del derecho de legítima defensa entre personas con estrechas relaciones personales; así, no se puede emplear un medio defensivo mortal, cuando solo tiene que temerse una lesión corporal leve, v. gr., relación entre cónyuges, entre compañeros de empresa, etc.

2.- La agresión irrelevante. Por razones semejantes a las que informan la limitante reseñada en el punto anterior, aquí también es necesario restringir el riguroso derecho de legítima defensa, porque el interés en el prevalecimiento del derecho es considerablemente menor que en un caso normal, esto es, nos encontramos ante el segundo caso límite de la causa de licitud que estudiamos, dirigida a proteger bienes de escaso valor.

Observamos así, una tendencia que con carácter general pretende considerar también la **ponderación de bienes**, como un elemento de la defensa legítima; medición de la defensa atendiendo al valor del bien atacado, prohibición de aquellas acciones defensivas cuyas consecuencias estarían en clara desproporción con la jerarquía del interés amenazado de lesión; al respecto, Maurach expresa su inconformidad con tal criterio, pues estima que "...Si, en conformidad a ciertas propuestas de *lege ferenda*, se introdujera en la legítima defensa la ponderación de bienes como *principio general*, se terminaría, en favor de una consideración exclusivamente material, con la aún hoy clara frontera entre derecho e injusto..."<sup>313</sup>

Al respecto, Jescheck, reiterando el criterio estudiado a propósito de la necesidad de la defensa, comenta que en la defensa legítima "**no importa la relación valorativa entre el bien jurídico atacado y el menoscabado por la acción defensiva**, ya que tanto el interés de autoprotección como la afirmación del derecho son ajenos a dicha relación. Sin embargo, el **interés de autoprotección** puede experimentar una **disminución extrema** en relación con la puesta en peligro del agresor, y en tales supuestos hay que negar asimismo el interés en la afirmación del derecho, porque el sentido del ordenamiento jurídico no puede ser permitir la defensa de bienes de escaso valor, o contra agresiones irrelevantes, al precio de importantes perjuicios para el agresor."

<sup>314</sup>

Otra hipótesis de defensa que puede ubicarse dentro de las agresiones irrelevantes, es aquella referente a la defensa contra los meros abusos<sup>315</sup>, la cual queda totalmente fuera del instituto de la defensa legítima y es admisible sólo en el marco de una defensa proporcional

---

<sup>313</sup> MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 386.

<sup>314</sup> JESCHECK, Hans.Heinrich. Op. cit., p. 312.

<sup>315</sup> Por ejemplo, tomar a alguien de modo inoportuno o incómodo, perturbación de la tranquilidad nocturna, colarse indebidamente en un adelantamiento en el tráfico u otras conductas molestas.

Ahora bien, aunque sean agresiones irrelevantes, el interés en el prevalecimiento del derecho no retrocede tanto como para que hubiera que esquivar o pedir ayuda ajena ante las mismas.<sup>316</sup> El límite se sitúa allí donde la defensa resulta peligrosa para la vida; por consiguiente, para defenderse frente a un pequeño hurto no se puede disparar al otro de manera que resulte gravemente herido o muerto, sino que, habrá que conformarse con medios más benignos, aunque menos seguros.<sup>317</sup>

Como podemos observar, partiendo de la legislación, en Alemania se han introducido restricciones ético-sociales a la defensa legítima relacionadas con la proporcionalidad o racionalidad del medio empleado, particularmente en lo relativo a la ponderación de los bienes en juego, no obstante la desestimación que de estos últimos se hace a propósito de la *necesidad*, según hemos estudiado.

Una vez hecha la referencia a los sutiles correctivos ético-sociales introducidos por los alemanes, con base en su legislación, al concepto de defensa legítima, respecto del cual en un primer momento hablaban sólo de una necesidad sin requerir elemento alguno de proporcionalidad, nos avocaremos ahora al estudio de las características atribuidas por diversos doctrinarios a la *racionalidad del medio empleado o proporcionalidad*.

En este orden de ideas, encontramos autores italianos quienes consideran que la proporcionalidad del medio a emplearse para rechazar o repeler la agresión ha de ser directamente proporcional a la importancia y condiciones que

---

<sup>316</sup> Por tanto, ante un allanamiento de morada no es preciso llamar a la policía, sino que se puede expulsar personalmente al intruso.

<sup>317</sup> Quien sólo podría impedir un hurto de bagatelas con un disparo peligroso para la vida, en el caso extremo tendrá que dejar escapar al ladrón y limitarse a una denuncia penal, pues el alto rango de la vida humana no autoriza a matar o lesionar gravemente a personas en defensa frente a agresiones irrelevantes.

caractericen a la misma; ahora bien, se hace hincapié en que no se debe entender este requisito de un modo absoluto, sino relativo, a efecto de hacer posible la solución del problema. La relatividad en la apreciación incide en la imposibilidad de suponer que en la situación en la que se hallaba el agredido tuviera la suficiente tranquilidad para hacer los raciocinios que fácilmente se ocurren en la tranquilidad del gabinete.<sup>318</sup>

Por su parte, Ranieri nos informa que los tribunales italianos han considerado que la proporción debe entenderse en el sentido de medio empleado y del medio que se habría podido usar para conseguir el fin justo; consideración a la cual la propia doctrina italiana se opone, pues considera que la proporción debe entenderse entre la defensa y la ofensa, o sea, entre la gravedad de la reacción y la gravedad de la agresión; este último criterio, con el cual parece estar de acuerdo este autor, exige que se tenga presente que lo que debe alcanzarse en virtud de él es el fin justo, por lo que el interprete debe apreciar si la defensa, en el momento en que se lleva a cabo, y teniendo en cuenta la circunstancias del caso concreto, puede considerarse excesiva respecto a la agresión.<sup>319</sup>

La reacción debe ser proporcionada a la ofensa en los **medios** y en el **grado**. En otros términos, la comparación no debe hacerse entre los medios que el agredido podía usar, en abstracto, y los que empleó, sino entre éstos y los que tenía a su alcance. Si estos eran los únicos que podía emplear, en concreto, para

---

<sup>318</sup> Cfr., FIORETTI, Julio, et al. Op cit., págs. 224-225. Estos autores, sin fijar su posición, se limitan a citar el veleidoso criterio de los tribunales italianos, los cuales denotan, en un primer momento, a la proporcionalidad como paridad en las armas empleadas; mientras que otros fallos afirman que la proporcionalidad no ha de medirse sólo por la clase de armas empleadas por agresor y agredido, circunstancia última que en nuestro concepto transita por el derrotero adecuado, aunque sin pronunciarse con claridad respecto a las características que han de distinguir a esta forma de proporcionalidad.

<sup>319</sup> Cfr., RANIERI, Silvio. Op. cit., págs. 216-217. Al estimar la doctrina la proporcionalidad con referencia a la defensa y la ofensa, y no sólo en consideración a los medios empleados en estricto sentido, es decir, a las armas utilizadas en el caso concreto, parece encaminar sus pasos a una consideración más amplia, comprensiva de varios elementos diferenciadores que desafortunadamente no se precisan en la exposición de este autor, lo que no es motivo tampoco para negar el avance que puede significar para nuestro estudio, y en general, para la apreciación de las características de la eximente de responsabilidad que nos ocupa.

rechazar la violencia, no podrá ya hablarse de exceso, cualquiera que fuere el mal ocasionado.<sup>320</sup>

Con un poco más de acierto, el maestro Malo Camacho se refiere al elemento que estudiamos como "Racionalidad de la Defensa", expresión comprensiva no sólo de los medios o instrumentos empleados en la misma, lo cual se evidencia cuando el propio autor nos dice: "Es indispensable que exista una cierta proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa, con las características de la agresión sufrida."<sup>321</sup>

En efecto, las características de la defensa y agresión no se limitan exclusivamente a los instrumentos empleados sino a sus modalidades, por ejemplo, ante la agresión callejera de una persona con habilidades en el boxeo es dable defenderse a través de un palo o un tubo, pues si nos limitamos a una defensa con los puños, es claro que nos encontraremos en desventaja ante aquella persona que, dadas sus cualidades boxísticas, posee una arma letal en sus manos.

En esta forma lo han entendido nuestros tribunales al sentar el propio criterio en las siguientes tesis aisladas que, asimismo, sirven de apoyo a la conclusión establecida en el párrafo anterior, y las cuales nos permitimos transcribir a continuación:

---

<sup>320</sup> Cfr., MAGGIORE, Guiseppe. Op. cit., p. 418. Así, bien se puede disparar una pistola, si no se tiene otra arma a nuestro alcance, contra quien nos pretende herir con un arma blanca; y podemos emplear algún arma contra un hombre de fuerza extraordinaria que nos arremete a puñetazos. Observamos en la exposición de Maggiore una referencia no sólo a los instrumentos empleados en una defensa concreta, sino a las modalidades ofensiva y defensiva, respecto de las cuales debe existir la racionalidad o proporcionalidad objeto de nuestro estudio.

<sup>321</sup> MALO CAMACHO, Gustavo. Op. cit., p. 418. Por ejemplo, no sería racional la reacción de un sujeto que saca un arma de fuego y dispara contra su agresor, en un altercado con motivo del choque entre dos vehículos, donde uno de los tripulantes reclama y arremete al otro por el daño producido, dando origen a la reacción del sujeto, quien sacando un arma de fuego dispara y lesiona o priva de la vida. Es evidente que no es racional la defensa instrumentada.

LEGITIMA DEFENSA. Si el comportamiento del ahora quejoso no tuvo por objeto refirir sino **evitar ser apuñalado**, al **hacer uso de su pistola** repelió una agresión actual, violenta, injusta, y de la cual, sin duda, le resultaba inminente peligro de perder la vida o de ser cuando menos lesionado.<sup>322</sup>

LEGITIMA DEFENSA. No es valedero el argumento de que no hubo necesidad racional del medio empleado por el acusado en su defensa, si **en razón del número de los atacantes y de su agresividad y peligrosidad**, no sería posible repeler su agresión injusta, violenta, actual y sin derecho, sino a través de **instrumentos que equipararan la desigualdad manifiesta entre los agresores y el agredido**.<sup>323</sup>

LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR. La legítima defensa del honor puede consistir en la repulsión de una agresión injusta que ataca la libertad sexual de una persona; la ley no especifica que al repeler la agresión se empleen o no medios violentos, lo que debe estar en concordancia con el ataque, es decir, debe repelerse la agresión en la medida necesaria para que cese en sus orígenes. **Si un hombre trata de violar a una mujer, por la desigualdad física que a priori debe reconocerse entre ambos, hay que aceptar que la mujer tendrá que usar una defensa que permita superar su inferioridad y que en la inmensa mayoría de los casos consistirá en el uso de un arma que pondrá en peligro la integridad física y aun la vida de quien intentaba violarla.** Es verdad que en tal situación es posible, hipótesis, pensar en una conducta diferente que evitaría igualmente la violación, como podría ser la huida o la petición de auxilio con posibilidad de obtenerlo, pero tales posibilidades toca demostrarlas a la parte acusadora, y apreciar la bondad de la solución propuesta, examinando el caso concreto a menos que se deduzcan de los hechos mismos en la forma en que hayan sido probados. Y no es el caso examinar cuál de los bienes en peligro de sucumbir, la vida o la libertad sexual es superior al otro, ya que mientras el atacante de la mujer se encuentra en una posición de actuación ilícita, ésta está en un plano de licitud, y por ello no pueden equipararse, para los efectos de una evaluación, los bienes jurídicos puestos en peligro.<sup>324</sup>

LEGITIMA DEFENSA. EXCESO EN LA. Si el daño causado al inculpado fue de notoria poca importancia comparado con el que causó, pues las lesiones que le fueron ocasionadas por su naturaleza se clasificaron como de aquellas que tardan en sanar menos de quince días y no ponen en peligro la vida, o sea, que no tuvieron la gravedad necesaria o el quejoso no

<sup>322</sup> Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo Segunda Parte, LI, Página 71.

<sup>323</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXI, Página 2464.

<sup>324</sup> Quinta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXIII, Página 132.

corrió el peligro inminente de perder la vida, como para que repeliera la agresión disparando un arma de fuego en cinco ocasiones hasta dejar inerte al agresor, es claro que **existió exceso** en la legítima defensa **no sólo por la desproporción en el arma empleada, sino también por haber sido innecesario el disparo de cinco proyectiles** sobre el cuerpo del atacante, ya que con una sola lesión producida por el disparo del arma de fuego hubiera bastado para detener la agresión y por ende para eludir el peligro de daño a su integridad personal.<sup>325</sup>

LEGITIMA DEFENSA, PROPORCIONALIDAD EN LA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACAN). Una sana interpretación de la disposición contenida en el artículo 12, fracción IV, primer párrafo, del Código Penal del Estado de Michoacán, acerca de que **ha de ser proporcionada la defensa** que se haga de bienes jurídicos propios o ajenos, para superar un estado de peligro actual o inminente, que no se pueda evitar, derivado de una agresión injusta, debe ser, **no en el sentido de que para la repulsa del ataque se utilice un medio similar al de agresor, sino en el de que el medio empleado sea capaz de ocasionar un daño análogo al que pudiera sufrirse por el usado por el atacante, según las circunstancias del evento y las habilidades personales de los sujetos participantes en el mismo.**<sup>326</sup>

En relación a la proporcionalidad, Heer<sup>327</sup> dice que la proporción entre defensa y ofensa, se refiere más que a los medios usados por el agredido en relación a los que empleó el agresor, a la **cualidad de los bienes lesionados** y la del **bien que se amenaza**.

Al respecto, observamos en las palabras de este autor, citado por el maestro Jiménez de Asúa, una dualidad en la proporción que estudiamos, a saber: 1.- Respecto al medio empleado en la defensa; y 2.- Respecto a la cualidad de los bienes en juego. En otras palabras, en la proporcionalidad o racionalidad del medio empleado inciden los dos aspectos de referencia.

---

<sup>325</sup> Octava Época, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Julio de 1994, Página 650.

<sup>326</sup> Octava Época, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII, Abril de 1991, Página 196

<sup>327</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., tomo IV, p. 232.

La palabra **racional** contiene una mezcla de vaguedad y de fijeza, es una palabra que satisface a todas las condiciones apetecibles. Consigna como era su obligación, el principio y encomienda al prudencial arbitrio de los tribunales, lo que sólo ellos pueden oportunamente calificar; así, la flexibilidad del término *racional* utilizado por la ley permite una interpretación individualizada, según las circunstancias del caso, pues la inminencia y la gravedad del ataque restan al agredido plena libertad de elección.<sup>328</sup> Es la gravedad de la agresión, atentos a las consideraciones precedentes, otra característica o factor a considerar para los efectos de la racionalidad del medio empleado en la defensa.

Según el maestro Jiménez de Asúa, para que se dé la defensa legítima perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido.<sup>329</sup>

Los altos jueces españoles, continúa explicando el maestro Jiménez de Asúa, estiman que el medio debe ser el oportuno y convincente para preservar a la persona del riesgo que corre con la amenaza o ejecución de la ofensa material de la que es objeto, por lo que la racionalidad de los medios empleados estriba en la proporción de los empleados por el agresor para intentar o cometer su acción y no en el mayor daño que éste cause y el que resulte de la defensa. Nuestro autor cita diversas sentencias de jueces españoles que se pronuncian en torno a la proporcionalidad, y con las cuales está en acuerdo, aportándonos las mismas un panorama más completo del propio criterio de nuestro tratadista, al establecer:<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> Cfr., *Idem*.

<sup>329</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 235.

<sup>330</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 235-237

- No se exige igualdad de las armas entre agresor y defensor, sino la proporcionalidad entre los bienes jurídicos amenazados y el sacrificio en aras de un interés particular.
- La racionalidad del medio empleado supone una relación lógica entre el peligro real que amenaza y la manera, procedimiento o recurso empleado para defenderse.
- La valoración de la racionalidad del medio se refiere no tanto a la igualdad o semejanza de los instrumentos materiales que los contendientes esgrimen, sino a la situación personal en que recíprocamente se hallaren; la posibilidad de elegir entre varios que el agredido tenga a su alcance para esquivar el ataque del agresor y la de graduar con justeza el peligro existente para la integridad personal del que se defiende, sin que pueda desvirtuarse la racionalidad del medio por la mera posibilidad del empleo de otros de dudoso resultado, que no siempre se ocurren fácilmente al que se ve agredido.

En suma, no se exige que correspondan las armas de ataque con las de la defensa. Las circunstancias personales del agresor y agredido, las de hecho que precedan o sean coetáneas al instante en que se desarrolla el episodio, etc., determinan el enjuiciamiento **racional** del medio empleado para repeler o impedir la agresión.

Como es evidente, la racionalidad del medio empleado involucra diversos elementos de necesaria evaluación, por lo que la igualdad de instrumentos, podríamos afirmar, no es necesaria ni suficiente para determinar la existencia de la proporcionalidad que analizamos, por ello, la **racionalidad del medio** no es referible al medio empleado por el agresor, sino a las **posibilidades de defensa del agredido**, lo que engloba un concepto mucho más amplio; por eso precisamente, una reacción puede ser más grave o contundente que el ataque

precedente si esa reacción era la única al alcance del agredido. V. gr., una mujer agredida con la amenaza de una navaja dispara sobre el agresor, siendo la pistola el único modo de defensa a su alcance.<sup>331</sup>

En congruencia de lo expuesto, estos mismos autores están conformes en que la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler una agresión, implica un juicio de valor sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión, y los propios medios y comportamiento defensivo; en consecuencia, no sólo se debe tener en cuenta la naturaleza del medio en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho.<sup>332</sup>

En forma complementaria a lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede afirmar que es incorrecto decidir la cuestión mediante la sola comparación material de los instrumentos de ataque y defensa; en consecuencia, por la expresión **medio empleado** no debe entenderse sólo el instrumento o arma, sino la **modalidad de la defensa**. Así, el medio puede resultar desproporcionado por exceso en la intensidad de la defensa; v. gr., aunque el agresor llevase también una navaja, la defensa no resultará racional si el agredido podía atajar fácilmente el ataque de otra forma menos lesiva en lugar de herirle mortalmente con el arma blanca que a su vez portaba; viceversa, es posible que el agredido se encuentre en un situación de inferioridad que haga

---

<sup>331</sup> Cfr., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. Op. cit., p. 507. Compartimos en general la postura de este autor, pues pone de manifiesto el carácter complejo de la racionalidad en cuanto a los factores que inciden en la misma; sin embargo, creemos se deben hacer ciertas precisiones cuando se hace el pronunciamiento en relación al “único modo de defensa”, pues habrá situaciones en las que, no obstante, se disponga de un único medio de defensa, la desproporción es manifiesta atendiendo a la entidad de los bienes jurídicos en juego, tal es el caso de una persona discapacitada quien dispara a un niño, como único medio, para impedir el robo de fruta; en este tipo de casos, y en general, la proporcionalidad no puede medirse en función de la disponibilidad de medios, sino que debe atenderse a otros elementos como la entidad de los bienes en juego, modalidad, instrumentos empleados y gravedad del peligro derivado de la agresión.

<sup>332</sup> Cfr., Ibidem, p. 508.

necesario utilizar un instrumento de defensa más peligroso que el agresor, físicamente superior, que sólo utiliza su fuerza.<sup>333</sup>

Cuando la acción defensiva causa una lesión al sentimiento de seguridad jurídica de mayor intensidad que el que causa la misma acción agresiva, cesa la legitimidad de la acción defensiva. Así, en la defensa legítima, el injusto comenzará cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tenga por efecto la producción de un resultado lesivo que, por su inusitada desproporción respecto de la agresión, provoque más alarma social que la agresión misma. Por ello, no cualquier empleo de un medio lesivo se encuentra dentro de los límites de la defensa legítima, sino sólo aquel que es *racional*.<sup>334</sup>

Cabe resaltar que esta restricción no significa la pretensión irracional de obligar a los hombres a soportar agresiones injustas, so pretexto de intereses superiores, sino de encontrar el límite propio de la defensa en función de las mismas necesidades impuestas por la co-existencia, lo que se da cuando el daño amenazado es incomparablemente inferior, rayando en lo absurdo y repugnante. Se trata pues, de reafirmar que el derecho no puede tolerar actos que son aberrantes frente a los más elementales principios de la co-existencia humana.<sup>335</sup>

En armonía con el criterio de autores como Jiménez de Asúa, Mir Puig, Quintero Olivares, entre otros, así como por los diversos sostenidos por los tribunales mexicanos, Zaffaroni entiende la racionalidad del medio, como la

---

<sup>333</sup> Cfr., MIR PUIG, Santiago. Op. cit., págs. 469-470. En sentido similar, aunque sin precisar lo que entiende por "medio empleado", Muñoz Conde nos indica que en "La racionalidad del medio empleado... la entidad de la defensa, una vez que esta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo más, vendrá en consideración la eximente incompleta." (MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 104.)

<sup>334</sup> Cfr., ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., tomo III, p. 590. Atentos a lo anterior, en el caso del discapacitado que dispara al niño para impedir el robo de fruta, el proceder es antijurídico, no porque el bien vida sea superior a la propiedad, sino porque el orden jurídico no puede tolerar que para evitar una lesión de tan pequeña magnitud se acuda a un medio que, aunque necesario, sea tan enormemente lesivo. La conducta de disparar es un medio necesario, aunque irracional.

<sup>335</sup> Cfr., Ibidem, p. 593.

proporcionalidad, lo que resulta correcto, siempre que por *proporcionalidad* se entienda el requerimiento negativo de que no falte la proporcionalidad de manera aberrante. Igualmente, entiende por *medio*, no el instrumento utilizado, sino todo género de acciones y omisiones que se emplean en la defensa. En este sentido, la ley no exige una *equiparación o proporcionalidad* de instrumentos, sino una cierta proporción entre la conducta lesiva y la conducta defensiva en cuanto a su lesividad.<sup>336</sup>

Finalmente, el maestro Carlos Santiago Nino, como ha quedado expuesto en apartados anteriores, distingue tres clases posibles de defensa legítima, a saber: *defensa extrema, socialmente útil y punitiva*, respecto de las cuales expone la diferente forma en que se manifiesta la proporcionalidad o racionalidad entre defensa y agresión.

Las situaciones que podríamos llamar de "defensa extrema", se caracterizan porque en ellas están en juego bienes primarios no reparables del agredido. Es verdad, de acuerdo al planteamiento de este jurista argentino, que en estos casos es admisible cualquier acción defensiva que sea necesaria para contener la agresión, pero la exigencia de proporcionalidad opera, precisamente, en el requisito de que estén en peligro bienes inherentes a la persona del agredido. De este modo, si bien aquí la exigencia de proporcionalidad no implica que se deba hacer una comparación entre los bienes del agresor y del agredido,<sup>337</sup> esa exigencia implica que los bienes del agredido deben superar cierto umbral que haga posible este tipo de defensa extrema.<sup>338</sup>

---

<sup>336</sup> Cfr., Idem. Así, existirá esta proporción cuando el que es atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque hay proporción lesiva, aunque objetivamente sea más dañoso un revolver que un cuchillo. Claro que para situaciones como ésta deberán tomarse en cuenta otros factores como la magnitud de los bienes en juego, por ejemplo. En este sentido Vid. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Op. cit., p. 334.

<sup>337</sup> Ya que es legítimo afectar cualquier bien del agresor dentro de los márgenes de la necesidad eficiente.

<sup>338</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 119.

En las situaciones que podrían ser denominadas de "defensa socialmente útil",<sup>339</sup> rige el principio del estado de necesidad, según el cual debe prevalecer el bien o interés más valioso, por lo que el requisito de proporcionalidad opera en forma directa.<sup>340</sup>

Finalmente, en los casos de "defensa punitiva", que se caracterizan por la intervención de un agresor que actúa voluntariamente con conocimiento de que su conducta implica una restricción de la protección jurídica a sus bienes, la exigencia de proporcionalidad implica que se debe tomar en cuenta no sólo el valor comparativo de los bienes del agredido y agresor,<sup>341</sup> sino también los presuntos efectos socialmente beneficiosos, por razones de prevención general, de la clase en cuestión de acciones defensivas.<sup>342</sup>

En consecuencia, la proporcionalidad postulada por Nino incluye varios criterios, a saber:<sup>343</sup>

- a. No se puede lesionar un bien primario del agresor en defensa de un bien secundario de la víctima.
- b. La defensa de un bien primario no reparable de quien no ha dispuesto voluntariamente de él, permite causar cualquier daño que sea necesario para su preservación.
- c. En el caso de que estén en juego bienes secundarios o bienes primarios reparables y no se esté en presencia de una defensa punitiva, sólo es legítima una acción defensiva privada que afecte a un bien menos valioso o a un bien reparable a un costo menor.

---

<sup>339</sup> Que sólo se dan cuando no están en juego bienes primarios del agredido y del agresor.

<sup>340</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 119.

<sup>341</sup> Los que, en el caso de éste último, pueden aquí ser bienes primarios.

<sup>342</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 119.

<sup>343</sup> Cfr., Ibidem. Págs. 119-120.

- d. Cuando el agresor actuó voluntariamente y con conciencia de que su acción involucraba una pérdida parcial de la protección jurídica a sus bienes, es posible defender ciertos bienes a costa de lesionar otros de mayor valor del agresor, aún primarios, si la dañosidad social de la acción, medida sólo en términos de comparación de bienes del agresor y agredido, está compensada por el beneficio social derivado de su virtualidad preventiva.

En acuerdo con varios de los autores previamente citados y discrepante de aquellas resoluciones que atribuyen el carácter de proporcional o racional a la paridad de los instrumentos empleados, Nino<sup>344</sup> continúa explicándonos que en atención a los criterios anteriores de proporcionalidad, para considerar que nos encontramos dentro de ésta deben considerarse dos variables: 1.- El carácter y magnitud de los bienes involucrados;<sup>345</sup> y 2.- El grado de daño o peligro al que están expuestos.

Por cuanto a la expresión *medio empleado*, nuestro autor<sup>346</sup> indica que no debe ser interpretado como si se estuviera aludiendo a los instrumentos<sup>347</sup> usados, sino a la acción defensiva misma; es ésta la que debe ser racional, y para ellos no debe exceder los límites expuestos respecto de los bienes o intereses que lesiona en aras de la preservación de otros bienes o intereses.

Concluida la referencia a las concepciones de los diversos tratadistas citados, podemos advertir que, en términos generales, existe una bifurcación en

---

<sup>344</sup> Cfr., Idem.

<sup>345</sup> Con lo cual se ratifica lo asentado anteriormente, en el sentido de ser una tradición en el ámbito latino considerar no sólo a la proporcionalidad como elemento imprescindible de una defensa que pueda calificarse de legítima, sino a la ponderación de bienes como ingrediente primario de aquella, circunstancia que no ocurre, cuando menos en forma franca y abierta en legislaciones y autores como los alemanes, si bien éstos admiten las restricciones ético-sociales en torno a nuestra causa de licitud, mismas que podrían considerarse como una aceptación de proporcionalidad, aunque por distinto medio.

<sup>346</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 120.

<sup>347</sup> La cuestión del arma o instrumento utilizado es sólo un dato para determinar el grado de peligro al que están sometidos los bienes involucrados.

torno a la estimación del medio empleado tanto en la defensa como en la agresión, y respecto de la cual se exige una racionalidad o proporcionalidad. En este sentido, podemos distinguir:

1.- Autores que determinan la existencia de la proporcionalidad de la defensa en la medida en que exista una paridad entre los instrumentos empleados, postura con la cual no coincidimos por lo que damos aquí por reproducidos los comentarios expresados previamente.

