

**CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO**  
**LA ANTIJURIDICIDAD COMO LÍMITE**  
**A LA CONCEPCIÓN DEL DELITO**

— I —

**La antijuridicidad, el injusto y la unidad del orden jurídico**

En la ciencia del Derecho con frecuencia se emplea indistintamente las voces "ilegal", "antinormativo" y "antijurídico" para referirse a un mismo fenómeno con relación a la conducta. Pero en sentido estricto hay diferencias entre esos vocablos. La antijuridicidad es —o debería ser— una expresión más rica en contenido que el de los vocablos ilegalidad y antinormatividad. Todas tienen el común denominador de ser juicios respecto de una conducta contraria a Derecho, pero mientras que la voz "ilegal" alude a la contrariedad de una conducta con la ley y la palabra "antinormativa" se refiere a la calidad de una conducta que es contraria a la norma —no todas las normas se encuentran en leyes—, la antijuridicidad es el juicio del desvalor de una conducta que lesiona bienes jurídicos y contraría al Derecho. Puede haber conductas ilegales o antinormativas que no lesionen bienes jurídicos, pero no puede —o no debiere— haber conductas antijurídicas ayunas de lesión o de riesgo de lesión a bienes jurídicos.

Para que una conducta sea delito es preciso que sea antijurídica. La antijuridicidad es siempre una estimación sobre el carácter desvalioso de una conducta lesiva frente al Derecho y en tal sentido la antijuridicidad es un concepto que atañe a todo el Derecho en general, sin que haya una antijuridicidad específicamente penal. Pero tan es posible que un ilícito civil o administrativo carezca de relevancia penal como es imposible que una conducta sea delito sin que sea antijurídica. Ello se debe al carácter subsidiario del Derecho Penal, en tanto que no todos los hechos antijurídicos tienen que —ni deben de— estar penalmente tipificados en la ley. Lo inadmisibles es que una conducta sea delito y a la vez conforme a Derecho en otra materia no penal. La antijuridicidad de una conducta que es delito se corresponde con la naturaleza propia de toda conducta típica que se realiza sin el amparo de una causa legal de justificación. Y ello es así porque al ajustarse la conducta a un tipo penal lesiona a uno o más bienes jurídicos, a la vez que es indiciariamente contraria a la norma de determinación-valoración que subyace en la norma prohibitiva del tipo penal realizado. De tal suerte que si tal conducta no se efectúa junto al amparo de una causa legal de justificación, el indicador de la contrariedad de la conducta típica con la norma de determinación-valoración no se verá neutralizado por el ajuste de aquella conducta a las normas permisivas que se desprenden de las causales legales de justificación para los casos de conflictos de intereses. Con lo cual, en suma, se puede confirmar que la conducta es prohibida y, por ende, contraria a Derecho.

De aquí que el delito sea siempre una "*disonancia armónica*". Palabras con las que Jiménez Huerta metafóricamente el carácter de la conducta que es antijurídica en el ámbito del delito en su magnífica monografía "La antijuridicidad". En ella el autor concluye en esencia que, la antijuridicidad es un juicio que se emite acerca del carácter desvalioso de una conducta porque lesiona un bien jurídico y ofende a los ideales valorativos de la

comunidad insitos en el Derecho.<sup>816</sup> Tal idea la reproduce el artículo 43 del CPC al definir a la conducta antijurídica, pues señala que: *“Es antijurídica la conducta que objetivamente lesiona bienes jurídicos y ofende al Derecho”*. Con lo cual parecería que en el artículo 43 del CPC se habría preferido puntualizar cuándo una conducta típicamente relevante es antijurídica, en vez de conceptualizar a la *antijuridicidad* con el mero enfoque antinormativo como lo hacía el código anterior al decir que aquella es *“la contradicción entre el comportamiento objetivo y el deber insito en la norma”*, noción legal que se refería más al juicio abstracto de desvalor que podría implicar cualquier conducta en el ámbito general del Derecho por ser contraria a normas —antinormatividad— pero sin atender a la lesión de bienes jurídicos. Mientras que en el nuevo concepto del CPC se destacan de manera sencilla dos datos fundamentales que reflejan la esencia de la antijuridicidad de una conducta y que en la esfera penal se aprecian mejor: la «lesión jurídica» y la «ofensa al Derecho». O dicho de otro modo, el código actual atiende mejor a la valoración de la conducta sobre la cual el juez penal se debe pronunciar en el caso concreto si ella es injusta, sólo si acaso se dan aquellos datos. Con lo cual se encausa a la interpretación por senderos congruentes con el carácter óntico-valorativo de la conducta humana como objeto de regulación penal y, asimismo, con los límites que se derivan de la necesaria lesión jurídica que debe haber en la concreción de todo tipo penal que como tal prohíbe ciertas conductas. Y los que pueden dar más luz al aplicador de la ley. Toda vez que por un lado el concepto recoge en su seno a la conducta sobre la cual se emite el juicio objetivo de valoración de si es o no es antijurídica. Y por el otro, a los elementos culturales y axiológicos necesarios para que se pueda integrar la esencia de lo antijurídico de la conducta en el ámbito del injusto penal: la lesión jurídica —daño o peligro al bien jurídico— y la ofensa al Derecho —contrariedad de la conducta con la norma prohibitiva— que aquella debe motivar.

Para ello cabe reiterar que así como el tipo acoge dentro de sí a la acción (sólo las acciones pueden ser típicas.) A su vez, el injusto presupone a la acción típica —y por tanto, lesiva de bienes jurídicos— sin causa legal que la permita. De esta manera, sólo la acción que sea típica puede constituir un injusto. En cambio, la antijuridicidad no es una categoría especial del Derecho Penal sino de todo el ordenamiento jurídico. Como ya se apuntó, hay conductas que pueden ser antijurídicas para el Derecho civil o el Derecho público y no obstante ser irrelevantes a efectos penales. Pero sin que todo ello autorice a pensar que la lesión de bienes jurídicos no importa para decidir la antijuridicidad en otras materias del Derecho, porque aquella lesión es esencial para definir el carácter antijurídico de cualquier conducta dentro y fuera del Derecho Penal, al menos dentro de la concepción ideal del estado de derecho en el que se inspiran las normas constitucionales. Y es que entender que la conducta lesiva de bienes jurídicos no interesa a los efectos de definir la esencia de los hechos ilícitos es ya dar un paso rumbo a un sistema autoritario, porque prohibir o sancionar acciones no lesivas de bienes jurídicos conlleva al estado-policía donde el resultado muy bien puede ser una serie de limitaciones intolerables al ejercicio de nuestras libertades constitucionales. En el Derecho sancionador debieron privar dos reglas generales: La primera regla general es el amplio derecho constitucional del ejercicio responsable de nuestras libertades cuyo límite es el respeto a los derechos y los bienes jurídicos de los demás. Y en virtud de ello —como segunda regla general— sólo deberían derivarse consecuencias jurídicas adversas para una

---

<sup>816</sup> Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, Imprenta Universitaria, México, D. F., 1952, pp. 1 a 13, 117 y ss.

persona respecto de aquellas conductas que impliquen lesionar los bienes jurídicos en los que se manifiestan los derechos de los demás. De esta manera, aunque la antijuridicidad no es específica de la materia penal si es un límite que se impone al poder sancionador del Estado y que en materia penal se manifiesta con la exigencia de que a la conducta que realiza el tipo siempre le debe ser imputable la lesión significativa —daño o peligro de daño— de bienes jurídicos y la cual, además, es contraria a la norma prohibitiva del mismo.

Ahora bien, la antijuridicidad con el contenido anotado —como contrariedad normativa que es lesiva de bienes jurídicos— no es —ni debiere ser— exclusiva del Derecho Penal. Porque si bien es verdad que en otras materias del Derecho se responsabiliza por el daño causado por otro, como sucede con la obligación de reparar el daño que tienen los que guardan una relación especial de autoridad o cuidado con quien causa el daño, igual es cierto que esa obligación de indemnizar parte del hecho ilícito —contrario a la norma— realizado por ese otro: menores, pupilos, incapaces, etc., donde precisamente tal hecho lesionó bienes jurídicos. También es incuestionable que en ocasiones se obliga a indemnizar por el daño que origina el uso de instrumentos peligrosos, pero igual lo es que no todas las obligaciones derivan de conductas antinormativas y, además, en aquellos casos sí hay un daño a bienes jurídicos de otros que origina el uso de dichos instrumentos —uso que da beneficios al propietario o disponente del instrumento— y que en su conjunto motivan la obligación de indemnizar. Es igualmente verdad que hay ciertas conductas que devienen violatorias de reglamentos sin que se concrete algún peligro ni menos el daño de un bien jurídico (desde el viandante que cruza la calle vacía cuando el semáforo está en verde para el tráfico rodado hasta el conductor que desatiende la señal de alto, al ver el uno y el otro que no vienen coches por la vía libre), pero la razón de la norma prohibitiva de éstas conductas sí está dada por el peligro potencial de bienes jurídicos que las mismas representan. Y si por antijuridicidad se debiere entender la mera contrariedad a la norma de una conducta, sin importar que haya lesividad —lo cual es discutible— cabe entonces volver a recordar que el motivo de las normas prohibitivas de conductas que involucran los tipos penales es siempre la lesión o peligro de lesión significativos al bien jurídico imputable a las conductas desaprobadas que integran cada tipo penal. Sin que esto autorice a pensar que hay una antijuridicidad específicamente penal, porque hay un sinnúmero de conductas antijurídicas que no están tipificadas y que, por ende, no son delito. La antijuridicidad es un signo distintivo esencial del delito pero ella pertenece a todo el campo del Derecho.

En el Derecho Penal se suele diferenciar entre el injusto y la antijuridicidad, mas ésta diferencia solo tiene valor en cuanto que la antijuridicidad es el juicio objetivo que se pronuncia sobre el carácter desvalioso de las conductas lesivas que son contrarias a Derecho, mientras que el injusto es la referencia al carácter antijurídico que reviste una concreta conducta penalmente típica. El injusto es, pues, una concreta conducta típica que es antijurídica. Y es que en materia penal el objeto sobre el cual recae el juicio de antijuridicidad no es cualquier conducta ilícita. Sino que aquél juicio se endereza sobre la conducta concreta que enmarca en el tipo penal de un delito, cuya realización involucra siempre un daño o peligro lesivos a uno o más bienes jurídicos y que es contraria a la norma de determinación-valoración subyacente en la norma prohibitiva del tipo cuando falte causa que la justifique. Dicho de otro modo, es en la misma conducta típica penal donde ya hay una grapa con la antijuridicidad, a través de la lesión al bien jurídico que aquella involucra y que junto con la realización de los

demás elementos típicos constituye el indicio de que ella es contraria a la norma de determinación-valoración subyacente en el tipo penal realizado. El carácter indicador —pero no definitorio— de la antijuridicidad que tiene la tipicidad, viene dado por el derecho general de libertad de acción y de la existencia de las causas legales de justificación que confirman ese derecho o hacen que prevalezca el cumplimiento de un deber —y las que valen para todo el Derecho—. De tales derechos o deberes —porque las causas de justificación parten de ellos en su esencia— también se desprenden límites a las normas prohibitivas subyacentes en los tipos penales. Aquellas causas de justificación involucran normas de ordenación social de conductas en caso de conflicto de intereses y las que de darse, neutralizan a las primeras, es decir a las normas prohibitivas de los tipos penales. Por lo tanto, la conducta típica sólo se puede estimar antijurídica cuando con aquella no se dé alguna causa de justificación que el mismo legislador plasma en la ley. Sólo en esos casos ya es permisible hablar de un injusto.

## — II —

### **Las normas que son objeto de contradicción en el injusto y su infracción en la culpabilidad**

En el anterior orden de ideas también se debe tener presente que de la ley penal se deduce la existencia de normas prohibitivas de conducta que subyacen en los tipos penales. Y ello es así porque si el legislador sanciona con pena ciertas conductas que lesionan bienes jurídicos en un determinado ámbito fáctico-normativo (tipo penal), cabe pensar que aquél prohíbe la realización de esas conductas. Asimismo, que es posible deducir que esas normas prohibitivas de conducta tienen una doble función: La función valorativa o de determinación y la función motivadora-preventiva. La primera concierne a la antijuridicidad y la segunda atañe a la culpabilidad. Razón por la cual la doctrina habla que en realidad esas normas prohibitivas se desdoblan en dos clases de normas: Las normas de determinación-valoración y las normas de motivación. Las primeras tocan a la antijuridicidad en cuanto señalan qué conductas están prohibidas en el ámbito del tipo penal y, por lo tanto, disponen qué es lo que todo individuo no debe hacer o cuándo no debe abstenerse de actuar en cierto sentido según el tipo penal sea de acción o de omisión. Mientras que las segundas importan a la culpabilidad, en tanto tienden a motivar al individuo a conducirse de acuerdo con la norma de determinación-valoración y, en última instancia, a actuar conteste con la norma prohibitiva.

De lo anterior se sigue que las normas de determinación-valoración son en realidad normas de lo que se debe y no se debe de hacer y valen para todos independientemente de que la prohibición se pueda o no se pueda conocer por el sujeto. Su función es permitir valorar como antijurídica una conducta típica y que por este motivo —al implicar tal conducta un incumplimiento de deberes o un abuso del ámbito de libertades y derechos que se traduce en la lesión o el peligro de lesión de nuestros bienes jurídicos— no tiene por qué ser tolerada por otros. De aquí que de la misma ley igualmente se desprenda que no se desvalora toda conducta típica penal, sino sólo y nada más cuando ella no se ampare en una causa legal que la justifique. O dicho de otro modo, la contradicción con la norma de determinación-valoración sólo se da cuando se realiza una conducta típica cuyo indicio de desvalor no se neutraliza con alguna de las normas permisivas que involucran las causas de justificación. Y ello es como se indica, porque la interpretación congruente y contextual entre las normas prohibitivas que encierran los tipos penales y el principio de que todo lo que no esté prohibido o no sea

contrario a deber expreso es lícito o al menos no prohibido, apareja que cuando se dan ciertos conflictos de intereses precisamente se hace necesario que se dé la conducta típica aparentemente antinormativa pero que al ajustarse a algún supuesto legal de permisión o de mandato excluye la prohibición y confirma al Derecho en vez de contrariarlo.

De aquí que en el Derecho Penal no sólo existan preceptos prohibitivos sino también haya normas permisivas y órdenes que limitan aún más a tales reglas prohibitivas. Las normas permisivas y los mandatos conforman a las llamadas causas de justificación y en el fondo ellas significan el ejercicio de derechos que nacen del derecho general de autodeterminación responsable o bien del cumplimiento de deberes legalmente impuestos. Lo cual quiere decir que ellas no son excepciones a la regla de la antinormatividad objetiva que se podría derivar de la realización de una conducta típica, porque más bien es a la inversa: Los tipos penales son excepciones a la regla general del ejercicio responsable de nuestra libertad general de acción. Y ello es así, porque los tipos penales implican normas que prohíben sólo ciertas conductas que se seleccionan dentro del inconmensurable universo de conductas que una persona puede realizar en ejercicio de su libertad o en cumplimiento de su deber. Pero, además, aquellas normas prohibitivas suponen siempre el ejercicio irresponsable de esas libertades o el incumplimiento de exigencias mínimas de solidaridad social o de deberes legales en demérito de bienes jurídicos ajenos. Las normas permisivas y las que imponen actuar en cierto sentido conllevan precisamente el ejercicio responsable de la libertad que se despliega para impedir consecuencias lesivas para bienes jurídicos o el cumplimiento de deberes para hacer posible la eficacia del Derecho, en la mayoría de las veces ocasionadas por el ejercicio irresponsable de la libertad general de acción de otros o por el incumplimiento de ciertos deberes mínimos de solidaridad social bajo cierto esquema de valores jurídicamente reconocidos. El hecho de que las conductas lesivas permitidas estén regladas se debe justamente a que ellas lesionan bienes jurídicos. La lesividad que involucra el ejercicio de tal clase derechos y deberes es la que hace necesario que su ejercicio se ajuste a ciertas pautas que confirmen su práctica responsable, tan para reafirmar el derecho general de autodeterminación en protección de bienes jurídicos como, en su caso, hacer posible la prevalencia de los mismos dentro de un esquema de valores. El hablar de norma permisiva no significa entonces renunciar al derecho del ejercicio de la libertad que las mismas implican, porque en los casos en que tal ejercicio involucra la lesión de un bien jurídico es natural que se deba limitar su ejercicio a las condiciones en que es lícito el ejercicio de tal derecho que lesiona bienes jurídicos. De aquí que las normas permisivas —al igual que las que fijan deberes— impongan condiciones a la libertad de acción —o al deber de realizarla— cuando ella involucra la necesidad lesión de bienes jurídicos.

Las causas de justificación suponen así el ejercicio de derechos o de deberes que a su vez se sustentan en los principios rectores del derecho general de acción —llamados también de autodeterminación responsable—, de mínima solidaridad social y en la consecución de ciertos fines de eficacia del Derecho mismo a favor de los individuos. Valores estos reconocidos expresa e implícitamente en la C. mexicana, que en reiterados preceptos profesa el ideal del estado democrático o de derecho. De esta manera, lo general es el ejercicio responsable de la libertad y el cumplimiento de ciertos y específicos deberes —dentro de los cuales se enmarcan las causas de justificación— y lo particular es la realización de una conducta típica sin causa que la

justifique. La paradoja aparente se da por la razón de creación legal del tipo penal. La tipificación penal de conductas es siempre la particularización de ciertas conductas severamente lesivas de bienes jurídicos en determinados ámbitos de prohibición, los cuales son islas en el gran océano del ejercicio de la libertad del que brotan las causas de justificación y las fuentes de deberes para obtener la eficacia misma del Derecho en beneficio de las personas. Por ello el injusto penal no es cualquier conducta antijurídica sino sólo la concreta conducta típica sin causa legal que la permita u ordene. Por supuesto que no tiene sentido permitir lo que no está prohibido, pero ello solo quiere decir que la norma prohibitiva de conducta que encierra el tipo nada más se concreta como tal cuando al darse el tipo falte causa legal que justifique la realización de aquél. Las causas de justificación —como manifestaciones regladas del ejercicio responsable de la libertad y el cumplimiento de ciertos y específicos deberes en situaciones de conflicto de intereses—, circundan, acotan o limitan el contenido de las normas prohibitivas que suponen los tipos penales. Las causas de justificación son así parte del océano circundante a los islotes que en ese mar simbolizan a los tipos penales y limitan el contenido de sus normas prohibitivas.

La norma prohibitiva del homicidio no dice no matar sino no matar sin causa de justificación. Si se mata con causa justificada no se contraria a la norma, sino que se le confirma. De aquí que la realización del tipo sólo “indique” pero no evidencie que es prohibida la conducta realizada, en tanto la tipicidad no evidencia sin más la antijuridicidad de la conducta, sino hasta que en el caso concreto se verifica que faltó una causa legal que justificara la lesión que aquella ocasionó. Dice Zaffaroni que: (...) No se trata de un análisis donde se pone y se quita, ni en el que se afirma y se recorta, sino de una dialéctica en que se afirma, se niega y se sintetiza.<sup>617</sup> Y más adelante añade: (...) La célebre afirmación de que no es lo mismo matar a un humano en legítima defensa que matar a un mosquito, es equívoca, y puede ser falsa: comparten la misma naturaleza esencial ambas acciones, pues ambas dan lugar a hechos lícitos y forman parte del mismo sustrato de libertad. No obstante, es verdadera en la medida en que es racional que se exija una atención particular y síntesis ulterior a la luz de un precepto circunstanciante, cuando el ejercicio de un derecho consiste precisamente en la realización de una acción típica...<sup>618</sup>, la que como tal —agrego por mi parte— ya involucra la lesión de bienes jurídicos que de ordinario ya tiene en sí su significación social. Por eso la tipicidad no pasa de ser un indicio de antijuridicidad, puesto que —como enfatiza el célebre autor argentino— (...) solo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la prohibición o ilicitud de la acción.<sup>619</sup>

Ahora bien, cuando una persona se acomoda con su conducta al supuesto legal del hecho punible lesionando bienes jurídicos sin causa que la justifique, en realidad se puede sostener que tal conducta es antijurídica por la disonancia que se da entre la misma y la norma de determinación-valoración que a su vez encierra la norma prohibitiva. Y sin embargo, lo único que se ha hecho hasta éste momento es emitir un juicio del desvalor jurídico de una conducta, la que al ser contra Derecho vale para todos y no tiene que ser tolerada por otros. Pero sin que tal juicio involucre la afirmación de que la conducta —contraria a la norma de valoración o determinación— haya “infringido” la norma de motivación que también se deriva de aquella norma prohibitiva. Y

<sup>617</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stoliar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 563.

<sup>618</sup> Ídem.

<sup>619</sup> Ídem.

ello es así, porque desde la perspectiva del propósito de comunicación que tienen las normas de motivación de conductas prohibidas que en los tipos penales se sancionan con penas —en tanto que su fin es “motivar” al individuo a comportarse conforme a las normas de valoración o determinación— es insostenible que el sujeto las “infrinja” por el solo hecho de que con su conducta se ajuste al supuesto de hecho que motiva la pena sin causa que la justifique; ya que aquella “infracción” sólo puede responderse afirmativamente si en el caso concreto hubo un contexto de comunicación de la norma con su destinatario. Esto es, sólo cuando la persona —que en el caso concreto realizó el supuesto legal del hecho punible sin causa de justificación— podía motivarse de acuerdo con la norma porque conocía la prohibición o estuvo razonablemente en posibilidad de conocerla y poderla observar. Cuestión ésta que, como ya se dijo, corresponde decidirla en un estrato diferente del delito: en el de la culpabilidad.

Con base en ello es posible concluir que el contraste de la conducta con las normas de determinación-valoración que encierra la norma prohibitiva del tipo se examina en el nivel de la antijuridicidad. Y que el fin de tal clase de normas en conjunción con las causas de justificación, es el de establecer una ordenación objetiva de ciertos comportamientos en sociedad señalando cuándo son contrarios al Derecho y que, por ende, tal ordenación vale para todos, sin que aquellos comportamientos tengan que ser tolerados por otros y con independencia de que el individuo que los realice pueda o no pueda conocer la ilicitud penal de los mismos.

Mientras que la infracción de la segunda clase de normas —de motivación— se examina en el estrato de la culpabilidad. Y toda vez que su fin es el de “motivar” a los individuos a comportarse conforme a la norma prohibitiva, dicha culpabilidad solo podrá ser declarada, entre otras condiciones, cuando el sujeto al realizar la conducta típica y antijurídica haya infringido la prohibición penal porque la conocía o estuvo en condiciones de conocerla y poderla observar.

Tan es verdad lo anterior, que se dice sin tapujo que una conducta puede ser antijurídica sin ser culpable. Así, se sostiene que actúa antijurídicamente el inimputable que mata a otro sin causa que le justifique. Lo cual es correcto. Porque en un juicio objetivo de tal caso la conducta del inimputable fue contraria a la norma de valoración o determinación sin que esa discordancia se neutralizara con alguna causa de justificación. Pero sin que por ello ya se pueda afirmar que esa persona “desobedeció” la norma de motivación, simplemente porque no la podía “desobedecer” debido a su incapacidad de comprender la norma o de decidirse de acuerdo con esa comprensión y en tanto que la infracción de esa clase de normas sólo tiene sentido en un contexto de comunicación con sus destinatarios cuando las puedan observar. La conducta antijurídica no es pues una conducta subjetivamente antinormativa en aquel sentido.

### — III —

#### **Desvalor de la acción y desvalor del resultado**

Desde hace tiempo, especialmente a partir de los postulados de Welzel sobre su teoría final de la acción, se empezó a hablar con insistencia de que el carácter desvalioso que representa el injusto reside en la conducta (con todos sus elementos objetivos y subjetivos) y no en el resultado (entendido éste como la lesión jurídica.) Ello parecía contradecir los estudios de Mezger en el sentido de que el injusto era básicamente objetivo y se caracterizaba con la objetiva lesión de bienes jurídicos en contradicción con las normas ordenadoras del Derecho. Las consecuencias de la conducta en el orden jurídico social —más que la conducta en sí— eran las que importaban para definir el injusto, cuyo aspecto subjetivo era tarea que se reservaba al estrato de la

culpabilidad. Pero Weizel destacó —correctamente a mi juicio— que (...) las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y mandatos del derecho penal no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino a las acciones de las personas, las cuales por su propia naturaleza tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro.<sup>620</sup>

En tal sentido parecería correcto sostener que la esencia de la contrariedad a Derecho de un hecho se da en virtud de la oposición de la conducta —que realizó ese hecho— con la norma de determinación-valoración e independientemente del resultado (lesión jurídica) que produjo. Y es que en realidad no se puede negar que el objeto sobre el cual recae el juicio de desvalor es la conducta contraria a la norma y no lo es el resultado. Pues para los efectos de contrariedad de la conducta con la norma de determinación-valoración: ¿qué diferencia existe entre la acción de quien dispara su pistola contra otro con la voluntad de matarlo sin conseguirlo, de cuando sí lo logra? Ninguna, porque en ambos casos es igual la contrariedad de las conductas con la norma de determinación-valoración. Como tampoco la hay entre la conducta de quien se pasa un alto oficial sin que suceda nada y la conducta de quien al ignorar la señal gubernamental de alto ocasiona daños a otro vehículo. La contrariedad de las conductas con el deber de cuidado es exactamente la misma en ambos eventos. No obstante, hay que rechazar la tendencia a suprimir el resultado jurídico del injusto para estimar que éste se configura tan sólo por una conducta que sea contraria a la norma. Porque aun cuando es cierto que las acciones son el objeto de las normas prohibitivas y no los resultados. Por igual es verdad que tal postura desatiende la naturaleza de los contenidos materiales de los tipos penales donde siempre se ve lesionado un bien jurídico. Y, además, pasa por alto que no sólo en materia penal sino en el Derecho en general sería autoritario derivar consecuencias graves contra los derechos y bienes de las personas con base en una valoración desaprobatoria que se refiera sólo a acciones antinormativas sin importar si ellas dañan o ponen en peligro a un bien jurídico. Una postura así en el ámbito penal daría carta blanca al Estado para punir cualesquier conducta aunque no lesione ni pueda lesionar a un bien jurídico. Ella le abre la puerta a un poder penal de intervención máxima, para crear delitos de mera desobediencia al gusto y los vaivenes de la democracia formal sin el primer apoyo sustancial que se deriva del límite que al poder punitivo le impone la exigencia del daño o peligro lesivos a bienes jurídicos imputable a la conducta que se puna. Bienes que ya se encuentran previamente reconocidos en otras leyes y los que encuentran apoyo en los derechos mismos que la Constitución protege. Todo lo cual reafirma el carácter subsidiario y de intervención mínima del poder punitivo que le incumbe postular al Derecho Penal.

La tesis que pasa por alto la lesión jurídica como componente esencial del injusto llevaría a allanar la distinta punibilidad que el legislador asigna al delito consumado con relación al que se comete en grado de tentativa y tendería a sancionar como delito culposo a toda conducta violatoria de un deber de cuidado sin que motive un resultado lesivo concreto. Y lo que no es mejor, además de inclinarse a nivelar las desiguales puniciones que se derivan de esos diversos supuestos, también favorecería la ampliación del poder punitivo a todos los campos del Derecho para los casos de meras violaciones formales o burocráticas y facilitaría, asimismo, la

---

<sup>620</sup> Hans Weizel, citado por Günter Stratenwerth, *Acción y resultado en derecho penal*, traducción de Marcel A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 42.



asunción de un indeseable Estado-Policía con facultades de intromisiones difícilmente tolerables en el ámbito de la libertad de las personas y las consecuencias sociales indeseables que acarrea la privación de su libertad. Contra aquella postura ya se pronunció el mismo Welzel cuando rechazó que el injusto se sustente en el mero desvalor del resultado. Aquél señaló que: (...) la doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico.) En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o puesta en peligro al bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica y nunca en el sentido de que la lesión caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (desvalor del resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción.) El desvalor del resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro.) El desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de la acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea.<sup>821</sup>

A su vez, cuando Roxin se refiere al tema también se opone a esas posturas y aunque dice que están superadas las teorías que hacían depender el injusto sólo del resultado, asimismo acota: (...) que no son obsoletas, en la medida que se ocupan de la cuestión del injusto referido al autor. (...) La concepción actualmente dominante, a diferencia de lo que sostenía Mezger, considera ya la norma en la que se basa el injusto como **norma de determinación**, que se dirige a la voluntad humana y le dice al individuo lo que debe de hacer y dejar de hacer...<sup>822</sup> Para más adelante agregar que la doctrina dominante actual: (...) separa injusto y culpabilidad, aceptando que la norma de determinación se dirige por igual a capaces e incapaces de culpabilidad (niños, jóvenes, enfermos mentales), y que por lo demás no tiene porque ser conocida por el individuo, sino sólo es preciso que sea objetivamente reconocible (con lo que el problema de error de prohibición no es un problema de injusto sino de culpabilidad)... (...) Junto a esto, la concepción hoy dominante pone también en la base del injusto una **norma de valoración**, en cuanto que la realización antijurídica del tipo se desaprueba por el Derecho como algo que no debe ser. Según esto, mientras la infracción contra la **norma de determinación** fundamenta el desvalor de la acción y se agota en el mismo, la **norma de valoración** también abarca adicionalmente el resultado, de tal modo que el delito consumado supone un injusto más grave que la tentativa.<sup>823</sup> Y enseguida puntualizar que frente a esto: (...) una orientación reciente, invirtiendo exactamente las posiciones de las antiguas teorías orientadas al resultado, pretende basar el injusto penal y con ello también el tipo, exclusivamente en el desvalor de la acción y negar el desvalor del resultado. (...) Políticocriminalmente tal concepción del injusto si se le pone en práctica... obliga a sacar consecuencias bastante fuertes, habría que equiparar el delito consumado al intentado, y en la imprudencia no se podría hacer depender la punibilidad de la producción del resultado, sino que tendría que vincularse a la mera infracción del cuidado debido (aunque ésta en concreto no dé lugar a una lesión de bienes jurídicos.)<sup>824</sup>

Por lo que Roxin concluye:

---

<sup>821</sup> Hans Welzel, *Derecho Penal...*, op. cit. p. 82.

<sup>822</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 322.

<sup>823</sup> Idem, op. cit., pp. 323 y 324.

<sup>824</sup> Ibidem, p. 324.

(...) hay que rechazar tal eliminación del resultado del injusto. La frase de que sólo se pueden prohibir acciones y no resultados sólo es correcta en cuanto que los resultados no se pueden prohibir independientemente de las acciones humanas y tampoco como consecuencias solamente casuales e incalculables de aquéllas, pues no tiene sentido querer prohibir fenómenos naturales o acontecimientos inevitables. Por lo tanto en Derecho Penal no hay injusto del resultado sin injusto de la acción, pero perfectamente se pueden prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de infracciones del cuidado debido.<sup>825</sup>

#### — IV —

### La antijuridicidad material y la antijuridicidad formal en el injusto

El concepto de antijuridicidad material ha tenido diferentes significados, dentro de los que se halla por ejemplo la concepción de "daño público" del positivismo italiano con corte autoritario,<sup>826</sup> sin embargo, actualmente se entiende por antijuridicidad material la exigencia de que la conducta lesione bienes jurídicos. En tal sentido ya antes se señaló<sup>827</sup> que cuando la ley penal tutela bienes colectivos cuyos titulares sean la familia, la sociedad o el Estado, por lo general esos bienes serán indisponibles por otros de la forma que el tipo prohíbe (por ejemplo, la salud pública en los delitos contra la salud.) Y que el bien igualmente será "indisponible" en tal sentido cuando con independencia de la voluntad de su titular y aún en contra de ella, la ley penal tutele bienes individuales respecto de los que exista el interés público de protegerlos contra conductas que los pongan en peligro o los dañen. Por ejemplo, el homicidio y ciertas lesiones que imposibilitan la misión social de la persona. En esos supuestos, la conducta que pone en peligro al bien o materialmente lo daña fundamenta a la «lesión jurídica» como primer elemento de la antijuridicidad. Pero en muchos otros casos, la tutela penal del bien jurídico es "indirecta" dado que el interés tutelado no es el interés público a la conservación del bien jurídico como tal, sino el interés público de que no se dañe al particular en un bien cuya disponibilidad sólo él puede decidir. De aquí que el consentimiento válido de aquél para que se dañe o ponga en peligro a su bien sin lesionar a terceros, determina, como consecuencia lógica, la carencia de interés estatal. Cuando el titular del bien puede disponer válidamente de él y con esa facultad otorga eficazmente su consentimiento para que se dañe al bien, se podrá afirmar que existe el daño en un sentido "prejurídico". Pero de ningún modo se podrá sostener que tal daño exista en un sentido "jurídico". Porque sería imposible que de ese daño se derivara "lesión" cuando el propio interés del titular sea el de afectar a su bien del que, en el ejercicio de su libertad general de acción constitucionalmente reconocida, puede válidamente permitir que otro disponga de él. De lo que se sigue que en ciertos casos de bienes jurídicos «disponibles», podrá ser presupuesto necesario de la "lesión jurídica" la conducta que irroque un daño "prejurídico" a éstos, pero por sí misma no la agota. Y por ello, cuando el titular del bien disponible, consienta válidamente en que se le dañe o ponga en peligro a su bien sin afectar a terceros, la conducta que cause esa clase de daño no es lesiva ni puede ser antijurídica. Con base en todo ello se puede concluir que:

La lesión jurídica se configura como componente de la conducta antijurídica sólo cuando una conducta dañe o ponga en peligro a un bien jurídico indisponible por otros. O cuando la conducta dañe o ponga en peligro a un bien jurídico disponible sin el consentimiento válido de su titular; o contando con éste, pero con el sólo propósito de perjudicar a

<sup>825</sup> Ibidem.

