

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO



EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

POR

LIC. MARIA DE LOURDES PEÑA PESINA

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRIA EN CIENCIAS PENALES**

CD. UNIVERSITARIA

OCTUBRE DEL 2003

TM

K 1

FDYC

2003

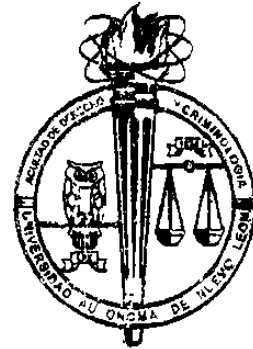
.P 4

EL EXCESO EN LA LEGTIMA DEFENSA



1020149240

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



EL EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA

POP

LIC. MARIA DE LOURDES PEÑA PESINA

CD. UNIVERSITARIA

OCTUBRE DEL 2003

988 693

TM
K1
FD4C
2003
P4



ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	001
 PRIMERA PARTE	
Las excluyentes de responsabilidad.....	004
1. Concepto.....	004
2. Naturaleza.....	005
2.1. Causas de inimputabilidad.....	009
2.2. Causas de justificación.....	022
2.3. Causas absolutorias.....	042
 SEGUNDA PARTE	
La legítima defensa como excluyente de responsabilidad	
1. Antecedentes históricos.....	047
2. Concepto.....	053
3. Naturaleza jurídica.....	058
Necesidad y Defensa.....	062
3.1. Agresión.....	069
3.2. Actualidad de la agresión.....	075
3.3. Agresión violenta.....	086
3.4. Agresión ilegítima.....	087
3.5. Peligro inminente.....	095
3.6. Extensión de los bienes defendibles.....	099

3.7. Ilegitimidad de la defensa.....	103
4. Presunciones en la legítima defensa.....	105
TERCERA PARTE	
Problemática de la legítima defensa	
1. En relación con la riña.....	110
2. Legítima defensa recíproca.....	113
3. Legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa.....	114
4. En relación con la imputación	
4.1. El inimputable.....	117
4.2. Contra el inimputable.....	120
4.3. Contra los animales.....	122
5. La legítima defensa putativa.....	122
6. Legítima defensa del honor.....	123
7. Problemática de la ofendícula y las defensas mecánicas predispuestas..	124
CUARTA PARTE	
El exceso en la legítima defensa	
1. Concepto.....	128
2. Elementos	
2.1. Racionalidad del medio empleado.....	131
2.2. Reparabilidad del daño.....	132
3. Naturaleza.....	133
4. Derecho Comparado	
Código Penal Alemán.....	136

Código Penal Español.....	137
CONCLUSIONES	
Primera. La necesidad de su regulación.....	140
Segunda. Propuesta para la solución a la hipótesis planteada.....	142
BIBLIOGRAFÍA.....	145

INTRODUCCION

Del análisis y estudio preliminar respecto al exceso en la legítima defensa, se considera que deben establecerse con precisión sus causas, y por lo tanto determinar qué tipo de reformas ha de hacerse a la ley, dado que el artículo 20 del Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León, no precisa en que casos o circunstancias se puede probar que existe un exceso de la legítima defensa, pues solamente se limita a establecer la penalidad que corresponde aplicar en este caso, es decir sólo menciona un parámetro en la aplicación de la ley como atenuante de la pena; por lo tanto, ante la notoria y relevante falta de precisión resulta necesario proponer una proyecto de reforma a este artículo, siendo éste el objetivo primordial de esta investigación.

Es trascendente proveer a la autoridad judicial, de los criterios y herramientas legales que le permitan al juzgador, haciendo uso de la facultad de elección y determinación que le concede la ley, a través de su arbitrio judicial, para que en forma acorde y congruente con el hecho delictuoso, aplique ese cuántum de la pena, que debe ser discrecional y razonable.

En la evolución del derecho penal, particularmente en la institución jurídica de la legítima defensa, el estudio de las causas deberá ser el primer aspecto a abordar, para determinar entre otros temas relevantes el de las excluyentes de responsabilidad, tanto desde el punto de vista de la doctrina, como en las

resoluciones de los órganos jurisdiccionales; así como el estudio de aquéllas en el derecho comparado, y en el marco jurídico mexicano, la jurisprudencia y el correspondiente análisis del artículo 20 del Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León.

El objetivo de este estudio, es proponer la forma más precisa de regulación legal, de las causas que pueden considerarse como un exceso en la legítima defensa; partiendo de la omisión que existe en nuestra legislación local, sobre las circunstancias que se deben aceptar en los casos de presumible exceso.

Si bien es cierto, en la aplicación de la ley se considera el arbitrio judicial, éste deberá estar estrictamente apegado a lo señalado por la ley.