2.- Tratadistas que consideran la expresión "medio empleado" como una categoría omnicomprensiva de diversas características designativas, pero que fundamentalmente la disocian de la identidad de los instrumentos utilizados, dando paso con ello a la consideración de la proporcionalidad entre las **modalidades defensiva y agresiva**, respecto de la cual inciden otros factores que se consideran indispensables para su configuración, y que dependen indistintamente de cada autor, tales como la entidad de los bienes en juego, el peligro al que se les somete, valoración personal en que se hallare el agredido, etc. Ahora bien, encontramos una diferencia sustancial de criterio entre el maestro Zaffaroni y los juzgadores españoles citados por el maestro Jiménez de Asúa, en cuanto el primero hace depender la proporcionalidad entre la conducta lesiva y la defensiva, del criterio de la lesividad o dañosidad; mientras que los segundos derivan aquella atendiendo a los medios empleados y no a los daños posiblemente causados.

La consideración de la proporcionalidad, según nuestro concepto, no puede basarse en un factor unitario de incidencia, sino que debe atender a una diversidad de elementos que lleven a la convicción de estar en presencia de una proporcionalidad para hacer operativa una defensa que pueda ser calificada de legítima; por ello, el posible daño que se cause a los bienes jurídicos, se

evidenciará a la par del peligro en que se traduzca la implementación de las modalidades defensiva y ofensiva.

A pesar de la coincidencia de una gran parte de los autores en la estimación del medio empleado como una modalidad, y no simplemente como instrumento de defensa, la disonancia en el criterio puede encontrar sede en las diversas características que, dependiendo de cada autor, se agregan a la valoración de la proporcionalidad, circunstancia que hace, indudablemente, a la racionalidad del medio empleado un elemento con un significado impreciso, y por tanto, vago.

#### **4.1.2.1.- Concepciones acerca de la proporcionalidad.**

Otra cuestión que perturba considerablemente la tarea judicial de resolver casos de defensa legítima, es la determinación del criterio para apreciar el cumplimiento de la exigencia de proporcionalidad, cuyas variantes reseñaremos a continuación.

##### **4.1.2.1.1.- Concepción objetiva y subjetiva.**

El enfoque objetivo sostiene que la cuestión debe determinarse de acuerdo con todos los datos disponibles en el momento de juzgar, por más que hayan sido inaccesibles para una persona razonable y normal en el contexto del caso; es decir, para apreciar la proporcionalidad de la defensa hay que manejarse con descripciones que reflejen en detalle las circunstancias específicas del caso, tales como edad, sexo, contextura física, relación de dependencia, temor reverencial, lugar, hora, etc.<sup>348</sup>

---

<sup>348</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., págs. 124-125.

Nino<sup>349</sup> nos comenta que, en su concepto, la interpretación que se ajusta a la distinción entre excusas y justificaciones es ésta, pues las justificaciones no se basan en las creencias y reacciones de la gente, por más razonables que sean, sino en la ocurrencia de estados de cosas que son, y no sólo parecen, jurídicamente valiosos; además de que tomando en cuenta los datos específicos de la situación ocurrida, así como todas las circunstancias relevantes, se podrá formular un juicio plausible acerca del grado de peligro al que los bienes involucrados estuvieron sometidos.<sup>350</sup>

Por su lado, otro criterio sustentado por la gran mayoría de los autores es el subjetivista,<sup>351</sup> que establece que la proporcionalidad debe determinarse basándose en el juicio que se formó el propio agente al emprender la defensa, según sus creencias y su posibilidad de obrar de acuerdo con ellas; en estas condiciones, la proporcionalidad de la defensa se establece siguiendo el propio juicio del que ha tenido que defenderse, según sus posibilidades de discernimiento, creencias fácticas, estado de mayor o menor perturbación de ánimo, etc.<sup>352</sup>

En efecto, el Dr. Carrancá y Trujillo, aunque en desacuerdo con el mismo, nos indica que priva por entero un criterio subjetivo en determinados tratadistas, según los cuales "...debe tenerse en cuenta cómo se presenta el hecho ante la

---

<sup>349</sup> Cfr., *Idem*.

<sup>350</sup> De acuerdo con una postura objetivista Vid. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General, Editorial Porrúa, 20ª edición, México, 1999. p. 547.

<sup>351</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 234.

<sup>352</sup> Cfr., FIORETTI, Julio, et al. Op. cit., p. 225; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. Op. cit., p. 508. Contrario a esta concepción se manifiesta Nino, pues estima que el derecho debe pretender desalentar conductas defensivas de exaltados, atolondrados o confundidos, que causan más daño al agresor del que corresponde según la índole de los intereses defendidos; es verdad que en muchos de estos casos resultará injusto castigar a quien ha excedido los límites de la proporcionalidad, pero ello será porque está presente alguna circunstancia excusante: error (legítima defensa putativa), coacción, o exclusión de la imputabilidad del agente. No se ve ninguna ventaja a la confusión teórica de tratar las justificantes como excusas, es decir, tomando en cuenta no el valor o disvalor que la situación efectivamente ocurrida tiene para los objetivos del derecho, sino cual sería ese valor si las cosas hubieran ocurrido como alguien, razonablemente o no, se las imaginó. (Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 125.)

conciencia del que se defiende, pues si el derecho está hecho para los hombres sería vano juzgar la necesidad como la juzgarían tranquilamente los alejados del peligro (Alimena); de aquí que no deba imponerse al agredido el deber de huir para eludir el peligro (Manzini)<sup>353</sup>

Tal es, nos parece, el criterio sustentado en la siguiente tesis aislada:

LEGITIMA DEFENSA. No es humanamente posible exigir a una persona que se vea víctima de una agresión actual, violenta e injusta, que actúe con la serenidad y limitación suficiente de sus movimientos, para no producir más que estrictamente el daño que sea menester para anular la agresión.<sup>354</sup>

Al analizar la opciones que para apreciar la proporcionalidad se han reseñado en esta sección, advertimos elementos en una y otra que pueden serles criticados. Así, la concepción meramente objetiva observa las cuestiones o elementos fácticos sin atender al condicionamiento que los hechos ejercen en el ánimo del que se defiende, deshumanizando así una institución que por ser parte del derecho positivo, está destinada a normar la conducta de seres humanos; por otro lado, el asumir una óptica extremadamente subjetiva implicaría estar únicamente a las apreciaciones, que pueden llegar a distorsiones, de quien se defiende, llegando a confundir nuestra causa de licitud con alguna causa de exclusión de la culpabilidad como sería la legítima defensa putativa. Por todo lo anterior, una postura ecléctica que concilia ambos extremos nos parece es la del "punto de vista del hombre razonable", de la que nos ocuparemos enseguida.

#### **4.1.2.1.2.- Concepción desde el punto de vista del "hombre razonable".**

---

<sup>353</sup> CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al. Op. cit., p. 547.

<sup>354</sup> Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XXVI, Página: 99

El juicio acerca de la racionalidad del medio empleado, de acuerdo con esta postura, debe ser estrictamente concebido desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión, y no con la objetividad que puede consentir una reflexión ulterior. Así, debe evitarse, por una parte, la tentación de analizar comparativamente, a posteriori y con criterio empírico, los medios empleados, que no siempre resultarán suficientemente equivalentes; por otra parte, no debe concluirse tampoco en la justificación de cualquier reacción, adoptando el mismo criterio del que se defendió, sino el que corresponde a una opinión razonable.<sup>355</sup>

Un tanto mas explicativas son la palabras del maestro Jiménez de Asúa, quien al respecto nos dice que para los efectos de la apreciación de la proporcionalidad, es verdad que ha de acudirse a la *apreciación circunstancial*, caso por caso, pero el juicio que nos guíe no ha de ser el del propio sujeto en apuro, sino objetivando, elevando a norma generalizada, que se comprobará en cada hecho, la apreciación de *un hombre razonable en el momento de ser atacado*. Así hallamos, no una fórmula subjetiva, sino susceptible de individualización. En suma, objetivamos el problema y al mismo tiempo tratamos de individualizarlo.<sup>356</sup>

Pero es el *generalizado razonable agredido* quien lo decide. El criterio subjetivo *sensu stricto*, el de la acongojada víctima, que por miedo repele con drásticos procedimientos al que golpea con un palo liviano o con un paraguas, no ha de servirnos para proclamar que *subjetivamente* el agredido estaba en estado perfecto de legítima defensa. Algunas veces nos hallaremos ante una *defensa putativa* y las más de ellas ante un exceso. Derivado de lo anterior, el maestro español establece: "Para que se dé la *legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque, medida*

---

<sup>355</sup> Cfr., SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Vol. I, Bs. As., La Ley, 1951, p. 409.

<sup>356</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 234.

*individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido.*<sup>357</sup>

En esta exposición del maestro Jiménez de Asúa podemos advertir los siguientes aspectos, importantes en la consideración de juicio sobre la racionalidad del medio empleado en la defensa:

- Apreciación circunstancial de cada caso, lo cual implica un estudio o análisis minucioso de todo lo acontecido alrededor de la defensa legítima, es decir, cuestiones como edad, sexo, contextura física, lugar, hora, etc.
- Apreciación de un hombre razonable en el momento de ser atacado, criterio objetivado que se elevara a rango de norma general que deberá comprobarse en cada hecho.

La cuestión planteada a este respecto parece sencilla: análisis de los aspectos particulares del caso concreto, con miras a una individualización, y evaluación de los mismos conforme al criterio ideal de alguien razonable posicionado en el papel del agredido; obviamente suponemos como atributos de este razonable hombre su responsabilidad, ecuanimidad, conciencia de los hechos, análisis exhaustivo de los mismos, entre otros; sin embargo, al concepto de hombre razonable se le pueden atribuir no sólo las características enunciadas, sino otras, las que dependerán de quien lo reformule, por lo que no existe un significado preciso en torno al mismo, y en ese sentido, la interrogante que se ofrece es: ¿Qué se debe entender por *hombre razonable* para los efectos de apreciar si en un caso concreto existió proporcionalidad de la defensa legítima?, misma que puede responderse de tantas maneras como criterios existan, representando todo ello una desventaja en el punto central en este criterio, pues

---

<sup>357</sup> Cfr., Ibidem. p. 235.

la debilidad radica en quien realizará el juicio de proporcionalidad, y ante estas circunstancias el criterio del hombre razonable, en nuestro concepto, no se encuentra en una posición de clara ventaja respecto de los dos anteriores, aunque habrá que reconocer el esfuerzo conciliador de las mismas.

Ahora bien, vistas las ventajas y desventajas de las posturas anteriores, es de advertirse que nuestros tribunales en esta sede han esgrimido un criterio veleidoso que oscila entre el primero y último estudiados, como podrá apreciarse en las tesis aisladas siguientes:

**LEGITIMA DEFENSA, JUSTIFICACION DEL MEDIO EMPLEADO.** La justificación en el caso de legítima defensa, debe tener en cuenta no sólo la gravedad del ataque sino también cierta proporción racional entre el mal causado y el bien defendido, por ende, el límite para juzgar de la necesidad del medio empleado, lo suministra la naturaleza o gravedad de la agresión y esto resultará en cada caso de una comparación no sólo de los instrumentos usados, sino también de las condiciones personales del agresor y del agredido, siendo de advertir que **el juicio acerca de la necesidad y de la racionalidad del medio empleado, debe ser exactamente concedido desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión, y no con la objetividad que puede consentir la reflexión ulterior.** Por ello, el uso de un cuchillo para repeler la agresión de diez o más individuos a altas horas de la noche en un lugar solitario debe considerarse como necesariamente razonable, porque por el número de atacantes y la forma de la agresión a puñetazos y puntapiés pudo pensar fundadamente el inculpado que únicamente con esa arma salvaría la vida de su hermano, ya que no podía prever hasta qué grado llevarían la agresión, máxime si se considera el terror que han suscitado los ataques de pandilleros. Por ello, la circunstancia de que el grupo de agresores no estuviera armado no es causa para establecer una desproporción ventajosa para el inculpado por la posesión del cuchillo, pues un ataque de un grupo de diez o más personas resulta de una potencialidad más dañosa que un solo individuo armado de un cuchillo. Consecuentemente, debe estimarse justificada la excluyente de responsabilidad.<sup>358</sup>

**LEGITIMA DEFENSA.** Lo instantáneo del desarrollo de un suceso y la circunstancia de que quien se ve ante una agresión que entraña peligro de muerte, no puede disponer de

---

<sup>358</sup> Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, LIII, Página: 40

un ánimo sereno y de una capacidad de observación plena que le permitan no ejecutar más movimientos de repulsa, que aquellos que sean absolutamente necesarios para dejar fuera de acción a su ofensor, **hacen razonable no someter la apreciación de la prueba de la eximente aludida a un criterio matemático, para medir el mal causado por la reacción.**<sup>359</sup>

#### **4.1.3.- Elemento subjetivo de justificación: "...en defensa...".**

Nos ocuparemos ahora de un elemento cuya presencia en nuestra causa de licitud ha sido motivo de discusión en la doctrina, pues habrá quienes admiten, mientras que otros rechazan, lo que se ha llamado elemento subjetivo de justificación, representado por la expresión "en defensa".

A este respecto, en la doctrina penal italiana, Fioretti y Zerboglio<sup>360</sup> están de acuerdo en que la persona que defiende tanto a un tercero como a sí misma deba hacerlo a impulso de un sentimiento de justicia y humanidad, pero a su vez, admiten que con esta tendencia pueden coexistir otros sentimientos de venganza, resentimiento, etc., ya que al no aceptarse esta posibilidad se impediría en algún caso el auxilio que el extraño puede prestar al injustamente agredido; en la inteligencia que es más justo y útil la defensa ante una agresión ilegítima que una abstención por miedo a que la defensa se atribuya a impulsos de venganza, con el consiguiente perjuicio para los bienes jurídicos.

Para el destacado jurista mexicano Vela Treviño,<sup>361</sup> la defensa requiere de un presupuesto consistente en el ánimo o voluntad de defensa, ya que es requisito indispensable para la legitimación del acto defensivo el que la conducta se realice en función de la preservación de los bienes jurídicos que la agresión

<sup>359</sup> Sexta Época, Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: Segunda Parte, XLVIII, Página: 42

<sup>360</sup> Cfr., FIORETTI, Julio, et al. Op. cit., p. 230.

<sup>361</sup> Cfr., VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit., p. 274. En este sentido Vid. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Op. cit., p. 326.

amenaza, poniéndolos en peligro o lesionándolos. Al ser la fundamentación de la defensa legítima el principio de la preponderancia de intereses, la reacción se verifica con conocimiento de ese conflicto, en un proceso de valoración subjetivo, tendente a evitar la lesión.

Así, atentos a la redacción de nuestro Código Penal, la forma de la defensa tiene que manifestarse "en protección" de bienes jurídicos, lo cual ciertamente crea la necesidad de una tendencia finalista en el acto defensivo, que va directamente encaminada al acto de repulsa, y ello presupone la conciencia de la situación y la voluntad de actuar consecuentemente.

LEGITIMA DEFENSA Y TRASTORNO MENTAL COMO CAUSAS DE JUSTIFICACION Y DE INIMPUTABILIDAD, RESPECTIVAMENTE. DIFERENCIAS. Es incuestionable que la legítima defensa y el trastorno mental transitorio no pueden operar concurrentemente, en atención a su distinta naturaleza, pues en tanto aquella es una causa de justificación, en la que el sujeto actúa en forma voluntaria y lúcida, por demandar su estructura la presencia del animus defendiendo, entendido como conciencia de la agresión y voluntad de defensa, el trastorno mental transitorio es una situación de inimputabilidad en el agente, cuyas facultades cognoscitivas y volitivas han sido afectadas, al grado de no tener capacidad tanto para apreciar el mandato normativo y valorar las consecuencias de su conducta, como para determinarse espontáneamente.<sup>362</sup>

El maestro Jiménez de Asúa,<sup>363</sup> antes de estudiar el elemento subjetivo de justificación objeto de este apartado, resalta la conveniencia de distinguir entre "voluntad de defensa" y "motivo de defensa". Esa "voluntad" es el paso para que llegue el "motivo", pero puede concebirse la una sin el otro.

Eberhard Schmidt,<sup>364</sup> por su lado, expone que sólo puede hablarse de defensa en aquellas acciones que van guiadas por una voluntad de repeler.

---

<sup>362</sup> Séptima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 157-162 Segunda Parte, Página 77. Nota: En el Informe de 1982, la tesis aparece bajo el rubro "LEGITIMA DEFENSA Y TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, INCOMPATIBILIDAD DE."

<sup>363</sup> Cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 206.

<sup>364</sup> Cfr., Ibidem, p. 207.

Quien ataca los bienes jurídicos de otro sin saber que con ello rechaza un ataque dirigido contra él mismo o contra tercero, es decir, quien con su ingerencia en los bienes jurídicos, *no quiere defenderse*, no puede invocar defensa legítima; aunque no es preciso que quien rechaza el ataque obre exclusivamente con el fin de defensa; semejante limitación no se infiere del concepto de la defensa.

Para Mezger, en un primer momento, " 'El concepto de defensa es independiente de *elementos subjetivos*, la realidad de la existencia de una defensa se determina con arreglo a la situación externa, no según la situación interna del sujeto. Por tanto, no pertenece a la defensa el conocimiento del ataque ni la intención de defenderse o defender a otro' ";<sup>365</sup> sin embargo, esta opinión fue rectificada posteriormente al manifestar su adhesión al criterio de los tribunales alemanes que requieren una voluntad de defensa, a fin de que pueda admitirse la defensa legítima, no perjudicando a estos efectos la concurrencia de otros motivos; por consiguiente, para Mezger es necesaria una voluntad de defensa, como causa subjetiva de justificación; de ahí se deduce que, dado el caso, la exclusión de la antijuridicidad es referida "personalmente", y que, en la misma situación, el que actúa con una voluntad de defensa está justificado, mientras que el que actúa sin tener tal voluntad puede actuar antijurídicamente.<sup>366</sup>

Los elementos subjetivos de lo injusto más importantes, no son los que la ley estableció expresamente, como el ánimo de lucro en el robo, sino precisamente aquellos que no están formulados de modo explícito, pero que han sido ya perfectamente destacados por la jurisprudencia y la dogmática. Así, la preposición *en*, que al tratar del *animus iniuriandi* ha quedado esclarecido que se refiere al elemento subjetivo de lo injusto, significando esto una tendencia anímica en la dirección de la conducta del sujeto; es decir, elemento psicológico

---

<sup>365</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>366</sup> Ibidem, p. 209.

que, a contrario sensu de lo que significa en los tipos de delito, funciona como elemento subjetivo de lo justo. Sólo la interpretación teleológica del precepto puede decidir el papel que un vocablo representa en el orden técnico o en el lenguaje común. En este caso parece lógico que, contemplada la naturaleza del instituto en que figura y la índole de las causas eximentes a que pertenece, la preposición *en* ha de considerarse como expresiva del ánimo de defensa.<sup>367</sup>

La preposición *en*, referida a la defensa, no quiere decir que además no pueda odiarse al agresor y satisfacer, al darle muerte, un recóndito y quizás inconfesado deseo de venganza, sino que el defensor no vaya guiado únicamente por este afán.<sup>368</sup>

Finalmente, en contra de la opinión expuesta de los autores citados, Nino resta importancia al elemento subjetivo de justificación, y en este sentido puntualiza, en función de las diversas clases de defensa que en su concepto existen, que: "...La protección de bienes primarios es legítima, como un aspecto inescindible del derecho sobre esos bienes, cualesquiera que fueren las creencias y propósitos con que se le emprenda. La minimización de males sociales que algunos casos de defensa involucran se da o no independientemente de las actitudes subjetivas del agente. Por último, los efectos preventivos que la permisión de acciones defensivas puede tener (y que permiten alterar el equilibrio de bienes cuando medió el consentimiento del agresor), no se ven alterados por el hecho de que esa permisión cubra tanto acciones defensivas

---

<sup>367</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 210.

<sup>368</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 211. Lo que aquí más nos importa, es denunciar la falsa concepción que exige exclusivamente el impulso de defensa, cuando lo que debe demandarse, como hemos visto, es que concurra ese ánimo, aunque existan también otros, y que sólo se invalida la naturaleza legítima de la reacción, cuando se procede exclusivamente por un impulso ilegítimo. En este mismo sentido Vid. MAURACH, Reinhart. *Op. cit.*, p. 383; WELZEL, Hans. *Op. cit.*, p. 103; ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 667; JESCHECK, Hans-Heinrich. *Op. cit.*, p. 308.

intencionales, como no intencionales; al contrario, parece que tales efectos se refuerzan con una permisión más amplia.”<sup>369</sup>

Como se puede apreciar, nuestro autor argentino resta importancia a cualquier elemento subjetivo de justificación por las razones apuntadas; sin embargo, el empleo por nuestra legislación de la frase “en defensa” o “en protección”, representa un obstáculo claro para la exclusión del elemento subjetivo de justificación que pretende Nino. Eso es así, creo, no tanto por la preposición “en”, que no siempre denota intención, como se muestra en la frase “obrar en ignorancia”, sino porque el término “defensa” o “protección” parece denotar una actividad intencional, pues parece aberrante decir que alguien se defendió sin querer; en estas circunstancias, podemos preguntarnos: ¿Los policías defienden mecánicamente cuando ven que alguien es agredido?; desde nuestra perspectiva, el ver una agresión, no sólo para ellos sino para cualquier persona, los impulsa a actuar, les da la intención de defender, aunque sea por el deber.

La consideración respecto de la fórmula “en defensa” o “en protección” se bifurca fundamentalmente en aquellos que niegan su significado como elemento subjetivo de justificación, mientras que la otra postura, que es la mayoritaria, sí le reconocen tal carácter, por lo que en este sentido no creemos exista problema para definir en nuestra legislación a la expresión “en protección” como un elemento subjetivo de justificación, llegando con ello a adscribirle un significado, en términos generales, preciso, por lo que la pretendida vaguedad conceptual a la que pudiera contribuir la primera concepción indicada, se desvanece ante la diversa que prevalece sobre aquella, según hemos apuntado.

---

<sup>369</sup> NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 127

#### 4.1.4.- Defensas especiales.

En esta sección de nuestro trabajo de investigación nos avocaremos al estudio de casos específicos de defensa, involucrados tanto expresa como tácitamente en el texto vigente de nuestro Código Penal Federal, en especial, aquellos que se refieren a la defensa de terceros, las que se ejercen con la ventaja de una presunción a favor, y aquellas que tienen verificativo mediante elementos físicos conocidas también como *offendicula*.

##### 4.1.4.1.- Defensa de terceros.

Hasta ahora hemos hablado de una defensa general, en la que comúnmente intervienen dos personas, esto es, agresor y agredido; sin embargo, legalmente es posible que tenga verificativo otro tipo de defensa, cuyo fundamento lo encontramos asimismo en el texto vigente de nuestro Código Penal, en su parte general, y que prevé la posibilidad de defensa de un injusto agredido por parte de un tercero que acude en su auxilio y protección.

En efecto, nuestro ordenamiento punitivo en forma clara y literal, en la fracción IV del artículo 15 prescribe: "Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, **en protección de bienes jurídicos** propios o **ajenos**, siempre..."; con ello, la protección o defensa de bienes jurídicos de terceros es factible en atención a lo transcrito, así lo ha entendido tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales.

Esta hipótesis de defensa legítima es admitida por otras legislaciones como la italiana, española, argentina y alemana; siendo estudiada por los juristas de los respectivos países, pero con mayor particularidad por parte de los autores alemanes y argentinos.

Al respecto, el maestro alemán Claus Roxin nos dice que el derecho a la defensa de un tercero sólo es aplicable en la medida en que el agredido quiera ser defendido;<sup>370</sup> ello se deriva del principio de protección individual: si no hay un bien jurídico individual necesitado de protección, el ciudadano no tiene derecho de defensa. La vinculación (de la idea del prevalecimiento del derecho) a la protección individual no sólo es necesaria para poner límites a las facultades de uso de la fuerza por parte del particular, sino que también es la única que permite una solución político-socialmente adecuada de los conflictos personales.

Ahora bien, para enjuiciar el auxilio no solicitado hay que tener en consideración, nos dice Roxin, lo siguiente:<sup>371</sup>

- Cuando exista el consentimiento del agredido ante la injusta agresión y se pueda interpretar en ese sentido el comportamiento de aquél, faltará la agresión antijurídica, por lo que la defensa legítima está excluida ya por esa razón. Así, sería el caso de una mujer que no presta resistencia en serio a los ataques sexuales de un hombre, o si el dueño de una casa le regala al ladrón lo robado.
- Un supuesto problemático se da cuando hay una agresión antijurídica, pero el agredido quiere renunciar a la intervención de un tercero defensor. Así, por ejemplo, si alguien ciertamente quisiera impedir un hurto, pero no quiere que se actúe con armas de fuego. En tal caso habrá que prohibirle también al tercero defensor el uso del revolver, pues no hay ningún motivo para imponerle al agredido una protección a la que quiere renunciar por razones bien ponderadas. Distinto será si la renuncia a la defensa se debe únicamente al miedo a posteriores represalias del agresor,

---

<sup>370</sup> En este sentido Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 313; REINHART, Maurach. Op. cit., p. 388.

<sup>371</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., págs. 661-664

pues en tal caso, la renuncia puede ser ineficaz por defectos de la voluntad. El único caso en que el agredido no podrá rechazar al tercero defensor, será cuando éste disponga de un medio defensivo menos lesivo y con su ayuda se pueda evitar, v. gr., el uso de un arma de fuego; pues entonces ya no será necesaria una defensa del propio agredido.

- Es irrelevante la voluntad del agredido en los casos en que no pueda disponer del bien jurídico amenazado. Así, se puede impedir en defensa legítima de terceros el homicidio de la víctima, a pesar de que la víctima no quiera ser salvada. En cuanto a la proporcionalidad entre el daño impedido y el producido, ésta no es compartida en sentido estricto por Roxin, pues señala que ese papel lo desempeñan las restricciones ético sociales de la defensa legítima, a las cuales ya hemos hecho referencia en otro lugar,<sup>372</sup> en este sentido, a través de dichas restricciones se garantiza por igual la defensa propia y la de terceros, pues la ley no coloca en peor posición al defensor de un tercero; además, sería paradójico que ante una actuación conjunta del agredido y tercero defensor, por la misma e idéntica acción defensiva, el agredido resultara justificado, y en cambio, el tercero defensor fuera castigado.

La permisión de la clase de defensa que nos ocupa es plausible, en razón de que la policía no puede estar presente en todas partes, y en su ausencia la prohibición de una protección privada sólo serviría para envalentonar a los delincuentes violentos y menoscabar la seguridad jurídica.

Para Maurach, la defensa por tercero es, por regla general, un derecho, no una obligación de éste; no obstante, un deber de legítima defensa a favor de

---

<sup>372</sup> Vid. Supra.

tercero puede derivarse del deber de evitar el resultado en los delitos de omisión impropia, del deber que trae aparejado un cargo público (funcionarios de policía) o deberes de asistencia familiar.

Por otro lado, la distinción que Nino<sup>373</sup> hace respecto de diversos tipos de defensa legítima nos parece plausible; sin embargo, este autor prescinde para la operatividad de la defensa legítima, de las actitudes o motivos que impulsan a actuar a quien defiende, y dice que esto es perfectamente adecuado al carácter de una justificación que, a diferencia de una excusa, no tiene en cuenta las actitudes de los protagonistas de la situación, sino que sólo está fundada en el hecho de que la situación no es jurídicamente disvaliosa, no es una de las que el orden jurídico está destinado a prevenir. Si cada una de las tres acciones defensivas postuladas por Nino cumple su fin, nada importa la relación que pudiera haber entre defensor y defendido.

Nuestro autor argentino<sup>374</sup> reitera a este respecto, lo que ya había adelantado con motivo de la expresión "en defensa" o "en protección", esto es, la irrelevancia del motivo que pueda haber impulsado al tercero defensor a ejercitar su acción, pues aquél puede ser el más egoísta o el más indigno, el agente puede incluso ignorar que defiende a una tercero, y creer que está atacando y no repeliendo una agresión.

Los terceros a que se refiere la ley<sup>375</sup> son, entonces, cualquier individuo, o sea, quienquiera que constituya una "persona" y que, por lo tanto, sea titular de bienes que merezcan protección jurídica.