<sup>826</sup> Zaffaroni menciona a Ferri en ese tenor; ver Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 570.

<sup>827</sup> Infra., ver Número X del Capítulo Décimo.

terceros. Dicha lesión jurídica es la que la doctrina —siguiendo la tesis de Mezger<sup>628</sup>— ha identificado como **"antijuridicidad material"**.

Por otra parte, la conducta que da lugar a la lesión jurídica es incapaz *por sí misma* para fundar la antijuridicidad en el injusto. Pues es ineludible que al darse la «lesión jurídica», además, se "ofenda al Derecho". Ello implica que la conducta ha de contrastar con la norma de determinación-valoración en la que se desdobra la norma prohibitiva que subyace en los tipos penales, pero la que sólo debe entenderse como norma de ordenación social cuando se le relaciona con las causas de justificación y la que así vale para todos. O dicho de otro modo, La conducta típica para ser injusta debe contradecir el deber de hacer o de abstenerse que subyace en los tipos penales, ya sean de omisión o de acción, porque no existe causa de permisión — justificación— que impide la ofensa al Derecho. La cual la doctrina ha identificado como "antijuridicidad formal". En efecto, en los tipos penales de acción la norma subyacente prohíbe un hacer, cual es realizar la conducta activa que describe o implica el tipo. Y de la cual el sujeto activo se debe abstener en respeto de no lesionar al bien jurídico que se tutela. En los tipos penales de omisión, la norma prohíbe que la persona se abstenga de cumplir el deber del posible hacer lo que se sanciona por omitir, para, igualmente, salvaguardar el bien que tutela el Derecho. Pero en cualquier caso esas prohibiciones sólo tienen validez si es que no concurre alguna causa que justifique la conducta. Y ésta salvedad pone de manifiesto el punto toral, *la disonancia de la conducta con el deber insito en la norma sólo será penalmente relevante si por una parte, en el caso concreto la conducta lesionó a un bien jurídico, como primer elemento de la propia antijuridicidad y por la otra, siempre y cuando tal conducta típica contraría la norma de ordenación social como un todo según se desprenda del tipo penal en conjunción con la falta de aquellas causas de justificación*. Esto es, porque en el caso concreto falte causa que legalmente justifique la conducta típica. Con lo que se puede confirmar que la conducta "ofendió al Derecho".

De aquí que las normas de determinación-valoración solo se configuren mediante esas normas subyacentes de los tipos penales en conjunción con la ausencia de causas de justificación, de lo cual se extrae que la norma prohíbe la realización del tipo sólo cuando no haya causa de licitud que justifique su realización. La disonancia entre la conducta y las normas de determinación-valoración entendidas en ese amplio sentido es lo que también la doctrina ha denominado **"antijuridicidad formal"**.

Y de aquí que también se diga que la conducta típica —jurídicamente lesiva de los bienes que se protegen por la ley penal (antijuridicidad material) — constituye un indicio de contradicción entre aquella y la norma prohibitiva que los protege, pero que la conducta materialmente lesiva no será antijurídica cuando aquella se ajuste a las circunstancias en las que la ley permite tal conducta porque el Derecho otorga preponderancia a un bien de mayor valor. (Esas circunstancias son conocidas como causas de justificación, de permisión o de licitud.)

Porque en tales casos podrá haber conducta "lesiva" pero ella no ofende al Derecho. Yerra entonces quien equipare la expresión "contradicción con el deber insito en la norma" —a que aludía el artículo 32 del anterior CPC—, con la contrariedad a una mera prohibición de abstenerse o de no actuar que subyace en cada tipo penal para proteger el bien jurídico. Ya que el contenido de determinación-valoración de las normas prohibitivas de los tipos sólo tiene sentido cuando se le correlaciona con el contenido de las normas permisivas de conductas típicas en el ámbito social del ejercicio responsable de nuestras libertades o del

---

<sup>628</sup> Edmundo Mezger, citado por Günter Stratenwerth, *Acción y resultado en derecho penal*, traducción de Marcel A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1991, pp. 27 y ss.

cumplimiento de deberes que se desprenden de las causas de justificación. Ello es así, porque en circunstancias especiales el propio Derecho permite el comportamiento típicamente lesivo de un bien que de ordinario protege, con el propósito de salvaguardar un interés jurídico que reputa como preponderante. Y en tales casos el sujeto al ejercitar su derecho o cumplir su deber ajustándose a una causa de justificación no solo impide la contrariedad de su conducta con la norma subyacente de abstenerse o de actuar del tipo penal, sino que hace valer el Derecho mismo. Quien mata en legítima defensa lesiona al bien jurídico indisponible de la vida humana. Sin embargo, su conducta confirma al Derecho en vez de ofenderlo. Quien en situación de necesidad destruye una cosa ajena que permite salvar su vida o la de otro, lesiona el bien jurídico del patrimonio de un tercero que el ordenamiento positivo protege y tutela. Pero de ningún modo ofende al Derecho, sino que lo preserva al salvaguardar otro bien que el propio Derecho estima más valioso. En otras palabras, los bienes e intereses jurídicos, cualesquiera que sean sus titulares, pueden ser lesionados a través de una conducta típica y no por ello aquella se debe estimar necesariamente contraria a Derecho. Si el policía en cumplimiento de su deber detiene a una persona contra su voluntad porque ejecuta una orden judicial que la manda aprehender, lesiona con ello la libertad de la persona, pero a la vez cumple y reafirma el orden jurídico. De aquí entonces que al lado de la «lesión jurídica» se erija la «ofensa al Derecho» como parte esencial de toda conducta para que se pueda reputar como antijurídica.

Lesión jurídica (**antijuridicidad material**) y ofensa al Derecho (**antijuridicidad formal**) son pues los elementos para proclamar la esencia de la antijuridicidad de una conducta típica. Son esos componentes cardinales los que cualifican a la conducta típica como antijurídica. Y cuya existencia el juez y el intérprete deben verificar para afirmar que la conducta típica constituye un injusto.

Ahora bien, las nociones de "antijuridicidad material" y "antijuridicidad formal" son objeto de crítica con base en el irrefutable argumento de que el injusto es uno solo, sin que existan diversas clases de antijuridicidad. Y ello es correcto, aunque la cuestión parece ser más semántica que de fondo. Ya que el problema se corrige si en vez de hablar de "clases" de injusto o de antijuridicidades diversas se alude a aspectos representativos de un mismo concepto cuya manifestación material es la lesión de bienes jurídicos y su aspecto formal es la contrariedad de la conducta con una norma. Por lo demás, diferenciar esos relieves del injusto sí tiene una función político-criminal y de interpretación importante. Así, siguiendo a Roxin<sup>620</sup> cabe apuntar: **1)** Mientras que el aspecto formal de la antijuridicidad solo se limita a afirmar la contrariedad de la conducta con la norma, contrariedad que es la misma en cualquier caso y que, por ende, no permite ninguna modulación del juicio de antijuridicidad. Por su parte, la idea de antijuridicidad material acepta que se tase la intensidad de la lesión de los bienes jurídicos en los casos concretos para efectos de la pena. El robo de mil pesos y el robo de un millón de pesos revelan exactamente la misma antijuridicidad formal —la contrariedad con la norma es igual— pero a la vez indican una distinta gravedad del injusto material —en tanto existe una diversa intensidad objetivo-material de la lesión jurídica—. **2)** Pero la idea de antijuridicidad material es igualmente apropiada para ponderar la pena legal de los diversos tipos según el resultado: como acontece con la punibilidad de las lesiones leves respecto de las que son graves. **3)** Asimismo, facilita apreciar la posibilidad de atenuantes para ciertos delitos según la mayor o menor intensidad de la lesión jurídica: como acontece en el homicidio simple

---

<sup>620</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 321.

con relación al cometido en riña, en cuanto que el mismo contendiente al que se hiere es quien voluntariamente entró al terreno de la ilicitud de aquella manera y, además, con ello tácitamente asumió el riesgo de ser lesionado. Piénsese también en las razones de atenuación en los delitos cometidos con exceso de una base justificante. Así, comete delito quién lesiona o mata al excederse culpablemente en su conducta defensiva. Mas la intensidad de la antijuridicidad del homicidio o de las lesiones se atenúa penalmente por el legislador, en virtud de que el motivo de la acción de lesionar o de matar fue una injusta agresión a los bienes jurídicos de quien reaccionó más allá de lo necesario.

— V —

### La relevancia de la conducta típica en el injusto

Desde Weizel, pero seguido por muchos otros destacados pensadores, como Maurach, Niese, Weber, Wessels, Bockelmann, Cousifo MacIver<sup>830</sup>, Zaffaroni<sup>831</sup>, Roxin<sup>832</sup> y Jakobs<sup>833</sup> se ha venido imponiendo la idea de que el injusto no es sólo objetivo, sino que el injusto es tan objetivo como subjetivo —y en tal sentido es personal—. Para ello se parte de la base de que para el Derecho Penal sólo importan como delitos las conductas que, además de típicas, son antijurídicas y culpables. Y de que así como en el análisis del delito, para decidir el injusto no se debe hacer abstracción de la lesión jurídica, tampoco se le debe examinar desvinculado de la conducta típica. Ello es así porque el Derecho Penal regula conductas, las que siempre se realizan en un marco de prohibición determinado. En un delito es la conducta junto con las demás condiciones típicas en las que aquella se realiza las que se valoran como antijurídicas. Y, por lo tanto, sobre esa conducta recae el juicio de la antijuridicidad del hecho. Claro es que en el ámbito general del Derecho puede haber sucesos que siendo antijurídicos, sin embargo, sean ajenos a una conducta relevante para el Derecho Penal. Ello va desde el comportamiento de un niño que destruye una cosa ajena, hasta ciertas conductas de los cónyuges que dan lugar a causales de divorcio. Desde la infracción de una regla de tránsito hasta el pago incompleto no doloso del impuesto debido. Pero es igual de nítido que en el Derecho Penal es la conducta típica la que se afirma que es injusta. Con base en ello se sostiene que para decidir el injusto se debe abarcar su objeto, que no es solo el carácter antijurídico que pueda presentar una conducta, sino, además, a la conducta típica misma que es antijurídica, con sus componentes objetivos y subjetivos.<sup>834</sup> Y que lo mismo se debería decir de las circunstancias que impiden afirmar lo injusto de una conducta típica, es decir, cuando la persona actúe al amparo de alguna causa legal de justificación. La afirmación de que el injusto penal es objetivo sería pues impugnabile. La antijuridicidad es de carácter objetivo cuando se refiere al juicio abstracto de desvalor del hecho por contradecir la norma. Pero el injusto «penal» es otra cosa dado que éste es el objeto de valoración del juicio de antijuridicidad. Y porque, además, la conducta típica en el ámbito penal siempre envuelve un aspecto objetivo y otro subjetivo que hay que tener en cuenta en ese objeto de valoración. De aquí se extrae la consecuencia de que el injusto en el ámbito penal conllevaría entonces una

<sup>830</sup> Citados por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliotar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 574.

<sup>831</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliotar, op. cit., p. 575.

<sup>832</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., pp. 554 y ss.

<sup>833</sup> Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos...*, op. cit., pp. 423 y ss.

<sup>834</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Fundamentos...* op. cit., p. 556.

valoración que se hace de la conducta típica que se reputa antijurídica y que para ello toma en cuenta los elementos materiales, normativos y subjetivos de esa conducta en el ámbito del mismo injusto. Tan para sostener —o negar— la relevancia penal del injusto según se colmen —o incumplan— las condiciones para ello. Como para excluir o sostener el mismo injusto en los casos de justificación que señala la ley.

Ahora bien, en el primer aspecto debe coincidir con la tesis aludida de que la valoración subjetiva del injusto es ineludible, ya que para poder afirmarlo es preciso que antes se dé la tipicidad la cual requiere necesariamente de la existencia del dolo en la conducta típica como límite racional que se impone al poder punitivo del Estado. (Y aún así, sin que ello apareje sostener que la conducta típica de la que se predique que no constituye injusto porque esté ayuna de dolo o culpa, no pueda ya originar consecuencias adversas en otros campos del Derecho como conducta antinormativa lesiva de bienes jurídicos, es decir, como conducta antijurídica penalmente irrelevante.) Sin embargo, en el segundo aspecto no debe llegarse a la misma conclusión —aún cuando ésta parecería ser la consecuencia lógica de aquella postura—, es decir, no se puede coincidir con la necesidad de estimar el carácter subjetivo de la conducta en la configuración de las causas de justificación, de tal suerte que las mismas no se actualizarían cuando faltare el conocimiento de actuar conforme a ellas. Según tal tesis, también sería preciso que el autor actuara con conocimiento de aquellas otras circunstancias por las que el Derecho permite o justifica la conducta lesiva para que éstas pudieran operar en favor de aquél como excluyentes de delito. Así, conforme a dicha postura, si en la legítima defensa el sujeto ignora las circunstancias que dan motivo a lo que aparece como su repulsión de la ilícita agresión o cuando cree erróneamente que ya cesó la agresión y enojado de todas suertes lesiona a su agresor o cuando emplea sin más la violencia, entonces es claro que el sujeto no tiene la voluntad de actuar conforme a la exigente y ésta no se conformaría. Los actos de defensa no se legitimarían sólo debido a la repulsión racional del carácter desvalioso con el que se conduzca el atacante. Esto es, porque objetivamente medie una agresión actual o inminente y sin derecho, ante la cual se dé una acción que objetivamente impida de manera racional la lesión jurídica. Sino sólo cuando, además, el agredido perciba la ilícita agresión que le motive actuar de esa manera. Con base en tales consideraciones se ha visto la razón por la cual sería típica y antijurídica la conducta de quien mata a otro ignorando que éste, en ese momento, ya le apuntaba con su arma y se aprestaba a matarlo. Pues es claro que en tal evento y de acuerdo con tal postura no se configuraría la legítima defensa ya que el agente no tuvo conocimiento de la agresión, ni actuó, por ende, con la voluntad de defenderse. Y, asimismo, conforme tal tesis podría añadirse que dicho conocimiento —e implícito contenido de voluntad— son tan importantes que definirían el injusto en casos concretos. Como por ejemplo: la decisión de si hay o falta la antijuridicidad de la conducta cuando se da el ejercicio mutuo de conductas violentas —como dato objetivo— no sólo dependerá de tal dato, sino del contenido de la voluntad de cada cual, según el sujeto haya tenido la voluntad de reñir o la voluntad de defenderse de una ilícita agresión.

— VI —

**La crítica a los elementos subjetivos en las causas de justificación  
Y a la tesis de que el error acerca sus circunstancias fácticas es causa de atipicidad**

¿Pero sistemáticamente hablando es correcta la postura que se expuso en la segunda mitad del párrafo anterior? ¿Y es ella realmente aceptable en el contexto de un estado de derecho, donde al mismo Derecho Penal se le conciba como limitador racional del poder punitivo? La tesis de los elementos subjetivos del injusto tiene aspectos que son válidos. Pero una cosa son los elementos subjetivos del injusto y otra la es los elementos subjetivos en las causas de justificación —que es la contraparte del injusto—. Y es que el traslado de los elementos subjetivos del injusto a las causas de justificación plantea objeciones difíciles de superar. Así, es admisible que para la existencia del injusto se exija el conocimiento de las circunstancias que lo fundamentan positivamente, las cuales no son otras que las que configuran al tipo. En tanto que dentro de él está el dolo que se erige como un límite racional frente al poder punitivo y que se corresponde con el carácter subsidiario del Derecho Penal como reductor racional de un poder punitivo irracional que coloca a la acción de una persona en el centro de los problemas dogmáticos del delito y porque si no se dan estos presupuestos difícilmente podría hablarse luego de culpabilidad. Pero el problema es diferente cuando se trata de valorar la antijuridicidad, porque en ella no se tiene aún que verificar si el sujeto tuvo la posibilidad de motivarse por la norma —posibilidad de motivación que presupone necesariamente al dolo o la culpa—, sino sólo tiene que examinarse que al darse la conducta típica en el mundo de relación falta en el caso concreto una causa que la justifique, lo que precisamente permite confirmar de manera definitiva la contrariedad objetiva de esa conducta con la norma prohibitiva. En tal sentido, tan es verdad que el injusto involucra a los elementos objetivos y subjetivos que conforman al tipo y que permiten valorar la contrariedad de la conducta lesiva con la norma prohibitiva del tipo cuando falta causa de justificación; como igual lo es que el juicio de antijuridicidad de esa conducta es objetivo, en tanto que él se da después de verificar la tipicidad de la conducta y que está ausente una causa de justificación. Y en cuanto que —con relación a ese caso concreto— tal juicio se limita a confirmar la contrariedad objetiva de la conducta lesiva con la norma de valoración o determinación que se desprende de la norma prohibitiva insita en el tipo, sin que para ello tenga que examinarse si el sujeto conocía o pudo conocer la contrariedad de su conducta con el Derecho; esto sólo se podrá dar en los contados casos en los que la figura típica contenga expresiones que necesariamente involucren el conocer que se actúa contra Derecho. Pero aún en esos supuestos típicos, el conocimiento de la contrariedad de la conducta con la norma será exigencia del dolo como elemento del tipo en sentido estricto, pero de dicho saber ya no tendrá que ocuparse el juicio del injusto en tanto a aquél ya lo atrapó el juicio de tipicidad que involucra al mismo dolo que se debió proyectar sobre los elementos objetivos —materiales y normativos— del tipo. De esta manera, el elemento subjetivo del injusto no va más allá del dolo del tipo penal que concrete la persona.

Sin embargo, la tesis de los elementos subjetivos del injusto falla cuando a los elementos subjetivos del injusto se les traslada a las causas de justificación, por las razones siguientes:

**Primera.** Porque salvo el cumplimiento de deberes, las causas de justificación son derechos de las personas y en la visión de un Derecho Penal que actúe como reductor del poder punitivo estatal no solo nadie tiene por qué saber que ejercita un derecho para que ese derecho exista, sino que tampoco nadie tiene por qué conocer qué es lo que hace para que exista el derecho. Zaffaroni se opone francamente a ello, quien señala: (...) nadie tiene que conocer en qué circunstancias actúa cuando está ejerciendo un derecho, pues el ejercicio de

derechos no depende de que el titular sepa o no sepa lo que está haciendo.<sup>525</sup> Y es que si se hiciera depender la existencia del derecho en el conocimiento de las circunstancias en que él se ejerce, se llegaría al absurdo de apreciar, por ejemplo, que quien profese alguna religión cuyos ritos desconozca o confunda por error, deba estimársele ayuno de ese derecho —que le reconoce el artículo 24 de la C.— esto es, de profesar su creencia religiosa y de participar o practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo.

**Segunda.** Porque la exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación pasa por alto que éstas se dan dentro del gran universo de nuestras libertades —y de deberes ciertos—, mientras que los tipos penales y sus normas prohibitivas —de no hacer o de abstenerse de hacer en cierto sentido— constituyen excepciones expresas que son meras islas pequeñas en ese gran océano de conductas libres del ser humano y que por ello los tipos que las prevén deben delimitarlas con todos sus elementos objetivos y subjetivos. Y que aún así, las normas prohibitivas subyacentes en aquellos tipos todavía se demarcan más en tales pequeños islotes cuando en el caso concreto al realizarse el tipo se dé una causa de justificación que impida la antijuridicidad de la conducta. Las causas de justificación no son pues excepciones a las normas de determinación-valoración que surgen de los tipos penales; sino que por el contrario, son confirmaciones del ejercicio de nuestros derechos o del ejercicio de deberes que impiden que el poder punitivo se finque cuando se dé una conducta típica pero ajustada a Derecho —al arreglarse precisamente a las condiciones de la causa justificante misma—. Las causas de justificación son trazos de circundan a los pequeños islotes en la metáfora del gran mar de nuestra libertad general de acción; pero cuyas líneas están fuera de las órbitas típicas a las que sólo cifen para delimitarlas mejor. De aquí que se explique por qué es exigible el animo de refir para la punición atenuada de la riña, ya que en tal caso se está en el terreno del tipo y de un dolo o elemento subjetivo específico de tal modalidad típica que funciona como limitador racional del poder punitivo; pero ante la ausencia de la voluntad de refir y la presencia de la de matar o lesionar, no tiene por qué exigirse también que haya el conocimiento de la agresión para que se dé la legítima defensa si acaso concurren las demás condiciones que la constituyen.

**Tercera.** Porque la función preventiva que tienen los tipos penales es tratar de evitar situaciones sociales indeseables, misma que no puede trasladarse sin más a las causas de justificación, las que no tienen esa función preventiva sino precisamente la de impedir en situaciones concretas las citadas situaciones sociales indeseables haciendo prevalecer el Derecho y el disfrute de nuestros derechos ante situaciones de conflicto de intereses. Zaffaroni cita a Nino en Argentina, quien señala: (...) el estado de necesidad, la legítima defensa y cualquier otro ejercicio de derechos, justifican la respectiva acción, con independencia de motivos, intenciones y creencias del agente. Esta conclusión está impuesta por la concepción liberal, según la cual el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una degradación moral del agente, sino a evitar situaciones socialmente indeseables. El que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión injusta, no da lugar a una situación social indeseable que el Derecho trate de prevenir, cualquiera que sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral.<sup>526</sup>

---

<sup>525</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliotar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 575.

<sup>526</sup> Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, cit. por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Sliotar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 574.



**Cuarta.** Porque la exigencia de elementos subjetivos para que se den las causas de justificación presenta serias objeciones sistemáticas no resueltas por sus partidarios. Así, Zaffaroni señala: (...) dado que el agente que desconoce [que obra al amparo de una causa de justificación] actuaría antijurídicamente, sería posible actuar justificadamente a su respecto: el que impide que otro dispare a través de una ventana sobre una persona inclinada, ignorando que está estrangulando a un tercero, podría ser muerto por quien quiere la muerte de la víctima de estrangulamiento, en legítima defensa del estrangulador.<sup>527</sup>

**Quinta.** Porque mientras el tenor de las causas de justificación o su aforo regulativo material no exija elementos subjetivos y estos no cumplan una función racional reductora del poder punitivo estatal, no hay porque demandarlos. Así la necesidad del dolo en el tipo se justifica como límite racional al poder punitivo respecto de conductas que el legislador amenaza con pena, pero la inexigencia de los elementos subjetivos de las causas de justificación es por igual congruente con esa tesis limitadora racional del poder punitivo, con la cual precisamente no se condice la reclamación de tales elementos subjetivos.

**Sexta.** Porque —en estricta dogmática de la ley penal coahuilense— sólo de esa manera se explica que el CPC distinga entre el error de tipo —que afecta a la tipicidad— y el error de prohibición —que atañe a la culpabilidad— como excluyentes de delito,<sup>528</sup> y que precisamente dentro de la última excluyente se comprenda de manera expresa a la equivocada «representación» de circunstancias que habrían justificado la conducta,<sup>529</sup> la cual en el último estrato —culpabilidad— ya opera como limitante racional del poder punitivo estatal.

**Séptima.** Porque incluso en el supuesto —sin conceder— que la representación errónea de las circunstancias fácticas de una causa de justificación debiese ser tratada como un caso al que le resulte aplicable por analogía el error de tipo y no el error de prohibición, dados los términos en que conciben a esa excluyente de delito los artículos 15-VIII-B) del CPF y 29-VIII-b) del CPDF; esto es: "...porque [el agente] crea que está justificada su conducta"; pues a diferencia del CPC, el tenor de las mismas no involucra necesariamente la errónea representación de las circunstancias fácticas que den motivo a las causas justificantes y el "creer que está justificada la conducta" podría referirse nada más a la valoración errónea de que la conducta está justificada — y en tal sentido dichas excluyentes estarían "abiertas" (lo cual de por sí es dudoso)—. Y aceptando igualmente que ello no sería sino actuar en congruencia con una exigencia racional limitadora del poder punitivo en tal aspecto, pero no ampliatoria del mismo en su contraparte que a la vez se opone a la concepción del libre ejercicio de nuestros derechos con independencia de que se les conozca o se sepa de las circunstancias en las que se ejercen. Con lo que dicha limitación racional se sustentaría así en que por una parte en la defensa putativa ya no se trataría de que aquella sea en sí legítima dado que la agresión no era real, pero sí de circunstancias fácticas que en ese ámbito no representan diferencia alguna con el error de tipo sobre circunstancias de igual índole que fundamentan la exclusión del dolo y la ausencia de tipicidad. Consecuentemente, aunque por analogía la conducta sería atípica y no punible, quedaría la interrogante si de

---

<sup>527</sup> Ídem., op. cit., p.575

<sup>528</sup> Inciso b) de la fracción VIII de los sendos artículos 15 y los artículos 68 del CPF y el CPDF, y artículos 48-fracción I y 51-fracción I del CPC.

<sup>529</sup> Ídem.

todos modos continuaría siendo antijurídica para los demás efectos legales. Sin embargo, aún admitiendo todo lo antes dicho, cabe pensar en los eventos donde el error sea vencible y el mismo recaiga en un tipo penal que admita la culpa —por ejemplo durante la noche lesionar a quien de improviso se acerca con un arma en la mano, sin advertir que es el velador vecino que quiere avisar de un intento de robo—: ¿Cómo sería posible fundar el error en la culpa cuando realmente el sujeto sí quiso el resultado que produjo? Ya Muñoz Conde lo deja entrever que es en esta última solución donde sí hay una incongruencia metodológica y político-criminal.<sup>440</sup> Porque no parecería lo más indicado sancionar como culposo el error, ya que no se trata en realidad de que el resultado de muerte fuere previsible dadas las condiciones en las que actuó el putativo defensor. Ni de que éste violó un deber de cuidado determinante en la producción de un resultado no aceptado. Sino de que aquél quiso y logró el resultado. Por lo que en tal caso la fundamentación culposa del error vencible simplemente no se podría dar.

**Octava.** Porque no se puede coincidir con las soluciones que dan quienes sostienen la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación para fundamentar un homicidio en grado de tentativa con base en el puro desvalor de la acción en el caso de quien dispara contra otro ignorando que en ese preciso momento aquél estaba a punto de matarle ilícitamente con igual medio. Aunque tampoco es aceptable la postura que sostendría la imposibilidad de lesión jurídica respecto al agresor porque la acción injusta que éste emprende haría que se desvalorara el bien jurídico de su vida, la cual en ese momento y por tal motivo carecería de la protección que le da el Derecho. En efecto, esta última orientación olvida que el Derecho justifica una acción de defensa en virtud del principio de la protección individualizada de bienes jurídicos —en el marco del ejercicio responsable de nuestra libertad— cuando se dan las condiciones de una defensa legítima, pero ello no significa que el Derecho deje de considerar valiosa la vida del atacante como vida de un ser humano. De ser así para nada habría que exigir —como sí lo hace la ley— precisamente la necesidad y la racionalidad de la defensa como condiciones para que ella sea legítima, ya que de todas suertes a partir de la ilícita agresión ya no habría un bien jurídico digno de proteger por el cual ya no habrían de darse aquellas condiciones. Pero sin que tampoco se pueda compartir la solución apuntada por Roxin, quien con base en el desvalor de la acción sostiene que aquella conducta se debe sancionar como tentativa punible.<sup>441</sup> Porque simplemente tal solución es incongruente con las condiciones que exige el Derecho Penal Mexicano para la tentativa punible. Pues ésta siempre involucra una acción peligrosa para el bien jurídico, pero no el daño del mismo como sucede en el caso, e igualmente la tentativa también requiere que no se dé el resultado o el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, cuando en la especie precisamente ese resultado y la consumación sí se dan. Por ende, la solución sería artificial y discrepante con la estructura misma de la figura típica de la tentativa diseñada por el legislador mexicano y, asimismo, ajena al principio del necesario peligro de bienes jurídicos protegidos que se exige para la configuración de los delitos en grado de tentativa, pues en aquellos casos más que el peligro de lesión ya se da en sí una lesión al bien jurídico.

---

<sup>440</sup> Francisco Muñoz Conde, *El error en Derecho Penal*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1989, pp. 55 a 56.

<sup>441</sup> Claus Roxin, *Teoría del Tipo Penal, Los tipos abiertos...*, op. cit., pp. 289 y ss. Asimismo, en *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, op. cit., p. 597.

**Novena.** Porque no quita nada a lo dicho que el error sí se deba tomar en cuenta cuando se creé incorrectamente que se actúa en cumplimiento de un deber, debido a una equivocada percepción acerca de las circunstancias del hecho que se traduzca en incumplimiento típico penal del mismo deber. Por ejemplo, el policía que al cumplir una orden judicial de aprehensión detiene a la persona equivocada debido a confusión de identidades o de domicilios. Ya que aquella exigencia se sostiene porque aún no se está en el ámbito de una causa de justificación, sino en el espacio del tipo penal que correspondiese por el incumplimiento del deber, en el cual el dolo debe existir al realizarlo, mismo dolo que se impone como una exigencia racional, la cual, además, impide de esa manera un poder punitivo irracional del Estado. Como asimismo, cuando ya no se esté en el ámbito del tipo, también debe reconocerse que tratándose del cumplimiento de deberes, cuando el sujeto sabe que la orden que debe cumplir es formalmente incorrecta, de todas suertes el acatarla es conforme a Derecho mientras aquella no sea notoriamente arbitraria, aquél carezca del poder de inspección y el mismo Derecho dé a otro la competencia de enmendar el error; pues de lo contrario, el conocimiento cumple una función limitadora racional del poder punitivo respecto del servidor público que llegare a negarse a acatar la orden arbitraria. Y es que por lo general se incurre en el error de estimar que si hay un arranque antijurídico de una conducta, también debería ser antijurídica la conducta de otro que se apoye en aquella, cuando ello no es así en la medida que la diversa conducta se ajuste a lo que la ley llegue a regular respecto a los deberes del ejecutor. Y también en ese sentido el injusto es personal.