Ahora bien, la utilidad que pretende este estudio, es la de encontrar la forma de apoyar al juzgador que se enfrenta con ciertas circunstancias en los hechos, que al estar presentes en la legítima defensa, podrían constituir un exceso.

Se considera que si en la actualidad existiera precisión en el Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León, respecto a las causas que pueden considerarse un exceso en la legítima defensa, como atenuante de la pena, permitiría que la acción de la autoridad jurisdiccional fuera más segura en la aplicación de las normas; por el contrario, las imprecisiones normativas provocan

que la impartición de la justicia resulte vaga y oscura, dado que no se determinan los límites necesarios para considerar con certeza jurídica el posible exceso en la legítima defensa; o mejor dicho, cuando existe una desproporcionalidad entre la conducta del sujeto que se defiende y el resultado de su acción, cuando éste llega más allá del bien defendible.

Por lo complicado que es determinar qué se debe entender por exceso en la legítima defensa, es conveniente estudiar, primeramente la Institución de legítima defensa para establecer el contenido de la misma; y concluir cuándo se presenta un caso de exceso; no debe pasar desapercibido que hablar de legítima defensa es referirse a una excluyente de responsabilidad penal; por consiguiente, se habla de la libertad del sujeto activo; mientras que el exceso, constituye un atenuante a la pena que corresponda por el delito señalado, y únicamente como tal la prevé la legislación local, sin precisar en que casos o circunstancias se tendrá por demostrado un exceso; lo que lleva a un desequilibrio en la impartición de la justicia.

Un ejemplo de lo anterior resultaría analizar el artículo 306 del Código Penal vigente en el Estado de Nuevo León, que prevé las circunstancias que consideran calificadas las lesiones y el homicidio para agravar la pena; en otro sentido, el 20 del mismo ordenamiento legal, regula únicamente una atenuante de la pena en el exceso de la legítima defensa, sin precisar qué circunstancias lo consideran un exceso y de esta manera resulta ser omiso en ese sentido.

PRIMERA PARTE

Breve análisis sobre las excluyentes de responsabilidad

El delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible.¹ Ahora bien, a cada uno de estos elementos corresponde un aspecto negativo, por ejemplo, puede ser que con una conducta humana, que en condiciones normales, cometa una infracción penal que constituye delito, pero, que por circunstancias personales del agente o extrañas a él, la culpabilidad desaparezca y la responsabilidad deje de existir, cuando se trate de circunstancias exteriores al sujeto activo, entonces se está en presencia de una causa de justificación, o bien, cuando dichas causas son del propio sujeto, surgen al campo del derecho las causas de inimputabilidad. Pero también puede suceder que existiendo el delito, la ley señale que en tales supuestos operen en favor del autor de la acción criminal una excusa absolutoria y como consecuencia ésta quedaría impune.

1. Concepto. Por lo que se refiere a la designación común de las excluyentes de responsabilidad, cabe señalar, que en la actualidad son consideradas causas de justificación, como las menciona el Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León en su artículo 17.

¹ Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Pág. 165.

Es conveniente emplear el término de incriminación, en lugar de responsabilidad, en cuanto que, éste tiene como presupuesto la imputabilidad y ambas hacen posible la culpabilidad, quedando por consiguiente, fuera las excusas absolutorias, en cambio, la incriminación mira tanto la imputabilidad de la acción, de justificación y las excusas absolutorias.

2. Naturaleza. Se han dado diversos fundamentos para encontrar la naturaleza jurídica de las eximentes de incriminación.

En principio, se puede admitir que las eximentes en general son excepciones hechas por el legislador a las reglas de la responsabilidad o de la incriminación, pero faltaría preguntar, porqué se hacen tales excepciones o cuál es su fundamento, entonces se tendría que reconocer que todas las excluyentes de responsabilidad lo son porque en sustancia excluyen uno de los elementos del delito, el cual por efecto de tales circunstancias o causas ya no existe.

La escuela clásica fundamenta su teoría, atendiendo a la valuación de la acción, es decir, en las diversas causas que llegan a influir sobre la inteligencia y la voluntad del autor, o sea, que viene a constituir excepciones a la regla general de culpabilidad por hechos definidos por la ley como delitos, se dice, aún cuando el hombre se encuentre facultado para determinarse libremente, con libertad de elección nunca suprimida como potencia absoluta del alma (libre albedrío), tal libertad puede quedar disminuida o bien suprimida en el acto de su determinación por causas externas o internas que actúan sobre él al ejecutar su acción,

entonces, la inteligencia puede encontrarse disminuida o eliminada por causas físicas o morales, originando con ello la exclusión o sólo a la atenuación.