---

<sup>373</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 149.

<sup>374</sup> Idem.

<sup>375</sup> Idem. Aquí, Nino hace referencia al Código Penal Argentino; sin embargo, bien puede ser aplicable a nuestro ordenamiento punitivo federal.

Como es una tradición en el ámbito latino, en Argentina se exige en el caso de la defensa de tercero que se den también los requisitos de agresión ilegítima, de necesidad y proporcionalidad de la acción defensiva; otra cuestión muy interesante en cuanto a la defensa de tercero en el derecho argentino, consiste en que de haber habido una provocación, no haya participado en ella el defensor, lo que parece anómalo, al tener otro individuo mayor derecho de defender nuestra persona o nuestros derechos, cuando hemos provocado la agresión nosotros mismos.<sup>376</sup>

En efecto, nada justifica que se exceptúe tal requisito cuando el defensor es un tercero: si la provocación deliberada por parte del agredido tornara innecesaria su posterior defensa, también será innecesaria la acción defensiva ejecutada por un tercero, pues la necesidad de la defensa no depende de quien sea la persona que la lleve a cabo.

Por otra parte, si la provocación constituye una agresión ilegítima consciente y voluntaria, que excluye la posibilidad de oponerse legítimamente a una defensa necesaria y proporcionada del primer agredido, puesto que implica que el agresor inicial ha consentido en perder la inmunidad contra sus bienes primarios, la situación no se altera por el hecho de que tal agresor inicial sea defendido por un tercero; el que otro acuda en su ayuda no hace que quien, al agredir consciente y voluntariamente, ha perdido la inmunidad contra lesiones a sus bienes que sean necesarias para contener la agresión, recupere esa inmunidad; en estas condiciones, el tercero puede ignorar la provocación inicial o estar en socorro de un ser querido, pero estas circunstancias son materia de excusas, irrelevantes para el régimen de justificación.

---

<sup>376</sup> Ibidem, p. 150.

#### **4.1.4.2.- Defensa presuntiva o privilegiada.**

Nos ocuparemos ahora de una clase de defensa que en la doctrina se le ha llamado presuntiva o privilegiada, y que encuentra su sustento en el segundo párrafo de la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal, que a continuación no permitimos transcribir:

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

En la regulación transcrita se trastoca el carácter fundamental de la defensa legítima, toda vez que el criterio de proporcionalidad que es esencial para la defensa legítima, en el caso que se está tratando no se presenta, ya que en forma amplia la ley presume que existe nuestra causa de licitud respecto de aquél que cause daño, sin precisar que tipo de daño y en relación con que criterio de medición, cuando se actúa en las condiciones a que se hace referencia. Al no existir proporcionalidad, es obvio que se están variando en su esencia los principios y criterios rectores de la defensa legítima, por lo que necesariamente habrá de concluirse que no estamos estrictamente ante ésta.<sup>377</sup>

Por otro lado, según se desprende de la parte final del texto, puede haber una conducta de repelimiento sin que haya habido agresión; obviamente aquí no es requisito la agresión sino que basta la posibilidad de ella para que, reunidas las circunstancias que la ley señala, se considere legitimado el daño al posible agresor, sin que, se requiera tampoco proporcionalidad. Como se advierte, las presunciones anteriores no corresponden en forma alguna al instituto de la

---

<sup>377</sup> Cfr., VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit., 316-317.

auténtica defensa legítima, pues además no se da la imprescindible vinculación agresión-defensa.<sup>378</sup>

En los términos en que está redactada la hipótesis que se analiza, se advierte que se trata de una presunción iuris tantum, ya que en forma expresa la ley establece que la presunción opera "salvo prueba en contrario". Esto significa que en el caso se tiene la presunción de haber actuado en forma legítima, cuando se reúnen objetivamente los elementos que integran la hipótesis legal, sin más obligación que comprobar las circunstancias de tiempo y lugar, y en algunos casos, la obligación legal de defender determinados bienes; pero el titular de la acción persecutoria puede aportar pruebas que sirvan para destruir la presunción de referencia.<sup>379</sup>

Esta naturaleza iuris tantum del favorecimiento presuncional al autor de la conducta típica, es perfectamente comprensible si se considera la posibilidad de que alguien se coloque voluntaria y conscientemente dentro de la hipótesis, con la preconcebida idea de realizar un conducta típica que pueda resultar legítima.<sup>380</sup>

La naturaleza de las presunciones en comento ha sido reiterada por nuestros tribunales, al establecer, en sus criterios, lo siguiente:

EXCLUYENTES. Las excluyentes de responsabilidad (y por ende la legítima defensa), no deben presumirse, y sólo operan en favor de un encausado cuando se hallen fehacientemente demostradas, salvo los casos de presunciones legales que en materia de defensa legítima establece la propia ley.<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> Cfr., Idem.

<sup>379</sup> En este sentido Vid. CASTELLANOS TENA, Fernando. Op. cit., págs. 197-198; VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit., p. 321.

<sup>380</sup> Cfr., VELA TREVIÑO, Sergio. Op. cit., p. 321.

<sup>381</sup> Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XIV, Julio de 1994, Página: 586.

LEGITIMA DEFENSA, PRUEBA DE LA. Siendo la presunción de legítima defensa una presunción *juris tantum*, los hechos que la destruyen deben justificarse; pero asimismo, para que dicha presunción opere los hechos que de acuerdo con la ley le sirven de base, deben quedar comprobados plenamente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene el criterio de que las excluyentes, para que ameriten la concesión del amparo, deben comprobarse en la causa; lo propio debe aseverarse de los hechos que sirven de apoyo a la presunción de la eximente de legítima defensa.<sup>382</sup>

LEGITIMA DEFENSA, PRESUNCION DE. Cabe preguntarse si los casos previstos en los dos últimos párrafos de la fracción III, del artículo 15 del Código Penal constituyen técnicamente una presunción de legítima defensa o tan sólo casos que se equiparan a ella. La legítima defensa real se caracteriza por la existencia de una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, que se repele. Puede presumirse que tales requisitos se presentan cuando durante la noche una persona escala o fractura los cercados, paredes o entradas de una casa, o se introduce a un hogar por la noche y ejerce violencia sobre las personas o cosas que en tal sitio se hallen. La negativa se impone: en el primer caso, expresamente se deja de exigir la existencia de una agresión; y en el segundo, la violencia puede ejercerse sin que se agrede, resulta desproporcionada en muchos casos la repulsión dañosa que se autoriza en contrapartida a la violencia ejercida por el allanador. La verdad es que lo que sí se presume es el miedo grave o el temor fundado del morador ante la invasión, y que en tal estado no va a esperar a que se le agrede para defenderse y defender su hogar y su familia. En realidad el hecho de que una persona escale un muro o barrera similar, o se introduzca de noche a una casa extraña, puede tener motivos si no legítimos si excusables, como pueden ser el de huir de un peligro, una extrema necesidad, una cita amorosa, etc., que no explican por la actuación concreta del invasor en cada caso particular a estudio, la presunción de una agresión. En todo caso puede declararse procedente la excluyente, sin importar que no se demuestre la existencia de una agresión o los hechos que hayan inducido fundamentalmente a la creencia subjetiva de su existencia, ya que en tales casos quedaría conformada la legítima defensa real o la putativa, y la presunción prevista en los dos últimos párrafos de la fracción III, no serían aplicables al caso.<sup>383</sup>

---

<sup>382</sup> Séptima Época, Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 8 Segunda Parte, Página: 25.

<sup>383</sup> Quinta Época, Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CVIII, Página: 241

#### 4.1.4.3.- Defensa predispuesta.

Ahora nos ocuparemos de una forma de defensa a través de la cual los bienes jurídicos pueden ser defendidos en forma preventiva, mediante la utilización de diversos medios listos a obrar automáticamente en el momento en que la agresión se verifique, v. gr., cerraduras que hacen funcionar un arma, los trozos de vidrio, los cepos, las trampas, las alambradas conectadas a corriente de alta tensión, etc., a todos los cuales se les conoce con el nombre de *offendicula*.

En estos casos de defensa se ha pensado en la existencia de un peligro actual, dado que el medio predispuesto opera en el momento de la agresión. En cambio, la duda surge en lo que concierne a la necesidad de la defensa y a su proporción, respecto a las cuales no es posible juzgar sino teniendo en cuenta el caso concreto y según la situación especial del hecho; sin embargo, si se trata de medios predispuestos de *modo visible*, la legitimidad de la defensa es evidente, porque el agresor, no obstante conocer el peligro al cual se expone, lo afronta deliberadamente.<sup>384</sup>

Este tipo de acción defensiva presenta varias dificultades,<sup>385</sup> como son: 1.- la posibilidad de materializarse cuando no hay una agresión inminente sino algún hecho accidental que desencadene el resultado con daño a terceros inocentes; 2.- la posibilidad de frustrar la exigencia de necesidad;<sup>386</sup> 3.- la posibilidad de infringir la exigencia de proporcionalidad; 4.- el tomar en algunos casos por

---

<sup>384</sup> Cfr., RANIERI, Silvio. Op. cit., p. 218. En igual sentido Vid. MAGGIORE, Giuseppe. Op. cit., p. 40.

<sup>385</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., 142.

<sup>386</sup> Cfr., MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 387. En efecto, el propio Maurach nos indica que las dudas respecto a este tipo de defensa derivan del hecho de que no permiten individualización alguna en su modo de obrar: el disparo automático se provocará tanto por el ladrón de gallinas como por el sujeto inocente que, al regresar de la cantina, confunde la puerta del jardín; por tanto, ante el riesgo de lesión a sujetos no agresores, se debe negar a las instalaciones *peligrosas para la vida* la cualidad de medio *necesario* de defensa

sorpresa al agresor, sin que pueda prever, antes de emprender la agresión, la índole de la repulsa que debe enfrentar.

Si en un caso particular de defensa predisuelta no se dan las condiciones de agresión ilegítima, necesidad y proporcionalidad, la acción defensiva en cuestión no estará justificada, exactamente como ocurre en el caso de una acción defensiva ordinaria. La impresión de que se presentan aquí problemas particulares de justificación, está generada por la idea de que en estos casos se da una situación no sólo de legítima defensa, sino también de un ejercicio legítimo de un derecho: el de hacer lo que a uno le plazca y tener los objetos que quiera en el ámbito de su propia casa.<sup>387</sup>

Soler comparte esta opinión, pero únicamente respecto de los instrumentos llamados *offendicula*, o sea "los escollos, obstáculos, impedimentos que oponen resistencia normal, conocida y notoria, que advierten al que intente violar el derecho ajeno"<sup>388</sup>

Lo que se discute es si rige la prohibición, *prima facie*, de acciones que tienen por resultado la muerte o lesiones de terceros, o si hay, por el contrario, alguna causal de justificación que excluya esa prohibición. En segundo lugar, puesto que la defensa legítima también constituye el ejercicio de un derecho, conviene restringir tal causal de justificación a los casos en que hay una autorización o permiso expreso; cuando no lo hay, el alegato en pro de la justificación no puede agotarse en la invocación de un presunto derecho, sino que debe mostrar la presencia de las circunstancias justificantes de ese derecho.

---

<sup>387</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., págs. 142-143.

<sup>388</sup> SOLER, Sebastián. Op. cit., vol. I, p. 369.

En tercer término, no es cierto que la inviolabilidad del domicilio habilite a hacer cualquier cosa dentro de su ámbito.<sup>389</sup>

Por consiguiente, el empleo de aparatos mecánicos y otros medios de defensa predispuesta debe recibir igual tratamiento que cualquier otra acción defensiva. Esto se aplica tanto al uso de offendicula como al de cualquier otro instrumento, sea o no público o manifiesto, requiriéndose que se den las condiciones de agresión ilegítima, necesidad y proporcionalidad de la defensa.<sup>390</sup>

En efecto, para aceptar que el uso de offendicula es una forma de defensa legítima, se debe examinar cada caso particular a fin de ver:<sup>391</sup>

- Si hay proporción entre el bien defendido y la lesión o daño que el aparato puede causar.
- Si se tomaron medidas para que el aparato no vaya a dañar a terceros inocentes.
- Que en realidad se demuestre que quien ha sufrido daño por obra de tales artefactos, se proponía causar daño en previsión del cual se puso el aparato. En otras palabras, que se demuestre la necesidad y proporcionalidad de los aparatos mecánicos. En síntesis: sólo hay defensa legítima cuando los offendicula obran en las mismas circunstancias en que lo haría el dueño para proteger su derecho.

En este orden de ideas, el empleo de aparatos mecánicos u offendicula para la protección de los bienes jurídicos debe sujetarse a final de cuentas, a un examen posterior con el objeto de determinar, en casos concretos, la presencia

---

<sup>389</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 144. Si admitimos que se puede herir a un intruso para ahuyentarlo, y no, por ejemplo, a una visita, es precisamente porque estamos asumiendo que sólo en el primer caso se dan las condiciones de la defensa legítima.

<sup>390</sup> Cfr., Idem.

<sup>391</sup> Cfr., GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Op. cit., págs. 334-335.

de los elementos que constituyen la estructura de la defensa legítima, a saber, una agresión calificada, la necesidad y la proporcionalidad de la acción defensiva, condiciones por las que se pronuncian tanto Nino como González Quintanilla según se ha expuesto. Por otro lado, estamos de acuerdo con Soler, cuando se pronuncia a favor del empleo de los offendicula en aquellas hipótesis que, constituyendo elementos físicos, previenen al que intenta violar el derecho ajeno, como las rejas con picos, bardas con vidrios, etc., ya que tratándose de medios predispuestos en forma visible, el agresor los afronta en forma deliberada al conocer el peligro al cual se expone, actualizando con todo esto aquella "defensa punitiva" de la que habla Nino.

#### **4.1.5.- Efectos de la defensa con daño a terceros.**

En términos ideales, la acción defensiva legítima debe dirigirse contra el agresor ilegítimo; sin embargo, algún tercero inocente puede quedar envuelto, involuntariamente, en una situación de defensa legítima, de modo de sufrir daños a sus bienes. En este sentido, abordaremos en este apartado los efectos que se atribuyen a una defensa que trae aparejados daños a bienes jurídicos ajenos.

En la dogmática penal alemana, al igual que en nuestro medio, se considera que una actuación defensiva para ser legítima, y por tanto, para estar justificada, será tal en la medida en que dañe bienes jurídicos del agresor, ya que el prevalecimiento del derecho, que junto con la protección individual es lo característico de toda defensa legítima, sólo tiene sentido frente al agresor y no frente a terceros que no han intervenido en la agresión.

No obstante estas consideraciones, se ha estimado que una ingerencia en los bienes jurídicos de terceros no implicados, sólo podrá estar en su caso

justificada, según las reglas del estado de necesidad justificante (especialmente en tratándose de la lesión de bienes materiales y otros de escaso valor) o exculpada en virtud de un estado de necesidad exculpante, y si no concurren los requisitos de ambos o de otras causas de justificación o exculpación, la lesión será incluso punible.<sup>392</sup>

Sólo en un caso excepcional, sigue sosteniendo actualmente una opinión bastante extendida, se justifica **la intromisión en los derechos de terceros subyacente en una acción de legítima defensa: si alguien emplea cosas ajenas como medio agresivo o las utiliza de otro modo en la agresión.** Así, los daños a un arma o traje del agresor, adquiridos bajo reserva de dominio, estarán amparados por legítima defensa; aunque en todo caso, los daños causados a los medios agresivos están justificados por estado de necesidad justificante.<sup>393</sup>

Con relación a los propios bienes del agresor, Roxin plantea que tanto los que sirvan para la agresión como los que no, su lesión está amparada por legítima defensa, en razón de que no es preciso limitar la lesión a esos bienes jurídicos, pues las cosas del agresor pertenecen a su esfera y por eso es adecuado que el mismo tenga que sacrificarlas dentro de los que sea necesario para la defensa.<sup>394</sup>

---

<sup>392</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., p. 664. En este mismo sentido Vid. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 105; MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 387. Quien dispara a un ladrón que huye con el botín, aceptando la posibilidad de que la bala alcance además aun transeúnte ajeno a ello, es cierto que estará justificado en cuanto a la lesión del ladrón, pero deberá ser castigado por lesiones dolosas causadas al transeúnte. Y quien dispara a un ladrón que amenaza su vida o integridad estará exculpado por las lesiones a terceros, cuya posible causación había aceptado; pero como su actuación sólo está disculpada, no justificada, el tercero puede a su vez actuar en defensa legítima contra él. Asimismo, cuando los clientes de un bar se habían defendido de unas agresiones antijurídicas con unas jarras de cerveza, que con ello se podrían haber roto, conforme al derecho penal alemán se puede considerar correctamente que el hecho de apoderarse de las jarras no está justificado por legítima defensa, pero sí por estado de necesidad.

<sup>393</sup> Cfr., Ibidem. p. 666.

<sup>394</sup> Cfr., Ibidem, p. 667.

La postura de Zaffaroni es similar a la de los autores alemanes, pues entiende que los terceros extraños a la agresión que sufran efectos de la conducta defensiva, que no obedezcan a un estado de necesidad justificante del que se defiende respecto de los bienes de los terceros, podrán defenderse legítimamente de la conducta, por cuanto el autor actuará antijurídicamente respecto de ellos. Más adelante en su exposición, ratifica Zaffaroni lo anterior al indicar que "...la legítima defensa que se ejerza contra el agresor quede también justificada respecto de los daños que para un tercero puedan resultar, pero ello será cuando concorra con un estado de necesidad justificante..."<sup>395</sup>

Atendiendo a la exposición de los diferentes autores citados hasta ahora, podemos concluir que los daños a bienes jurídicos de terceros, derivados de una acción defensiva, podrán estar justificados o exculpados dependiendo de\* la entidad o importancia de aquellos, según se indica a continuación:

- Cuando los bienes jurídicos lesionados representan una entidad menor que los correspondientes a los de quien realiza la defensa, la lesión se encontrará amparada por un estado de necesidad justificante.
- En tratándose de bienes jurídicos de igual magnitud, la lesión de los correspondientes al tercero estará respaldada por un estado de necesidad exculpante.

Jiménez de Asúa<sup>396</sup> propone una clasificación de las diferentes hipótesis de defensa legítima en las que pueden estar involucrados, como víctimas, individuos inocentes:

- a. Cuando la lesión se causa en los bienes de un tercero que el agresor utiliza como medio de ataque; v. gr., el caso del perro de un extraño azuzado por el agresor, o cuando

---

<sup>395</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., tomo III, p. 603.

<sup>396</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., Tomo IV, p. 267.

tanques enemigos avanzan con rehenes inocentes atados a su frente. En estos casos las lesiones se justifican por defensa legítima.<sup>397</sup>

- b. Cuando la lesión se causa a un medio defensivo utilizado por el atacado; v. gr., quien rompe un bastón ajeno en la cabeza del agresor, estando justificado dicho daño al bien ajeno por estado de necesidad.
- c. Cuando la lesión que se causa a un tercero neutral es necesaria para repeler la agresión; por ejemplo, el asaltante que se sirve de la víctima como "escudo", o más claramente el caso de un tercero que está en la línea de fuego entre el defensor y el agresor, y a quien es imposible alertar para que se aparte. Aquí, en la lesión o daño a los bienes jurídicos ajenos entra jugar el estado de necesidad, y que por tener una misma entidad o magnitud respecto de los de quien realiza la reacción defensiva, nos parece que podría encuadrar, según lo expresado por otros tratadistas citados, en un estado de necesidad exculpante.
- d. Cuando la lesión que se causa a un tercero neutral es un efecto absolutamente imprevisible de la defensa. Así, el caso de que la bala con que el defensor repele la agresión rebota, luego de atravesar el cuerpo del agresor, hiriendo a un tercero inocente. En este caso, corresponde clasificar el resultado como un caso fortuito.
- e. Finalmente, cuando la lesión al tercero es un efecto no previsto, aunque pudo y debió preverse; se ilustra este caso con la *aberratio ictus* por un error de puntería en un disparo

---

<sup>397</sup> Existe una coincidencia en este punto con lo expuesto respecto de Roxin, Vid. Supra.

de armas, debiéndose regir el mismo por las reglas de la culpa.

Refiriéndose a esta clasificación de Jiménez de Asúa, Nino comenta que en las hipótesis a, b y c, que son las que a él le interesan, se hace una distinción en el sentido de aplicar las reglas de la defensa legítima al primer caso, mientras que en los restantes se aplican las relativas al estado de necesidad, lo que en concepto de Nino es incorrecto, pues no ve porqué la situación del tercero tiene que variar por el hecho de jugar un papel activo aunque involuntario en la agresión, cuando en todos los casos la lesión a sus bienes es un ingrediente necesario de la defensa.<sup>398</sup>

De los tres casos de defensa postulados por Nino, queda excluido en la hipótesis del tercero inocente el de la defensa punitiva, puesto que no hubo de su parte una agresión que implique consentimiento de perder la inmunidad contra ciertos derechos; esto significa que el tercero inocente conserva el derecho de preservar por cualquier medio necesario sus bienes primarios irreparables, aun contra quien se defiende contra un agresor ilegítimo que afecte a bienes primarios e irreparables de un tercero inocente, quien puede repeler legítimamente esa acción; y dado que la fórmula de la defensa legítima exige que se dé una agresión ilegítima, habrá que fundar el derecho del tercero en el estado de necesidad justificante. Éste es un tipo de situación en que se enfrentan dos acciones legítimas.<sup>399</sup>

Desde un punto de vista lógico parece incorrecto pensar en dos conductas legítimas que se enfrentan para salvaguardar bienes jurídicos cada una por su lado; sin embargo, los efectos dañosos de la acción defensiva respecto de los bienes del tercero, a los que por sentido común creemos no debe estar obligado

---

<sup>398</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., págs. 153-154.

<sup>399</sup> Cfr., Idem.

éste, bien pueden encuadrarse ya sea en el estado de necesidad justificante o en el exculpante.<sup>400</sup>

Si para Nino la defensa socialmente útil coincide en su solución con el estado de necesidad al regir el principio de minimización del daño social, así como en el caso de la defensa extrema, donde el estado de necesidad se encuentra limitado por el principio de que no puede obligarse a los hombres a sacrificar bienes inherentes a su persona en aras de un beneficio colectivo.<sup>401</sup>

En consecuencia, clasificar los distintos casos de daños a terceros, involuntariamente envueltos en situaciones de defensa, bajo el rubro de estado de necesidad o de legítima defensa es penalmente irrelevante. Si, de cualquier modo, nos interesamos en tal clasificación, la decisión dependerá de dos cuestiones: 1º Si el tercero puede considerarse agresor, como parece considerarlo Jiménez de Asúa en forma excesiva en los casos en los que se azuza el perro de un tercero o se emplea a éste como escudo; y 2º En el caso de que la respuesta a la cuestión anterior sea negativa, todavía queda la posibilidad de sostener que los casos de daño a terceros inocentes son de legítima defensa, sobre la base de que de la regulación legal no surge que el autor de la agresión ilegítima debe coincidir con la víctima de la acción defensiva.<sup>402</sup>

Hay una ventaja metodológica en considerar el daño causado a un inocente para contener una agresión ilegítima de un tercero como un posible caso de defensa legítima: ello permite tomar en cuenta, más fácilmente, como

---

<sup>400</sup> En la redacción actual de la fracción V del artículo 15 del Código Penal Federal, se alude exclusivamente a un peligro real, actual o inminente, respecto del cual se pretende salvaguardar bienes jurídicos, sin que se especifique el origen de tal peligro como una conducta lícita o ilícita, y en el caso concreto la acción defensiva puede generar el peligro de referencia, encuadrando por ello en la descripción legal del estado de necesidad en general.

<sup>401</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 155.

<sup>402</sup> Cfr., Ibidem. p. 156. Coincidente con nuestra apreciación precedente, Nino indica que la defensa recaída sobre un tercero inocente estaría regida, como el estado de necesidad, por principios que no suponen que la víctima sea responsable por la situación de peligro.

parte de la misma situación, tanto el mal que se causa al agresor como el provocado a terceros inocentes, lo que es más complicado determinar cuando se debe operar con justificaciones diferentes en relación a cada una de las víctimas de la acción defensiva. En algunos casos, para decidir sobre la justificación de la conducta es necesario sumar todos los perjuicios causados, sea a inocentes o a agresores: esto ocurre cuando se trata de una defensa socialmente útil.<sup>403</sup>

Un argumento en contra de incluir el daño a tercero dentro de la defensa legítima es que el código penal no contempla dicha hipótesis; pero no se ve porqué habría de contemplarla expresamente cuando satisface todas las condiciones que el texto legal establece, pues nada supone que el agente se defiende contra el tercero inocente, sino que sólo se aduce que se podría alegar frente a él la defensa legítima ejercida –a su costa– contra el agresor ilegítimo, a fin de justificar los daños que le haya producido como medio necesario para repeler la agresión.<sup>404</sup>

Aunque se argumente que la defensa legítima se caracteriza por un conflicto de intereses en el que los del destinatario de la defensa no se encuentran igualmente protegidos que los del defensor debido a su conducta precedente, esto no excluye que en la justificante que nos ocupa puedan entrar también en conflicto los bienes de un tercer individuo, que están tan protegidos como los del defensor.<sup>405</sup>

En síntesis, no hay inconvenientes y sí algunas ventajas en enfocar el daño que se causa a alguien como medio de evitar la agresión ilegítima de otro, como un posible caso de legítima defensa, debiendo darse, por supuesto, los requisitos de las hipótesis de defensa extrema o socialmente útil: siempre que

---

<sup>403</sup> Cfr., Idem.

<sup>404</sup> Cfr., Ibidem, p. 157.

<sup>405</sup> Cfr., Idem.

ello no resulte en la lesión de bienes primarios e irreparables del tercero, pues en tal caso puede darse una situación de dos conductas justificadas que se enfrentan recíprocamente, una en virtud de defensa legítima y otra sobre la base de un estado de necesidad justificante.<sup>406</sup>

Ahora bien, en concepto de Nino el daño a terceros inocentes debe quedar inmerso dentro de la defensa legítima por las razones que expone; sin embargo, cabe hacer una comparación entre lo que sucede en el concurso de delitos, por un lado, y la concurrencia de causas de justificación, por el otro. En efecto, la clase de concurso al que nos referimos aquí es al ideal, previsto en la primera parte del artículo 18 del Código Penal Federal, esto es, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos; al respecto, es de observarse la unidad de conducta y la pluralidad de efectos que puede tener la misma.

En este mismo sentido, pero observado desde diversa óptica, cuando se obra con el ánimo de proteger o salvaguardar bienes jurídicos, no vemos impedimento alguno para que concurren en una misma conducta diversas causas de justificación o inculpabilidad, de ahí que si con motivo de una acción de defensa se causan daños a un tercero, quien se defiende de un agresor ilegítimo puede obrar al mismo tiempo en estado de necesidad justificante o disculpante respecto de aquel tercero, dependiendo de la mayor o igual entidad de sus bienes respecto de los de éste, no siendo válido, como afirma Nino, que deben tomarse los hechos como parte de la misma situación, tanto el mal que se causa al agresor como el provocado a terceros inocentes, aduciendo que sería más complicado determinarlos cuando se opera con justificaciones diferentes en relación a cada una de las víctimas de la acción defensiva, pues el hecho de que sea difícil o complicado como advierte este autor, no implica la imposibilidad de cuantificarlo, puesto que la magnitud de los bienes en juego será manifiesta con

---

<sup>406</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 158.

independencia de cual sea la causa de justificación o inculpabilidad que nos sirva de lente en un caso particular.

Por otro lado, tampoco nos parece viable la interpretación de Nino en el sentido de que no se contempla en forma expresa en el texto legal, que la acción defensiva deba recaer precisamente en la persona o bienes del injusto agresor, pudiendo, por ende, afectar a los diversos de un tercero inocente como medio o consecuencia necesaria de la repulsa en la que queda comprendida dicha afectación; ya que esa interpretación sólo busca eludir la intención del legislador, como presupuesto, de que la repulsa se ejerza contra el injusto agresor, lo que tampoco excluye la posibilidad de afectación de los bienes jurídicos del tercero, pero en este caso creemos puede apelarse a las reglas del estado de necesidad, según hemos apuntado.