## — VII —

### **La necesidad de la valoración ex-ante de las causas de justificación**

Más de todo lo expuesto también se perfila la necesidad de que se valore "ex-ante" la concurrencia de una causa de justificación, punto en el que parece coincidir la mayoría de la doctrina actual en sus diversas corrientes. (Aunque se arriba al mismo con base en razones que a veces son sustancialmente opuestas.)<sup>642</sup> *La valoración ex-ante de una causa de justificación aparece que las circunstancias fácticas que le den motivo al momento de la acción sean de por sí razonablemente suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante.* De tal modo que a cualquiera que se imagine en las mismas circunstancias le resultase intolerable que su conducta se estimara antijurídica porque a posteriori resulte que esas circunstancias indicaban una situación ajena a la realidad. Tal postura conlleva a apreciar el motivo —objetivo— de la causa justificante con independencia de cómo lo haya captado quien actuó con base en él, salvo los conocimientos especiales que aquél pudiere tener acerca de la naturaleza de las circunstancias motivantes. Pero asimismo aparece decidir la contrariedad o no contrariedad a la norma de la conducta lesiva con base en la apreciación de un observador imparcial del motivo que dio pie a la intromisión lesiva, esto es, según las circunstancias reales que concurrieron al momento en el que se realizó la conducta típica. Lo cual significa que A actuará en legítima defensa si B dispara su pistola —sin derecho— dos veces contra aquél logrando herirlo y

<sup>642</sup> Ver por ejemplo a Fernando Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 386 y ss.; Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, op. cit., pp. 569 y ss.; Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, pp. 427 (aunque con algunas acotaciones en la legítima defensa de cuando se cree erróneamente que ya cesó la agresión y se lesiona al atacante.) Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 587 y 588. Y por todos los demás, Carmen Roquejo Conde, *La Legítima defensa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999.

antes de que B vuelva a disparar A lo mata de un tiro, aunque luego resulte que B ya había agotado las municiones de su arma. En tal caso, el juicio ex-ante sólo sufriría excepción cuando A ya supiese cuántos cartuchos hábiles tenía el arma del agresor. El juicio ex-ante se debe formular por un observador imparcial —que sería el juez— y por lo general se realiza con independencia de lo que sabía el autor, salvo sus conocimientos especiales de la realidad intrínseca del motivo que da pie a la excluyente. Las circunstancias —que sí son reales— se valoran al momento de la acción justificante y aquellas deben indicar razonablemente que existe el motivo para que se dé la excluyente, casos en los que se debe sostener que se obró con el derecho o el deber de actuar conforme a la causa justificante de que se trate. De no ser así se decide que la conducta lesiva fue contraria a la norma, esto es, antijurídica. Como se podrá observar, la postura anterior se mantiene dentro de un juicio objetivo de la antijuridicidad de la conducta pues aquél no se decide con base en el conocimiento de las circunstancias que constituyan el injusto, salvo conocimientos especiales, más si remarca que el injusto no se decide en razón de la mera lesividad que origina la conducta, sino, además, de su contrariedad con la norma de determinación-valoración, misma que se fija de acuerdo con pautas válidas para todos. El que la persona pueda o no pueda conocer tal injusto y su relevancia penal es una cuestión que ya corresponde al juicio de culpabilidad, cuyo objeto de valoración es, precisamente, la conducta que se desarregla con la diversa norma de motivación también insita en el tipo y la cual sólo vale para quien la conozca o haya estado en condiciones de conocerla, esto es, haya estado en un contexto de comunicación con la norma motivadora al saber o poder saber el carácter penalmente prohibido de su conducta y, con base en ello y en otras circunstancias pudo obrar de otro modo.

Empero, a dichas conclusiones parecerían oponerse los artículos 15-V-VI del CPF, 29-IV-V del CPDF y 44-II-III del CPC que señalan que han de ser “reales” tan la “agresión” que motiva la legítima defensa, como el “peligro” que da lugar al estado de necesidad, lo cual aparejaría negar que esas excluyentes de delito se den en cualquier caso en que en una valoración “ex-post” resulte que la agresión o el peligro no eran reales, aunque todo indicara lo contrario al momento de realizarse la conducta. Sin embargo, la interpretación de que la agresión y peligro sean “reales” depende del contexto en que se deba entender esa expresión legal; pues tal contexto se sitúa en un marco más amplio, el de la ordenación objetiva por parte de la ley de las conductas que se han de estimar contrarias o conformes a Derecho. En efecto, se debe partir de que las circunstancias que se valoran al momento de la acción sí son “reales” y ellas de por sí son las que deben indicar razonablemente —a los ojos de un observador imparcial del hecho— que existe el motivo objetivo (que respecto de aquellas excluyentes es la agresión o el peligro del bien) para dar pie a la causa justificante.

**Éste entendimiento no rompe así con el principio de que la antijuridicidad es objetiva, aunque sí evita la falsa creencia de que para aquél juicio lo decisivo sería el peligro o lesión, más que la contrariedad de la conducta con la norma; cuando lo decisivo es que la conducta que realice la lesión contrarie la norma o se ajuste a ella en las circunstancias y con las condiciones del supuesto que la regule. Pero asimismo la postura que aquí se sostiene se aparta de la doctrina actualmente dominante y sigue en este punto a Zaffaroni<sup>843</sup> y a Requejo Conde<sup>844</sup>; Porque la solución que se propone no reconduce el problema al ámbito de las justificantes putativas que debieren ser tratadas como errores invencibles ya sea de tipo o de prohibición. Sino que examina con objetividad los casos en que la conducta es todavía conforme a Derecho. Ya que de nada**

<sup>843</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 587 y ss.

<sup>844</sup> Carmen Requejo Conde, *La Legítima defensa*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, pp. 352 y ss.

**servirían las normas reguladoras de conductas si en ese primer contexto se desatiende a la conducta y las circunstancias —reales y objetivas— que aparecen como suficientes para darle pie y las que de acuerdo con la ley deciden que aquella es conforme a Derecho. Lo que se resuelve con independencia de que luego resulte que era diferente el motivo real y objetivo que le dio lugar.**

Así, por ejemplo: si no se duda en conceder una eficacia eximente de pena al sujeto ilegítimamente agredido con un arma que reacciona racionalmente en su defensa lesionando al que "ex-post" se comprueba como su agresor real; no se ve entonces razón suficiente para que se le niegue ese derecho a quien actúa de la misma forma frente a una agresión igual que ex-post resulta falsa. *Ya que el Derecho debe valorar esa conducta frente a esas circunstancias reales al momento en que ellas aparecen dándole origen, para así decidir su contrariedad o conformidad al mismo.* Negar en aquellos casos la licitud de la conducta es hacer nugatorio el sentido jurídico de las causas de justificación como normas de determinación-valoración de conductas que circundan y acotan a las normas prohibitivas a efecto de prevenir situaciones indeseables socialmente y convertirlas a la vez en una lotería de justicia. Y ello es así por tres razones:

**Primera.** *Porque la validez de esas normas de conducta ya no dependería de que las conductas mismas se ajusten a la norma, sino del resultado que originen aún ajustándose a la norma.* O dicho de otro modo, el ajuste o la contrariedad a Derecho de una conducta ya no dependería de su valoración al momento en el que ella se realizó y según las circunstancias que aparecen como dándole pie, sino pendería del azar según las circunstancias concurrentes verificadas ex-post, acerca de la realidad o irrealidad intrínseca del motivo que dio lugar a la justificante. Una visión como ésta emularía la postura de sancionar por el resultado olvidándose de la conducta. Pues vería tan solo la lesión, pero desatendería la ofensa: aun cuando la antijuridicidad es lesión que ofende al Derecho, precisamente, porque la conducta además de ser lesiva, es contraria a la norma.

**Segunda.** Porque entonces se trataría de normas con un discurso doble, antagónico e irracional. Por un lado permitirían la conducta, pero por el otro no la permitirían, aunque ya no por ella misma, sino por circunstancias que aquella no dio lugar y que sólo pueden verificarse ex-post y no antes de la conducta misma que aquellas regulan con relación al motivo que le da lugar.

**Tercera.** Porque el sujeto agredido no tiene por qué esperarse a verificar la autenticidad de la agresión a costa del bien jurídico que resulte dañado por la espera, porque entonces se trataría de normas que impondrían observar a los individuos conductas heroicas y sin sentido justo, ya que habrían de salvar los bienes jurídicos de otro aún a costa de los propios y sin que importara la propia conducta antijurídica de aquél otro.

Y es que —dice bien Carmen Requejo Conde—: intentar conocer totalmente la realidad es una pretensión ingenua. El conocimiento humano y la realidad que nos transmite son siempre limitados e imperfectos. Por esto y con relación a la valoración ex-ante de la conducta que sea contraria a la norma —señala Carmen Requejo Conde— (...) ciertas verdades aún limitadas e imperfectas hay que considerarlas como tales en cuando se basen en una evidencia directa de la realidad percibida dentro de las limitaciones del conocimiento humano, sujeto por ello a un margen de error inherente a él... Y más adelante la autora española agrega (...) Todos estos elementos de juicio el Derecho los debe valorar para la atribución de un hecho y la calificación de que la

conducta se ajusta a la norma prohibitiva. Para después concluir: (...) No es posible hablar de un conocimiento infalible del hombre respecto a la realidad externa. Fuera del ámbito de la conducta correcta no es posible hablar de verdad ni de error. Igualmente, lo que para el sujeto que actúa puede ser verdad, quizá no lo sea para el afectado, por lo que la tarea de las reglas de conducta es establecer reglas que exijan la búsqueda de la verdad protegiendo también el interés de los terceros. Es por ello preciso establecer el ámbito de la actuación correcta, [con] un criterio con validez y aplicación para cualquier persona...".<sup>96</sup> Mismo que sea congruente con el sentido de esas conductas. Por último, la regulación en el CPF, el CPDF y el CPC del cumplimiento del deber como causa de justificación (artículos 15-VI, 29-V y 44-IV, respectivamente), demuestra que aquél opera como causa justificante aunque el contenido de la orden que se haya de cumplir no se ajuste intrínsecamente a Derecho, siempre y cuando se emita por quien tenga facultades legales para dar una orden de esa naturaleza en su contenido y forma y que se cumpla por quien esté jurídicamente obligado a ejecutarla, por lo cual su antijuridicidad no ha de ser notoria. El policía actuará conforme a su deber si ejecuta una orden judicial de aprehensión que le compete cumplir, aunque luego un amparo invalide la orden porque ésta no se ajustó a las condiciones de fondo del artículo 16 C.; lo mismo sucede cuando el juez condena de acuerdo con pruebas que hasta ese momento evidenciaban legalmente la culpabilidad del inculpado, aunque luego aparezcan pruebas supervenientes que demuestren la inocencia del sentenciado. Y más aún respecto a la privación de la libertad que hacen cumplir los encargados de la prisión al ejecutar la sentencia. Y dada esta regulación legal respecto al cumplimiento de deberes y la obediencia jerárquica, es absurdo que respecto de algunas causas justificantes fuere determinante sólo el juicio ex-post, mientras que para otras éste juicio no importe, más aún cuando todas esas causas se hallan en la misma ley e incluso en el mismo artículo y regulen una misma consecuencia: la falta de antijuridicidad.

Ya Tomás de Aquino, citado por Fernando Molina Fernández, se planteó la cuestión de si pecan el juez o el verdugo que matan a un inocente que creen culpable. La respuesta que daba Sto. Tomás es que: (...) el juez no peca al dictar sentencia según los datos que tiene, puesto que no mata él a un inocente, sino a aquél que según todas las pruebas parece culpable. En cuanto al verdugo, si sabe que la sentencia del juez está basada en un error, no debe obedecer. (...) Más si no es clara la injusticia, no peca al cumplir la sentencia, pues no toca a él el examinar la sentencia una vez dictada por su superior. En tal caso no es él quien mata a un inocente, sino el juez, de quien es sólo un ministro. Y bien señala Molina Fernández: (...) En tan breve párrafo toca Tomás de Aquino, con evidente acierto, algunos de los problemas que todavía hoy se siguen discutiendo en la causa de justificación de cumplimiento de un deber en general y en la obediencia debida en particular. En cuanto al juez, opta por el criterio de la valoración ex ante, reconocido por los propios ordenamientos procesales. En cuanto al verdugo, distingue muy adecuadamente los casos de órdenes de contenido manifiestamente antijurídico (pese a que el juez ha incurrido en un error que excluye su pecado), en los que no hay deber de obediencia, y los casos de orden sólo posiblemente injusta, en los que no le corresponde al subordinado la indagación acerca de este hecho, lo que coincide plenamente con la regulación habitual del

---

<sup>96</sup> Carmen Requejo Conde, op. cit., pp. 354 y 355.

delito de desobediencia. Por último, también acertadamente, apunta que en estos casos el verdugo sólo sería un instrumento justificado (ministro) del verdadero autor, que sería el juez.<sup>600</sup>

— VIII —

**La funciones del injusto y de su ausencia respecto al delito:**

**Las causas de justificación y su fundamentación general**

El tipo penal y el injusto tienen una función delimitadora de qué conductas y bajo qué condiciones se pueden estimar punibles. Esa delimitación es clara —aunque indiciariamente— respecto al tipo penal de cada delito. Como también es igual de nítida —con relación al injusto— siempre y cuando no haya un conflicto de intereses y por ende falta causa de justificación al darse la tipicidad. Pero la situación es algo distinta cuando al darse la tipicidad haya algún conflicto de intereses jurídicos o de bienes jurídicamente protegidos. Porque en tales eventos habrá que atender a las condiciones y límites de las causas de justificación para decidir la existencia o inexistencia del injusto. Y precisamente resulta que la fundamentación de las causas de justificación es mucho más amplia que la de los tipos penales, en tanto que aquellas se refieren no a uno sino a todos los tipos penales de delitos e incluso van aún más allá de la clase de delito de que se trate. Pues por más que esas causas de justificación tengan su aforo regulativo en los códigos penales, sin embargo, ellas se rigen por los principios ordenadores de todo el Derecho y no sólo por los que gobiernan al tipo en el Derecho Penal. A diferencia de los tipos penales, el principio *nullum crimen sine lege* no vincula al tenor literal de las causas de justificación. Simplemente, porque tal tenor literal no puede entenderse en la gran mayoría de los casos sin atender a la materia que restrinja a la norma prohibitiva en cada caso concreto según la causa de justificación que concurra. Piénsese en el ejercicio de un derecho con lesión de bienes jurídicos a través de una conducta típica y en el cumplimiento de un deber en la misma tesitura, cuyos contenidos dependerán en cierta medida de la materia del Derecho que regule al “derecho” y al “deber” cuyo ejercicio o desempeño se alegue en el caso concreto. O incluso en el estado de necesidad donde se confrontan bienes jurídicos que manan de diversas materias del Derecho y de ellas o de otras surja también la forma por la que el Derecho valora cuál interés es el preponderante para permitir la conducta típica dentro del gran marco general del ejercicio responsable de nuestra libertad. De esta manera, del principio de legalidad estricta que rige a los tipos penales y que modela su interpretación cerrada sólo ajustable en ciertos casos por la interpretación contextual orientada por los principios limitadores del estado de derecho, se pasa a otros principios más amplios de interpretación respecto a las causas de justificación. Lo cual se explica porque las causas de justificación se alimentan de todos los campos del Derecho y porque a la vez la gran mayoría de ellas se dan en el contexto general del ejercicio responsable de la libertad de acción constitucionalmente reconocida y la exigencia de mínima solidaridad social, entre otros principios. En la categoría del injusto se enjuicia pues la acción típica concreta que es injusta (antijurídica) por estar ausente una causa de justificación. Y por el contrario, la causa de justificación que parezca concurrir en el caso concreto se habrá de decidir de acuerdo con los criterios, principios y condiciones en los que se basa esa causa de justificación o licitud con relación al tipo penal en el que aquella se trate. Fundamentación que a primera vista se halla en las condiciones de las mismas eximentes

---

<sup>600</sup> Fernando Moína Fernández, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, op. cit., pp. 387 y 388.

que regulan los códigos penales, aunque en realidad muchas de ellas mismas implican la concurrencia de otras materias fuera del Derecho Penal y de criterios jurídicos cuya fuente no es exclusivamente penal. Por ello aunque se parta de su contenido literal, las causas de justificación no se someten en su interpretación a las exigencias de precisión tan estrictas que rigen para las figuras típicas. Y ello también apareja que en las causas de justificación pueda estar permitida la interpretación analógica y la mayoría de razón según sea la materia del Derecho a la cual se conecten.

Además de las funciones mencionadas que en parte refiere Roxin<sup>847</sup>, hay otras implicaciones del injusto y de la falta de injusto. En los casos de conflicto de intereses juega papel fundamental el principio del ejercicio responsable de nuestra libertad y el cumplimiento de deberes oficiales o de índole particular como obligaciones mínimas de solidaridad social que se derivan del ideal de un estado democrático o de derecho. Así, cuando en un evento de conflicto de intereses jurídicos alguien actúe antijurídicamente, la realización de esa conducta también involucrará un ejercicio irresponsable de la libertad de acción o una falta a los deberes oficiales o de las obligaciones mínimas de solidaridad social que impone el mismo Derecho. Esto es, habrá un comportamiento no tolerable y socialmente nocivo que invade la esfera jurídica de otro o que no evita la lesión al bien jurídico de otro debiendo y pudiendo hacerlo. Pero cuando alguien realice un tipo y concorra una causa de justificación, ésta fundamentará, además, un deber de tolerancia de la otra parte. Deber que en última instancia se motiva ya sea porque la lesión típica justificada se da en el ejercicio responsable del derecho de no tolerar intromisiones injustificadas o bien sea porque con ella se cumplen deberes oficiales o exigencias jurídicas de solidaridad social mínima que obligan a soportar la intromisión respecto de quien indebidamente intenta lesionar u omite hacer lo posible para evitar la lesión del bien jurídico de otro. Lo que hace que la resistencia del sujeto que debe tolerar sea contra Derecho y si encaja en un tipo constituye, además, un injusto. Por lo que la valoración político criminal siempre ha de tener presente ese doble aspecto (actio duplex) cuando se da tal clase de conflicto: Que la exoneración penal de uno en virtud de su conducta justificada tiene como consecuencia el carácter antijurídico de la conducta del otro que resista en vez de tolerar la intromisión. Aunque aquí cabe precisar que la postura de Roxin es más extrema. Para él, la resistencia del "otro" siempre aparejaría un "injusto" de su parte.<sup>848</sup> Esto es, la relevancia típica penal de su conducta antijurídica. Criterio que no se puede compartir en su plenitud como luego se verá por qué. Pero de cualquier modo, el que alguien se amolde con su conducta típica a alguna causa de justificación implica la legítima permisión o mandato de una necesaria intromisión en los bienes jurídicos de otro, quien debe tolerarla; así como nadie tiene que tolerar una conducta antijurídica y menos cuando ésta consista en un injusto. O dicho de otra manera, todos tenemos el derecho de no tolerar las intromisiones antijurídicas a los bienes jurídicos propios y de terceros. Los supuestos, las pautas y la medida del ejercicio de ese derecho se dan en la propia ley respecto a las mismas causas de justificación.

Las consideraciones anteriores conllevan a que no se pueda oponer una causa de justificación a otra causa de igual clase o bien cuando sean antagónicas: No cabe legítima defensa contra legítima defensa o ésta contra un

---

<sup>847</sup> Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*, pp. 219 y ss.

<sup>848</sup> Claus Roxin, op. cit., *Idem*.



estado de necesidad, ni el ejercicio de un derecho frente al cumplimiento de un deber, etc. Sin que sea ocioso apuntar que el contenido de las diversas causas de justificación impide que puedan concurrir varias de manera simultánea —a través de la misma acción— y en tal sentido también son incompatibles entre sí, aunque ello no excluye que algunas en su naturaleza ya involucren en sí a otras, como por ejemplo, la legítima defensa es en sí un derecho y en opinión de muchos es, además, una causa especial del estado de necesidad. Igualmente, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimos conllevan el cumplimiento de un deber jurídico específico. Asimismo, es posible —y de hecho puede suceder con frecuencia— que dos causas de justificación se den en momentos sucesivos, como cuando un particular o un policía detenga en flagrancia a quien está cometiendo un delito —potestad emergente que concede a cualquier persona el párrafo quinto del artículo 16 de la C. y que la ley impone como deber al policía— y luego el detenido agrede al policía o al particular aprehensor, lo que motiva que éste tenga que herirlo para repeler la injusta agresión, con lo que se da la secuencia de primero actuar en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber y después en legítima defensa. Y finalmente, es posible que sea diferente la óptica jurídica de la intromisión de terceros o de la defensa de terceros en los eventos de causas putativas de justificación. Otra función de las causas de justificación —siguiendo en este punto a Roxin— (...) es que al aceptarse que sus fuentes pueden ser procedentes en cualquier ámbito del Derecho, garantizan la unidad y falta de contradicción del mismo orden jurídico. Y, por lo tanto, su efecto justificante tampoco vale sólo para el Derecho Penal. Sino para acciones no permitidas en otros ámbitos jurídicos de no concurrir la causal de justificación.<sup>440</sup> Así sucede, por ejemplo, con las intromisiones justificadas en el derecho general de la personalidad, tratándose de testimonios en los procesos judiciales o de la intromisión en la misma libertad cuando se cita legalmente a alguien a comparecer ante la autoridad.

Las causas de justificación se basan en normas que ordenan o permiten la lesión jurídica. El ajuste a esas normas impide la antijuridicidad de la conducta. Por lo que después de conceptualizar cuándo es antijurídica una conducta y cómo se identifica al injusto en el ámbito penal, cabe hacer alusión a las excluyentes de delito que se sustentan en normas que ordenan o permiten la lesión jurídica, a las cuales se les conoce como causas de justificación o de licitud. Y las que, precisamente, impiden tal injusto y, por ende, al delito. Como son el cumplimiento de un deber (y dentro de él, a la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo), la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y la practica de deportes violentos. Que son causas que no impiden la lesión jurídica como sí sucede en el caso del consentimiento válido del titular de un bien jurídico disponible para que se le dañe, donde por falta de lesión jurídica se excluye al tipo antes que al injusto. Sino que aquellas causas de justificación precisamente suponen normas que ordenan o permiten la lesión jurídica, faltando por ello la ofensa al Derecho (la contrariedad con la norma). Lo anterior también apareja que cuando se plantea una causa de justificación siempre habrá un campo de tensión entre tendencias en parte contrapuestas. Y en el cual para sustentar aquella son determinantes para la interpretación los criterios rectores que se extraen de las mismas causas de justificación y del Derecho en general. Por ejemplo: Por un lado, las potestades de intervención procesales y otras intromisiones de Derecho

---

<sup>440</sup> Claus Roxin, *op. cit.*, pp. 219 y 220.

Público en la esfera jurídica de las personas pretenden asegurar el cumplimiento de funciones esenciales del Estado y, por ende, garantizarlas mediante una interpretación acorde con ese fin. Esto es, proteger al funcionario en el desempeño de su cargo e impedir la resistencia. Lo cual es una finalidad legítima. Pero por otro lado, la protección de la libertad individual frente a los excesos estatales no es menos importante y constituye una tarea interpretativa del mismo o superior rango. Indudablemente, el balance normativo no pertenece solo al Derecho Penal, sino que es codeterminado por datos previos del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional. Lo cual prueba —como dice Roxin— (...) que los distintos ámbitos del Derecho no están aislados entre sí; en tanto que se complementan y se apoyan recíprocamente.<sup>850</sup>

De todo ello también se sigue que las causas de justificación se pueden explicar mejor con el auxilio de diversos principios que se deducen de la regulación legal de aquellas causas en concordancia con las demás normas que ordenan los comportamientos dentro del Derecho pero siempre ubicadas en un espectro más amplio: *El de protección de bienes jurídicos en el ámbito del respeto al Derecho, del ejercicio responsable de nuestros derechos de libertad (autodeterminación individual) y de respeto a la mínima solidaridad social (solidaridad inter-subjetiva) en un estado democrático: como criterios rectores de primer nivel. Los principios ordenadores secundarios de que se habla son —de manera enunciativa— los siguientes: 1) El principio —como regla general— de que la acción típica que se pretenda justificar ha de ser racionalmente necesaria ex ante para la protección del bien jurídico en conflicto. 2) El principio de ponderación de bienes. 3) El principio de protección. 4) El principio del prevalecimiento del Derecho. 5) El aludido principio de autonomía o competencia responsable. 6) El respeto a la norma de intromisión por mínima solidaridad social que supone el estado de necesidad justificante. 7) Los principios de proporcionalidad y de preponderancia de intereses.*

Sin desatender que esos principios son enunciativos y se presentan en número y combinación diferente en cada una de las causas de justificación. Por ello, la doctrina dominante parece renunciar con razón a una fundamentación unitaria de las causas de justificación en tanto ellas no pueden ser explicadas sólo por un principio sin caer en generalizaciones demasiado vagas y poco útiles; sin que ello excluya el que se puedan ensayar criterios rectores de primer nivel y principios orientadores de carácter operativo de segundo nivel respecto a ciertos grupos de causas de justificación. En especial con relación a las que implican un estado de necesidad en sentido amplio y que comprenden al estado de necesidad en sentido estricto y la legítima defensa, donde por lo general se presenta un conflicto entre intereses jurídicos autónomos y cuyo fin es encontrar la razón por la cual se otorga al sujeto necesitado una facultad de salvaguarda que por lo general supone una injerencia típicamente relevante en la esfera jurídica de otro. Y ello es como se indica, porque esos criterios y principios generales ayudan a fundamentar el por qué el sujeto agresor o que resiente el daño debe soportar esa injerencia de salvaguarda que afecta su propia esfera individual de libertad. Así, ya se perfiló en los apartados anteriores de este capítulo que en el ideal del orden social justo que mana de la C., el ejercicio de nuestras libertades se enmarca en el de la autodeterminación responsable del ejercicio de las mismas —Estado liberal—, las cuales llegan hasta el correlativo derecho de los demás y de uno mismo —y por lo tanto de todos— de que otros no lesionen innecesariamente nuestros bienes jurídicos. Como también en ese orden social justo se asumen ciertos deberes mínimos de solidaridad social —Estado social— que tienen como fin el salvaguardar ciertos bienes jurídicos preponderantes. Valores del estado liberal y de estado social que se subsumen en el ideal del estado democrático o de derecho al que aspira nuestra C. al reconocer por un lado al individuo como sujeto autónomo portador de derechos y por el otro, al admitir que aquél junto con otros

---

<sup>850</sup> Claus Roxin, op. cit., p. 219

conforma al pueblo el cual es el constituyente del Estado a través de la C: cuyo poder se debe ejercer en beneficio del pueblo y con respecto a los derechos humanos y garantías que la misma C. reconoce a los individuos. (Artículos 1 al 29, 39 y 40 de la C.)<sup>651</sup> Pues bien, esos criterios rectores serán útiles en su momento para fundar y entender mejor las referidas causas de justificación. De las cuales me concreto enseguida a un repaso tal como están vigentes, así como de las implicaciones de las mismas de acuerdo a los principios que las pretenden fundamentar.

## — IX —

### El cumplimiento de un deber

**A. La naturaleza del deber.** Un Estado democrático requiere de la eficacia del Derecho para poder cumplir sus fines. La protección misma de bienes jurídicos sólo puede concebirse en el ámbito del respeto al Derecho, para lo cual él mismo impone ciertos deberes de solidaridad social a los ciudadanos y dota a la autoridad de ciertas funciones que debe cumplir para la consecución de tales fines. En ese marco se inscribe el cumplimiento de deberes, el impedimento legítimo y el ejercicio legítimo del cargo como causas de justificación. Los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC coinciden en disponer —en lo conducente— *que el delito se excluye cuando: “La acción u omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico...”*. Por lo que al ser de naturaleza jurídica el deber de obrar, bien sea del particular o del servidor público, aquél debe provenir de la ley y encontrar en ella su fundamento. Esto es, impuesto por la ley o que surja de una fuente legal en el mismo sentido. Los llamados deberes éticos, morales, religiosos o sociales no se pueden comprender como causas de atipicidad o de justificación. Ya que los deberes con cuyo cumplimiento es lícito lesionar bienes jurídicos ajenos son sólo aquellos que el Derecho eleva a la categoría de deberes jurídicos.

Una norma jurídica debe ser la fuente de donde mane tal deber de actuar en cierto sentido. Por lo que no tienen influencia para ello las concepciones o creencias personales o incluso grupales o sociales que se aduzcan como deberes éticos, morales, religiosos y sociales. Estas clases de deberes responden a motivaciones muy plurales y representan un personal modo de ser, de sentir, pensar o creer. El legislador debe proteger la libertad de creer y de profesar una religión, pero ninguna persona puede aducir una convicción personal, religiosa o comunitaria de lo que considera su deber para justificar la lesión ajena o no impedir tal lesión en su condición de garante de bienes jurídicos de otros, si acaso tal deber no lo impone el Derecho como una obligación de actuar en uno u otro sentido. Si se admitiera como lícita la lesión a bienes jurídicos con base en dichas clases de deberes morales, religiosos o sociales se anularían los fines propios del Derecho; Jiménez Huerta apunta: (...) se vendría a sustituir la ordenación objetiva de los intereses humanos [a través del Derecho] por un anárquico estado. En el que cada hombre tratase de imponer el personal modo de ser y de sentir que se deriva de lo que él estima como su deber ético, religioso o social. Los deberes éticos y sociales pueden ser reconocidos por la ley; pero entonces se convierten en deberes jurídicos. Y esto es lo único que

---

<sup>651</sup> Los caracteres de Estado humanista, social y democrático de derecho se reconocen actualmente de manera expresa en los artículos 2°, 3°, 7° y 27-V de la C. de Coahuila, mientras que en la C. federal esa reconocimiento no es expreso aunque sí claramente implícito no solo en sus primeros 29 artículos, sino, además, con base en otros preceptos constitucionales como son —entre otros— los artículos 39 y 40 C., cuyo análisis corresponde más al Derecho Constitucional.

para el Derecho tiene trascendencia.<sup>602</sup> El deber puede dirigirse a cualquier persona o bien establecerse como una de las funciones inherentes a ciertos servidores públicos. Motivos por lo cuales —como se verá más adelante— no pueden dejarse de considerar a las fuentes principales del deber de actuar que se contienen precisamente en los códigos penales, en cuanto aquellos deberes de actuar fundan omisiones penalmente relevantes en los delitos de resultado (artículos 7° del CPF, 16 del CPDF y 34, 35 y 36 del CPC.) (Fuentes y posiciones de garante que ya se examinaron en el número VIII del Capítulo Décimo.) Como también se han de tomar en cuenta los supuestos en que a cualquier persona se le impone ese deber en los ámbitos descritos por los tipos penales de simple conducta omisiva. Como igual con relación al delito de revelación de secretos o comunicaciones reservadas (artículos 210 del CPF, 213 del CPDF y 381 del CPC) cuando la ley impone el deber de reserva (impedimento legítimo) según cierta actividad profesional, como es el de confidencialidad al cual se le conoce más como secreto profesional, como sucede con los profesionistas respecto de sus clientes, bien sea, ejemplificativamente, con la relación cliente-abogado, paciente-médico o paciente-terapeuta (artículo 36 de la Ley de Profesiones del Distrito Federal); el secreto bancario (artículos 106-XX, 112-III, 117, 117 bis y 118 de la Ley de Instituciones de Crédito), o el de reserva de la confesión para ciertos ministros religiosos (artículo 2-C. —con duda— de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público), el secreto industrial (artículo 82 de la Ley de Propiedad Industrial), etc. Más el deber legal puede derivar principalmente de un cargo público. Esto es, ser oriundo de las funciones que le compete realizar a un servidor público, que a veces se debe manifestar en órdenes y en otras en la ejecución de esas órdenes (ejercicio legítimo del cargo y obediencia jerárquica) que involucren realizar —aparente o realmente— los elementos de un tipo penal y en cualquier caso lesionar los bienes jurídicos de otros.

**B. ¿Es el cumplimiento del deber jurídico excluyente de tipicidad o de antijuridicidad?** La tradición dogmática trata el cumplimiento de un deber jurídico como una causa de justificación, orientación que permanece hasta el presente. Zaffaroni anota que el estimar el cumplimiento de un deber como causa de atipicidad fue siempre una postura minoritaria, y así se mantiene, sin embargo, él se suma a esa alineación con base en un argumento principal. El insigne penalista argentino observa que mientras el ejercicio legítimo de un derecho —que involucra las demás causas de justificación— importa un juego armónico y una prelación lógica entre la norma prohibitiva y el precepto permisivo, por su parte, el cumplimiento de un deber jurídico es una cuestión que debe resolverse dentro del ámbito de las normas prohibitivas. Y explica: (...) Cuando a partir de un tipo se llega a una norma que aparece prohibiendo hacer lo que otro tipo prohíbe omitir, es claro que existe una aparente contradicción que debe resolverse mediante la interpretación adecuada de ambas normas para establecer cuál prevalece.<sup>603</sup> Y más adelante agrega que el cumplimiento de un deber que implica realizar una conducta que sin dicho cumplimiento sería típica: (...) no tiene nada que ver con la justificación, es decir, con el juego armónico de una norma prohibitiva y un precepto permisivo que proviene de cualquier parte del orden jurídico y que si el agente no se ampara en el mismo para realizar la conducta no sufre ninguna consecuencia jurídica porque esa alternativa también es su derecho. Datos de los que Zaffaroni deriva que: (...) La antinormatividad no se comprueba con el mero choque de la acción con la norma deducida del tipo, sino que

<sup>602</sup> Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, op. cit., p. 196.