Se ha criticado a esta escuela, en virtud, de que en su seno reinaba una viva contradicción, lo que denotaba la falta de un carácter unitario. Cabe agregar además, que el concepto objetivo de la escuela clásica es totalmente unilateral, y tuvo que ser completado con el estudio del delincuente a fin de llegar a un diagnóstico más exacto.

Por su parte la escuela positivista, cuyo vértice gira en torno del delincuente, a contrario de la clásica, cuyo punto cardinal es el delito, sostuvo su teoría en los elementos que regulan y excluyen la peligrosidad del autor, pudiendo ser diversa, según cada sujeto, en consideración a su desarrollo mental y estado psicológico, no importando el daño objetivo que se causare.

Según esta corriente el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad. Todo individuo que ejecuta un hecho penado por la ley, cualquiera que sea su condición psicofísica, es responsable y debe ser objeto de una reacción social correspondiente a su peligrosidad. Esta escuela no tuvo el defecto de la anterior, sino por el contrario poseyó un criterio uniforme.

De lo anterior, es de observarse que mientras los partidarios de la escuela clásica toman como punto de partida el delito, hecho objetivo, ente jurídico, y no el delincuente, hecho subjetivo, ente humano, en cambio, la escuela positiva,

tienen como fuente de su estudio, el delincuente como un ente biológica y psíquicamente un anormal. Sobre esto el maestro Carrancá y Trujillo, escribe:

“... Las escuelas penales mantienen por ello mismo fundamentales coincidencias, mientras que la fundamental disidencia no radica en sus desideratas sino más bien en la técnica, en el método”. .. y es que la diferencial oposición entre las escuelas radica en el método, ya que mientras en la clásica fundamentalmente deductivo, lógico, matemático, en las modernas es inductivo, positivo y de observación analítica de los hechos individuales y sociales.”²

Dado a la pugna existente entre las escuelas clásica y positiva, nace una tercera escuela cuyos creadores fueron Alimena y Carnevale, se le ha denominado a esta corriente la escuela ecléctica o llamada también “positivismo crítico”. Emmanuele Carnevale escribe: *“una terza scuola di diritto penale in Italia”* (1891) basa la responsabilidad en la salud, pero para el inimputable es necesario tomar medidas de seguridad. Considera el delito desde el punto de vista jurídico, pero tomando en cuenta desde luego sus aspectos sociológico y antropológico.

Prescinde de libre albedrío, pero acepta la responsabilidad moral,³ busca coordinar los aciertos de positivistas y clásicos. Funda la imputabilidad sobre la dirigibilidad; basta que la acción sea querida por el sujeto. La naturaleza de la

² Carrancá y Trujillo. Las causas que excluyen la incriminación. Derecho Mexicano y Extranjero. Págs. 30 y 31

³ Alimena, Bernardino. Note Filosofiche di un criminalista. Ob. Cit. Rodríguez Manzanera, Luis. Criminología. Editorial Porrúa. Pág. 245

pena debe ser la coacción psicológica acompañada del sentimiento de reprobación moral causada por el delito.

Los principios fundamentales de esta escuela son: 1. La imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre. 2. La naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica y la pena tiene por fin la defensa social.

Los eclécticos, aceptan de la escuela clásica el principio de responsabilidad moral y la distinción entre los imputables e inimputables, pero se separan de ella al no aceptar el delito como el acto de un ser dotado de libertad.

De la escuela positiva admiten la negación del libre albedrío, la concepción del delito como un fenómeno individual y social y la orientación hacia el estudio científico del delincuente y rechaza la naturaleza morbosa del delito, el criterio de la responsabilidad legal, así como la absorción del derecho penal en la sociología criminal.

Como crítica enderezada en contra de ésta corriente se argumentó que la misma carecía de matices propios para formar una escuela.

Se ha de dividir, cualquiera que sea la posición de las escuelas, su influencia en la naturaleza jurídica de las causas de incriminación, los siguientes grupos: causas de inimputabilidad, causas de justificación y causa de impunidad, llamadas también excusas absolutorias.

2.1. Causas de inimputabilidad. El delito es un hecho culpable. No basta que sea un hecho antijurídico y típico, también debe ser culpable.

Una acción es culpable cuando a causa de la relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de éste, y además serle reprochada. Así pues, hay en la culpabilidad además de una relación de causalidad entre el agente y acción, un juicio de reprobación de la conducta de aquél por su comportamiento contrario a la ley. Cuello Calón define la culpabilidad como "un juicio de reprobación por la ejecución de un hecho contrario a lo mandado por la ley".⁴

Para que un sujeto sea culpable, es preciso que antes de todo sea imputable. De lo que deviene, y así se ha considerado doctrinalmente, que la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad, a contrario de la opinión de algunos autores que separan la imputabilidad de la culpabilidad, estimándolas como elementos autónomos del delito.