Ahora bien, atendiendo a la situación del tercero inocente, parece incorrecto pensar en dos conductas legítimas que se enfrentan para salvaguardar bienes jurídicos cada una por su lado; sin embargo, los efectos dañosos de la acción defensiva respecto de los bienes del tercero, a los que por sentido de justicia creemos no debe estar obligado éste, bien pueden encuadrarse ya sea en el estado de necesidad justificante o en el exculpante.

Efectivamente, en la redacción actual de la fracción V del artículo 15 del Código Penal Federal, se alude exclusivamente a un peligro real, actual o inminente, respecto del cual se pretende salvaguardar bienes jurídicos, sin que se especifique el origen de tal peligro como una conducta lícita o ilícita, y en el caso concreto la acción defensiva puede generar el peligro de referencia, encuadrando por ello en la descripción legal del estado de necesidad en general.

En mérito de lo expuesto, es evidente el carácter veleidoso de la doctrina que se bifurca en dos sentidos claramente diferenciados:

- Inclusión de la afectación de los bienes jurídicos de terceros inocentes dentro del marco de la defensa legítima; y
- Posibilidad de concurrencia en una misma conducta de otras causas de justificación o exculpación que cubran los daños ocasionados a bienes de terceros, sin perjuicio de la defensa legítima para aquellas hipótesis en que estos sean empleados como medios agresivos.

Inconstante en el mismo sentido es el criterio de nuestros tribunales federales, que en diversas tesis aisladas caprichosamente han establecido:

LEGITIMA DEFENSA. EN RELACION A TERCEROS SE EXTIENDE LA EXCLUYENTE DE INCRIMINACION DE LA. Si la repulsa que el recurrente efectuó de una agresión actual, violenta y sin derecho, de la que derivó un peligro inminente para su vida, además del resultado del fallecimiento del agresor, también produjo otros consistentes en el deceso y lesiones a terceras personas ajenas por completo a los hechos que motivaron la repulsa, quienes también se encontraban en el lugar de los hechos; habida cuenta que el medio empleado por el inculpaado, es decir, accionar el arma de fuego que portaba en contra de su agresor, fue el estrictamente necesario para hacer cesar la agresión, dado que ésta también consistió en disparos de arma de fuego, de modo que hubo racionalidad y proporcionalidad entre la agresión y la repulsa, es indiscutible que dicho resultado también debe quedar amparado en la eximente de responsabilidad de haber actuado en legítima defensa de su vida, porque su conducta fue única y no es dable dividirse; de suerte que si el actuar del inculpaado fue un acto lícito no pueden considerarse ilícitas las precisadas consecuencias que tal acto produjo.<sup>407</sup>

LEGÍTIMA DEFENSA. OPERA RESPECTO DE TERCERO AJENO A LA CONTIENDA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Por legítima defensa se entiende la acción que es necesaria para repeler un acontecimiento real y grave por parte de quien es agredido, y es de explorado derecho considerar que la agresión se caracteriza por aquel comportamiento desplegado por el agente que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos, tanto de quien es objeto del ataque, como de un tercero. Ahora bien, si

---

<sup>407</sup> Novena Época, SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: III, Enero de 1996, Tesis: XI.2o.8 P, Página: 309.

en autos está comprobado que el sentenciado fue objeto de una agresión por arma de fuego que el sujeto activo colocó sobre la persona de la víctima, la cual en ningún momento cesó; no obstante, el pasivo del delito, para el efecto de repeler la agresión, realizó varios disparos en contra del agresor, dirigiéndolos hacia lugares donde pudiera causar el menor daño posible, pero uno de los disparos ocasionó la muerte de un tercero ajeno a la agresión; sin embargo, este hecho debe entenderse como comprendido en la defensa que realizaba de su persona respecto de la agresión actual, violenta y sin derecho de que fue objeto pues, por imperativo legal, contenido en la expresión "en defensa" que emplea la fracción III del artículo 17 del Código Penal del Estado de Nuevo León, para que se estructure la legítima defensa es necesario que la acción objetiva de repulsa corresponda, en lo subjetivo, al animus defendendi, el cual comprende tanto la conciencia de la agresión como la voluntad de defensa, como aconteció en el caso, en que el sentenciado, al disparar su arma apuntó hacia abajo, con el fin de causar el menor daño a su agresor, por consiguiente, la lesión a la esfera jurídica del sujeto pasivo ajeno a los hechos que motivaron la repulsa, estuvo dentro del plan defensivo del acusado, ya que su repulsa estuvo enderezada, tanto objetiva como subjetivamente, en contra del agresor, no estando presente en su conciencia causar el resultado final; por ello, ese daño en la persona del tercero inocente queda dentro de la legítima defensa.<sup>408</sup>

**LEGITIMA DEFENSA. NO OPERA EN RELACION A TERCEROS AJENOS A LA AGRESION.** La muerte de un tercero inocente, y ajeno a la agresión, no queda comprendida en la relación agresión-defensa, pues, por imperativo legal, contenido en la expresión "en defensa", que emplea la fracción III del artículo 15 del Código Penal, para que se estructure la legítima defensa es necesario que a la acción objetiva de repulsa corresponda, en lo subjetivo, el animus defendendi, el cual comprende tanto la conciencia de la agresión como la voluntad de defensa. En este orden de ideas, si la lesión a la esfera jurídica de la sujeto pasivo, ajena por completo a los hechos que motivaron la repulsa, no estuvo comprendida en el plan individual defensivo del acusado, quien sólo intervino en favor de un tercero, amigo suyo, para repeler la agresión de que éste fue objeto, repulsa enderezada, tanto objetiva como subjetivamente, en contra del agresor, no estando presente en su conciencia causar, en defensa, la muerte de la ofendida, ni su voluntad encaminada a concretar el resultado letal, por ello, ese daño en la persona de un tercero, inocente, queda extramuros de la legítima defensa, desplazándose el problema, en el caso concreto, al ámbito de la culpabilidad, para dilucidarse si en el evento luctuoso hubo imprudencia o negligencia, ya que hay que descartar la intención de causación del resultado, en virtud de

---

<sup>408</sup> Novena Época, TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Enero de 1998, Tesis: IV.3o.15 P, Página: 1121.

que el acusado efectuó una acción finalista de legítima defensa contra el agresor de su amigo; pero, en relación a la occisa, la acción fue causal. Examinada la conducta del acusado, en orden a la culpabilidad, es indiscutible que la muerte causada se debió a una imprudencia del acusado, si por su carácter de militar, era diestro en el manejo de armas de fuego y, por ende, estaba obligado a observar la diligencia debida al usar su pistola en defensa del agredido. Si no lo hizo, siendo previsible el resultado letal o habiéndose previsto y no querido, resulta que obró en forma imprudente, ameritando reproche y sanción a título de culpa.<sup>409</sup>

#### **4.2.- La falta de provocación suficiente.**

Finalmente, otro de los requisitos para que opere la defensa legítima es de carácter negativo, pues consiste en ausencia de provocación, la que a su vez se califica de suficiente, de todo lo cual se ocupa el presente apartado.

En términos generales, podemos referir como posibles conductas provocadoras, encuadrables en la expresión "provocación suficiente", a las siguientes:<sup>410</sup>

- a. Acciones no intencionales y no delictivas que desencadenan una reacción agresiva de una persona que podría ser excusada por circunstancias personales o del contexto.<sup>411</sup>
- b. Una clase diferente de situaciones se da cuando la presunta provocación consiste en un delito culposo.<sup>412</sup>
- c. Acción intencional, pero que no constituye una agresión ilegítima y que se ejecuta sin el propósito de desencadenar la reacción del provocado, aunque ella fuera previsible.<sup>413</sup>

---

<sup>409</sup> Séptima Época, Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 145-150 Segunda Parte, Página:108.

<sup>410</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., págs. 130-132.

<sup>411</sup> Provocación consistente en formular algún comentario que, aún no siendo injurioso, moleste profundamente, por alguna razón desconocida para quien lo formuló, a alguien que reacciona violentamente y en forma descontrolada contra el primer individuo.

<sup>412</sup> Es el caso de quien lesiona culposamente a otro en un accidente de tránsito, provocando una reacción agresiva de éste.

- d. Cuando el presunto provocador despliega una conducta intencional y constitutiva de una agresión ilegítima, pero no destinada a desencadenar la agresión. No constituye agresión ilegítima la conducta que consiste en sacar del hogar propio a un desconocido que esgrime una pistola, ya sea utilizando un palo o a empujones, pues la misma aparece como ajustada a derecho. Ello resultaría suficiente para descartar la causa de justificación invocada por faltar la primera de las exigencias del código para que el autor del hecho típico actúe en defensa legítima. Pero además, quien penetra en domicilio ajeno portando un arma cualquiera que fuese el motivo real que lo impulsó, ha provocado en forma suficiente la reacción de la víctima faltando de tal modo otro requisito para la referida causal.
- e. Una situación distinta se da cuando se ejecuta una acción que no constituye en sí misma una agresión ilegítima, pero que está dirigida a generar una reacción agresiva por parte de quien es, luego, víctima de la acción defensiva; v. gr., la invitación a pelear o la aceptación de un desafío.
- f. El cuadro se altera un tanto si enfocamos ahora aquellas situaciones en que la conducta que está deliberadamente dirigida a desencadenar la reacción de la víctima es ella misma una agresión ilegítima. Supongamos que se injuria o se ataca deliberadamente a alguien para que este reaccione en forma agresiva.
- g. La intención del individuo provocador avanza un paso más cuando su conducta, constituya o no agresión ilegítima, no sólo está dirigida a desencadenar una reacción agresiva de la víctima sino a

---

<sup>413</sup> El caso típico que encuadra en esta clase es el de quien tiene contacto sexual con una muchacha soltera previendo una reacción violenta de su padre, e incluso es el de quien emprende relaciones íntimas con una mujer u hombre casados, exponiéndose involuntariamente a la reacción agresiva del cónyuge, ya que la circunstancia de haber sorprendido la víctima a su esposa en compañía del imputado a punto de mantener relaciones sexuales, constituye de parte de este último una provocación más que suficiente.

aprovechar esa circunstancia para causarle daño en ocasión de repeler esa agresión. Esto es lo que se denomina "pretexto de legítima defensa".

#### **4.2.1.- Factores a considerar en la integración de una provocación.**

En atención a las diversas clases de conductas susceptibles de constituir una provocación, podemos advertir como factores que inciden en la misma, a los siguientes: 1.- que la acción provocadora constituya o no una agresión ilegítima; 2.- que esa acción sea o no intencional; 3.- en caso de serlo, que sea o no realizada con la intención ulterior de provocar la reacción de la víctima, y eventualmente, con el propósito todavía más amplio de dar ocasión a una lesión bajo el pretexto de defensa.

Que la provocación constituya o no una agresión ilegítima es relevante, porque sólo en caso de serlo la reacción del provocado podría constituir, si se satisfacen los requisitos, una acción defensiva legítima. De lo contrario, como en el caso *a*, esa reacción de la víctima será a lo sumo excusable.<sup>414</sup>

La variable relativa a la intencionalidad es sumamente relevante porque afecta al requisito de necesidad. Cuando la acción provocadora es intencional la ulterior acción defensiva es innecesaria, por lo que ella es ilegítima cualquiera que sea el juicio respecto de la existencia o no de la provocación suficiente. Pero esto plantea la pregunta de cuál es el grado de intencionalidad en la provocación que torna innecesaria la defensa ulterior: parece que basta con que se haya buscado la reacción de la víctima para que la defensa sea innecesaria. El problema aparece en relación a los casos *c* y *d*, en los que se ejecuta una acción

---

<sup>414</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 133. Es importante tener presente esta diferencia, puesto que una cosa es decir que si la reacción del provocado es legítima, la acción defensiva ulterior no puede ser legítima, y otra diferente es sostener que, cuando la reacción del provocado es ilegítima pero excusable, no puede haber una defensa legítima contra ella, sino a lo sumo una defensa también excusable.

intencional que resulta provocativa, sin que la provocación misma sea intencional.<sup>415</sup>

“Creo que intuitivamente se percibe una diferencia entre tales casos de modo que el requisito de necesidad parece satisfacerse en el primero pero no en el segundo de ellos. Sin embargo, la diferencia no reside, en realidad, en la satisfacción de tal requisito de necesidad, ya que en ambos casos el agente se enfrenta con la alternativa de verse lesionado o defenderse, gracias a un acto voluntario anterior que eliminó otras opciones. La diferencia está dada por el hecho de que en un caso el acto que dio origen a la situación de peligro era lícito, mientras que en el otro constituyó una agresión ilegítima. Si se quiere reflejar esa diferencia en el tratamiento de la legítima defensa ello no puede hacerse, entonces, manipulando la exigencia de necesidad, sino interpretando adecuadamente el requisito de falta de provocación suficiente del que se defiende.”<sup>416</sup>

#### **4.2.2.- Provocación (requisitos).**

Nos referiremos aquí a las diversas posturas que en la doctrina se adoptan con relación a los distintivos que debe revestir una provocación para ser causa de inoperancia de la causa de licitud que ocupa nuestro estudio.

En este sentido, en la doctrina penal italiana<sup>417</sup> se ha considerado injusta la agresión *provocada* por el agredido, siendo, en consecuencia, lícito que éste se defienda con tal que su *provocación* **no tenga carácter doloso**, esto es, que **no tenga la intención de ofender en forma ulterior al agresor amparándose bajo esta causa de licitud**. Así como no puede considerarse

---

<sup>415</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 133-134.

<sup>416</sup> *Idem*.

<sup>417</sup> Cfr., RANIERI, Silvio. *Op. cit.*, p. 214.

causa de justificación la creación artificiosa de una situación de defensa legítima, así tampoco podrá ser considerada en la misma forma cuando la provocación degenera en agresión o hay agresión recíproca.

En efecto, en ese medio existe acuerdo en que para la operatividad de la defensa basta que el que se ve obligado a defenderse no haya sido previamente injusto agresor. Ahora bien, si se considera como suficiente una injuria o una lesión leve y no un ataque propiamente dicho, tal interpretación sería notoriamente injusta, pues en tal caso el que fue víctima de un ataque, que en modo alguno hubiese provocado, se vería ante el dilema de sucumbir a él o de hacerse reo de un delito repeliendo una agresión con otra agresión.<sup>418</sup>

En este mismo sentido opina Maggiore,<sup>419</sup> al señalar que ninguna disposición legal, jurídica o moral, concede al provocado derechos de vida y de muerte sobre el provocador; por tanto, también a éste le compete el derecho de legítima defensa. Distinto sería si la provocación degenera en agresión, pues en este caso el agresor-provocador no puede invocar la causa de justificación; y esto debe decirse del duelo, de la riña, donde la violencia es recíprocamente injusta y la dirimente no es aplicable.<sup>420</sup>

Cuando analizamos la implicaciones de la agresión antijurídica, advertimos que ésta no necesariamente debería constituir una conducta delictiva, aunque vimos también la seguridad que propiciaría entenderla como tal; pues bien, en

---

<sup>418</sup> Cfr., FIORETTI, Julio, et al. Op. cit., p. 228. En tal caso no se cree, de acuerdo a estos tratadistas, que la provocación pueda considerarse suficiente, y lo único justo sería castigar al que causó la injuria o la lesión, no impidiendo, sin embargo, que usase de los medios de defensa.

<sup>419</sup> Cfr., MAGGIORE, Guiseppe. Op. cit., p. 410. La violencia en nuestro concepto debe prohibirse, aunque haya sido determinada por provocación injusta, la cual podrá valer sólo como atenuante.

<sup>420</sup> En el medio español, el Tribunal Supremo suele negar la apreciación de legítima defensa en los casos de *riña mutuamente aceptada*, ya que existe una situación de provocación mutua. Sin embargo, esta tesis es criticable por su generalidad. Así, por ejemplo, cabe que alguien se vea envuelto en una riña sin haberla aceptado o que intervenga en ella para apaciguar o defender a alguien. Del mismo modo es perfectamente posible apreciar la defensa legítima cuando la riña es consecuencia de un acto agresivo, y se suscita para repeler dicho acto agresivo. Cfr., MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. cit., p. 105.

nuestro medio González Quintanilla, haciendo eco de su concepción en torno a la agresión, la traslada al ámbito de la provocación, a la cual adscribe los caracteres de tipicidad y antijuridicidad, enmarcando cualquier tipo o tentativa del mismo, requisitos que de acuerdo con este tratadista automáticamente cancelan el derecho de defensa legítima.

La estimación del requisito de provocación en los términos enunciados, hace innecesaria al mismo, pues aun sin él sería innegable que el provocador no puede defenderse cuando a su vez el provocado se está defendiendo legítimamente de él: si ha de ser posible la legítima defensa, la agresión procedente del provocado ha de ser antijurídica, y no a su vez legítima defensa frente a la provocación.

Otra solución sería considerar a la "provocación suficiente" como "provocación intencional", es decir, aquella que se produce por el sujeto con la intención de determinar la agresión por parte del provocado con objeto de poder lesionarle a través de la defensa; para ello se cree necesario requerir que la provocación intencional sea antijurídica.<sup>421</sup>

Intuitivamente, creemos en la necesidad de que la provocación no constituya una agresión calificada<sup>422</sup>, pues implicaría invertir la posiciones de agredido y defensor; por el contrario, la provocación debe poseer una entidad inferior a la agresión, para poder hacer inoperante la defensa legítima, y no invertir los papeles; incluso, podríamos hablar de suprimir a estos efectos la exigencia de antijuridicidad, con el ánimo de no causar confusión con el concepto

---

<sup>421</sup> Cfr., MIR PUIG, Santiago. Op. cit., p. 472.

<sup>422</sup> En este sentido Vid. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. Op. cit., p. 511. Provocación y agresión no pueden ser equiparables ni comparables. Claro que ello obliga a admitir como provocación penalmente relevante lo que no son sino actos descorteses o de mal gusto, pero no ilícitos, y que a eso se le conceda tal relevancia sólo puede explicarse en nombre de la hipersensibilidad latina y la comprensión para con las reacciones violentas, aunque en términos generales, y si se evita considerar a cualquier acto como provocación suficiente, es evidente que en el sentir social el provocador no recibe una valoración social de su conducta igual a la que se formula para el no provocador.

propriadmente dicho de agresión, lo que nos haría caer nuevamente en la inversión de papeles aludido.

En consecuencia, lo que habrá de tomarse en cuenta para considerar a una provocación como suficiente, será la deliberada intención de obtener del provocado una reacción, y al no existir ese propósito, habrá de aceptarse la posibilidad de que el "pretendido provocador" se defienda legítimamente, tal como lo afirma Maggiore, según hemos visto; aunque desde nuestra óptica, el provocador en el caso de provocación intencional también estará en aptitud de defenderse, pero no legítimamente; siendo necesario además, observar si dicha provocación degeneró o no en agresión, lo que ya implicaría otra situación jurídica.

En la dogmática española hay quienes,<sup>423</sup> en cierto sentido, comparten el criterio expresado en el párrafo precedente, pues se estima que la provocación debe ser intencional en el sentido del dolo, debiéndose tener esa intención socialmente como provocación, **no limitando dicha intención a la conciencia de que se trata de una provocación para una persona en particular, pues es perfectamente imaginable la provocación dirigida a un desconocido.** Por otro lado, en aquellos casos en que el provocador tiene la intención de producir una reacción en el provocado, hasta el punto que lo transforma en un instrumento bajo su control, habrá de negarse la eximente tanto completa como incompleta. Situación diferente ocurre cuando el provocador sólo tiene conciencia del carácter provocador de su conducta, sin el deseo de obtener una reacción del provocado, caso en el que podrá subsistir la eximente incompleta.

---

<sup>423</sup> Cfr., Ibidem, p. 512.

Hay provocación intencional cuando alguien provoca a otro a que realice una agresión, para poderle dañar bajo la protección de la defensa legítima. La doctrina dominante excluye en tal caso totalmente la defensa legítima por considerarla un abuso del derecho, y sostiene la responsabilidad penal del agredido por el daño doloso al agresor.<sup>424</sup>

La mayor importancia en la práctica la tienen aquellas provocaciones que no pretenden suscitar una agresión del provocado para lesionarle bajo el manto protector de la legítima defensa, pero que desencadenan una agresión antijurídica. Hay acuerdo en que, a diferencia de lo que sucede en la provocación intencional, no puede perderse completamente el derecho a la legítima defensa; pues como el fin no era provocar la agresión, se necesita protección frente al ataque antijurídico. Sin embargo, el interés en el prevalecimiento del derecho es mucho menor de lo que hubiera sido ante una agresión para la que no se hubiera dado ningún motivo.<sup>425</sup>

En concepto de Roxin, las tres restricciones que analizamos a propósito de la proporcionalidad de la defensa en apartados anteriores, también son aplicables para la agresión provocada: 1.- Quien haya tenido culpa de la agresión ha de esquivar,<sup>426</sup> aunque ello constituya una fuga. Tampoco puede poner en práctica una defensa agresiva, o sea, pasar a contraataques lesivos, en tanto sea suficiente una defensa defensiva que contenga al agresor. 2.- Y al hacerlo hay

---

<sup>424</sup> Cfr., ROXIN, Claus. Op. cit., p. 639. En este mismo sentido Vid. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 105. El derecho de legítima defensa también le asiste a quien ha contribuido a provocar la agresión (v. gr., haciendo burlas al agresor). Por el contrario, se pierde este derecho respecto de una agresión que se ha provocado intencionalmente para poder lesionar al agresor bajo las apariencias de legítima defensa. Asimismo, Vid. MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 381, para quien la provocación intencional excluye la defensa legítima.

<sup>425</sup> Cfr., Ibidem, p. 642.

<sup>426</sup> Esta restricción es la que admite Maurach en caso de provocación no intencional, exigiendo una agresión antijurídica del sujeto provocado consciente de la situación, y un discreto evitar el peligro creado, del provocador. Desconcierta este autor en una explicación posterior cuando asevera que la provocación (sin calificarla aquí de intencional o no) representará, por regla general, una agresión antijurídica que impedirá al sujeto provocador invocar una propia situación de legítima defensa; el desconcierto radica en que, en un primer momento, admite la posibilidad de la situación de defensa en los casos de provocación no intencional, resultando esta nugatoria con la afirmación de referencia.

que soportar daños y lesiones de poca entidad. En cambio, tampoco tiene que tolerar una grave paliza quien sea co-culpable de la agresión, pues el deber de contención considerada al repeler una agresión provocada tampoco dura ilimitadamente, sino que se extingue en cuanto la forma de defensa más benigna utilizada por el defensor sea persistentemente ineficaz. 3.- Finalmente, también opera el criterio de que el provocador debe solicitar ayuda a terceros,<sup>427</sup> si con ello puede escapar de la agresión o emplear una defensa más benigna.<sup>428</sup>

---

<sup>427</sup> El maestro Welzel se pronuncia en contra de tales limitaciones al derecho de legítima defensa, particularmente en caso de provocación culposa de una situación de defensa, pues considera excesiva esta posición, ya que por consideración con el agresor ilegítimo conduce a una apreciable limitación de la libertad de acción. Cfr., WELZEL, Hans. Op. cit., p. 105. Con relación a este comentario del maestro alemán, necesario es advertir que, ya sea una provocación dolosa o culposa, de cualquier forma estamos en presencia de una provocación, que si bien se trata en este caso de la segunda modalidad, en una actitud razonable y de consideración social podemos considerarla adecuada, puesto que también en esta situación se ha contribuido a provocar la agresión ilegítima, además, debemos tener en cuenta que para el sentir social no significa lo mismo no intervenir en forma alguna en la producción de una agresión, que haber participado activamente, aunque sea en forma culposa.

<sup>428</sup> En sentido semejante se expresa Jescheck al exponer que, no obstante existe una negación en el interés por la afirmación del Derecho, cuando el autor ha provocado intencionalmente una agresión para herir con impunidad al agresor amparado bajo la defensa legítima, "lo correcto no es denegar al provocador de forma absoluta el derecho a defenderse, sino exigir tan sólo que rehuya la agresión, incluso a costa de una ligera lesión corporal. Si fuera imposible eludirla, también el provocador ha de poder acudir a la defensa, pues no cabe colocarle en el dilema de entregar al agresor, sin resistencia, su integridad física y su vida, o sufrir una pena. La pena por la propia acción provocadora sólo es aceptable en tanto ésta constituya en sí misma una acción punible (injuria). Aunque el interés en la afirmación del derecho no se excluya, sí que se encuentra disminuido en los casos en que el actor no ha originado la situación de legítima defensa intencionalmente, pero sí mediante un comportamiento antijurídico y culpable, cuya consecuencia adecuada ha sido la agresión (injurias y burlas). En este caso, el autor tampoco pierde, según la opinión dominante, la facultad de acudir a defensa, pero debe contentarse con acciones defensivas que sólo levemente lesionen o pongan en peligro al agresor. Únicamente es admisible la lesión grave del agresor cuando el autor no pueda ni evitarlo ni recurrir a medios defensivos de menor entidad." JESCHECK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 311. La explicación de este destacado jurista alemán, parece distinguir tres diferentes hipótesis de provocación, a saber: 1.- La provocación intencional no constitutiva de acción punible; 2.- Provocación intencional constitutiva de acción punible; y 3.- Acción provocadora culposa y antijurídica. En las dos últimas hipótesis, aunque se señale expresamente sólo en una de ellas, nos encontramos ante acciones antijurídicas delictuosas que bien podrían, según hemos dicho, constituir agresiones calificadas, invirtiéndose los papeles de agresor y agredido; en cuanto a la primera hipótesis, no se presenta la dificultad de confusión referida, y aunque el provocador se mueve dentro del ámbito del derecho, habrá que analizar en el caso concreto la intencionalidad lesiva ulterior a que remite Jescheck, para determinar la operatividad de nuestra justificante en los términos propuestos por este tratadista. Por lo que hace a la procedencia en este último caso, podríamos hablar de una antijuridicidad no ubicada en el campo del derecho penal, lo que nos llevaría nuevamente a la confusión multicitada, sobre todo en relación con el pensamiento de que la antijuridicidad de la agresión no necesariamente debe constituir una acción delictiva, y respecto de la cual hemos manifestado nuestra conformidad, pues la antijuridicidad no es exclusivamente penal.

Hasta ahora, no se ha aclarado suficientemente la cuestión de qué carácter ha de tener una conducta originadora de una agresión para que se la enjuicie como una provocación que restringe la defensa legítima. Entretanto, al menos se ha llegado a un acuerdo en que no se producirá ninguna restricción de la defensa legítima, si la conducta que origina la agresión está requerida jurídicamente, justificada o al menos es impecable ético-socialmente. Pero tampoco se ha aclarado hasta ahora si una conducta provocadora, que restrinja la legítima defensa, ha de ser antijurídica o si para ello basta con una conducta no antijurídica, pero sí desvalorada ético-socialmente. Lo correcto será exigir, para que una conducta previa restrinja la legítima defensa, que menoscabe de un modo antijurídico un bien jurídico del lesionado. Además, quien sólo merece una censura ético-social, de todos modos se sigue moviendo en el terreno del derecho, y si un sujeto se deja provocar a realizar una agresión, el defensor estará haciendo prevalecer sin duda el derecho. En consecuencia, habrá que exigir también que la conducta previa antijurídica guarde una estrecha conexión temporal y una adecuada proporción con la agresión que provoca.<sup>429</sup>

Hemos indicado que para la existencia de la causa de licitud que nos ocupa, es necesario, entre otros requisitos, la presencia de una agresión ilegítima, lo que a su vez implica que ésta no puede estar justificada por ser la respuesta apropiada a una provocación previa, la cual debe incluir, de acuerdo con Nino,<sup>430</sup> el concepto de agresión ilegítima, no superponiéndose el mismo con el diverso de "provocación suficiente", pues éste alude más definidamente que "agresión", a una actitud consciente que es imputable a alguien que tiene suficiente dominio de sus actos; de este modo puede sostenerse que la agresión de un niño o un loco, aunque sea suficiente para justificar la reacción del

---

<sup>429</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 642-644. Quien ha injuriado a otro no tendrá restringidas sus facultades de legítima defensa si el injuriado le ataca un año después; y quien es culpable de unos daños leves y es objeto de una reacción agresiva totalmente desproporcionada, no tiene porque sufrir reducción alguna de sus facultades defensivas.

