

CAPITULO PRIMERO

EL INSTITUTO DE LA LEGITIMA DEFENSA

1.- CONCEPTO DE LEGITIMA DEFENSA.

La legítima defensa como residuo de la venganza privada, en las legislaciones penales modernas, encuentra su fuente en la norma jurídica que manda, prohíbe o permite conductas. No es pues, en la actualidad una institución caprichosa, sin acotamientos, como lo fue en su etapa prístina. Con el devenir del tiempo, el derecho como forma de vida objetivada, tiende a humanizarse, y junto con él, las instituciones que lo conforman; y dentro de este desplazamiento del saber científico, que recorre el viacrucis del proceso dialéctico, emerge la legítima defensa, como un medio de lucha para lograr la paz, como finalidad última del derecho, tal y como lo predica el egregio **R. Von Ihering**¹.

Arquetipo de la antijuridicidad negativa lo es, la legítima defensa, y como tal entraña una causa de justificación que excluye la responsabilidad penal, por parte de quien repele el injusto. Empero, si en abstracto, los fines del instituto son nobles, puesto que se propone a través del valor justicia, coadyuvar paralelamente con la función pacificadora del derecho, reservada fundamentalmente al Estado, en el campo operativo del Derecho Comparado, sea Nacional o Extranjero, los

¹ R. Von Ihering. La Lucha por el Derecho, página 45.

perfiles que lo delimitan no son comunes, y para ello basta hacer alusión a las legislaciones penales de Cuba y Estados Unidos de Norteamérica, donde la legítima defensa enraíza su licitud, en determinadas condiciones, no en el entorno objetivo, sino en la mente del defensor, situación ésta que es el equivalente en nuestro derecho a la legítima defensa putativa, como causa de inculpabilidad.

Atendiendo a la anterior realidad y toda vez que no se trata de una categoría jurídica, con validez erga omnes, es de inferirse que el concepto de legítima defensa, no es inequívoco. Para asimilar el concepto en concreto, tanto en su género próximo, como en su diferencia específica, habría que situarnos o ubicarnos, dentro de la legislación nacional o extranjera que prevea la hipótesis legal defensora; y de esta guisa conocer sus accidentes, los que desde luego varían de acuerdo a la época y la costumbre y religión de cada País. Pues los sistemas jurídicos actuales se encuentran sectorizados; y así encontramos un Derecho con raíces Latinas, como el nuestro, un Derecho Anglosajón, como el de Estados Unidos, caracterizado por la mercantilización de los juicios penales, un Derecho perteneciente a los pueblos del Islam, donde el influjo religioso permea en su esencia y en sus raíces los ordenamientos legales imperantes.

El ilustre **Mezger**, nos dice: "Legítima defensa es, aquella defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y

antijurídico”² . El concepto que nos proporciona, sobre dicha causa de justificación, es limitado, y obviamente que deja sin explicar los atributos y accidentes, de la legítima defensa, que imperan en la legislación penal mexicana.

En el Derecho Canónico, donde la legítima defensa no era un derecho sino una facultad que había que limitar a través de la *moderamen inculpateae tutelae*³., es definida: “Como una reacción violenta inmediata, proporcionada a la acción agresora actual e inesperada, por lo que una persona defiende los derechos propios o ajenos injustamente violados”⁴.

Cuello Calón, concibe la legítima defensa, como la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor⁵. La anterior noción no se adecua en su dimensión, a nuestro instituto, en cuanto que parcialmente, como lo veremos posteriormente, deja fuera ciertos atributos que son propios de nuestra defensa necesaria.

El penalista colombiano, **Orlando Gómez López**, nos indica: “que la legítima defensa, o defensa justa, es la acción requerida, para impedir o apartar de sí o de otro, una agresión actual o ilegítima,

² . Edmund Mezger. Derecho Penal. Parte General, página 168.

³ . Fioretti-Zerboglio. Legítima Defensa, página 68.

⁴ . Código de Derecho Canónico, página 799.

⁵ . E. Cuello Calón. Derecho Penal, página 317.

contra un bien jurídico ⁶". De igual forma que los anteriores conceptos, el vertido por Gómez López, deja fuera del contexto determinados atributos que como lo veremos, son propios de nuestro instituto.

El español **Luis Jiménez de Asúa**, cuyas enseñanzas sobre la dogmática penal han sido de gran influencia para nuestro Derecho Penal Mexicano, es en mi opinión quién dimensiona la legítima defensa, de acuerdo a nuestro sistema; y no sólo en la esencia, sino también en la mayor parte de los atributos y accidentes, y al efecto indica: "Que es la repulsa a la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o terceras personas, 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"⁷.

Fernando Castellanos Tena, establece que: "La legítima defensa es la repulsa de una agresión antijurídica y actual por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección"⁸.

Sergio Vela Treviño define la legítima defensa, como la conducta que se realiza en ejercicio del derecho que se tiene para preservar intereses propios o de un tercero, que se encuentran jurídicamente protegidos, y que son víctima de un ataque ilegítimo⁹.

⁶. Orlando Gómez López. Legítima Defensa, página 12.

⁷. Luis Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. Tomo IV, página 26.

⁸. Fernando Castellanos Tena. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, página 190.

⁹. Sergio Vela Treviño. Antijuridicidad y Justificación, página 254.

Dentro de una lógica formal o aristotélica, para aprehender ontológicamente en toda su extensión, el concepto de una institución, no es suficiente captar la esencia o el substrato. Pues de nada nos serviría para los efectos precisados, aducir que el instinto de conservación como hecho puramente biológico, es la causa que subyace a la defensa justa. Se requiere aprehender en su máxima expresión, los accidentes y los atributos, que a fin de cuentas son los que vienen a validar y dar forma jurídicamente, a la institución.

De acuerdo a lo que antecede, podemos asentar, que la esencia de la defensa propia se encuentra en la repulsa, que como instinto de conservación, se hace por el agente a una agresión, mediante la que se pretende dañar un bien jurídicamente protegido, propio o ajeno; y que el calificativo de legítima se imprime, en los lugares donde existe el derecho escrito, a través de los atributos o accidentes que son obra del legislador; tales como la ilegitimidad, actualidad o inminencia de la agresión, necesidad y proporcionalidad en la defensa, y falta de provocación de quien se defiende. En consecuencia, en mi opinión, la legítima defensa en consonancia con nuestra legislación penal, es: ***“La repulsa que hace una persona, proporcional y necesaria, a una agresión no provocada, sin derecho, actual o inminente, mediante la cual se pretende dañar un bien jurídico propio o ajeno”.***

Considero que con el anterior concepto que emito, se abarca la esencia y los atributos o accidentes del instituto de la defensa propia, y los que desde luego no están libres de variación. Pues cada legislación estadual, en nuestro Derecho Mexicano, tiene la facultad de crear sus leyes dentro de un marco constitucional de legalidad, lo que puede generar la inexistencia del instituto; o bien, la diferencia gradual en cuanto los atributos del instituto; y sírvanos de ejemplo, nuestro Código Penal de Nuevo León, que no nos habla, como el Código Penal Federal, de la defensa frente a la agresión inminente, sino que en forma innecesaria nos habla de un peligro inminente, lo que implica en mi concepto, una confusión debido a que el peligro es un efecto que se da por entendido en toda agresión que sirve de causa a la defensa propia.

2.- DESARROLLO HISTORICO DE LA LEGITIMA DEFENSA EN EL DERECHO EXTRANJERO Y EN EL NACIONAL.

La defensa propia es tan antigua como el hombre, puesto que va anclada a uno de sus más fundamentales instintos: el de conservación y supervivencia¹⁰.

Básicamente, la historia nos enseña que en su origen la defensa privada se encontraba vinculada, a cuestiones relacionadas con la vida, la integridad física y el honor; y que posteriormente como lo veremos, paulatinamente se fue ensanchando hacia todo bien

¹⁰ . Fernando Díaz Palos. La Legítima Defensa, página 13.

jurídicamente protegido, sobre todo en la legislación penal alemana, donde no se exige una racionalidad en el medio utilizado.

En el antiguo testamento, en el **Libro de Exodo**, capítulo 22, versículo 2, se establece: “Si el ladrón fuere hallado forzando una casa, y fuere herido y muriere, el que lo hirió no será culpable de su muerte”¹¹. Para los países de religión cristiana, en la Biblia, encontramos una justificación de la defensa privada.

En el **Derecho Canónico**, se justifica y se permite la defensa propia, así en el Código respectivo, artículo 1323 parágrafo 5o., se estatuye: “No queda sujeto a ninguna pena quien, cuando infringió una ley o precepto.....actuó en legítima defensa contra un injusto agresor de si mismo, o de otro, guardando la debida moderación.....”¹². De lo anterior se infiere que en el Derecho Canónico, se admite la defensa necesaria y por consiguiente, inmediata y proporcionada, contra la agresión injusta y actual, al decir de **ALIMENA**¹³. Se reconocía la facultad de **inculpata tutela** contra el agresor violento, que podría ser muerto impunemente ¹⁴.

En el Derecho Romano, la legítima defensa esta escrito con grandes caracteres en las Doce tablas y en el Digesto; o sea, en la fe de nacimiento y en la de la muerte del Derecho Romano. **Lex duodecimi**

¹¹ . La Biblia, página 34.

¹² . Código de Derecho Canónico, ob. cit., páginas 798 y 799.

¹³ . Fernando Díaz Palos, ob. cit., página 17.

¹⁴ . Antonio Camaño Rosa. Legítima Defensa, página 10.

tabularum fuerem noctu deprehensum permittit occidere; interdiu autem deprehensum, si telo se defendat. En la legislación justiniana el derecho de legítima defensa está escrito al frente del primer título del Digesto, casi vos de todo el Corpus juris¹⁵.

En el **Derecho Germánico**, el origen de esta institución la encontramos en situaciones que no son, precisamente de legítima defensa, pero que pueden considerarse el paso previo para llegar a ella. En este orden de cosas, lo primero con qué nos encontramos es “que la muerte de una persona puede efectuarse por otra, sin lugar a la composición”. La composición exigida por la ley germánica, la ruda ley del Talión en una de sus múltiples variantes hacía excepciones en algunos casos; podría matarse impunemente (possunt occidi sine compositione) al ladrón, al incendiario, al adúltero, etc.¹⁶. “Esta aquí un clarísimo concepto de la retribución, así como el del talión, Mann gegen Mann, una especie de trueque de la vida humana. Acaecido el primer homicidio se legitima el segundo”.....”Que pueda verdaderamente hablarse de un derecho de muerte de la antigua legislación germánica, distinto del de legítima defensa, es un hecho que no puede negarse y que únicamente tiene su razón de ser en el concepto de Friedlosigkeit”¹⁷.

En lo que atañe al **Derecho Español**, Jiménez de Asúa nos indica, que la “Ley Visigótica”, contenía importantes preceptos sobre la

¹⁵ . Fioretti-Zerboglio, Ob. cit., página 35.

¹⁶ . Luis P. Sisco. La Defensa Justa, página 48.

¹⁷ . Fioretti-Zerboglio, Ob. cit., páginas 48 y 50.

legítima defensa, y que es sabido que ese Código se conoce con el nombre de Fuero Juzgo. En la Alta Edad Media propiamente española, los Fueros y Constituciones de Cortes, no dejaron de reconocer la legítima defensa: Pero es en las Siete Partidas, donde en modo general se presenta la legítima defensa frente a cualquier daño que quieran interferir a nuestras cosas (Ley VII, título X, Partida VII). Es en el Código de 1822, al tratar del homicidio, donde se admite con un sentido amplio, digno de alabanza, la defensa de la vida propia o ajena, de la propiedad y de la libertad¹⁸.

En el ***Derecho Mexicano***, el primer Código Penal lo fue el Código Penal de Veracruz de 1835, entroncado con el español de 1822, y en el artículo 558, se establecía: "No estará sujeta a pena alguna el homicidio que se cometa en los siguientes casos: 1, en el de la necesidad de ejercer la defensa propia y natural de la propia vida o de la de otra persona, contra una agresión injusta, en el acto de la agresión injusta, cuando no haya otro medio de repelerla; 2, en el acto de repeler alguna agresión sobre bienes propios o ajenos, resultando la muerte de la defensa necesaria para la conservación de aquellos; 3, en el de defender la libertad propia, de los padres, hijos de la mujer o hermanos, o la persona de una mujer a cuyo honor se atente con fuerza o violencia, no presentándose en el acto otro medio de evitar el atentado"¹⁹.

¹⁸ . Luís Jimenez de Asúa, Ob. cit., páginas 35, 36 y 37.

¹⁹ . Raúl Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Tomo II, página 73.

Es en el **Código Penal Mexicano de 1871** donde nace con íntegra construcción, la legítima defensa, y el cual la recoge en el artículo 34 fracción VIII, en los siguientes términos: “Es circunstancia que excluye de responsabilidad criminal por infracción a las leyes penales: Obrar el acusado en defensa de su persona, o de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, inminente, violenta y sin derecho, a no ser que el acusado pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes: I, que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella; II, que 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, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa. Para hacer la apreciación de las circunstancias expresadas en las fracciones III y IV se tendrá presente el final de la frac. 4a. del art. 201. El mismo código fijó la pena de 9 días de arresto a 2 años de prisión para la culpa grave (art.199 frac. IV) y para la leve la tercia parte de las anteriores penas (art. 200), estableciendo que cuando la culpa sea de exceso notoriamente leve en la defensa legítima no se impondrá pena alguna, pero sin perjuicio de la responsabilidad civil en que incurra el reo”²⁰.

Como es de advertirse en el Código de 1871 no solamente se creó la legítima defensa, sino el exceso en la misma, cuando no había necesidad racional en el medio empleado; o bien, cuando el daño que

²⁰ . Raúl Carrancá y Trujillo, Ob. cit., páginas 74 y 75. .

iba causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia comparados con los que causó la defensa.

Posteriormente, nos dice **Carrancá y Trujillo**, “La Comisión de 1912 propuso algunas modificaciones formales al texto al texto de 1871, pero sin modificar en absoluto su contenido substancial: “Como inminente significa próximo, inmediato (que amenaza o esta por suceder prontamente según el Diccionario de la Lengua), aplicado el calificativo a la agresión parece contradecirle otro requisito de que sea actual y siendo más propio referir la inminencia no a la agresión, que debe de ser actual, presente, sino al peligro que de ella resulta, es de entenderse el texto en el sentido de referirse a agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente, es decir no remoto o lejano sino inmediato, próximo” (ibid., IV, pág, 309); además, en vez de “a no ser que el acusador pruebe que intervino”...etc., “a no ser que se pruebe que intervino”...etc. Salvo lo anterior, la Comisión consideró “modelo de precisión y exactitud de textos legislativos” el elaborado por el legislador de 1871.”²¹.

El Legislador de 1931, continúa relatando Carrancá y Trujillo, adoptó fielmente la formula tradicional con las modificaciones de 1929, que no fueron más que de estilo a las propuestas por la comisión de 1912, y en precepto especial destacó la sanción aplicable en

²¹ .Raúl Carrancá y Trujillo. Las Causas que Excluyen la Incriminación, páginas 292 y 293.

casos de exceso: serán considerados **“como delincuentes por imprudencia”** los que se excedan en la legítima defensa (art. 16). Como a los delitos culposos señaló el legislador sanciones leves, entre máximo y mínimo amplísimo (art. 60), fácil resulta así realizar una correcta individualización de la sanción de prisión en casos de exceso en legítima defensa. No obstante, notoriamente el sistema de 1871 resulta más perfecto que el de 1931 por cuanto en éste no se da cabida al perdón judicial por exceso notoriamente leve; todo lo que puede hacerse en tales casos es imponer la sanción mínima, que es de tres días de prisión²².

El **Código Penal Federal Vigente**, en lo relativo a la legítima defensa, contiene la fórmula del de 1871, al haberse eliminado, acertadamente, el término “peligro inminente”, y haberse readoptado por el de “agresión inminente”. Sobre las consecuencias prácticas de éstos dos conceptos, ahondaremos con posterioridad, al tratar lo relativo a la agresión. Así mismo, el Código Penal actual, no sigue la casuística, en lo concerniente al exceso en la legítima defensa, como también lo veremos posteriormente.

En lo relativo a nuestro **Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León**, se encuentra entroncado, con el Código Penal de 1931, por prever en el artículo 17 fracción III, la legítima defensa en términos casi idénticos.

²². *Ibidem*, página 301.

3. FUNDAMENTOS DOCTRINALES Y JURÍDICOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Bajo este rubro analizaremos las diversas teorías que se han formulado respecto a las causas que sirven de justificación a legítima defensa, y lo que trae como consecuencia que no se sancione penalmente la conducta defensiva.

Al efecto se han elaborado varias teorías, pero las que considero más importantes son: la Teoría de la Impunidad; la Teoría de la Justificación; y la Teoría Positivista. Cada una de estas teorías, tiene sus variantes y a ellas también nos referiremos.

3.1. -TEORÍAS DE LA IMPUNIDAD.

De acuerdo, a esta teoría quien actúa en legítima defensa, actúa jurídicamente; empero al defensivo no deberá imponérsele ninguna pena. Las tesis que se han elaborado al respecto, son las siguientes:

a).- Tesis de la acción injusta pero no punible.

El precursor más sobresaliente de esta tesis es **KANT**, que de acuerdo con su doctrina el derecho de punir se basa en la justicia absoluta. La necesidad implicada en la defensa no puede transformar en justicia la injusticia, y la reacción defensiva sigue siendo

antijurídica, de modo que si no se castiga es porque la necesidad no tiene ley y la represión se tornaría inútil. La inconsecuencia kantiana se percibe enseguida, pues si funda la pena en un imperativo categórico de justicia, no se comprende cómo luego la suspende por razones de necesidad u oportunismo. Así lo objetó BERNARDINO ALIMENA, citado por **Díaz Palos**²³.

b).- Tesis de la perturbación del ánimo.

Esta tesis se debe a **CARMIGANI y PUFFENDORF**, y aducen que la defensa justifica el hecho, en razón de que el agredido sufre alteración emocional que le altera su estado afectivo, llegando incluso a excluir o disminuir la imputabilidad²⁴. Contra esta tesis se afirma, entonces con razón, que solo favorece a quienes experimenten intimidación ante el ataque y dejan sin protección legal al que con sangre fría y cabeza despejada reacciona tempestivamente frente a la agresión de que es víctima²⁵.

c).- Tesis de la retribución de mal por mal.

El principal precursor de esta tesis lo es **GEYER**, y nos dice: "El que se defiende devuelve mal por mal, arrogándose una facultad privativa del Estado. Pero como se supone una perfecta igualdad

²³ Fernando Díaz Palos, Ob. cit., páginas 21 y 22.

²⁴ Orlando Gómez López. Ob cit..Página 28.

²⁵ Alfonso Reyes Echandía. Antijuridicidad, páginas 101 y 102.

entre acción y reacción, y mediante esta se verifica la retribución del mal por el mal, la pena no sería más que un nuevo mal, porque no encontraría nada que retribuir²⁶. Esta posición sostenida por Geyer, es contradictoria en razón de que si se acepta que el acto de quien obra en legítima defensa es antijurídico no se podría concluir que debe estar exento de pena solo porque ella implicaría un nuevo mal para el agente²⁷.

d).- Tesis de la colisión de derechos.

Esta tesis es sostenida por **VON BURI**, y citado por Luis P. Sisco, nos dice: “entre dos intereses de tal modo en colisión que uno de ellos no puede conservarse sin la destrucción del otro, el Estado opta por el sacrificio del menor importante, y debe de considerarse de menor importancia el interés jurídico del agresor en virtud de la ilegitimidad del ataque²⁸. La teoría de Von Buri, puede llegar a extremos inaceptables; si admitimos con él, que el autor de la violación de un derecho, pierde el derecho de que en él se respete el derecho que ha violado, llegaríamos a tener que admitir que el que ha sido robado, puede, a su vez, robar al ladrón²⁹.

3.2 TEORÍAS DE LA JUSTIFICACIÓN.

²⁶ . Antonio Camaño Rosa, Ob. cit., página 20.

²⁷ . Alfonso Reyes Echandía, Ob. cit., página 102.

²⁸ . Luis P. Sisco, Ob. cit., página 78.

²⁹ . Ibidem, página 79.

Estas teorías se caracterizan por que consideran la legítima defensa, no como una causa de impunidad, sino como un hecho justificado, en donde la conducta no es antijurídica. Las principales son las siguientes:

a).- Tesis del derecho de necesidad.

El que sostiene esta tesis, es **HEGEL**, quien es citado por Reyes Echandía, y nos dice: “que si el delito es la negación del derecho, la defensa privada, es la negación de la negación del derecho y, por consiguiente, es justa”³⁰. El razonamiento del filósofo alemán, es soberbio en cuanto que, utiliza el método dialéctico, o sea, la unidad de los contrarios, para arribar a una síntesis; que en la especie viene a ser, la justificación de la defensa privada. Sin embargo, dicha tesis es criticada, en los siguientes términos: “El dialéctico razonamiento hegeliano parte del supuesto de que la agresión que da lugar a la defensa legítima es delictuosa, afirmación equivocada porque solo se exige que el ataque sea injusto, y una agresión puede ser injusta sin ser delictuosa, con lo que cae por su base el argumento del filósofo alemán, dado que lo injusto no es necesariamente la negación del derecho, toda vez que tal concepto - el de la injusticia- no es normativo en cuanto trasciende la esfera del derecho para penetrar en los predios de la ética”³¹.

³⁰ . Alfonso Reyes Echandía, Ob. cit., página 103.

³¹ . Ibidem Ob. cit., página 104.

b).- Tesis de la defensa pública subsidiaria.

El más importante representante de esta postura los es **CARRARA**. Al efecto Gómez López, nos indica lo siguiente: “ Cuando el Estado no puede obrar el particular debe tomar la defensa de los intereses lícitos. El Estado es la organización social para la convivencia; el primer llamado a defender al ciudadano es el Estado; pero cuando este no puede ejercer dicha tutela, ese derecho subsidiario queda en el particular”³². Se critica esta tesis en forma acertada por Fioretti y Zerboglio, quienes al efecto aducen, lo siguiente: “ Sin voluntad libre del agente, no es concebible el ejercicio de un derecho. Antes bien, si alguien es constreñido a usar contra su voluntad de las propias cosas, en vez del ejercicio de un derecho se tiene su violación”³³. Es decir, si se considera la legítima defensa como un estado de coacción no es factible asimilar, cómo un acto realizado en estado de violencia, pueda representar al mismo tiempo el ejercicio de un derecho. Por tales motivos se estima que la tesis del representante de la Escuela Clásica, adolece de tal irregularidad.

c) Tesis de la legitimidad absoluta.

Esta tesis es sostenida por **IHERING**, quien al respecto nos dice lo siguiente: “el que se ve atacado en su derecho debe resistir; este es un deber que tiene para consigo mismo. La conservación de la

³² . Orlando Gómez López, Ob. cit., página 29.

³³ . Fioretti y Zerboglio, Ob. cit., páginas 85 y 86.

existencia es la suprema ley de la creación animada y así se manifiesta intuitivamente en todas las creaturas; pero la vida material no es toda la vida del hombre, tiene que defender, además, su existencia moral, que tiene por condición necesaria el derecho; es, pues, condición de tal existencia que posea y defienda el derecho. El hombre sin derecho, se rebaja al nivel de bruto³⁴. En esta tesis se estima que la defensa justa no es solamente un derecho, sino también un deber. Sin embargo, la tesis de Von Ihering no explica porque la resistencia es a la vez un derecho y un deber.

d) Tesis del interés preponderante.

La legítima defensa encuentra su justificación en la “preponderancia de intereses”. Esto implica que es prioritario el bien jurídico del agredido, o del tercero, que el interés espurio del agresor, que se sitúa en un plano de ilicitud. Esta tesis se debe a **JIMENEZ DE ASÚA**, y respecto a la misma Ignacio Villalobos, hace la siguiente crítica: “la comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino entre el interés público por el orden, la seguridad y las garantías para los derechos de quienes se mantienen dentro de la paz y la disciplina social, frente al interés público por mantener intangible y seguro al individuo que se ha convertido en un transgresor de la ley y una amenaza pública”³⁵.