Ignacio Villalobos escribe acertadamente sobre el respecto "Si la imputabilidad es una calidad del sujeto, que le hace capaz de dirigir sus actos dentro del orden jurídico, y para ello capacidad de entender y de querer normalmente, es palmario que la excluyente de imputabilidad será la que

⁴ Cuello Calón. Elementos de Derecho Penal. Parte General. Novena Edición. Página 358

suprima, en el sujeto, la conciencia jurídica o la capacidad de conocer y discernir la naturaleza de sus actos en todo aquello que los hace ilícitos. ..”⁵

Es de concluirse que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, y asimismo la definimos: como la capacidad de querer y entender del individuo necesaria para realizar sus actos dentro de un orden establecido, o bien, como la aptitud para ser sujeto a la relación jurídica penal.

La imputabilidad, como se dijo, se refiere a un modo de ser del agente, a un estado espiritual del mismo, y encuentra su fundamento en la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales exigidas por la ley para responder de los hechos cometidos.

La responsabilidad implica que el individuo imputable, a causa de la ejecución de un hecho ilícito debe responder por él, así, la responsabilidad es el deber jurídico que sucumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas.

El Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León regula en su artículo 22, las causas que excluyen la incriminación, y puede considerarse legalmente inimputable, quien en el momento de la acción u omisión, por causa de psicosis o retraso mental probado o por ser sordomudo carezca de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa

⁵ Villalobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Segunda Edición, Página 400

comprensión, así como quien carezca de la capacidad de comprender la conducta que se le atribuye por padecer un estado de psicosis o retraso mental incurable durante el procedimiento. En caso de sordomudez, la autoridad ordenará el examen de peritos para que opinen sobre su capacidad. En los casos anteriores podrá ordenarse su internamiento, por todo el tiempo necesario para su curación, educación o instrucción sin que exceda el término máximo de la sanción por el delito cometido.

Se considera inimputable al acusado que, en el momento de la acción u omisión, se halle en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental o involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes, estupefacientes, o por un estado tox infeccioso agudo o un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

Si la perturbación de la conciencia hubiere sido provocada por el agente para facilitar la realización del delito o procurarse una excusa, la sanción se agravará hasta un tercio más de la que el juez hubiere impuesto de no mediar estos factores.

También se considera inimputable al acusado que, en el momento de la conducta obre impulsado por miedo grave que nulifique su capacidad de entender y de querer tanto en la acción como en el resultado.

Se equipara al estado de necesidad, la situación en que, tratando de escapar de circunstancias que producen miedo grave, se afecta al bien jurídico de un tercero.

Si el procesado padeciere un estado de psicosis o retraso mental durante el procedimiento, se estará a lo dispuesto en el título décimo del Código de Procedimientos Penales.

El Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León, en el artículo 22, señala el estado de inconsciencia, como causa legal de inimputabilidad, siempre y cuando se encuentre determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes o por un estado toxifeccioso agudo o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio.

"Los estados de inconsciencia pueden ser fisiológicos o patológicos. Comprenden los primeros el sueño, el sonambulismo y el hipnotismo, los segundos las enfermedades mentales, los trastornos mentales, la embriaguez, ciertos efectos tóxicos y enervantes, las tox infecciones, los estados crepusculares y los desmayos. La incriminación en todas estas causas se justifica por cuanto, al faltar en el sujeto la conciencia de sus actos, no es causa psíquica del resultado".⁶

⁶ Carrancá y Trujillo. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Octava Edición. Página 265

La situación de "inconsciencia" que la ley requiere para la inimputabilidad es muy difícil que se produzca en el agente, por lo que el legislador al imponer este estado, crea una difícil situación para el juzgador que muchos de los casos deba suplir la insuficiencia de la ley, dado que para que opere esta causa que se estudia, por estados de inconsciencia transitoria, precisa de todos y cada uno de los elementos consagrados en el dispositivo penal.

Los estados de inconsciencia por su naturaleza, pueden ser: transitorios y permanentes.

Según el precepto penal que se comenta, sólo excluyen de responsabilidad penal los estados de inconsciencia consignados en el mismo. De lo que se desprende que el legislador únicamente se refirió a los trastornos mentales transitorios no incluyendo los de carácter permanente, que sin embargo si constituyan verdaderas causas de inimputabilidad, puesto que los actos de un inimputable, aún cuando sean típicamente antijurídicos, no constituyen delito por faltar el elemento subjetivo de culpabilidad.

Los artículos 86, 88, 89, 90 y 91 del ordenamiento legal citado determinan el tratamiento y las medidas de seguridad que se deben aplicar a todos aquellos sujetos que sufren perturbaciones psíquicas de esta índole.