<sup>603</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alogia y Alejandro Slosar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 474.

requiere la consideración *conglobada* de la norma deducida del tipo con las deducidas de los otros tipos penales. Los jueces no pueden admitir que los legisladores sean ciegos en una pinacoteca, aunque de hecho lo sean; por ende, *deben reducir racionalmente cualquier contradicción que surja entre normas prohibitivas, de forma tal que éstas aparezcan en un cierto orden normativo. A la luz de ese orden normativo se establece la antinormatividad y recién entonces queda libre el camino lógico para analizar en un paso posterior la antijuridicidad (prohibición), porque de una conflictividad lesiva imputable a un agente (antinormatividad) no surge todavía una prohibición.*<sup>64</sup> Sin embargo, de esas observaciones Zaffaroni concluye que *tan el cumplimiento de un deber como el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo siempre dan lugar a la atipicidad de la acción.*

Debe reconocerse que la teoría de Zaffaroni contiene una gran dosis de verdad. Es decir, su tesis de que el cumplimiento del deber jurídico y el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo excluyen al tipo o al juicio de tipicidad es en gran parte correcta, pero no del todo exacta. La tesis es puntual en cuanto es cierto que a diferencia de las demás causas de justificación —que suponen un derecho que puede dejarse de ejercer por su titular sin consecuencias jurídicas desfavorables para él—, el cumplimiento del deber y el ejercicio del cargo se imponen y no quedan a elección del obligado el incumplirlos sin sufrir consecuencias jurídicas adversas. Es igualmente cierto que el incumplimiento de muchos deberes —aunque no de todos— conlleva a la relevancia típico-penal de ese incumplimiento. Y, por último, es asimismo verdad que en muchos de esos casos *la tipicidad se excluye cuando el supuesto del tipo contiene o implica en sus elementos el incumplimiento de cierto deber o el ejercicio incorrecto de cierta función y se halla precisamente que sí se obró en cumplimiento de ese deber o sí se ejerció legítimamente esa función.*

*En esos eventos el mismo supuesto típico penal ya contiene o implica como elemento típico propio el incumplimiento del deber o el ejercicio indebido de cierta función. Del modo tal que cuando falte tal elemento porque la persona actuó en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo del cargo, debe afirmarse necesariamente la atipicidad de la conducta.*

Así sucede en las categorías siguientes:

**1.) En los tipos penales que admiten su comisión por omisión (tipos penales de resultado por omisión).** Como por ejemplo el homicidio o las lesiones, en tanto que si el delito se comete por el garante con su omisión de la acción posible que evitaría el resultado —omisión de la acción jurídicamente "debida"—, al ser esa omisión elemento del tipo, antes que negar la antijuridicidad tendrá que afirmarse la atipicidad cuando se halle que falta aquella omisión porque precisamente se realizó la acción debida que según la posición de garante era posible de llevar al cabo. O dicho de otro modo, el sujeto que como garante falta a su deber de realizar la acción posible que evitaría el resultado comete homicidio y actúa antinormativamente, pero si la persona realiza la acción "debida" aunque en el caso concreto imposible de evitar el resultado tendrá que negarse la relevancia típica de la omisión y por tanto habrá atipicidad del homicidio.

---

<sup>64</sup> *Idem.*

2) *En los tipos penales de simple conducta omisiva en cuanto imponen el deber de actuar en cierto sentido cuya omisión el tipo sanciona penalmente, porque habrá atipicidad cuando precisamente si se cumpla con el deber. Como por ejemplo la omisión de auxilio necesario o a quien se abstenga de consignar al juez a la persona que se encuentre detenida en los términos de la Constitución. O ejemplificado de otro modo, incurrirá en el supuesto típico del artículo 293-IV del CPDF, el servidor público de la procuración de justicia que no ponga a disposición del juez al retenido dentro del tiempo del que autoriza el artículo 16 C.; mas habrá atipicidad si aquél cumple con su deber poniendo al retenido a disposición del juez en los términos que le impone la C.*

3) *En los tipos penales cometidos por servidores públicos donde "específicamente" se sancione el incorrecto ejercicio de cierta función que a tales servidores le compete ejercer. Como sucede con el ejemplo anteriormente señalado en el número (2); así como en la mayoría —aunque no en todos— de los delitos cometidos por servidores públicos. Y no en todos, porque muchos de ellos sancionan el aprovechamiento de la posición del cargo para realizar conductas ajenas a la función (enriquecimiento ilegítimo y tráfico de influencias, por ejemplo); pero sin que la materia específica del tipo sea el ejercicio indebido de alguna función inherente al servidor. Y,*

4) *En los tipos penales que contengan expresamente como elemento normativo de desvalor las expresiones "indebida", "ilegalmente", "ilícitamente" o "injustificadamente", en cuanto ellas exigen que ya desde el tipo se verifique la contrariedad de la conducta con las normas jurídicas que regulan la materia de prohibición y, por tanto, tendrá que sostenerse la atipicidad cuando se halle que la conducta fue acorde con algún deber del servidor público o del particular según sea el caso del tipo. Así, debe sostenerse la atipicidad cuando el policía detiene al indiciado en delito flagrante, porque él no comete una privación "ilegal" de libertad desde el momento en que al cumplir con su deber impide que la privación de la libertad que él realiza se configure como "ilegal". Como también habrá atipicidad en el tipo penal de desacato con relación a los tipos penales de revelación de secretos, donde "específicamente" se sanciona negarse injustificadamente a declarar ante la autoridad competente, porque habrá atipicidad del desacato si acaso la persona se declara impedida de revelar lo que sabe en virtud de su deber en sentido contrario, a tal grado que la misma ley pune la revelación del secreto profesional o de otra clase que la ley impone como deber a ciertas personas.*

*Sin embargo, la tesis de la atipicidad de la conducta por cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del cargo es incorrecta, cuando en virtud del incumplimiento de aquellos deberes o funciones se lesione el bien jurídico de aquellos tipos cuyo contenido «no suponga como elemento típico» un incumplimiento de deberes o el ejercicio ilegítimo del cargo.*

*Como por ejemplo sucede con el homicidio por acción y el allanamiento de morada. Es cierto que cuando se mata a otro en ejecución de una sentencia de muerte, como cuando se allana el domicilio en cumplimiento de una orden judicial de cateo, el delito se excluye porque el homicidio y el allanamiento se producen en cumplimiento del deber. Mas no es verdad que la exclusión del delito se dé porque esas conductas sean atípicas, simplemente porque el contenido de los elementos de esos tipos no supone un incumplimiento de deberes o el ejercicio ilegítimo de alguna función. Por lo que en esos casos se excluye la antijuridicidad. Lo*

mismo debe decirse del soldado que mata al enemigo en combate, porque su conducta actualiza todos los elementos del tipo de homicidio, pero aquél no actúa contra la norma prohibitiva de tal tipo penal al ajustarse al cumplimiento de su deber. Como tampoco puede alegarse la atipicidad por el cumplimiento del deber jurídico cuando la autoridad cumple una orden de cateo en un domicilio sin consentimiento de los moradores, en virtud de que el allanamiento de morada no contiene ni supone como elemento típico el incumplimiento de un deber o el ejercicio indebido de cierta función, aunque sí debe sostenerse que se justifica la conducta porque al ajustarse al cumplimiento de su deber la autoridad no contrarió la norma prohibitiva del tipo. Y es que por lo general la realización de una conducta típica siempre requiere lesión más no supone necesariamente su antinormatividad como si ésta fuese elemento del mismo supuesto legal del hecho punible. Ello sólo sucede así cuando a la misma antinormatividad se le implique necesariamente en la descripción legal del supuesto. La conducta antinormativa se demanda para afirmar el injusto, es decir, para proclamar que hay una conducta típica y antijurídica, pero no siempre se exige para sostener o negar la tipicidad en sentido estricto. La antinormatividad de la conducta es la materia de examen en el estrato del injusto, dado que la lesión misma ya queda atrapada por el tipo. Y aunque es cierto que el tipo supone la norma que prohíbe no actualizar el tipo sin causa que lo justifique. Es igualmente verdad que esa prohibición no se deduce sólo del tipo, sino del tipo en correlación con las causas de justificación.

El juicio de la antinormatividad de la conducta cuando no lo exigen los elementos del tipo se da en el siguiente estrato del análisis dogmático del delito y sirve para la conformación del injusto sólo cuando la conducta típica —y por lo tanto lesiva del bien jurídico que protege— es contraria a la norma prohibitiva porque falta su conformidad con las normas que ordenan o permiten la conducta típica, es decir, falta alguna causa legal que la justifique. Por otra parte, pareciera que el ilustre penalista argentino para sostener su postura tendiere al recurso de identificar la antinormatividad con la realización del tipo en sentido estricto y luego hablar de antijuridicidad como algo distinto. Si así fuere ello resulta confuso. El que en una labor eliminadora de las aparentes contradicciones entre las normas se tenga que tomar en cuenta a las normas deducidas de los tipos es una consecuencia ineludible de dicha tarea ordenadora en tanto que va dirigida a delimitar los alcances de las normas prohibitivas que involucran los mismos tipos penales; pero ello no hace sino confirmar que las normas prohibitivas a las que se deben referir los tipos penales ya están acotadas por tal labor organizadora; sin que por ello sea obligado que en el análisis dogmático del delito, el examen de la antinormatividad de la conducta ya deba introducirse siempre en el estrato del tipo, pues con tal postura en realidad se está a menos de un paso de la tesis de los elementos negativos del tipo, involucrando en éste no sólo a la antijuridicidad sino a la falta de ella, o bien dejando a la misma antijuridicidad con un contenido poco claro; más aún cuando también la lesión jurídica —como diverso componente de la antijuridicidad— ya es parte del mismo tipo. (Aunque debe reconocerse que el ilustre penalista argentino recurre para ello a la tesis de la antijuridicidad conglobante que él mismo ha desarrollado con su gran finura magistral.) En fin, con tal postura la distinción entre tipo y antijuridicidad sería tan sutil como difusa —al menos aparentemente— y se correría el riesgo de caer inevitablemente en la confusión de ambas categorías, en tanto que desde el examen del tipo tendría que analizarse ya no sólo la lesión sino, además, la conducta contraria a la norma que la prohíbe.

Y es que aún cuando, por igual sea cierto que —a diferencia del deber jurídico que se basa en normas que ordenan— las demás causas de justificación se apoyan en el ejercicio responsable de nuestra libertad; es también verdad que para que sea responsable el ejercicio de esa libertad —toda vez que con él se lesionan bienes jurídicos— es preciso que el mismo se ajuste a ciertas condiciones que enuncian las causas de justificación que prevé la ley y de las cuales surgen las llamadas normas permisivas. Por ello, tan son normas las que imponen un deber lesivo, como lo son las que permiten tal lesión. El hecho de que las primeras se impongan y las segundas no se impongan no parece ser razón suficiente para que el ajuste con las primeras excluya al tipo y el ajuste con las segundas impida la antijuridicidad, pues en ambos casos hay conducta que lesiona y hay conducta que se ajusta. Y finalmente como ya se evidenció, al menos en el Derecho Penal mexicano no todo incumplimiento de deberes de servidores públicos supone la realización de una conducta típica-penal.

De lo expuesto se puede concluir lo siguiente: **1)** El género común entre el cumplimiento de un deber jurídico y las demás causas de justificación consiste en que tan las normas que mandan como las normas permisivas *son normas y ambas "acotan las normas prohibitivas". En tal sentido el cumplimiento del deber no es más que una causa de justificación que no excluye el juicio de tipicidad sino al de antijuridicidad según la posición aquí sostenida.* **2)** La diferencia del cumplimiento de un deber jurídico con las demás causas de justificación que significan ejercicio de derechos estriba en que aquél se impone al obligado con consecuencias jurídicas adversas si lo incumple, mientras que las demás causas de justificación son derechos cuyo titular puede dejar de ejercer sin ninguna consecuencia jurídica desfavorable. **3)** *Sin embargo la postura mencionada en primer término tiene—o debe tener— una gran corrección, porque ya desde el tipo tendrá que examinarse no solo la lesión jurídica sino la antinormatividad cuando el supuesto típico penal ya contenga o implique necesariamente como elemento el incumplimiento de un deber o el ejercicio indebido de cierta función. De tal modo que cuando se halla que falta tal elemento típico porque la persona actuó en cumplimiento de su deber o en el ejercicio legítimo del cargo deba afirmarse necesariamente la atipicidad de la conducta.*

**C. La llamada "colisión de deberes".** Como resultado de considerar al cumplimiento de un deber jurídico como causa de justificación, la doctrina plantea los casos de la llamada "colisión" de deberes. Y aun cuando los problemas de antinormatividad corresponden más a la antijuridicidad (injusto) que al tipo, de todas suertes Zaffaroni tiene toda la razón al señalar que (...) *todas las colisiones de deberes que puedan plantearse son falsas o aparentes.* Lo real es que en una situación concreta dos deberes pueden enfrentarse de modo que ninguno de ambos pueda satisfacerse sin la lesión del otro; pero en lo normativo, siempre un deber limita al otro o debe ser preferido al otro, de modo que en ese plano no hay conflictos ni colisiones: se trata de casos en los que el derecho siempre debe decidir cuál es el deber que prevalece.<sup>665</sup> Sin embargo, es igualmente cierto que esta consecuencia no sólo se puede derivar si antes se acepta que el cumplimiento de un deber es causa de atipicidad, en tanto que dentro del principio de unidad armónica del Derecho a efecto de deducir la antijuridicidad de conductas es válida por igual la consideración *conglobada* de las normas deducidas de los

---

<sup>665</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 474.



tipos entre sí junto con las normas ordenadoras y permisivas de las causas de justificación, al igual que con otras materias del Derecho, a efecto de reducir racionalmente cualquier contradicción que aparentemente surja entre normas prohibitivas, de forma tal que éstas se den con un cierto *orden normativo*. A la luz de ese orden normativo se establece la antinormatividad de las conductas que se opongan a él, (la cual se resuelve en el injusto, pues cuando se afirma que una conducta es típica sólo puede sostenerse que la misma es indiciariamente antinormativa, la cual solo se podrá confirmar como tal, cuando se constata que la conducta típica se realizó sin que la ampare una causa de justificación.) Sin embargo, antes de ello también se puede deducir una ordenación o prevalencia de deberes, donde el de rango superior excluye al otro sin que de tal modo se pueda sostener que coliden entre sí. De esa ordenación conglobada de las normas es que se halla, por ejemplo, que sea un deber salvar los más que los menos cuando se trate de bienes de igual valía cuya existencia dependa de una acción posible que evite el resultado, cuando llegue a existir un deber jurídico en tal sentido, de tal modo que el mismo opere antes que un estado de necesidad que motivase la inculpabilidad.

De todos modos Zaffaroni tiene toda la razón al llamar la atención de que los casos de la llamada colisión de deberes en general suelen resolverse a favor de un deber prevaleciente y la doctrina se inclina a considerar que son supuestos de justificación, aunque en el caso de bienes equivalentes, en particular referidos a la vida humana, suele afirmarse sólo la inculpabilidad. Y sin embargo, apunta el autor argentino (...) esta última explicación es insuficiente, porque no se puede entender cómo el derecho puede consagrar como deber jurídico la comisión de un injusto, dado que cualquiera de ambas conductas sería un injusto.<sup>888</sup> Así se dice que cuando un padre se halla en un incendio ante la posibilidad de salvar a uno solo de sus dos hijos en peligro, actúa inculpablemente si hace esto. Cuando en realidad cumple su deber evitando el peligro en la medida que objetivamente es posible evitarlo en el caso concreto y sin que aquél haya introducido el peligro que ya existe, por lo que la muerte del otro hijo ya no podría imputársele a él. ¿Sería diferente la consideración cuando para salvar a un hijo el padre decide físicamente lesionar al otro?: Depende. Si acaso sólo de esa manera era posible salvar a uno, el padre no estaría más que cumpliendo con su deber —que en este caso prevé el código civil— en la única forma posible de cumplirlo. Si en una valoración *ex-ante* hubiese otro modo de salvarlo pero el padre se equivoca o no lo advierte, el caso es de inculpabilidad.

Pero Zaffaroni cita otros ejemplos: (...) El del escalador que ve a sus dos compañeros pendiendo de una cuerda y arroja un cuchillo al que está más arriba, que corta la cuerda por debajo de él, evitando que se corte por sobre de sí, salvando así su vida a costa de la del otro; el del capitán del buque que naufraga y sólo tiene posibilidad de salvar una parte del pasaje; el médico llamado por un paciente grave que presta asistencia *in itinere* a un accidentado también grave, hallando muerto a su primer paciente al llegar a destino. En todos estos ejemplos, el peligro no es introducido por quien actúa sino que ya existe, y quien actúa no hace más que evitarlo respecto de algunos, porque sólo puede hacer eso. Pero también hay casos que suelen plantearse como inculpabilidad cuando el sujeto desvía el peligro sobre terceros que no estaban en peligro: el guardabarrera que desvía hacía una vía muerta el tren de pasajeros que se iba a estrellar, pero causa la muerte de tres operarios que estaban allí trabajando. Similar es el caso del comandante militar que, sabiendo

---

<sup>888</sup> *Idem.*, op. cit., p. 474.

que habrá de bombardearse una ciudad, despista al enemigo y hace que el ataque se dirija a otra menos densamente poblada pero que no estaba en riesgo de ataque.<sup>867</sup> Ejemplos en los que hay una diferencia sustancial con el caso del padre que físicamente mata al hijo sosteniéndose el cumplimiento de un deber cuando se trata de la posibilidad de una sola acción que evite el resultado, porque cuando cambia el número de los bienes jurídicos de igual valía que se pueden salvar, debe realizarse la acción que salva a más en el caso concreto. Ya que para decidir el sentido de la norma del deber en ese caso, toma importancia el principio de ponderación de bienes del estado de necesidad, aunque no se trate en sentido estricto de esa causal, más aún cuando los artículos 15-V CPF y 29-V del CPDF excluyen la procedencia del estado de necesidad, precisamente cuando quien afronte el peligro tenga el deber jurídico de actuar en cierto sentido. Así, la acción de salvar a los más en aquél caso es ya es un deber y no una mera opción no reprochable. Quizá pueda parecer inmoral —aunque no irracional— someter la vida humana a la cuantificación de personas salvables para fundar el deber, pero el negarlo y sostener que se trata de casos de inculpabilidad apareja aceptar que en cualquier decisión que se tome se actúa antijurídicamente y que cualquier decisión que se asuma es inculpable, por lo que la autoridad —aunque actuando antijurídicamente en cualquier caso— podría decidirse por cualquier opción sin más consecuencias que las que tendría en el ámbito de la conducta ilícita pero inculpable. Cuando en realidad salvar a más con la única acción posible en ese sentido no es mera opción, sino un deber cuyo cumplimiento impide el carácter antijurídico de la conducta en esos casos; como sí conformaría el injusto y también sería en principio culpable ya no la acción de salvar a los menos sino la omisión de cumplir el deber de la acción posible de salvar a los más en el caso del comandante militar si acaso una norma legal le impone ese deber. También es válida la observación de Zaffaroni de que tampoco pueden confundirse los casos de cumplimiento de un deber jurídico con las situaciones de inculpabilidad en que se salva la propia vida a costa de la ajena o la de uno a costa de la de otro: el escalador que proporciona el cuchillo al único que puede salvarse cortando la cuerda, no actúa inculpablemente, sino en cumplimiento de un deber jurídico; el que la corta es quien actúa inculpablemente, porque no cumple con ningún deber jurídico.

Ciertamente que la postura que aquí se defiende discrepa con la opinión que tiende a prevalecer, especialmente cuando se trata de vidas humanas desde la perspectiva del estado de necesidad justificante. Simplemente porque cuando la confrontación se da entre dos vidas humanas no es posible someter a ponderación cuál de ellas ha de prevalecer según el interés preponderante, dado que para el Derecho las dos vidas humanas tienen el mismo valor. Y con esa postura debe coincidir cuando se esté realmente en un caso de estado de necesidad donde no se tenga la posición de garante con algún deber impuesto en cierto sentido, donde privar la vida de uno para salvar la propia o la de otro no justifica la conducta sino que la vuelve inculpable (estado de necesidad inculpable.) Pero ese no es el caso cuando se trate de un tercero que se halle en posición de garante y tenga el deber de actuar realizando la acción que sea posible para evitar el resultado. Porque en esos eventos y de acuerdo con los artículos 7° del CPF, 16 del CPDF y 34, 35 y 36 del CPC, la acción posible es una acción debida y no mera opción. E incluso esa solución es válida cuando con aquella única acción sea posible salvar a los más que a los menos, más aún cuando tal deber lo llegue a establecer

---

<sup>867</sup> Ibidem., pp. 474 y 475.

alguna norma específica, como en los casos de estado de guerra. Al respecto —aunque en la perspectiva del estado de necesidad y sin que su planteamiento se refiera específicamente al problema de los más por los menos— Roxin se opone a la justificación de la conducta y orientándose a la inculpabilidad, cita a Welzel, señalando que “...cuando hay vidas humanas que entran en un peligro en común con otras vidas humanas, pugna con el sentimiento moral utilizarlas como meras partidas contables en una cuenta global”.<sup>898</sup> Y asimismo invoca a Gallas, apuntando que “... un pensamiento jurídico..., para el que los valores jurídicos no sean meros valores utilitarios, sino que sea conciente de la fundamentación del Derecho en las convicciones morales básicas... de nuestro círculo cultural, no puede conformarse con un modo semejante de considerar las cosas”.<sup>899</sup> Contra ello bien señala Zaffaroni que: (...) Existen situaciones en las que el conflicto de bienes no se le plantea al agente sino al estado: el comandante militar que [en estado de guerra]<sup>900</sup> salva la ciudad a costa del ataque a un objetivo con menor densidad poblacional, no se encuentra en una necesidad exculpante, sino que cumple con su deber, porque de no tomar esa elección sería penado severamente y quizá ejecutado. El estado, so pretexto de respetar la vida humana como valor máximo que impide su mediatización (Kant), no puede derivar su inculpabilidad en otro, debe reconocer que en ocasiones impone deberes contrarios a la ética. De lo contrario, el estado sería la única persona que cuando se halla en una situación de inculpabilidad, puede derivarla en otro y, de este modo, eludir toda responsabilidad, incluso civil.<sup>901</sup>

Por lo demás, los argumentos de Roxin, Welzel y Gallas pasan por alto que todos los casos donde se excluye la norma prohibitiva de matar a los menos, la exención se logra en razón de la labor ordenadora de las normas, cuyo examen se realiza en el estrato del tipo si acaso éste supone el deber de actuar o en última instancia en el injusto con relación a la misma norma prohibitiva (que no prohíbe sin más realizar la conducta que concrete el supuesto de la norma, sino sólo cuando se realiza sin causa que la justifique, bien sea porque ésta la permita o la imponga como deber.) Todos los casos citados como ayunos de antijuridicidad son protagonizados por agentes que cumplen con un deber jurídico que surge de aquella manera: el padre cumple con el deber de proteger al hijo que puede salvar, el escalador con el de prestar auxilio al que puede amparar, el capitán con el de salvar a los naufragos que puede, el médico con el de asistir al accidentado que puede socorrer, el guardabarreras con el de evitar la catástrofe de los más y el comandante militar con el de salvar la ciudad más poblada. Y desde la perspectiva de la lesión en los dos últimos casos: la vida humana de los menos es tan real, como igual de real es la vida de los más y sin que todo ello implique desconocer sino aceptar lo que señala Zaffaroni, de que: (...) En definitiva, las dudas a este respecto, especialmente en los casos en que se pretende que se trata de inculpabilidades, derivaban del llamado *injusto objetivo*, fundado sólo en la causalidad del resultado.<sup>902</sup> Desde la perspectiva aquí sostenida, estas dudas no existen, pues la antijuridicidad no es sólo la lesión jurídica sino, además, la ofensa a la norma. Precisamente en todas las causas de justificación hay lesión pero falta la ofensa. Y es que a final de cuentas el problema que en ellas se plantea en realidad, no es sólo de si hay o no hay lesión, sino también de si hay o no hay antinormatividad de la conducta según el

---

<sup>898</sup> Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos...*, p. 689.

<sup>899</sup> Ibidem.

<sup>900</sup> Lo incluido en los corchetes es mío.

<sup>901</sup> Idem., E. R. Zaffaroni... op. cit. *Derecho Penal, Parte General*, p. 475.

<sup>902</sup> Idem., p. 475.

cumplimiento o incumplimiento de deberes impuestos. Por lo que si acaso el Derecho impone el deber de actuar en cierto sentido como acción posible de evitar cierto resultado —e incluso dando peso a la magnitud de la lesión para resolver cuál es el deber de actuar— se debe admitir que la conducta que cumple con ese deber —aunque lesiva— es conforme con la norma.

**D. La necesidad racional del medio para cumplir el deber y referencia especial a la obediencia jerárquica.** De acuerdo con los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC, para que el cumplimiento del deber opere como excluyente es preciso que *“...exista necesidad racional del medio que se emplea para cumplir el deber”*. Se delimita pues el alcance de la excluyente en cuanto la necesidad racional del medio que se emplee para cumplir el deber. Pero de ninguna forma se constriñe la causa de permisión a los casos en que la norma jurídica consigne en forma expresa la regulación de cómo cumplir el deber. A veces la misma norma lo implica, aunque en muchos casos —quizá la mayoría— lo hace de manera incompleta. Y con base en esas normas se puede deducir en términos generales que no proceden antijurídicamente los soldados que ejecutan una sentencia de muerte por fusilamiento si así lo indica la sentencia y ésta no sea notoriamente contraria a Derecho. Ni el testigo que al ser interrogado en un procedimiento legal revela un hecho que perjudique la fama de una persona. O cuando se excusa de declarar en virtud del deber que tiene de guardar el secreto profesional. Y también se puede sostener que no procede ilegalmente el agente de la autoridad que detiene a un delincuente que sorprende en flagrancia.

Más una cosa es en qué consiste el deber (en el último ejemplo, “detener” al indiciado) y otra la es cómo proceder a su cumplimiento. Y en especial cómo proceder ante y durante el cumplimiento del deber cuando hay resistencia de quien debe tolerar tal cumplimiento. Las normas pueden señalar en qué consiste el cumplimiento del deber: privar de la libertad y trasladar a la persona a ciertos lugares, pero no regular cómo se ha de llevar a cabo la detención y el traslado, casos en que opera en toda su extensión la llamada “necesidad racional del medio” para cumplir el deber. Esa necesidad racional del medio no sólo implica que la violencia —fuerza física— será innecesaria cuando quien deba tolerar soporta que se le afecte en su bien jurídico, sino también en que —siempre que sea posible— quien deba resentir la lesión sea advertido del carácter de la autoridad, de qué deber se trata de cumplir y cuál es el motivo que da pie al mismo. Mas por otra parte, aún satisfechas aquellas condiciones de todos modos la excluyente no existirá cuando se lesiona un bien jurídico al cumplir un deber empleándose un medio racionalmente innecesario. De aquí que el uso de las armas o el ejercicio de la violencia por parte de la autoridad tampoco son legítimos cuando ella puede cumplir su deber utilizando otros medios menos perjudiciales. De acuerdo con las premisas anteriores, resulta claro que se utilizan por la autoridad medios racionalmente innecesarios para evitar la fuga o reprimir los actos que afecten el orden público, cuando, sin más, se disparan armas con dolo de lesionar o matar. Pues por aquél motivo aislado resulta racionalmente innecesario, por ejemplo, el uso de las armas contra quien se fuga o contra un grupo de manifestantes que interrumpen o dificulten el tráfico de vehículos. Además, porque normalmente en esos casos se tienen al alcance otros recursos disponibles menos perjudiciales que se deben utilizar para impedir el escape o la alteración, porque bien se puede requerir a los trasgresores que cesen en su conducta y proceder —si es el caso— a la detención, en vez que a la lesión o muerte. (...) El uso de las armas —afirma

certeramente Bettiol— sólo puede admitirse, cuando el sacrificio de un bien individual se presenta como absolutamente necesario para salvaguardar otro de mayor importancia. Es inadmisibles para impedir una simple desobediencia y, por ende, es ilícito usar de las armas para evitar la fuga o lograr la detención del responsable de un delito que trata de eludir la orden de aprehensión.<sup>803</sup> Al respecto es ilustrativa la siguiente tesis del TSJC:

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER. EXCLUYENTE DE DELITO, SI AL CUMPLIRSE ORDEN DE COMPARECENCIA POR LA POLICÍA JUDICIAL, SE USA LA VIOLENCIA RACIONALMENTE NECESARIA PARA VENCER LA RESISTENCIA DEL GOBERNADO. Es cierto que se surten los elementos del tipo penal del delito de lesiones levisimas. Sin embargo, dichas lesiones no son contra Derecho. Pues al concurrir el inculpaado a su producción: lo hizo al amparo del cumplimiento de un deber legal, concretamente exigido. Ya que de acuerdo con la dinámica de los acontecimientos, el uso de la fuerza que causó tal resultado fue el racionalmente necesario para ejecutar la orden que al agente de policía le correspondía legalmente cumplir. Impidiéndose así el nacimiento de la antijuridicidad de acuerdo con la excluyente prevista en la fracción IV del artículo 33 del Código Penal. Ciertamente, la fracción IV del artículo 43 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, consigna en forma expresa como facultades y obligaciones de la Policía Judicial, la de "ejecutar ordenes de "comparecencia". La cual en el caso está probada existía y que se proponían cumplir los agentes policíacos en contra del lesionado. Amen de lo anterior: Si la ley omite establecer el modo, la forma y medios que los agentes deben emplear para dar cabal cumplimiento a tales mandamientos. Debe entonces prevalecer el principio de que ante la resistencia física del gobernado, de someterse a la ejecución de un mandamiento legal, oponiéndose con golpes a ello, no obstante que antes se le avisó del carácter de la autoridad y del motivo para el efecto de que acompañase a los agentes a comparecer; entonces el obligado a cumplirlo puede hacer uso racional de la fuerza para someter al obligado. Para decidir esta racionalidad debe atenderse a los bienes jurídicos en conflicto. Aquél que se busca preservar por la orden que debe ejecutarse o el acto que motiva la reacción de la autoridad y el que se coloca en riesgo para hacerla efectiva. Por tanto, Es lícito el uso de la fuerza racionalmente necesaria sólo para vencer la resistencia del gobernado (agotadas antes aquellas condiciones) y en la medida de la misma. De tal suerte que es incorrecto considerar que el policía procede antijurídicamente mientras actúe dentro de los márgenes que resultan adecuados a la naturaleza del deber y las circunstancias en las que actúe para cumplirlo. Mismo que, como agente de autoridad, le compete legalmente cumplir.<sup>804</sup>

Con relación al problema relativo a si la fuerza pública obra en el cumplimiento de un deber cuando la autoridad en el ejercicio de sus funciones hace uso de las armas o de cualquier otro medio enérgico de coacción física, si el mismo era el racionalmente necesario para poder cumplir tal deber, se dice que es atributo del Estado ejercer la coacción cuando para conservar el orden público y alcanzar sus fines encuentra resistencia en sus gobernados, pues el Estado debería superar y vencer incluso por la fuerza todo obstáculo que se oponga al ejercicio de su autoridad, inspirada siempre en el orden público y el bien común. Empero, es evidente que aquellas consideraciones ameritan importantes precisiones, toda vez que el Estado es un organismo de Derecho y cumple a los órganos a quienes les confiere el ejercicio de la coacción, oponer la fuerza contra aquellas rebeldías a la ley que debido a su propia naturaleza violenta o peligrosa sea necesario vencer por aquel medio. Y no sólo porque el Estado podría ejercerla sin más para vencer un obstáculo que se oponga al ejercicio de su autoridad. (...) De ahí que —dice Jiménez Huerta—, el ordenamiento jurídico imponga a la fuerza pública en determinadas situaciones, el deber de hacer respetar, defender e imponer por las armas su autoridad, frente a quienes violentamente la tratan de desconocer, atacar o vejear. El contenido y límites en estos deberes es reflejo fiel del criterio imperante en cada organización estatal. Allí donde el Estado se estructura conforme a principios autoritarios, tales límites se amplían en forma considerable. Pero se reducen hasta llegar a desconocerse en los regímenes demagógicos. Sólo en aquellos Estados que han logrado armonizar la libertad y el respeto a la ley hallan estos deberes el contenido y límites que son necesarios para el bienestar y la tranquilidad social.<sup>805</sup>

<sup>803</sup> Bettiol, citado por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano en "La antijuridicidad", op. cit., pp. 204 y 205

<sup>804</sup> TSJC, Cuarta Sala Unitaria, T. P., 139/87, sentencia 25/88, 8 de abril de 1988. Ver Antonio Bercheimann Arizpe, *Testis Penales*, op. cit., pp. 280 y 281.