³⁴ . Rudolf Von Ihering, *Ob. cit.*, página 29.

³⁵ . Ignacio Villalobos. *Derecho Penal Mexicano*, página 394.

Nuestra **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, considera: que el principio rector de la legítima defensa se encuentra, en la preponderancia de intereses, al sostener que implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes que se colisionan son iguales, de todas formas el defensor reestablece el derecho atacado mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante³⁶.

En lo personal, no estoy de acuerdo con la tesis que sostiene que la justificación de la defensa propia, se encuentra en el principio del interés preponderante. Pues los intereses jurídicos del agresor, concretamente la vida que es el que más comúnmente se pone en juego, y la que con más énfasis es defendida, no pasan, a ser por el solo hecho de la agresión un interés ilícito. Tan lícito es el interés a la vida, por parte del defensor, como por parte del agresor.

3.3 TEORIAS POSITIVISTAS.

Las teorías positivistas se encuentran representadas, principalmente, por **FERRI, FIORETTI y ZERBOGLIO**. Las tres tesis se pueden esbozar, en los siguientes términos. **Ferri**: El carácter jurídico y social de los motivos y la calidad del fin que se propuso el agente, le sirven para fundamentar su defensa, puesto que ese fin no fue el de ofender a otro, sino el de defenderse, y por lo tanto no es temible.

³⁶ . Semanario Judicial de la Federación, IX, página 82, Sexta Época, Segunda Parte.

Floretti: La agresión injusta es un hecho que revela la temibilidad del agente; así, quien rechaza al injusto agresor cumple un acto de justicia social, y el derecho, en sentido positivista, surge porque éste consiste, precisamente, en la coincidencia del interés individual con el social.

Zerboglio: La defensa, acto objetivamente antijurídico, no lleva consigo castigo alguno, y es por consecuencia, legítima, siempre que con ella no se demuestre ninguna cualidad más o menos antisocial en el individuo que la consumó³⁷.

Como es de destacarse, los positivistas fundan la legitimidad de la defensa propia, sobre la temibilidad del “agresor”, es decir, en torno al delincuente, y no al delito, lo que dificulta construir una teoría completa, de la legítima defensa, sobre las bases del positivismo. En efecto, la antijuridicidad tiene un carácter predominantemente objetivo, pues significa una oposición con la norma penal. Inversamente, la legítima defensa como la palabra lo dice, es un hecho conforme al derecho; una causal de justificación, en cuanto que su objeto coincide totalmente con el objeto del derecho, o sea, la protección de los bienes jurídicos³⁸.

3.4 MI OPINION.

Considero que el verdadero fundamento de la legítima defensa, debe encontrarse en el imperio de la ley y del orden jurídico,

³⁷ .Antonio Camaño Rosa, Ob. cit., página 22.

³⁸ .Antonio Camaño Rosa, ob. cit., página 22.

frente a la violación. Pues como dice Ihering, la violación de un derecho, debe defenderse aún con la propia vida. En el caso, de la legítima defensa, surtidos los presupuestos de la agresión, psicológicamente el agente actúa bajo el instinto de conservación y supervivencia, que es el núcleo de la defensa propia; pero esa actuación debe encontrarse validada por la ley, no por el interés preponderante a que alude Jiménez de Asúa, como causa subyacente, sino en el interés que tiene la sociedad del predominio del orden jurídico, ante toda violación de los derechos subjetivos y objetivos del gobernado.

Para concluir este punto, solo me resta decir, que en nuestro Derecho Mexicano, la legítima defensa, encuentra un fundamento legal, no solamente en las diversas legislaciones estatales, sino en la propia Carta Magna, en el art. 10, que contempla a favor de todo gobernado: ***“la libertad de poseer armas de cualquier clase para su seguridad y legítima defensa”***. Tal consagración constitucional da a la legítima defensa una excepcionalmente elevada jerarquía jurídica de la que carecen las demás excluyentes que sólo tienen consagración en el derecho secundario³⁹. Y esta consagración constitucional, de la defensa justa corrobora nuestra tesis, de que el fundamento debe de buscarse en la ley; en la causa que subyace a la misma, y que debe de ser la necesidad que le asiste al agente, de repeler

³⁹ . Raúl Carrancá y Trujillo. Las causas.....Ob. cit, páginas 290 y 291.

una agresión actual, violenta y sin derecho, que pueda originar la lesión a un bien jurídico, propio o ajeno; y todo ello encaminado al predominio del derecho, sobre la injusticia.

4.- ESTRUCTURA DIALECTICA DE LA LEGITIMA DEFENSA.

La dinámica de la legítima defensa nos enseña, que esta se encuentra estructurada sobre dos actos contradictorios, que le sirven de cimiento. Un acto de agresión, y otro de defensa. Ambos actos son conductas humanas, y frente al choque de esas dos fuerzas antagónicas, emerge lo que *Hegel* llama "**síntesis**"; que en la especie vendría ser la destrucción del injusto, y por ende el predominio del derecho. Una tesis (la agresión), una antítesis (la defensa propia), y una síntesis (el triunfo del derecho sobre el injusto), son los componentes estructurales de nuestro instituto.

Sobre este proceso dialéctico, se estructura el instituto de la legítima defensa que prevalece en el Derecho Penal Mexicano. Un acto de agresión injusta, como causa, y un acto de defensa propia, como consecuencia de esa agresión. Frente a esa dualidad de conceptos, que desembocan en una síntesis, una necesidad lógica nos indica, que esos dos actos, deben de ser calificados para estimar la defensa privada como legal. Y para tal efecto los ordenamientos legales, concretamente los Códigos Penales de los Estados y de la Federación, son los conductos que nos enuncian, ***cómo debe de ser la agresión y cómo debe de ser la defensa***. Es un problema de estimativa jurídica, que es resuelta por

el Legislador, de acuerdo a las bases que informan las diversas disciplinas auxiliares del Derecho Penal, llámese sociología o psicología criminal, por mencionar algunas.

Esos atributos del instituto de la defensa propia, que la califican de legal, se circunscriben, en la especie, a la problemática de que: ¿cuándo hay agresión?; de que cuando la hay, debe de ser actual, no provocada y sin derecho, y para algunos inminente. ¿Y la defensa?. Esta debe de ser necesaria y racionalmente proporcional. Se aduce: que también esa agresión debe representar un peligro inminente de daño, a los bienes jurídicamente tutelados del defensorista, pero considero, como posteriormente lo esgrimiré, dentro de la hipótesis que prevee el instituto de la defensa propia, el peligro inminente de daño, es una consecuencia de la agresión, resultando por ende, innecesario que se mencione como ingrediente justificativo del instituto de la legítima defensa.

Frente a esas cualidades secundarias, por razón lógica, adquieren preeminencia, esas fuerzas antagónicas llamadas “ataque y defensa”, que constituyen la unidad que le da cuerpo a la legítima defensa. Por eso con toda razón se ha dicho que los dos pivotes sobre los que descansa y gira, la legítima defensa, son la agresión y la defensa.⁴⁰

⁴⁰ . Fernando Díaz Palos. Ob. cit.. Página 13.

Se arguye que naturalísticamente, que en orden al factor tiempo, primero es la agresión y luego es la defensa. En principio esto es cierto, y en aquellos ordenamientos legales donde se reconoce que las fuerzas antagónicas que chocan, conducta agresiva y conducta defensiva, son de naturaleza objetiva; y donde la fuente de tal tesis, es el concepto de **agresión actual**. Pero dónde se acepta, además, que el origen de la defensa justa, lo puede ser una **agresión inminente**, o sea próxima a suceder, no podemos asentar que la defensa sea causa de una agresión actual. El problema se complica, porque la agresión ~~en~~ este caso, no es actual ni de naturaleza objetiva; y en orden al factor tiempo, ya no es primero la agresión, sino la defensa anticipada a esa agresión, que conlleva por parte del defensor el conocimiento de peligro de daño.

CAPITULO SEGUNDO

LA AGRESION COMO CAUSA DE LA DEFENSA

1.- CONCEPTO DE AGRESION Y SUS FORMAS.

Dentro de la psicología social la agresión es concebida, como un comportamiento interaccional, entre un agresor y una víctima, con la intención de dañar o perjudicar ⁴¹.

Gabriel Moser en su obra "**LA AGRESION**", estima que hay varios tipos de agresión: **AGRESION ACTIVA**, que puede ser física y verbal. La Física puede ser a su vez, directa e indirecta: un ejemplo de la directa serían los golpes y lesiones; y de la indirecta, golpes contra un sustituto de la víctima. La Verbal, también puede ser, directa e indirecta: un ejemplo de la directa serían los insultos; y de la indirecta, las maldiccias. **AGRESION PASIVA**, también puede ser física y verbal. La Física puede ser a su vez, directa e indirecta: un ejemplo de la directa, impedir un comportamiento de la víctima; y de la indirecta, rehusarse a participar en un comportamiento. La verbal, también puede ser directa e indirecta: un ejemplo de la directa, sería negarse a hablar; y de la indirecta, no consentir ⁴².

⁴¹ . Gabriel Moser. La Agresión, página 9.

Dentro de la anterior clasificación sobre el tipo de agresiones que pueden presentarse, ¿cual es la que debe de ser materia de la defensa privada?

Jiménez de Asúa, refiere: “Que la agresión es el acto por el que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente protegido”⁴³.

Carrancá y Trujillo indica: que la agresión “es la conducta de un ser viviente, racional o irracional, que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos”⁴⁴.

Cuello Calón, indica que la agresión es un presupuesto de la legítima defensa, y que la voz equivale, a un acometimiento, y consiste: “en la acción ofensiva, en el amago o empleo de fuerza material para causar un mal que comprometa o ponga en peligro a la persona, o a los derechos de algunos, o cuando menos constituya una amenaza seria y grave de un daño material e inminente”⁴⁵.

Mezger define la agresión “como una conducta de un ser viviente que amenaza lesionar intereses jurídicamente protegidos”⁴⁶.

⁴³ Luis Jiménez de Asúa, Ob. cit., página 167.

⁴⁴ Raúl Carrancá y Trujillo. Las Causas...Ob. cit.. página 293.

⁴⁵ E. Cuello Calón. Ob. cit., página 324.

⁴⁶ Edmund Mezger. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Página 453.

La agresión, nos dice **Hans Welzel**, es la amenaza de lesión, mediante una acción humana, de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos). Agresión es, en principio, un comportamiento positivo, no un puro hacer; sin embargo, agresión es también la concreción de un delito de comisión mediante omisión⁴⁷ .

El ataque debe consistir en una violencia, y esa violencia puede ser material (empleo de fuerza física) o moral (amenaza, ofensa al honor, etc), nos dice **Florian**⁴⁸.

Según **Maurach**, por agresión deberemos de entender “la lesión producida por un ser viviente, de intereses jurídicamente protegidos”. La agresión, por regla general, supone, en su autor, una determinada actividad. El simple no hacer no integra agresión alguna. Un “no hacer algo” puede, sin embargo, representar una agresión, si el sujeto tenía un deber de actuar. Por ejemplo, un ataque a la libertad lo realiza el guardián de prisión que se niega a abrir la puerta del presidio pese al mandato de libertad⁴⁹.

Nuestra **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, en jurisprudencia firme, ha establecido, que para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende “el

⁴⁷ . Hans Welzel. Derecho Penal. Parte General. Página 91.

⁴⁸ . Eugenio Florian. Parte General del Derecho Penal. Tomo I. Página 522.

⁴⁹ . Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. Página 378.

movimiento corporal del atacante, que amenaza lesionar y que se hace necesaria, la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza⁵⁰.

En nuestro Derecho Penal Mexicano, de acuerdo con el anterior precedente, la agresión como presupuesto de la legítima defensa, debe manifestarse a través de un acto de fuerza o de acometimiento; es decir a través de una conducta positiva, y no negativa. Esa es la opinión, con efectos legales, en nuestro derecho.

Sin embargo, autores extranjeros de renombre, de conocida solvencia intelectual, admiten con argumentos sólidos, que la agresión en determinadas condiciones, puede asumir una actitud pasiva, como lo asevera Moser. **Jiménez de Asúa**, citado por Sergio Vela Treviño, aduce que la omisión sí puede ser constitutiva de agresión, dándose por ende el tipo pasivo a que nos hemos referido. Para tal efecto: “Si el secuestrado rompe la puerta que le impide la recuperación de su libertad y que el secuestrador no está dispuesto a abrir (omisión), ese daño causado en la propiedad ajena queda cubierto por la justificación de la legítima defensa⁵¹ .

El ejemplo proporcionado por el Maestro Jiménez de Asúa, nos hace pensar que dentro de la dinámica de la legítima defensa, si es

⁵⁰ . Semanario Judicial de la Federación. Tesis No. 160, página 134. Apéndice de Jurisprudencia 1917 a 1965.

⁵¹ . Sergio Vela Treviño. Ob. cit. Página 265.

factible concebir una agresión pasiva como una de las formas de ataque, que pueda ser objeto de la defensa necesaria. Sin embargo el concepto que se tiene, en nuestra legislación penal, merced al precedente de la Suprema Corte de Justicia, antes invocado, de que la agresión debe de ser una acto de fuerza o un acometimiento de tipo violento, constituye un serio obstáculo para considerar la agresión, no solamente en su aspecto activo, sino en el pasivo, la que como ya se dijo, surge en los delitos de omisión por comisión.

Si toda agresión activa implica un acometimiento o un acto de fuerza, proyectada a lesionar un bien jurídicamente tutelado, queda por determinar si esa agresión debe de provenir del ser humano, o de cualesquier ser. Es evidente, que si las relaciones jurídicas, en este caso un hecho ilícito, se constituyen entre seres humanos; y no entre éstos, y una cosa, el comportamiento agresivo, debe de emanar de una persona. Pues es harto sabido, que si la ofensa a nuestros bienes jurídicamente protegido, surge por parte de un animal o de un objeto mecánico, la justificación por parte del agente amenazado de daño, para destruir el objeto o bien quedaría amparado por la justificante conocida bajo el nombre de “estado de necesidad”.

Orlando Gómez López, respecto al caso que nos ocupa, se expresa en los siguientes términos: “La agresión debe de provenir exclusivamente del comportamiento humano, pues, como se dijo antes, sólo el hombre puede cometer actos justos o injustos; del peligro proveniente de animales no podemos defendernos legítimamente, sino

actuar en estado de extrema necesidad, salvo que el ataque sea desatado por el hombre utilizando el animal, caso en el cual la defensa es factible, pero seguirá siendo contra la persona y no contra el semoviente; en esta hipótesis, si se da la muerte al animal utilizado, existirá daño a la propiedad en legítima defensa⁵².

Precisados el concepto de agresión, y la forma típica de conducta través de la cual se puede manifestar, pasamos a tratar los aspectos subjetivos y objetivo de dicho ingrediente.

2.- ASPECTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA AGRESION.

Todo acto de agresión implica una conducta proyectada a causar un daño, lo que constituye su finalidad; y la de crear como consecuencia, una situación de peligro real o inminente, en nuestros intereses jurídicamente protegidos. ***Así pues, es condición primaria de toda agresión, crear un peligro actual o inminente de daño en los bienes jurídicamente tutelados del defensor.***

Dentro del anterior entorno, la agresión ostenta una doble faceta: la subjetiva, que tiene la particularidad de estar orientada a causarnos un daño; y la objetiva de crear una situación de peligro, ya sea actual o inminente a los bienes jurídicamente tutelados. Pues con toda razón, el ilustre ***Luis Jiménez de Asúa***, enuncia que toda agresión, tiene tres condiciones: una que afecta la naturaleza de la

⁵² . Orlando Gómez López. Ob. cit., página 49.

agresión, o sea la de crear un peligro; otra que se refiere a la oportunidad, actual o inminente; y por último la que define su calidad sine qua non, que sea ilegítima⁵³. La doctrina imperante ha agregado a las anteriores condiciones, la relativa a determinar si en todo acto de agresión se requiere dolo; o si en su defecto es factible concebir la agresión como culposa. La primera condición a que se refiere Jiménez de Asúa, y la cuarta que ha sido introducida por la doctrina, forman parte de lo que denomina Orlando Gómez López, como aspectos subjetivos y objetivos de la agresión.

2.1.- ASPECTO SUBJETIVO DE LA AGRESION.

Se ha planteado el interrogante de si la conducta agresiva debe de ser dolosa e intencional; o bien, si es factible que esa conducta agresiva pueda ser imprudencial o involuntaria. En principio nos dice **Jiménez de Asúa**, para que haya una verdadera agresión, se precisa que haya **voluntad de ataque** ⁵⁴. **Cuando no hay ánimo defensivo nos encontramos con la defensa putativa, cuando no hay ánimo de defensa, nos encontramos con el pretexto de legítima defensa**⁵⁵.

Una gran parte de los tratadistas de Derecho Penal, son de la idea de que en todo acto de agresión, debe de concurrir el dolo, la intención querida de causar una daño en los bienes jurídicamenteprote-

⁵³ . Luis Jiménez de Asúa, Ob. cit., página 171.

⁵⁴ . Ibídem. Página 170.

⁵⁵ . Antonio Camaño Rosa, Ob cit. Página 56.

gidos del defensor. Dicha tesis es compartida por Jiménez de Asúa, como lo hemos precisado con antelación. Pues para que pueda hablarse de agresión se requiere que la conducta del sujeto actuante tenga la intención de crear el peligro de daño; por lo que si falta la voluntad de agredir, no habrá agresión, y por ende, tampoco habrá lugar a la legítima defensa.

Sin embargo, **Jescheck** al referirse al tema aduce, que aunque el uso normal del lenguaje toma por agresión un comportamiento doloso, la agresión no requiere ser ni dolosa ni intencional, sino, que basta una conducta imprudente o incluso del todo inculpable⁵⁶.

La agresión no necesariamente debe de ser un comportamiento doloso, aunque comúnmente suele serlo y la legítima defensa se presenta más clara. La agresión debe de ser un acto voluntario, en el sentido de que debe de existir voluntariedad en el movimiento; los hechos inconscientes, impuestos ciegamente por vis absoluta, los movimientos reflejos, no constituyen conducta y por lo tanto no son agresión⁵⁷.

Nuestra legislación penal, sea federal o estatal, no nos dicen, nada en lo relativo, al aspecto subjetivo de la agresión. Estimo que con la opinión vertida al respecto por Orlando Gómez López, el problema queda zanjado, en cuanto que es cierto que lo que se requiere

⁵⁶ Hans Heinricho Jescheck. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Página 461.

⁵⁷ . Orlando Gómez López, Ob. cit. Página 45.

es: **“una voluntariedad en el movimiento de la conducta ofensiva”**, prescindiendo si es dolosa o culposa, ya que la ley no distingue, pues basta, que se trate de un acometimiento antijurídico.

2.2.- ASPECTO OBJETIVO DE LA AGRESION O PELIGRO DE DAÑO.

En el aspecto externo la agresión implica una exteriorización de la conducta, proyectada a lesionar un bien jurídicamente protegido; o sea, esa agresión genera un peligro, ya sea actual o inminente de daño a los bienes jurídicamente protegidos del defensor. Así pues el peligro presupone una probabilidad de daño, y ha sido definido por **Jiménez Huerta**, en los siguientes términos: “Por peligro debe de entenderse la probabilidad de un daño, esto es una situación objetiva que permita formular un juicio sobre la probabilidad de sufrir una lesión”⁵⁸.

El peligro, generalmente estimo, es la periferia de la agresión, pero puede acontecer, que cuando es inminente ese peligro, subsista en forma autónoma, antes de que la agresión haya comenzado a mostrarse o se haya materializado. De suyo, el problema relativo al peligro presenta serios problemas, los que me propongo resolver, no solamente por mero interés teórico, sino por cuestiones de orden práctico.

Jiménez de Asúa, explica que tanto en Cuba como en Argen-

⁵⁸ . Mariano Jiménez Huerta. La Antijuridicidad, Página 260.

tina, la jurisprudencia ha evolucionado y ha llegado a fundar la agresión en el concepto de peligro⁵⁹. He ahí el origen del problema, porque no es lo mismo en la dinámica de la legítima defensa, la parte y el todo, el acto de acometimiento con el acto de peligro. Pues puede haber, como lo veremos enseguida: agresión antijurídica, sin peligro de daño; o bien, peligro de daño, sin agresión actual.

a).- Agresión antijurídica sin peligro de daño.

Para que la agresión, amen de ser antijurídica, pueda ser objeto de la defensa necesaria, se requiere en opinión de Jiménez Huerta, **que ataque la propia existencia de un interés vital**. Un insulto, una injuria, o una amenaza, son sin duda una conducta ofensiva que, sin embargo, no crean una situación de peligro inminente para los bienes jurídicos de las personas, que legitime la autodefensa de estos derechos⁶⁰. Luego entonces, solamente la agresión que produce peligro inminente de daño, cuando la conducta agresora vaya encaminada a atacar “intereses vitales”, como sería vida, integridad física, libertad y honor, sería la única que justificaría la autodefensa. Los demás bienes, que fueran fácilmente reparables, no serían constitutivos de un peligro inminente de daño, por así disponerlo nuestro Código Penal.

⁵⁹. Luis Jiménez de Asúa. Ob. cit., página 169.

⁶⁰. Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Página 255.

En contrapartida a la anterior tesis, **Carrancá y Trujillo** aduce que el peligro no necesariamente debe de ser grave, puede ser leve, pero la defensa debe de ser proporcionada⁶¹.

Luego entonces, el tema relativo al peligro inminente de daño, derivado de una agresión injusta, entronca a fin de justificar la defensa propia, con el problema relativo a la racionalidad de los medios empleados en dicha defensa. Sería la única manera de conciliar las dos anteriores posiciones.

b).- Peligro inminente de daño, sin agresión actual.

Si es factible que se surta la agresión antijurídica, sin peligro inminente de daño, en el caso de la injuria o de los golpes, también lo es, como ya lo enunciamos, que haya peligro inminente de daño, sin agresión actual. Yo sostengo, que toda agresión actual que atenta contra intereses vitales, genera un peligro de daño real, si continúa causándose, o un peligro inminente si no se ha causado; y que la agresión inminente, que es aquella que aún no existe pero necesariamente esta por suceder, genera solamente un peligro inminente de daño. Partiendo vuelvo insistir, de que la agresión aún no es real; lo que es real es el peligro que resiente el sujeto actuante de la defensa propia. De esta forma, es posible jurídicamente de que el peligro de daño se genere, sin la existencia de una agresión actual. En todo

⁶¹ . Raúl Carrancá y Trujillo. Las causas... Página 294.

caso se podría esgrimir también como inminente una agresión, pero que aún no se materializa.

La anterior tesis que sostengo, y sobre la cual abundaré con posterioridad, trae como consecuencia, que en el Código Penal del Estado de Nuevo León al prever el instituto de la legítima defensa, adolezca de serias irregularidades. Pues sin el correlato respectivo, no estipula el peligro inminente, para una agresión inminente, sino para una “agresión actual”, lo que me parece un contrasentido, porque en todo caso si se quiere ser congruente, debió para tal efecto haber aludido a un peligro actual o inminente, que es consecuencia correcta de la actualidad de la agresión.

Independientemente de lo anterior, el peligro es una condición sine qua non, de toda agresión injustificada. Por lo que en tal virtud esa dicotomía de daño, debe darse como consecuencia lógica y necesaria, y dentro de una relación de causalidad, con la agresión, ya sea actual o inminente; por lo que hasta cierto punto resulta ocioso encuadrar dentro de la tipificación legal de la legítima defensa, el ingrediente relativo “al peligro inminente”, ya que como se dejó establecido, es una condición inmanente de todo acometimiento, actual, violento y sin derecho.