El estado de imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución voluntaria del hecho. Si la situación de inimputabilidad es posterior al hecho, sus

consecuencias son meramente procesales. Pero hay ocasiones en que la imputabilidad del sujeto se haya anulada por completo, en esta hipótesis, la imputación del hecho realizado durante el tiempo de inimputabilidad se retrae al estado anterior y conforme sea el contenido subjetivo de ese acto, se imputará a título de dolo o culpa.

"Estos casos constituyen las llamadas *actione liberal in causa*, acciones libres en su causa, pero determinadas en cuanto a su efecto. En tales casos hay inimputabilidad, porque entre el acto voluntario y su resultado existe relación de causalidad"⁷

De la observación anterior, es de afirmarse en relación a los estados de inconsciencia de carácter transitorio, que pueden desprenderse tres diversas situaciones a saber: inconsciencia por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes.

Al exigir la ley que el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes ha de ser "accidental e involuntaria", esto quiere decir que el sujeto no se procure voluntariamente el empleo de dichas sustancias, que ni tampoco, se haya hecho costumbre de un hábito, sino por el contrario el uso de tales sustancias sea algo eventual, involuntario o ajeno.

⁷ Cuello Calón. Derecho Penal Parte General. Novena Edición. Páginas 367 y 368

Cuando por el empleo de una sustancia tóxica, se produce una intoxicación que provoca un estado de inconsciencia patológica, las acciones que en tal estado se producen, no son propiamente del sujeto, sino que puede decirse que le son ajenas. La inimputabilidad es obvia. Si la intoxicación ha sido provocada por el sujeto mismo, voluntaria y deliberadamente, para que se produzca un determinado resultado, se estará en el caso de una acción libre en su causa, aunque determinada en sus efectos, y si no fue deliberada, sino imprudente o culposa, se estaría en la posibilidad de la imputación culposa.

En cuanto a la embriaguez, como causa generadora del estado de inconsciencia, sólo se estará en presencia de la inimputabilidad cuando sea plena y accidental e involuntaria, en todos los demás casos subsiste la culpabilidad en el sujeto.

Los criminalistas para establecer la responsabilidad del ebrio examinan los diversos períodos o grados de intensidad de la embriaguez.

De acuerdo con el origen de la embriaguez, puede ser: fortuita o accidental, voluntaria o culposa, intencional o premeditada y por último habitual.

En consecuencia, encontrándose el sujeto en un estado de inconsciencia por las circunstancias anteriores, diremos que se encuentra protegido por la excluyente de incriminación a que nos hacemos referencia, siendo obvio que la ebriedad sea plena.

La voluntaria aún siendo total, no excluye la imputabilidad, colocándose el sujeto como imprudente, porque en ésta, se manifiesta el propósito de embriagarse, de lo cual resulta, que el delito cometido en ese estado es punible, puesto que la imputabilidad se transporta al momento en que la embriaguez se originó, ya que el individuo debió prever que el beber en exceso, podría situarlo en un estado peligroso para los demás.

En este tipo de embriaguez, la legislación penal mexicana acoge los principios de la escuela positivista, al estimarse, que la embriaguez voluntaria y no accidental del delincuente, no es circunstancia atenuante para la individualización de la pena, en virtud de la peligrosidad que da la ebriedad para la seguridad de la sociedad.

La ebriedad llamada intencional o premeditada, es la que se adquiere deliberadamente con el ánimo de delinquir, buscando en la bebida impulso para ejecutarlo.

Por último, se tiene la habitual, que ha sido considerada como una enfermedad y está sujeta a tratamiento en establecimientos destinados para ese fin, pero que sin embargo, son plenamente responsables, según el grado de peligrosidad que revela el sujeto.

La extraordinaria difusión que han adquirido el uso entre la población de las drogas tóxicas o estupefacientes, ha despertado interés no solamente en lo

criminalista, sino también en otros campos de las ciencias sociales, dado el desarrollo de perturbaciones que padece el organismo humano por el empleo de estas sustancias.

En la inconciencia producida por un estado toxifeccioso agudo,⁸ se puede mencionar a las enfermedades físicas, tales como, fiebre tifoidea, fiebres intermitentes, tifo, la rabia, que no sólo presentan durante su curso perturbaciones pasajeras de la vida mental, sino que pueden dejar secuelas psicóticas que influyen sobre la responsabilidad. Este tipo de enfermedades originan en el sujeto que las padece un estado de inconciencia, quedando a cargo de los especialistas la determinación de la gravedad del estado de toxifección, para que así, el juzgador resuelva lo conducente, tomando en cuenta los dictámenes médico-legales que al efecto se rindan.

En el estado de trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio, la legislación penal, determina que, debe ser de carácter patológico y transitorio, contrario a los casos de enajenación mental permanente, para el cual se prevé un tratamiento diverso.