<sup>430</sup> Cfr., NINO, Carlos Santiago. *Op. cit.*, p. 138.

agredido, no constituye una provocación que excluya la legítima defensa del agresor (niño o loco). En consecuencia, podría, según este autor, haber legítima defensa aún frente a una agresión no ilegítima sino justificada, si ella es en respuesta a un ataque inicial de quien se defiende, que no llega a constituir una provocación por provenir de un inimputable o de quien actuó bajo error o coacción.

Según esta maniobra interpretativa de nuestro autor argentino, se puede llegar a la conclusión teórica de que puede haber legítima defensa contra legítima defensa, en el único caso en que estén en juego bienes primarios irreparables, y el agresor inicial no haya consentido en perder la protección jurídica de tales bienes, por ser inimputable o haber actuado involuntariamente o inconscientemente.<sup>431</sup>

La provocación suficiente será siempre una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho, en tal forma que haga cesar el principio fundamentador de la defensa legítima. Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero ello será siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta, mostrándose inadecuado para la coexistencia. En este contexto, la conducta que nos ocupa en este apartado "debe ser *provocadora*, lo que significa que debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. Si el agresor hubiese ignorado la conducta del agredido, no podrá hablarse de 'provocación', puesto que no habrá sido ella la que habrá provocado la agresión.

---

<sup>431</sup> En atención a la interpretación realizada por Nino respecto del régimen legal argentino, las soluciones para los casos de provocación del que se defiende son las siguientes: a.- cuando la provocación es deliberada, constituya o no una agresión ilegítima, se frustra el requisito de necesidad de una ulterior defensa; b.- cuando la provocación constituye una agresión ilegítima consciente y voluntaria (aunque no se busque la reacción del provocado), se excluye la posibilidad de defenderse legítimamente contra una reacción que importa una defensa necesaria y proporcionada contra la provocación inicial; c.- los restantes casos se rigen por las reglas generales de la legítima defensa, debiéndose apreciar la jerarquía de los bienes involucrados y el interés social en la clase de acciones defensivas en particular.

"No obstante, con el mero carácter de provocación no se excluye la justificación, sino que es menester que la misma sea 'suficiente'. La suficiencia dependerá de dos caracteres, uno positivo y otro negativo. El carácter positivo es la *previsibilidad*<sup>432</sup> del desencadenamiento de la agresión, es decir, la posibilidad de prever que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante. Esta previsibilidad debe estar dada de forma tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta.

"El carácter negativo de la suficiencia se deriva también de su propio fundamento: la suficiencia de la provocación es un criterio ético-jurídico que excluye del ámbito de la justificante la conducta que se muestra inadecuada para la coexistencia, en forma tal que hace cesar la equidad del principio de que a nadie se le puede obligar a soportar lo injusto. Consiguientemente, no deben computarse a los efectos de la suficiencia de la provocación, los caracteres personales del agresor que lo hacen poco apto para la coexistencia... salvo que la agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad."<sup>433</sup>

Interpretando el código penal argentino, Zaffaroni nos ilustra que la conducta defensiva en una situación provocada es antijurídica y la lesión al bien jurídico que con ella se causa es incuestionablemente dolosa, de tal suerte que al

---

<sup>432</sup> En el caso de quien provoque suficientemente ignore por error invencible el carácter provocador de la conducta, como es el supuesto del gringo que ignora el contenido injurioso de sus palabras, pues un bromista le ha dicho que es una forma de saludo, no se tratará de un supuesto de error de prohibición, sino que no habrá provocación suficiente, porque ante la imprevisibilidad del resultado de su conducta, el derecho no la desvalorará excluyéndolo del permiso. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., Tomo III, p. 611.

<sup>433</sup> Ibidem., págs. 607-608. De acuerdo con Zaffaroni, el que provoca suficientemente "crea" la situación de necesidad de la defensa; en este sentido, necesario es distinguir entre ese "crear la situación de necesidad", y "situarse o colocarse en la situación de necesidad ya creada"; de esta manera no crea la situación de necesidad el que sin ser atacado ayuda a otro a defenderse, pese a que voluntariamente se coloca en estado de necesidad de defensa. A diferencia de lo que acontece en nuestro medio, Zaffaroni, haciendo referencia a su sistema jurídico, nos indica que lo anterior es la mejor prueba de la naturaleza personal del injusto en el derecho argentino: es antijurídica la conducta del que se coloca en una situación de necesidad de lesionar un bien jurídico, *pero no lo es la del que sin haber contribuido a provocar esa situación le ayuda a defenderse.*

excluirse la tipicidad permisiva, habrá un injusto doloso perfecto; sin embargo, el problema puede trasladarse a la culpabilidad, porque pueda darse una situación de inculpabilidad, y a nadie puede exigírsele, por ejemplo, que se deje matar. En tales casos nos hallaremos con un supuesto de inculpabilidad.<sup>434</sup>

Pero incluso en los casos en que se debe acudir a este requisito negativo del tipo permisivo, cuando la conducta que la provocación motiva en el provocado constituye una agresión ilegítima (como en el caso del marido que quiere matar al amante que sorprende en adulterio con su mujer), no siempre que el provocador se defiende quedará incurso en una causal de inculpabilidad, porque los requisitos de la inculpabilidad no son los mismos que los de la legítima defensa. Así, no actuará justificadamente el amante de la mujer, que pudiendo evitar la agresión con la huida, prefiere lesionar o matar al marido, sino que, además de actuar antijurídicamente, actuará también culpablemente, puesto que le era posible y exigible otra conducta con la que eludir la agresión, que no fuese lesiva; no obstante, puede darse la situación de inculpabilidad, en el caso del amante a quien no le resta otra alternativa de matar o morir.<sup>435</sup>

Considerando las diversas posturas doctrinarias con relación al requisito que excluye cualquier conducta del ámbito de la justificante que nos ocupa, es posible establecer la siguiente clasificación:

---

<sup>434</sup> Cfr., *Idem*.

<sup>435</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 609-610. De cualquier manera, nos continúa ilustrando Zaffaroni, puesto que la conducta de provocar suficientemente es causa del resultado típico, eventualmente puede ser alcanzada por la tipicidad culposa. Lo que al respecto puede desconcertar es porqué, después de averiguar que la conducta dolosa de matar es inculpable, nos volvemos para atrás y vamos a estudiar la tipicidad culposa de una acción anterior, o sea, la verdadera cuestión que se plantea es de tipicidad: ¿Cómo se explica que habiendo una conducta dolosa que causó el resultado, podemos concluir en que el resultado es causado culposamente por una conducta anterior, por el mero hecho de que la conducta dolosa sea inculpable?, o lo que es lo mismo: ¿Cómo es posible que si el amante hubiese tenido la posibilidad de huir, se considerase que responde por un homicidio doloso, y cuando no la ha tenido, debe responder por una conducta típica culposa anterior? La última interrogante nos acerca a la repuesta: Se trata de una cuestión de concurso aparente de tipos penales en el que funciona el principio de subsidiariedad, es decir, en que la punibilidad de la tipicidad dolosa posterior mantiene interferida la de la conducta culposa anterior, la que opera libremente cuando desaparece la interferencia de la punibilidad por delito doloso, la que en este caso desaparece en función de la inculpabilidad.

A.- Provocación dolosa, la cual tiene como finalidad ofender en forma ulterior al agresor amparándose bajo la defensa legítima.

Dentro de este grupo podemos encontrar algunas variantes enfocadas a la "intención", entre ellas tenemos las siguientes:

1.- Con intención no circunscrita a la conciencia de que se trata de una provocación para una persona determinada, debido a que es posible dirigirla a un desconocido;

2.- Cuando la intención es producir una reacción en el provocado, hasta el grado de convertirlo en un instrumento bajo el control del provocador; y

3.- Cuando se tiene conciencia del carácter provocador de la conducta, sin el deseo de obtener una reacción del provocado.

B.- Provocación equiparable con agresión;

C.- Provocación a la cual se le adscriben los caracteres de tipicidad y antijuridicidad, identificándole con el concepto de agresión que posee dichos distintivos;

D.- Provocación dolosa, en los términos de la indicada en el párrafo A, con la característica de antijuridicidad y equiparable con la agresión;

E.- Provocaciones que no pretenden suscitar una agresión; se pueden incluir en este rubro aquellas que se verifican con la conciencia, y sin ella, del carácter provocador de la conducta, encontrándose una estrecha relación con aquellas de que hablamos en el número 3, del párrafo A, anterior;

F.- Conducta provocadora que origina la agresión que se encuentra requerida jurídicamente, justificada o al menos es impecable ético-socialmente; y

G.- Finalmente, provocación considerada como actitud consciente que es imputable a alguien que tiene suficiente dominio de sus actos, debiendo reunir los siguientes elementos:

1.- Positivo, previsibilidad de que la conducta sea motivadora de una agresión;

2.- Negativo, que la conducta se muestre inadecuada para coexistencia, no debiéndose computar los caracteres personales del agresor que lo hacen poco apto para la misma.

Atendiendo a la clasificación de las diferentes formas de provocación estudiadas, nos queda claro la variabilidad en cuanto a las características que los doctrinarios le adscriben a este concepto, haciendo patente la vaguedad conceptual que desde el punto de vista técnico jurídico afecta a la "provocación"; en estas condiciones, podemos concluir, lo que ya habíamos adelantado, que no se ha aclarado con suficiencia la cuestión de qué carácter ha de tener una conducta originadora de una agresión, para que se la enjuicie como una provocación que excluye a la defensa legítima.

Una vez que han sido expuestas las concepciones de diferentes autores en torno a la provocación suficiente, como requisito negativo para la existencia de la causa de licitud que estudiamos, preciso es aludir a lo que nuestra legislación y jurisprudencia prescriben al respecto.

En ese sentido, la fracción IV del artículo 15 del Código Penal Federal establece: "Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y **no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.**"

La transcripción anterior nos lleva a entender que la provocación que está en condiciones de excluir la defensa legítima en un caso dado, será aquella verificada con la deliberada intención de producir la reacción del agresor para, una vez creada la situación de defensa legítima, poderle lesionar amparado por esta eximente. Asimismo, la inmediatez o cercanía en el ámbito temporal de la provocación, es un requisito adicional que explica, por ejemplo, que quien injuria no tendrá limitado su derecho a defenderse legítimamente cuando el "provocado" le arremete un año después de ocurridos los hechos. Ahora bien, hablar de inmediatez implica una proximidad en el tiempo que sería difícil precisar conceptualmente, dada la vaguedad por requisito del quantum que afecta al término "inmediatez", pues no es posible saber que tanto tiempo es necesario para considerar a la provocación como "inmediata", ¿serán bastantes dos, tres, o bien, cuatro segundos?, el significado de la palabra en cuanto a la cantidad no es preciso, y quien lo determinará será el juzgador al momento de apreciar las circunstancias particulares del caso, mismas que ilustrarán el criterio de aquél.

Es ilustrativo para estos efectos, la tesis aislada correspondiente a la Séptima Época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 39, del Tomo 217-228, Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, que establece:

LEGITIMA DEFENSA, INMEDIATEZ DE LA PROVOCACION EN LA. Si no existe discrepancia entre el juzgador de primer grado en su resolución, la representación social, en sus agravios, y la responsable, en el fallo combatido, de que en el caso el inculpado causó la muerte del pasivo al repeler una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resultaba un peligro inminente para su integridad corporal o bien para su vida, y en el caso a estudio, el problema se circunscribe a determinar si el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella, sobre ese particular se estima que el elemento inmediatez que la ley exige en la causa que constituye la provocación de la agresión, no se surte en el caso que se analiza, pues **no puede otorgarse el carácter de causa inmediata al hecho de que un día anterior, el inculpado se haya apoderado de bienes propiedad del occiso.** La inmediatez a que se refiere la circunstancia primera de la fracción III del artículo 16 del Código de Defensa Social del Estado de Chihuahua, considerada igualmente en otros ordenamientos penales de la República Mexicana, implica, para estos efectos, **una sucesión de actos, uno tras otro, momento a momento, que dada la naturaleza humana de los participantes y la situación emocional en que éstos se encuentran, no se les pueda exigir razonadamente una actuación diferente, atendiendo a las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, esto es, que a la provocación de uno de ellos, sobrevenga a continuación la agresión del otro, derivada de aquélla, y acto seguido la repulsa de la agresión por parte del provocador con el resultado lesivo producido,** caso en que a éste no le beneficiaría la causa de la licitud denominada legítima defensa, por haber provocado la agresión de que fue objeto, dando causa inmediata y suficiente para ella. En este orden de ideas, no puede sostenerse válidamente que en un caso como el que se analiza concurre ese elemento negativo que haría inoperante la mencionada excluyente de responsabilidad en favor del inculpado, cuando entre el robo perpetrado por él en agravio del occiso y la agresión que sufrió de parte de éste, que repelió causándole la muerte, transcurrió un día, o aun cuando el occiso se hubiese dado cuenta del robo el mismo día de los hechos que culminaron con las lesiones que a la postre le causaron la muerte, en uno y otro caso, no se puede tener por acreditado el requisito de inmediatez que la ley exige entre la provocación y la agresión consecuente a dicha provocación, siendo de observarse que en este caso, sí le era exigible razonadamente al agresor, hoy occiso, no obstante el sentirse agraviado por el robo de que fue víctima, así como el impulso lógico y natural de querer recuperar sus objetos a la brevedad, que encontrándose en un régimen de derecho, debió haber tratado de lograr esto, al igual que la sanción legal para su victimario, mediante el uso de las vías idóneas para tal efecto, esto es, recurriendo a la autoridad competente para ello, pero no tratar de obtenerlo mediante la agresión violenta en contra de quien le había desposeído de sus objetos. Si bien el inculpado se colocó en un plano de ilicitud al momento de la comisión del delito de robo, éste ya había cesado y sólo subsistirían, en su caso, las

consecuencias del mismo, sin que sea posible extender dicha circunstancia hasta relacionarla con los hechos relativos al homicidio, dado el tiempo transcurrido entre unos y otros. En la especie, no obstante tratarse de los mismos sujetos activo y pasivo y de la relación que se advierte entre uno y otro ilícito, dado el tiempo transcurrido entre ambos, deben considerarse como hechos aislados, por lo que no es posible aplicar el plano de ilicitud en que el inculpado se ubicó al cometer el delito de robo, a su actitud defensiva desplegada a raíz de la agresión de que era objeto por el hoy occiso. Ciertamente es que el sujeto activo del delito cometió un robo en contra del hoy occiso y que debía, y debe, ser sancionado por él conforme a la ley y por las autoridades a las que la misma ley encomienda esa función, pero ello no justifica de manera alguna la agresión de que fue víctima por parte del hoy occiso, ni le impedía que justificadamente se pudiera defender de la misma, cuando estaba en peligro inminente su integridad física o su vida, razón por la cual, no sería dable jurídicamente sostener que el robo cometido con anterioridad por el acusado, sea obstáculo para que opere en su favor la legítima defensa cuando repeliendo la agresión que de aquél ilícito se derivó, aunque no de manera inmediata, causó la muerte de su agresor. De aceptar la posición sustentada en la postura opuesta, sería tanto como justificar, o al menos propiciar que quien sufre un ilícito penal, puede tratar de hacerse justicia por su propia mano, en contravención clara al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Amparo directo 8164/86. José Luis Martínez Domínguez. 14 de octubre de 1987. Cinco votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Raúl Melgoza Figueroa.

Otra cuestión interesante, es aquella referente a las personas que **no deben haber provocado en los términos que requiere el propio precepto**, ya que de la transcripción hecha se advierte la imposibilidad de actuar justificadamente por quien defiende a un tercero que sí ha provocado la agresión, esto, en contraste con lo que acontece en la legislación argentina, donde el hecho de que el agredido haya provocado no impide que actúe justificadamente quien lo defiende de una agresión, todo lo cual acredita la naturaleza personal del injusto en el derecho penal argentino, de acuerdo a lo que nos explicó claramente el maestro Zaffaroni.

## **CAPÍTULO 5. ARBITRIO JUDICIAL: SU EJERCICIO INDEBIDO Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.**

### ***5.1.- El Arbitrio Judicial.***

En el presente apartado nos ocuparemos de analizar el concepto de arbitrio judicial, destacando sus elementos esenciales, lo cual nos permitirá, en la medida de lo posible, establecer una distinción con su antónimo, la arbitrariedad judicial; asimismo, centraremos nuestra atención en el estudio en los ámbitos en los cuales el aquél es ejercido, lo cual ayudará a tener un panorama integral del mismo.

#### **5.1.1.- Concepto.**

Es sabido que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, siendo imprescindible la intervención del ser humano para conectar ambos extremos, haciendo uso de las técnicas de interpretación de la norma y después su adaptación al caso concreto; en este sentido, el arbitrio opera como enlace entre lo abstracto y lo concreto, de tal suerte que si la ley diera una solución al conflicto, no habría lugar para el arbitrio.

Sentado lo anterior, corresponde ahora abordar diversos conceptos en torno al arbitrio judicial; así, Alejandro Nieto<sup>436</sup> nos ilustra con una recopilación de concepciones doctrinales, entre las cuales se encuentran las siguientes:

---

<sup>436</sup> NIETO, Alejandro. El Arbitrio Judicial, Editorial Ariel, S.A., España, 2000, págs. 219-222.

Para Puig-Brutau el arbitrio judicial consiste en "...la facultad que tienen los jueces de aplicar el Derecho adaptándolo a las circunstancias concretas del caso que han de resolver... la facultad que la ley concede al juzgador para que, dentro de límites más o menos amplios, la interprete en relación con el supuesto concreto que ha de solventar, o complete algún extremo que la misma ley deja a su juicio personal."

Este concepto confirma lo aseverado inicialmente, pues destaca la intervención del juzgador en la tarea de vincular lo general y abstracto de la norma con las particularidades del caso concreto; además, pone de relieve la importancia de la facultad jurisdiccional que nos ocupa en la solución de los conflictos, a través de las opciones que la misma norma confiere al juzgador al permitirle hacer uso de su juicio personal, aunque sea dentro de ciertos límites.

En este mismo tenor, Barak nos dice que "...para poder escoger entre dos o más opciones legales, el camino del Derecho se bifurca y el Juez –sin contar con un criterio claro y preciso que le guíe- debe decir qué camino va a tomar."

En la opinión de este autor se advierte la referencia clara a la posibilidad de optar por diversas soluciones; sin embargo, es de hacerse notar la existencia de límites para las mismas, límites que encontramos dentro de la misma ley, que es la que faculta para obrar en tal forma.

Idéntica concepción la encontramos en Hart y Sacks, para quienes el arbitrio judicial es "Poder de escoger entre dos o más decisiones permisibles".

Finalmente, reproduciendo la misma idea, aunque implícitamente, encontramos a Galligan, quien nos dice que el poder discrecional representa "...escoger una decisión por buenas razones." Así, el poder escoger implica la existencia de diversas opciones o alternativas de solución de una controversia.

En estas condiciones, el arbitrio judicial aparece en los supuestos en que caben varias soluciones lícitas, siendo permisible al juzgador inclinarse por una u otra, existiendo consenso al respecto, aunque sean dables, eventualmente, excepciones.

Ahora bien, necesario es distinguir entre un arbitrio necesario de uno que no lo es, precisando los límites de aquél y buscando un equilibrio entre esta facultad discrecional necesaria y la ley, delimitando la estructura y controles de la primera. En cuanto al control, si se concibe el arbitrio judicial como una actividad de voluntad, disminuyen las posibilidades de revisión, que correlativamente han de aumentar si se trata de una actividad cognoscitiva, siempre rectificable por un juez superior mejor informado.<sup>437</sup>

Si bien se ha hecho referencia al arbitrio como posibilidad de optar entre varias soluciones, los márgenes o límites de esa posibilidad los establece la ley, por lo que debe quedar bien claro que el arbitrio no es una alternativa a la legalidad, sino que uno y otro aparecen entrelazados en cada decisión judicial; de esta forma, el arbitrio puede ser concebido como algo inseparable de la legalidad y presente en la elaboración de prácticamente todas las decisiones judiciales

### **5.1.2.- Ámbitos de ejercicio: El arbitrio en materia de prueba.**

Una vez sentado, aunque sea en forma sumaria, el concepto de arbitrio, es necesario ahora establecer los ámbitos de su ejercicio, es decir, los espacios normativos en los cuales es dable ejercerlo.

---

<sup>437</sup> Ibidem, p. 222.

En este sentido, podemos adelantar, en términos formales y sin perjuicio de especificar posteriormente, la existencia de dos clases de arbitrio, a saber: el explícito e implícito; el indicado en primer término es el autorizado en forma expresa por la ley a través de una delegación, y el segundo, aquél que no precisa de pronunciamiento legal previo.

Ahora bien, los espacios o ámbitos en los cuales puede ser ejercido el arbitrio son amplios; sin embargo, haciendo un esfuerzo de sistematización podemos destacar los siguientes:<sup>438</sup>

*1.- En los huecos de la legalidad.* Este espacio corresponde, *grosso modo*, con la tradicional delegación expresa; siendo fácil determinar su alcance, puesto que la norma permite acceso al juez estableciendo sus límites. Nos encontramos así, con huecos legalmente abiertos, siendo los más significativos para nuestros efectos, los siguientes:

a).- En algunos casos se deja libertad completa al arbitrio del juez; así, el artículo 267 del Código Familiar para el Estado de Zacatecas, dispone: "El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión suficiente al acreedor alimentario, o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, compete al juez, según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos." O el 480 del mismo ordenamiento: "Cuando los bienes que tenga el tutor no alcancen a cubrir la cantidad que ha de asegurarse en alguna de las formas citadas, la garantía podrá consistir parte en hipoteca, parte en prenda, parte en fianza, a juicio del juez."

b).- En otros supuestos, el arbitrio del juez se orienta con un criterio legalmente impuesto, pero que en realidad nada dice, puesto que expresiones

---

<sup>438</sup> Cfr., *Ibidem*, págs. 224-245.

como "justa causa", "orden público", etc., escasa orientación proporcionan; para ejemplificar lo anterior, encontramos el artículo 1 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, que prescribe: "Las disposiciones de esta Ley son de interés público."; así como el 178 del Código Penal Federal: "Al que, sin causa legítima, rehusare a prestar un servicio de interés público a que la ley le obligue, o desobedeciere a un mandato legítimo de la autoridad, se le aplicarán..."

En este supuesto podemos ubicar a varios de los elementos integrantes de la regulación de la Defensa Legítima, v. gr., "necesidad de la defensa", "racionalidad del medio empleado", "provocación suficiente e inmediata", etc., en razón de que compete al juez determinar la presencia de tales requisitos, en atención al material probatorio y a las características designativas que aquél atribuya a cada uno de tales conceptos.

Sucedee, no obstante, que en algunos casos las instrucciones al juez son precisas y le orientan sobre el modo de proceder, tal es el caso de la individualización de las penas, por ejemplo, el artículo 231 del Código Penal Federal establece: "Se impondrá de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente para ejercer la profesión, a los abogados, a los patronos, o a los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan alguno de los delitos siguientes..."

c).- Los valores abren huecos importantes en el ordenamiento, ya que las decisiones judiciales han de basarse con enorme frecuencia en juicios de valor, estén o no previstos de forma expresa en la ley; encontramos supuestos en los que es el propio legislador el que prima un valor sobre otro para la hipótesis de que en algún caso puedan resultar contrarios, tal es el caso del aborto, en donde se da preferencia a la salud de la embarazada sobre la supervivencia del feto.

Pero no son pocos los casos en los que el juez tiene que emitir su propio juicio inclinándose a favor de un valor o de otro, incluso sin indicación alguna de la ley, esto es, con un criterio rigurosamente personal que, por supuesto, debería inspirarse en la jerarquías valorativas de la sociedad concreta en que opera, como si atendiese a las normas de cultura de las que habla Max Ernest Mayer.

*2.- A través de los intersticios de la legalidad estricta.* En el ordenamiento jurídico no sólo hay delegaciones expresas que permiten al juzgador hacer uso del arbitrio, sino que tal posibilidad la podemos encontrar aún sin esa autorización, en razón de las imperfecciones que se presentan en aquél, por ejemplo, v. gr., las llamadas lagunas legales.

Por otro lado, es de explorado derecho que el ordenamiento jurídico no regula casos individuales, dada la amplitud de éstos, por lo que se emplea la técnica normativa de construir tipos o categorías a medio camino entre lo general y lo particular, lo abstracto y lo concreto, asignándose a estos una regulación especial.

Con esta categorización o estructura normativa, el juez no tiene que buscar el régimen jurídico del caso particular, sino que realizará, en primer término, la tipificación del hecho, esto es, encuadran la situación particular en la categoría o tipo legal creado; sin embargo, esta operación no es siempre sencilla, pues los datos de la realidad no coinciden siempre con lo que ha tenido en cuenta el legislador en el momento de establecer el tipo o la categoría, pero por muy graves que sean las dudas, el juez tiene que decidirse por una u otra opción. Es precisamente aquí donde se abre paso al arbitrio, tan es así, que en la práctica, dependiendo de la persona del juez, los hechos pueden ser encuadrados en dos o más de las categorías mencionadas; v. gr., en materia penal es frecuente que exista la duda de circunscribir ciertos hechos como abuso de confianza, o bien, como robo.

En otro orden de ideas, los más numerosos e importantes intersticios que nos ocupan en este apartado, son aquellos provocados por lo que se ha llamado *textura abierta del lenguaje legal*, cuya eliminación es imposible, ya que no cabe imaginar una impermeabilización absoluta, al no haber una correspondencia exacta entre realidad y lenguaje, siendo éste una aproximación, una indicación del hablante que luego el destinatario adapta a la realidad, sin garantía alguna de que lo haya hecho de acuerdo con las intenciones de aquél.

Es aquí donde creemos que tienen cabida, por su misma naturaleza, los conceptos integrantes de la regulación de la Defensa Legítima, respecto de los cuales hemos analizado la clases de vaguedad y ambigüedad que los afectan, siendo el juzgador, en particular, quien proveerá para dar sentido a tales conceptos, informado en no pocas ocasiones, a parte de su criterio, en el proporcionado por la doctrina, siendo, por tanto, variable la postura que respecto a tales conceptos se puede adoptar según sea el juzgador.

*3.- En la encrucijada de una pluralidad de soluciones.* Después de que el juez ha fijado los hechos y seleccionado la norma aplicable al caso, llega al momento de adoptar la decisión final y se encuentra ante una pluralidad de soluciones, todas legalmente posibles y plausibles.

En ocasiones, la elección de la solución particular se encomienda al juez de forma expresa por la ley mediante la apertura de un hueco para su arbitrio; esto es lo que sucede, por ejemplo, con el primer párrafo del artículo 350 del Código Penal Federal, el cual dice: "El delito de difamación se castigará con prisión hasta de dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos, o ambas sanciones, a juicio del juez."

En el artículo transcrito se faculta al juez para imponer una sanción, de tres posibles, saber:

- Prisión;
- Multa; o
- Prisión y multa.

Atentos a esto, contemplamos un caso de pluralidad de soluciones en un hueco abierto de forma expresa por la ley; en otros muchos, es el ordenamiento jurídico en su conjunto el que, con intención o sin ella, ofrece con su silencio tal posibilidad en el fenómeno denominado tradicionalmente "laguna legal".