Celestino Porte Petit, refiriéndose a los Códigos Penales Federales, que de una u otra forma ha servido de modelo al nuestro, puesto que entronca con el de 1871, nos dice cuál es el origen entre

agresión inminente y peligro inminente: “El Código de 1871, en su artículo 34, fracción 8a. se refiere a que se repeliere una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual derive un peligro inminente; modificación que fue acogida en el Código de 1929, en el artículo 45, y que no logra empero la mejora pretendida. Ahora bien, en la Exposición de motivos de reformas al Código de 1871, se expone: “la comisión encuentra que la fracción VIII, del artículo 34 del Código de 1871, que establece la excluyente de responsabilidad por los actos ejecutados en legítima defensa, es un modelo de precisión y exactitud de textos legislativos. Si embargo le parece encontrar en ella un leve defecto, cuya corrección propone. Se exige que la agresión que se repele sea actual, inminente, violenta y sin derecho; pero inminente significa próximo, inmediato, aplicado al calificativo a la agresión, parece contradecir el otro requisito; de que sea actual, y siendo más propio referir la inminencia no a la agresión, que debe de ser actual, presente sino al peligro que de ella resulte, es de entenderse el texto en el sentido de referirse a la agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, es decir no remoto o lejano, sino inmediato próximo. He ahí el error a que nos referimos; la ley derogada refiere lo inminente no a la agresión, sino al peligro, y si la agresión es la conducta con la cual el agente lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado, es innecesario el requisito señalado: de que resulte de la agresión un peligro inminente, pues es de la esencia de la misma, precisamente el que resulte un peligro o lesione un bien jurídicamente protegido”⁶².

⁶² . Celestino Porte Peti.t. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. Páginas 398 y 399.

El Código Penal Federal Vigente, con todo tino al estructurar la legítima defensa, retoma la fórmula de 1871, en el que se decía que lo que debería ser inminente era la agresión, y no el peligro tal y como lo preceptuaba el Código Penal de 1931. Pues acierta Porte Petit, al aducir, **que es de esencia de toda agresión un peligro de daño, a los intereses jurídicamente tutelados del agredido.**

En lo que atañe al **Código Penal de Nuevo León**, al especificar en el artículo correspondiente a la legítima defensa, de que de la agresión actual, violenta y sin derecho, pueda resultar un peligro inminente, cierra la puerta a la “agresión inminente”, y como consecuencia a la legítima defensa anticipada, cuya fuente es un acometimiento que irremisiblemente se ve venir. Tiene razón **Fernando Díaz Palos**, al aducir que la forma alternativa de actual o inminente, es admitida por la mayoría de los penalistas, de acuerdo con los precedentes históricos y clásicos de la institución; del que son, paradigma este expresivo y citado pasaje de nuestras Partidas: “E non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaecer que por el primer golpe que le diese podría morir el que fuese acometido e despues non se podría amparar” (Ley II, tit. VIII, Partida VII) ⁶³. Es decir, no hay que esperar a que otro nos lesione, porque pudiésemos acontecer, que por el primer golpe que se nos diese podríamos

⁶³. Fernando Díaz Pálos. Ob. cit. Páginas 59 y 60.

morir, y después sería imposible ampararnos en el instituto de la legítima defensa.

3.- SUJETOS ACTUANTES DE LA AGRESION.

En párrafos precedentes ha quedado establecido, que la agresión que interesa al instituto de la legítima defensa, es aquella que deriva del comportamiento humano, sea racional o irracional; y que la que proviene de los animales o cosas mecánicas, en caso de acometimiento la repulsa deberá quedar amparada bajo otra causa de justificación denominada “estado de necesidad”.

Sin embargo, el hecho de que solamente las personas humanas puedan ser, jurídicamente, los sujetos actuantes de una agresión, considero que no se agota el tema. Pues en la Doctrina y en el Derecho Positivo, se han planteado los interrogantes, sobre la legalidad o ilegalidad, de la agresión proveniente de un inimputable, de una autoridad y de una muchedumbre, entre otros. Por lo que estimo, que es de relevancia para el instituto de la legítima defensa, analizar esos tópicos

3.1.- AGRESION DEL INIMPUTABLE.

Subjetivamente, así no lo dice la dogmática penal, el inimputable se encuentra excluido de culpabilidad; pero esto no es óbice para que su ataque sea antijurídico, que es lo que se requiere para que

opere la defensa privada, claro previa satisfacción de los requisitos señalados por la ley penal que la establece.

Sobre el tema, **Pavón Vasconcelos** nos indica: “Algunos sostienen que el acto violento del inimputable, dirigido a lesionar bienes ajenos, no constituye una agresión antijurídica por la ausencia de capacidad en él para entender y querer el propio acto, ubicando la solución correcta dentro del estado de necesidad. En tal sentido se inclina Ricardo ABARCA al expresar: La incapacidad natural trasciende al Derecho Penal y, en consecuencia, no podemos considerar antijurídica la agresión del loco ni cabría contra ella legítima defensa. VILLALOBOS refuta acertadamente, cuando afirma: la independencia de la antijuridicidad de un acto de la inimputabilidad e inculpabilidad del agente, de suerte que una agresión si puede ser injusta aunque se ejecute por un demente, terminado por desechar la solución del funcionamiento del estado de necesidad al argumentar, irreprochablemente, que si se admitiera la producción de un estado de necesidad, como consecuencia del ataque, “solo quedaría reconocido el derecho de repeler tales agresiones mediante daños inferiores a los que se amenazan; o sea, que nunca se podría usar la violencia personal contra el robo o el allanamiento de morada, y nunca se justificaría la muerte dada al agresor, aún cuando la amenaza fuera también

de muerte por ser éste un mal equivalente y no mayor al que se causaría para evitarlos”⁶⁴.

“También dijimos que el inimputable es capaz de acción antijurídica y por ello el acto le es atribuible aunque no lo sea imputable jurídico -penalmente. En consecuencia, sólo quienes niegan esta capacidad de atribución o defienden el injusto subjetivo, repudian la reacción defensiva contra ataques que provienen de inimputables”⁶⁵.

“En general, se considera que es posible la defensa legítima contra los inimputables (locos, ebrios, menores), pues su agresión es objetivamente antijurídica. Así, la del intruso enloquecido que pretende atentar contra la criada de la casa”⁶⁶

No hay duda que las anteriores consideraciones, son fundadas, sobre todo si partimos de la premisa de que la conciencia de la antijuridicidad, llamada doctrinalmente antijuridicidad subjetiva, no corresponde al campo del injusto, que es de naturaleza objetiva, sino al de la culpabilidad. En consecuencia, si la agresión del incapaz, por falta de imputabilidad, esta desprovista de culpabilidad, al encontrarse ausente el elemento ético o intelectual que son los que le dan sustento jurídicamente; esta consideración no es razón suficiente para establecer la inexistencia de la antijuridicidad de la conducta agresiva del

⁶⁴ . Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. cit. Páginas 313 y 314.

⁶⁵ . Fernando Díaz Palos, Ob. cit. página 51.

⁶⁶ . Antonio Camaño Rosas. Ob. cit. página 43.

inimputable, ya que por antijuridicidad deberemos de entender: “como una relación contradictoria entre una conducta y el orden jurídico general”⁶⁷.

Es decir, para los efectos de la antijuridicidad, solamente hay que juzgar el aspecto externo u objetivo de la conducta, si contradice o no el orden jurídico existente. El aspecto interno, o sea, las especiales motivaciones que dieron lugar a la conducta ilícita, es materia de la culpabilidad, lo que para nada interfiere para estimar como antijurídica la conducta del inimputable.

3.2.- AGRESION DE UNA AUTORIDAD.

Es inconcuso que un agente de la autoridad, en cumplimiento de sus funciones, puede ser sujeto actuante de una agresión antijurídica, susceptible de ser repelida legalmente.

Para estar en posibilidades de poder determinar cuándo el acto de autoridad constituye una agresión ilegal, que pudiese ser objeto de la legítima defensa, se precisa determinar los límites de la licitud, tanto de la causa de justificación contemplada en la fracción I. del artículo 17, de nuestro Código Penal, como de la causa de inculpabilidad prevista, en la fracción VII., del artículo 30, de dicho Código Penal; ya que cualesquier extralimitación en el ejercicio de la

⁶⁷. Sergio Vela Treviño. Ob. cit. Página 79.

función, por parte del agente de la autoridad, constituye una intromisión ilegítima, en la esfera jurídica del agente, que vendría a justificar el derecho a la defensa.

El artículo 17, párrafo I. Del **Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León**, dice: Son causas de justificación: I:- Obrar, en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho consignado en la ley.

Del dispositivo en cita, para el caso que nos ocupa, sólo incumbe lo relacionado con el cumplimiento de un deber consignado en la ley, por parte de los agentes del poder público o autoridad.

Ese cumplimiento de un deber no emana directamente de la ley, sino de la orden pronunciada por un superior, a quien se le tiene, el deber de obedecer, por estar su mandamiento en una norma de derecho⁶⁸. Y ese cumplimiento de un deber, gira alrededor de dos hipótesis: La derivada de funciones públicas; o sea, deberes de servicio y la derivada de un deber impuesto al particular⁶⁹.

La ley no especifica cuáles son los límites del deber impuesto al agente de la autoridad, por lo que deberá recurrirse al criterio del juzgador, quien al realizar el juicio valorativo de la

⁶⁸ . Pavón Vasconcelos, Ob. cit. Página 328.

⁶⁹ . Celestino Porte Petit Candaudap Ob. cit. Página 476.

contradicción hecho-norma, determinará si el deber del servidor público abarca o no, la conducta típica de que se trate⁷⁰.

Dentro de nuestro sistema jurídico mexicano, se ha derivado un principio el cuál nos indica “que las autoridades solamente pueden hacer u omitir lícitamente algo, cuando esta expresamente consignada tal conducta en la propia ley”. Este principio deberá de servir de criterio catalizador al juzgador, en el momento de juzgar el hecho de acometimiento por parte del agente de la autoridad; y poder establecer la legalidad o ilegalidad de la conducta objeto de la legítima defensa. Es decir, toda conducta por parte del agente de la autoridad y que constituya un acto de fuerza o de acometimiento, y que salga de la órbita de sus funciones será una agresión ilegítima, y por ende, materia de legítima defensa.

“Lo difícil es sentar a priori cuando esa actuación es abusiva o ilegítima (por parte de la autoridad), pero calificada así en el caso concreto, no debe haber escrúpulo en permitir la reacción defensiva del particular⁷¹.”

De acuerdo, a los anteriores términos, podemos establecer, que un acto de autoridad constituye una agresión ilegítima, cuando la actividad desarrollada por el agente no encuentra su sustento en la ley; como sería el caso de una aprehensión y detención, sin flagrancia del

⁷⁰ . Sergio Vela Treviño, Ob. cit. Página 206.

⁷¹ . Fernando Díaz Pálos. Ob. cit. Página 52.

hecho delictuoso, ejecutada por la policía ya sea judicial o preventiva, sin orden judicial; o una orden de cateo practicada por un actuario, sin autorización por escrito del juez de la causa. En los dos anteriores casos, se pone en evidencia que los actos autoritarios son constitutivos de una agresión ilegítima, en consideración, de que los agentes de autoridad en el caso concreto, no se encuentran constitucionalmente facultados para invadir la esfera jurídica de los sujetos actuantes de la legítima defensa; pues en todo caso la competencia constitucional, en los términos del artículo 16 de la Carta Magna, se surte a favor de los órganos jurisdiccionales.

Estimo, que una acto de autoridad constituye una agresión ilegítima, y por ende arbitrario, cuando el comportamiento del agente encuadra en la hipótesis delictual contemplada por el Código Penal Federal, en el artículo 215 fracción II. la cual ex post facto, pueden servir para normar el criterio del juzgador, y determinar la ilegalidad o legalidad de la conducta agresiva del agente de autoridad. Al efecto el artículo 215 fracción II. del Código Penal Federal, establece: 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes...II.- Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare. Luego entonces, cuando el agente de la autoridad, **sin causa legítima ejerce violencia sobre la persona**, en esa hipótesis se deberá considerar que existe una agresión, actual, violenta y sin derecho, que cuando va proyectada a vulnerar

intereses vitales del agente, puede dar lugar a la legítima defensa, en contra de la actuación de una autoridad.

Por otra parte, importa determinar cuáles son los límites de la licitud, de la causa de inculpabilidad consignada en el artículo 30 fracción VII. del Código Penal en el Estado de Nuevo León, el que a la letra dice: 30. No es responsable...VII.- Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria y no se prueba que el acusado la conocía.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al efecto ha dicho:

OBEDIENCIA JERARQUICA. LIMITES DE LA. El deber, de obedecer tiene su límite en la ley penal; de manera que un acto por el cual el obligado incurriese en delito no puede estar jamás comprendida en la obligación de servir; por tanto, no es posible una orden jerárquica de tal contenido⁷².

OBEDIENCIA JERARQUICA. Cuando el cumplimiento de la orden, del superior legítimo implique, la ejecución de actos que en forma notoria, constituyan delito, la obediencia del inferior jerárquico, no exime a éste de la responsabilidad penal, en razón de que aquella

⁷² . Semanario Judicial de la Federación. Sexta Epoca. Segunda Parte, Volumen LX, página 35. A.D. 63/61. Alfonso Hernández Martínez. Unanimidad de cuatro votos.

sólo constituye la causa de justificación prevista en la ley como excluyente de responsabilidad cuando la dependencia jerárquica entre el superior que mande y el inferior sea de carácter oficial.⁷³.

En consecuencia, la actuación violenta del agente de autoridad jerárquicamente inferior, que cumple una orden del superior, sería agresión ilegítima, cuando la jerarquía entre ambos, inferior y superior, no sea oficial o legítima; o bien cuando el mandato a cumplimentar, sea notoriamente ilícito. En cualesquiera de las dos anteriores hipótesis, el acto del agente de la autoridad sería antijurídico, y por ende sería constitutivo de una agresión, susceptible de ser materia de la defensa privada.

3.3.- AGRESION DE UNA MUCHEDUMBRE.

“La agresión puede provenir de una persona, de varias o de una muchedumbre. Es natural que cuando la agresión proviene de varias personas o de una multitud el ataque será más serio y el peligro ha de ser mayor estando el agredido por regla general en condiciones de inferioridad frente al ataque, cuando no en completa indefensión. En tal razón, si se acepta la defensa ante el ataque de un hombre, mayor fundamento tendría aceptar la defensa frente a una multitud agresora; pero en caso de no provenir la agresión de todos ellos, solo podrá ejercer la defensa contra los que atacan injustamente”⁷⁴

⁷³ . Citada por Raúl Carrancá y Trujillo. Código Penal Comentado. Página 116.

⁷⁴ . Orlando Gómez López, Ob. cit. Página 66.

Un principio de elemental justicia, nos debe de llevar a establecer, por mayoría de razón, de que si procede la legítima defensa, contra una o varias personas, deberá también proceder en contra de una muchedumbre, dónde el estado de indefensión es casi absoluto. **MANZINI** ⁷⁵ citado por Camaño Rosas, considera ilegítima la agresión particular de cada uno de los sujetos integrantes de una muchedumbre y, por ende, legítima la defensa individual en ese caso; pero no estima ilegítima la agresión del conjunto inorgánico, que comprende culpables e inocentes, aunque la reacción podría eventualmente caer en el estado de necesidad. La distinción es discutible.

3.4.- LA AUTOLESION.

¿ Podemos alegar legítima defensa si tratamos de amparar a un tercero de su propio ataque?. Más concretamente, ¿estaremos cubiertos por la justificante si evitamos, la auto lesión o el suicidio?⁷⁶.

Considero que en los términos del artículo 336 del Código Penal en Vigor en el Estado de Nuevo León, todo ciudadano tiene la obligación de prestar auxilio o ayuda a una persona amenazada de un peligro, so pena de que si no lo hace, incurre en el Delito de Abandono de Personas.

⁷⁵ . Antonio Camaño Rosa. Ob. cit. Página 43.

⁷⁶ . Fernando Díaz Palos. Ob. cit. Páginas 51 y 52.

Para los efectos de la procedencia de la defensa legítima, en los casos de auto lesión, se impone distinguir entre derechos disponibles y no disponibles. Si el daño del auto agresor, va encaminado a la destrucción de un bien disponible, por ejemplo el derecho de propiedad sobre un bien mueble, es obvio que en este caso no se justificaría que el tercero interviniese a fin de evitar la destrucción de ese bien, puesto que se trata de un derecho disponible. En cambio, si nos encontramos frente a bien no disponible, como sería la vida o la integridad corporal, en este supuesto el agente actuante de la defensa, no solamente tendría el derecho de evitar el daño, sino también el deber jurídico, en los términos del artículo citado con antelación.

4.- CONDICIONES DE LA AGRESION.

Si la agresión es una conducta que amenaza o pone en peligro, un interés jurídicamente protegido, para que esta resulte relevante para el Derecho Penal, y concretamente para los efectos de la legítima defensa, se requiere que reúna ciertos requisitos, o condiciones como las denomina Luís Jiménez de Asúa⁷⁷.

La Doctrina más autorizada sobre el tema, está de acuerdo que para que se legitime la defensa privada, es menester, que la agresión, ofensa o ataque, sea real, violento, actual o inminente, y sin derecho. Tal es la ecuación jurídica-penal que califica la agresión que

⁷⁷ . Luís Jiménez de Asúa, ob. cit., página 171.

puede ser materia de la legítima defensa, de tal suerte de que si en el caso concreto hay ausencia de alguna de esas condiciones, la repulsa no sería legítima; y como consecuencia se incursionaría en otras zonas del Derecho Penal, ya sea en la comisión plena del ilícito penal como resultante, en alguna causa de inculpabilidad, o en alguna atenuante de la pena. Sin embargo, como lo veremos posteriormente, sobre todo en nuestro Derecho Penal Mexicano, el requisito o condición de violencia en la agresión, no es aceptado ni en el Código Penal Federal, ni en algunas Legislaciones Estaduales. Por lo que concierne al Código Penal de Nuevo León, éste si exige el presupuesto de la violencia, como uno de los ingredientes del concepto agresión.

Es de aclararse también, que en lo que atañe a la realidad de la agresión, propiamente no es un requisito, sino una condición inmanente a la misma, de tal manera que si falta, y no obstante se produce la defensa privada, la legitimidad de ésta sería inexistente, y probablemente estaríamos, según el caso, en el supuesto de la defensa putativa. Por lo que al tratar ésta última, ahí analizaremos el tópico relativo a la agresión real.

4.1.- AGRESION VIOLENTA.

El calificativo, de agresión violenta, ha sido duramente criticado y se le ha considerado, una redundancia, porque: “no puede ni siquiera concebirse una agresión inminente, sin violencia de parte del que agrede”, y así lo reconoce la propia **Suprema Corte de Justicia de**

la Nación en la ejecutoria que aparece en la página 127 del tomo LXXX del Semanario Judicial de la Federación; empero, se da como justificación del considerado redundante calificativo, que éste se ha establecido para mayor claridad. El argumento es bueno, ya que el Código Penal lo interpretan los doctos, pero se aplica a todos los sujetos; en este orden de ideas, todo aquello que sirva para conocer mejor la verdadera voluntad del legislador, aunque parezca redundante, puede considerarse útil⁷⁸.

El **Código Penal Español**, en el artículo 8, apartado 4o. al reglamentar la legítima defensa, establece como única condición de la agresión, que sea ilegítima⁷⁹. Para nada indica, que la agresión sea violenta.

El **Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República**, en materia federal, en el artículo 15 fracción IV, al ocuparse de la legítima defensa, establece: que el delito se excluye cuando: se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho. De igual forma, dicha legislación penal, no señala como característica de la agresión, que esta sea violenta; aunque si se requería en el anterior al vigente.

⁷⁸. Sergio Vela Treviño, Ob. cit. Página 267.

⁷⁹. Código Penal Español. Página 26.

Contrariamente, el **Código Penal de Nuevo León**, en el artículo 17 fracción III, nos dice que la agresión debe de ser actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente.

Por violencia se entiende según criterio de la **Suprema Corte de Justicia de la Nación**: “que se emplee en la agresión una fuerza de hecho para producir lesión⁸⁰ .

Carrancá y Trujillo nos dice: que es violento lo que desarrolla fuerza, ímpetu. La agresión impetuosa es la más adecuada para representar un peligro inminente de lesión. Propiamente la idea de agresión o ataque contiene ya la de violencia; pero nuestro legislador prefirió ser redundante a fin de caracterizar más completamente el ímpetu lesivo⁸¹.

¿Axiológicamente será de justicia exigir, a fin de legitimar la defensa privada, que la agresión sea violenta?. ¿La amenaza de publicar una carta comprometedora, será una agresión violenta?. ¿El robo por parte de los expertos carteristas, será un latrocinio que implique una agresión violenta?.

Porte Petit en relación con la cuestión relativa, de sí la agresión debe de ser o no violenta nos argumenta que existen dos criterios: a).- No es esencia de la agresión la violencia, y b).- La agresión

⁸⁰ . Citada por Sergio Vela Treviño. Ob. cit. Página 268.

⁸¹ . Raúl Carranca y Trujillo. Derecho Penal. Ob. cit. Página 83.

debe de ser violenta. Respecto al primero, Antolisei, al referirse a la legislación italiana, en cuanto a las modalidades de la agresión, no se requiere la violencia, porque el Código habla de ofensa, y la legítima defensa, por consiguiente, se admite frente al peligro de empleo de medios no violentos (por ejemplo el empleo de un narcótico); y también frente a una actitud pasiva, como el caso del individuo que, poniéndose delante de la puerta de mi habitación trata de impedirme la entrada. Abarca, Carrancá y Trujillo, Jiménez Huerta y Sodi, sostienen entre otros, que la violencia es la esencia de la agresión. Es un acierto la supresión de la expresión “violenta”, porque la agresión puede no serlo, al estar frente a un ataque realizado por una conducta activa sin emplear el medio antes mencionado. Más aún, podría darse el caso de una agresión mediante una conducta omisiva, cuando sé agrede un bien jurídico, con un no hacer, teniéndose el deber jurídico de obrar. Habría igualmente una agresión omisiva al domicilio, en el caso del que permanece sin consentimiento en una casa ajena⁸².

“Reducir la agresión únicamente al ataque con uso de violencia física o fuerza, equivale a establecer una restricción desfavorable no exigida en el Código (Código Penal Colombiano) y, por ende, limita por vía de doctrina el ámbito de defensa, lo que resulta contrario a derecho. La agresión, como ataque al interés lícito, puede ser o no violento, en vista de que no todos los intereses pueden ser objeto de acometimiento por medio de la violencia física o de armas; así, la honorabilidad no puede ser atacada exclusivamente con medios

⁸² . Celestino Porte Petit, ob. cit., página 400.

violentos, un ataque a la libertad física de locomoción puede ser incluso por omisión; el mismo ataque al domicilio, penetración o intento de penetración que da pie a la defensa presuntiva, no requiere estar acompañada de violencia o ataque con armas; y si pensamos que el más común de los ataques al patrimonio económico, encontramos el hurto sin violencia como el más perfecto y corriente ataque al interés contra el que es factible la defensa justa”⁸³

Demetrio Sodi, respecto al calificativo de violencia en la agresión, nos dice: “ La calidad de violencia es una redundancia, establecida para mayor claridad, pero innecesaria, pues no puede ni siquiera concebirse una agresión inminente, sin violencia de parte del que agrede. Si no hay violencia física o moral, no sé esta en el caso de defensa por no haber riesgo ni peligro, alguno, que la autorice”⁸⁴.

El concepto de agresión nos indica **Hans-Heinrich Jescheck**, trasciende con mucho a la de la vis del Derecho Romano. Constituye agresión toda lesión puesta en peligro por parte de una persona de un interés del autor o de otra persona protegida por el ordenamiento jurídico. Aún cuando el uso normal de la lengua entiende por agresión un comportamiento doloso y activo, ninguno de estos dos requisitos es necesario jurídicamente. No es preciso que la agresión se realice intencionalmente, ni tampoco con dolo eventual, sino que basta

⁸³ . Orlando Gómez López Ob. cit. Página 40.