<sup>805</sup> Mariano Jiménez Huerta, *La antijuridicidad*, op. cit., pp. 201 y 202.

Cabe insistir que con frecuencia la ley no detalla —ni reglamenta— el modo en que la policía ha de actuar en cada caso en que alguno de sus agentes tenga que cumplir su deber, especialmente cuando proceda a un arresto por falta administrativa de carácter municipal, como cuando a él le toque la detención del delincuente en flagrancia o la ejecución de una orden de aprehensión o la persecución de quien escapa ante ello o lo hace durante la detención o incluso de la cárcel. Con esas lagunas normativas pareciere que se deja a la policía y a las autoridades competentes en general un amplísimo margen que tan favorece conductas arbitrarias como facilita la indefensión de los agentes de policía y de la misma autoridad respecto de cuál es el proceder debido para lograr el fin justo. Eso es cierto y lo seguirá siendo en tanto no haya la reglamentación y la capacitación suficientes. Y aún cumpliéndose lo anterior, de todos modos seguiría siendo válido el límite que dan los códigos penales, el cual es obvio que adquiere especial significación cuando falta dicha reglamentación: *La necesidad racional del medio que se empleó al cumplir los deberes*, incluso cuando se trate de reprimir todo acto que perturbe o ponga en peligro la vida, la libertad, la seguridad y la propiedad de los individuos; o de guardar el orden dentro de las vías y lugares públicos. El policía y la autoridad en general están obligados al cumplir con su deber a atemperar su actuación a las circunstancias de hecho en que se encuentren, para actuar en la medida estrictamente racional según el motivo que da pie al cumplimiento del deber y la necesidad del medio que emplee con relación a los bienes en peligro y los que va a lesionar con su actuación. Porque la violencia siempre será innecesaria cuando quien debe tolerar el acto sabe del motivo del mismo y se allane a aquél. Como a su vez será irracional cuando para cumplirlo la autoridad emplea medios excesivos o más allá de los necesarios. Con relación al tema también es relevante la siguiente tesis del TSJC:

**RESISTENCIA DE PARTICULARES, DELITO DE CUANDO EL ACTO DE AUTORIDAD QUE MOTIVA LA RESISTENCIA ES ABUSIVO, SERÁ ATÍPICO RESISTIR. (LEGITIMIDAD DE LA FUNCIÓN DE AUTORIDAD).** “Es verdad que en el caso existía motivo legal para que los agentes policíacos procedieran al arresto de quienes se encontraban ingiriendo bebidas embriagantes en la vía pública. Por tratarse de una infracción administrativa que ameritaba tal medida. Además, que ante la oposición de los infractores, aquellos podían usar la fuerza racionalmente necesaria para cumplir con sus atribuciones. Pero también lo es, que el ejercicio de las funciones que dé lugar a la resistencia indebida del particular debe ser “legítimo”. Tanto por el motivo que les da origen, como en la medida en que se ejercita. Para decidir esta medida entran en juego los límites que se derivan de la propia ley como un todo y los intereses jurídicos preponderantes que surjan en el caso concreto. En el anterior orden de ideas. Si la autoridad para cumplir sus atribuciones, tratándose de un arresto con motivo de una infracción administrativa, cumplió el arresto allanando un domicilio particular sin orden de cateo y sin autorización de sus moradores que eran ajenos a la infracción. Domicilio en el que se habían refugiado algunos de los infractores (inculpados). A quienes se detuvo. (Al igual que a algunos de los moradores). Es claro que la autoridad se excedió en sus atribuciones. Pues procedió “ilegítimamente” dada la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio que prevé el artículo 16 de la carta fundamental. Por lo tanto, la oposición violenta que los particulares desplegaron en tal momento y lugar; es decir, para evitar que los agentes de policía entrarán al domicilio, es insuficiente para tipificar el delito de resistencia de particulares del artículo 190 del Código Penal. Sin que a ello sea óbice que en el tipo penal de dicho ilícito se omita especificar que los agentes ejerzan sus funciones “legítimamente”. Pues esta exigencia implícitamente se comprende en la ley para cualquier caso en que la autoridad deba ejercer sus funciones. Ya que sería absurdo suponer que si la ley omite mencionar de manera expresa: la necesaria legitimidad de los actos de autoridad. Ésta se encuentre facultada para ejercer sus atribuciones “ilegítimamente”. Y que la oposición del particular a un acto “ilegítimo” de la autoridad tipificará el delito de resistencia de particulares. Ello implicaría desatender la defensa legítima y el principio de legalidad. Pues así como los derechos de las personas sólo llegan hasta donde comienzan los derechos de los demás. A mayor razón. Las facultades de la autoridad encuentran su límite en la esfera de los derechos de las personas que aquella deba respetar. Por ser ajenas al motivo que origina el acto de molestia. En el mismo orden de ideas, es verdad que un particular puede hacer todo lo que no está expresamente prohibido por la ley y no afecte derechos de terceros. Pero también lo es, que una autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite. Y al igual que los particulares, la autoridad se debe abstener de hacer lo que la ley le prohíbe. Y la ley prohíbe a la autoridad excederse en sus atribuciones. A tal grado, que el propio Código Penal sanciona al agente de autoridad que al ejercer sus funciones, abuse de ellas allanando un domicilio sin orden de cateo y prive de la libertad a una persona.”<sup>406</sup>

<sup>406</sup> TSJC, Sala Penal, T. P., 16/94, sentencia 604/96, septiembre 3 de 1996, unanimidad de votos. Ver Antonio Bercheimann Arizpe y Efrén Ríos Vega, *Tesis Penales, Actualización I*, op. cit., T II, pp. 724 y 725.

Por último cabe destacar, que como causa especial de cumplimiento de un deber, el artículo 44-VII del CPC regula a la "obediencia jerárquica justificante". Ésta existirá:

(...) cuando el daño se origina por cumplir un mandato legítimo de superior jerárquico. Siempre y cuando el hecho se encuentre entre las facultades de quien lo ordena y su ejecución dentro de las obligaciones de quien lo realiza.

El mandato se ha de prever en forma expresa como atribución de quién lo ordene, pero así mismo el mandato que se cumpla ha de tener motivo y fundamento legal. Es decir, no se configura la excluyente si el mandato del superior es de hecho y sin fundamento legal, pero si se conformará cuando lo emite la autoridad competente y hay un motivo para el mismo respecto del cual la misma ley faculta a aquella a ordenar, misma orden que se da por escrito, motivada y fundadamente, aunque luego resulte que su trasfondo era ilegítimo. Así debe entenderse la expresión "legítimo" que se adjudica al mandato que se obedezca por quien esté obligado a cumplirlo. Más aún si en Coahuila se le cohonesto con la excluyente de culpabilidad que prevé el artículo 51-VI del CPC, en cuanto hay inculpabilidad: "... cuando se cumpla un mandato intrínsecamente ilícito pero formalmente legal, de un superior jerárquico en el orden jurídico, salvo cuando sea notorio lo injusto del mandato o se conozca ese carácter, o se tenga el deber de inspección". Sin que a esto sea válido argumentar en contra el que con aquella postura se seguiría que el superior que imparte la orden cuyo trasfondo es ilegítimo podría transformar lo injusto de su conducta en una conforme a Derecho; porque la actuación del superior sigue siendo injusta aún cuando se lleve a cabo por medio de un instrumento que obra conforme a Derecho. Y es que por lo general se incurre en el error de estimar que si hay un arranque antijurídico de una conducta, también debería ser antijurídica la conducta de otro que se apoye en aquella, cuando ello no es así en la medida que la diversa conducta se ajuste a lo que la ley llegue a regular respecto a los deberes del ejecutor. Y también en ese sentido el injusto es personal. Lo cual tampoco conlleva a que el particular o tercero que ha de resentir la lesión quede desamparado por la ejecución conforme a Derecho del mandato ilícito, pues si bien es verdad que si el ejecutor del mandato actúa conforme a su deber, igualmente al afectado le queda el derecho a ser indemnizado por el Estado en virtud del daño o perjuicio sufrido y porque, además, se puede justificar una resistencia defensiva del afectado en el marco de un estado de necesidad defensivo si ese fuere el caso.

Mas por otra parte, el inferior no actuará bajo el amparo de la causa de permisión si en el caso es obvio que la orden carece de un motivo con sustento legal, es decir, cuando es evidentemente arbitraria. En tanto que si el Derecho como un todo no puede permitir su propia aniquilación. Menos aún puede justificar cumplir un mandato por el que se lesionarán arbitrariamente bienes jurídicos de otros, porque quién alegue su cumplimiento carece en realidad del deber de ejecutarlo. El actuante tiene el deber de llevar a cabo la diligencia de cateo ordenada por el juez, pero en ningún momento estará obligado a allanar el domicilio porque el juez se lo ordene sin mediar la resolución del correspondiente cateo. El policía tendrá el deber de acatar la orden de su comandante, cuando ello implique arrestar a quién en esos momentos altera indebidamente el orden público de tal forma que incurra en una falta administrativa que amerite el arresto. Pero el policía de ningún modo estará obligado a detener sin motivo legal a una persona, aun cuando se lo ordene su comandante. Como tampoco estaría obligado por virtud de una orden superior a disparar contra los alborotadores, si estos sólo se

concretan a pronunciar consignas políticas o ideológicas o a exteriorizar verbalmente su protesta contra un acto de autoridad que consideren injusto. Mas el director del reclusorio sí estará obligado a ejecutar la sentencia firme de condena de prisión sin cuestionar ya sobre si esa sentencia pudiese estar ajustada a Derecho y sin que incurra en una conducta antijurídica aunque luego se le conceda al sentenciado un amparo que obligue a dejar sin efecto la sentencia y a ponerle en libertad.

— X —

### La legítima defensa

**A. Fundamentos de la legítima defensa.** Según los artículos 15-IV del CPF, 29-IV del nuevo CPDF y 44-II del CPC, la legítima defensa opera como excluyente de delito cuando:

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

En el CPDF: (...) Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

En el CPC: (...) cuando por necesidad de proteger bienes jurídicos propios o ajenos, se repele una agresión real, que sea actual o inminente y sin derecho. Siempre y cuando exista racionalidad en el empleo de los medios para rechazar la agresión o tratar de impedirla y sin que el agente o la persona a quien se defiende, la provoque de manera suficiente e inmediata.

La eximente es una necesaria excepción a la prohibición del artículo 17 C. de que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho", toda vez que en los supuestos que aquella regula es imposible acudir a impetrar justicia sin que antes se dañe al bien jurídico por la injusta agresión. En tal orden de ideas la excluyente se funda en los principios de protección racional individualizada de bienes jurídicos y el de prevailecimiento del Derecho —especialmente de los derechos del agredido— frente a agresiones injustas a bienes jurídicos cuando no estén presentes los agentes del Estado o estándolo, ellos no actúen o su actuación sea insuficiente para evitar la injusta lesión al bien que se defiende.

En la idea anterior sobresale el sentido individual que se da al principio de prevailecimiento del Derecho, en vez de una orientación meramente supraindividual de predominio del Derecho por el Derecho mismo y que tiene cierto tufo estatizante y que, además, es inidóneo para explicar porqué entonces no se acepta que se pueda defender el orden jurídico como tal, sino sólo las infracciones de ciertas normas, esto es, de las que implican lesión de bienes jurídicos. Con base en este planteamiento y otros de igual corte —a decir de Baidó Lavilla— Newman replantea el principio de "prevailecimiento del Derecho" o de que "el Derecho no debe ceder ante el injusto" por el de "el derecho del agredido no debe ceder ante el injusto de la agresión".<sup>607</sup> Lo cual es congruente con el texto de la excluyente de mérito del CPF y el CPC, pero pareciere no serlo con el tenor de la misma en el CPDF. Pues mientras el CPF y el CPC aluden a una defensa "racionalmente necesaria", el CPDF tan solo se refiere a la "necesidad" de la defensa. Empero, al respecto cabe hacer la certera precisión de Zaffaroni de que (...) si no se tiene el deber de soportar el injusto es porque se tiene el derecho de rechazarlo o hacerlo cesar. Y, asimismo, de que (...) a diferencia de la tradición legislativa germana —que se refiere a la

<sup>607</sup> Citado por Francisco Baidó Lavilla, *Estado de necesidad y legítima defensa*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, España, 1994, pp. 64 y 65.



*defensa necesaria* [como ahora alude el CPDF], la argentina se ha referido siempre a la *defensa legítima* con lo que se expresa que la necesidad es un requisito, pero que en definitiva el límite es lo jurídico (valorativo) y está dado por la «racionalidad»: *la defensa necesaria es legítima siempre que sea también racional*. Toda defensa racional es necesaria pero no toda defensa necesaria es racional.<sup>666</sup> Porque ciertamente la exigencia de racionalidad en la defensa necesaria también en México es un requisito que resaltan los artículos 15-IV del CPF y 44-II del CPC. Y aunque es verdad que la postura de limitar el ejercicio de la defensa necesaria a la racionalidad de la misma parece conllevar la paradoja de que al agresor debiere reconocérsele algún derecho cuando es él quien realiza un injusto lesivo contra la víctima. Sin embargo, Zaffaroni también apunta con acierto que una postura individualista radical debe rechazarse —como equivalente a que fuese suficiente la mera “necesidad” de la defensa para evitar la lesión y nada más—: (...) porque no sería posible sostener que el niño pierda todos los derechos por querer apoderarse de una manzana, lo que no sucede ni siquiera con la más severa pena estatal impuesta por el más grave de los delitos.<sup>667</sup> Y más adelante el autor argentino agrega: (...) El límite se impone en función del principio de iguales libertades... [en cuanto que]... el agresor no puede ser reducido a un objeto de derechos de terceros... [porque a fin de cuentas]... lo irracional no puede constituir ningún derecho.<sup>668</sup> De aquí que —agrego por mi parte— en el mismo Derecho Penal Alemán se añadan a la defensa necesaria otras condiciones, llamándolas “cualidades requeridas o indicadas” de la defensa legítima y las cuales en el fondo son exigencias de la “racionalidad” en la defensa necesaria para que ella sea legítima.<sup>669</sup> Lo mismo que esas condiciones se hallan implícitas y expresas en el artículo 29-IV del nuevo CPDF. Y de aquí que tal exigencia de racionalidad también se corresponda por igual con el principio de mínima solidaridad social respecto a los bienes jurídicos del agresor que se rechaza. De todas maneras, antes de ocuparnos de las condiciones para que se dé una defensa legítima, es decir, que sea “racionalmente necesaria”, primero es preciso atender a los presupuestos que dan motivo a esa la legítima defensa.

**B. Los presupuestos de la legítima defensa.** La legítima defensa presupone siempre una agresión antijurídica e individualizada contra bienes jurídicos de las personas. Por lo tanto, para que tal repulsión se dé es preciso que antes exista una conducta de agresión injusta, actual o inminente contra un bien jurídico de manera individualizada. Paso al examen de esas condiciones.

**1. Los bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa e individualización de la agresión.** Contra la generalizada creencia de que a través de este Instituto cualquier bien jurídico es defendible, existe la tendencia a limitar el ejercicio de la legítima defensa sólo contra los ataques a los bienes jurídicos individuales. Tal es la postura de Roxin<sup>670</sup> y también la parece ser de otros pensadores en Europa según señala Zaffaroni.<sup>671</sup> Pero contra tal posición tampoco cabe sostener que cualquier bien jurídico es defendible cuando sea atacado sin que el embate se dirija concretamente contra la persona que se defiende o es defendida o contra otro ser que sea objeto de protección jurídica.

<sup>666</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 584 y 585.

<sup>669</sup> *Ibidem.*, op. cit., pp. 585 y 586.

<sup>670</sup> *Ibidem.*

<sup>671</sup> Ver al respecto a Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, pp. 635 y ss.

<sup>672</sup> Claus Roxin, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos, pp. 623 y ss.

<sup>673</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 589

**1)** Así, respecto a la restricción del derecho a la legítima defensa a bienes jurídicos individuales cabe objetar que ella es incompatible con la protección de los derechos humanos llamados de segunda y tercera generación, es decir, de los derechos colectivos como el derecho a la salud, los que pasarían a ser derechos de segunda y de tercera a secas, porque los ciudadanos no podrían oponer ninguna resistencia respecto de los ataques a los bienes jurídicos que impliquen el disfrute de tales derechos. Con ello, tales derechos —apunta bien Zaffaroni— (...) serían meras declaraciones que el estado puede no respetar... serían manifestaciones de buena voluntad de los estados escritas en sus constituciones y en los tratados internacionales.<sup>874</sup>

**2)** Pero también la solución tradicional de que cualquier bien jurídico es defendible debe matizarse a la luz del principio constitucional del monopolio estatal de la fuerza del artículo 17 C. Porque de acuerdo con tal precepto se infiere que la defensa será jurídicamente inadecuada mientras el ataque no se individualice contra el bien de alguna persona en particular u de otro ser objeto de protección jurídica y sea necesario que por tal motivo aquella actúe violentamente u otra actúe de tal manera en su defensa o bien de otro modo en rechazo del ataque.

**3)** Así las cosas, el problema debe enfocarse entonces de manera distinta a la luz de la coherencia entre el monopolio estatal de la fuerza que prevé el artículo 17 C. y la protección racional de los bienes jurídicos en que se traduce el disfrute de los derechos humanos. En tanto que cuando esté siendo afectado un bien jurídico de manera individualizada sí cabe la legítima defensa, cualquiera que sea el bien jurídico.

**4)** La afectación individualizada de un bien jurídico implica la patente dirección y concreción del ataque contra el bien jurídico —aunque sea colectivo— que disfrute la persona que en particular se defiende o es defendida o el ser que sea objeto de protección jurídica. Sin que a ello empecen las expresiones bienes jurídicos "propios" o "ajenos" que la ley emplea en la excluyente, ya que sólo pueden ser "propios" los bienes de los que el ser humano sea titular y sólo pueden ser "ajenos" los que disfruten otras personas —físicas o morales— como sus titulares o bien otros seres que sean fuente de protección jurídica. Y los bienes jurídicos que provienen de derechos colectivos tan son propios como son ajenos porque siempre se refieren a su disfrute por todas las personas y por tanto de cada persona.

**5)** Pero lo decisivo no es sólo que la agresión antijurídica se dirija o concrete contra el bien que disfrute una persona en particular u otro ser que sea fuente de protección jurídica —que así haga necesaria la repulsión—, sino, además, la racionalidad de la repulsa. Pero ello es muy distinto a que el bien no sea defendible por ser un bien "colectivo" o que sólo sean defendibles los bienes individuales. Por ejemplo, la excluyente permite una actuación de defensa contra la perturbación del orden público o contra el que conduzca en estado de ebriedad: cuando esa perturbación o la conducta del chofer a la vez pongan en peligro la libertad o la seguridad de la persona que actúa en su repulsa o de la persona a la que se defiende. El viandante que al caminar por la acera se ve acorralado en un recoveco por un bacante, podrá advertirle que le dé el paso, e incluso si aquél no

---

<sup>874</sup> *idem.*

entiende y no hay quien evidentemente deseé o pueda ayudarte al agredido, éste puede físicamente hacer a un lado al briago; al igual que el acompañante puede impedir al borracho que siga conduciendo peligrosamente cuando éste haga un alto.

6) En algunos casos podrá faltar en realidad el peligro de lesión y por tanto, estar ausente la antijuridicidad de la conducta contra la que por éste motivo —y no porque el bien no sea defendible mediante el Instituto— no se puede oponer una defensa legítima. De esa manera no habrá tal agresión antijurídica que justifique detener a un borracho: por el hecho de que éste beba vino en la acera pública —conducta que podrá ser antinormativa, pero que objetivamente carece de alguna dirección lesiva contra el bien jurídico de alguien en particular—. Pensar lo contrario significaría que el Estado convierte en policía auxiliar a cada individuo, a lo cual se opone el principio del artículo 17 C. —que da el monopolio de la fuerza al Estado—, como también se resiste el mismo principio de protección individualizada que se deduce del referido tenor de las excluyentes en consulta —bienes “propios” o “ajenos”—.

7) En tal línea de pensamiento, mientras falte la dirección de una conducta antijurídica contra el bien del que disfrute una persona u otro ser objeto de protección jurídica no cabrá una legítima defensa. Como sucede con muchos casos de evasión de presos y respecto de ciertos delitos contra la salud pública o el medio ambiente, sin que por ello se excluya la denuncia de ellos y el que la autoridad pueda impedir la evasión en cumplimiento de su deber y aquella o los mismos particulares puedan lícitamente detener en flagrancia a quien inicie la ejecución de uno de esos delitos o los esté ejecutando, en cumplimiento del deber o al amparo de la potestad que les concede el párrafo cuarto del artículo 16 C. Ir más allá en los casos de ataques antijurídicos a bienes colectivos sin que esos embates se individualicen de manera patente contra una persona u otro ser objeto de protección jurídica haría peligrar indeseablemente la prohibición del artículo 17 C. de que “ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho” y tendería a dotar a la población de poderes policiales que la misma C. le niega en cumplimiento a las aspiraciones de un estado de derecho. Como también el restringir a los bienes jurídicos “individuales” como únicos defendibles a través del Instituto, conduciría a soluciones inadmisibles respecto de la defensa de bienes jurídicos “colectivos” cuando los ataques a estos se traduzcan en agresiones individualizadas.

8) Por igual razón, la defensa contra la amenaza de lesiones a bienes jurídicos no protegidos penalmente también es posible en la medida que sea racional, y por ello será ilegítimo que durante el tránsito el conductor de un coche impida por la fuerza al chofer de otro vehículo que realice un adelantamiento incorrecto y eventualmente peligroso, pues por más que esas maniobras dificulten el tránsito y sean potencialmente riesgosas, las acciones impeditivas aumentan el peligro de terceros en el tráfico rodado. Menos aún son impeditivos mediante fuerza los intentos de ganar un espacio de estacionamiento de alguna forma que se estime socialmente inadecuada. Porque en tal caso ¿cuál es el bien jurídico que se pone en peligro? Y de existir éste, ¿será racional proceder de aquella manera? Por lo demás, es obvio que en los dos últimos supuestos la fuerza será extemporánea a la agresión cuando ya se haya dado el abuso.

**9)** Por el mismo linaje de razones, la excluyente de defensa legítima de terceros sólo es concebible frente a las agresiones que se dirijan contra los bienes jurídicos indisponibles de aquellos terceros o bien contra sus bienes jurídicos disponibles siempre y cuando respecto de éstos sus titulares no consientan válidamente la afectación; porque de lo contrario faltará en realidad una agresión injusta por ausencia de lesión jurídica, en la medida que exista el consentimiento válido del individuo para que su bien —disponible— sea dañado, lo cual vuelve intolerable la intromisión defensiva que vaya contra el ámbito de autodeterminación responsable del tercero. Aunque de nueva cuenta la cuestión en tales casos no es de si el bien jurídico disponible es o no es defendible, sino de que falta la antijuridicidad de la agresión cuando se consiente válidamente en el daño de un bien disponible. Por su parte, la vida del ser humano es un bien indisponible por otro y por ello un tercero puede defenderla con actos físicos que impidan un aborto voluntario. Sin embargo, aunque el aborto sigue siendo antijurídico cuando concurre alguna de las causas legales de excepción punible del mismo —toda vez que ellas determinan la inculpabilidad de la persona o la exclusión de pena de la misma, pero dejan intocado lo injusto de su conducta<sup>875</sup>— cuando se dan esas causas ya no es permisible una acción que físicamente impida el aborto, dado que la misma ley deja a la mujer el derecho a decidir la interrupción del embarazo en aquellos eventos. Más aún, cuando el artículo 334 del CPDF dispone como servicio público de salud que a la mujer embarazada se le dé información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos del aborto en esos casos de excepción, así como los apoyos y alternativas existentes para que ella pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable. Por lo que a lo más cabe el derecho de realizar actos de protesta para oponerse a un aborto en esas condiciones. Por iguales razones tampoco cabría una acción violenta de repulsa contra aquellos que practiquen el aborto en aquellas condiciones, pues según los términos de la ley, se infiere que aquellos también se ven beneficiados por la excusa.

**10)** Por último, también pueden ser centros de protección jurídica los animales, en tanto las leyes de la materia contengan normas cuyo por objeto sea la salvaguarda del animal —o de ciertos animales— de tratos crueles, contra los que cabe su rechazo racional como defensa de terceros.

**2. El origen conductual de la agresión.** Asimismo, de las expresiones legales “agresión” y que ésta debe ser “sin derecho” se infiere que sólo es posible concebir la legítima defensa frente al ataque que provenga de la conducta de otra persona, ya sea que ella misma realice la agresión o bien cuando la efectúa a través de otros e incluso por medio de un animal.

**1)** Pero no cabe invocar la legítima defensa cuando el ataque provenga de un animal sin que éste sea azuzado por otro ni no sea detenido por éste cuando carezca de dominio sobre aquél, pues en tales eventos lo que se configura es un estado de necesidad.

**2)** Tampoco es admisible considerar agresoras a las personas «jurídicas», como lo pueden ser las sociedades y asociaciones mercantiles o civiles o el mismo Estado, pues dada su naturaleza inmaterial ellas no pueden

---

<sup>875</sup> Ver el número II-E del Capítulo Tercero.

actuar con sentido penal, aunque por supuesto sí se puede ejercer el derecho a la legítima defensa frente a las acciones de las personas físicas que las representen, ya sean empleados o funcionarios de esas personas jurídicas, cuando aquellos individuos actúen con tal carácter y sus conductas se traduzcan en agresiones injustas.

3) También faltará una conducta en aquellas reacciones físicas que provengan de una persona carente de voluntad al realizarlas, como cuando los lances se deben a reflejos, sonambulismo, estados epilépticos, el sueño, un desmayo, etc., ya que frente a los movimientos de los individuos en esas condiciones no cabe oponer la prevalencia del Derecho debido a la carencia de imputación personal de sus reacciones cuando les falta voluntad, mas sin que por ello se tenga tampoco que tolerar tales intromisiones a nuestros bienes jurídicos pero al amparo de un estado de necesidad y no de una supuesta defensa legítima cuando en realidad no hay conducta a la cual se le pueda imputar la agresión. Por razones análogas cabe la misma solución cuando se actúe contra una fuerza desencadenada por caso fortuito. Vgr., a un automóvil se le quiebra la barra de dirección y asciende a la acera.<sup>676</sup> El supuesto no es diferente —y conlleva a la misma solución— cuando aún existiendo una acción descuidada, por éste motivo el instrumento o medio quede fuera de control: como cuando el jinete inexperto espolea incorrectamente al caballo que monta desbocándose éste o el vehículo se deslice sin control en una pendiente porque el conductor omitió ponerle el freno de mano al estacionarlo. Ya que a primera impresión pudiese aducirse que en tales eventos sí hay acción —lo cual es cierto— y que sí cabe la legítima defensa porque la acción quebranta un deber de cuidado y el peligro lesivo que se desencadena es objetivamente imputable a dicha acción descuidada —lo cual sólo es cierto en parte respecto del presupuesto de la “agresión” que debe mediar para que haya defensa legítima—. En efecto, aquél argumento se endereza más al carácter antijurídico de la conducta, pero pasa por alto que en el último evento difícilmente puede hablarse de una agresión, ya que esta expresión indica en su significado literal y semántico que se da una conducta “dirigida” a una lesión —en este caso de un bien individualizado—. Con base en esto Zaffaroni opina que no cabe la legítima defensa y aduce que como (...) el sujeto no puede contener los acontecimientos que desencadenó por imprudencia, tampoco cabe pensar en legítima defensa... [Y más adelante agrega]...en estas circunstancias no puede hablarse de *agresión*... [Pues] por más que se le advierta [al sujeto] del peligro ya no puede hacer nada por evitarlo.<sup>677</sup> Cabe así un estado de necesidad.<sup>678</sup> Lo que nos lleva al siguiente presupuesto: la agresión

**3. La naturaleza de la agresión.** Para toda defensa legítima es preciso que medie una agresión real, pero es innecesario que ella sea físicamente violenta.

1) Lo esencial es que se trate de una acción que aparezca objetivamente peligrosa que se dirija a la lesión de un bien jurídico individualizado en una persona u otro ser objeto de protección jurídica. Sin olvidar que la valoración ex-ante de una causa de justificación apareja que las circunstancias fácticas que le den motivo al

---

<sup>676</sup> Ejemplo citado por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, en op. cit., p. 591.

<sup>677</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 591.

<sup>678</sup> *Idem.*, op. cit., p. 591.

momento de la acción sean de por sí razonablemente suficientes para significarla como agresión que dé pie al rechazo lesivo de quien actúa al amparo de la justificante.

**2)** La agresión violenta denota un acometimiento físico o el empleo de medios materiales que en la mayoría de los casos se da, pero que la eximente no presupone de manera necesaria, porque por igual se puede agredir a un bien jurídico sin necesidad de arremeter materialmente contra él. Por ejemplo es admisible la legítima defensa contra las acciones de difamación que lesionan al honor, interrumpiendo a quien esté difamando verbalmente.

**3)** O incluso se puede afectar un bien jurídico con una injusta omisión, como sucede cuando la madre omite alimentar a su hijo recién nacido en cuyo caso se le puede coaccionar para que lo alimente o bien irumpir en la morada ajena donde se encuentra el menor para proveer al infante o bien apartar a la madre para tal efecto. También se puede no poner en libertad a alguien cuando jurídica y notoriamente ya se esté obligado a ello, por lo que cabe la fuga legítima con fuerza en las cosas de ser necesario, etc. En todos esos eventos la agresión pasiva debe provenir del garante (obligado jurídicamente a hacer lo posible para preservar el bien jurídico del peligro de lesión que la omisión le irroga), por lo que en el último ejemplo la omisión puede provenir tan de quién no ordena la libertad como de los que estén subordinados a las ordenes del mismo garante y no actúen en consecuencia no obstante la conducta arbitraria del superior jerárquico. La agresión pasiva puede consistir igualmente en la realización de tipos penales de conducta omisiva simple, como cuando alguien no lleva al herido en su vehículo al hospital y se emplea la fuerza moderada para desposeerlo del coche y trasladar al lesionado.

**4)** Se aduce que el incumplimiento de una obligación civil que no se impute como conducta típicamente lesiva no es susceptible de constituir una agresión que justifique la legítima defensa más allá de insistir en el cumplimiento de la obligación y advertir al obligado de la demanda respectiva, en tanto es la misma ley la que señala que esa omisión específica debe compensarse mediante una acción civil u otros recursos jurídicos, como sucede con el impago de la renta o de una deuda. Lo cual es cierto casi siempre, pero no en todos los casos. Porque puede suceder que el incumplimiento o la violación civil configuren en sí el peligro inminente de lesión de otros bienes jurídicos que haga necesaria una acción de remedio que de no efectuarse los dañaría irreversiblemente, dado que el resultado de la acción judicial resarcitoria llegaría demasiado tarde. Zaffaroni apunta: (...) Tal sería el caso del sujeto que no paga a su empleado y lo coloca en una situación de miseria, lo que le lleva a apoderarse de algo de su empleador para asistir a su hijo enfermo o pagar el alimento del que ya carece su familia.<sup>679</sup>

**5)** También es cierto que la infidelidad conyugal constituye acción antijurídica que lesiona al cónyuge ofendido y aunque a primera impresión podría estimarse que aquella conducta de ordinario no está "dirigida" contra el cónyuge ofendido, tal argumento queda sin sustento cuando precisamente la conducta del infiel tenga el sentido de ofender al cónyuge. Sin embargo, la infidelidad dirigida a ofender al cónyuge no permite una repulsa

---

<sup>679</sup> *Idem.*, op. cit., p. 592.

físicamente violenta que origine lesiones, ni siquiera cuando aquella constituya delito de adulterio porque se dé en el domicilio conyugal (artículos 273 del CPF y 327 del CPC). Pues aunque el acto de infidelidad en sí pudiese ser considerado una "agresión", el hecho es que hay medios menos lesivos para impedir la infidelidad e incluso está penado —aunque atenuadamente— lesionar o dar muerte en estado de emoción violenta (artículos 310 del CPF, 136 del CPDF, 347 y 348 del CPC.) Asimismo, porque la infidelidad es causal de divorcio que puede demandar el cónyuge ofendido. De ello se sigue por igual que el incumplimiento —con el propósito de ofender— del débito conyugal —bien jurídico cuyo disfrute contempla la institución del matrimonio— no es defendible mediante legítima defensa violenta, más aún cuando la SCJN consideró que la cópula que por la fuerza impusiese el cónyuge contra la voluntad del incumplido era constitutiva del delito de ejercicio arbitrario del propio derecho<sup>600</sup> y toda vez que ahora tal clase de conducta se tipifica penalmente como violación entre cónyuges (artículos 265-Bis del CPF, 174-último párrafo del CPDF y 385 del CPC.)