Por trastorno mental, debe entenderse⁹ toda perturbación pasajera de las facultades psíquicas, innatas o adquiridas, cualquiera que sea su origen. En este estado morbosos de la mente debe quedar el sujeto incapacitado para decidir

⁸ Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León. Artículo 23

⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. México, D.F. Pág. 308

voluntariamente la acción criminosa, de suerte que ésta pueda ser considerada como ajena y no propia de él.

El trastorno mental a que se refiere esta excluyente ha de ser de carácter transitorio, esto es, que se caracteriza por la brevedad de su duración a diferencia de las enfermedades mentales, que se caracterizan por su permanencia, aquellas se refieren a estados no estabilizados y duraderos que por tiempo, a veces muy breves, producen situaciones en el sujeto similares a las enajenaciones en que se alteran profundamente la conciencia y la voluntad.

En cuanto al origen del trastorno mental según el código penal, es necesario que la perturbación de las facultades mentales provenga de causa u origen patológico, y que, por tanto, los estados de pérdida de la conciencia originados por causas psicológicas, como los ímpetus y arrebatos de la pasión, carecen de toda relevancia jurídica para fundamentarle. Opinión que igualmente ha sido aceptada por la mayoría de tratadistas del derecho penal, al estimar además que el sujeto no obra en estado de inconsciencia de sus actos, si se deja llevar por la ira, ya que esta pasión legalmente, no puede ser determinante de dicho estado.

Hay diversas causas en el código penal del Estado de Nuevo León, que sin estar previstas como excluyentes, constituyen verdaderas causas de incriminación, siendo una de estas hipótesis la que se contrae en el artículo 96 que incluye a los trastornos mentales permanentes, contrario a los transitorios,

que se mencionan en este punto, y cuyos efectos en el sujeto, son los mismos que producen los transitorios en la conciencia y voluntad de los individuos.

En cuanto al miedo o temor calificados, el legislador se refiere¹⁰, a dos estados distintos: el miedo grave y el temor fundado e irresistible de un mal inminente¹¹ y grave en la persona del contraventor. El miedo grave obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales, el miedo va de adentro hacia fuera, contrario al temor, que va de afuera hacia adentro. En esencia, el miedo es un fenómeno interno, sin motivación externa, que crea en el sujeto un estado anormal como consecuencia de la supresión de las fuerzas inhibitorias del consciente, dando libre curso al instinto, por lo que se actúa irreflexivamente. Por lo que hace al temor, para que exista igual estado anormal se requiere, una motivación externa de la conducta que la ley condensa en la existencia real de un mal inminente grave en la persona del contraventor.

En la antigüedad, se consideraban unidos al concepto de miedo o temor, la legítima defensa, la obediencia legítima, pero a merced de la evolución científica, va perdiendo su amplitud inicial, a medida que de ellos, se van segregando las demás hipótesis que hoy doctrinalmente son completamente autónomas.

¹⁰ Código Penal Vigente en el Estado de Nuevo León. Artículo 17 fracción III

¹¹ Mezger, Edmundo. Derecho Penal. Parte General. Cárdenas Editor y Distribuidor. Pág. 325

Sordomudez. Forma parte de las causas de inimputabilidad que el código penal no regula en las excluyentes de responsabilidad. Pero en su artículo 22, queda previsto y parcialmente resuelto, en el párrafo segundo, que: "En caso de sordomudez, la autoridad ordenará el examen de peritos para que opinen sobre su capacidad".

"Este precepto, que resulta con demasiada extensión al no hacer distinciones entre sordomudos que lo son de nacimiento o que contrajeron su mal dentro de la primera infancia, y los que perdieron sus facultades auditivas y fonéticas después de su formación y quizá cuando habían alcanzado grados privilegiados en la cultura, es, en cambio, demasiado estrecho al suponer que en todo enfermo de esta naturaleza es causa única de su delincuencia la falta de formación cultural, de suerte que la medida uniforme a tomar sea la reclusión en es cuelas o establecimientos especiales, por todo el tiempo que fuere necesario para "su educación o instrucción" términos éstos últimos que, dicho sea de paso, desgraciadamente se ha dado en tomar como equivalentes".¹²

Debido a la carencia de vivencias tanto con sus semejantes como en el mundo circundante, el sordomudo es un ser cuya evolución va quedando incompleta. Ha quedado comprobado que la sola falta del oído y de la palabra, por ser falta de comunicación con los demás hombres deja al sujeto aislado y sobre todo desprovisto de instrucción, del medio más eficaz para su conciencia moral, de su conciencia jurídica que le haga responsable de sus actos.