⁸⁴ . Demetrio Sodi. Circunstancias que Excluyen la Responsabilidad Criminal. Página 120.

una conducta imprudente o incluso del todo inculpable, con tal, de que implique una amenaza de lesión de un interés jurídicamente protegido. Más el comportamiento del agresor debe poseer la cualidad de acción⁸⁵. El vis, a que alude el penalista alemán, es el vis corpori illata o vis absoluta (violencia física); y vis animo illata o vis impulsiva (violencia psicológica)⁸⁶.

De lo expuesto se colige, que el calificativo de violencia, no es una condición sine qua non para que exista la agresión. Primero, porque de acuerdo con las doctrinas modernas que al respecto se han elaborado, estiman que en la dinámica de la defensa justa, no es esencial en la agresión, que esta sea violenta, en aquellas conductas que implican un hacer, por parte del agresor. Segundo, porque en las conductas omisivas, que presuponen una agresión, por naturaleza en las mismas se encuentra ausente la violencia. Por tal motivo, pugnamos para que en nuestro Código Penal, amen de otros cambios, se reforme el instituto de la legítima defensa, en ese concepto de agresión violenta, y de otros que dejaremos asentados en el desarrollo de esta tesis.

4.2.- AGRESION ACTUAL O INMINENTE.

En mi punto de vista muy particular, una gran parte de la problemática que presenta el instituto de la legítima defensa, se fija en torno a la actualidad o inminencia de la agresión. ¿ Cuándo se inicia y

⁸⁵ . Hans-Heinrich Jeschek. Ob. cit. Páginas 461 y 462.

⁸⁶ . Guillermo F. Margadant. Derecho Romano. Página 327.

cuándo termina la agresión?. Es un problema por demás arduo, que tanto la Doctrina Extranjera y Nacional, así como la Jurisprudencia de nuestro País, se han esforzado por solucionar. El peligro real, según algunos tratadistas, de Derecho penal, es la clave para poder determinar, cuándo una agresión es actual o inminente.

Consustancial a la anterior problemática, es el atinente al del peligro también actual o inminente, y de cuyo análisis ya nos hemos ocupamos al tratar el tema relativo al aspecto objetivo de la agresión; y dónde aducimos que el peligro de daño o puesta en peligro de los bienes jurídicamente tutelados, era la periferia de toda agresión injusta que da lugar a la defensa privada, y el que se debería dar por supuesto. Así mismo sostuvimos que podía haber agresión injusta sin peligro de daño, a los intereses vitales de agredido; y que también era factible la existencia de peligro inminente de daño, sin agresión actual.

Luis Jiménez de Asúa aduce: “que la actualidad e inminencia del ataque, envuelve la realidad presente o amenazante del peligro. Que entre los penalistas del siglo pasado y de la centuria presente hay unanimidad en exigir la actualidad de la agresión o su inminencia. Sólo Merkel, carga excesivamente, el acento sobre el “ataque presente”, puesto que reclama “que el ataque exista ya de hecho no bastando, por tanto, conque se tema”⁸⁷.

⁸⁷ . Luis Jiménez de Asúa. Ob. cit. Páginas 175 y 176.

Max Ernest Mayer, interpreta correctamente, las palabras: “presencia del ataque” a que se refiere el Código Penal Alemán, y las cuales fueron entendidas de manera errónea por Merkel, puesto que la presencia de la agresión, es “peligro de una lesión inminente, y en consecuencia escribe “Así la lesión que amenaza es ya una ataque presente, siempre que la realización instantánea de la amenaza deba de esperar”. **Parece asentado entre los juristas alemanes que la actualidad del ataque comprende la inminencia.**⁸⁸.

Continúa expresando **Jiménez de Asúa**, que los anteriores criterios tienen también unanimidad en Italia; pero Bernardino Alimena se expresa en términos muy restringidos, puesto que exige que la violencia comience, y cree que en general debe responderse que no puede hablarse de defensa cuando el peligro, aun no ha comenzado, sea incluso, razonablemente previsto y temido como cierto. **Más tarde aclara su pensamiento y lo amplía, distinguiendo peligro y agresión como estaba latente en los viejos penalistas franceses, y como diría Pannain sin citar antecedentes:- “...La actualidad del peligro -opina B.Alimena- hay que entenderla en su fatal realidad, tal y como se presenta en la mente del agredido; por consiguiente, es posible que el peligro comience antes que la agresión haya comenzado, y si se espera que la agresión comience sería demasiado tarde**⁸⁹.

⁸⁸ . Ibidem.

⁸⁹ . Ibidem.

De los anteriores argumentos vertidos por Jiménez de Asúa, se viene a conocimiento, tal y como lo hemos, sostenido, que hay que diferenciar entre el concepto agresión y el de peligro; así como los calificativos de actual e inminente, que se encuentran reservados para cada uno de ellos. Pues no podemos asimilar, como lo establece nuestro Código Penal en el Estado de Nuevo León: que a una agresión actual, corresponda necesariamente un peligro inminente, en todo caso sería correlato de un peligro real y actual o que dura, lo cual no lo dice, pero debe de tenerse por entendido, ya que toda agresión actual, genera obviamente un peligro de daño. Es por eso que sostengo una reforma en el sentido de que se elimine la palabra “peligro inminente”, y en su lugar se establezca el de agresión inminente, para dar cabida a la “Legítima Defensa Anticipada”. Pues como acertadamente lo sostiene *Alimena* que por “actualidad del peligro” hay que entenderlo en su fatal realidad, tal y como se presenta en la mente del agredido.

¿Cuándo se inicia y cuándo termina una agresión?. “Pero lo difícil es señalar los límites de lo inminente (futuro inmediato) y de lo que es ya pasado. En orden a lo primero ya se polemizó por los clásicos el caso de que asecha a matar insidiosamente y espera ocasión propicia para ello. ¿ No podrá adelantarse la presunta víctima y matar al oculto insidiante?. Algunos de aquellos juristas (Manzini y Liszt) *atendieron al criterio temporal de inmediatez*, que es el que hemos visto prevalece entre los modernos, y así AZPILCUETA distingue si había o no *mora interpositio*, de modo que si hay tiempo por delante, no podrá adelantarse el amenazado. En cuanto a lo segundo, es decir, si finalizó

la agresión, es muy atendible **el criterio de la consumación misma del delito**, aducido por VON LISZT y JIMENEZ DE ASÚA⁹⁰.

“El concepto de agresión es susceptible de dos interpretaciones distintas; una **restrictiva**, material, limitada al acometimiento; otra **más amplia**, que supone una posibilidad de acometimiento, cuando se dan características previas al mismo (CARABALLA). Así no es preciso que la agresión se haya consumado o causado un mal cierto, **basta que haya comenzado a demostrarse en los hechos o actitudes del agresor..... Así se considera agresión ilegítima el ademán de sacar armas, cuando los antecedentes del provocador permiten suponer la materialización del acto.**⁹¹

Las opiniones de los dos anteriores tratadistas, son claras y se encuentran provistas de sustento lógico y sobre todo de sentido común, por lo que considero que nos muestran la clave para determinar, de manera abstracta, cuáles son los límites tanto de la agresión actual, como la de la inminente. Una agresión será actual, cuando hay acometimiento o ímpetu lesivo a los bienes jurídicamente tutelados, ya sea que el daño este causado o esté por causarse. Y la agresión será inminente, cuando los hechos por si solos empiezan a mostrarla, o las actitudes del agresor así la presuponen; como por ejemplo, si el agente es abordado por un individuo armado notoriamente, y con el cuál se había tenido un altercado el día anterior,

⁹⁰ . Fernando Díaz Pálos. Ob. cit. Página 60.

⁹¹ . Antonio Camaño Rosa. Ob. cit. Páginas 50 y 51.

este hecho, por su inmediatez implica necesariamente un peligro en potencia de daño.

Como lo asienta **Jiménez de Asúa**⁹², los juristas alemanes son de la opinión que dentro de la “actualidad del ataque”, queda comprendida la “inminencia”. Y así **Welzel** nos indica que “Actual es la agresión que es inminente o que aún persiste. No es necesario que la agresión haya llegado ya hasta una tentativa en sentido penal (la legítima defensa del ingeniero forestal contra el cazador furtivo, que no depone la escopeta ante intimación)”. **Mezger** dice: “Que el ataque es actual cuando reviste caracteres inminente o dura todavía, pero no cuando sólo se dibuja en futuro o cuando ya ha terminado”⁹³. **Maurach** sobre el tema se expresa: “Ultimo requisito es la actualidad de la agresión. Esencia y fin de la legítima defensa nos sirve para aclarar el concepto. **La legítima defensa no pretende evitar hechos punibles, sino proteger bienes jurídicos.** En este sentido es “actual” una lesión inminente o subsistente de bienes jurídicos. Con ello se ha fijado el punto inicial y final de la agresión. Desde el punto de vista negativo, la agresión, por un lado, no debe estar muy alejada en el tiempo; por otro, no debe aún haber concluido la definitiva lesión del bien susceptible de defensa”⁹⁴. **Liszt** por su parte aduce “La agresión debe ser, además, actual; es decir, inminente, o haber comenzado ya: No es, pues, necesario, por una parte, el comienzo de la agresión, mientras que, por

⁹² . Luis Jiménez de Asúa. Ob. cit., página 176.

⁹³ . Edmundo Mezger. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Página 456.

⁹⁴ . Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. Página 381.

otra, también puede ser repelida la agresión comenzada en cuanto continúa”⁹⁵.

No estoy de acuerdo con la fusión que hacen los juristas alemanes, del concepto “inminente”, dentro del concepto “actualidad”, porque semánticamente tiene una acepción diversa, y para una mayor precisión y de una mejor técnica legislativa, es preferible diferenciar ambas nociones; y de esta guisa, evitar confusiones, y dejar asentada expresamente la “agresión inminente”, como fuente de la legítima defensa anticipada.

Pero no solamente los juristas alemanes hacen, dicha fusión, sino que también los Latino Americanos, entre ellos **Reyes Echandía**, que al respecto se expresa de la siguiente forma: “El concepto de actualidad es temporal porque se limita al momento a partir del cual nace la agresión y se extiende hasta el momento que ella cesa. En sentido amplio tal concepto comprende tanto la agresión actual propiamente dicha, vale decir presente, como la que tiene el carácter de inminente. Ofensa actual, stricto sensu entendida, es la que ya ha comenzado y no ha concluido aún, la que se concretó en daño real y persiste todavía. Por agresión inminente debemos de entender cualquier gesto, actitud o amenaza que evidencien daño inmediato a la persona. Constituye esta, tal vez, la forma más común de agresión y la que con mayor lógica explica la reacción defensiva, en cuanto que la víctima impide que el ataque se consuma; quien espera que la ofensa se

⁹⁵ . Franz Von Liszt. Tratado de Derecho Penal. Página 334.

produzca para responder de ella, quizá no tenga oportunidad de defenderse⁹⁶.

Diáfananamente el anterior jurista fija el inicio y fin de la agresión, inminente o actual. Pero en lo que no estamos de acuerdo, a lo igual que con los insignes juristas alemanes antes citados, es en el sentido que dentro del concepto amplio de “actualidad” a que alude, debe de quedar inserto el de “inminente”. Gramaticalmente el vocablo actualidad se define como “tiempo presente”; y el de “inminencia”, que amenaza o esta por suceder prontamente⁹⁷.

“Para que la agresión sea actual, no es necesario que la desprotección al interés jurídicamente tutelado, se traduzca en una lesión, ya que basta la puesta en peligro del bien o interés, para que exista la desprotección **-aduce Sergio Vela Treviño-**, y que los límites son, el inicio y el final de la desprotección; el inicio se determina a partir de que exista amenaza inmediata de lesión aun bien o interés tutelado; y el final, una vez que la amenaza ha cesado o el daño se ha consumado⁹⁸.

Por su parte **Orlando Gómez López**, aduce: “Que lo que debe de ser actual o inminente, es decir, estarse viviendo al momento de la respuesta defensiva, no es tanto la agresión en si, como hecho; sino el

⁹⁶ . Alfonso Reyes Echandía. Ob. Cit., página páginas 112 y 113.

⁹⁷ . Diccionario Pequeño Larouse Ilustrado. Páginas 19 y 580.

⁹⁸ . Sergio Vela Treviño. Ob. cit. Página 260.

peligro para el bien lícito, pues el riesgo o peligro puede existir antes de que la agresión haya principiado; en consecuencia, ha de existir en el momento de la reacción defensiva un peligro real y cierto para el bien jurídico”⁹⁹.

Recapitulando, de acuerdo a la lógica y a las opiniones vertidas por los penalistas antes citados, podemos establecer, que existen dos tipos de agresión, así lo dicta la dinámica del instituto, la actual y la inminente, limitadas ambas en su fase inicial, por peligro real y grave, a los bienes jurídicamente tutelados; y la actual en su fase final, por la consumación del delito. Ese es el principio y el fin de toda agresión, acotadas por un peligro real o una desprotección al patrimonio jurídico del agente. La inexistencia de una agresión, que implicará la del peligro, originará la comisión del ilícito penal correspondiente, o la defensa putativa cuándo hay un error esencial invencible; y la finalización de la agresión implicaría una “venganza”, y por ende también la comisión de un ilícito penal. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, en casos concretos se ha encargado de enunciar esos límites de la agresión injusta, y al efecto citamos, los siguientes precedentes:

LEGITIMA DEFENSA.- No puede hablarse de legítima defensa como excluyente de responsabilidad si en el momento de realizar el disparo el procesado, la agresión había cesado y, al cesar la agresión, había desaparecido el peligro, por lo que la conducta del reo

⁹⁹ . Orlando Gómez López. Ob. Cit., página 125.

no encuentra justificación en la ley y es antijurídica por constituir un acto posterior de venganza¹⁰⁰.

LEGITIMA DEFENSA, INEXISTENCIA DE LA.- La legítima defensa no se concibe antes de que el riesgo exista o se presente en forma que no de lugar a la inmediata iniciación de un daño; por lo tanto, la actitud amenazante del supuesto agresor no pueden aceptarse como antecedente válido para el ejercicio de legítima defensa¹⁰¹.

Como se advierte de los dos anteriores antecedentes de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que en verdad califica a la actualidad o a la inminencia de la agresión, **lo es el peligro real de daño** a los bienes jurídicamente protegidos del agente. Pero, no cualquier peligro de daño justifica la reacción defensiva, se requiere que afecte en principio, intereses vitales del agente, como sería la vida, la integridad corporal, el honor, por mencionar los más importantes. Pues una simple injuria, no legitima la defensa propia, así lo ha dicho nuestro Máximo Tribunal, en la siguiente tesis:

LEGITIMA DEFENSA E INJURIAS.- Las solas injurias no configuran agresión con las características señaladas por la ley para la integración de legítima defensa¹⁰².

¹⁰⁰ . Semanario Judicial de la Federación. Sexta Época, Segunda Parte: Volumen XXVII, página 60. A.D. 2398/58. Juan Pineda López. Unanimidad de 4 votos..

¹⁰¹ . Jurisprudencia 171. (Sexta Época), página 354, Volumen 1a. Sala, Segunda Parte, Apéndice 1917-1975.

¹⁰² . Sexta Época, Segunda Parte: Vol 2, pág., 19. A.D. 7820/68. José Bueno González. Unanimidad de 4 votos.

No obstante lo anterior, considero que todos los bienes jurídicos, en caso de agresión injusta a los mismos, pueden ser defendidos legalmente por el agente, y dentro de los parámetros que la misma ley penal prevee. En el caso de nuestro Código Penal de Nuevo León, la legalidad de la repulsa queda sujeta a la “racionalidad y proporcionalidad del medio empleado”, indicados a contrario sensu, por las circunstancias tercera y cuarta del artículo 17 de dicho ordenamiento legal.

4.3.- AGRESION ILEGITIMA.

La agresión ilegítima, es el requisito que caracteriza **ontológicamente toda justa defensa**¹⁰³. Es decir, la defensa propia para que sea legítima, se requiere como presupuesto básico, o requisito sine qua non, que el ataque sea ilegítimo, aún cuando no constituya un delito. Pues como dice **Maurach**, el fin de la legítima defensa, no es evitar hechos punibles, sino proteger bienes jurídicos¹⁰⁴.

Se ha discutido por la Doctrina si el término correcto los es el de “agresión ilegal”, “agresión injusta”, o “agresión ilegítima o sin derecho”. **Luis Jiménez de Asúa**, con la destreza que lo caracteriza ha abordado el tema, y en su opinión, adjetivar la agresión como injusta o ilegal, es desacertado, en virtud de que en tal caso se necesitaría que el

¹⁰³ . ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. TOMO XVIII, página 160.

¹⁰⁴ . Reinhart Maurach. Ob. cit. Página 381.

ataque constituyera un delito, lo que ya hemos visto que no se exige. Si se dijese ilegal, la defensa de la mujer contra la fuerza del marido para conseguir un coito contra natura, no sería posible¹⁰⁵ .

Continúa expresando el Maestro: “Pero todavía queda un problema en el que pueden surgir dudas, si bien a nuestro juicio, el debatido caso del acceso carnal del hombre con su mujer aun obtenido por fuerza, carece de substancia polémica. Si no cabe legítima defensa contra quien ejerce un derecho, la mujer no puede actuar en defensa legítima negando el débito conyugal, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedidos por el matrimonio; pero sí se puede defender violentamente de actos contra natura o de libidine psicopática que le quieran ser impuestos por el marido; así como cuándo éste se halle enfermo o embriagado, para evitar el contagio, en el primer caso, y la fecundación nefasta para la prole, en el segundo. Recuérdese: que si hubiéramos considerado, la agresión, como delito o simplemente como ilegal, y hasta como injusta, no nos hubiera sido fácil construir la legítima defensa de la esposa en riesgo de coito contra natura, por éste, si bien es una conducta ilegítima, no constituye un delito, ni es antilegal, ni estrictamente injusta, puesto que no existe en el derecho vigente de España y el de la Argentina sanción contra semejantes actos del marido¹⁰⁶.

⁰⁵ . Luís Jiménez de Asúa. Ob. Cit., página 188.

⁰⁶ . *Ibidem.* , página 191.

De la anterior opinión se infiere de manera bastante clara, que los términos “ilegal e injusto”, no son idóneos para calificar la agresión, porque implican una sanción reconocida por la norma jurídica; y si esto, es cierto, las conductas agresivas, como la del coito contranatura, no justificarían la defensa propia de la mujer, por no tener sanción en nuestra legislación, que es lo que caracteriza lo ilegal y a lo injusto. En cambio si se califica la agresión como “ilegítima”, con tal vocablo jurídico se engloba no solamente las conductas contrarias a derecho y a las que la ley les reserva una sanción, sino todas aquellas que ofenden la norma de cultura que va implícita en el ordenamiento jurídico. La conducta del marido que pretende tener acceso carnal contranatura, con su esposa, es un acto ilegítimo que ofende la norma de cultura; puesto que el débito conyugal, sexualmente y de acuerdo con la ley, se circunscribe a tener relaciones sexuales de forma normal, no anormal, aunque la ley no diga esto último explícitamente. Empero, como ya se dijo ese acto no es delito, ni constituye una ilegalidad, pero sí, un evento ilegítimo que es reprochado por el derecho, tácitamente, al intentar contra la moral y las buenas costumbres que forman parte de la norma de cultura.

Mezger aduce: “El ataque debe de ser antijurídico, otra característica que exige la legítima defensa, y lo es si el mismo se dirige

contra las normas objetivas de valoración del derecho¹⁰⁷.

Es antijurídica, injusta o sin derecho **nos dice Jiménez Huerta-**, toda conducta que valorada objetivamente, arroja como resultado una relación de contradicción con el ordenamiento cultural que fundamenta el derecho. No es necesario que la ofensa constituya un delito tipificado en el Código. Es suficiente que la injusticia de la conducta agresiva surja de una relación de contradicción con cualquier norma objetiva trascendente para el derecho¹⁰⁸.

La injusticia de la agresión **nos dice Orlando Gómez López-**, es una condición inmanente a la defensa, y que injusto significa, no sólo lo contrario a la norma legal, sino, además, lo contrario al orden jurídico, entendido en su integridad, o sea, ley, costumbres y norma de cultura¹⁰⁹.

Es significativa y de gran trascendencia jurídica la opinión de Gómez López, sobre lo injusto de la agresión. Pues traslada al concepto, el contenido de la antijuridicidad, o sea, la ofensa de la norma de cultura reconocida por el Estado, y que va implícita no solamente en la norma penal, sino también en todo el ordenamiento jurídico en general. Esto es, según no lo da entender Vela Treviño, que para determinar la antijuridicidad de una conducta típica, debe recurrirse al

⁰⁷ . Edumdo Mezger. Ob. Cit., página 69.

⁰⁸ . Mariana Jiménez Huerta. Ob. cit. Páginas 262 y 263.

⁰⁹ . Orlando Gómez López. Ob.cit.Página 144.

istema jurídico general, pues la contrariación entre el hecho y la norma de cultura, no necesariamente se encontrará expresamente consignada en la norma jurídica penal. Y por norma de cultura, según Mayer, citado por Vela Treviño, debe entenderse como órdenes y prohibiciones, por medio del cual una sociedad determinada, exige a sus miembros el comportamiento que sea adecuado, buscando conservar la protección de los intereses sociales que por medio de la norma jurídica se ha reconocido¹¹⁰.

Antonio Camaño Rosa aduce que: “ilegítima no quiere decir delictiva, sino una acción emprendida sin derecho, porque hay agresión antes de que el bien atacado sea violado y antes de que el ataque constituya delito; no es necesario que la ofensa constituya o pueda constituir delito, porque, por ejemplo, el suicidio no es delito y el que lo impide obra en legítima defensa de un interés público¹¹¹.”

Para concluir: la conducta agresiva, no necesariamente, debe de ser delito, para justificar la defensa privada, basta que esa conducta agresiva, en grado mínimo atente contra la norma de cultura que va implícita en el ordenamiento jurídico general, para considerarla como ilegítima, y por ende para justificar la defensa personal.

¹⁰. Sergio Vela Treviño. Ob. Cit., páginas 89 y 133.

¹¹. Antonio Camaño Rosa. Ob. cit.. Página 40.

CAPITULO TERCERO

BIENES JURÍDICOS OBJETO DE LA AGRESIÓN

1.- LOS INTERESES DEFENDIBLES.

En principio, todo bien es defendible, bajo la condición de que, previa valorización jurídica, haya sido acogido por la norma jurídica; o bien por la norma de cultura que va implícita en el ordenamiento jurídico en general.

Nuestro *Código Penal de Nuevo León*, enuncia que los intereses jurídicos que pueden ser objeto de una agresión sin derecho, y por ende, defendibles, son los relativos a la persona, honor o bienes del propio defensorista, o, a la persona, honor o bienes de otro.

Con mejor técnica jurídica el Código Penal Federal, al referirse a los intereses defendibles, no hace una separación como el nuestro, entre persona, honor o bienes, sino que se refiere en el artículo 15 fracción IV, al concepto unitario de "bienes jurídicos".

La separación que hace nuestro Código Penal en Nuevo León, tiene una razón histórica de ser, y esa razón nos la da a conocer **Jiménez Huerta**: “ Se nota al respecto en el desarrollo histórico del instituto de la legítima defensa, como Bettiol subraya, una gradual amplificación de la esfera de los derechos tutelados. Limitada en su origen al bien de la vida, extendida después la posibilidad de defensa, a todo derecho relativo a la persona -integridad física, sexual, moral- se ha venido por último a admitir, que todo y cualquier derecho, es defendible, incluso el derecho patrimonial”¹¹².