En este ámbito hay que entender que el juez es libre de elegir cualquiera de las soluciones legalmente posibles, o dicho con más precisión, la que él considera más conveniente, aunque, eso sí, con la condición de que explicita las razones de su decisión.

A partir de aquí, ya nada más puede decir el Derecho y es el juez quien ha de resolver con criterios extrajurídicos quizás a favor de una de ellas; dentro de estos criterios extrajurídicos, su decisión es libre, siempre y cuando los maneje de forma racional, no arbitraria ni absurda.

*4.- Equidad.* La vieja formulación de Aristóteles en el libro V de su *Ética* nos ilustra al respecto: "Lo equitativo es una corrección de la justicia legal..."; es aquí donde aparece el juicio de equidad en los supuestos en los que la ley, a causa de su generalidad, no es aplicable a las características singulares del caso concreto, y entonces se procede a una *corrección de la ley cuando ésta es defectuosa debido a su propia generalidad.*

La escolástica recogió el pensamiento aristotélico que Santo Tomás latinizó, y así llegó a Suárez para desembocar en el iusnaturalismo moderno: "...equidad es aquella justicia superior que no está inscrita en la norma positiva; es salirse de la norma positiva para corregirla apelando a lo que está por encima de ella: al derecho natural inherente a la ley natural."<sup>439</sup>

Atentos a lo expuesto, podemos advertir que el juicio o método de equidad consiste en que las hipótesis normativas contienen formulaciones o previsiones generales, que aportan al juzgador lineamientos vinculantes para la decisión del asunto planteado, dando asimismo un campo de acción amplio para tener en cuenta las singularidades del caso.

En estas condiciones, el juicio de equidad opera dentro de la aplicación del derecho como un mecanismo de adaptación de la ley general a las circunstancias del caso concreto, esto es, como un elemento tendente a lograr una aplicación de las normas a las particularidades del caso.

*5.- En el proceso.* El juez no sólo emplea su arbitrio al momento de emitir la resolución, sino que dicha facultad es ejercida a lo largo de todo el proceso, constituyendo éste una cadena de actos arbitrados.

La importancia de lo anterior salta a la vista si se piensa en el riesgo que aparea el ejercicio indebido del arbitrio que puede viciar, no sólo la resolución final, sino también las fases intermedias con la consecuencia de que la decisión final arrastre un vicio anterior determinante.

Una vez reseñados, aunque sea sumariamente, las esferas de ejercicio del arbitrio judicial, ha llegado el momento de ocuparnos de un ámbito que influye

---

<sup>439</sup> Ibidem, p. 233.

en forma determinante en la función jurisdiccional al momento de emitir las resoluciones, nos referimos al arbitrio en materia de prueba.

En este sentido, el régimen de arbitrio es muy diferente según la clase de prueba y de jurisdicción, siendo mayor en materia penal, a pesar de lo paradójico que pueda considerarse si se atiende a la idea de que, en sede de derecho penal, se magnifica con mayor énfasis el imperio de la ley, pues la inevitabilidad del arbitrio en esta materia deriva de la circunstancia de que las pruebas no pueden, salvo excepciones, llegar a la certeza, sino que tienen que detenerse en la probabilidad. En estas condiciones, se entiende que un hecho está procesalmente probado cuando su grado de probabilidad es lo suficientemente elevado como para permitir afirmarlo racionalmente: la valoración de la prueba termina siendo, por tanto, no una declaración empírica sino una operación racional *de elección de la hipótesis* más probable.<sup>440</sup>

Desde el momento en que nuestra legislación procesal, particularmente la penal, establece los lineamientos para valorar la prueba, podemos advertir la existencia de un régimen legal de valoración de prueba; lo anterior, con independencia de que en algunos casos sea la propia ley la que establezca el valor que debe darse a específicos medios probatorios, o bien, se faculte al juzgador para fijar aquél.

Según lo apuntado, la valoración de la prueba es una actividad concreta y singular, e inevitablemente en manos del juez; sin embargo, el legislador al desconfiar de él, sabedor de los riesgos de la arbitrariedad, previene distintas formulas de control en beneficio de los órganos superiores: lo que en nuestro concepto tampoco garantiza nada, porque siempre habrá una última instancia de

---

<sup>440</sup> Cfr., Ibidem, págs. 236-237.

arbitrio incontrolado, lo que se puede resumir en la frase "¿Quién vigila al vigía?".

Sin perjuicio de estudiar algunas cuestiones conexas con la valoración de la prueba, nos ocuparemos ahora de sus diversas modalidades<sup>441</sup>, a saber:

*1.- Apreciación legalmente tasada.*- El maestro Rivera Silva<sup>442</sup> nos informa que en este sistema de apreciación de la prueba, la ley fija, de manera determinada, el valor de aquella, encontrándonos así con una verdad formalista.

Este sistema quiere justificarse, en el deseo de borrar las arbitrariedades nacidas de las simpatías o antipatías del juez, o de la torpe valoración hija de la inexperiencia o ignorancia. Sin embargo, hay que advertir que si el sistema tasado protege de las arbitrariedades o malas valoraciones, obstruye la vigencia de las finalidades correccionales, las cuales no pueden presentarse más que con la abolición absoluta de toda fórmula.

Coincidente con el criterio precedente, Colín Sánchez<sup>443</sup> nos dice que el sujeto a quien se encomienda, por disposición legal, justipreciar el material probatorio, no debe atender a ningún criterio legal, preestablecido, susceptible de impedir la actualización de la verdad material o real; en este sentido, continúa Colín Sánchez, la variedad de los asuntos y sus peculiaridades, conducen a concluir que ninguna prueba en forma aislada, puede tener valor superior al de otra; es el concurso de todas lo que, tal vez, permita el esclarecimiento de la conducta o hecho. Explicando su criterio, nos dice este autor que para llevar a cabo el procedimiento valorativo, el juez, empleará:

---

<sup>441</sup> Cfr., Ibidem, págs. 238-241.

<sup>442</sup> Cfr., RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, 29ª edición, México, 2000, p. 194.

<sup>443</sup> Cfr., COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, 18ª edición, México, 1999, p. 425.

I.- Su preparación intelectual: conocimientos jurídicos, psicológicos, experiencia en la materia, cultura, etc.

II.- Las denominadas "máximas de la experiencia", enseñanzas o precedentes de la vida cotidiana, que en forma concreta, o sea, conocimientos conquistados con la experiencia, pero autónomos de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos, y que deben valer para nuevos casos.

III.- El conocimiento de los hechos notorios que, por su propia naturaleza no están necesariamente sujetos a prueba, porque son acontecimientos provenientes del hombre o de la naturaleza, que por su fuerte impacto, quedarán grabados en la conciencia general.

Por lo expuesto, es evidente la idoneidad de un sistema de justipreciación probatoria que permita al juez atender a las particularidades del caso a estudio, puesto que en el sistema que en este apartado nos ocupa, la ley prescribe que en determinados casos la mera constatación de la existencia física de un fenómeno implica el reconocimiento de su existencia legal, sin que el juez pueda entrar en consideraciones o valoraciones sobre su alcance, siendo la certidumbre científica lo único que puede justificar dicho automatismo legal, lo cual explica el deterioro actual de esta modalidad valorativa, que nos demuestra la desconfianza que hoy tiene el legislador en el automatismo de los resultados, de tal manera que, pese a todo, considera más fiable la determinación concreta e individualizada realizada por el arbitrio del juez.

*2.- Apreciación absolutamente libre o en conciencia.* La valoración libre suele entenderse, de primera intención, como una decisión personal, íntima y singular de cada juez que, además y por ello mismo, resulta incomunicable. El

juez sólo tiene aquí que rendir cuentas a su conciencia; circunstancias que dificultan el control, y en definitiva, abren puertas a la arbitrariedad.

En efecto, en el medio español se ha entendido esta forma de apreciación como un ejercicio libérrimo y sin limitación alguna, pues no exige explicación ni razonamiento alguno; sin embargo, no ha faltado quien, ante tal exceso haga hincapié en ciertos límites, al considerar que "...la libertad del juez no exime al órgano jurisdiccional de someterse a la reglas de la lógica, de la psicología y de la técnica, con un criterio objetivo y social. Los ordenamientos procesales modernos no pueden renunciar al control de cuanto acontece en el proceso, sometiendo las técnicas internas, y en primer lugar la probatoria, al consenso de los grupos sociales."<sup>444</sup>

Coincidente con este criterio, Rivera Silva<sup>445</sup> nos dice que en el sistema de la libre apreciación de la prueba, motivado por la búsqueda de la verdad histórica, el juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación, fijando el valor de la prueba. Se pone aquí de relieve que en este sistema no es el capricho del órgano jurisdiccional el que actúa, sino la libre estimación: el juez debe señalar los fundamentos que tuvo para estimar en la forma que lo hizo, debe indicar porqué determinadas pruebas tienen valor probatorio plenario y porqué otras no lo poseen.

3.- *Apreciación libre con arreglo a la sana crítica.* La sana crítica se expresa en reglas que elabora la propia sentencia, lo que significa, en definitiva, que es el propio juez el que se autolimita a través de las reglas que él mismo se fija. A primera vista, el condicionamiento del juez es, pues, mínimo, dado que

---

<sup>444</sup> NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 239.

<sup>445</sup> Cfr., RIVERA SILVA, Manuel. Op. cit., p. 195. En este sentido Vid. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. cit., p.426.

decir "sana crítica" es no decir nada, y a nadie se le podría ocurrir que la ley autoriza una crítica insana.

En estas condiciones, las reglas definidas por la ley y la jurisprudencia se consideran como simples indicaciones y la prueba sigue siendo libre, con lo que la alusión a tales reglas resulta teóricamente, aunque no prácticamente, estéril. No se trata, pues, de reglas jurídicas sino de principios de la conducta humana a seguir; es, básicamente, la aplicación de los principios de correcto entendimiento humano con especial fundamento en la lógica jurídica, en la equidad, en la justicia y en los principios científicos del Derecho, encontrándonos por ello, en el corazón del arbitrio.

Ahora bien, a pesar de que las indicaciones legales no limitan la libertad del juez, posibilitan el control de la instancia superior, ya que el tribunal de apelación puede revisar la regla usada en la sentencia apelada.

De acuerdo a lo expuesto, podemos concluir que en nuestro medio encontramos un sistema mixto o ecléctico en cuanto a valoración de la prueba se refiere, puesto que respecto de algunos medios de convicción la ley establece el valor que se les debe dar; mientras que habrá ocasiones en las que el juzgador deberá señalar los fundamentos que tuvo para estimar en la forma que lo hizo, debe indicar porqué determinadas pruebas tienen valor probatorio plenario y porqué otras no lo poseen; todo esto, resultado de la aplicación de los principios de correcto entendimiento humano, con especial fundamento en la lógica jurídica, en la equidad, en la justicia y en los principios científicos del Derecho.

En efecto, nuestro código procesal penal federal establece como principio la libertad de apreciación probatoria, pero sujetándola a la existencia de elementos fácticos, empleo adecuado de los principios de la lógica y exposición de los razonamientos que se hayan tenido en cuenta, todo en aras de las

consecución de la verdad buscada; así, los artículos 286 y 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, respectivamente disponen: "Artículo 286. Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena", y "Artículo 290. Los tribunales en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba."

Considerando el carácter de indicios que nuestra legislación procesal atribuye a los diferentes medios de convicción, excepción hecha de lo prescrito por el artículo 285 del Código Federal de Procedimientos Penales, por ello, nos referiremos ahora en forma particular a los indicios.

Ahora bien, más que hablar de una prueba de indicios, creemos que lo correcto es referirse a una prueba presuncional, consistente en instrumentar un proceso mental razonado, el cual establece una liga entre unos hechos plenamente probados y otros cuya existencia se busca y son constitutivos del delito.

Los tribunales son conscientes de los riesgos que apareja este tipo de prueba, ya que el juez puede ser víctima de su propia imaginación y llegar a conclusiones temerarias y a burdos errores de juicio. A tal efecto, se proponen<sup>446</sup> los siguientes requisitos con la intención de dar cierta garantía de verosimilitud y evitar el uso frívolo de este mecanismo:

a.- Los hechos probados, de partida han de ser varios, por lo que no cabe basar el resultado en un solo indicio;

---

<sup>446</sup> Cfr., NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 242

b.- Los hechos han de ser ciertos, de tal suerte que no puede fundarse la prueba en meras sospechas; y

c.- Debe existir un enlace directo y unívoco con el hecho desconocido.

La parte más delicada de todo el proceso es la fase intermedia, esto es, el raciocinio o inferencia lógica que *salta* de unos hechos *probados* al conocimiento *probable* de otros hechos, cabalmente relevantes que no se han probado ni se pueden probar mediante una prueba directa, pero a cuyo conocimiento se arriba mediante el procedimiento lógico indicado.<sup>447</sup>

Para Alejandro Nieto,<sup>448</sup> con quien estamos de acuerdo, la motivación aquí cumple una función singularmente importante, puesto que es la única posibilidad de que el órgano superior pueda comprobar, a efectos de control, que el proceso deductivo no es *ilógico, irracional o arbitrario*, para lo cual, deberán expresarse en los *considerandos* de la resolución, los criterios que han presidido la valoración de los indicios para llevar a considerar probados los hechos constitutivos del delito, o sea, detallar las líneas generales de ese razonamiento. De igual forma, cuando los mismos hechos probados permitan conclusiones o interpretaciones diferentes, el tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar porqué elige la que estima como idónea o conveniente.

En cuanto a la frecuencia de uso de la prueba presuncional, debe considerarse como la más habitual de las pruebas, dado que sólo muy raramente pueden considerarse probados los hechos en forma directa; así lo ha demostrado la práctica procesal de nuestro medio, apoyada obviamente en la legislación, en

---

<sup>447</sup> La convicción descansa en todo caso sobre presunciones, ya que se presume aquello que no consigue alcanzarse con una evidencia absoluta, amén de que ninguna prueba aislada es capaz de proporcionárnosla.

<sup>448</sup> Cfr., NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 243

particular en los artículos 285 en relación con el 286 y 290, todos del Código Procesal Penal Federal.

El análisis de lo expuesto nos lleva a concluir que es la prueba presuncional (o de indicios, según el maestro Alejandro Nieto) donde el arbitrio judicial se mueve con mayor amplitud, y cuyo ejercicio "arbitrario, irracional o absurdo" puede ser verificado, a efectos de control por el órgano superior, a través de la motivación de la sentencia.

Finalmente, es necesario mencionar, para los efectos del *Arbitrio Judicial*, que éste aparece en el momento en que la determinación de los hechos es la consecuencia de una declaración personal del juez: un acto voluntarista de decisión, más o menos objetivable según las circunstancias, pero siempre con una raíz subjetiva, que es el suelo donde se desarrolla el arbitrio.<sup>449</sup>

La importancia de este comentario se advierte cuando se considera que el juzgador busca arribar al conocimiento de un hecho principal, v. gr., la comisión del delito; para ello requiere del conocimiento de otros cuya existencia o verificación se acredita con diversos medios de prueba, los cuales deben ser valorados en las formas que han sido reseñadas.

### ***5.2.- Arbitrariedad Judicial.***

Nos ocuparemos en este apartado de una característica que, eventualmente, se puede atribuir al actuar de quienes desempeñan la importante y delicada tarea de administrar justicia, particularmente cuando prescinden de

---

<sup>449</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 245.

los lineamientos legales para entregarse a una voluntad sin límites, me refiero al antónimo del arbitrio judicial: *La Arbitrariedad*.

### **5.2.1.- Concepto.**

Para abordar el estudio de la arbitrariedad, es necesario adelantar que ésta, es un concepto impreciso en su significado, esto es, se encuentra afectado de una vaguedad por requisito del quórum.

Sin embargo, la aceptación generalizada del concepto que nos ocupa, se debe probablemente a su carga ideológica; en efecto, la eficacia práctica de lemas en los cuales se manejan conceptos como *libertad, igualdad, patria, etc.*, se debe a que evocan un cúmulo de ideas asociadas, acompañadas de diversos impulsos en orden al sentimiento; los diversos componentes de este éxito no tienen como objeto la comunicación de pensamientos, sólo sirven para provocar sentimientos, no estados intelectuales; al respecto, necesario es recordar la función emotiva del lenguaje, mediante la cual se usan palabras cargadas ideológicamente con la finalidad de influir en el ánimo de las personas, que es lo que comúnmente sucede en los discursos políticos.

El reproche por arbitrariedad afloró en el continente europeo en el artículo 11 de la Declaración revolucionaria de derechos de 24 de junio de 1793: "todo acto ejercido contra un hombre fuera de los casos y sin las formas que la ley determina es arbitrario y tiránico"; en este texto, las dos calificaciones tienen una sustancia política, aunque la primera ha pretendido adquirir naturaleza jurídica, sin encontrar aún un lugar que se profile del todo.

El precepto citado ilustra muy bien la ambigüedad<sup>450</sup> del concepto y las dificultades de separarlo de la ilegalidad; así, el acto realizado fuera de los casos y sin las formas que la ley determina es con toda evidencia la definición de un acto ilegal; ahora bien, lo que se nos quiere decir con tal declaración es que los actos ilegales son arbitrarios, o sea, desde una perspectiva política los actos ilegales son *también* arbitrarios.

El problema se presenta cuando se confunden ambos planos y se pretende dar a la arbitrariedad un contenido *jurídico* y distinto de la *ilegalidad*. Así, ¿qué se quebranta con la arbitrariedad que no sea, al tiempo, una ilegalidad?

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos dice que la arbitrariedad es "acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a *las leyes*, dictado sólo por la voluntad o el capricho."

La discusión teórica y la utilización judicial del control por arbitrariedad, han arrancado históricamente desde la perspectiva del acto administrativo, como una técnica de reducción de la discrecionalidad<sup>451</sup>; sin embargo, de lo que se

---

<sup>450</sup> García de Enterría considera la imprecisión del significado del concepto de arbitrariedad como una de sus notas más positivas, puesto que permite su dinamicidad y su superioridad de grado para dominar supuestos muy varios; para este autor el concepto de arbitrariedad, con todo y su vaguedad, es un curallotodo que remedia todas las irregularidades imaginables, como resulta de su enumeración, no exhaustiva, referida a los reglamentos: *los que partan de una apreciación falsa de los hechos en virtud de los cuales se determine, que impliquen una ruptura del principio de igualdad, que pretendan transgredir los principios inmanentes a la naturaleza de las instituciones cuya configuración trasciende de los poderes reglamentarios, etc.* Cfr., *Ibidem*, p. 355.

<sup>451</sup> El planteamiento administrativista básico es muy sencillo: en los llamados actos reglados, cuando la administración ha de ajustarse a normas jurídicas concretas, el alcance de la justificación no ofrece dudas; pero en los llamados actos discrecionales, en los que por definición la ley ha otorgado a la administración un margen de actuación, ya no cabe acudir a la ley para justificar la decisión concreta, puesto que la misma disposición puede avalar decisiones distintas. Podría pensarse que en tales supuestos no es necesaria justificación alguna. Pero, admitiendo que fuera posible, la gran cuestión es la de cómo justificar en Derecho una decisión que no está predeterminada por la ley, y sobre todo, como controlar jurídicamente un acto que a primera vista no había podido quebrantar ley alguna por la sencilla razón de que no existía ley reguladora. Al respecto, García Enterría sugiere: el espacio no cubierto por la ley puede ocuparlo el juez con un reproche de arbitrariedad. El control de arbitrariedad opera, por tanto, ahí donde no llega el de ilegalidad. Y para salir del paso de una previsible objeción de que esto no es posible, habida cuenta de que

trata ahora es determinar si los planteamientos referidos a la arbitrariedad administrativa son aplicables también a las resoluciones judiciales.

Con relación a esto, Alejandro Nieto<sup>452</sup> nos informa que existe una tesis positiva, con la cual esta de acuerdo, pues la misma establece:

Primero. La formulación del reproche por arbitrariedad no se refiere sólo a la Administración, sino a todos los poderes públicos, incluido por supuesto el Judicial;

Segundo. Sería incongruente que un órgano que reprocha a sus controlados la arbitrariedad con la que eventualmente actúan, quedase liberado él de actuar con sujeción al mismo principio; y

Tercero. Porque las resoluciones judiciales admiten varias soluciones legalmente correctas; lo que implica que la elección de una u otra de entre todas las posibles tiene que estar justificada, ya que no legalmente, al menos sin arbitrariedad.

Establecido quienes se encuentran facultados para ejercer el arbitrio, y por tanto, expuestos a ejercerlo en forma indebida incurriendo en arbitrariedad, precisamos ahora acudir a lo que nuestros tribunales federales consideran como arbitrariedad, con la finalidad de completar el panorama conceptual y precisar, si es posible, las características designativas que denoten a la "arbitrariedad".

En este sentido, podemos referirnos en primer término a la Tesis de Jurisprudencia P. XXVIII/2002, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de

---

el juez es sin excepciones juez en Derecho, acudió a la ingeniosa fórmula de construir con la prohibición de la arbitrariedad un principio general de Derecho que, en cuanto tal, no es ley pero es Derecho. Cfr., *Ibidem*, págs. 357-358.

<sup>452</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 361.

Justicia de la Nación, consultable en la página 7 del tomo XVI, correspondiente al mes de julio de 2002, y publicada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que literalmente establece:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL ARTÍCULO 40 DE LA LEY DE LA MATERIA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. El artículo 16, párrafo primero, de la Constitución Federal establece la garantía de seguridad jurídica, consistente en que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado, garantía que no contraviene el artículo 40 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, aun cuando no establece reglas concretas para que el Juez, en ejercicio de sus facultades, valore la imputación formulada por los diversos participantes en el hecho delictuoso investigado y demás personas involucradas en la averiguación previa, a fin de tener por comprobados "los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado", dado que **la valoración de mérito no debe ser arbitraria o caprichosa, sino con prudencia, sensatez y buen juicio**, es decir, el juzgador, en ejercicio de su arbitrio judicial, debe establecer si hay adecuación entre los hechos atribuidos a los inculpados y el ilícito que se les imputa. Además, el Juez debe motivar adecuadamente por qué la imputación respectiva es eficiente y suficiente para tener por probados "los elementos del tipo penal y la responsabilidad del inculpado", esto es, está obligado a exponer pormenorizadamente los razonamientos idóneos para justificar la determinación que al respecto pronuncie. En tales circunstancias, las disposiciones del numeral 40 no contravienen la garantía de seguridad jurídica contemplada en el párrafo primero del artículo 16 constitucional, pues no facultan al juzgador a valorar arbitrariamente los elementos probatorios a que el propio precepto se refiere.

Amparo en revisión 173/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Alberto Miguel Ruíz Matías.

Amparo en revisión 444/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo en revisión 446/2001. 25 de junio de 2002. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Gonzalo Arredondo Jiménez.

El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el número XXVIII/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos.

De la transcripción precedente, podemos advertir que nuestro más alto tribunal del país ha considerado a la arbitrariedad como una actitud que obedece en forma preponderante al capricho, pudiéndose agregar las notas de imprudencia e insensatez.

No obstante las notas referidas, podemos encontrar criterios un poco más inteligibles, acordes con la concepción de arbitrio estudiado anteriormente, de cuyas características entendidas en sentido negativo podemos extraer el concepto de arbitrariedad; así, a ésta se le ha asociado con irrazonabilidad, ejercicio inadecuado de la facultad de elección y determinación que concede la ley, tal como se puede apreciar en la Tesis de Jurisprudencia VI.1º .P.J/13, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, consultable en la página 957 del tomo XIII, de mayo de 2001, publicada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, la cual dispone:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA). La determinación de la pena a imponer por parte del juzgador, de acuerdo con el título tercero, del Código Penal para el Estado de Tlaxcala, se rige por lo que la doctrina llama "sistema de marcos penales", en los que hay una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y un mínimo fijados para cada tipo de delito. Ahora bien, diversas circunstancias del hecho, pueden dar lugar a que cambie el inicial marco penal típico, ello sucede por la concurrencia de cualificaciones o de subtipos privilegiados; por estar el hecho aún en grado de preparación; por el grado de participación; por existir excluyentes incompletas, o un error de prohibición vencible, o por las reglas del concurso o del delito continuado. Fijada esa cuantía concreta imponible, el Juez sin atender ya a ninguna de esas eventualidades del hecho (a fin de no recalificar la conducta del sentenciado) "teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada delincuente y las exteriores de ejecución del delito" (artículo 41) moviéndose del límite mínimo hacia el máximo establecido, deberá obtener el grado de culpabilidad; y en forma acorde y congruente a ese cuántum, imponer la pena respectiva. En resumen, si el juzgador considera que el acusado evidencia un grado de culpabilidad superior al mínimo en cualquier escala, **deberá razonar debidamente** ese aumento; pues debe partir de que todo inculpado es mínimamente culpable, de acuerdo al

principio indubio pro reo, y proceder a elevar el mismo, de acuerdo a las pruebas que existan en el proceso, relacionadas éstas sólo con las características peculiares del enjuiciado y aquellas que se desprenden de la comisión del hecho punible; pues si bien es cierto que el juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, ya que de ser así desaparecería el arbitrio judicial, no menos verdadero es que esa **facultad de elección y de determinación que concede la ley, no es absoluta ni arbitraria, por el contrario debe ser discrecional y razonable.**

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 103/2000. 16 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Jorge Patlán Origel.

Amparo directo 78/2000. 24 de noviembre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Alfonso Gazca Cossío.

Amparo directo 276/2000. 25 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 277/2000. 25 de enero de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 121/2001. 26 de abril de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Arturo Gómez Ochoa.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XII, octubre de 2000, página 1171, tesis VI.1o.P. J/5, de rubro: "INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA)".

En otras ocasiones encontramos criterios que hacen hincapié en uno de los ámbitos de ejercicio del arbitrio judicial, particularmente la valoración de la prueba, lo cual no es muy distante a la concepción del arbitrio como la facultad de elegir entre opciones diversas en forma razonada; además, podemos advertir que a las notas anteriores se agrega otra: actuación con apego a las leyes, por lo que en este sentido, se vislumbra a la arbitrariedad como ejercicio indebido de dicha facultad de selección, en forma irrazonable y en contradicción con la ley.

En efecto, lo anterior podemos constatarlo en la Tesis de Jurisprudencia P. CLXVII/97, aprobada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, observable en la página 108 del tomo VI, correspondiente al mes de diciembre de 1997, publicada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, misma que textualmente indica:

ACCIÓN PENAL. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, NO INVADE EL MONOPOLIO DEL MINISTERIO PÚBLICO AL RESPECTO. La intervención del Poder Judicial Federal, en su función de instructor y resolutor del juicio de amparo en contra de las resoluciones sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, no puede considerarse invasora del monopolio que respecto del ejercicio de esa acción establece el artículo 102 de la Constitución General de la República, en favor del Ministerio Público, ya que en tal carácter, no llegará a conocer como Juez ordinario, ni en primera ni en segunda instancias del proceso, puesto que investido como juzgador constitucional, no es un tribunal de justicia común que, **por medio de su arbitrio, valore acciones, pruebas y personas para aplicar las leyes con el conocimiento inmediato de los hechos que acontecieron**, sino que es un tribunal de garantías constitucionales que respetando el arbitrio de los jueces del orden común, en la estimación legal de los hechos y en la apreciación de las pruebas, solamente juzga, a través del juicio de amparo, si con motivo de los actos de autoridad, sea ésta judicial, legislativa o administrativa, se han conculcado o no los derechos del gobernado garantizados por la Constitución, otorgando o negando la protección de la Justicia Federal en cada caso concreto.

Amparo en revisión 32/97. Jorge Luis Guillermo Bueno Ziaurriz. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXVII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete.

Con referencia a la prueba presuncional, podemos advertir como nota característica o distintiva, una actividad basada en las reglas de la lógica, en

donde según se adelantó, la parte más delicada de toda esa actividad o proceso es la fase intermedia, esto es, el raciocinio o inferencia lógica que *salta* de unos hechos *probados* al conocimiento *probable* de otros hechos, cabalmente relevantes que no se han probado ni se pueden probar mediante una prueba directa, pero a cuyo conocimiento se arriba mediante el procedimiento lógico indicado.