¹² Villalobos, idem. Página 407

Los menores de edad como sujetos inimputables de responsabilidad penal. Para el derecho penal la edad tiene incuestionable importancia y mucho más, en la actualidad se caracteriza por la delincuencia precoz y el aumento de los índices de la criminalidad adolescente.

La escuela clásica, señaló cuatro períodos infancia (irresponsabilidad absoluta), adolescencia (responsabilidad condicional), mayor de edad (responsabilidad penal) y vejez (irresponsabilidad modificable en su resultado).

En la escuela positiva, el número de años no responde a la realidad humana, debiéndose subordinar al criterio básico de la personalidad del delincuente menor, la edad es un simple dato de hecho que debe ser conjugado con la gravedad del delito y con la diversa personalidad del delincuente, no como un criterio de responsabilidad, sino como valuación de la mayor o menor peligrosidad y reeducabilidad.

La legislación penal vigente en el Estado de Nuevo León, en su artículo 12 determina que: "Los menores de dieciocho años, se regirán por la ley aplicable a ellos".

Indudablemente el dispositivo penal antes aludido, trata a los delincuentes, sin que ello implique responsabilidad penal, dado que, el código penal sólo es aplicable a las personas que son plenamente responsables.

Por lo que se refiere a las medidas que les son aplicables a los menores, por no ser considerados como delincuentes, han de ser medidas educativas y correctivas, es decir tutelares.

Bernardo de Quiroz, en su obra de derecho penal argentino, dice: "En el derecho penal moderno, la situación ha cambiado profundamente desde la generalización del sistema de los tribunales o juzgados para menores, inspirados en los principios de una jurisdicción especial tutelar y no punitiva, en el sentido ordinario de la justicia por los adultos".¹³

2.2 Causas de Justificación. La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma penal que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser antijurídica.

La antijuricidad presupone un juicio valorativo acerca de la oposición de la acción humana y la norma legal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valorización de carácter subjetivo, por lo cual la antijuricidad tiene carácter objetivo, se refiere al hecho y no al sujeto, atañe a la realización externa.

Para Luis Jiménez de Azúa, las causas de justificación pueden definirse como aquéllas causas que excluyen la antijuricidad de una conducta que pueden subsumirse en un tipo legal, eso es, aquéllos actos u omisiones que revisten

¹³ Bernardo de Quiroz, C. Derecho Penal. Parte General. Pág. 90

aspectos del delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos de contrarios al derecho, que es el elemento más importante del crimen.¹⁴

Las causas de justificación constituyen el aspecto negativo de la antijuricidad y su aparición excluye la antijuricidad, más no así el hecho o conducta y la tipicidad; de ésta manera, quien priva de la vida a otro, ajusta su conducta al tipo descrito en el código penal, pero tal conducta podrá ser antijurídica si quien privó de la vida obró en legítima defensa, en estado de necesidad o en presencia de cualquier otra justificante.

En segundo lugar, se debe destacar que las llamadas causas de justificación vienen a resultar conductas lícitas y por ende, no pueden ser antijurídicas, o sea contrarias a derecho, sino por el contrario ajustado a derecho y carentes de sanción.

El carácter antijurídico es el elemento más importante del delito. Sin embargo, éste elemento no llega a configurarse si se presenta alguna causa de justificación, a pesar de que podamos hablar de conducta y ésta sea a su vez típica, no va a resultar antijurídica.

¹⁴ Jiménez de Azúa, Luis. La Ley y el delito, Página 284

Para el destacado jurista Franz Von Liszt... "La acción es contraria al Derecho, desde un punto de vista formal en cuanto constituye una transgresión a la norma dictada por el estado, contrariando al mandato o la prohibición del ordenamiento jurídico, desde un punto de vista material la acción es antijurídica cuando resulta contraria a la sociedad (antisocial)".¹⁵

Ahora bien, para determinar si un hecho es penalmente antijurídico habrá que acudir como criterio decisivo a la hipótesis legal. Si el hecho ilícito encuadra dentro de algunos de los tipos de las figuras delictivas descritas en el código penal, entonces existen posibilidades de que sean penalmente antijurídicos. Por tanto, la adecuación del hecho al tipo legal, es el modo de exteriorización o manifestación de la antijuricidad, la tipicidad es el indicio más importante de la antijuricidad.

Un hecho no será considerado como antijurídico, si primeramente no se haya definido por la ley como delito, correspondiendo a este principio, con la axioma "*Nullum Crimen sine Lege*".

Pero en la realización del hecho tipificado por la ley, pueden concurrir causas que excluyen la antijuricidad (causas de justificación). En las causas de justificación, hay imputabilidad, el agente es causa pero su acto lo justifica la ley. Un hombre ha matado a otro, pero si lo mató defendiendo su vida

¹⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General. Segunda Edición. Editorial Porrúa. Pág. 273

injustificadamente atacada, esta situación de defensa de su vida excluye la antijuricidad de la acción homicida y como consecuencia el delito.