Jiménez Huerta, hace una crítica certera a la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal, anterior al vigente, que a lo igual que el nuestro, estatúa que los intereses defendibles lo eran la persona, su honor o sus bienes, o la persona, honor o bienes de otro. Y al efecto se expresa: “La simple lectura del precepto pone en relieve el restricto criterio seguido en orden a los derechos que pueden legítimamente defenderse, pues lejos de adoptar una fórmula amplia y comprensiva de todos los derechos, como por ejemplo la seguida en la legislación española, se emplea un método limitativo casuístico persona, honor, bienes- que no coincide con la dirección científica de consuno aceptada en lo modernos códigos. El texto de la ley deja más allá de sus límites los bienes jurídicos del pudor y de la libertad”¹¹³.

¹¹² . Mariano Jiménez Huerta. Ob. Cit., páginas 267 y 268.

¹¹³ . *Ibidem*.

Respecto a la libertad física y sexual, en opinión de **Ceniceros y Garrido, Carrancá y Trujillo y González de la Vega** - citados por Jiménez Huerta-, quedan comprendidos dentro del concepto "**persona**", como derechos inherentes a la personalidad humana, y terminan afirmando que la libertad física y sexual hállase también tutelada. Preciso es -continúa Jiménez Huerta- no obstante, subrayar, que este ingenioso medio de interpretación extensiva **in bonam partem**, no esta exento de graves reparos; no se compadece dicha interpretación con que la propia fracción III del artículo 15 haga específica referencia al **honor** como bien jurídico defendible. Si la interpretación que se analiza fuera plenamente correcta, dicha mención al **honor** sería innecesaria, habida cuenta de que éste bien jurídico, es uno de los derechos inherentes a la personalidad. Imperativos de la propia vida obligan, no obstante, a aceptar esta turbia interpretación, pues es la única que puede superar la casuística limitación del Código¹¹⁴.

Tampoco dentro del concepto **bienes** pueden quedar comprendidos los conceptos "**libertad física y sexual**", pues como certeramente lo señala Carrancá y Trujillo -citado por Jiménez Huerta-, la expresión bienes, esta empleada en la fracción III, del artículo 15, en su connotación patrimonial.

Es bastante clara y fundada la crítica que hace Jiménez Huerta, por lo que se hace necesario que nuestro Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León, sea reformado, estableciendo como interés

¹¹⁴. *Ibidem*.

defendible todo bien jurídico. Y de esta manera, evitar una interpretación turbia, de los conceptos, bienes y personas, a fin de que quede comprendido todo bien jurídico.

A continuación paso a referirme a los principales bienes defendibles.

2.- LA VIDA Y LA INTEGRIDAD CORPORAL.

Si el núcleo, o el substrato de la defensa privada es el instinto de conservación, el que puede asumir tanto una forma defensiva (miedo), como una forma ofensiva (cólera)¹¹⁵; es evidente, que ambos ingredientes, como fenómenos psicológicos, se proyecten hacia una defensa de la vida o la integridad corporal del agente. Intereses los anteriores que son, los que históricamente dieron origen a la defensa individual, como residuo de la venganza privada o del derecho de muerte en el Derecho Alemán.

Dentro de una escala de valores ¿ será la vida y la integridad corporal el principal valor para el ser humano?. A primera intención parece ser así, pues defendemos nuestra vida y nuestra integridad física, a costa de todo, sacrificando en caso necesario otros valores como sería la libertad, bienes patrimoniales, por mencionar algunos. Empero, si esta es la regla, que dicta la lógica, del acontecer humano, la

¹¹⁵ . Antonio Camaño Rosa. Ob. Cit, página 7.

excepción habría que buscarla, en la diversidad del entorno que rodea a la persona, en la heterogeneidad del ser humano, donde la jerarquía de valores sufre una honda transformación, anteponiéndose como prioritarios otros intereses que son capaces de sacrificar el de la vida y el de la integridad corporal, que para el cobarde y el pusilánime, en todos los casos, se consideran como supremos.

Luis P. Sisco, al respecto se pronuncia: “En la jerarquía de valores humanos, hay una ubicación diferente para cada uno de ellos, según sea el individuo al que se aplique la clasificación. Hay hombres para quien el máximo valor es la vida, tanto los que viven apurando sus placeres materiales, como los que viven en permanente trance de dolor y de miedo; para otros, el valor supremo es el dinero; en su mentalidad llena de recovecos inaccesibles, el oro en su forma más variada, vale por sí mismo más que todo otro bien; es Harpagón contemplando su pila de monedas, con ojos desencajados y rostro descompuesto; es el avaro típico de todas las leyendas, es Shylock exigiendo la libra de carne humana; es el sujeto para quien la vida es un poema de cifras y de cuentas bancarias con saldo a favor. Para otros el valor supremo es la dignidad, la tierra, el honor o la libertad”¹¹⁶.

No es posible dentro del anterior contexto, encasillar en todos los casos, la vida y la integridad corporal, como el valor supremo frente a los demás. El valor supremo hay que inquirirlo individualmente

¹¹⁶ . Luis P. Sisco. Ob. cit. Páginas 269 y 270.

en la naturaleza humana, que es la que dicta las prioridades del individuo, muchas veces circundado por un entorno agobiante o placentero, que lo guía y lo lleva a formar una escala de valores muy propia.

Dentro de una generalidad, claro con sus excepciones, la vida es principal valor del ser humano. Y tan es, así, que es mencionada prioritariamente en el artículo 14 de nuestra Constitución Política, frente a otras garantías como son la libertad y la propiedad, y de las cuales no se puede ser privado, sino mediante juicio.

¿ Cualquier forma de vida puede ser objeto de una agresión?. ¿ O solamente la de ser humano que ha nacido y vive?. La del ser humano que ha nacido y vive no presenta problema alguno. El problema se presenta en cuanto al **nasciturus**, en el sentido de que si puede ser objeto de una agresión, y puede ser defendido, obviamente a través de un tercero.

Si jurídicamente el nasciturus (vida del feto) no es una persona, puesto que no ha sido desprendida del seno materno, si podemos asentar que el feto tiene vida biológicamente hablando, aún cuando no la tenga o la tenga condicionada desde el punto de vista jurídico para ser persona con derechos y obligaciones; y si tiene vida humana, si es susceptible en caso de agresión de ser defendible a través de un tercero. Y esto lo aseveramos porque analógicamente puede aplicarse el artículo 14 de la Constitución que nos indica que nadie

puede ser privado de la **vida**.. sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos; sin distinguir entre vida como acontecer natural y biológico del ser humano, y entre vida como atributo sine qua non de la persona jurídica.

Además de la anterior razón de naturaleza constitucional, aseveramos que el nasciturus si puede ser sujeto pasivo de una agresión, encontrando la ratio legis en la figura delictiva de aborto, contemplada en nuestro Código Penal en el artículo 327, donde se considera como delito contra la vida, y donde el bien jurídicamente protegido los es la vida del feto.

El feto es vida humana, y si puede ser sujeto de una agresión, mediante una maniobra abortiva, resultando por ende, un interés defendible mediante la defensa privada de un tercero.

3.- LA LIBERTAD.

Uno de los valores más preciados por el género humano, lo es la libertad. Pero dentro de las diversas acepciones que tiene ¿ cuál es la que se tutela a través de la legítima defensa, en caso de agresión?.

“Habrá legítima defensa de libertad –**según Gómez López**- cuando el agresor ataca el poder del hombre de actuar conforme a su voluntad, o cuando se le pretende imponer un comportamiento o

actitud”¹¹⁷. Es decir, es la capacidad para autodeterminarse dentro del marco legal, que se conoce bajo el nombre de libertad jurídica, que se traduce en la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo.

Del concepto libertad jurídica, para los efectos de la legítima defensa, debe desvincularse la noción de “libre albedrío o libertad metafísica”, en consideración de que esta como capacidad abstracta del ser humano, no puede lesionarse mediante una agresión, dada su carácter subjetivo.

En cambio, cuando sin fundamento legal alguno, se pretende imponerle al agente en contra de su voluntad, un comportamiento o actitud, se estaría obstaculizando el ejercicio del derecho de libertad jurídica.

Los casos más comunes en los que se afecta la libertad jurídica mediante una agresión, son los que atacan la libertad de locomoción (delitos de privación ilegal de la libertad, plagio y secuestro); y los que ofenden la libertad sexual (delitos de violación, rapto y hostigamiento sexual).

Tales son los supuestos que dan origen a la legítima defensa, por ataque a la libertad de locomoción o libertad sexual. En ambos casos se impone al agente un comportamiento o actitud, en contra de su voluntad.

¹¹⁷ . Orlando Gómez López. Ob. Cit, página 99.

4.- LOS VALORES ÉTICOS.

Los valores éticos, que en mayor o menor medida son adquiridos por el ser humano a través de una imitación extralógica, también son intereses defendibles a través de la legítima defensa. Puesto que los mismos se encuentran inmersos en la norma de cultura, que va implícita en el ordenamiento jurídico general, y que puede ser ofendida.

Los más comunes en nuestra sociedad, son el honor, la honra y la dignidad, los que desde el punto de vista ético le dan valía al ser humano, frente a los demás.

Antropológicamente los anteriores valores éticos, no son de validez universal, porque la conceptualización de los mismos, varía y se transforman, de acuerdo con la idiosincrasia de los pueblos, la época y el lugar. Lo que en épocas pretéritas una bofetada implicaba una invitación al duelo por el sujeto ofendido, por atacarse el honor; actualmente para una infinidad de personas, un ofensa de ese tipo no significa nada, no conlleva subjetivamente una lesión al honor.

Los valores éticos más comunes ya los hemos mencionado, y a continuación paso a analizar las condiciones que deben de surtirse, para que sean susceptibles de legítima defensa, sin perder de vista que el rasero que mide la justificación de la defensa, es la actualidad de la agresión, y la proporcionalidad en el medio empleado.

El honor como valor ético hay que justipreciarlo desde una doble vertiente: **Subjetiva**, entendida como el sentimiento que cada uno tiene de su propia dignidad moral; la suma de los valores morales que el individuo se atribuye así mismo. **Objetiva**, como la estimación o la opinión que los demás tienen de nosotros, representando, pues, la opinión ajena de los demás hacia nosotros, y que se conoce con el término reputación¹¹⁸.

Cuello Calón, también distingue el honor desde el punto de vista subjetivo y objetivo. **Subjetivo**: consiste en el sentimiento de la propia dignidad moral nacida de la conciencia de nuestras virtudes, de nuestros méritos, de nuestro valor moral; **es el honor en sentido estricto**. **Objetivo**: esta representado por el aprecio y la estimación que hacen los demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social; **es la buena reputación**¹¹⁹.

De lo expuesto se infiere que el honor puede ser concebido desde un punto de vista subjetivo y objetivo. Subjetivo como sentimiento de la propia dignidad, que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes morales. Y objetivo, como la buena opinión que tiene la sociedad, sobre nuestra persona; el prestigio que tenemos ante esa sociedad o conglomerado humano. Ese prestigio recibe el nombre **de honra**.

¹¹⁸. *Ibidem*. página 78.

¹¹⁹. Citado por Raúl Carranca y Trujillo. Código Penal Comentado, página 722.

¿ Cuándo una ofensa al honor o la honra constituye una agresión, que pueda ser objeto de una legítima defensa?. Considero, en primer término que habrá una agresión a tales valores, cuando se ofende la norma de cultura de contenido ético, que va implícita en el ordenamiento jurídico general, como en el caso del marido que en contra del consentimiento de su esposa, pretende tener relaciones sexuales vía oral. Tal conducta no está tipificada como delito, sin embargo, es evidente que atenta en contra de una norma de cultura de contenido moral, que prohíbe tener relaciones contranatura. En segundo término, sin entrar a analizar el tipo, habrá una agresión a esos valores morales, cuando el sujeto actuante pretende ingresar en las hipótesis delictivas previstas en el Título Décimo Séptimo, del Código Penal de Nuevo León, y en donde se prevén los DELITOS CONTRA EL HONOR. O sea, el de golpes y violencias físicas simples, injurias y difamación.

Así pues, los conceptos de honor y honra, hay que buscarlos, en la norma ética reconocida por la de cultura; entendiendo por cultura el modelo de comportamiento de una sociedad, en una época y en un lugar determinado. Y en la norma jurídica que prohíbe y sanciona determinada conducta, como en el caso de la norma penal a que aludimos en el anterior párrafo.

¿ Cómo debe de ser la magnitud de la reacción del agredido, ante una ofensa a esos bienes jurídicamente tutelados?. Es una cuestión de proporcionalidad en los medios utilizados en la defensa. **Díaz Palos**, al respecto nos dice: “Prescindiendo de viejos precedentes,

es lo cierto que fue la gravedad del ataque, o más bien la irreparabilidad del mal producido, la piedra de toque para decidir de la extensión del honor. Y este pensamiento ganó a maestros como CARRARA y ALIMENA. El primero, no consideró como grave el mal que lesiona la reputación, "salvo en el caso de que la reacción sea correlativa". El segundo entiende que puede haber una mal irreparable si se revela un secreto terrible o se dicen cosas que no pueden ser borradas con un proceso, casos en lo que sería lícita la defensa proporcionada"¹²⁰.

Hay penalistas que no reconocen la procedencia de la legítima defensa, cuando se ataca el honor, ya que existiendo recursos legales para defender el honor, los recursos privados carecen de objeto. Al respecto **Sisco** argumenta: "Si alguien me calumnia o me injuria, es decir, si alguien realiza un ataque a mi honor, tengo a mi alcance los recursos que la ley me atribuye para defenderlos. Y desde el momento que puedo llamar a la ley para que me defienda desaparece todo mi derecho para defenderme por mi propia mano. La verdadera defensa del honor, la auténtica defensa del honor, radica en eso: en llamar a la ley en mi auxilio"¹²¹.

Julio Fiorreti y Adolfo Zerboglio, nos dicen que de acuerdo con las sentencias pronunciadas por el Supremo Tribunal Español, se niega el derecho de defensa contra las injurias, considerando que no constituyen una verdadera agresión; pues al

¹²⁰ . Fernando Díaz Palos. Ob. Cit. Página 34.

¹²¹ . Luis P. Sisco. Ob. Cit. Página 283.

reconocerse tal derecho contra la injuria ya probada, se trataría de un acto de venganza. Pero en caso de una conducta injuriosa en perjuicio de un sujeto, difamado una y otra vez por la misma persona, nos parece innegable la posibilidad de emplear la violencia proporcionada para evitar la perseverancia de los actos injuriosos inminentes y actuales¹²².

Jiménez Huerta sobre el caso que nos ocupa opina lo siguiente: “El propio fundamento de la legítima defensa que sirve de base a la defensa privada ha de engendrar una situación de peligro inminente. No toda ofensa origina una situación de peligro sino sólo aquellas proyectadas a atacar la propia existencia de un interés vital. Un insulto o una amenaza son sin duda algunas conductas ofensivas que, sin embargo, no crean una situación de peligro inminente para los bienes jurídicos de la persona, que legitime la autodefensa de estos derechos; en ausencia de un peligro inminente puede y debe el ofendido impetrar el amparo de la justicia estatal”.¹²³.

Raúl Carrancá y Trujillo, considera que la amenaza de ofensa a la reputación, implica una agresión que puede dar lugar a una defensa justa¹²⁴.

Considero que en la solución del problema, deberán quedar implicados ingredientes basilares, tanto de la agresión como de la

¹²² . Julio Fioretti-Adolfo Zerboglio. Ob cit. Página 207.

¹²³ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. Cit.,Página 255.

¹²⁴ . Raúl Carrancá y Trujillo. Las Causas que Excluyen la Incriminación, página 294.

defensa; actualidad por parte de la primera, y proporcionalidad por parte de la segunda. Si una injuria ya fue proferida, y el ofendido reacciona violentamente, faltaría el requisito de “actualidad”; y como consecuencia, la defensa no sería legítima, constituiría un acto de venganza. Si hay un ataque la honra de una persona, mediante la publicación en la vía pública de un cartel infamante o difamatorio, nos encontraríamos frente a una agresión continua; y el ofendido de manera proporcional puede hacer uso de la defensa privada, destruyendo dicho cartel difamatorio. Si una mujer contra su voluntad, es objeto en forma continua de tocamientos en su cuerpo por un extraño, puede defenderse legalmente propinando una bofetada al agresor.

Alimena citado por Jiménez de Asúa, nos pone el siguiente ejemplo: “Si para impedir la palabra injuriosa uno se limita a tapan la boca del adversario, arañándolo incluso los labios, se le puede conceder el beneficio de la legítima defensa¹²⁵.”

En el caso de injurias, para los efectos de la legítima defensa, **Jiménez de Asúa**, nos dice: “Urge incluso delimitar, en caso de aparente caso de injurias recíprocas, cuando éstas obedecen realmente al **animus retorquendi**, y cuando la injuria del ofendido es un verdadero medio de legítima defensa. Si a un insulto contestamos con otro de mayor contenido injuriosos, hay ánimo de retorsión; pero sí a una imputación falsa respondemos llamando “embustero” al difamador

¹²⁵ . Luis Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Página 137.

y aplicándole epítetos referentes a su conducta, capaces de probar que no es digno de crédito cuanto diga, estas nuevas injurias se profieren con ***animus defendendi***.¹²⁶.

Actualidad de la agresión y proporcionalidad en la repulsa, es la clave que nos sirve para determinar, cuándo se legitima la autodefensa, en tratándose de ataques al honor de una persona. Matar una persona porqué injuria a otra, sería faltar al requisito de proporcionalidad en forma grosera. Dar una bofetada a una persona que con antelación nos ha difamado, sería faltar al requisito de actualidad en la agresión.

Dentro del tema relativo al honor, se presenta el problema relacionado con el ***honor conyugal***, donde la cuestión radica en analizar si el cónyuge que reacciona letalmente contra su consorte o contra el amante de ésta o contra ambos, actúa en legítima defensa del honor conyugal.

Es opinión casi unánime, de que en el anterior supuesto no procede la legítima defensa; pues atinadamente nos dice ***Jiménez de Asúa***, que el honor no reside en la conducta del cónyuge adúltero¹²⁷. Tal razonamiento me parece fundado, dentro de los principios morales que regulan la conducta del hombre, por lo que en consecuencia no habría lugar a la legítima defensa en el caso de conyugicidio por adulterio. En

¹²⁶ . *Ibidem*.

¹²⁷ . *Luis Jiménez de Asúa. Ob cit. Página 42.*

todo caso, como se estima en algunas legislaciones penales, habría lugar a una atenuación de la pena; o bien a una causal de inculpabilidad por emoción violenta.

5.- EL DOMICILIO Y LA LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA.

El artículo 15, párrafo segundo, fracción IV, del **Código Penal Federal**, nos dice: “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 las de cualquier persona que tenga obligación de defender, al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares que revelen la probabilidad de una agresión”.

El domicilio que puede ser objeto de una agresión ilegítima, y que justifique la defensa presuntiva o privilegiada, es el establecido en el artículo 29 del Código Civil Federal. Y comprende dos supuestos: el lugar donde la persona tenga establecido su hogar; o sea, la casa habitación, donde convive con su familia; y el sitio donde se encuentran sus bienes propios o ajenos.

Gómez López, sobre el caso que nos ocupa nos dice lo siguiente: “El domicilio, el lugar de trabajo y sus dependencias inmediatas son derechos defendibles contra toda penetración o intento

de penetración violenta, engañosa o clandestina, protección que puede constituirse en la denominada legítima defensa presuntiva. La habitación o domicilio es un derecho reconocido en la Constitución (art. 23) y garantizada en la Declaración de Derechos Humanos (art. 12), y se concreta en el derecho de mantener un lugar donde desarrollar la vida privada y la intimidad. La habitación o domicilio es una manifestación de libertad individual.¹²⁸.

Nuestro artículo 17 del **Código Penal de Nuevo León**, reconoce la legítima defensa privilegiada, y al efecto establece en los dos últimos párrafos: Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquél que rechazare al agresor, 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 en que se encuentre su familia, aún cuando no sea su hogar habitual; en un hogar ajeno que aquél tenga obligación de defender; en el local que aquél tenía sus bienes, o donde se encuentren bienes ajenos que tenga obligación legal de defender, y el intruso ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallen".

Jiménez Huerta, respecto a la defensa privilegiada del domicilio propio y ajeno, se expresa de la siguiente manera; "Si se

¹²⁸ . Orlando Gómez López. Op. cit.. Páginas 106 y 107.

comparan estos dos especiales preceptos (se refiere a los del Código Penal Federal - anterior al vigente- que son idénticos al nuestro) con la reglamentación de la defensa legítima contenida en la primera parte de la fracción III, surge a simple vista la situación de privilegio creadas por las hipótesis descrita en los dos últimos párrafos de dicha fracción. Esta situación de privilegio tiene un doble alcance: jurídico-penal y jurídico procesal. Desde el punto de vista jurídico-penal significa una expresa derogación del principio rector del **interés preponderante** que informa el instituto de la legítima defensa, pues el alcance de los dos últimos párrafos de la fracción III se extiende, por expresa disposición de la ley, a **“cualquiera que sea el daño causado al agresor”**. Implica, pues, este amplísimo margen, otorgado al que se defiende, un abandono del criterio de valoración comparativa, entre los daños en conflicto consagrado en la circunstancia cuarta de la fracción III y una especial concesión al sistema que, por considerar que el Derecho no tiene por qué ceder paso al injusto, proclama un derecho ilimitado de defensa legítima. Desde el punto de vista jurídico-procesal representan los dos últimos párrafos de la fracción III un privilegio en materia de prueba; pues mientras en los casos comunes de legítima defensa los principios generales imponen al inculpable la carga de la prueba, en la hipótesis descritas en los dos últimos párrafos se establece en su favor una presunción que le exime de acreditar la necesidad racional de defenderse en que se hallaba¹²⁹.

¹²⁹ . Mariano Jiménez Huerta. Op. cit. Página 301.

Como se infiere de lo anterior, la agresión al domicilio celosamente ha sido protegida por el legislador, y justifica la legítima defensa aún cuando el medio empleado para repelerla no sea “racional”, con lo que se simplifica uno de los requisitos que en la mayoría de las veces hacen inoperante la legítima defensa ordinaria, o sea, el de la necesidad racional del medio empleado. Y en realidad esto se debe a que si el domicilio es una manifestación de la libertad individual, donde el agente tiene el derecho natural de vivir en privacidad, solo o en compañía de su familia, cualesquier atraco al mismo, la legitimación de la autodefensa debe sustraerse de esos requisitos a que nos referimos; pues la afectación de los interés jurídicamente tutelados, sobre todo la vida y la integridad corporal de la familia, no pueden prestarse a ser materia de especulación, en cuánto que la intromisión del agresor al hogar revela una temibilidad, y una inminencia de daño cuya magnitud no es posible determinar de antemano, por el estado de zozobra que se genera en el agente al concebir en el acto una segura lesión a los bienes jurídico a antes mencionados, de él y de sus familiares.

El domicilio amen de encontrarse protegido en el artículo 16 de la Constitución, contra actos autoritarios no fundados ni motivados, también se encuentra protegido en el artículo 285 del Código Penal Federal, donde el bien jurídicamente tutelado, es la inviolabilidad del mismo.

6.- LOS DERECHOS PATRIMONIALES.

Los bienes económicos que son susceptibles de apropiación, reciben el nombre de “bienes jurídicos”; o sea, aquellos que no están excluidos del comercio, tal y como se dispone por el artículo 747 del Código Civil Federal. Fundamentalmente tales bienes jurídicos se circunscriben a los derechos reales y personales que son las especies del género conocido bajo el nombre de derechos patrimoniales. Tales derechos patrimoniales, pueden ser objeto de una agresión, y dentro del parámetro de proporcionalidad que nos informa nuestro Código Penal, pueden ser susceptibles de la defensa privada.