Lo anterior podemos advertirlo en la tesis aislada número VI.2º.P.31 P, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, consultable en la página 1406, tomo XVI, agosto de 2002, publicada en la novena época del Semanario Judicial de la Federación, que establece:

VIOLACIÓN EQUIPARADA TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD. LOS MEDIOS DE VIOLENCIA A QUE SE REFIERE LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 272 DEL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL PARA EL ESTADO DE PUEBLA, SE PUEDEN ACREDITAR CON LA PRUEBA PRESUNCIONAL. En la demostración de la violencia física o moral que el sujeto de la acción ejerce en el delito de violación equiparada o doctrinariamente conocida como "violación impropia", ejecutado en menores de edad, debe sostenerse que de una interpretación sistemática del artículo 272, fracción III, del código punitivo local, en relación con el diverso 204 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, el legislador local dejó expedita la facultad a los Jueces y a las Salas para acreditar el delito sin mayores reglas que: **a) La naturaleza de los hechos; b) La prueba de ellos; y, c) El enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca; lo anterior bajo una apreciación en conciencia del valor de las presunciones, hasta el punto de considerar su conjunto como prueba plena para acreditar la existencia del delito**, en el caso, el de violación equiparada. Luego, si de conformidad con estos requisitos se toma en cuenta que el ilícito en comento es de naturaleza oculta y si además existen indicadores resultantes de la prueba pericial psicológica practicada tanto al activo como al menor que orientan el arbitrio judicial a la demostración de que el victimario poseía un carácter manipulador y calidad de padre de la pasiva, lo que sujetaba a esta última a la autoridad paterna, entonces es legal concluir que las presunciones destacadas demuestran fundamentamente que el activo utilizó su autoridad de padre para variar la psique de su menor hija y contra su voluntad, como se diagnosticó en el examen pericial psicológico, penetrar con sus dedos de las manos a su vástago en la vagina y así desflorarla; de ahí que la violencia que en este tipo de figura

típica se ejerce por el activo, sí es demostrable a través de los indicios que, derivados de las pruebas de autos, conforman prueba plena en términos del artículo 204 del código adjetivo penal supracitado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL  
DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 69/2002. 14 de marzo de 2002. Mayoría de votos. Disidente: Diógenes Cruz Figueroa. Ponente: Arturo Mejía Ponce de León. Secretario: José Antonio Hernández Trejo.

El abuso en la facultad de elección y determinación concedida por la ley, lo cual se puede calificar de irrazonable, es el criterio que nuevamente se observa en la tesis de jurisprudencia número VI.1º.P.J/5, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito, visible en la página 1171 del tomo XII, octubre de 2000, publicada en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que textualmente nos ilustra:

INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PENAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). La determinación de la pena a imponer por parte del juzgador, de acuerdo con el capítulo décimo octavo del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, se rige por lo que la doctrina llama "sistema de marcos penales", en los que hay una extensión más o menos grande de pena dentro de un límite máximo y un mínimo fijados para cada tipo de delito. Ahora bien, diversas circunstancias del hecho, pueden dar lugar a que cambie el inicial marco penal típico, ello sucede por la concurrencia de calificaciones o de subtipos privilegiados; por estar el hecho aún en grado de preparación; por el grado de participación; por existir excluyentes incompletas, o un error de prohibición vencible, o por las reglas del concurso o del delito continuado. Fijada esa cuantía concreta imponible, el Juez sin atender ya a ninguna de esas eventualidades del hecho (a fin de no recalificar la conducta del sentenciado) "teniendo en cuenta las circunstancias peculiares de cada delincuente y las exteriores de ejecución del delito" (artículo 72) **moviéndose del límite mínimo hacia el máximo establecido, mediante "un poder discrecional y razonado"** (artículo 73) deberá obtener el grado de culpabilidad; y en forma acorde y congruente a ese cuántum, imponer la pena respectiva. En resumen, si el juzgador considera que el acusado evidencia un grado de culpabilidad superior al mínimo en cualquier escala, deberá razonar debidamente ese aumento, pues debe partir de que todo inculpado es mínimamente culpable, de acuerdo al principio de indubio pro reo, y proceder a elevar el mismo, de acuerdo a las pruebas que existan en el proceso,

relacionadas éstas sólo con las características peculiares del enjuiciado y aquellas que se desprendan de la comisión del hecho punible; pues si bien es cierto que el juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, ya que de ser así desaparecería el arbitrio judicial, no menos verdadero es que **esa facultad de elección y de determinación que concede la ley, no es absoluta ni arbitraria, por el contrario debe ser discrecional y razonable.**

#### PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 595/99. 8 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 628/99. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente José Manuel Vélez Barajas. Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

Amparo directo 665/99. 22 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretario: Juan Gabriel Calvillo Carrasco.

Amparo directo 669/99. 29 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: José Manuel González Jiménez.

Amparo directo 736/99. 10 de agosto de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: José Manuel Vélez Barajas. Secretario: José Manuel González Jiménez.

Finalmente, la nota distintiva de la arbitrariedad judicial, basada en la transgresión de los límites legales, esto es, ilegalidad, se reitera en la tesis de jurisprudencia número 831, visible en la página 536, tomo II, parte HO, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Quinta Época, Apéndice de 1995.

CONDENA CONDICIONAL, FIANZA CON MOTIVO DE LA. El uso de la facultad de fijar el monto de la fianza para la condena condicional no puede ser arbitrario, sino que está **limitado por las disposiciones contenidas en el Código de Procedimientos Penales** para el Distrito y Territorios Federales; por tanto, si la fianza que se fijó para la libertad caucional se aumenta, para conceder la condena condicional, sin explicar satisfactoriamente el motivo, se aplica inexactamente el artículo 560 del Código y debe concederse el amparo.

Quinta Epoca:

Amparo directo 1932/35. Donis de Cabello Alejo Abdón. 14 de julio de 1936. Cinco votos.

Amparo directo 1726/36. Salinas J. Trinidad. 16 de julio de 1936. Cinco votos.

Amparo directo 233/36. Vargas Estrada Margarita. 22 de julio de 1936. Cinco votos.

Amparo directo 2428/36. Martínez Meza Abdón. 30 de julio de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1992/36. Acosta Demetrio. 10 de septiembre de 1936. Unanimidad de cuatro votos.

Atentos a lo expuesto, podemos considerar como características designativas más importantes que nuestros tribunales adscriben a la arbitrariedad judicial, entre otras, las siguientes:

- 1.- Actitud que obedece en forma preponderante al capricho, pudiéndose agregar las notas de imprudencia e insensatez.
- 2.- Ejercicio indebido de la facultad de selección y determinación concedida por la ley, en forma irrazonable y en contradicción con ésta.
- 3.- Actividad transgresora de las reglas de la lógica.

De cuanto acaba de decirse se desprende que hay que atribuir la imprecisión del concepto de arbitrariedad a la falta de un punto de referencia fijo y claro; así, dicho *referente más preciso* al que puede conectarse la arbitrariedad es el *arbitrio*.

La arbitrariedad es el antónimo de arbitrio: *El arbitrio tiene un contenido determinado que, cuando se excede, se convierte en arbitrario. La arbitrariedad es ejercicio excesivo (o inadecuado, y en todo caso, ilícito) del arbitrio.*<sup>453</sup>

En estas condiciones, la luz que nos puede guiar es proporcionada por el arbitrio, de tal manera que el juez siempre cuenta con una orientación: la ley, y en su caso, el arbitrio. Sólo prestando la debida atención al arbitrio podrá entenderse en su conjunto a la actividad judicial, despejándose además, la imprecisión que rodea a la arbitrariedad.

Recapitulando: existe una llamada potestad judicial de arbitrio, cuyo ejercicio es lícito y en ocasiones necesaria, pero siempre dentro de los límites intrínsecos de la misma; superados estos, ya no hay arbitrio sino arbitrariedad, que es ilícita.

Al parecer, nuestro problema está resuelto; sin embargo, debemos recordar que la expresión *arbitrio*, se encuentra afectada de vaguedad por requisito del quórum, siendo, por tanto, de significado y límites imprecisos, existiendo dificultades a la hora de determinar si se ha actuado dentro o fuera de los mismos.

### **5.2.2.- Control de la Arbitrariedad.**

En esta sección nos ocupará el estudio del control que se practica respecto del ejercicio indebido del arbitrio; así, el control que se ejerce respecto de éste no supone la negación de él, sino que presupone su existencia.

---

<sup>453</sup> Cfr., Ibidem. p. 368. Al respecto, Alejandro Nieto considera que la arbitrariedad no puede calificarse en rigor de ilegal sino de a-legal, dado que opera en un hueco abierto dentro de la legalidad en beneficio del arbitrio, pero en el que aquella ha desplazado a éste.

Sabido es que el ordenamiento jurídico concede al juez un ámbito de arbitrio, aunque siempre con el señalamiento, ya sea implícito o explícito, de que ha de ser ejercido debidamente, o sea, dentro de ciertos límites formales y materiales, estableciéndose así un mecanismo de control, en esencia, jurídico.

La generalización del control de la arbitrariedad puede verse como una ratificación de un desenvolvimiento dentro de un Estado de Derecho, en donde el juzgador queda sometido al imperio de la ley y del derecho, lo cual no supone en modo alguno reducción del arbitrio judicial, puesto que la eventual reducción del arbitrio del órgano inferior se compensa con la correlativa ampliación del arbitrio del órgano superior, en donde la última decisión siempre es arbitrada.

#### **5.2.2.1.- Por ausencia de motivación suficiente**

Los elementos que pueden mostrar la naturaleza arbitraria de una resolución, pueden advertirse cuando en los fundamentos jurídicos de la sentencia aparecen los motivos arbitrarios de la misma.<sup>454</sup> En cualquier caso, la motivación es la mejor, y quizás, la única herramienta o medio de que dispone el juez superior para analizar y determinar si existe arbitrariedad en la decisión del inferior.

Así, la clave parece estar en la motivación expresa en donde salen a flote las causas determinantes de la decisión, si es que las hay, o se evidenciará que no las hay.

Con relación a esto, el maestro Alejandro Nieto<sup>455</sup> concibe a la motivación desde una óptica genérica, pues dentro de la misma incluye dos especies, a

---

<sup>454</sup> Cfr., Ibidem, p. 371 No es común, y por tanto, se considera como impensable que un juez sea tan arrogante como para expresar con sinceridad algo que a todas luces es reprochable.

<sup>455</sup> Cfr., Ibidem, pág. 371

saber: a) el de la justificación de la legalidad de la decisión, y b) el de la justificación del ejercicio debido del arbitrio.

Ahora bien, considerando la bifurcación que el maestro español establece respecto de la motivación, creemos que la misma corresponde a lo que en nuestro medio se conoce como fundamentación y motivación, en donde la primera implicaría el que la decisión o resolución se emitió con apego a la legalidad, y la segunda, la expresión de los razonamientos por los cuales se considera que la situación particular actualiza o corresponde a las hipótesis normativas de los preceptos citados en dicha resolución.

En efecto, debemos recordar que la fundamentación de todo acto de autoridad consiste, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 16 constitucional, en que los mismos deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que la autorice. En estas condiciones, la fundamentación legal de todo acto autoritario no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad, que consiste en que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite en forma expresa.

Aunado a lo anterior, el precepto constitucional de referencia establece como obligación de toda autoridad, que también debe motivar sus actos, esto es, que además de existir una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de los que se pretende cometer el acto autoritario, sean de aquellos a que alude la disposición legal fundatoria; así, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 constitucional, indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadran dentro del marco general correspondiente establecido por la ley. Por ello, en todo acto de autoridad deben señalarse con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión de los mismos, siendo necesario

además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, todo lo cual representa una actividad tendente a justificar legalmente las resoluciones, haciendo ver que no son arbitrarias.

La concepción de motivación genérica aludida en supralineas, lleva a identificar como el caso de arbitrariedad por antonomasia a la falta de motivación, porque si no hay fundamentación ni motivación (*stricto sensu*) que sustente una decisión, el único apoyo de la misma será la voluntad o el capricho de quien la adopta.<sup>456</sup>

Contrariamente a la ideología expuesta, Alejandro Nieto está de acuerdo en que el mero hecho de que una resolución no se encuentre motivada no implica que se trate de una resolución arbitraria, ya que es posible una decisión respaldada por razones jurídicas, pero carente de motivación; así, una resolución inmotivada incurre en un vicio formal, pero ello no quiere decir que carezca de motivos, ya que éstos pueden existir y ser conocidos al constar en el expediente.<sup>457</sup>

En este sentido, lo que en rigor llevaría a calificar de arbitraria a una decisión judicial es la ausencia de razones que permitan realizar una justificación a fondo.

Establecido lo anterior, para efectos de control existen dos posibilidades: la reposición del procedimiento para que el juez de origen dicte una nueva sentencia motivada, o bien, el dictado directo por el órgano jurisdiccional superior de otra sentencia motivada; ni que decir que en ambos casos el

---

<sup>456</sup> Cfr., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. De la Arbitrariedad de la Administración, 2ª edición, 1997. p. 160.

<sup>457</sup> Cfr., NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 373.

contenido del fallo puede ser el mismo, ya que de lo que se trata es de subsanar la deficiencia formal de la motivación.

Atendiendo a las opciones planteadas, parece deseable que el juez superior confirme la resolución emitida por el inferior, añadiendo únicamente los correspondientes fundamentos, sobre todo en consideración al principio de economía procesal.

Ahora bien, es posible que aunado a la falta de motivación<sup>458</sup>, la resolución del caso carezca de verdaderas razones jurídicas que la apoyen, es decir, basada exclusivamente en la voluntad o en el capricho, caso en el cual es dable revocarla y sustituirla por otra que, necesariamente, deberá ser distinta.

De acuerdo a lo expuesto, la incidencia de falta de motivación carga sobre la decisión la sospecha de arbitrariedad, lo cual puede confirmarse en función de la existencia o no de verdaderas razones jurídicas que fundamenten o apoyen la decisión.

En conclusión, la ausencia de motivación no es sinónimo de arbitrariedad, aunque levanta sospechas al no mediar una justificación expresa que disipe la duda. Por otro lado, una sentencia supuestamente "arbitraria" no es siempre ilegal, por lo que tampoco ha de ser necesariamente revocada. La arbitrariedad es un vicio de elaboración de la voluntad del juzgador, no de contenido material de la sentencia, en la cual, la motivación es una justificación a posteriori.<sup>459</sup>

---

<sup>458</sup> Empleamos aquí el concepto genérico de motivación, comprensivo de las especies fundamentación y motivación en sentido estricto.

<sup>459</sup> Pensemos que en la práctica aparecen casos muy variados del estilo siguiente: una sentencia arbitraria (es decir, dictada por capricho fuera de los límites del arbitrio) pero luego cumplidamente justificada, o a la inversa, una sentencia no arbitraria (es decir, decidida al cabo de un razonamiento jurídico) pero luego no motivada debidamente. Con independencia de esto, el maestro Alejandro Nieto nos dice que el órgano superior revisará lo realizado por el inferior cuando: a) Haya actuado con arbitrio en extremos en los que no haya lugar para ello por encontrarse la materia sujeta a la legalidad estricta. Aunque esta proposición hay que tomarla con muchas reservas, ya que se trata, más bien, de un control de legalidad; b) Las reglas de la

Finalmente, una cuestión que es necesario poner de relieve en este punto, es que el ejercicio del control de la arbitrariedad es arbitrado; por lo que si la materia de que se trate permite o da cabida al arbitrio, tanto lo será para el juzgador de origen como para el de control, llegando así a la posición de preguntarnos ¿quién vigila al vigía?

#### **5.2.2.2.- En materia de hechos.**

Este apartado versará sobre el control que se puede ejercer con relación a la determinación de los hechos en una controversia, y su relación con la actividad probatoria.

En este sentido, es necesario distinguir en un primer momento dos aspectos de la realidad procesal que se contraponen, a saber: la inmunidad tradicional de las apreciaciones del juez de origen y la inevitable tendencia a controlarlas.

Al respecto, debemos considerar que todo acto de autoridad, al menos en nuestro medio, es fatalmente impugnable, lo cual se revela como una garantía formal de control de la actividad jurisdiccional.

Se emplea la expresión "inmunidad tradicional", en razón de que se cree que dentro los márgenes que concede la ley al juzgador para ejercer su arbitrio, no debiera ejercerse control alguno; sin embargo, la libertad del juzgador no lo exime de someterse a las reglas de la lógica, de la psicología y de la técnica, con un criterio objetivo.

---

experiencia invocadas se encuentran mal aplicadas; c) La hipótesis explicativa no sea convincente o haya otra mejor; d) No parezca pertinente la invocación a la equidad o a criterios materiales de justicia; e) Y en fin, no esté el órgano superior de acuerdo con las invocaciones a prácticas sociales, conciencia colectiva, oportunidad política, utilidad económica y similares. Cfr., NIETO, Alejandro. Op. Cit., p. 379.

En efecto, los ordenamientos procesales modernos no pueden renunciar al control de cuanto acontece en el proceso, incluyéndose aquí, las técnicas internas, y en primer lugar, la probatoria.

Dentro del proceso, tradicionalmente se encuentran dificultades para la determinación del derecho aplicable, así como en la fijación de los hechos; siendo este último rubro el que en forma esencial se relaciona con la cuestión probatoria.

Es precisamente en el ámbito de esta dicotomía donde podemos advertir una disparidad en el tratamiento del arbitrio, puesto que generalmente la atención se centra en la cuestión jurídica, donde el control se intensifica hasta el máximo, mientras que en materia de hechos al parecer todo es tolerancia, aunque el dominio en este rubro, de alguna forma, creemos es posible.<sup>460</sup>

En este sentido, el análisis del control ha de realizarse desde una doble óptica: el de la apelación y el juicio de amparo, en virtud de que las leyes procesales pueden admitir un control diferenciado según la jurisdicción.

#### **5.2.2.2.1.- Control de Apelación.**

En sede de esta jurisdicción, en forma esencial y por lo que hace a la materia penal, se pueden considerar los siguientes lineamientos generales: a) No se controla la percepción de los hechos sino el razonamiento inferencial que lleva del hecho probado al que se busca; b) el control se limita a detectar las posibles infracciones de las reglas lógicas, de las de experiencia y de los conocimientos científicos; c) el control no afecta a la parte dispositiva de la sentencia sino a la

---

<sup>460</sup> Cfr., Ibidem, p. 381

justificación; d) tan importante o más que la rectificación de errores y vicios de la resolución de la instancia es la potestad de sustitución de criterios.<sup>461</sup>

En efecto, los lineamientos establecidos en el párrafo precedente coinciden en su esencia con el objeto del recurso de apelación imperante en nuestro medio; así, de acuerdo con el artículo 363 del Código Federal de Procedimientos Penales, a través de este recurso se ejerce un control respecto del derecho aplicable, puesto que en el mismo se analiza si en la resolución recurrida se aplicó la ley correspondiente o se hizo en forma inexacta.

Aunado a lo anterior, el recurso de apelación versa asimismo sobre la violación de los principios reguladores de valoración de la prueba, lo cual trae aparejado el estudio de la forma en que fue ejercido el arbitrio al momento de valorarla para tener por probados determinados hechos; es precisamente en ese momento, a propósito de la motivación relativa, en donde se pueden advertir infracciones en las inferencias lógicas, a las reglas de la experiencia, etc., puesto que es aquí en donde los tribunales expresan, atendiendo a la naturaleza de los hechos, el enlace lógico entre unos y otros, cuales son aquellos que consideran ha quedado demostrada su existencia.

En efecto, la valoración de la prueba es un procedimiento que conduce al juzgador a tener "por probados" ciertos hechos, los cuales, después de "declarados formalmente", se califican jurídicamente.

Así las cosas, por cuanto hace a la causa de justificación que hemos venido analizando a lo largo de este esfuerzo de investigación, la valoración de las pruebas aportadas dentro de un proceso penal permiten al juzgador tener o

---

<sup>461</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 382.

no por acreditada, v. gr., la "racionalidad", "necesidad", que la defensa fue legítima, etc.

En este sentido, el juzgador ejerce su arbitrio, y puede, por tanto, excederse en el mismo incurriendo en arbitrariedad, pues la vaguedad conceptual sobre la que tendrá que moverse el arbitrio le puede llevar a tener por denotados aquellos conceptos, considerando determinadas características designativas, mismas que pueden variar atendiendo a otros criterios, no contándose, por ende, con una base conceptual estable sino variable de juzgador en juzgador.

Es necesario reconocer que en este problema auxilia la labor de la jurisprudencia al fijar los conceptos, pero debemos advertir que la mayoría de la jurisprudencia existente sobre Defensa Legítima, interpreta o fija el contenido conceptual al amparo de la regulación anterior de la causa de licitud que nos ocupa, encontrándonos sin respaldo ante la regulación actual.

Ahora bien, consecuencia del estudio relativo a la valoración de la prueba que se verifica en el recurso de apelación, lo cual puede determinar una eventual alteración de los hechos, y atendiendo a las consideraciones vertidas con relación a la determinación del derecho aplicable, puede llegar a concluirse en el caso de que se trate, que no se realizó una adecuada fundamentación y motivación.

Finalmente, consideramos importante mencionar que en el recurso de apelación se advierte una sustitución de criterios, obviamente también de arbitrios, tan es así que en nuestro medio dicho remedio jurídico, la resolución que decide el mismo tiene por efecto revocar, modificar o confirmar la resolución apelada, sustituyéndola.

En efecto, el artículo 383 del Código Federal de Procedimientos Penales prescribe: "Declarado visto el asunto, quedará cerrado el debate y el tribunal de apelación pronunciará el fallo que corresponda, a más tardar, dentro de ocho días, **confirmando, revocando o modificando la resolución apelada**"

Confirma este criterio, la naturaleza misma del recurso considerándolo desde sus orígenes; así, Alsina nos explica que "en Roma, la jurisdicción residía en el príncipe y que los jueces la ejercían como delegados suyos, de tal manera que... la interposición del recurso... devuelve la jurisdicción al superior...";<sup>462</sup> ahora bien, la devolución de la jurisdicción se realiza en forma total, tan es así que en ejercicio de la misma puede sustituir la resolución apelada por otra distinta.

#### **5.2.2.2.2.- Control Constitucional (El juicio de amparo).**

El juicio de amparo es un medio de control constitucional muy completo, puesto que preserva las garantías constitucionales del gobernado contra todo acto de autoridad que las viole; garantiza a favor del particular el sistema competencial existente entre las autoridades federales y las de los estados; y protege toda la Constitución, así como toda la legislación secundaria, con vista a la garantía de legalidad consignada en los artículos 14 y 16 de nuestra Ley Fundamental.

Con especial referencia a la afirmación vertida en la parte última del anterior párrafo, la inconstitucionalidad de cualquier acto de autoridad se manifiesta, bien en la contravención de alguna garantía individual o en la infracción de la garantía de legalidad instituida primordialmente en los artículos

---

<sup>462</sup> ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, 2ª edición, Ediar, Argentina, 1956, tomo IV, págs. 223-224.

14 y 16 de nuestra Carta Magna, a través de la cual se tutela toda la Constitución y todo el derecho positivo mexicano.

Efectivamente, el artículo 16 de nuestra Constitución es uno de los preceptos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, específicamente por medio de la garantía de legalidad que consagra en su primer párrafo, pues pone a la persona a salvo de todo acto de mera afectación que no sólo sea arbitrario, sino contrario a cualquier precepto, con independencia de la jerarquía o naturaleza del ordenamiento a que éste pertenezca, que puede ir desde la Constitución hasta el más minucioso reglamento.

Ahora bien, si mediante el juicio de amparo se ejerce además de un control constitucional, también de legalidad, por tanto, es evidente que esta última especie de control puede actualizarse con motivo de la aplicación de las normas relativas a la valoración de la prueba; al respecto, precisamos recordar que a través de la valoración indicada el juez puede dar por acreditada o no cierta realidad fáctica.

Este proceso de acreditación puede ser analizado a propósito de la motivación, que si bien es cierto la misma debe estar presente siempre, no menos cierto es que la adecuación que implica este requisito formal no siempre es exigible en forma exacta, pues las leyes otorgan lo que se llama facultad discrecional o libertad de ejercicio del arbitrio, para apreciar respecto de un caso concreto si encuadra dentro de la hipótesis normativa preexistente, cuyos elementos integrantes debe necesariamente observar sin alterarlos.<sup>463</sup>

Cuando se usan las expresiones "Poder Discrecional" o "Arbitrio Judicial", se hace referencia a ciertas atribuciones que en las leyes se dejan al órgano

---

<sup>463</sup> Cfr., BURGOA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, 32ª edición, México, 2000, p. 605

jurisdiccional en forma más o menos vaga, mediante formulas elásticas o de "goma" como las llama Geny, que confieren un más flexible arbitrio interpretativo; tales formulas de "goma" pueden ser: "orden público", "buenas costumbres", "necesidad de la defensa", "racionalidad del medio empleado", etc.

En estas condiciones, cuando la norma jurídica concede a la autoridad la potestad de apreciar según su criterio subjetivo los hechos, circunstancias y modalidades en general del caso concreto para adecuarlo a sus disposiciones, se está en presencia del arbitrio judicial, cuyo ejercicio en principio no es susceptible de someterse a la revisión del poder jurisdiccional, siempre que aquél se haya desplegado lógicamente y racionalmente, sin alterar los elementos sujetos a su estimación ni omitir los que se hubiesen comprobado. En cambio, la indicada facultad deja de ser discrecional para convertirse en arbitraria, si se desempeña en los supuestos contrarios, hipótesis en la cual, los actos en los que bajo tales condiciones se hubiese ejercitado, sí pueden controlarse judicialmente a través del amparo, y en función de la garantía de la motivación legal consagrada en el artículo 16 constitucional<sup>464</sup>

Sirve de apoyo al criterio expresado, la Tesis de Jurisprudencia consultable en la página 11 del tomo XLI, tercera parte, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Sexta Época del Semanario Judicial de la Federación, que textualmente dispone:

ARBITRIO. El uso del arbitrio sólo es legítimo cuando el funcionario que goza de él se apoya en datos objetivos y, partiendo de tales datos, razona las conclusiones a que llega en ejercicio del mismo arbitrio, y que en el juicio de amparo puede controlarse el uso de las facultades discrecionales, cuando éstas se ejercitan en forma arbitraria y caprichosa, la decisión de la autoridad no invoca las circunstancias de hecho, las mismas son alteradas, o el razonamiento en que la resolución se apoya es ilógico.

---

<sup>464</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 606.

Amparo en revisión. 2922/55. Electrolux, S. A. de C. V. 9 de noviembre de 1960. Cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Sexta Epoca, Tercera Parte:

Volumen XXXIV, página 22. Amparo en revisión 7887/58. Tamm and Cía. S. A. 6 de abril de 1960. Cinco votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Volumen XXIX, página 15. Amparo en revisión 56/59. Tamm and Cía. S. A. 25 de noviembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Volumen XXVIII, página 15. Amparo en revisión 694/58. Nicholas Proprietary Limited. 29 de octubre de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Volumen XXIV, página 9. Amparo en revisión 4290/57. U. S. Rubber Mexicana, S. A. 3 de junio de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Volumen XXVII, página 10. Amparo en revisión 1251/55. The Coca Cola Company. 3 de septiembre de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Nota:

En el volumen XXIV, página 9, esta tesis apareció bajo el rubro: "ARBITRIO, USO DEL."

En los volúmenes XXVII, página 10, XXVIII, página 15 y XXIX, página 15, esta tesis apareció bajo el rubro: "ARBITRIO, FACULTADES DISCRECIONALES."