**6)** Pero asimismo la agresión debe ser real. Más no faltará la realidad de la agresión cuando exista una tentativa absolutamente inidónea en el medio aparentemente agresivo que se emplea —como cuando se apunta con un arma que no está cargada—. Pues lo que en el fondo importa es que las circunstancias que se valoren al momento de la acción sí sean "reales" y que ellas en sí y de por sí indiquen razonablemente —a los ojos de un observador imparcial del hecho— que existe la agresión para dar pie a la excluyente. No se trata entonces de reconducir aquellos eventos al ámbito de las justificantes putativas que debieren ser tratadas como errores invencibles ya sea de tipo o de prohibición, sino de examinar con objetividad los casos en que la conducta de quien se defiende es todavía conforme a Derecho. Porque de nada servirían las normas valorativas si en ese primer contexto se desatiende a la conducta y las circunstancias que le dan pie. Así, por ejemplo: si no se duda en conceder una eficacia eximente de pena al sujeto ilegítimamente agredido con un arma que reacciona racionalmente en su defensa lesionando al que "ex-post" se comprueba como su agresor real; no se ve entonces razón suficiente para que se le niegue ese derecho a quien actúa de igual forma frente a una agresión que ex-post resulta falsa. Ya que es al momento de la conducta de quien reacciona ante el motivo de la justificante como el Derecho debe valorar esa conducta frente a esas circunstancias reales que le dan origen. Como ya se apuntó en otro apartado: Negar en estos casos la licitud de la conducta es hacer nugatorio el sentido jurídico de las causas de justificación como normas que circundan a las normas prohibitivas y convertirlas a la vez en una lotería de justicia.

---

<sup>600</sup> VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES, SINO DE EJERCICIO INDEBIDO DE UN DERECHO, NO CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE. El que uno de los cónyuges imponga al otro la cópula normal de manera violenta, cuando subsiste la obligación de cohabitar, no es suficiente para que se configure el delito de violación previsto en el artículo 265 del Código Penal para el Distrito Federal, a pesar de la utilización de los medios típicos previstos para su integración; ya que si bien el cónyuge tiene derecho a la relación sexual con su pareja, no puede permitirse que lo obtenga violentamente; por lo que de observar tal conducta se adecuará a lo establecido en el artículo 226 del ordenamiento en cita, al ejercitar indebidamente su derecho. Se considera que cesa la obligación de cohabitar, aunque no esté decretada judicialmente, cuando se pretende imponer la cópula encontrándose el sujeto activo en estado de ebriedad, drogadicción, padeciendo enfermedad venérea, síndrome de inmune deficiencia adquirida, o en presencia de otras personas; asimismo, si la mujer tiene algún padecimiento, como pueda ser parálisis que le impida producirse en sus relaciones sexuales, o estando decretada la separación legal de los esposos. Entendiéndose que las hipótesis mencionadas tienen carácter ejemplificativo, más no limitativo. (Instancia: Primera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Parte: 77, Mayo de 1994. Tesis: 1a. /J. 10/94. Página: 18. Contradicción de tesis 5/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero del Sexto Circuito. 28 de febrero de 1994. Mayoría de tres votos de los Ministros Clementina Gil de Lester, Luis Fernández Doblado y Victoria Adato Green, en contra de los emitidos por los Ministros Samuel Alba Leyva e Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretaria: Ma. Edith Ramírez de Vidal. Tesis de Jurisprudencia 10/94. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal, en sesión privada del once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por unanimidad de votos de los señores Ministros: Presidenta Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva, Ignacio M. Cal y Mayor Gutiérrez, Clementina Gil de Lester y Luis Fernández Doblado.)

Así pues en aquellos casos no se trata de una defensa putativa que configure causa de inculpabilidad por error, sino de una verdadera defensa legítima, más aún, porque si de acuerdo con los artículos 1910 del CCDF y 1851 del CCC, no hay obligación de indemnizar cuando el daño se cause como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima, a mayoría de razón faltará esa obligación cuando el daño se deba al actuar doloso de la misma (en el supuesto de que la agresión irreal no se haya realizado por broma, sino para conseguir un fin delictuoso.) Pero también puede suceder que quien ejerza la acción de repulsa sepa de las condiciones en las que actúa el agresor y en tales eventos cabe hacer las precisiones siguientes: Es obvio que la agresión que se basa en un medio absolutamente inidóneo no es una agresión real en el sentido de que *ex-post* el medio empleado representa una idea falsa, pero igual es verdad la posibilidad que aquella conducta constituya un ataque antijurídico real a otro bien cuya defensa sea necesaria en una medida racional. Se tiene derecho a rechazar actos de molestia que en sí sean antijurídicos, mas su repulsión legítima es posible en la medida que sea racional. Igualmente, si quien amenaza se propone realmente lesionar otro bien jurídico a través del medio inidóneo —por ejemplo robar— a mayoría de razón debe estimarse que en tal sentido hay agresión antijurídica y motivo para repelerla en su medida racional. Cabe mencionar que Zaffaroni estima que: (...) en los casos en que la situación exista, pero se valore la necesidad con cierto grado de inexactitud comprensible, no se envía automáticamente el problema a la culpabilidad... [para agregar enseguida que] (...) la regla pareciera ser que la inexistencia de una situación de justificación no puede suplirse con la imaginación del agente o de terceros observadores, pero que no cabe igual solución cuando la situación existe y la imaginación sólo opera sobre la intensidad de la situación misma.<sup>861</sup> Con base en ello, Zaffaroni señala que la agresión (...) debe valorarse siempre *ex-ante* y no *ex-post*.<sup>862</sup> Es decir desde el punto de vista de un observador imparcial que tome en cuenta lo que fuese conocible por el sujeto al momento en que se defiende. Así, Zaffaroni agrega: (...) Quien dispara sobre el que apunta se defiende legítimamente, aunque después se compruebe que el agresor le apuntaba con un arma descargada. Pero si *ex-ante* fuese posible reconocer la innecesariedad de la defensa y ésta no se hubiese reconocido en razón de un verdadero yerro provocado por la perturbación del ánimo causada por la agresión, se tratará de un problema de culpabilidad.<sup>863</sup> Y es que por igual cabe pensar que quién resiente una agresión cuya irrealdad es provocada por quien la representa, no tiene por qué verificar su realidad, espera que —en los casos normales— aparejaría el riesgo de sufrir irremediamente las consecuencias en perjuicio propio o del tercero al que se le defiende. Ni tampoco el tercero que en esas circunstancias acudiese en auxilio del agredido de aquella manera tiene por qué soportar una defensa de su acción, ni menos afrontar la indemnización por lo que sería su supuesta conducta antijurídica cuando fue ajustada a Derecho, según las circunstancias reales que evidenciaban *ex-ante* la agresión que se rechaza.

**4. El carácter antijurídico de la agresión.** La agresión debe realizarse "sin derecho". El interpretar la expresión "sin derecho" en su acepción literal llevaría a ciertos eventos al absurdo en que se pretendiese fundar la defensa legítima contra la acción de una persona porque no tenga un derecho en particular para

---

<sup>861</sup> *Idem*.

<sup>862</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, *op. cit.*, pp. 587 y 588.

<sup>863</sup> *Idem.*, p. 587



hacerlo, aunque no actúe de manera antijurídica. Lo cual también pasaría por alto el derecho general de acción en el marco del ejercicio responsable de nuestra libertad constitucionalmente reconocida. Todo lo que no esté prohibido está inscrito en ese gran marco. La expresión agresión "sin derecho" apunta así a una connotación más amplia del vocablo, en el sentido de que la agresión sea "antijurídica", esto es, que se dé en el contexto de colocar en riesgo de daño a un bien jurídico (desvalor del resultado) a través de una conducta contraria a Derecho (desvalor de la acción.)

De aquí que no se admita la legítima defensa en contra de otra conducta amparada en la misma causal o en otra causa de permisión. Como tampoco sea admisible —en su forma de legítima defensa de terceros— cuando el tercero ha consentido válidamente en que se le dañe un bien disponible por él. Así, la antijuridicidad de la agresión no se determina sólo por el desvalor del resultado, ni nada más por el desvalor de la acción. En éste último aspecto, es insuficiente que alguien realice una acción peligrosa si acaso origina la situación cuando guardaba el cuidado debido. En el primer aspecto, no cabe admitir la defensa legítima contra un mero desvalor de la acción cuando ella no sea peligrosa para el bien jurídico. Con base en esa distinción se pretende aclarar por qué no se da legítima defensa sino un estado de necesidad cuando conducido un coche con el cuidado debido, con motivo de aceite en el pavimento aquél se deslice hacia unos viandantes que para detener o desviar la marcha del auto disparen contra sus llantas. Lo cual es correcto en la solución pero no en la razón, porque en tal caso falta en realidad una conducta de agresión a partir de cuando el vehículo queda fuera de control. De aquí que el fundamento correcto en esos casos sea la justificación de la conducta por estado de necesidad. Por lo demás, aunque una conducta sea contraria a una norma pero sin que ella ataque directamente al bien jurídico de otro —como el viandante que da un trago de cerveza en la acera pública contra la prohibición administrativa en ese sentido— aquél "otro" no tiene porqué erigirse en policía arrogándose el uso de la fuerza contra el bebedor o siquiera para llamarle la atención correctivamente. Igualmente es improcedente la defensa cuando se trate de actos formalmente legales de las autoridades aunque en el fondo sean ilegítimos, como sucede con la prisión preventiva en un proceso en el que luego se revoca el auto de formal prisión que la funda o con el cumplimiento de una orden judicial de cateo contra la que luego se concede el amparo en sentencia que causa ejecutoria. Pero la legítima defensa sí será admisible cuando se dé la ejecución de ordenes o de determinaciones con direcciones lesivas que sean manifiestamente arbitrarias o ilegales, como sería si un juez dispusiera coaccionar a un testigo o que un militar ordenara aplicar un tormento. Respecto a la detención fuera de procedimiento, el agredido puede resistirse a ella legítimamente cuando la misma no obedezca a ninguno de los supuestos en los que la C. permite la detención (artículos 16 y 21 C.), o bien no obedezca a una medida de apremio, ni a una corrección disciplinaria impuesta por quien tenga la facultad legal y el motivo para ordenarlas.

La ley sólo exige que la agresión sea sin derecho sin que condicione la procedencia de la defensa legítima a que dicha agresión sea también dolosa y culpable. Por lo tanto, carecen de sustento las tesis que estiman que además de antijurídica, la agresión debe tener aquellas características. Porque hay ya una agresión antijurídica cuando una persona se conduce sin dolo pero pone en peligro un bien jurídico al desatender respecto de él el debido cuidado. Y porque los menores o los dementes pueden actuar antijurídica e inculpablemente. La

tendencia a subjetivizar el injusto al grado de fundirlo con la culpabilidad, no solo se desentiende de las normas del Derecho vigente, sino que lleva a concebir a la legítima defensa como una causa que da lugar a que el repulsor se convierta en quien debe punir al delincuente, tarea reservada a los jueces previo el debido proceso legal. Además, reduce el ámbito de la legítima defensa a cercos difíciles de aceptar. Y el costo de desdibujarla logra tan solo una dudosa ubicuidad de los casos al terreno de un estado de necesidad omnicompreensivo e indiferenciado entre el que es de carácter justificante y el que es de naturaleza inculpable, y porque aún de esa manera de todas suertes dichas posturas no quieren exigir al agredido que soporte la antijurídica intromisión. Pero tampoco es preciso que la conducta antijurídica sea penalmente típica como lo sugiere Roxin.<sup>204</sup> La conducción de un coche en la vía pública de una manera concretamente peligrosa (dar sig-zags por mero juego) sin que motive un daño es penalmente atípica pero puede ser antijurídica y suficiente para hacer que el acompañante la pueda impedir en una medida que sea racional.

**5. El carácter "actual" o "inminente" de la agresión.** El presupuesto esencial para la defensa legítima es la injusta agresión, siempre y cuando sea "actual" o "inminente" la afectación del bien jurídico que se defiende. De aquí que —con la voz "inminente" ya adscrita a la agresión— la fracción II del artículo 44 del CPC abunde y se refiera luego no sólo a repeler la agresión, sino también a impedir la. Se pone así coto a algunas ejecutorias que establecieron que no hay defensa legítima si el agredido impide el ataque, lesionando al injusto agresor cuando apenas empieza a sacar la pistola que porta en la cintura. Exigiendo que el titular del bien prácticamente esperara hasta que se apuntara o el disparo se produjese. De esta manera la legítima defensa no se reduce al restringido espacio de que ya deba existir una agresión —"actual"— para que aquella se pueda dar: en el sentido de que ya se haya iniciado la ejecución típica de un delito o simplemente la conducta antijurídica en contra de quien luego se defiende. Ese criterio conducía muy de cerca a la prohibición del artículo 17 C. y dejaba casi sin efecto el principio de prevailecimiento del Derecho y más aún, al de protección individualizada y racional de los bienes jurídicos. Es suficiente con que la agresión sea "inminente", lo cual también apareja ampliar pero no llevar demasiado lejos los límites de la excluyente, en tanto que de aquella voz —cuyo significado literal es "amenaza o que está por suceder prontamente"— se deduce que la agresión se debe manifestar a través de actos previos inmediatos al inicio de ejecución de una conducta típica o al menos antijurídica y que indiquen en este sentido.

Hay ya agresión: **1)** "actual" que motiva la defensa cuando el sujeto apunta con su pistola a quien luego se defiende. Pero por igual la defensa se motivara por la agresión: **2)** "inminente", cuando el agresor lleve su mano hacia el revolver que porta, en un contexto que revele su intención de disparar contra otro. La acción defensiva se justifica no solo cuando la agresión se manifiesta en la inminencia de un daño al sujeto pasivo que éste impide. Ni solo respecto de un acto de agresión que ya se ejecuta. Sino, además, la repulsión es lícita cuando la agresión ya lesionó pero según las circunstancias ella implique un concreto e inminente peligro de continuar lesionando o de dañar irremisiblemente el bien jurídico protegido que se defiende. En tales casos, evitar la continuación de la agresión equivale a impedir la. Al respecto, es ilustrativa la siguiente tesis del TSJC:

---

<sup>204</sup> Claus Roxin, op. cit., Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, pp. 219 y ss.

**LEGÍTIMA DEFENSA. EXISTE LA CONTEMPORANEIDAD CON LA AGRESIÓN, CUANDO ÉSTA SE DESCOMPONE EN VARIOS ACTOS Y ALGUNOS ESTÁN POR REALIZARSE.** No se excluye la contemporaneidad de la agresión con la acción de repulsa, ni la inminencia del peligro que la agresión representaba para el ahora sentenciado y su hermano que se encontraba herido en el lugar de los hechos: si se toma en consideración que, cuando el comandante tomó de la mano al atacante para tratar de evitar que continuara su ataque, éste persistió en su agresión, disparando su arma (aun cuando en virtud del forcejeo con el multiferido agente de la autoridad, se desviaron los disparos al aire). Ya que es claro que en ese contexto permanece la antijurídica conducta agresora y el peligro que de ella se deriva. Pues si ésta ya produjo daño y se continúan realizando actos conducentes a la causación de otro u otros de igual naturaleza, o de mayor gravedad: Sería indebido fraccionar o aislar los diversos actos de dicha conducta, para sostener que la agresión ha culminado, porque uno de los actos haya sido frustrado, si por las acciones del agresor todavía existe la inminencia de que se reiteren otros que puedan causar igual o mayor lesión de la que ya se produjo. 885

**C. Las condiciones de la acción de defensa para que sea legítima.** Si el presupuesto de la legítima defensa se constituye entonces por una injusta agresión actual o inminente a un bien jurídico. Las condiciones para que se configure el instituto con relación a la conducta del agente que se defiende, se circunscriben esencialmente a dos: la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados para la repulsión.

**1. La necesidad de la defensa.** Los artículos 15-IV del CPF, 29-IV del CPDF y 44-II del CPC, condicionan la legitimidad de la repulsión a "... siempre que exista necesidad de la defensa... ". Y también a que "... no medie provocación dolosa suficiente e inmediata... (del repulsor)". Con la exigencia de la "necesidad" de la defensa, se alude a la que es mínimamente indispensable en lo posible para excluir el riesgo inmediato de sufrir un daño o de evitar que éste continúe. Por lo tanto, la defensa ha de ser la mínimamente imprescindible en cuanto que en un juicio ex-ante se elija el medio menos dañino posible, siempre que sea eficaz en impedir sin riesgos el daño o su continuación al bien jurídico que se defiende.

La exigencia del medio menos dañino posible se atempera cuando de nada valdría hacer uso del medio menos lesivo dentro de varios que se tuviesen al alcance, si es que aquél es inidóneo en el caso concreto para rechazar o impedir la injusta agresión o bien para hacer cesar el riesgo. De lo cual también se desprende que el agredido injustamente no tiene porque soportar riesgos innecesarios al repeler o impedir la agresión. Por supuesto que en incontables casos será indicado que el agredido acuda primero a advertencias, las que tratándose de armas a su alcance pueden consistir en prevenir al agresor de que si persiste se usarán en su contra —advertencia que bien puede ser implícita en algunos casos, como cuando el arma se muestra a quién ya inició una agresión—; e incluso —tratándose de armas de fuego— el agredido puede disparar al aire como medio disuasor o —según el caso— dirigirlo a las piernas del agresor. Lo cual se tiene que decidir según las circunstancias de cada caso, en la medida que éstas permitan emplear primero el medio menos lesivo. Porque también puede suceder que por las circunstancias del caso se infiera de antemano que el empleo de aquel recurso será ineficaz o bien que esa maniobra en vez de impedir o disminuir el riesgo incrementará el peligro de una lesión irremediable. De esta manera, ante la agresión actual y tumultuaria de unos pandilleros armados en un lugar apartado sería contraindicado que primero se les hiciera un disparo de aviso, como también éste sería sobrado cuando injustamente ya se ha herido con un puñal y el agresor persista en su ataque injusto. Lo mismo se puede decir cuando el injusto agresor es muy superior en condiciones físicas al agredido y ya le sujeta fuertemente con ánimo de herirlo gravemente o matarlo, si es que el agredido hecha mano del arma que

---

<sup>885</sup> TSJC, Sala Penal, T. P. 38/91, sentencia 18/92, enero 24 de 1992, unanimidad de votos. Ver Antonio Berchelmann Arizpe, Tesis Penales, Universidad Autónoma de Coahuila, Saltillo, Coah., México, 1992, T. II, pp. 424 y 425.

porta en vez de usar los puños o su propia fuerza. Igual sucede cuando la persona ya lesionada por un grupo de individuos que le ataca injustamente y ya en el piso a consecuencia de los golpes, aquella emplea una navaja que porta, hiriendo a quién en ese momento le lanza un puntapié. El criterio rector de la defensa legítima lo es pues la necesidad de un medio defensivo que sea racional, en la medida que el mismo sea el mínimo posible para ser eficaz en repeler o impedir sin riesgos la agresión. Será innecesario golpear de inmediato con fuerza al borracho agresor que ya padezca severa descoordinación impulsora, pues para repelerlo basta un empujón, pero no sucede lo mismo cuando aún con aquella disfunción el briago embista con tal furia que se precise de algo más que un mero empujón, ni menos todavía cuando el borracho aún conserva coherencia motriz y acomete con ímpetu y de modo peligroso o incluso aún sin aquella, todavía continúa arremetiendo con igual arrebató y modo.

Por otra parte, con la condición negativa de que la agresión no se provoque de manera dolosa, suficiente e inmediata, se elimina la referencia que antes se hacía a las diversas circunstancias relativas a la previsión y evitabilidad de la agresión. Las que tantos problemas exegéticos presentaron y los cuales muchos de ellos llevaron a soluciones indeseables. Estos problemas se pueden zanjar simplemente aludiendo a la "necesidad" de la defensa. Ya que si no existe "necesidad" de la repulsión, no sería valedero hablar de defensa legítima. Pero, además, es claro que no puede invocar en su favor la necesidad de la defensa quien hace surgir la agresión porque la quiere o la consiente, o cuando con la misma actitud psicológica va hacia la agresión prevista y da origen a ella, provocándola. Ese sujeto en el fondo quiere contender y esto ya resulta incompatible con la defensa legítima. Para caracterizar lo anterior el CPF, el CPDF y el CPC exigen que el agente o la persona a quien se defiende no deban provocar la agresión de manera suficiente e inmediata. En caso contrario, la legítima defensa no se configura.

Ahora bien, se debe evitar confundir la "provocación" con la "previsión" de la agresión, también llamada incorrectamente "provocación imprudente". Ésta si podía ser motivo para excluir la defensa legítima de acuerdo con el texto anterior de la ley. El que aludía a la previsión y la evitabilidad de la agresión. Pero ahora la ley emplea el vocablo "provocación". Y las palabras «provocación» e «imprudente» ya son antinómicas de por sí. La acción de "provocar la agresión de manera suficiente e inmediata" apareja la voluntad de irritar o enojar al contrario de modo tal con el fin de que enseguida reaccione con un acto ilícito. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española apunta que "provocar" significa "incitar, inducir a alguien a que ejecute algo"; o bien, "irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje"; "mover o incitar; esto es, "hacer que una cosa produzca otra como reacción o respuesta a ella".<sup>666</sup> Así el provocado aparecerá como agresor, dando el pretexto para simular que hay defensa. Pero será insuficiente para excluir la legítima defensa cuando por la acción que se realiza —sin que ésta constituya provocación— sea previsible que otro se enoje y agrede. Porque quien así actúa carece de la voluntad de "provocar". Y asimismo faltará provocación "suficiente" cuando el motivo de irritación al que se dé lugar sea nimio en comparación con la reacción y estará ausente la "inmediatez" de la misma provocación cuando medie un tiempo más o menos largo entre el momento en que ella se realiza y cuando se da la conducta reactiva. En todos esos eventos el sujeto que

<sup>666</sup> Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation.

simplemente previó la agresión, o que la provocó de manera insuficiente o lo hizo de manera bastante pero desde mucho antes de que se dé la conducta reactiva, puede legítimamente defenderse de ésta. Tampoco obsta a la necesidad de la defensa el que el agredido pudiera salir huyendo y evitar así la agresión, simplemente porque la ley permite repeler la agresión como un derecho y escapar corriendo no es repeler la agresión y el estimar que la defensa legítima no se configuraría porque el agredido tuvo aquella opción, significaría negar el derecho que tiene el agredido a defenderse. Se trata pues de que prevalezca el Derecho y no de que impere el dominio de quienes ejecutan actos injustos. Lo que sí es indicado es pedir la ayuda de terceros, pero sólo si ello no implica salir huyendo y sea razonablemente presumible que aquellos estén dispuestos a intervenir oportunamente en la defensa, de tal manera que así se pueda emplear un medio menos lesivo del que se emplearía de no intervenir los terceros sin que por ello se corra un mayor riesgo. Como cuando el agredido injustamente con golpes tiene una condición física muy inferior al agresor inminente y aquél puede usar una pistola en contra de éste en vez de huir, pero también puede impetrar la ayuda de otros sin mayor riesgo.

Asimismo, es preciso que el acto de repeler la agresión sea contemporáneo a la agresión. Si la agresión cesa, la defensa deja de ser necesaria. De tal manera que cuando falta dicha contemporaneidad porque ya concluyeron las acciones lesivas del inculpado, aunque medie el antecedente de la injusta agresión, la acción de aparente repulsa que se dé después es inamparable bajo el instituto de la legítima defensa. Pero a ello cabe prevenir que cuando la acción posterior del agredido ya no pueda lesionar bien alguno del agresor porque el acto de repulsa racionalmente necesaria ya lo dañó irreparablemente, el exceso es irrelevante para impedir la excluyente con relación al bien dañado mediante la repulsa, toda vez que el abuso ya no causa más daño que el ya dado en el contexto de defensa legítima. Como sería si después de muerto el agresor en legítima defensa, el agredido continúa realizando algunas acciones contra el cadáver de aquél. Pero diferente será la situación cuando el bien jurídico del agresor sea susceptible de ser dañado de manera continuada o permanente, porque en tal caso y de haber ya cesado la agresión, el acto de repulsa es del todo innecesario, por lo que puede configurarse el exceso siempre y cuando la acción continuada de repulsa no se haya interrumpido durante un lapso por el cual quepa pensar que sólo se trata de una venganza ya ni siquiera amparable en la atenuante del exceso.

**2. La racionalidad de los medios empleados en la defensa.** Además de la necesidad de repeler la agresión, es preciso que la misma repulsión sea racional. Requisito éste que el artículo 29-IV del CPDF omite mencionar, pero que debe entenderse que subyace en la condición de que la defensa sea "necesaria", habida cuenta que toda repulsión que entre al terreno de la irracionalidad de la defensa deja de ser ya la estrictamente necesaria para repeler la agresión. De no ser así y entenderse la necesidad de la defensa sin esa limitación, se llegaría al absurdo de estimar actualizada la causal cuando el dueño de una tienda mate al niño que se roba un dulce del estante, en tanto aquella acción sería la necesaria para impedir la antijurídica agresión.

Se entiende por "racionalidad" de la repulsión, la que es jurídicamente adecuada para evitar una desproporción absurda entre las lesividades de la agresión y la defensa, según las circunstancias del caso. La ley no exige así una proporcionalidad entre los medios del agresor y el repulsor, pero la exigencia de racionalidad sí demanda —en las palabras de Zaffaroni— (...) que haya ausencia de desproporción aberrante...<sup>887</sup> entre la conducta del agresor y la de defensa según sus respectivas lesividades. Por lo tanto, la defensa, además de ser la mínimamente indispensable en cuanto que en un juicio ex-ante se elija el medio menos dañino posible, siempre que sea eficaz en impedir sin riesgos el daño al bien jurídico que se defiende, debe por igual ser jurídicamente adecuado en evitar una desproporción irracional entre las lesividades en juego. Lo dicho hasta aquí también es válido en los casos de los llamados "offendicula" (medios físicos o mecánicos de defensa dispuestos de antemano.) Pues ellos serán racionales en la medida de que no se disponga de un medio menos lesivo y no haya una desproporción absurda entre el bien protegido y el que se lesiona con el dispositivo de defensa. La defensa será irracional cuando esos medios defensivos son de tal naturaleza agresiva que se da una desproporción evidente entre el bien que se defiende y el que se lesiona con el offendicula, al igual que cuando sea posible disponer de uno menos lesivo. Dice Zaffaroni: (...) La bomba en la caja de seguridad no estará justificada, pues bien puede colocarse una alarma. La defensa de las gallinas y flores a través de electrificación [de alto voltaje] en las cercas también puede hacerse por medios menos lesivos, por lo que tampoco hay legítima defensa.<sup>888</sup> Asimismo, para decidir la "racionalidad" de la defensa no obsta que falte proporcionalidad entre los medios del agresor y el agredido, porque con la expresión legal "racionalidad de los medios empleados" se pretende evitar echar mano del criterio de la "proporcionalidad" en los medios utilizados que no siempre es el más adecuado para delimitar la defensa legítima. El rechazo de un criterio de proporcionalidad entre los medios defensivos y los del agresor como pauta para decidir la legitimidad de la defensa se pone de manifiesto con lo que disponen los artículos 316-párrafo-último y 317 del CPF y 138-I-párrafo-último del CPDF respecto de la calificativa de ventaja no sólo en lesiones y homicidio, sino también respecto de los demás delitos previstos en el Título Decimoctavo del CPF (amenazas, allanamiento de morada, asalto, aborto, abandono de personas y violencia intrafamiliar), porque la ventaja no se tomará en consideración si el que la tiene obra en legítima defensa en los casos de superioridad física al ofendido, o por las armas que emplee o la mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de defensores, ni cuando se valga de un medio que debilite la agresión. Lo cual también es aplicable en cuanto al CPDF con relación al delito de violencia intrafamiliar, porque su tipo penal involucra conductas lesivas a la salud personal de los integrantes de la familia. Con base en lo dicho —y especialmente según lo que prevén los sendos artículos 317 del CPF y 138 del CPDF— el derecho a la legítima defensa respecto de familiares que agredan en cualquiera de las modalidades del tipo penal de violencia intrafamiliar se admite a tal grado, que en esos casos la ley acepta de manera expresa la desproporción en los medios que se empleen en la repulsión. Lo cual excluye el argumento de que cuando medie una relación jurídica de protección recíproca debe ser más estricto el criterio de la racionalidad de los medios porque entre los familiares cabe esperar una

---

<sup>887</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 587.

<sup>888</sup> Idem., op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 587. Nota: lo incluido dentro del paréntesis es mío.

relación de solidaridad. Pero, además, porque ese deber de solidaridad ya falta precisamente cuando el agresor emplea reiteradamente la fuerza física o moral en contra del familiar.

Con lo expuesto ya queda claro que para decidir la racionalidad de la defensa legítima también juega un papel de importancia *la falta de desproporción intolerable entre las lesividades del agresor y el defensor*. En tal factor lo concluyente no es en sí la proporcionalidad entre el valor de los bienes en conflicto como sucede en el estado de necesidad, donde se justifica la conducta cuando es necesario que se suprima un bien de menor valor para la salvaguarda de otro o bien tal conducta se disculpa si los bienes son de igual valía. En tanto en la legítima defensa la ley no alude a esa ponderación de bienes, sino que lo decisivo es la necesidad para evitar racionalmente el resultado de la conducta antijurídica. Los límites de la ponderación de bienes del estado de necesidad se sustituyen por el de la necesidad de la defensa y la racionalidad del medio en tal defensa, de tal guisa que en ésta puede haber desproporción de bienes en la medida que ella no sea aberrante en el caso concreto. Así, es claro que el medio empleado será racional cuando con la repulsión se lesionan bienes jurídicos de igual o menor valor que el bien que se defiende. Es decir, es lícito lesionar el bien de quien voluntaria y libremente entra al terreno de la ilicitud, a costa pretendida de un bien jurídico de igual o mayor valor. Pues el agresor, al atacar ilícitamente asume el riesgo de su propio bien que luego necesariamente se le afecta para impedir o hacer cesar su agresión. Mas la consideración es algo distinta cuando se trata de defender un bien de menor valor al bien que se dañará con la repulsión. En estos supuestos, la acción agresora al bien jurídico deberá proyectar peligro a otros bienes jurídicos o aparejar el peligro de una lesión personal irremediable. Es decir, que luego sea imposible reparar. Será irracional rechazar o impedir la acción agresora de un bien de menor valor del que se lesiona con la repulsión, si se tiene al alcance otro medio menos perjudicial para evitar la agresión o el daño es reparable. En tales casos no se puede decir que el agente amolda su comportamiento a la defensa legítima, porque su ejercicio implicaba, a la vez, el deber de ajustar su reacción a la medida estrictamente necesaria y "racional" para impedir o rechazar el acto de agresión. Así, será irracional por su inadecuación jurídica —desproporción aberrante entre las lesividades— privar de la vida a quién intente apoderarse una cosa ajena si el ladrón no porta arma alguna ni realiza alguna acción que sea peligrosa para la vida e integridad personal. De consumarse el robo, sería igualmente irracional privar de la vida a quién huye desarmado con la cosa robada. A menos que el ladrón en su huida realice con el arma alguna acción potencialmente peligrosa para la vida o integridad de quién lo lesiona o de otros. Tratándose de la muerte del violador cuando yace o intenta yacer mediante violencia: el interés en el prevalecimiento del Derecho y el de la protección individualizada de bienes jurídicos no descansa tan solo en defender la libertad sexual del agredido frente a la vida del agresor. Ya que a la vez éste agrede la integridad física y psicológica de la víctima. Además de su dignidad, su honor e incluso a su propia vida. O bien porque el agresor acomete su injusta acción de tal manera o violencia, que cualquier resarcimiento será imposible de no evitarse o rechazarse aquella mediante la drástica repulsa de matarlo.