Es frecuente que los derechos patrimoniales, concretamente el de propiedad, sean objeto de una agresión violenta que motive la autodefensa por parte del agente. Pero la incógnita a despejar estriba en determinar, cuál deberá ser la magnitud de la repulsa. ¿Podrá atentar el agente de la defensa, contra la vida o la integridad física del agresor, en caso de hurto por parte de éste?

El anterior cuestionamiento se encuentra relacionado con uno de los requisitos que deben surtirse, para que opere la legítima defensa, o sea, el de “necesidad racional de la defensa empleada”, a que alude tanto el Código Penal Federal, como el nuestro, vigente en la entidad. De una vez, y a reserva de tratarlo ampliamente en el siguiente capítulo, ***hay que diferenciar entre necesidad como fundamento de la legítima defensa, de la necesidad racional como requisito de la misma.***

Sobre la necesidad racional **Fontán Balestra** expresa: “Al calificar la necesidad de racional, se hace un distingo entre necesidad y proporcionalidad, que tiene por consecuencia, por una parte determinar una cierta proporción en los medios, y por la otra que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta”¹³⁰.

La jurisprudencia penal alemana es de la idea de que el derecho, no tiene porqué ceder ante el injusto, y se llega al extremo, de no exigirse una necesidad racional en la magnitud del medio utilizado en el acto de la defensa, aunque en tiempos recientes ha sido atemperado o modificado tal razonamiento, como lo veremos posteriormente. **Jiménez de Asúa**, se refiere a la doctrina alemana en cuestión, en los siguientes términos: “Conforme al primer sistema, sostenido principalmente por los penalistas alemanes, el derecho de defensa permite causar cualquier daño al agresor sin considerar si era grande o pequeño el mal que amenazaba al agredido, incluso la muerte del agresor para proteger un interés patrimonial insignificante pues se considera que es el propio agresor quien libremente afronta ese riesgo al realizar la acción antijurídica, y que el derecho no tiene por qué ceder el paso al injusto”¹³¹.

Mezger confirma lo anterior, al aducir: “En principio no se requiere la paridad o la proporcionalidad entre la defensa y el ataque; si es necesario, la víctima puede recurrir a los medios más graves -como

¹³⁰ . Carlos Fontán Balestra. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte General. Páginas 143 y 144.

¹³¹ . Mariano Jiménez Huerta. OB. cit. páginas. 281.

sería el homicidio- para defender el bien jurídico atacado, aún en el caso de que éste consista en meros intereses patrimoniales”¹³².

Respecto a la defensa de los derechos patrimoniales, el problema, no se finca en la proporcionalidad de los medios empleados, sino en el de proporcionalidad entre el daño que se evita y el que se causa. La legislación penal mexicana, sea la federal o la de nuestro estado, no adoptan la tesis alemana, en el sentido de defender el más mínimo interés patrimonial, incluso con la muerte del agresor. Pues ambas legislaciones aluden a una racionalidad en el medio empleado, y en la de Nuevo León se agrega en la circunstancia cuarta, fracción III, del artículo 17, a contrario sensu, como requisito de operabilidad de la defensa privada, la difícil reparabilidad y la gran importancia de los daños que iba a causar el agresor, comparados paritariamente con los causados por el defensor.

A fin de que sean defendibles los derechos patrimoniales ¿cómo debe de ser la magnitud de la defensa?. Al respecto **Jiménez Huerta**, opina: “En efecto, si proclamamos que todos los derechos son defendibles, resultaría que el propietario del manzano que dispara un tiro sobre el niño encaramado entre las ramas que le hurta las frutas, realizaría una defensa de la propiedad, aunque esta fuera excesiva. Nada más bárbaro que creer, que se ejecuta un acto de defensa en tales circunstancias y modos. Ahora bien, si, para huir de la estúpida crueldad, negamos que el propietario del manzano tenga derecho a

¹³² . Edmund Mezger. Derecho Penal. Parte General. Pág. 171.

defender los frutos, negaríamos que hay derecho a defender el patrimonio. El propietario del manzano -concluye Jiménez de Asúa- no necesita defender matando a la criatura. Si la legítima defensa es un estado de necesidad, ha de quedar limitado por esta regla: no podemos sacrificar un bien superior para defender otro insignificante; es decir, lo contrario de lo dicho por la jurisprudencia alemana. La falta de necesidad no se refiere a la proporción, sino a la existencia de la legítima defensa y, si falta, la invalidada. Es racionalmente necesaria -indica Sebastian Soler- la defensa que se ejercita con medios apropiados en relación con el ataque y la calidad del bien defendido. La prudencia de los jueces, las normas del cultura y el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que desempeñan aquí un papel destacado y de gran amplitud¹³³.

Para concluir el tema, nuestra legislación penal, sea federal o estatal, no cierra la puerta a la legítima defensa de los derechos patrimoniales. “Pero impone pues, nos dice **Jiménez Huerta**, la obligación del balancear la importancia de los bienes en conflicto, no basta, para que la defensa privada sea legítima que exista una agresión creadora de un peligro actual para un bien jurídico sólo removible mediante una reacción defensiva. Precisa, además, que a través de un juicio valorativo sobre la no fácil reparabilidad del bien jurídico o su notoria importancia comparado con el que causó la defensa, se ponga en relieve que ésta era racionalmente necesaria¹³⁴.

¹³³ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Páginas 282 y 283..

¹³⁴ . *Ibidem*. Pag., 284.

Así pues, el problema de la legítima defensa de los derechos patrimoniales, en nuestra legislación penal federal o del estado, debe solucionarse, en aras de una mejor justicia, a través de un juicio valorativo, que debe ser afirmado por el Juez, sobre la no fácil reparabilidad del interés jurídico en peligro o su notoria importancia comparado con el que causó la defensa.

CAPITULO CUARTO

LA DEFENSA COMO EFECTO DE LA AGRESIÓN

1.- NOCION FACTICA DE DEFENSA.

Sí gramaticalmente defensa significa acción de defenderse o de resistir, en mi opinión es necesario asimilar el núcleo o substrato del concepto, desligado de la dimensión jurídica que actualmente tiene en las diversas legislaciones penales. Pues, no deberemos de olvidar, que antes de que el Estado existiera, como sociedad jurídicamente organizada, la defensa era un imperativo de supervivencia, vinculado casi permanentemente, al psiquismo del hombre, con motivo de los embates de sus congéneres, ahora luchando por la conquista del territorio donde hubiese mejor caza, o bien por el apoderamiento de una mujer de su propio clan, o de uno distinto.

Antropológicamente la defensa responde a un estado de necesidad, de preservar un bien. Y como tal tiene su razón de ser en el instinto de conservación que es inmanente al ser humano, de tal forma que algunos afirman que se funda en el derecho natural (*ius naturae*), en su etapa pristina.

Fioretti y Zerboglio, nos indican que: “Por defensa entendemos el ejercicio de una violencia impuesta por la necesidad de tutelar la vida, los bienes y el honor”¹³⁵.

Esa necesidad de proteger la vida, los bienes y el honor, violentamente y ante una agresión es el elemento psicológico que caracteriza la defensa, y cuyo contenido se diversifica en la estructura del ser humano.

El penalista uruguayo **Camaño Rosa**, al respecto nos dice: “Todo psiquismo puede dividirse en dos partes: intelectual y afectiva. Las situaciones afectivas se dividen en instintos, emociones, pasiones y sentimientos. Los instintos humanos se traducen en emociones, como el miedo y la cólera. Así desde RIBOT, se entiende que el instinto de conservación puede asumir tanto una forma defensiva (miedo), como una forma ofensiva (cólera). En efecto, aunque ambas constituyen un antítesis, se enlazan frecuentemente (RUIZ FUNES). Inhibición e irritación se consideran, respectivamente, como características del miedo y la cólera... El miedo es una emoción dolorosa excitada por la presencia o inminencia del peligro acompañado de un impulso de resistir (defensa) o de sustraerse (huida), y que a veces crece hasta el pánico (inhibición, perturbación psíquica). Corresponde dejar sentado aquí una aclaración de carácter general. Los fenómenos psicológicos

¹³⁵ . Julio Fioretti-Adolfo Zerboglio. Ob. cit. Pág. 31.

apuntados explican la defensa de la persona física, núcleo de la institución, que suministra los casos más comunes”¹³⁶.

“La legítima defensa es en puridad tan antigua como el hombre, puesto que va anclada a uno de sus más fundamentales instintos: el de conservación y supervivencia, como ya la puso de relieve **CICERON, en su oración Pro Milone: “Est haec non scripta sed nata ley, quam ex natura ipsa arripuimus (Es ésta una ley innata, no escrita, que recibimos de la naturaleza misma)”**¹³⁷.

Bettiol nos dice que en realidad la defensa responde a una exigencia natural, a un instinto que lleva al agredido a repeler la agresión que hace a uno de sus bienes tutelados atacando un bien perteneciente al agresor¹³⁸.

Las anteriores directrices nos indican que el trasfondo de toda defensa de bienes por el ser humano, lo es el instinto de conservación expresado por miedo o por cólera; elementos psicológicos que son propios también de la ofensa. Pues originalmente, ofensa y defensa, eran palabras englobadas en el verbo **fendo**, que significa incitación a la ira, esto es, producto dolore (naturalmente, tanto en la ofensa como en la defensa)¹³⁹.

¹³⁶ . Antonio Camaño Rosa. Ob. cit. Páginas. 7 y 8.

¹³⁷ . Fernando Díaz Pálos. Ob. cit. Páginas 13 y 14.

¹³⁸ . Giuseppe Bettiol. Derecho Penal. Parte General. Pág. 282.

¹³⁹ . Julio Fioretti-Adolfo Zerboglio. Ob. cit. Página 32.

Si la defensa fue en su origen un estado psicológico de la persona precedido por el miedo y la ira, en la actualidad ese sólo hecho, en forma aislada, no nos sirve para justificarla. Se requiere rodearla de ciertos atributos y caracteres señalados por el legislador en la norma penal, y a ellos voy a referirme a continuación.

2.- VOLUNTAD DE DEFENSA.

Para algunos estudiosos del derecho penal, no hay autodefensa, si no hay voluntad de llevarla a cabo; se requiere que con conocimiento vaya proyectada a repeler una agresión con todas las características enunciadas por la ley penal. De tal suerte de que si a través de una acción, realmente se está repeliendo un ataque injusto, sin percatarse el agente de tal evento, faltaría la voluntad y por ende, no habría legítima defensa.

Maurach sobre la voluntad en la defensa nos indica: "Primer presupuesto para valorar una reacción con propia acción de defensa del parágrafo 53, es que la acción descansa en la **voluntad de defensa**. Este elemento de justificación esta reconocido de modo general, e incluso por los autores que rechazan el elemento subjetivo de todas las causas de justificación; en favor de una valoración, también aquí, exclusivamente objetiva se pronuncia Hipel y Wegner. La voluntad en defensa es necesaria, pero también suficiente; a la ley no le interesan móviles éticos ni momento volitivo de eficacia; el concurso de otros motivos (odio, celos) o direcciones de voluntad (esperanza de producir

un especial dolor al sujeto agresor) no excluye, la voluntad de defensa”¹⁴⁰.

Mezger, nos dice Díaz Palos, adopta una postura contraria a la de la jurisprudencia alemana, que exige en el defensor el conocimiento del ataque e intención de defenderse o de defender a otro. Lo que importa es el fin objetivo de la acción, no el fin subjetivo del agente, y ejemplifica: “Si un cazador en la montaña mata a su enemigo de un tiro de fusil y posteriormente se demuestra que en el momento en que lo hizo se disponía el que resultó muerto a disparar sobre él, le sería aplicable la legítima defensa exactamente como si persiguiera el fin de defenderse, pues hubo situación objetiva de legítima defensa y defensa objetivamente dirigida contra la agresión”¹⁴¹.

A conclusión contraria arriba **Binding** -citado por Díaz Palos- en el llamado caso **Albrech**, escultor que dio muerte a su padrastro en legítima defensa de su madre cuando era atacado por aquél, hombre de carácter brutal, culminado toda una serie de malos tratos inflingidos a su progenitor. Sí, por el contrario -dice éste autor-, “el hijo al penetrar en la alcoba no se hubiera dado cuenta, a causa de la penumbra, de la situación de peligro inminente para la madre, habría faltado la voluntad de defensa y habría perpetrado un homicidio”¹⁴².

¹⁴⁰ . Reinhart Maurach. Tratado de Derecho Penal. Página. 383.

¹⁴¹ . Fernando Díaz Pálos. Ob. cit. Página. 70.

¹⁴² . Ídem.

En opinión de **Sergio Vela Treviño**, si se requiere la voluntad en el ataque para que se legitime la defensa propia; y al efecto se expresa en los siguientes términos: “En la forma que está redactada la fracción III, del artículo 15 del Código Penal (“Obrar el acusado... repeliendo una agresión”), habla claramente de una motivación en la conducta defensiva, ya que “obrar” significa un comportamiento, una conducta que se manifiesta “repeliendo” o, lo que es igual, se requiere como presupuesto el ánimo o voluntad de defensa. Continúa: Al ser fundamentación de la defensa legítima el principio de la preponderancia de intereses y ante una situación conflictiva, se considera lógico que el sacrificio de un bien o interés se realice con pleno conocimiento de la existencia del conflicto. Esta tendencia finalista de la conducta defensiva ha sido mencionada expresamente como presupuesto, por la **Suprema Corte de Justicia de la Nación**: “Para que quede debidamente probado el ejercicio de legítima defensa se requiere que el acusado, al obrar, lo haya hecho colocado en determinadas circunstancias, tales como que la agresión de que fue objeto y lo impulsó a obrar sea injusta, pues de otra manera el derecho de rechazarla no existiría. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo LXXXIX, página 2,200. La agresión debe de ser violenta y antijurídica, o sea, que la acción debe de dirigirse a rechazar ataques impetuosos o ilícitos, sin derecho. Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo LXIII, páginas 917-918.”¹⁴³.

¹⁴³ . Sergio Vela Treviño. Ob. cit., Páginas 273, 274 y 275.

De acuerdo, a los anteriores precedentes, en nuestra legislación penal, si se requiere el ***animus defendendi***, o sea, la voluntad en la defensa, con la intención de rechazar una agresión actual, violenta y sin derecho. Y tal premisa se infiere, como acertadamente nos lo dice Sergio Vela Treviño, de la consideración de que el Código Penal Federal, utiliza el término ***“obrar el acusado repeliendo una agresión”***, lo que implica un acto consciente por parte del agente, encaminado a hacer frente a un ataque.

3.- SUJETO ACTUANTE DE LA DEFENSA.

El sujeto actuante de la defensa, puede ser, cualesquier persona, capaz o incapaz. Y lo más común es, que sea el mismo agredido quien obre en defensa de su propia persona, de sus bienes o de su honor.

Como las personas morales carecen de sustantividad psicofísica, esto no es óbice para que sus derechos patrimoniales, en caso de agresión injusta, sean defendibles a través de un tercero a quien la ley le impone la obligación de asumir la defensa de los mismos.

La ley y la doctrina, han fijado casos en el que el sujeto actuante de la defensa, no es el agredido directamente, sino otra persona; o bien que la defensa se realice en caso de agresión, no por el sujeto quien resiente el ataque, sino a través de algunos medios

mecánicos predispuestos para tal fin. Y a tales casos de excepción paso a referirme, así como a la defensa del Estado.

3.1.- DEFENSA DE TERCEROS.

Nuestro Código Penal, sea federal o estatal, por motivos de parentesco, amistad o solidaridad, permiten la defensa a favor de terceros, en caso de que éstos sean agredidos sin derecho.

La defensa de un tercero, definitivamente es una acto alturista de contenido ético, en cuanto a que el defensor arriesga su vida o su integridad física, con la finalidad de defender los derechos de un tercero que han sido agredidos. ¡Aquí hacen eco los héroes de la leyenda, como el Quijote, Robin Hood o Martín Fierrol, por citar algunos, como defensores de los desvalidos!.

“Si bien la defensa de un tercero es un sublime derecho, en ocasiones se convierte en un sagrado deber. Así la autoridad de policía tiene la obligación jurídica de emprender la defensa de cualquier persona que se encuentre en peligro, o sea, víctima de una agresión; también se torna en obligación la defensa cuando existe una posición de garante, o sea, cuando una persona está jurídicamente obligada a prestar ayuda, salvar o proteger a otra, como ocurre con el padre de familia respecto de sus hijos. Cuando no se presenta la obligación de auxiliar o defender al atacado, no existe obligación de legítima defensa,

pero está el derecho a interponer la defensa de tercero por razones de solidaridad humana y social”¹⁴⁴.

En términos similares a los de Gómez López se expresa **Porte Petit**, al aseverar: “La defensa realizada por un sujeto a favor de un tercero, deriva simultáneamente de la facultad que la ley le otorga en ir en defensa de un tercero, y de un mandato legal, y de un deber general, prescrito en el artículo 340 del Código Penal, que preceptúa, que al que se encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se aplicará de uno a dos meses de prisión, sino diere aviso de inmediato a la autoridad u omitiere prestarle auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal. Ahora bien, de lo que antecede, se tendría que llegar a la conclusión de que cuando se trata de legítima defensa a favor de terceros, estaríamos simultáneamente frente a la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, y en éste último caso, porque su incumplimiento, daría lugar, al delito de omisión o de socorro”¹⁴⁵.

La legítima defensa de un tercero, de acuerdo con las opiniones antes vertidas, puede asumir un doble carácter: **de facultad potestativa** cuando al asumirla el agente corre el riesgo de sufrir algún un daño en su persona, con motivo de la agresión al tercero que defiende; y de **deber jurídico** cuando en su persona no se presenta el

¹⁴⁴ . Orlando Gómez López. Ob. cit. Página. 210.

¹⁴⁵ . Celestino Porte Petit Candaudap. Ob. cit. pág. 416

peligro de daño, en caso de defensa del tercero. Lo anterior se colige de lo dispuesto por los artículos 340 del Código Penal Federal, y del 336 del Código Penal de Nuevo León, y dónde la presencia o la ausencia del riesgo personal por parte del agente, nos da la pauta para establecer, cuándo la defensa de un tercero es una facultad potestativa, y cuándo un deber jurídico.

3.2.- LA DEFENSA DEL ESTADO.

El Estado es una persona moral, y como tal se ostenta como un centro de imputación de derechos y obligaciones, capaz de tener bienes jurídicos propios. La ley y la doctrina nos dan a conocer que el Estado tiene una doble personalidad: de Derecho Público y de Derecho Privado. Es en su calidad de ente de derecho privado, donde puede tener bienes propios, y en tal virtud los mismos pueden ser materia de una agresión. Pero también en su carácter de ente de Derecho Público, se encuentra provisto de bienes destinados a un servicio público, lo que lógica consecuencia, también son susceptibles de ser protegidos por un tercero, en caso de agresión.

Reyes Echandía, sobre el caso que nos ocupa, nos dice: “En Alemania, Schonke, y en Italia Manzini, no vacilan en aceptar la legítima defensa en razón de que el Estado es una persona jurídica y además titular constante de todos los derechos tutelados mediante sanción penal. Y en Latino América, Soler afirma: “Constituyendo el bien agredido el objeto de un derecho subjetivo, nada importa la calidad del

titular de ese derecho de propiedad; una propiedad del estado puede ser defendible¹⁴⁶.

Sin más consideraciones podemos concluir, que la defensa de los bienes jurídicos del Estado, atañe en primer término, a todas aquellas personas a quien la ley les impone la custodia en razón del cargo desempeñado dentro del mismo; y en general, a todos los ciudadanos como una facultad potestativa, derivada de la misma norma que preceptúa la legitimidad de la defensa de los bienes propiedad de terceros.

3.3.- LA OFFENDICULA.

La offendícula (palabra latina), consistente según **Pavón Vasconcelos**: “En los escollos, obstáculos o impedimentos; tales como vidrios colocados en bardas y muros, alambres de púas, etc., que previenen a todo extraño el riesgo a que se expone si trata de infringir el derecho del propietario. Tales medios de prevenir la invasión de la propiedad, oponen resistencia normal, conocida y notoria y su colocación se justifica como una derivación del dueño de la cosa”¹⁴⁷.

Para algunos tratadistas de derecho penal, estas defensas automáticas, más que una legítima defensa, debe de ubicarse en la

¹⁴⁶ . Alfonso Reyes Echandía. Ob. cit. Páginas 149 y 150.

¹⁴⁷ . Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. cit. Pág. 311.

esfera del ejercicio de un derecho, porque falta la actualidad del peligro en el momento en que las offendículas se disponen¹⁴⁸.

Sobre el problema de sí la offendícula debe de ubicarse en el campo de la legítima defensa, o en el de ejercicio de un derecho, **Maggiore** nos dice: “Algunos dicen que en éstos casos (o sea, el de las offendículas) no puede hablarse de legítima defensa por faltar la actualidad del peligro en el momento que se prepara el medio preventivo, y la necesidad. Esta es, por ejemplo, la opinión de MANZINI, quien ve más el uso de esos medios un caso de ejercicio del derecho, según el artículo 51. Nosotros creemos que, en éste caso, no hay ningún motivo para rechazar la aplicación de la dirimente de la legítima defensa. No importa que el offendiculum se haya preparado para obrar en tiempo futuro. La ley no considera el momento en que se dispuso la defensa, sino en el momento en que se ejerce, ya que a ese momento debe de referirse la necesidad”¹⁴⁹.

Villalobos es de la opinión de que la insidia automática u offendícula, es un acto de legítima defensa, y no el ejercicio de un derecho, como causa de justificación. Pues no es verdad como lo supone Manzini, que la agresión o el peligro para los intereses protegidos debe de existir en el momento de instalar los mecanismos que, llegado el caso, han impedido la consumación del delito, sino en aquel en que la defensa se realiza o el mecanismo actúa en representación de quien lo

¹⁴⁸ . Giuseppe Bettioli. Derecho Penal. Parte General. Página. 275.

¹⁴⁹ . Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. Páginas 415 y 416.

colocó para este fin. Esta debe de ser al menos, la opinión de quienes consideran debido el rechazar cualquier ataque ilegítimo, poniendo los riesgos a cargo del agresor antes de dejar el peligro al agredido¹⁵⁰.

Jiménez Huerta estima al respecto, que éstos medios preventivos de defensa propia, deben de quedar encuadrados dentro del instituto de la legítima defensa, ya que se trata de medios predispuestos de modo visible, y la legitimidad de la defensa es evidente ya que el agresor, conociendo el peligro a que se expone, lo afronta deliberadamente. Para éstos casos cabe la afirmación, que los prácticos generalizan, al sostener que el ladrón se había matado ***quasi a se ipso culpa dolo determinata***¹⁵¹.

Las insidias automáticas, deben de considerarse como actos defensivos, cuya legalidad debe de surgir de la visibilidad de las mismas. Pues si se ocultan, y originan una daño a un tercero inocente, el responsable se le debería perseguir como autor de dolo eventual o por culpa, según los antecedentes, circunstancias y datos concretos del caso¹⁵².

En conclusión: la offendícula representa un acto de legítima defensa, cuando es ***visible***. Y la misma actúa, en forma predispuesta

¹⁵⁰ . Ignacio Villalobos. Ob. cit. Página. 109.

¹⁵¹ . Mariano Jimenez Huerta. Ob. cit. Página 290.

¹⁵² . Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. cit. Página. 311.

por el titular del bien jurídicamente tutelado; o por un tercero, por órdenes del titular.

4.- FUNDAMENTOS Y REQUISITOS DE LA DEFENSA PROPIA.

Una de las cuestiones del instituto de la legítima defensa, que suscitan más polémica, es la de establecer dentro de la dinámica de los hechos, que condiciones deberán de surtirse para que la defensa propia o de terceros, se estime como legítima de acuerdo a la norma que lo prevee.

En torno a esta cuestión, surgen tópicos por demás interesantes los que desde luego nos dan la pauta, para solucionar la problemática que presenta el instituto.

En puntos anteriores aducimos, que había que diferenciar entre la necesidad como fundamento de la legítima defensa; y la necesidad racional como requisito sine qua non, de dicho instituto. Pasemos a analizar los anteriores ingredientes basilares.