Como puede apreciarse, esta tesis reitera la posibilidad de controlar el arbitrio judicial a través del juicio de amparo, cuando en ejercicio de aquél el juzgador omite la estimación de los hechos o éstos son alterados, así como cuando el razonamiento en que se apoya la sentencia se encuentra en pugna con las reglas de la lógica.

Lo anterior es reiterado por la tesis aislada visible en la página 15, tomo XIII, tercera parte, correspondiente a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y publicada en la Sexta Época del Semanario Judicial de la Federación, la cual nos ilustra:

AUTORIDADES, FACULTADES DISCRECIONALES DE LAS (AMPARO). Puede controlarse en el amparo el uso de las facultades discrecionales, cuando las mismas se ejercitan en forma arbitraria y caprichosa, cuando la decisión de la autoridad no invoca circunstancias de hecho, cuando éstas son alteradas, o cuando el razonamiento en que la resolución se apoya es ilógico.

Amparo en revisión 1969/58. José María Vázquez Alba. 9 de julio de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Felipe Tena Ramírez.

Finalmente, robustecen el criterio aquí sustentado las tesis que a continuación nos permitimos transcribir:

Tesis aislada consultable en la página 34 del tomo CXVIII, Segunda Parte, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Sexta Época del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro:

PRUEBAS, APRECIACION DE LAS (LEGISLACION DEL ESTADO DE VERACRUZ). El artículo 269 del código procesal penal del Estado de Veracruz, concede al juzgador completo arbitrio judicial, con la única obligación de dejar cuenta de su proceder para acatar las normas constitucionales de motivación y fundamentación. Si en tales condiciones se niega todo valor probatorio a determinados medios de convicción y se les otorga a otros asentando las razones habidas para ello, que no pugnan con la lógica ni alteran los hechos, se está en presencia de un caso en que esta Suprema Corte no puede sustituirse al criterio de las autoridades de instancia, sin mengua de cierto grado de autonomía indispensable, según resoluciones invariables que esta Sala ha venido pronunciando como consecuencia de la evolución y progreso de las tesis jurisprudenciales consultables bajo los números 860 y 864 del Apéndice al Tomo XCVII del Semanario Judicial de la Federación.

Amparo directo 861/66. Ildefonso Sánchez Salazar. 3 de abril de 1967. Cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Amparo directo 5255/63. Benito Ortiz Jiménez. 3 de abril de 1967. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Quinta Época:

Tomo CXXVII, página 66. Amparo directo 2667/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no

se menciona el nombre del promovente. 9 de enero de 1956. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Genaro Ruiz de Chávez.

Tesis aislada publicada en la página 52 del tomo LV, Segunda Parte, del Semanario Judicial de la Federación, correspondiente a la Sexta Época, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los términos literales siguientes:

**PRUEBAS, APRECIACION DE LAS.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que por ejercer funciones de Tribunal Constitucional, no puede válidamente sustituirse al Juez natural en la apreciación de los elementos de convicción, a menos que advierta alteración de los hechos, infracción a los dispositivos que norman el ejercicio del arbitrio judicial sobre el valor jurídico de los elementos de convicción o infracción a las reglas fundamentales de la lógica.

Amparo directo 5009/61. Ignacio García Verónica. 16 de enero de 1962. Cinco votos. Ponente: Angel González de la Vega.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Volumen XLVIII, página 15. Amparo directo 5036/60. Flavio Ortega Benítez. 16 de junio de 1961. Mayoría de tres votos. Disidentes: Alberto R. Vela y Juan José González Bustamante. Ponente: Angel González de la Vega.

Volumen XLVI, página 32. Amparo directo 5741/60. Moisés Cruz González. 5 de abril de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Angel González de la Vega.

Informe 1960, página 36. Amparo directo 1333/60. Miguel Juárez Lozano. 22 de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S. Secretario: Fernando Castellanos.

Nota:

En el Volumen XLVIII, página 15, la tesis aparece bajo el rubro "ARBITRIO JUDICIAL, COMO PUEDE LA SUPREMA CORTE SUSTITUIRSE AL JUEZ NATURAL.", en el Volumen XLVI, página 32, la tesis aparece bajo el rubro "SUPREMA CORTE, NO PUEDE VALIDAMENTE SUSTITUIRSE AL JUEZ NATURAL."; y en el Informe de 1960, página 36, la tesis aparece bajo el rubro "PRUEBA APRECIACION DE LA."

Tesis aislada visible en la página 15, tomo XLVIII, Segunda Parte, Sexta Época del Semanario Judicial de la Federación, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ARBITRIO JUDICIAL, COMO PUEDE LA SUPREMA CORTE SUSTITUIRSE AL JUEZ NATURAL. De manera constante la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido declarando que por ejercer funciones de Tribunal Constitucional, no puede válidamente sustituirse al Juez natural en la apreciación de los elementos de convicción a menos que adviertan alteración de los hechos, infracción a los dispositivos que norman el ejercicio del arbitrio judicial sobre el valor jurídico de la prueba, o violación a las reglas fundamentales de la lógica.

Amparo directo 5036/60. Flavio Ortega Benítez. 16 de junio de 1961. Mayoría de tres votos. Disidentes: Alberto R. Vela y Juan José González Bustamante. Ponente: Angel González de la Vega.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Volumen XLVI, página 32. Amparo directo 5741/60. Moisés Cruz González. 5 de abril de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Angel González de la Vega.

Nota: En el Volumen XLVI, página 32, esta tesis aparece bajo el rubro "SUPREMA CORTE, NO PUEDE VALIDAMENTE SUSTITUIRSE AL JUEZ NATURAL."

Tesis aislada emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la página 27, tomo XLVI, segunda parte, publicada en la Sexta Época del Semanario Judicial de la Federación.

PENAS, ARBITRIO JUDICIAL EN LA IMPOSICION DE LAS. La Suprema Corte de Justicia ha sentado el precedente de respetar el arbitrio que conceden las leyes a los Jueces y tribunales, para la determinación de las penas, siempre en el supuesto de que procedan con estricto acatamiento a las normas que señalan los textos, en tal forma, que el quantum de las penas fijadas coincida con el análisis que se haga de la gravedad de la infracción y de las características del delincuente, y si este análisis es favorable, el monto de la pena se moverá hacia el mínimo y en caso contrario hacia el máximo, mas si se señala la pena en desacuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el juzgador e impone una pena excesiva, hay inexacta aplicación de la ley.

Amparo directo 7298/60. Salomón Parra Mora. 19 de abril de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Como se ha estudiado, el control jurisdiccional del arbitrio judicial mediante el juicio de amparo puede ser desplegado cuando el mismo es ejercido indebidamente, es decir, se ha convertido en arbitrariedad o capricho, cuando la resolución no invoca circunstancias de hecho, cuando éstas son alteradas, cuando el razonamiento en que la resolución se apoya es ilógico.

A pesar del control que puede manejarse en materia de hechos, se llega a un punto en el que una parte de ellos puede servir para tener por ciertos o satisfechas ciertas características designativas de conceptos normativos afectados de vaguedad conceptual, que precisamente en atención a ésta hacen difícil una homogeneidad de criterio respecto a las notas distintivas necesarias para denotar o hacer aplicable en el caso particular dichos conceptos, lo cual se puede advertir en las concepciones tan disímiles que hemos encontrado en la doctrina, y que si bien la jurisprudencia puede ser una gran auxiliar en la fijación de conceptos, lo cierto es que, como lo adelantamos anteriormente, en la actualidad no contamos con un acervo conceptual definido por la misma, toda vez que las construcciones de este tipo corresponden a la regulación anterior de la defensa legítima.

En este sentido, dentro del ámbito de ejercicio del arbitrio judicial, si bien es cierto existen determinadas exigencias para considerarlo lícito, referentes a la consideración de los hechos, razonamientos, en fin, suficiencia en la motivación y fundamentación, la variabilidad de criterio en cuanto a las características designativas que denotan algún concepto normativo, como "necesidad de la defensa", "racionalidad del medio empleado", "provocación suficiente", "actualidad o inminencia de la agresión", etc., a pesar de moverse dentro de los

límites formalmente establecidos, representan un factor incontrolable en perjuicio de los justiciables al no disponer de parámetros definidos que se traduzcan en un arquetipo al cual puedan acudir los juzgadores, cuando resuelven tener por acreditados o no determinados hechos o elementos relacionados con los conceptos que denotan.

Con lo anterior, no pretendemos afirmar que el criterio respecto de la designación de los conceptos normativos sea diametralmente opuesta o disímil en forma total de un juez a otro, sino que habrá un núcleo de coincidencia, pero también habrá accidentes respecto de algunas notas distintivas que influyan en la decisión del juzgador o tribunal para tener por acreditados o no tales conceptos, lo que en definitiva se podrá ver reflejado en las sentencias contradictorias que resuelvan asuntos semejantes, pues los "accidentes de notas distintivas" pueden tornar veleidoso el criterio de un juzgador a otro, lo cual se confirma con el hallazgo de la variabilidad conceptual de la doctrina estudiada, que de alguna u otra manera informa a nuestros tribunales, multiplicándose en forma exponencial la problemática.

En este contexto, si advertimos que en las relaciones entre gobernantes y gobernados, aquellos despliegan diversos actos que tienden a afectar la esfera jurídica de éstos, para lo cual, dentro de un *régimen de derecho*, la afectación en comento debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, condiciones, elementos o modalidades jurídicas para que la misma pueda ser estimada válida a la luz del derecho, y por tanto, afirme la existencia de una seguridad jurídica<sup>465</sup>; de igual forma, en sede del ejercicio del arbitrio judicial, precisamos considerar la situación de la vaguedad conceptual de los elementos integrantes de la Defensa Legítima, respecto de los cuales, si bien es cierto puede darse cumplimiento puntual a las exigencias, requisitos o

---

<sup>465</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 504.

modalidades del primer párrafo del artículo 16 constitucional, también lo es que encontramos los llamados "accidentes de notas distintivas", respecto de los cuales no existe una forma de control por cuanto hace a una fijación conceptual, en la que, según indicamos, es valioso el apoyo de la jurisprudencia, con las salvedades igualmente apuntadas; desde esta óptica, la ausencia o deficiencia de un control conceptual con base en parámetros precisos, se revela en una repercusión clara en la seguridad jurídica de cualquier justiciable, en razón de que es dable encontrar sentencias contradictorias que resuelvan asuntos semejantes, pues los "accidentes de notas distintivas", según hemos apuntado, pueden tornar veleidoso el criterio de un juzgador a otro.

Al respecto, no omitimos reconocer el control de legalidad y constitucional que puede ser ejercido respecto del arbitrio judicial por medio de los recursos ordinarios y el juicio de garantías; sin embargo, dicho control puede presentarse en las condiciones expresadas con antelación, pero no en todos los casos y sin medida, pues aunado a esto, debemos recordar que la facultad discrecional o arbitrio judicial, por principio, no es susceptible de someterse a la revisión o examen del poder jurisdiccional; además, las características designativas variables de un determinado concepto, se ubican en un campo pretendidamente incontrolado, al no existir una base fija de sustentación conceptual que sirva de referencia para un eventual control, con las consabidas consecuencias.

466

---

<sup>466</sup> Cfr., *Ibidem*, p. 504

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** La regulación de la Defensa Legítima en nuestros códigos penales ha experimentado una evolución importante, en cuanto a sus requisitos de procedencia, desde su expresión en forma casuística hasta su actual redacción, la cual permite al juzgador un campo más amplio para el ejercicio de su arbitrio.

**SEGUNDA.-** Dentro de la teoría del delito, que se ocupa de estudiar, entre otras cuestiones, los elementos positivos y negativos del mismo, la Defensa Legítima se inscribe en el ámbito de la justificación, elemento de la segunda clase citada que excluye a la antijuridicidad.

**TERCERA.-** La consideración de la norma penal como norma de valoración o determinación de conductas, incide en forma determinante en el contenido de la antijuridicidad.

**CUARTA.-** El entendimiento de la norma penal como norma de valoración, postula una concepción absoluta o predominantemente objetiva, siendo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no contraria a derecho, la verificación de un desvalor de resultado.

**QUINTA.-** La adopción de un punto de vista *imperativo* sobre la norma jurídico-penal, que la considere como norma de *determinación de conductas* y no como simple *norma de valoración*, es, junto a la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos, la elevación del *desvalor de acción* a la categoría de elemento fundante del injusto penal.

**SEXTA.-** Atendiendo a las conclusiones precedentes, observamos que existen diferentes posturas en cuanto a los elementos fundantes del injusto, pues algunos se inclinan por una constitución unitaria en base al *desvalor de acción, o bien, de resultado*, mientras que existen opiniones que pudiéramos denominar *dualistas* por la importancia que conceden a ambos elementos.

**SÉPTIMA.-** Con independencia de las variantes o modalidades tanto de las concepciones monistas como dualistas, para efectos de acoplarse a un derecho como el nuestro, las segundas parecen ser más idóneas en las soluciones que aportan, de cara al castigo de la tentativa y el delito imprudente.

**OCTAVA.-** Tradicionalmente se ha clasificado a la antijuridicidad en formal y material; sin embargo, nos parece que dichas "variantes" del injusto deben ser apreciadas como "aspectos" del mismo, pues en una misma infracción no puede

haber una antijuridicidad material y otra formal, sino que la ilicitud es siempre una unidad axiológica dentro de la que pueden encontrarse esos dos "aspectos".

**NOVENA.-** En el ámbito de la justificación, los actos realizados al amparo de alguna de sus causas, se considera que han sido realizados conforme a derecho.

**DÉCIMA.-** Dependiendo de la postura que se asuma para fundar la constitución de la antijuridicidad, ello repercute necesariamente en los presupuestos requeridos para la justificación, siendo las tesis dualistas las que arriban, en este rubro, a mejores conclusiones teóricas, particularmente, en sede del desconocimiento de los elementos objetivos de justificación y la suposición errónea de su concurrencia, mismas que coinciden, en términos generales, con la regulación que al respecto se contiene en nuestro Código Penal Federal.

**DÉCIMA PRIMERA.-** La naturaleza jurídica de la justificación, es el constituir un elemento negativo del delito, es decir, impeditivo de su configuración por tener el poder de excluir a la antijuridicidad, y cuyo fundamento se ubica principalmente en la preponderancia de intereses, por lo que, quien actúa dentro de los supuestos excepcionales enumerados limitativamente en el sistema de normas penales, se dirá, se insiste, que obra conforme a derecho.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** La naturaleza de la Defensa Legítima se determina por el género al que pertenece, esto es, una causa de justificación, la cual se ha considerado como la más importante y de mayor significación práctica de todas. También se le ha llamado la justificante por excelencia, la principal, la más representativa y el caso más palpable e inequívoco de causa de justificación.

**DÉCIMA TERCERA.-** En la regulación actual de la Defensa Legítima encontramos un fundamento ecléctico, representativo de una mixtura entre los fundamentos individual y social, al permitirse no sólo la defensa propia sino la de terceros, además de requerirse una necesidad en la defensa, circunstancia que nos lleva a la idea de proporción. Esta fundamentación mixta nos enseña que no siempre las cosas son tan simples como para encontrar, en un solo lugar, los elementos que configuren la estructura y esencia de las instituciones jurídicas.

**DÉCIMA CUARTA.-** Una vez hecho al análisis de los elementos que integran la estructura de la regulación actual de la Defensa Legítima, estamos en condiciones de afirmar que los mismos se encuentran afectados de una vaguedad conceptual, aunque también, y con menor incidencia, se advierte la presencia de ambigüedad semántica.

**DÉCIMA QUINTA.-** El arbitrio judicial podemos entenderlo como la facultad que tienen los jueces de aplicar el Derecho, adaptándolo a las circunstancias concretas del caso que han de resolver, pues es sabido que la naturaleza general y abstracta de la ley no permite entrar en las particularidades del caso concreto, siendo imprescindible la intervención del ser humano para conectar ambos extremos; en este sentido, el arbitrio opera como un enlace entre lo abstracto y lo concreto. Es necesario destacar, que esta facultad es concedida por la ley al juzgador para que, dentro de límites más o menos amplios, la interprete en relación con el supuesto concreto que ha de solventar, o complete algún extremo que la misma ley establece, todo esto, a través de las opciones que la propia norma confiere al juzgador al permitirle hacer uso de su juicio personal.

**DÉCIMA SEXTA.-** En el extremo opuesto del arbitrio judicial, encontramos a la arbitrariedad, en cuya formulación semántica ha sido empleada una carga emotiva, sin que deba perderse de vista que en el fondo de la misma se encuentra presente una ilegalidad. Sin embargo, las características más importantes que se pueden adscribir a la arbitrariedad judicial, entre otras, son: 1.- Actitud que obedece en forma preponderante al capricho, pudiéndose agregar las notas de imprudencia e insensatez; 2.- Ejercicio indebido de la facultad de selección y determinación concedida por la ley, en forma irrazonable y en contradicción con ésta; y 3.- Actividad transgresora de las reglas de la lógica.

En estas condiciones, podemos decir que el concepto de arbitrariedad judicial es vago, puesto que su significado es impreciso, al no existir un punto de referencia claro, y aunque el referente más exacto al que puede conectarse la arbitrariedad es el arbitrio, la propia vaguedad que afecta a ambos conceptos, constituye un elemento adverso para determinar si se ha actuado dentro o fuera de los límites del segundo.

**DÉCIMA SÉPTIMA.-** El control de la arbitrariedad puede ser ejercido a través de la motivación, pues es la mejor, y quizás, la única herramienta o medio de que dispone el juez superior para analizar y determinar si existe arbitrariedad en la decisión del inferior.

**DÉCIMA OCTAVA.-** A propósito de la motivación, se puede ejercer control respecto de la determinación de los hechos de una controversia mediante la actividad probatoria, y en particular, a través de su valoración, pues este procedimiento conduce al juzgador a tener "por probados" ciertos hechos, los cuales, después de "declarados formalmente", se califican jurídicamente.

**DÉCIMA NOVENA.-** El razonamiento inferencial que lleva a tener por acreditado un hecho puede ser controlado, en forma sucesiva y diferenciada, a través del Recurso de Apelación y el Juicio de Amparo.

Así las cosas, por cuanto hace a la causa de justificación que hemos venido analizando a lo largo de este esfuerzo de investigación, la valoración de las pruebas aportadas dentro de un proceso penal permiten al juzgador tener o no por acreditada, v. gr., la "racionalidad", "necesidad", que la defensa fue legítima, etc.

En este sentido, el juzgador ejerce su arbitrio, y puede, por tanto, excederse en el mismo incurriendo en arbitrariedad, pues la vaguedad conceptual sobre la que tendrá que moverse el arbitrio le puede llevar a tener por acreditados aquellos conceptos, considerando determinados elementos, mismos que pueden variar atendiendo a otros criterios, no contándose, por ende, con una base conceptual estable sino variable de juzgador en juzgador.

**VIGÉSIMA.-** En estas condiciones, la vaguedad conceptual de los elementos integrantes de la regulación actual de la Defensa Legítima, aún y cuando el juzgador realice una puntual fundamentación y motivación, puede incidir en la seguridad jurídica del justiciable al no contarse con un marco sólido de sustentación conceptual que sirva de paradigma a los juzgadores al momento de emitir sus resoluciones, repercutiendo esto en el sentido de las mismas y en la afectación de la esfera jurídica de aquellos, particularmente en su libertad ambulatoria.

**VIGÉSIMA PRIMERA.-** No obstante las conclusiones anteriores, se considera necesario conservar el ejercicio del arbitrio judicial en la impartición de justicia, sin perder de vista la capacitación de quienes desempeñan esta importante tarea, en aras de alcanzar estadios superiores en la misma, puesto que dicha actividad es eminentemente humana, y por tanto, perfectible.

**VIGÉSIMO SEGUNDA.-** Con el propósito de aportar elementos tendentes a confeccionar un paradigma conceptual en el estudio, regulación y aplicación de las disposiciones relativas a la Defensa Legítima, proponemos identificar a ésta como: La repulsa o impedimento de una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, debiendo existir necesidad de la defensa y racionalidad de la modalidad defensiva empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Debiéndose entender por:

- **Agresión:** Aquella conducta humana activa u omisiva, generadora de riesgo para bienes jurídicos.

- Real: Existencia concreta de la agresión, verdadera, y no imaginaria o putativa.
- Actual.- Cuando la agresión ha sido iniciada, está teniendo lugar y todavía prosigue.
- Inminente: Cuando la agresión esta muy próxima, cercana, pero aún no se ha iniciado, y sin embargo, representa ya un riesgo de lesión inmediato para bienes jurídicos.
- Sin derecho: Que la agresión no encuentre fundamento ni motivación en ninguna parte del sistema jurídico.
- Necesidad de la Defensa: Ausencia para el agredido de una modalidad defensiva no lesiva o menos lesiva.
- Racionalidad de la modalidad defensiva empleada: Correspondencia en cuanto a magnitud entre el conjunto de características fácticas que distinguen al rechazo o impedimento, y las diversas de la modalidad agresiva, siendo capaces las primeras de neutralizar el efecto de las segundas, sin que necesariamente deba existir identidad de los instrumentos empleados, aunque en todo momento debe advertirse la ponderación de los bienes en conflicto en aras del de mayor valía.
- Provocación dolosa suficiente: Será aquella verificada con la deliberada intención de producir la reacción del agresor.
- Inmediata: Que la provocación genere en forma instantánea o contigua la reacción del agresor.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALMARAZ, Lic. José, EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1929, México, 1931.
- ALSINA, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, tomo IV, 2ª edición, Ediar, Argentina, 1956.
- ANTOLISEI, Francesco. MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, 8ª Edición, Tr. José Guerrero y Mariano Ayerra Redín, Editorial Temis, Colombia, 1988.
- BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Tr. Álvaro Búnster, Editorial Siglo XXI, Sexta edición, México, 2000.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa, 32ª edición, México, 2000.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. La Justificación Penal, Fundamento, Naturaleza y Fuentes, Editorial EDESA, España, 1982.
- CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, et al. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General, Editorial Porrúa, 20ª edición, México, 1999.
- CARRARA, Francesco. PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL, (Parte General), Volumen I, Tomo 1, Tr. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Editorial Temis, Colombia, 1988.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Trigésima séptima edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 1997.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, 18ª edición, México, 1999.
- CUELLO CALÓN, Eugenio. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, Tomo I, Volumen Primero, Bosch, Casa Editorial, S.A., 18ª edición, España, 1981.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA BÁSICA, Volumen I, ABA-COR, Editorial Civitas, S.A., España, 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. De la Arbitrariedad de la Administración, 2ª edición, 1997.

FERRI, Enrico. PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL, Editorial Reus, España, 1933.

FIORETTI, Julio, et al. SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA, Tr. Juan Chabás, Editorial Reus, España, 1926

FRANCO GUZMÁN, Ricardo. DELITO E INJUSTO (Formación del Concepto de Antijuridicidad), México, 1950.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 51ª Edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

GONZALEZ QUINTANILLA, José Arturo. DERECHO PENAL MEXICANO, Parte General y Parte Especial, Editorial Porrúa, 4ª edición, México, 1997.

HUERTA TOCILDO, Susana. Sobre el Contenido de la Antijuridicidad. Editorial Tecnos, Madrid.

INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES, LEYES PENALES MEXICANAS, Tomo 1, México, 1979.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. ANÁLISIS LÓGICO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA, Editorial Trillas-UNAM, Cuarta edición, México, 1998.

JESCHECK, Hans-Heinrich. TRATADO DE DERECHO PENAL (Parte General), Tr. José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, 4ª edición completamente corregida y ampliada, España, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomos III y IV, Editorial Losada, 5ª Edición Actualizada, Argentina, 1992.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. LA ANTIJURIDICIDAD, Imprenta Universitaria, 1952.

LAMNEK, Siegfried. TEORÍAS DE LA CRIMINALIDAD, Tr. Irene del Carril, 4ª Edición, México, 1998.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. ASPECTOS ESENCIALES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA, BOSCH, Casa Editorial, S.A., España, 1978.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE ATÍPICIDAD EN DERECHO PENAL. Editorial Aranzadi, España, 1995.

MAGGIORE, Giuseppe. DERECHO PENAL Volumen I, El derecho penal, El delito, Tr. P. José J. Ortega Torres, Ed. Temis, reimpresión de la 2ª edición, Colombia, 1989.

MAURACH, Reinhart. TRATADO DE DERECHO PENAL, Tomo I, Editorial Ariel, Tr. Juan Córdoba Roda, España, 1962.

MIR PUIG, Santiago. DERECHO PENAL, Parte General, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 3ª edición corregida y puesta al día, España, 1990.

MUÑOZ CONDE, Francisco. TEORÍA GENERAL DEL DELITO, Editorial Temis, reimpresión de la 1ª edición, Colombia, 1990.

NIETO, Alejandro. El Arbitrio Judicial, Editorial Ariel, S.A., España, 2000.

NINO, Carlos Santiago. LA LEGÍTIMA DEFENSA, Editorial Astrea, Argentina, 1982.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, et al. MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte General, Ed. ARANZADI, España, 1999.

RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Derecho Penal Objetivo, El Delito, Tr. Jorge Guerrero, Ed. Temis, Colombia, 1975.

REYES ECHANDÍA, Alfonso. ANTI JURIDICIDAD, Editorial Temis, S.A., 4ª edición, Colombia, 1989.

RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, 29ª edición, México, 2000.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "Consideraciones Generales sobre la Exclusión de la Antijuridicidad", en ESTUDIOS PENALES, LIBRO HOMENAJE AL PROF. J. ANTÓN ONECA, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 1982.

ROXIN, Claus. DERECHO PENAL, (Parte General), Tomo I, Editorial Civitas, Tr., Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, 1997.

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Vol. I, Bs. As., La Ley, 1951.

VALLE MUÑIZ, José Manuel. EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN Y LA GRADUACIÓN DEL INJUSTO PENAL, PPU, S.A., España, 1994.

VELA TREVIÑO, Sergio. ANTI JURIDICIDAD Y JUSTIFICACIÓN, Editorial Trillas, reimpresión (1995) de la 3ª edición, México, 1990.

VON IHERING, Rudolf. LA LUCHA POR EL DERECHO, Librería General de Victoriano Suárez, España, 1921.

WELZEL, Hans. DERECHO PENAL ALEMÁN. (Parte General), Tr. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición castellana, Chile, 1993.

WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema de Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas J. Cerezo, España, 1964.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. TRATADO DE DERECHO PENAL, Parte General, Tomo III, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1ª reimpresión, México, 1997.

ZERBOGLIO Y FIORETTI, SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA, Editorial Reus, Tr. Juan Chávez, España, 1926.

## **DICCIONARIOS**

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, vigésima tercera edición, Real Academia Española, España, 1992.

DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Fundación Tomás Moro, Espasa-Calpe, España, 1992.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Tomo III, decimacuarta edición, Porrúa-UNAM-III, 2000.

## **HEMEROGRAFÍA**

CASTELLANOS TENA, Fernando. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN LA RECIENTE REFORMA PENAL, Revista Michoacana de Derecho Penal. Directores: Jorge Mendoza Álvarez y Gilberto Vargas López, Nums. 26 y 27, 1992.

DIARIO OFICIAL DEL GOBIERNO SUPREMO DE LA REPÚBLICA, 14 de Diciembre de 1871.

DIARIO OFICIAL DEL GOBIERNO SUPREMO DE LA REPÚBLICA, 23 de Diciembre de 1871.

DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Sábado 5 de Octubre de 1929.

DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 14 de Agosto de 1931.

DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 5 de Enero de 1955.

DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 13 de Enero de 1984.

DIARIO OFICIAL, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 23 de Diciembre de 1985.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, ORGANO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 10 de Enero de 1994.

## **LEGISLACIÓN**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (TEXTO VIGENTE).

LEY REGLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 Y 107 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CÓDIGO PENAL FEDERAL.

CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Y DEMÁS ORDENAMIENTOS A QUE SE ALUDE EN EL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN.

## **JURISPRUDENCIA**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Discos Ópticos IUS 9, IUS 2000, IUS 2001 y IUS 2002.