Resta el caso de la legítima defensa contra el chantaje. ¿Es posible que aquella se dé cuando lo que cabría sería la denuncia del chantajista? La respuesta es sí aunque con ciertas restricciones. En efecto, considerando que lo que se amenaza no es tan sólo el patrimonio de quien es objeto del chantaje, sino otros bienes (honor o

reputación principalmente) que se lesionarían con la revelación del chantajista y siempre que no se trate del ocultamiento de un delito que cometió el agredido del cual se tengan las pruebas del mismo, sino de comportamientos en la esfera privada del agredido, siguiendo a Roxin sí cabe admitir diversos medios como engaños o incluso amenazas al chantajista, así como también el allanamiento, los daños menores a la propiedad y el robo o la destrucción de las evidencias comprometedoras, pero en todo caso debe excluirse el uso de la violencia contra el agresor chantajista.<sup>699</sup>

**D. La legítima defensa privilegiada.** Los artículos 15-II-párrafo-segundo del CPF y 29-IV-párrafo-segundo del CPDF prevén que:

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

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

A su vez el artículo 45 del CPC señala que (...) se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, en favor de aquél que: cause cualesquier daño a quien sin derecho y por cualquier medio que implique peligro personal, revele la posibilidad de penetrar al hogar o sus dependencias; o a los de la familia; o a los de cualquier persona que tenga la misma obligación de defender; o al sitio donde se encuentren bienes propios, o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. O bien, para quien sorprende a un extraño o éste lo sorprenda en uno de aquellos lugares por la noche o en circunstancias que revelen la posibilidad de sufrir una agresión personal.

Las diferencias entre las fórmulas saltan a la vista. Entre otras destaca que mientras el CPF y el CPDF respecto a la legítima defensa privilegiada aluden a una presunción que admite prueba en contrario, el CPC no hace esa salvedad. En Argentina<sup>700</sup> y en México<sup>701</sup> la doctrina se inclina para que en cualquier caso deba prevalecer a favor del agredido una presunción que admita prueba en contrario, porque así no se violenta la incompatibilidad de las presunciones *jure et de jure* con los principios del Derecho Penal que deben atender a realidades y no a ficciones que se puedan derivar de tal caso de presunciones. Ello implicaría que en los supuestos en los que la ley no indique que se admite prueba en contrario (artículo 45 del CPC) seguiría rigiendo la condición de racionalidad de una defensa necesaria. Ahora bien, el texto expreso de los artículos 15-IV-párrafo-segundo del CPF y 29-IV-párrafo-segundo del CPDF no deja lugar a duda en el sentido apuntado: Se admite la prueba en contrario.

Pero no se puede afirmar lo mismo del artículo 45 del CPC. Las fórmulas del CPF y el CPDF, además de consignar expresamente que la presunción que regulan admite "prueba en contrario", apuntan que "se presumirá «como» defensa legítima...". Es decir, «como» si fuera legítima defensa pero sin que necesariamente lo sea. Mientras que el CPC se refiere a que "se presumirá que concurren los requisitos de la

<sup>699</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General...* op. cit., p. 695.

<sup>700</sup> Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Editorial Tea, Tipográfica Editora Argentina, 8ª reimpresión, Buenos Aires, Argentina, 1978, pp. 357 y 358; Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Stokar, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000, pp. 601 y 602.

<sup>701</sup> Mariano Jiménez Huerta, *La antijuricidad*, Imprenta Universitaria, México, D. F., 1952, pp. 299 a 306.



*defensa legítima...". Donde la expresión legal —de carácter imperativo— "se presumirá" no se modula con un "como" [si]. Pero igualmente tampoco es claro: ¿Por qué debiesen entenderse como presunciones que admiten prueba en contrario los supuestos del artículo 45 del CPC, cuando éste artículo lejos de que incluya las expresiones "... salvo prueba en contrario..." y "...se presumirá como...", parece indicar lo inverso? El asumir que faltará la legítima defensa (cuando la ley parece indicar lo inverso) si se prueba que se rechazó a quien sin derecho intentaba penetrar al hogar o sus dependencias por medios que implicaban peligro personal para quien se defiende o en contra de quien se rechaza tal clase de actos antijurídicos, cuando se prueba, además, la desproporción aberrante entre las diversas lesividades que harían inoperante la presunción y la excluyente, en realidad se introduciría con ello un elemento de inseguridad jurídica en el mensaje normativo: por un lado la norma dispone que "se puede causar cualquier daño" y por el otro diría que si se prueba que hubo irracionalidad en el rechazo, entonces la expresión "cualquier daño" y la misma presunción no servirían de nada. Porque con o sin presunción juris tantum la situación es exactamente la misma para el Ministerio Público: siempre tiene el deber de averiguar qué fue lo que realmente sucedió. ¿Qué sentido tiene entonces una presunción así entendida? ¿Qué acaso sólo excluir al inculpado de la carga de la prueba? Porque eso significa que la presunción estaría casi de sobra y que el destino del inculpado dependería de la misma suerte, de si el Ministerio Público logra averiguar —y probar— la verdad. ¿Porqué en vez de ello no ver de lege ferenda tal presunción legal como criticable —lo cual también es discutible—, propugnando su supresión en vez de forzar lo que no dice la ley? Porque creo que respecto del CPC —dado el claro tenor de la ley y las circunstancias que regulan los diversos supuestos de la presunción— la solución correcta es que acreditados los elementos de la presunción, se deberá estimar que concurrió legítima defensa como excluyente de delito y, por ende, a partir de ahí cesará el deber del Ministerio Público de seguir averiguando el hecho, simplemente porque con relación al mismo ya se acreditó la excluyente de legítima defensa privilegiada.<sup>882</sup>*

## — XI —

### El estado de necesidad

**A. El estado de necesidad justificante e inculpable.** El CPC distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante. El artículo 44-III del CPC dispone que opera el "estado de necesidad" como excluyente de la antijuridicidad:

(...) Cuando se lesiona a un bien jurídico por salvar otro con mayor valor, de un peligro real y que sea actual o inminente. Salvo cuando el agente ocasione con dolo el peligro; tenga el deber de afrontarlo; o pueda evitarlo por otros medios menos perjudiciales.

Y a su vez el artículo 51-IV del mismo CPC dispone que la conducta es inculpable:

(...) Cuando se lesiona a un bien jurídico por salvar otro con igual valor, de un peligro real y que sea actual o inminente, sin que se pueda exigir razonablemente otra conducta. Salvo cuando el agente ocasiona con dolo el peligro; o el resultado es evitable por otros medios.

Mientras que los artículos 15-V CPF y 29-V del CPDF no hacen una distinción entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad inculpable, englobándolos en una misma causal al disponer que se excluye el delito, cuando:

---

<sup>882</sup> La exposición de motivos del nuevo CPC no dice nada al respecto.

(...) Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente [sujeto —dice el CPDF—], lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

En las excluyentes de mérito hay un común denominador que también opera para la legítima defensa: Debe mediar la necesidad de lesionar un bien para salvar otro. Pero a diferencia de la legítima defensa donde en virtud de la antijuridicidad de la agresión, la magnitud de la lesión sólo cuenta para excluirla cuando haya una desproporción aberrante entre el bien que se defiende y el que se lesiona, *en el estado de necesidad es decisiva la ponderación global entre el mal que se evita y el que se causa según el valor de los bienes en conflicto en el caso concreto*. Así, **1)** la conducta se “justifica” cuando la valla del bien que se lesiona es menor que la del salvaguardado, más **2)** cuando la ponderación de los bienes es de igual valor, la conducta se “disculpa”. Lo que implica que nunca podrá justificarse el homicidio en estado de necesidad sino sólo disculparse, toda vez que las vidas humanas no pueden jerarquizarse o graduarse, ya que para el Derecho todas tienen el mismo valor. El peligro puede provenir de la naturaleza o de una conducta humana, de aquí que debe sostenerse el estado de necesidad justificante cuando se coacciona para dañar un bien de menor valor que el que se salva en virtud de esa coacción y sólo cuando ésta consista en dañar un bien de igual valor que el que se salva es que se puede invocar como un estado de necesidad —o temor fundado— inculpables.

**B. Las condiciones del estado de necesidad.** De acuerdo con los artículos 15-V CPF, 29-V y 44-III del CPC, para que opere el estado de necesidad como excluyente es necesario que se halle en peligro de lesión el bien que se pretende salvar con la lesión de un bien de menor o igual valla, siempre y cuando el peligro no haya sido ocasionado dolosamente por el agente, éste no tenga el deber de afrontarlo y dicho peligro no sea evitable por otros medios. No obstante la aparente claridad de las condiciones del estado de necesidad, es preciso hacer algunas acotaciones:

**1. Los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados y lesionados en estado de necesidad.** El bien jurídico no tiene por qué pertenecer a la persona que actúa en estado de necesidad, ni tampoco es preciso que aquél bien esté tutelado penalmente. En tal tesitura Roxin aduce que es posible salvaguardar el bien de la correcta administración de justicia cuando enterada la parte de la parcialidad del juez, para probarla no haya otro medio que emplear una grabadora que registre la postura del juez ante el interlocutor sin que aquél conozca y menos consienta en la grabación.<sup>603</sup> Situación que sería parecida ante una conducta de extorsión. Ésta postura conlleva, ciertamente, a examinar la consabida invalidez de la prueba ilegalmente obtenida —y que no sin frecuencia pasan por alto los juzgadores—. Tal máxima es válida. Y es el caso que se dará el estado de necesidad como causa de justificación cuando el funcionario de la procuración de justicia o el particular demuestren que ante un delito que esté por cometerse o se esté cometiendo no se podía hacer frente de otro modo al problema de la prueba a efecto de hacer viable la procuración o correcta administración de justicia y a reserva de examinar la necesaria ponderación entre la valla del bien que se lesione con el medio de prueba según el modo en que se obtuvo y la del bien que se pretende salvaguardar.

---

<sup>603</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., p. 675.

**2. La naturaleza del peligro.** El peligro puede ser oriundo de la naturaleza, de accidentes, de disturbios o tumultos o del simple obrar de otra persona. Más en el primer caso dicho peligro debe manifestarse de tal modo que no excluya la conducta al convertirse en una fuerza física irresistible. Así, por ejemplo, puede existir el peligro de una inundación que motive lesionar ciertos bienes para salvar otros más valiosos. O bien, en el último caso, puede originarse por la coacción, la cual también constituye un estado de necesidad justificante cuando el bien que se salva es mayor que el que se daña en virtud de aquella. Por ejemplo el sujeto roba en virtud de la amenaza de se que le matará si no lo hace. Sin que el hecho de que el coaccionante llegue a ayudar al coaccionado a la lesión que éste realice le permita a aquél ampararse en la causa de justificación, toda vez que él es quien dolosamente provoca el peligro a través de la coacción ejercida por él. De aquí también se sigue que no deben tratarse como causa de inculpabilidad todos los casos de temor fundado —y en Coahuila, específicamente, dentro del temor fundado que prevé el artículo 51-V del CPC—; porque la conducta se enmarcará dentro del estado de necesidad justificante antes que en una causa de inculpabilidad siempre que el allanarse a la coacción realizando una conducta típica implique salvar un bien de mayor valor que el que se daña en virtud de la coacción. Con base en lo anterior Zaffaroni rechaza que haya un estado de necesidad siquiera inculpable y menos justificante cuando en vez de acceder a las pretensiones de unos terroristas de liberar a un preso por un delito grave a cambio de salvar a rehenes tomados por los extremistas, se aduce como bien de mayor valía la supremacía de la voluntad estatal sobre la vida y los bienes de las personas. Dice el autor argentino: (...) Con ello se pretende argumentar que tratándose de presos por delitos graves, la muerte de los rehenes es un mal equivalente a su liberación.<sup>604</sup> Sin embargo aunque se debe coincidir con el insigne jurista en el sentido que aquella solución no puede configurar un estado justificante, dado que la vida humana es el bien más valioso y sin la vida de las personas carecen de sentido tanto la sociedad como el Estado. Tampoco se puede coincidir con aquél en el sentido que en esos casos haya un deber de actuar de los funcionarios de acceder a las peticiones de los fanáticos, que de no darse, la muerte de los rehenes también se les debería atribuir a los servidores públicos, toda vez que en esos casos son los extremistas quienes arbitrariamente están haciendo depender de una acción ajena la causa de la muerte de los rehenes, sin que la acción demandada por ellos pueda realmente dominar el hecho de tal modo que así se salve a los prisioneros, ya que la decisión última seguirá dependiendo de los terroristas. Por lo que el caso es diferente a los supuestos en que quién deba realizar la acción posible sí puede con ella tomar el dominio razonable sobre el hecho, salvando a uno o a los más en detrimento de los menos. En el evento apuntado por Zaffaroni —antes que cuestionarse si hay o no hay estado de necesidad—, simplemente falta el tipo porque no se puede imputar jurídicamente el resultado a la conducta de la autoridad debido a la ausencia de dominabilidad de la acción de aquella sobre aquél resultado.

**3. El carácter actual o inminente del peligro al bien jurídico y la valoración del peligro.** El peligro para el bien que se pretenda salvar puede estar en curso (actual) o solo estar por darse (inminente.) En este último contexto son válidas en parte las pautas que ya se dieron para la legítima defensa. Porque en el estado

---

<sup>604</sup>Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 604.

de necesidad la inminencia del peligro no está ligada necesariamente a un criterio cronológico —como lo apuntaría la mera interpretación literal—, sino a la posibilidad real de que aquel se pueda dar en cualquier tiempo y a cuya merced se encuentre el bien jurídico que se pretenda salvar. Como sucede con un edificio en ruinas que amenaza demurrarse sobre la casa vecina. Como también será inminente el peligro que tenga continuidad debido a su reiteración: Las inundaciones periódicas, por ejemplo. Así pues, hay que diferenciar entre la inminencia del daño y la inminencia del peligro, pues aunque no haya la proximidad del daño, el peligro será inminente cuando posteriormente ya no se le podría hacer frente con éxito o sólo sería posible corriendo riesgos mayores a los que se habrían tenido de actuar antes. Tal es el caso del aborto terapéutico donde no obstante que el peligro de daño en realidad se actualizaría hasta el parto, de todos modos la intervención desde mucho antes será lícita cuando evite aquél peligro y a la vez disminuya los riesgos para la madre de un peligro mayor o ya no manejable si aquella se demora hasta el parto.

La realidad del peligro debe valorarse ex-ante de acuerdo con los datos concurrentes al momento en que el agente realiza la acción lesiva del bien para salvar al de mayor o igual valor. Mas en tales casos se discute con base en qué se deben apreciar las circunstancias concurrentes para sostener la fuente del peligro. Si acaso el juicio correspondería a la persona media del sector social del agente ajustándose en su caso, a los conocimientos especiales que pudiese tener el mismo agente acerca de la concreta situación de peligro; o bien —como lo sostiene Jakobs— (...) de acuerdo con los conocimientos de un experto según la clase de peligro de que se trate.<sup>666</sup> Ciertamente, la exigencia de Jakobs parecería que se desentiende de que el juicio debe hacerse al momento de la conducta del agente para decidir si una persona media como aquél habría identificado el peligro según las circunstancias realmente concurrentes, atemperado en su caso, por los conocimientos especiales de aquél. Por lo que al subirse la exigencia a parámetros muy altos pretendiéndose prevenir daños innecesarios, a la vez se podría criminalizar al agente que no se halle a la altura e incluso con la exigencia de abstenerse de actuar con el posible costo de que sobrevenga el mal mayor que se quería evitar. Sin embargo, también cabe pensar que en aquellos casos en los que el peligro no esté claro, al igual que en aquellos otros donde la demora no implique que la persona corra riesgo de morir o de sufrir lesiones más graves, el agente mismo se debe abstener hasta contar en lo posible con una opinión experta, en vez de proceder sin más como si fuese un estado de necesidad donde hay peligro claro y la espera aparejaría un riesgo mayor. Los casos en que la valoración ex-ante permita negar la realidad del peligro apareja la falta del estado de necesidad, sin perjuicio de que pueda haber un error del sujeto acerca de tal realidad, mismo que se debe tratar como error de prohibición en el estrato de la culpabilidad. De todos modos, por ejemplo, aunque sea mínimo el peligro de que un accidentado muera si no se le traslada a un hospital desde luego, se justificará utilizar un vehículo ajeno sin consentimiento de quien pueda darlo si acaso no había otro coche disponible y se tema que la demora de buscar al dueño o de pedir auxilio a otros pueda ocasionar un agravamiento innecesario o la muerte del lesionado. También será justificado trasladar al herido en un vehículo a una velocidad mayor a la permitida, pero sin que la celeridad sea tal que en sí misma ponga en peligro tan a los ocupantes del vehículo como a otros conductores o peatones, como tampoco será admisible no respetar los

---

<sup>666</sup> Günter Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación objetiva*, 2ª edición, corregida, traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A., Madrid, España, 1997, p. 500.

semáforos o los altos de tal modo, que sólo por casualidad pueda evitarse un choque. Sin desatender que en esos casos lo que importa es evitar la demora en la atención adecuada sin propiciar riesgos mayores y para la cual no se tienen al alcance los medios para pedir la asistencia profesional. Por ejemplo: El accidente se da en zona rural sin comunicación telefónica o radial. Porque de ser en una zona urbana donde se disponga del servicio de ambulancia pudiendo pedir que aquella acuda al lugar, solo se justificarán los medios lesivos o peligrosos antes dichos para trasladar al herido si es del conocimiento público que en ese lugar es común la tardanza del servicio de emergencias de ambulancias, a menos que el agente no sea del lugar, caso en que será válida la experiencia común bien sea de las personas que haya en el lugar o en su defecto la de aquél. Lo cual nos lleva al punto siguiente.

**4. La inevitabilidad del peligro por otros medios no lesivos o menos lesivos.** El estado de necesidad no se configura cuando se disponga de un medio alternativo menos lesivo o inocuo. Si para entrar a una casa donde se halla un infante en peligro de caer en la piscina se fracturan puertas cuando estaban sin cerrojo y bien se hubiese podido entrar sin dificultad y con mayor rapidez, los daños causados no se podrán amparar en el estado de necesidad justificante (sin perjuicio del error para la inculpabilidad o atenuación de la misma); como tampoco podría justificarse la disposición del dinero ajeno para evitar una quiebra de la empresa, en tanto que para ella existen los procedimientos legales de suspensión de pagos.

Sin embargo, a veces la ley establece condiciones para poder lesionar ciertos bienes jurídicos. Y se discute si será innecesario cumplir dichas condiciones si estas son de forma, cuando la ponderación de bienes se resuelva a favor del bien que se salva y de todos modos se habría procedido de igual manera de atender las condiciones pro-forma. Ello será así si precisamente cuando la ley prevea que las condiciones formales sean inesenciales para la lesión al bien, de tal manera que de cualquier modo podría procederse sin dar pie a la lesión jurídica; pero en caso contrario la solución requiere de otra fundamentación. Por ejemplo, Roxin aduce el estado de necesidad cuando se incumple con pedir el consentimiento de los deudos para la disposición de un órgano del cadáver que salvará la vida de un paciente en grave peligro de morir, porque de todos modos debido a la preponderancia clara de los bienes, esa situación debe ser resuelta a favor de la disposición.<sup>688</sup> La tardanza sólo implicaría que el estado de necesidad quedará sin materia por la pérdida del bien con mayor valor. Con tal orientación podrá entonces sostenerse lo mismo cuando se trate de muerte cerebral. Pero antes que ello, hay que tener presente que tan el artículo 344 de la Ley General de Salud como el artículo 239 del CPPC no condicionan el hecho de la muerte cerebral como muerte para todos los efectos legales al consentimiento de los deudos. Satisfechas las condiciones de la muerte cerebral, legalmente se da la misma muerte. Ahora bien, el citado artículo 239 del CPPC condiciona la disponibilidad de los órganos de un muerto para un trasplante al consentimiento en vida del donante —o a falta del mismo, al del de los deudos—, lo que también prevé el artículo 334 de la Ley General de Salud, en cuanto permite la disposición de los órganos del cadáver para el trasplante siempre que exista el consentimiento de los deudos (disponentes secundarios) o en vida no se haya revocado el tácito por el disponente primario. En el anterior contexto se plantea la interrogante

---

<sup>688</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., p. 681.

de si cuando se realiza un trasplante sin obtener el consentimiento de tales donantes secundarios ¿acaso se tipificará el delito que prevé el artículo 462 de la Ley General de Salud consistente en: *"ilícitamente obtener o utilizar órganos, tejidos y sus componentes, ...de seres humanos"*? Empero, la respuesta debe ser negativa, por las razones siguientes: 1) Cuando se trate de un trasplante que salvará la vida de un paciente en grave peligro de morir, la conducta de proceder al trasplante sin consentimiento de los donantes se justifica, porque de todos modos, debido a la preponderancia clara de los bienes, esa situación debe ser resuelta a favor de la disposición. 2) Y porque dado el estado de necesidad justificante, la supuesta obtención o utilización del órgano ya no sería "ilícita". En cualquiera de esos casos es donde debe primar con toda su fuerza la condición legal que la conducta de disponer del órgano del cadáver se justifica porque no se dispone de un medio alternativo menos lesivo o inocuo, siendo indiscutible la preponderancia del bien que se salva. La situación no parece ser distinta cuando sin consentimiento de los donantes secundarios se realiza la disposición del órgano del cadáver, para un trasplante que evitará la pérdida de una función orgánica, como sucede con las córneas, como más adelante se verá. Por último, el estado de necesidad también subsiste como causa que justifica la conducta cuando haya varias alternativas igualmente idóneas para salvar el bien: Si para pedir una ambulancia A irrumpe en la morada de B cuando podía hacer lo mismo en la casa de C que está enseguida, ello es insuficiente para negar la causa justificante. Ésta faltará sólo cuando antes de la irrupción en casa de B, C ya hubiese puesto su teléfono a disposición de A; ya que en el primer caso falta la base para sostener que el diverso medio igualmente idóneo hubiese sido menos perjudicial.

**C. El valor de los bienes en conflicto.** Para decidir cuál es el bien con mayor valor con mucha frecuencia es insuficiente la ponderación abstracta según la naturaleza de los bienes. Se podrá afirmar que el bien de la vida humana es preponderante frente a cualquier otro y eso es cierto. Pero no resulta tan claro que la salud personal sea siempre de mayor valor que otros bienes, digamos los de libertad y de la autodeterminación, los que, por otro lado, a veces se les llegan a sacralizar sin tomar en cuenta ciertas pautas legales que modulan esa exaltación de los derechos esenciales de la personalidad. Porque ello puede depender de la intensidad de la lesión en uno y otro caso. Por ello, no se puede recurrir sin más a la pura jerarquización abstracta de los bienes jurídicos para decidir cuál es el de mayor valor, sino que en muchos eventos tiene que acudir a criterios objetivos más individualizados, según las circunstancias del caso concreto concurrentes al momento de la conducta para decidir cuál es el bien preponderante. Esos criterios objetivos tienen un valor relativo o mejor dicho carecen de valor absoluto, pues dependen de cada situación en concreto. Pero ello no quiere decir que la valoración pueda tener un carácter arbitrario, ni tampoco que sea suficiente la motivación del juez para tal efecto, sino que también es preciso que aquella motivación tenga asidero jurídico, en el sentido de que el criterio de valoración que se asuma encuentre apoyo en pautas jurídicas deducidas de las valoraciones de la ley. Con base en lo anterior se aducen como criterios o pautas de valoración las siguientes:

**1. La jerarquía de los bienes jurídicos en ciertas condiciones de afectación.** La cual se deriva de la comparación de las penas legales según el o los bienes jurídicos afectados y las circunstancias típicas de la afectación. Así, no es lo mismo un robo de cien pesos que un robo de un millón de pesos. Y aunque pareciere que la salud personal es más importante que el patrimonio, el robo con amenaza (pero sin daño a la salud) es

penado más severamente que las lesiones levísimas y leves. Como también es incuestionable que la ley pune más severamente al homicidio doloso que la profanación de cadáveres respecto al ejemplo arriba apuntado de salvar una vida mediante la disposición de órganos del difunto sin dispensa de los disponentes secundarios. Así pues, aunque es claro que la pena legal puede ayudar a saber la jerarquía de los bienes jurídicos, es igualmente nítido que normalmente aquella penalidad depende tanto o más de ciertas condiciones de afectación al bien que la aparente jerarquía del bien abstractamente considerado. E incluso, porque a veces la misma referencia comparativa de las penas legales resulta inadecuada cuando uno de los puntos a confrontar no sea comparable, simplemente porque en él no resida la forma de daño que se habría de punir o sancionar. El caso de la disposición de órganos del cadáver sin consentimiento de los disponentes para un necesario trasplante terapéutico que evite la pérdida de una función orgánica, como por ejemplo sería la vista: difícilmente se podría plantear como la acción de profanar un cadáver, en el sentido de denostar o mostrar desprecio a la memoria del difunto, por lo que el punto de referencia para la comparación no es aquél delito, sino el previsto en el artículo 462 de la Ley General de Salud consistente en: "ilícitamente obtener, utilizar o suministrar órganos, tejidos y sus componentes, ...de seres humanos". Cuya lesión en el caso a estudio se haría consistir en la falta del consentimiento de los disponentes secundarios para realizar el trasplante. Sin embargo, frente a esa lesión se erige la que se daría por la lesión dolosa que origine la pérdida del órgano o de la función orgánica (del receptor del órgano del cadáver), lesión que los mismos códigos penales sancionan con penas más severas que la prevista en el citado artículo 462 de la Ley General de Salud. Además, frente al derecho de los deudos de dar o negar su consentimiento para que se disponga de los órganos del cadáver del pariente, se halla el derecho a la protección a la salud que garantiza el párrafo cuarto del artículo 4° C. De todo lo cual se sigue la innegable jerarquía superior de proteger el bien de la salud que el de protección a los derechos de personalidad del difunto representados a través de los deudos. Lo cual reafirma aún más la inaplicabilidad al caso del supuesto punible del artículo 462 de la Ley General de Salud: simplemente porque la conducta que se cuestiona no puede subsumirse en el tipo penal de dicho numeral, habida cuenta que la misma no sería ilícita en virtud del estado de necesidad justificante. Pero la medida también es posible según otros parámetros que se obtengan por analogía de los que se adoptan en los artículos 52 del CPF, 71 del CPDF y 71 a 74 del CPC. Tanto para ponderar la intensidad, gravedad o trascendencia del peligro o de la lesión evitable como una de las pautas para individualizar la pena de prisión; como para el mismo efecto el aquilatar la proximidad del peligro o de la lesión evitable, así como las circunstancias personales de los titulares de los bienes. De aquí que las pautas restantes puedan ser:

**2. La ponderación de la intensidad, gravedad o trascendencia del peligro o de la lesión.** La libertad personal en abstracto sin duda es más valiosa que el patrimonio. Pero si a alguien —sin ser partícipe— se le encierra por cinco minutos junto con un millón de pesos que los ladrones están por robar, para evitar que éstos se lleven el dinero, resulta preponderante proteger al dueño del daño a su patrimonio por tal cantidad, que la fugaz privación de la libertad apenas significativa del inocente. A veces el legislador aumenta la penalidad de los daños o las lesiones culposas o varía la clasificación del delito para efectos de la libertad durante el proceso, porque el agente se va del lugar antes de que llegue la autoridad; pero si el agente deja en una nota sus datos de identidad y localización y no espera, porque de hacerlo con seguridad perderá un contrato que lo

salvará de la bancarrota o le originará una grave pérdida, estará justificado no esperar como causa que evite la agravación de la penalidad o el cambio de la clasificación del delito para los efectos de su libertad en el proceso. Más aún cuando resulta pasajera la dificultad de la autoridad para verificar los datos y asegurar la indemnización de la víctima. Misma que del otro modo ni siquiera se hubiese logrado ante la quiebra o el severo quebranto del agente. Asimismo, puede ser que los bienes en conflicto sean de igual naturaleza y, sin embargo, la intensidad lesiva sea mucho menor en un caso que en el otro. Estará justificado que se prive a alguien de unas aspirinas que va a tomar en esos momentos para evitar un dolor de cabeza simple, para dárselas a quien acaba de sufrir un infarto e impedirle lesiones más graves; pues aunque en ambos casos se trata de una afectación a la salud, el daño que se evita es mucho más grave que el que se da por la conducta justificada.

**3. El grado de proximidad del peligro o lesión que se evita o puede evitar.** Bien señala Zaffaroni que una lesión muy próxima e inevitable de otro modo (...) constituye un mal mayor que el riesgo lejano de un mal de igual o algo mayor entidad: el médico que habiendo observado que no viene ningún vehículo en sentido contrario corta una curva para llegar al hospital con un enfermo en estado desesperante, actúa en estado de necesidad.<sup>497</sup> Y, por el contrario, tal pauta será inválida si acaso el mal más próximo que se evita es mucho menor que el menos cercano mucho más grave. Así Zaffaroni apunta: (...) La violación del deber de cuidado en la conservación de una fuente de energía nuclear no puede justificarse por la necesidad de evitar una herida. Lo cual conduce al autor argentino a subrayar que: *En materia de estados de necesidad que justifican tipicidades culposas, cuando mayor sea el peligro de lesión para un tercero, tanto más restringido será el permiso con que cuenta el autor.*<sup>498</sup>

**4. La valoración de las circunstancias personales de los titulares.** En la pauta de las circunstancias personales, no decide sólo el criterio del titular que se beneficia sobre el valor relativo de los bienes, sino, además, la necesidad personal de quien se afecta con la conducta lesiva. Ambos juegan papel destacado y la preponderancia se resolverá en favor de quien sea el más afectado según su situación personal. Así, puede ser que para salvar diez vacas de quince que se tienen, sea necesario matar la única que tiene el vecino para su subsistencia. Es obvio que la conducta no se justifica aunque bien puede disculparse por la misma jerarquía de los bienes y porque se produce un daño menos extenso que el que se evita. De lo que también se sigue que cuando en la ponderación global del caso concreto los bienes jurídicos sean iguales o equivalentes, no hay otra solución que la inculpabilidad, salvo que por el número de igual valga se justifique salvar los más (lo cual de por sí ya debió entrar en aquella ponderación global del caso concreto.)

## — XII —

### **El ejercicio de otros derechos y la práctica de deportes violentos**

Los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC prevén como causa de justificación el daño que se origine por ejercer un derecho, siempre y cuando exista necesidad racional del medio empleado —el CPDF

<sup>497</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 807.

<sup>498</sup> *Ibidem*.



alude a la necesidad racional de la conducta— y —según el CPF y el CPC— ella no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro. Esteban Mestre Delgado realiza un amplio examen de dicha excluyente en España; aquél cita a Silvela, Antón Oneca, Quintano Ripollés, Bacigalupo, Muñoz Conde y García Arán quienes han estimado a la excluyente como superflua, y a Pacheco, Valdés Rubio, Mir Puig y Luzón Peña, quienes la han aquilatado relativamente redundante.<sup>600</sup> Y es que, ciertamente, los contenidos con los que tradicionalmente se quiere hacer valer esa justificante son jurídicamente discutibles para configurarla como tal; o bien los supuestos se configuran como causas de atipicidad. En el primer aspecto piensese por ejemplo en las vías de hecho violentas para hacer valer un derecho, comportamiento que de por sí se tipifica en los artículos 226 del CPF y 288 del CPDF, e incluso cuando se le hace valer de manera arbitraria lo sanciona penalmente el artículo 259 del CPC. Lo cual se corresponde con la prohibición del artículo 17 C., de que ninguna persona pueda hacerse justicia por sí misma, ni ejercer la violencia para hacer valer su derecho. En el mismo tenor se inscriben las lesiones que se causen al menor por quienes ejerzan sobre él la patria potestad, tutela, educación o guarda, pues el ejercicio de la violencia física y moral está excluido del derecho de corrección (artículos 323 bis, 323 ter y 423 del CCF. y 526 Y 644 del CCC.) Y en lo que atañe al segundo aspecto, piensese en el ejercicio de ciertos derechos inherentes a algunas profesiones, como la médica, donde ya se vio que el consentimiento del titular del bien disponible impide de antemano la lesión jurídica. (Al respecto ver los apartados D, E y F del número VIII del Capítulo Décimo.) Para significar esta justificante normalmente también se acude a la gestión oficiosa de negocios ajenos que prevén los códigos civiles, cuando la gestión resulta desafortunada no obstante que se empleó la diligencia debida en interés del titular (artículos 1896 hasta 1909 del CCF. y 1811 hasta 1863 del CCC.) Mas si se reflexiona en los supuestos en los que se da la gestión oficiosa de negocios ajenos, aquellos difícilmente encuadrarán siquiera en algún tipo y de todas suertes la misma no se justifica cuando el gestor actúe con culpa.