5.- LA NECESIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA DEFENSA PRIVADA.

La legítima defensa es un verdadero estado de necesidad, y como tal, constituye una especie dentro del genero "estado de necesidad".

En forma elocuente el Maestro **Jiménez de Asúa**, aborda y dilucida el problema relativo a la “necesidad”, como esencia de la legítima defensa; y al efecto se expresa en los siguientes términos: “La necesidad más que un simple requisito, sin el cual ésta subsistiría en sí, aunque excesiva, es una condición sine qua non. Así como no hay defensa legítima sin agresión, no habrá legítima defensa sin necesidad. Ya hemos visto que aparecen, de éste modo, la agresión y la necesidad como los polos sobre los cuales gira el eje del instituto justificante. La necesidad no es imposibilidad de usar otros medios, como se afirma en Alemania, sino necesidad de usar otros cuando fueran eficaces. La necesidad demanda pues, la inevitabilidad del ataque, pero no en sí mismo, sino que como veremos, en subordinación a elementos más trascendentes, con lo que se evita a dar a la defensa legítima el carácter de subsidiario. La necesidad no se identifica con la irreparabilidad del bien agredido, aún que considera éste en su entidad y en su importancia. Tampoco admitimos que la necesidad sea exclusivamente oportunidad y menos lo confundimos con la proporción del medio empleado en el orden del ataque o el peligro. **Ahora bien, la necesidad es todo esto: supone oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todos ellos en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción**¹⁵³.

¹⁵³ . Luís Jimenez de Asúa. Ob. cit. página. 213.

La opinión vertida por Jiménez de Asúa, nos da la clave para asimilar en toda su extensión, la esencia del concepto necesidad como fundamento de la legítima defensa. Pero es menester sistematizar el contenido de las notas que le dan cuerpo a la entidad, sobre todo si partimos de la consideración lógica de que la falta de alguna de esas notas, genera la inexistencia del instituto; o bien hacen que la defensa se torne excesiva.

El **Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León**, en el artículo 17 fracción III, en cuatro circunstancias negativas, nos enuncia la inexistencia del instituto de la legítima defensa por falta de necesidad. Dichas circunstancias son las siguientes:

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

Segundo:- 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.

Las anteriores circunstancias negativas originan la inexistencia de la legítima defensa por falta de necesidad, y respecto a esto, -pues nuestro Código Penal en Vigor, es una copia del federal

anterior al vigente- se ha hecho una severa crítica: “El texto mexicano, regula de adverso la defensa, con monótona, fatigosa e inelegante prolijidad; con excesivo casuismo y barajando requisitos positivos y negativos”¹⁵⁴.

Así mismo también originan la inexistencia de la legítima defensa por falta de necesidad, cuando no hay agresión (defensa putativa), o cuando falta alguno de los requisitos que califican la agresión de actual, violenta y sin derecho, y de lo cual ya nos hemos ocupado.

Camaño Rosa, respecto a la necesidad, nos indica que la necesidad debe apreciarse en un doble sentido, y al efecto aduce: “En consecuencia, la necesidad no se refiere a la mera proporción, sino a la existencia misma de la legítima defensa y, si falta la invalida. La necesidad objetivamente apreciada, se refiere a esa conditio sine qua non que acabamos de exponer, y la racionalidad afecta al medio y ha de ser entendida de modo circunstancial, pero sin que su desproporción sea tanta que llegue a decidir la índole excesiva de la defensa”¹⁵⁵. El anterior autor, confirma lo que hemos venido sosteniendo; y así se establece en la norma penal que preceptua el instituto de la legítima defensa, de que la necesidad debe asimilarse como fundamento en toda su extensión, y como uno de los requisitos que la legitiman y que es el concerniente a la necesidad racional del medio empleado, al que se

¹⁵⁴ . Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XVIII. Página. 140.

¹⁵⁵ . Antonio Camaño Rosa. Ob. cit. Página. 60.

alude en la circunstancia tercera y cuarta, de la fracción III del artículo 17 del Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León.

Jiménez Huerta asevera: “Sin necesidad no hay defensa legítima; pero la sola necesidad es insuficiente para integrar el instituto. Dicha necesidad debe de ser **racional**.”¹⁵⁶

Resumiendo: cuando falta la necesidad en la defensa privada, esta es del todo inexistente, pues no se justifica la reacción del agente. En cambio si falta la necesidad racional, también se genera la inexistencia del instituto, pero los efectos de la actitud defensiva no resultan ser del todo nugatorios, en cuanto que, ubican al agente en el supuesto de “exceso en la legítima defensa”, y de cuyo análisis nos ocuparemos en el capítulo siguiente. A continuación paso a ocuparme del estudio de esas notas que integran la necesidad, como fundamentos y requisitos del instituto de la legítima defensa; y las que han sido acogidas por nuestra legislación penal mexicana, y confirmadas e interpretadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados de Circuito.

5.1.- OPORTUNIDAD EN LA DEFENSA.

La oportunidad en la defensa se encuentra vinculada con un factor cronológico, contemporaneidad entre la defensa y la agresión.

¹⁵⁶ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Página. 279.

Sobre la actualidad u oportunidad de la defensa, **Ricardo Nuñez**, nos dice: “La defensa es temporalmente inoportuna, cuando se ejerce antes o después de producida la agresión, pues sólo la existencia del peligro que involucra aquélla, justifica como necesaria la defensa”¹⁵⁷.

Sergio Vela Treviño al referirse a la oportunidad en la defensa, nos dice: “Al igual que ocurre con la agresión, que debe de ser actual, el acto defensivo también necesita una condición de orden temporal. Sabemos ya que el reconocimiento del Estado de encontrarse transitoriamente imposibilitado de proteger los bienes o intereses jurídicos, autoriza el ejercicio de la autodefensa. Ese reconocimiento estatal es, como ya se dijo, transitorio y queda supeditado a que las circunstancias objetivas actualicen un peligro al bien tutelado; por ello, la agresión debe ser actual; pero, por las mismas razones, el acto defensivo debe realizarse durante ese lapso de desprotección de parte del estado y coincidiendo con la agresión misma. De no imponerse esa limitación temporal al ejercicio del derecho a la defensa legítima, se estaría autorizando la venganza privada mediante la autojusticia ilimitada”¹⁵⁸.

El problema de la oportunidad en la defensa, es un problema de “actualidad o inminencia en el peligro de daño”, el que como ya dijimos a tratar el tema, éste es la periferia de la agresión. **Los límites comprendidos entre el inicio y fin del peligro de daño, a los**

¹⁵⁷ . Ricardo Nuñez. Derecho Penal Argentino. Tomo Primero. Parte General. Pág. 367.

¹⁵⁸ . Sergio Vela Treviño. Ob. cit. Página. 276.

bienes jurídicamente tutelados del agente, son los que justifican la oportunidad en la defensa. Al efecto la **Suprema Corte de Justicia, ha dicho lo siguiente:**

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. Quinta Epoca: Suplemento de 1956, pág. 290. A.D. 2553. Félix Monsiváis Muñiz. 5 votos.

LEGITIMA DEFENSA. INEXISTENCIA DE LA. La reacción defensiva efectuada cuando ya se había consumado el ataque y el peligro que se pretende la motivaron, no puede considerarse como legítima defensa ni exime de responsabilidad penal. Sexta Epoca. Segunda Parte. Vol. I, pág. 76. A.D. 5054/56. José Luis escoto López. 5 votos.

LEGITIMA DEFENSA. No puede hablarse de la legítima defensa como excluyente de responsabilidad, si en el momento de realizarse el disparo al procesado, la agresión había cesado y, al cesar la agresión, había desaparecido el peligro, por lo que la conducta del reo no encuentra justificación en la ley y es antijurídica por constituir un acto posterior de venganza. Sexta Epoca. Segunda Parte. Volumen XXVII. Pág. 60. A.D. 2398/58. Juan Pineda López. Unanimidad de 4 votos.

De los anteriores precedentes de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, se infiere la contemporaneidad que debe de surtirse entre la defensa y la agresión; y que es la existencia del peligro de daño, lo que justifica la oportunidad en la defensa, de tal suerte que el rebasamiento a los límites temporales trae como consecuencia que la supuesta actitud defensiva, sea un acto de venganza.

5.2.- FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE.

Como uno de los requisitos para que se justifique la legítima defensa, la norma penal exige “falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende”. Así se estatuye en la fracción III del artículo 15 del Código Penal Federal; y a contrario sensu se infiere de la circunstancia primera, fracción III, del artículo 17 del Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León.

Al simple provocador de la agresión, no se le niega el derecho de defenderse **-nos dice Ricardo Nuñez-**. El provocar tiene dos significados. Desde el punto de vista objetivo, puede provocar la agresión cualquier acto inocente del que luego se defiende. Un gesto, una palabra o un proceder carente de toda intencionalidad o imprudencia, puede motivar la reacción de un malvado o interperante, que es la verdadera causa de la agresión, no la explica ni la disculpa y, de tal manera, no daña el derecho de defenderse del agredido. La provocación, como conducta que perjudica a su autor, debe tener, necesariamente, un significado subjetivo. Desde este punto de vista, la

provocación exige la falta de inocencia del autor. ***Sin embargo, para volver ilegítima la defensa no basta que se haya provocado la agresión en el doble sentido objetivo y subjetivo, es necesario además, que esa provocación sea suficiente*** ¹⁵⁹.

Camaño Rosa nos dice que en realidad la provocación suficiente equivale a agresión ilegítima. Quien provoca crea en realidad un falso estado de necesidad. Gramaticalmente, provocar significa excitar, incitar, inducir a uno con palabras para que se enoje. El Tribunal Supremo de España aceptó este concepto. En la especie, significa incitar a otro a que ejecute la a agresión. Por consiguiente, quien se vea en la necesidad de defenderse no debe de haber dado, por su parte, causa al ataque sufrido, incitando o provocando al agresor¹⁶⁰

Jiménez de Asúa establece al respecto: “La causa de la legítima defensa es evitar el peligro que nos amaga o que nos amenaza, dentro de la conocida naturaleza de esta justificación que consiste en hacer triunfar el bien jurídico de mayor valor o de mejor índole por su legitimidad. La causa se vicia cuando hemos provocado

¹⁵⁹ . Ricardo Nuñez. Ob. cit. Páginas 360, 361 y 363.

¹⁶⁰ . Antonio Camaño Rosa. Ob. cit. Páginas 65 y 67.

suficientemente el ataque. En verdad la falta de provocación suficiente es un requisito que parece referirse ante todo a la agresión: esta no debe de ser provocada; pero es cierto que también afecta a la defensa, que corresponde sólo legítimamente a quien no provocó.¹⁶¹

VON LISZT establece: “Que es indiferente para el Derecho actual, que la agresión haya sido o no prevista, y que fuera o no culpable de ella el agredido. El que ha provocado la agresión de otro – que tal vez estaba loco- no pierde tampoco, por esta causa, el derecho de legítima defensa de legítima defensa cuando su intención fuere encaminada a matar el legítimas defensa¹⁶².”

Jiménez Huerta nos dice: “Determinar cuándo el acto indebido o ilícito del agredido “provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ello”, sólo puede resolverse, como indica Jiménez de Asúa, mediante un proceso empírico –cultural de la concreta situación, pues sólo de esta forma podremos resolver si el acto indebido o ilícito del que después resultó agredido dio tan sólo ocasión a la agresión por su torpeza o culpa o, por el contrario, representó una verdadera y descarada provocación”¹⁶³.

Sobre la provocación suficiente **Manzini** aduce: “Que no toda provocación debe invalidar la repulsa legítima y habla de una

¹⁶¹ . Luís Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Página. 232..

¹⁶² . Franz Von Liszt. Ob. cit. Páginas. 333 y 334.

¹⁶³ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Página. 227.

relación de proporción entre la causa y el efecto. Esto es lo que, con frases más exactas, llaman los Códigos de España e Hispanoamérica “provocación suficiente”. La jurisprudencia italiana reconoce también la defensa de provocador ¹⁶⁴. De lo anterior se colige, que el problema de la provocación suficiente, es un problema inmanente a de la proporcionalidad en la defensa. Una injuria no es constitutiva de una provocación suficiente, de tal suerte que pueda ser repelida con un disparo de arma de fuego. En este caso el provocador puede hacer uso con causa justificada de la auto-defensa, en virtud de que su provocación no fue suficiente, para que se repeliera con una arma de fuego.

Pues para que la provocación sea suficiente, de tal manera que haga nugatoria la defensa personal, se requiera que aquella presuponga, como lo establece Camaño Rosa, una verdadera agresión que ponga en peligro los intereses vitales del agresor. Si la provocación no es suficiente, el provocador no se encuentra obligado por las circunstancias a dejarse lesionar en sus bienes jurídicamente tutelados, por el agresor provocado, quien solamente tiene derecho a una defensa proporcional, a la magnitud de la provocación insuficiente.

Algunos penalistas consideran que para hacer inoperante la legítima defensa no solamente se requiere que haya provocación suficiente, sino que además debe de ser ***inmediata al hecho***. **Sisco**

¹⁶⁴. Citado por Antonio Camaño Rosa. Ob. cit. Página. 67.

nos dice al respecto: “Carrara, al hablar de la provocación, dice que esta debe de ser suficiente, y, además inmediata al hecho. La proximidad entre el hecho y la provocación, es indudable, otro requisito que se agrega a los ya estudiados. Si entre la provocación y la reacción, ha mediado un lapso más o menos prolongado, no existirá la provocación suficiente de que habla la ley”. Ejemplificando: Un día determinado, “A” provoca a “B”, quien no reacciona ante la provocación. Al día siguiente vuelven a encontrarse, y “B” saca su arma de fuego para agredir a “A”; este al defenderse, y repeler la agresión, ha obrado en legítima defensa, y su provocación del día anterior, no podrá considerarse la “provocación suficiente” que anularía la justicia de la defensa”¹⁶⁵.

En realidad el problema de la inmediatez del hecho a la provocación suficiente, es una cuestión relacionada con la contemporaneidad entre la agresión y la defensa; actualidad en la agresión y oportunidad en la defensa. El Código Penal Federal nos enuncia en el artículo 15 fracción III, que la provocación sea suficiente e inmediata; así mismo el Código Penal del Estado de Nuevo León, se refiere a tal supuesto en el artículo 17 fracción III, primera circunstancia.

5.3.- IMPREVISIBILIDAD E INEVITABILIDAD DE LA AGRESION.

El Código Penal del Estado de Nuevo León, a diferencia del Código Penal Federal, en la circunstancia segunda, fracción III, del

¹⁶⁵ . Luis. P. Sisco. Ob. cit. Páginas. 215 y 216.

artículo 17, se refiere a la previsibilidad y evitabilidad de la agresión, como medios de hacer inoperante la legítima defensa.

El problema sobre el anterior aspecto estriba en determinar desde que momento debe surgir la previsibilidad y la evitabilidad de la agresión, a efecto de hacer inoperante la legítima defensa.

Manzini ha dicho: “La inevitabilidad del peligro, considerada en sí mismo, debe referirse al momento en que el peligro ha surgido, y no al tiempo anterior. No basta, por consiguiente, la previsibilidad de un peligro, y la consiguiente posibilidad de evitarlo, para quitar el derecho a la legítima defensa. Por ejemplo, quien sale de noche y recorre calles de mala fama (aunque sea sin necesidad) puede siempre prever la posibilidad de una agresión, pero éste no es un motivo para negarle derecho de defenderse, cuando en realidad sea agredido”¹⁶⁶.

Tiene razón Manzini cuando asevera que la inevitabilidad del peligro, debe situarse en el momento en que el peligro ha surgido, y no al tiempo anterior. Dentro de éste contexto es menester establecer ¿qué condiciones deben de surtirse para que el peligro sea imprevisto e inevitable?. En otros términos esto da lugar a lo que se conoce bajo el nombre de la ***inexigibilidad de otra conducta***; y esto significa qué: “Para que la defensa sea realmente necesaria es indispensable que el

¹⁶⁶ . Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal. Página. 94.

agente (quien se defiende) no le sea exigible conducta distinta de la que tuvo y con la que repelió la agresión injusta¹⁶⁷.

La no exigibilidad de otra conducta, implica diferenciar dos conceptos diversos: la imprevisibilidad y la inevitabilidad del peligro. A los dos anteriores supuestos se refiere la circunstancia segunda de la fracción III, del artículo 17 del Código Penal vigente en el Estado de Nuevo León.

La mayor parte de las legislaciones penales modernas, sobre toda la alemana, no exigen los requisitos de previsibilidad y evitabilidad, a efecto de hacer inoperante la legítima defensa. Empero, como ya dejamos establecido, la codificación penal del Estado de Nuevo León, si habla de ambos supuestos como causas de inoperancia de la defensa privada. **La Suprema Corte de Justicia de la Nación**, sobre el caso que nos ocupa ha dicho: “Sí bien la legítima defensa no existe cuando se pudo preveer la agresión, por esto debe de entenderse la representación en la mente del agredido de la posibilidad de que se realizara el ataque; la ley se refiere a la acción fácil e inmediata para eliminar la agresión, pero no a los casos en que esta es indeterminada y en los que racionalmente se ignora si acaecerá o no, pues no debe de exigirse que el probable agredido sólo por saber que tiene un enemigo tome extraordinarias medidas de precaución ante la incierta realización que pudiera acontecer; la ley al reconocer el derecho de legítima defensa no

¹⁶⁷. Alfonso Reyes Echandía. Ob. cit. Página. 161.

impone al que hace uso de él deberes humillantes o que limiten su libre acción (S.J. Tomo LXXVIII, pág. 3278) ¹⁶⁸.

La jurisprudencia citada con antelación, nos indica que la previsibilidad de la agresión, funciona en relación con una **“acción fácil e inmediata para eliminar la agresión”**, en el momento que esta por acontecer, con lo que se confirma lo asentado por Manzini, de que la previsibilidad del peligro, no debe situarse en el tiempo anterior, en el cuál la agresión es indeterminada; sino en el tiempo futuro inminente y la que puede, ser eliminada según el criterio de la Corte, a través de una acción fácil, no humillante para el agredido.

Por lo que en consecuencia, si el peligro no puede ser conjurado a través de una acción sencilla y rápida, en el momento en que este por presentarse como efecto de una agresión, ésta no se tendrá como previsible, y por ende, será legítima la defensa privada. No basta una simple previsibilidad, más o menos vaga, de la posibilidad del hecho; será preciso la concreta previsión cierta y no una mera sospecha.

Situación diversa acontece con la evitabilidad de la agresión. Este supuesto debe de surtirse, a fin de hacer inoperante la defensa privada, en el momento de que emerge un peligro de daño, como consecuencia de una agresión injusta. ¿Cómo puede evitarse el peligro de daño, en el momento en que surge la agresión?. ¿Será la fuga o la

¹⁶⁸ . Citada en el Código Penal Anotado de Raúl Carrancá y Trujillo. Página. 100.

huida una manera de esquivar el peligro inminente derivado de una agresión?. ¿Cuándo es inevitable el peligro de daño?. Éstos interrogantes se plantean en torno a la inevitabilidad del peligro de daño, a fin de justificar la defensa privada.

La fuga no evita el peligro de daño, en caso de agresión injusta, y al efecto **Fontán Balestra** nos dice lo siguiente: “Es común preguntar si la posibilidad de la huida supone haber podido eludir la agresión por otros medios. El planteo es bastante teórico, porque quien es objeto de una agresión contra su persona no podrá tener por cierto que huyendo va eludir el ataque; es una cuestión de velocidad o de distancia, y quien es motivo de otro tipo de ataque –contra el honor, v.g.- con la fuga no evita la agresión, sino que se queda con ella. Una cosa es el prudente alejamiento anterior a toda agresión, que no implique desdoro para el interesado, pues, en tales casos, su repulsa podría no resultar necesaria. Pero este principio tampoco es absoluto; en la práctica, habrá que tomar en consideración todas las circunstancias del caso para decidir”¹⁶⁹.

Giuseppe Maggiore respecto a la fuga nos dice: “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. Contra los antiguos, y especialmente contra del derecho romano, que sostenía la obligación de la fuga (no así el derecho

¹⁶⁹ . Carlos Fontán Balestra. Ob. cit. Página. 143.

canónico), se ha declarado la doctrina moderna casi unánimemente, al sostener que la ley no puede imponer una vileza¹⁷⁰.

Mariano Jiménez Huerta, opina al respecto: “Cuando la agresión puede ser evitada mediante un repliegue estratégico que pueda liberar del ataque, cuando el agredido puede sustraerse a la ofensa sin peligro para su persona ni dejación o desdoro de los deberes de su cargo –militares o agentes de policía– escondiéndose, ocultándose, impetrando el auxilio de la autoridad o emprendiendo la huida, es obvio que no existe la situación de necesidad que sirve de fundamento legítimo a la defensa privada”¹⁷¹.

Nuestra **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, no obliga al agente de la defensa recurrir a la fuga, para evitar la agresión, a continuación transcribimos dos ejecutorias citadas por Mariano Huerta Jiménez Huerta: “La circunstancia de que el quejoso pueda esquivar la agresión huyendo, no es razón suficiente para decir que no existe la excluyente, ya que muchas veces, además de que la huida suele no eludir el peligro, debe tomarse en consideración que quien rompe el peligro jurídico, atacando con vías de hechos graves, se coloca al atacado en un plano de repeler la agresión” (tomo LXXIV, p. 4681); “Es injustificado pretender que el que tiene posibilidad legal de hacer

¹⁷⁰ . Giuseppe Maggiore. Ob. cit. Página. 413.

¹⁷¹ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Páginas.. 272 y 273.

uso del derecho de legítima defensa, apele a la fuga, porque esto haría imposible el ejercicio de tal derecho” (tomo LXXIII, p. 4264).¹⁷².

La evitabilidad de la agresión, es un problema de necesidad en la defensa, pero no debe de llevarse al agente al extremo de una fuga vergonzante, en todo caso si a una retirada estratégica, cuándo las circunstancias del caso lo permitan o a un *commodus discessus*. “El *commodus discessus* radica en la actitud de quien, estando ante la inminencia de una agresión y para poder defender el bien, se aparta prudentemente del lugar de peligro o de la situación riesgosa sin que entrañe un deshonor, aspecto que difiere de la fuga indeterminada”¹⁷³.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún cuando no es partidaria de la fuga, como medio de evitar la agresión, si establece el *commodus discessus*, como forma de esquivar el peligro de daño. A continuación citamos el siguiente precedente: “LEGITIMA DEFENSA INEXISTENTE.- Aun cuando la víctima haya disparado en contra del acusado, ante el hecho de que éste se haya dado cuenta de esta circunstancia y a pesar de ello se metiera a su casa a comer para posteriormente salir y ser objeto de posterior ataque por parte de la víctima, revela que perfectamente pudo prever la agresión y evitarla por algún otro medio, resultando inoperante la excluyente de legítima defensa” (Amparo Directo 4322/1966. Tiburcio Sánchez Ibarra. Julio 13 de 1971. Unanimidad. Ponente. Mtro. J: Ramón Palacios Várgas).

¹⁷² . *Ibidem*. Página 274.

¹⁷³ . Orlando Gómez López. *Ob. cit.* Página. 265.

Jiménez de Asúa, - citado por Porte Petit- al comentar el Anteproyecto de Código de Defensa Social Veracruzano, expresó que consideraba peligrosísima la letra b), equivalente a la segunda condición negativa de la fracción III, del artículo 15, porque verdaderas legítimas defensas quedarían invalidadas por esta fórmula¹⁷⁴. Es decir se refiere a las relativas a la previsión y evitabilidad de la agresión. Pues la necesidad en la defensa, mediante un juicio empírico-cultural, nos indicará cuándo la agresión pudo haber sido fácilmente prevista y evitable; sin que se requiera que sean estatuidas como condiciones negativas de la legítima defensa.

5.4.- LA NECESIDAD RACIONAL.

La necesidad es en términos lisos y llanos, el fundamento de la legítima defensa, como causa de justificación. La necesidad racional, es el requisito que la complementa; porque puede haber necesidad en la defensa privada ante una agresión actual, violenta y sin derecho, pero la reacción puede resultar desmedida y traspasar los límites de la racionalidad. Y entonces ya no estaríamos en los terrenos de la legítima defensa, por falta de racionalidad en el medio utilizado, sino en el campo del exceso en la legítima defensa. Por eso se aduce, que la proporción constituye el **quid** de la necesidad racional, como requisito

¹⁷⁴ . Celestino Porte Petit Candaudap. Ob. cit. Página. 409.

complementario de la necesidad como fundamento de la legítima defensa.

El concepto de necesidad racional no es uniforme, ni en la ley ni en la doctrina, sobre toda en la alemana donde priva el principio de que el derecho en ninguna forma debe ceder ante el injusto. Dentro del derecho latino, corresponde a **Jiménez de Asúa** el mérito de esta depuración en torno a la necesidad de la defensa, mérito que ha de reputarse universal, visto en este punto el anómalo pensamiento alemán¹⁷⁵. Jiménez de Asúa como lo hemos indicado con antelación, con nitidez científica, en forma casi axiomática, precisa la diferencia entre el toda y la parte en cuestión, entre la necesidad como fundamento de la defensa privada, y la necesidad como proporción en los medios empleados en la defensa; y que subsume esto último en el concepto de “necesidad racional”.

En lo que atañe a la doctrina penal mexicana, corresponde a **Jiménez Huerta** darnos una noción clara y precisa, sobre el concepto de necesidad racional; y al efecto se expresa en los siguientes términos: “Si la legítima de defensa en un estado de necesidad, ha de quedar limitada por ésta regla: no podemos sacrificar un bien superior para defender otro insignificante; es decir lo contrario de lo dicho por la jurisprudencia alemana. La falta de necesidad no se refiere a la proporción, sino a la existencia propia de la legítima defensa y, si falta,

¹⁷⁵. Fernando Díaz Palos. Ob. cit. pág. 67.

la inválida. Es racionalmente necesaria –indica **Sebastian Soler**– la defensa que se ejercita con medios moderados, en relación a el ataque, y a la calidad del bien defendido. La prudencia de los jueces, las normas de cultura y el mayor o menor grado de seguridad pública efectiva, son principios que desempeñan aquí un papel destacado y de gran amplitud”¹⁷⁶.

De la opinión esgrimida por Sebastián Soler, se infiere que la necesidad racional, se manifiesta en dos vertientes que nos viene a dar la proporcionalidad en la defensa, y las cuales son a saber: El uso en la defensa de medios moderados, y la calidad del bien defendido.

Fontán Balestra alude a tal dicotomía: “Con las palabras necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerle (la agresión) el código argentino caracteriza la acción de defensa propiamente dicha. De ello resultan dos premisas; a).- que se haya creado una situación de necesidad, b).- que el medio empleado sea racionalmente adecuado para evitar el peligro. La necesidad debe de resultar de la agresión. Al calificar la necesidad de racional, se hace un distingo entre necesidad y proporcionalidad, que tiene por consecuencia, por una parte, determinar una cierta proporción, entre los medios, y por la otra, que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta. Proporción en los medios no es lo mismo que igualdad de lesión jurídica o igualdad del mal”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Página 283.

¹⁷⁷ . Carlos Fontán Balestra. Ob. cit. Páginas. 142, 143 y 144.

El argumento de Fontán Balestra, se adecua a nuestra legislación penal. Pues es acertada la aseveración vertida en el sentido de que al calificar la necesidad racional debe hacerse un distingo, entre necesidad y proporcionalidad. Pues toda proporcionalidad en la defensa implica necesidad de la misma; más no toda necesidad, en la dinámica de los hechos de la defensa privada, lleva aparejada una proporcionalidad. Al respecto **Díaz Palos**, nos dice lo siguiente: “La defensa presupone la necesidad, pero ésta, no basta, sino que ha de subordinarse al rango de los intereses en conflicto, al llamado principio de interés prevalente. En consecuencia, la proporción supone siempre la necesidad, pero no al revés, de modo que aunque consideramos que la defensa fue necesaria, pudo muy bien existir exceso por la desproporción del medio empleado”¹⁷⁸.

Esa necesidad racional o proporcionalidad, que de acuerdo a nuestra legislación penal debe de surtirse en la defensa y el ataque, no es una verdad absoluta en todas las legislaciones penales, que reglamentan la legítima defensa. **Mezger** al referirse al derecho alemán nos dice: “En principio, no se requiere la paridad o proporcionalidad entre la defensa y el ataque; si es necesario la víctima puede recurrir a los medios más graves, como ser el homicidio, para defender el bien jurídicamente atacado, aún en el caso de que éste consista en meros intereses patrimoniales”¹⁷⁹. La anterior consideración propia del derecho

¹⁷⁸ . Fernando Díaz Pálos. Ob. cit. Páginas. 66 y 77.

¹⁷⁹ . Edmund Mezger. Ob. cit. Derecho Penal. Parte General.pág. 171.

alemán, ha sido duramente atacada por ir en contra de la dignidad humana, aunque paulatinamente ha sido atemperada por la jurisprudencia, según lo indican los penalistas italianos.

Maurach, al tratar el tema en cuestión aduce: “Esta característica presenta los más difíciles problemas en el derecho a la legítima defensa. El perfil antes tan claro, ha perdido en el presente su nitidez. En todo caso, en la interpretación del término “necesario”, el principio liberal y extremadamente individualista de que el derecho no debe ceder bajo ninguna circunstancia ante el injusto, ha perdido ya buena parte de terreno ante la moderna ética social... No hay dificultad cuando el sujeto agredido se limita a la pura defensa, pues tal conducta, por regla general, no será ni siquiera típica (por ejemplo parar un golpe). El problema surge, en la defensa activa o **defensa ofensiva**. Su necesidad se rige en un principio, por una combinación entre gravedad de la agresión y peligrosidad del agresor. Por regla general, no se debe atender a la ponderación de los bienes en conflicto, para averiguar el carácter de necesario de la defensa. En principio, cualquier bien puede ser defendido hasta la última consecuencia; incluso es lícita la muerte del agresor para salvaguardar un bien material (propiedad, posesión, patrimonio); no se exige una proporcionalidad entre los bienes. El término necesario determina tanto los límites inferiores como los superiores de la defensa lícita. La especie defensiva elegida por el sujeto

agredido dejará de ser necesaria cuando se encuentren su disposición medios menos incesivos¹⁸⁰.

Se infiere de lo anterior, que en el derecho alemán, la proporcionalidad, que es el contenido de la “necesidad racional” de nuestro derecho penal mexicano, es de escasa y limitada entidad; puesto que si el agente, en el momento de sufrir una ofensa en sus intereses patrimoniales (robo de una cuantas manzanas), si sólo tiene a su disposición una arma de fuego, su defensa sería legítima por la ausencia de medios menos incesivos. El uso de medios menos incesivos a que se refiere la jurisprudencia alemana, es lo que **Mezger** denomina como el “principio de la reacción relativamente débil”¹⁸¹.

En materia de legítima defensa, nuestra legislación penal es más avanzada y humanista que la legislación alemana; pues empleando la terminología de Maurach, penetra ésta en el campo de la ética social moderna, donde la proporcionalidad, en su doble vertiente, debe de partir de la valuación de los bienes en conflicto, y donde se nos enseña que no es justo sacrificar un bien jurídicamente tutelado de mayor entidad, por salvar uno de menor valor.

Como ya lo dijimos, el contenido de la “necesidad racional”, los es el de la proporción; y esta concepción, tiene una doble manifestación, a saber: **proporción en los medios empleados; y**

¹⁸⁰ . Reinhart Maurach. Ob. cit. Página 384.

¹⁸¹ . Orlando Gómez López. Ob. cit. Página. 283.

proporción entre el daño que se evita y el que se causa. Es decir, de acuerdo con Sebastián Soler, la defensa es racionalmente necesaria, cuando se ejerce con medios moderados, en relación, al ataque, y a los bienes defendidos. Extremos los anteriores que deberán ser valorados en el caso concreto, a través de un juicio empírico cultural, como diría Jiménez de Asúa, donde el juzgador deberá tomar en cuenta las características inherentes a los sujetos actuantes, las circunstancias de tiempo, lugar y modo, que rodearon al hecho, la naturaleza de las armas utilizadas y la entidad de los bienes en conflicto, las condiciones económicas de los participantes en la mecánica de los hechos que dieron motivo a la defensa privada, y demás condiciones susceptibles de normar el criterio del que juzga.

6.- LA PROPORCIONALIDAD EN LOS MEDIOS UTILIZADOS. Y ENTRE LOS BIENES JURIDICOS EN CONFLICTO.

Nuestro *Código Penal del Estado de Nuevo León*, en la circunstancia tercera de la fracción III, artículo 17, establece que la defensa privada se invalida, cuando no existe necesidad racional en el medio empleado. Por su parte la circunstancia cuarta, no habla de una falta de proporcionalidad entre el daño causado y el que se evita, como forma de hacer inoperante la defensa privada. Nos encontramos frente a un problema relacionado con el balanceamiento de bienes jurídicos en colisión.

En ambos supuestos, nos encontramos frente a un problema de proporcionalidad. ¿Qué deberemos entender por proporcionalidad entre la defensa y la agresión?. ¿Qué criterios se deberán de tomar en cuenta, por parte del Juez, para apreciar en el caso concreto la proporcionalidad, en los medios utilizados, y entre los bienes jurídicos en conflicto?.

En principio, el problema no se centra exclusivamente sobre la proporcionalidad como contenido de la necesidad racional; si no también sobre el tema de la “justicia distributiva”, en cuanto que la proporcionalidad forma parte de ese concepto.

Para juzgar el concepto de proporcionalidad de los medios utilizados, en la dinámica de la defensa necesaria, no sirve como criterio absoluto la paridad en los instrumentos usados por el atacante y el agredido. Pues la cuestión de las armas o instrumentos utilizados, es sólo una dato para determinar “el grado de peligro al que están sometidos los bienes involucrados¹⁸².

Para juzgar la proporcionalidad, como dice **Zaffaroni**, hay que tomar en cuenta no una equiparación de los instrumentos utilizados, sino una cierta proporción entre la conducta lesiva y la conducta defensiva, en cuanto a su lesividad. Así existirá esta

¹⁸² . Orlando Gómez López. Ob. cit. Página. 283.

proporción cuando el que es atacado a puñaladas se defiende con una arma de fuego, aunque objetivamente sea más dañoso el revolver¹⁸³.

En todo caso –**como dice Cuello Calón**–, lo que debe de valorarse como proporción, no es la identidad de los instrumentos con que se ataca y los empleados en la defensa, sino más bien han de valorarse las circunstancias que concurren en el hecho, lugar, ocasión, medios empleados y condiciones del agredido¹⁸⁴.

De las anteriores consideraciones se desprende, que la proporcionalidad, como contenido de la necesidad racional, no puede hacerse depender en forma aislada o abstracta de la identidad de los medios utilizados en la defensa; así como tampoco previamente y a priori, de la valuación en block de los bienes jurídicos en conflicto. Deducimos, que la proporcionalidad a que alude la norma penal, debe de residir en la conducta de quien se defiende de una agresión, la que debe de ser normada en la mecánica de los hechos, por circunstancias de tiempo, lugar, modo, antecedentes del caso, peligrosidad de los sujetos actuantes, medios utilizados, fácil o difícil reparabilidad de los bienes en conflicto. Todos estos datos en su conjunto, ponderados en su justa dimensión por el juzgador, deberán de servir de base para colegir la existencia o inexistencia de ese requisito. Proporcionalidad en sentido jurídico, presupone: “Una correlación entre el significado individual y social de la agresión, frente a las posibilidades y respuestas del

¹⁸³ . Citado por Orlando Gómez López. Ob. cit. pág. 593.

¹⁸⁴ . *Ibidem*. Pág. 282.

agredido, atendiendo a las condiciones individuales de tiempo, modo, lugar y formas de realización de los respectivos actos”¹⁸⁵.

Las consideraciones vertidas con antelación, nos lleva a la conclusión de que la proporcionalidad en los medios utilizados, o entre el bien jurídico sacrificado y el defendido, no es factible llevarlo a cabo de manera apriorística; si no que se hace menester, un juicio empírico cultural, donde el juez norme su criterio, no solamente de forma objetiva, sino también subjetiva, donde tome en cuenta las condiciones internas del agente, su carácter, su estado de ánimo y demás circunstancias propias del fuero interno del agredido. Al efecto, pasamos a analizar los criterios doctrinales que han formulado respecto a la apreciación de la proporcionalidad.

7.- CRITERIOS PARA APRECIAR LA PROPORCIONALIDAD.

Camaño Rosa, al respecto se expresa en el sentido, de que si la racionalidad afecta al **“medio”**, ha de ser entendida de modo circunstancial, pero que sin su desproporción sea tanta que llegue a decidir la índole excesiva de la defensa... Ciertamente que ha de acudir a la apreciación circunstancial, caso por caso, pero el juicio que nos guíe no ha de ser el del propio sujeto en apuros, sino objetivamente, elevando a norma generalizada, que se comprobará en cada hecho, la apreciación

¹⁸⁵. Orlando Gómez López. Ob. cit. Página. 285.

de un hombre razonable en el momento de ser atacado. Así hallamos no una fórmula subjetiva, sino susceptible de individualizarse¹⁸⁶.

La directriz de Camaño Rosa para concretizar el problema de la racionalidad, parte de la base de cómo podría reaccionar un **hombre razonable**, ante una agresión injusta. El criterio me parece injusto, porque el prototipo del hombre razonable, es difícil encontrarlo en todos los casos de legítima defensa, donde el agente más que obrar racionalmente, obra bajo el instinto de conservación, que es el núcleo o substrato de la defensa privada.

Díaz Palos es de la idea de que: “el modo de apreciar la proporcionalidad, en principio debe de medirse conforme a los patrones subjetivos, atendiendo a la apurada situación en que, por regla general, se encuentra en que se defiende. Pero esto ofrece el peligro de aceptar pensamientos erróneos de defensa (defensa putativa, no real) o de amparar toda suerte de excesos defensivos, hijos de la pusimilitad y de la débil condición del defensor. Por ello se impone una consideración objetiva de la situación, pero teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Es el criterio de la apreciación que haría un hombre razonable en el momento de la agresión”¹⁸⁷.

Jiménez Huerta al respecto por su parte argumenta: “La necesidad racional del medio empleado **ha de ser afirmado por el juez**

¹⁸⁶ . Antonio Camaño Rosa. Ob. cit. Págin. 60.

¹⁸⁷ . Fernando Díaz Palos. Ob. cit. Página. 132..

conforme a un criterio circunstancialmente objetivo, para llegar al cuál ha de partir de la relación valorativa de los bienes en conflicto. Si esta comprobación arroja como resultado una **estática proporcionalidad**, es irrefragable que el medio ha sido racionalmente necesario; si por el contrario, el expresado juicio pone en relieve la existencia de una material desproporción entre ofensa y medios empleados, ésta objetiva desproporcionalidad, es susceptible de ser **corregida mediante una exhaustiva y dinámica valoración** de las circunstancias subjetivas en que el agente se hallaba al realizar su acción defensiva, especialmente los medios a su alcance disponibles, el lugar en que se efectuó la agresión, la naturaleza de la misma y la peculiaridad de la persona agredida. El juicio de proporción entre ofensa y defensa **—dice Jiménez de Asúa—**, no ha de hacerse de un modo mecánico y en la frialdad del gabinete, sino subjetivamente y pensando en los apuros del atacado. No es igual sentirse agredido en la plaza pública y a las doce del mediodía, si, además, se es hombre fuerte, que verse atacado de noche, en paraje despoblado y, sobre todo si se es débil, mujer o criatura. **La proporción del medio empleado ha de medirse en orden a esas circunstancias de tiempo, de lugar y de sujeto**¹⁸⁸.

Bettioli aduce: “La doctrina afirma comúnmente que la proporción se refiere a los medios que recurre el agredido en relación con los empleados por el agresor. Esta proporción no debe de examinarse en abstracto, sino en la situación concreta en que se manifiesta la acción defensiva. No debe entenderse en el sentido de que

¹⁸⁸ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Páginas 284 y 285.

el derecho lesionado y el derecho puesto en peligro deben de ser de pareja importancia... La teleología no supone un balance mecánico cuantitativo entre los diversos bienes, sino una valoración de ellos sobre la base de las concepciones éticas dominantes. Así será lícito matar para tutelar el honor sexual, que para una mujer joven y honesta representa un valor superior a la vida. Será lícito matar para defender la integridad corporal o la libertad persona¹⁸⁹.

Maggiore nos dice que la reacción debe de ser proporcionada a la ofensa **en los medios y en el grado**. El exceso en los medios usados, turba la proporción requerida por la ley. Pero este examen debe de hacerse en concreto. En otros términos, la comparación no debe hacerse entre los medios que el agredido podía usar, en abstracto, y los que empleó; si no entre éstos y los que tenía a su alcance. Si éstos eran los únicos que podía emplear, en concreto, para rechazar la violencia, no podrá ya hablarse de exceso, cualquiera que fuera el mal ocasionado. Bien puedo disparar la pistola, sino tengo otra arma a mi alcance, contra el que esta por darme una cuchillada; y puedo emplear una arma contra un hombre de fuerza extraordinaria, aunque este inerme, que me acomete a puñetazos¹⁹⁰.

Las anteriores, son las teorías que considero más destacadas, respecto a las formas de apreciar la proporcionalidad, tanto en los medios empleados, como entre los bienes jurídicos en colisión. La

¹⁸⁹ . Giuseppe Bettiol. Ob. cit. Páginas. 288 y 289

¹⁹⁰ . Giuseppe Maggiore. Ob. cit. Página. 418.

falta de proporcionalidad en los medios empleados, se encuentra contemplada en la circunstancia tercera, de la fracción III, del artículo 17 de nuestro Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León, y a la que se alude como falta de racionalidad en los medios empleados. Y la falta de proporcionalidad entre el daño causado y el que se evita, en la circunstancia cuarta, en la que se estatuye la fácil reparabilidad del daño que iba causar el agresor, o la poca importancia del daño que se iba causar por dicho agresor. **Jiménez Huerta** al comentar las circunstancias tercera y cuarta del artículo 15 del Código Penal de 1931, ya abrogado, y que son idénticas a las nuestras, aduce: “Abunda el Código en el mismo criterio de racional necesidad y descende a contemplarlos desde otro punto de vista: el del medio empleado. Expresa la circunstancia tercera de la misma fracción, que no existe defensa legítima si se prueba **que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa**. No era, en verdad, preciso que el Código derivase al específico examen de la racionalidad del medio, pues este problema hállase **ínsito** en el de la comparación valorativa de los bienes en conflicto, **ya que la importancia del daño que causa la defensa es siempre oriunda del medio empleado**. Dijérase que el Código quiere también aquí ser fiel a la redundancia de expresiones que para exponer un mismo concepto emplea en materia de legítima defensa”¹⁹¹.

Estimo, que no es del todo acertada la opinión de Jiménez Huerta, en el sentido de que la circunstancia negativa tercera, se haya ínsita en la cuarta. Es cierto que la importancia del daño tiene su origen

¹⁹¹ . Mariano Jiménez Huerta. Ob. cit. Página. 284.

en el medio empleado; pero también es cierto, que la proporcionalidad en el medio empleado, requiere en múltiples ocasiones, según las circunstancias, ser ponderada en forma autónoma, sin considerar el balanceamiento del daño causado y el evitado. Por ejemplo, habrá proporcionalidad en el medio utilizado en la defensa, y por ende necesidad racional, cuando el agente se defiende con una arma de fuego frente a la agresión proveniente de un hombre corpulento experto en artes marciales. Aquí lo que se aprecia, no es la proporcionalidad entre el daño causado y el que se esquiva, sino la proporcionalidad cualitativa de los medios empleados en la defensa y en el ataque. Pues es obvio que en una persona experta en artes marciales, con la letalidad de su golpes es capaz de dañar seriamente al agente en su integridad física. Por eso considero, que según las circunstancias, la racionalidad en el medio utilizado en la defensa o proporcionalidad, es factible de surtirse en forma independiente a la circunstancia cuarta.

Reyes Echandía, nos indica: “Que la proporcionalidad es predicable tanto de los bienes en conflicto como en los medios utilizados para repeler el ataque” ¹⁹².

¹⁹² . Alfonso Reyes Echandía. Ob. cit. Página. 273.

Retomando el tema, de acuerdo con las tesis que se ha expuesto, la que más se acerca al concepto de justicia distributiva, es la preconizada por Jiménez Huerta, quien acertadamente aduce que la proporcionalidad es factible de ser ponderada por el juzgador, en dos estadios. El primero como prioritario; y el segundo subsidiario, y dentro de dos realidades distintas: **una estática y otra dinámica**. En la estática: si los bienes jurídicos en confronto, son los mismos, lesión corporal contra lesión corporal; y los medios utilizados en la defensa, son paritarios cualitativamente, arma letal contra arma letal, no habría ningún problema para apreciar la proporcionalidad dentro de una realidad estática. Por el contrario, si el acto ataque-defensa, se desenvuelve en condiciones de **aparente desproporcionalidad**, en los medios utilizados o en el daño causado y el evitado, esa desproporción objetiva, es susceptible de ser analizada y juzgada dentro de **la dinámica de los hechos que dieron lugar al acto de ataque-defensa**. Y dentro de esta perspectiva, valorar las condiciones anímicas en las que se encontraba el agente, las armas disponibles que tenía en el momento, la peligrosidad del agredido, y todas las demás circunstancias de tiempo, lugar y modo.

Objetivamente se aprecia un evidente desbalanceamiento, entre los bienes jurídicamente tutelados, en el hecho de privar de la vida a una persona, por una agresión a un interés patrimonial. No existirá dentro de una realidad estática, una proporción entre el daño que se causó (la muerte del agresor), y el que se iba a causar al agente (pérdida o destrucción de un interés patrimonial). Pues de todos es sabido que la

vida es un valor de rango superior, a la de los intereses patrimoniales. Pero dentro de una realidad dinámica, el problema se torna de una manera muy diferente a la que se concibe dentro de la fase estática. Un campesino, que mediante un acción defensiva priva de la vida a una persona que pretendió quemarle la siembra de algún cereal, y de la cuál dependía la subsistencia de él y la de toda su familia, por todo una año, ¿podríamos en éste supuesto hablar de desproporción entre el daño causado (muerte), y el daño que se evitó (la quema del cereal)? Yo considero que no, en virtud de que si, bien es cierto que la vida, aparentemente, es un valor de rango superior, al de los intereses patrimoniales, la ponderación en el caso concreto adquiere un matiz distinto, en cuanto que la conservación del interés patrimonial, por parte del atacado adquiere la característica de vital; y esta circunstancia analizada a través de un juicio empírico- cultural, debe de revelar la racionalidad del medio empleado a que se refiere el legislador en la norma penal.

Otro ejemplo: El hombre que es atacado a puñetazos en la noche y en despoblado, y que se defiende con una arma de fuego, causando la muerte a su agresor, de quien a la postre se supo y se pudo probar, que se encontraba desarmado. En ésta hipótesis, cobra también vigencia la tesis de Jiménez Huerta, de que cuando hay un desfase en la realidad estática, hay que escudriñar en la realidad dinámica, para poder establecer si efectivamente, hubo o no proporcionalidad en el medio empleado en la defensa, apelando a las circunstancias de tiempo, lugar y modo como fue propinado el ataque.

En conclusión, el juicio de proporcionalidad, en su doble vertiente, debe llevarse a cabo, en mi opinión, tomando en consideración las directrices dictadas por Jiménez Huerta, que son las que intrínsecamente conllevan a la realización de la justicia distributiva como valor supremo del derecho.