Sin embargo, hay muchos otros derechos cuyo ejercicio puede aparejar la lesión de bienes jurídicos ajenos donde la solución no es tan pacífica. Y en tal virtud se debe partir de la pauta de los artículos 15-VI del CPF, 29-VI del CPDF y 44-IV del CPC, de que sólo cuando sea racionalmente necesario es que se puede ejercer un derecho que lesione bienes jurídicos ajenos. Condición que se establece como límite para el ejercicio del derecho cuando, precisamente, lesione algún bien jurídico. De tal suerte que la lesión de algún bien ajeno en ejercicio de un derecho será legítima cuando esa lesión se muestre como racionalmente necesaria para ejercer el derecho. Pues lo que realmente importa —según la ley penal— es la necesidad racional de la conducta o del medio empleado para ejercer el derecho y —en el CPF y el CPC— que no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro (lo cuál en realidad conlleva a que la lesión se da en virtud de un ejercicio racionalmente innecesario del derecho.) En tal contexto también se pueden mencionar como conductas justificadas el ejercicio del derecho de retención con relación a deudas y cosas ajenas —sin que en el último caso ello implique robo— (artículos 2077 del CCF., 2360 y 2369 a 2388 del CCC.) El derecho de servidumbre de paso (artículos 1097 a 1112 del CCF y 1642 a 1653 del CCC), por ejemplo: si el dueño del predio dominante siembra sobre un tramo de la servidumbre ya existente y quien disfruta de ésta al no tener otra salida se ve

---

<sup>600</sup> Esteban Mestre Delgado, *La exigencia de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, Ed. Edisofer, SL, Madrid, España, 2001, pp. 31 a 36.

precisado a pasar causando los daños indispensables a aquél efecto. La demanda judicial de divorcio donde el cónyuge revele situaciones íntimas del otro y que sin embargo sean necesarias como motivo de la causal de disolución del vínculo matrimonial (artículo 381 del CPC). El derecho de huelga con relación a la posesión y cierre de ciertas áreas del lugar de trabajo, que excluye incluso el delito de coalición de servidores públicos cuando se trate de empresas del estado (artículo 216 del CPF.) La disposición de la cosa de la cual se es propietario frente a quien se apodere de ella, siempre y cuando con aquella no se afecten los derechos de un tenedor o poseedor legítimo de la misma (artículo 368-I del CPF.), etc.

Por otra parte, se plantean problemas serios en el ejercicio de los derechos a la libre expresión de la ideas y de ser informados, frente a la apología de un delito o de vicios (artículo 209 del CPF), entre otros, ya no sólo cuando aquellos derechos se ejercen por medio de la prensa, la radio, la televisión y el Internet, sino en cines, actos públicos, conferencias, cátedras, etc.; o bien cuando se publiquen libros, escritos o imágenes obscenas (artículo 200-II del CPF). Porque en términos generales prevalecen los derechos a la libre manifestación de la ideas y a escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, que como garantías se consagran en los artículos 6° y 7° de la C, a menos que —según los preceptos constitucionales— en la expresión de las ideas "*se ataque a la moral, a los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público*", y en la publicación de escritos "*no se respete la vida privada, la moral o la paz pública*". En ese contexto constitucional, no sería admisible punir como apología de un delito el elogio al aborto, a la tenencia de estupefacientes para consumo personal o a una persona condenada por delito, fundando la punición en que alguien adoptó los puntos de vista del apologista, ya que de acuerdo con la C. es menester que la apología como expresión libre de las ideas "*provoque algún delito o perturbe el orden público*" y, por ende, es preciso que otra persona incurra en un delito ya sea por el encomio del mismo o bien que el desorden público que se dé en virtud de aquél panegírico. A menos que se quiera trastocar la expresión constitucional de que la libre expresión de las ideas "*provoque un delito*", para asumirla como mera "incitación" a un delito o "sugestión" a un delito o al desorden público, con lo cual, además de desnaturalizar el texto constitucional, se haría casi nugatorio el derecho de expresar las ideas que la C. reconoce. De aquí que en aquellos y estos casos Zaffaroni rechace la punición con base en el argumento de lege ferenda de que: (...) el tipo de apología del delito, entendido literalmente,...sería incompatible con la Constitución, ningún estado democrático puede decidir que todo lo que él considera delito es tal y que también es delito la crítica que se le haga por su elección. Para más adelante acotar que: (...) lo único admisible conforme a la Constitución sería la criminalización de la apología de las conductas gravemente lesivas [que se tipifican *urbi et orbe*, como el homicidio, el genocidio o la violación], pero no la crítica a tipificaciones inconstitucionales de conductas referentes a la moral privada o la propia crítica apologética respecto de categorías [de delitos] relativas [o coyunturales] y siempre discutibles.<sup>800</sup> No es pues ocioso destacar que tan el CPDF como el CPC ya no tipifican la apología de un delito. Y que tal como a la misma se le prevé en el artículo 209 del CPF es cuestionable su constitucionalidad, simplemente porque sanciona el derecho constitucional de la libre expresión de las ideas con independencia de que ellas provoquen el delito cuyo panegírico se hace, ni den pie a la perturbación del orden público. A menos que —también en un

---

<sup>800</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alegría y Alejandro Siofak, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, p. 813.

forzamiento inadmisibles— se quisiera asimilar “perturbar el orden público” a que “en público se haga la expresión favorable de un delito” —que es lo que actualmente sanciona dicho tipo penal— y lo cual realmente es muy diferente a “perturbar el orden público” tal como lo prevé la C. De aquí entonces que la manifestación de las ideas no debiese ser punible sino que podría serlo sólo y cuando ella conlleve directamente a una perturbación material del orden por uno o más grupos de personas o porque se convierta en sí en la determinación de un delito que resulte cometido y la que —como forma típica de intervención— ya la prevén las leyes penales como siempre accesoria a la realización de un delito determinado, muy distinta a la apología de un delito que deviene inconstitucional tal como hoy se le prevé en el artículo 209 del CPF.

Lo mismo debe decirse de la reproducción y publicación de libros, escritos, imágenes y objetos obscenos que tipifica y sanciona penalmente el artículo 201-I del CPF, pues además de que la expresión “obsceno” es huidiza y totalmente “abierto”, a lo que se suma que no hay definición legal del término y por tanto falta una base para su identificación objetiva, ello se agrava más dada la gran pluralidad de concepciones que al respecto median en el ámbito cultural; y es también indudable que no debe ser punible la mera reproducción y la tarea editorial de publicar libros, escritos, imágenes y objetos “obscenos”, ni siquiera cuando las imágenes u objetos “obscenos” se exhiban al público, a menos que las imágenes u objetos —y no así los libros y escritos— se exhiban al público en lugares abiertos o bien en sitios cerrados, siempre y cuando en éstos últimos no haya control de acceso a menores y estos vean esos objetos o imágenes, o respecto de los adultos no se les dé previo aviso del material expuesto, o bien se venda o distribuya ese material a menores o no se advierta de su contenido al adulto que lo adquiera o lo vaya a ver tratándose del cine, televisión e Internet o la renta de videos. Y ello es como se indica, porque no le corresponde al Estado erigirse en el árbitro de la moral a través de la represión penal. En efecto, el Derecho Penal debe tener un sustento ético (apoyarse en valores); pero de ningún modo debe admitir que se ejerza el poder punitivo sólo por ese motivo. Pues mientras el acto que se considere inmoral no dañe ni ponga en peligro a nadie ni, por lo tanto lesione bien jurídico alguno; esto es, en cuanto la mera publicación de un libro, escrito o imagen supuestamente obscena no afecte el ámbito de libertad ni de seguridad de nadie, ni escandalice directamente a los sentimientos de algún espectador porque la exhibición del objeto o la imagen no se haga a la vista de un grupo indeterminado de personas que pueden no haber consentido en la pública exhibición; o bien, tratándose de libros o revistas, cine, televisión e Internet o renta de videos, no se avise de su contenido a los adultos o se facilite a los menores, el castigo entonces ya no tiene fin alguno de protección a los bienes jurídicos de todos. Sino por el contrario, sancionar lo anterior coarta la libertad de auto-determinación de las personas. Por ello, impedir lo meramente inmoral debe estar fuera del alcance del poder punitivo, porque el enjuiciamiento jurídico penal no depende en absoluto de la cuestión de si una conducta es más o menos reprochable moralmente. El Estado tiene que salvaguardar el orden externo de lesiones a bienes jurídicos de otros cuando aquellas sean consecuencia de una conducta dolosa o culposa. Pero aquél no tiene legitimación de ningún tipo para tutelar penalmente la moral de los individuos con independencia de su derecho de autodeterminarse libremente cuando ya son capaces. En el respeto de la moral intrínseca de cada quién estriba la obligación del Estado de protegerla, absteniéndose de establecer cánones sobre los que ningún derecho le asiste. Bajo riesgo —en caso contrario— de tender al autoritarismo y dificultar la aspiración a un estado de derecho con sustento democrático. (Derechos de libertad, de igualdad,

de dignidad, de libertad de expresión, de libertad de publicación de escritos, entre otros.) (Artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6° y 7° C.)

Por lo demás, el ejercicio legítimo de un derecho se puede concretar en actividades fomentadas por el estado como las actividades educativas, sanitarias, médicas, de investigación científica, productivas, etc., de las que algunas se reglamentan por el Estado debido a los riesgos cuya realización implica para los bienes jurídicos. Muchas de ellas, como la práctica médica y las intervenciones quirúrgicas, por ejemplo, suponen la intromisión directa en bienes jurídicos de las personas, pero cuyo ejercicio se justifica bien sea porque desde el tipo falta la lesión jurídica al haber consentimiento válido del titular para la disposición del bien y porque, además, en la mayoría de las veces el objeto de aquella es de carácter terapéutico o de investigación científica válida, lejos de un mero daño a la salud. Mientras que en otras, como la práctica de deportes, donde además de suponer el ejercicio de un derecho —como también lo son las ya mencionadas— la actividad deportiva puede causar lesiones e incluso la muerte sin que respecto de las lesiones necesariamente se suponga el consentimiento del sujeto pasivo o cuando sólo lo suponen respecto de lesiones levísimas en ciertas condiciones reglamentadas, como sucede con el boxeo. En tal contexto se discute si las lesiones más severas pero inferidas dentro de aquellas condiciones son motivo de atipicidad o bien causas de justificación y, asimismo, si la exclusión de delito se debe a que se trata de actividades fomentadas y reguladas por el mismo Estado o al ejercicio de derechos. De cualquier modo, cabe considerar que estas causas de permisón o licitud son una especie combinada de consentimiento, ejercicio de un derecho y autorización estatal. En cuanto a la práctica de un deporte, el artículo 44-VI del CPC previene que:

(...) Existe causa que permite la lesión: Cuando el daño se produce al practicar un deporte que el Estado consienta, observándose las reglas de aquél.

El ejercicio del deporte puede estar específicamente reglamentado (artículo 73-XXIX-J C.), o simplemente autorizado.<sup>901</sup> De lo que se sigue que puede haber tácita autorización del deporte si es que el Estado permite su práctica, por ejemplo, cuando cobra impuestos por los boletos que se venden o facilita espacios o medios para practicarlo. En los casos de un deporte autorizado y no reglamentado, la misma costumbre de su práctica es la que origina reglas para los participantes, a las que se deben ajustar todos los que lo practiquen. La existencia de dicha causa de permisón cuando se causen lesiones o daños, puede encontrar su fundamento pues, tan en el consentimiento de quienes lleven a cabo el deporte y en su derecho a practicarlo, como en la propia autorización estatal, directa o indirecta. Y el límite para ejercer dichos derechos es el ajuste a la reglamentación escrita o consuetudinaria en la práctica de los mismos. Sin embargo, es obvio por igual que por lo general la práctica de los deportes se reglamenta precisamente para que se eviten lesiones a los partícipes, precisamente porque su práctica lleva implícita la posibilidad de esas lesiones, de tal suerte que bien puede suceder que aún sin violar la reglamentación se originen daños, lesiones o la misma muerte, casos en los que opera la causal en su plenitud. Más si en la práctica del deporte se violan sus reglas y en virtud de ello se da pie a una lesión, la conducta será típica y antijurídica. Sin embargo, la violación del reglamento no

---

<sup>901</sup> El ejercicio de deportes es un derecho y la regulación de su práctica obedece, principalmente, a aquellos que puedan lesionar bienes jurídicos; con independencia de las normas para su fomento.

se debe confundir con la lesión en sí como si fuere dolosa. Puede haber una violación reglamentaria intencional con un resultado culposo en la lesión. (Lo mismo que sucede si alguien se pasa un alto concientemente sin aceptar causar algún daño que, sin embargo, produce.) Aunque ciertamente la violación al reglamento deportivo importa al menos una conducta contraria al deber de cuidado, en tanto que aquél es el límite del riesgo asumido mediante el consentimiento. La únicas excepciones a la naturaleza dolosa o culposa que pueden asumir las lesiones al atender las normas del deporte son quizá el boxeo y el fútbol americano, en cuanto ambos deportes asumen de por sí inferir lesiones dolosas levísimas como objeto o parte esencial de los mismos y, en el primero, precisamente con el fin de dejar en inferioridad física al contendiente al menos por diez segundos. Sin embargo, el que se trasgreden las reglas del boxeo o del fútbol americano y se causen lesiones más graves e incluso la muerte, no significa necesariamente que aquellas se deban calificar como dolosas, porque bien puede suceder que de todas suertes el agente haya querido un daño menor al que resultó, configurándose así el error de tipo que normalmente —pero no de manera necesaria— será vencible y, por tanto, fundamentable en la culpa.

### — XIII —

#### **El consentimiento presunto**

Ya se puntualizó que el consentimiento "presunto" es distinto al "tácito". (Ver al respecto el número VIII-E del Capítulo Décimo.) La discrepancia obedece a que en el consentimiento "tácito" —a diferencia del presunto— sí hay manifestaciones del titular o legitimado en el sentido que da el consentimiento, o cierta conducta de uno u otro con relación al bien jurídico y a quien realiza la ingerencia que permiten asumir el consentimiento para la disposición del bien evitando así la lesión jurídica del mismo. En tanto que en el consentimiento "presunto" faltan dichas manifestaciones del titular y son las mismas condiciones que motivan la conducta de ingerencia sobre el bien jurídico que se afecta, las que permiten justificarla porque ellas, aunque ajenas a cualquier manifestación de voluntad del titular o del legitimado, permiten presumir que de haberlos consultado habrían dado su consentimiento. *Así en el consentimiento tácito no se sustituye la voluntad del titular del bien sino que dicho consentimiento se infiere de su propio comportamiento con relación al bien y al mismo disponente, por ende, es real la voluntad de consentir por parte del titular o de quien esté legitimado para ello excluyendo así el tipo por falta de lesión jurídica; mientras que en el consentimiento presunto falta esa voluntad real —expresa o tácita— y aquél sólo pretende sustituir la falta de esa voluntad real porque las circunstancias permiten asumir que de haber estado presentes —o tener la posibilidad— el titular o el legitimado habrían dado su consentimiento para la ingerencia.* Por ende, en el consentimiento presunto hay lesión, pero al ser la conducta del disponente conforme a Derecho, la misma no es por tanto antijurídica. Ello queda ahora más claro con la previsión del último párrafo del artículo 29-III del CPDF que dispone (de manera imperativa) la exclusión del delito por consentimiento y, además, que: *"Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan presumir fundadamente que, de haberse consultado al titular o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubieren otorgado el consentimiento"*. En el anterior orden de ideas, no cabe menos concluir que no se puede negar que hay lesión cuando se afecta el bien jurídico de otro que es disponible y falta el consentimiento expreso o tácito de su titular o del legitimado para darlo; como por igual no

se puede negar que la eximente de delito por consentimiento presunto —que no tácito— se erige como causa de justificación en tanto la conducta haya sido conforme a la norma. Así pues, son causas de atipicidad por falta de lesión: el consentimiento expreso y el tácito de los titulares o de los legitimados para que se afecte un bien del que pueden disponer. Mientras que el consentimiento presunto es causa de justificación por conformidad de la conducta con la norma, donde falta el consentimiento pero el mismo se presume dadas las circunstancias que motivan la ingerencia. Su asiento en el CPC como causa de inculpabilidad es discutible: podrá operar como tal en ciertos casos con una interpretación adecuada, como cuando existe error en quien realiza la ingerencia con base en un consentimiento realmente inexistente, o bien aquél erró respecto de las circunstancias que permitan presumir el consentimiento. Por lo demás, contra lo dicho sería una argumentación falsa aducir que la ley no distingue en realidad entre consentimiento presunto y tácito, porque precisamente la ley sí hace esa diferencia. Así, el artículo 15-III-c) del CPF habla primero del consentimiento expreso o tácito y sólo después, como un supuesto distinto regula el consentimiento presunto. Sin que contra ello valga sostener que como el artículo 15 del CPF incluye esas eximentes en la misma fracción, párrafo e inciso; por ello tuvieren que tratarse igual el consentimiento tácito y el presunto, bien sea como causas de atipicidad o bien como causas de justificación, porque es claro que esa postura se desentiende de la realidad diferente que se prevé en ambos supuestos, aún cuando las consecuencias jurídicas que aparejan una y otra postura no sean distintas fuera del ámbito penal. Por otra parte, el artículo 29-III-párrafo-último del CPDF prevé al consentimiento presunto en párrafo aparte del que regula al consentimiento expreso y al tácito. Respecto al artículo 51-III del CPC que prevé dicha causa como supuesto de conducta inculpable, es válida su interpretación restrictiva como un supuesto de error de prohibición específico, pues con relación a los eventos reales de consentimiento presunto, dado que en la conducta de ingerencia falta la ofensa al Derecho, basta con aplicar en sentido contrario el artículo 43 del mismo CPC que da los elementos de la conducta antijurídica, esto es, porque en virtud de ese consentimiento presunto se excluye la conducta como antinormativa. Y es que difícilmente se puede admitir que falta la lesión jurídica cuando se daña a un bien sin consentimiento de su titular, por la simple razón de que en los eventos de consentimiento presunto no es el titular del bien quien ejerce su libertad para la disposición del bien, como también falta por igual el consentimiento del legitimado para darlo en los casos en que así proceda. Pero aunque haya lesión, ésta no empece para que la conducta de ingerencia se justifique si la misma se ajusta a las condiciones antes dichas. Porque precisamente respecto de ese supuesto se dan condiciones análogas que las del ejercicio de un derecho, del cumplimiento de un deber —que en caso de suponerlo el tipo será causa de atipicidad— o más aún, del estado de necesidad. Como es el caso de la gestión oficiosa de negocios prevista por los códigos civiles (por ejemplo en los artículos 1896 a 1904 del CCF.) y que devenga desafortunada aunque el sujeto haya realizado la ingerencia ajustándose a los cauces que señala la ley; y, por ende, en circunstancias tales que permitan asumir que de haberse consultado al titular éste hubiese otorgado su consentimiento. O cuando el bombero irrumpa en una morada ajena para apagar un fuego sin que se encuentre el titular; o bien cuando el médico interviene de urgencia al accidentado inconsciente para evitar su posible agravación.

Aún así el consentimiento presunto se diferencia del estado de necesidad justificante por que en el primero la justificación no depende de una ponderación objetiva de los bienes o intereses en conflicto, sino que aquella

causa justificante parte de la voluntad hipotética del titular del bien jurídico. Se trata —dice Roxin— (...) de un juicio de probabilidad que expresa que el afectado, si hubiera poseído completo conocimiento de la situación de hecho, desde su punto de vista personal hubiere consentido en la acción.<sup>902</sup> Así, aunque tal ponderación se debe hacer con base en lo que normalmente podría consentir una persona, en ciertos casos será necesario, además, tomar en cuenta lo que la persona concreta legitimada para disponer del bien que se afecta hubiese admitido como ingerencia en la esfera del bien jurídico, es decir, si acaso el disponente ya tenía noticia de cuál era el interés de la misma para la ingerencia en particular. Así, podrá ser objetivamente válida la ingerencia por presumir el consentimiento del titular, cuando alguien se adentre a su morada con el fin de cerrar la llave del agua que empieza a desbordarse de su recipiente y amenaza con causar ciertos daños; más la ingerencia será ilícita cuando quien la realiza sabe del interés especial del titular de que precisamente quien se erige como disponente no debe por ningún motivo entrar al domicilio del titular del bien. Lo que también conlleva a que si se sabe del interés del titular de admitir una ingerencia que en la perspectiva impersonal no se antoja razonable, aunque él no haya manifestado ese interés de algún modo al ingerente, su intromisión ha de justificarse porque no habría ya razón para estimar injusta la conducta de quien precisamente actúa al amparo del presunto consentimiento del titular, sólo porque en la apreciación impersonal dicha acción no sirva al interés objetivo. Por lo demás, la ingerencia por consentimiento presunto nada más se justificará cuando no pueda ser habido el titular para obtener su consentimiento real. De tal guisa que será injusta la acción del médico que al intervenir quirúrgicamente a la persona inconsciente y al advertir otro problema de salud distinto al que motiva la operación, actúe por propia decisión operando aquella anomalía, si acaso puede esperar para informar del mismo a la persona y obtener su consentimiento real. Al igual que faltará la justificante cuando una conversación privada se grabe y luego se divulgue sin avisar al interlocutor (artículos 211-bis del CPF, 212-II del CPDF y 381-III del CPC), ya que en todo momento se puede preguntar a la persona si está de acuerdo con ese proceder. Sin que sea ocioso destacar que la mera relación de amistad o amorosa es insuficiente para inferir el consentimiento presunto cuando el amigo o compañero que viva con el titular disponga en beneficio propio de los bienes del otro que está ausente, si acaso éste en la situación particular no ha dado signos que harían suponer su consentimiento de haber estado presente. Como el ejemplo que da Roxin: (...) el amigo o la novia no pueden invocar el consentimiento presunto para salir de apuros financieros cogiendo dinero de la persona ausente. Para ello tendrán que añadirse otras circunstancias especiales, como podría ser el caso de una mujer que viva con su amigo y le lleve el presupuesto de la casa, debido a un gasto necesario pero imprevisto, no tenga suficiente con el dinero que le ha dejado el amigo antes de salir de viaje.<sup>903</sup>

Por otra parte, cuando se recibe a la persona inconsciente con motivo de un accidente o desfallecimiento de la misma —o incluso cuando se interviene al paciente inconsciente con su previo consentimiento y en esas condiciones de inconsciencia del pasivo se dé el hallazgo inesperado de otro mal— si hay datos de que con la demora necesariamente se dará un mal mayor incorregible en el paciente o se le colocará en mayor peligro de que lo padezca, se justifique que en el primer caso el médico actúe en cumplimiento de su deber, ya que de no

---

<sup>902</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte General*,... op. cit., p. 776.

<sup>903</sup> *Idem.*, op. cit., p. 777.

hacerlo se le podría imputar en comisión por omisión el daño irreparable que resulte y que pudo ser evitado; o bien, en el segundo caso, que se dé un estado de necesidad justificante. Ello es incluso válido cuando falten los puntos de apoyo suficientes para confirmar la realidad del pronóstico —y no haya el consentimiento del paciente ni tampoco existan datos que permitan inferir cuál sería su postura sobre el particular—, aún cuando después resulte que tal peligro era inexistente, dado que para justificar la conducta es bastante la valoración ex-ante de las circunstancias fácticas que motiven la acción, en cuanto aquellas sean de por sí razonablemente bastantes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. Misma que tratándose de la vida ya no depende siquiera del consentimiento real o presunto del titular, porque en nuestro Derecho el bien de la vida humana es indisponible a favor de otro. De aquí que devenga incorrecta la consideración que a veces se hace de que en esos casos el médico debe consultar con los familiares, porque en aquellos eventos la ingerencia se justifica por sí incluso cuando los mismos se resistan (por ejemplo, porque ellos y/o el paciente pertenecen a una religión que se opone a esas intervenciones); y ni siquiera cuando el mismo paciente así se lo hubiese manifestado al médico en alguna ocasión (cualquiera que hubiese sido su motivación.)

Por último, se dará un error de prohibición cuando haya una falsa representación del hecho que induzca a suponer el consentimiento en eventos donde ni siquiera objetivamente sea admisible considerar que lo darían el titular o en su caso el legitimado para ello. Error de prohibición que de ordinario será vencible, dado que para justificar la conducta es bastante la valoración ex-ante de las circunstancias fácticas que motiven la acción, en cuanto ellas sean de por sí razonablemente suficientes para dar pie a la intromisión lesiva de quien actúa al amparo de la justificante. Sin embargo, ello no excluye un diverso error invencible de tipo si en las condiciones en que actúa el ingerente hacen suponer que el titular dio su consentimiento y aquellas le impidan saber de la irrealdad del consentimiento, como sería el caso de cuando siendo innecesaria una intervención quirúrgica menor, como sería la circuncisión, con un fin avieso un pariente le presentase al médico un escrito donde simuló la firma y el consentimiento del titular como dado por él antes de que cayera en inconsciencia, pues el médico está obligado a la diligencia debida con relación a respetar la autonomía y los derechos de personalidad del paciente si acaso su intervención no es urgente, pero no está obligado a verificar la autenticidad de la firma del paciente que supuestamente consintió, cuando quien presenta el documento es un familiar del que cabía esperar confianza, cariño y/o respeto para con el afectado. En tal evento no se podría sostener el criterio ex-ante para justificar un consentimiento presunto y, además, el consentimiento era realmente inexistente para excluir al tipo por ese motivo, más sí lo excluye por falta de dolo respecto al daño del bien disponible cuando se actúa bajo el error invencible inducido de que tal consentimiento existe. Evento en el que de todas suertes el pariente que indujo al error habrá actuado como autor mediato realizando el injusto culpablemente al emplear como instrumento o dominar de aquel modo la voluntad del sujeto de adelante.

#### — XIV —

### **El exceso en la conducta justificante**



El exceso no elimina la antijuridicidad del hecho mas es evidente que sí la atenúa y en ciertos casos llímite cabe considerar la exculpación como después se verá. Además, los artículos 16 del CPF y 47 del CPC amplían los supuestos del exceso a todos los casos de permisión y no sólo a la legítima defensa. Así:

Como causas que disminuyen la intensidad de la antijuridicidad del hecho se comprenden no sólo el exceso en la conducta defensiva, sino también el exceso en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber, en el ejercicio de un derecho, en la práctica de deportes y en la obediencia jerárquica justificante.

Mientras que el artículo 29 in fine del CPDF considera el exceso en aquellas eximentes pero no incluye al cumplimiento del deber. Asimismo, el CPF y el CPDF omiten señalar cuándo hay exceso, mientras que el artículo 47 del CPC preceptúa que existe exceso: (...) *cuando el autor hace más de lo racionalmente necesario*. La fórmula del artículo 47 del CPC es más apropiada que la difundida idea de la desproporción entre el daño y el medio para sustentar el exceso. Pues éste último criterio origina múltiples confusiones prácticas y jurídicas e igualmente es contradictorio con la regulación de la legítima defensa –en correlación con la previsión de la calificativa de ventaja– en los artículos 316-párrafo-último y 317 del CPF y 138-I-párrafo-último del CPDF: Porque la ventaja no se tomará en consideración si el que la tiene obra en legítima defensa en los casos de superioridad física al ofendido, o por las armas que emplee o la mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de defensores, ni cuando se valga de un medio que debilite la agresión. Lo cual también es aplicable en cuanto al CPDF con relación al delito de violencia intrafamiliar, porque su tipo penal involucra conductas lesivas a la salud personal de los integrantes de la familia. Mientras que la prescripción del artículo 47 del CPC atiende mejor al común denominador de ir más allá de lo “racionalmente necesario” cuyo límite se emplea o implica en todas las excluyentes. Asimismo, todo exceso supone que se den los presupuestos que den pie a la conducta que motivaría la excluyente de que se trate, de tal modo que haya motivo que legitimaría la conducta de quien luego se excede. Pues en la medida en que falte el motivo que dé pie a la excluyente o cuando desde un primer momento la acción sea innecesaria o irracional, ya no se está ante un exceso, sino ante una conducta injusta no atenuada, debido a la falta misma de los presupuestos que pueden dar pie a la excluyente y luego al exceso de la conducta, misma que originalmente tuvo arranque lícito, el cual a la vez se vuelve el motivo para la atenuación.

En tal orden de ideas, el exceso apareja que el sujeto va más allá de lo necesario con su propia conducta que sí tuvo un arranque lícito, lo cual se da cuando con una conducta de esta naturaleza ya había logrado evitar la lesión o se había cumplido el objeto de la excluyente que corresponda y, sin embargo, quien ejerció la conducta lesiva la prolonga en un marco en el que tal lesividad ya es innecesaria o racionalmente innecesaria, precisamente por haberse cumplido el objeto de la eximente.

También cabe aclarar que carece de sentido hablar de exceso si quien se excede no actuase típica y antijurídicamente. Porque el exceso con base justificante es sólo una modalidad atenuante que se conecta con el tipo penal del delito que se comete bajo esa modalidad. De este modo, si alguien con exceso daña un bien jurídico de manera típica, se integra el tipo penal del delito que corresponda. El sujeto lo hace con dolo y su acción típica es antijurídica y puede ser culpable. Más lo que da pie la atenuación penal es la menor intensidad del injusto de la conducta típica en atención a la base justificante con la que ella se inició. Es decir, en virtud de que el motivo de la acción típica fue una causa en la cual la ley permitía la lesión de los bienes jurídicos a quién actuó con exceso en relación a ellos. De aquí entonces que resulta un contrasentido que se sostenga

que por haberse actuado con dolo al privar de la vida a otro, sea una circunstancia que excluya la posibilidad de que se configure el exceso en la conducta defensiva. Y que por tal motivo se configura el delito de homicidio simple doloso. Pues se pasa por alto que el homicidio con exceso en la conducta defensiva es un delito de homicidio doloso atenuado. Por ello, para ser un delito, es necesario que se haya actuado típica, antijurídica y culpablemente. Por ende, si el dolo excluyese la configuración del exceso en la conducta defensiva, se incurriría en el absurdo de que los delitos en que exista exceso en la conducta defensiva sólo podrían ser culposos. Cuando la razón de la atenuación no es porque la conducta sea culposa. Sino en virtud de la modalidad concurrente que consiste en la base justificante de la cual partió el sujeto. El inicio de la causa de permisión incompleta disminuye la intensidad de la antijuridicidad de la conducta, pero deja intocado al dolo con el que el sujeto actúa típicamente. Finalmente, el exceso caracterizado por hacer más de lo racionalmente necesario no es un caso especial de error, aunque también es posible que el mismo exista y —conforme a la postura aquí sostenida— si aquél es vencible debe analizarse a la luz del error de prohibición.

El exceso se caracteriza, pues, porque concurre alguno de los presupuestos que motivan una causa de permisión y al amparo de la misma la conducta tiene un arranque lícito, pero en la cual el agente utiliza medios más allá de los necesarios y que objetivamente devienen irracionales. Bien sea porque ya se había cumplido el objeto de la excluyente y, por ende, ya hubiere cesado el motivo que dio pie a la justificación. De este modo, para que haya exceso es necesario que primero se cumplan en el caso concreto los presupuestos positivos de la causal de justificación de que se trate y la conducta de quien se excede haya tenido un arranque lícito. Lo que sucede es que el sujeto una vez cumplido el objeto de la excluyente o habiendo cesado los motivos que dieron pie a su actuar, hace más de lo que es necesario. Rebasa los límites que la excluyente impone para seguir justificando su conducta. Lo cual se debe decidir en cada caso concreto y según las condiciones que conforman a cada causal de permisión.