Dos principios que rigen la determinación de la ausencia de antijuricidad, enunciables como ausencia de interés jurídico el primero, e interés preponderantemente el segundo. Tomados como elementos básicos para el juicio correspondiente, son los que el juzgador debe valorar para su conclusión en orden a la antijuricidad y decir que cuando aparece uno de ellos en un caso particular que es motivo de enjuiciamiento, la conducta típica de que se trate será conforme a derecho.

Las causas específicas de justificación se han pretendido clasificar, una de ellas se puede extraer de los principios que rigen el aspecto negativo del delito. Las causas de justificación, por ausencia de interés jurídico (como el consentimiento del ofendido); o bien, por preponderancia de interés jurídico (legítima defensa o estado de necesidad).

En el código penal del Estado de Nuevo León, las causas de justificación están reguladas en el Artículo 17, confundidas con las restantes eximentes de responsabilidad criminal.

En estas hipótesis, la antijuricidad está ausente, porque aunque puede violarse una norma de cultura, al mismo tiempo se protege otra de más valor.

Se aceptan generalmente como causas de justificación a la legítima defensa, sea propia o de un tercero; el estado de necesidad; obrar en cumplimiento de un deber; al actuar en el ejercicio legítimo de un derecho, o con el consentimiento del ofendido en algunos casos.

De la existencia de una causa de justificación podemos derivar algunos de los siguientes principios:

- a) Siendo lícita no cabe en un mismo acto obrar en contra de derecho;
- b) Cualquier participe en un acto justificado ejecutado por el autor, también se encontrara justificado;
- c) A quien obró con una causa de justificación no le es aplicable ninguna medida de seguridad, o cualquier tipo de sanción, pues dicha conducta no es punible, puesto que su obrar fue lícito;
- d) La existencia de una causa de justificación, al excluir la antijuridicidad de la conducta, hace innecesario el estudio de la culpabilidad del sujeto, pues este estudio sólo podría llevarse a cabo si la conducta fuese antijurídica, presuponiendo la imputabilidad.

Algunos autores agrupan a las llamadas causas de justificación en aquéllas que se refieren al ejercicio de un derecho, o aquéllas relativas al cumplimiento de un deber.

Dentro de las causas de justificación por ejercicio de un derecho, se encuentra a la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio

de un derecho en sentido estricto. En las causas de justificación amparados por cumplimiento de un deber se ubican la obediencia jerárquica y el cumplimiento de un deber en sentido estricto.

El estado de necesidad. Al igual que la legítima defensa, es conocido legislativamente y aceptado desde tiempos remotos, reconociéndose dicha eximente desde el Código de Manú hasta nuestros días, pasando por el derecho romano, hasta demás grandes sistemas jurídicos. Es también aceptado por todas las legislaciones del mundo, salvo con algunas variantes no esenciales, poniéndose de manifiesto que responde a exigencias derivadas de la naturaleza de las cosas.

Es una situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otros jurídicamente protegidos. Se caracteriza porque en él se pone en conflicto dos bienes igualmente respetables y uno de ellos por cierta circunstancia, es sacrificado con el fin de que el otro se salve.

Un estado de necesidad es el fundamento de la legítima defensa que coloca al hombre en una dura alternativa; o permanece inerte al ataque de otro, procura salvar su interés y su derecho mediante un acto que la ley penal reputa como delito. Si se tiene presente el instinto de la propia conservación y si una necesidad nos obliga a proceder de modo contrario a las prescripciones de la ley, el acto ejecutado no merece castigo, porque el hombre tiene el deber moral y

jurídico de conservarse, la obligación de conseguir sus fines, teniendo a la felicidad, a la verdad y a la justicia.

Este aspecto negativo de la antijuricidad se caracteriza, por la existencia de un conflicto entre bienes tutelados por el derecho, de tal manera que no existe otra solución, más que el sacrificio del bien menor, para salvar el de mayor jerarquía. Ambos jurídicamente tutelados por el derecho, presencia de la imposibilidad de que ambos subsistan.

Los elementos del estado de necesidad son:

1) La existencia de un peligro y que éste peligro coloque en riesgo bienes jurídicos;

2) El peligro debe ser real, por lo que los peligros imaginarios no pueden dar lugar al estado de necesidad como causa de justificación. El peligro puede provenir de la naturaleza, o de animales, o bien de una persona y el peligro debe apreciarlo, sopesarlo quien se encuentre en la situación de riesgo y no ser valorado una vez ocurrido ya el suceso;

3) Que el peligro real sea actual o inminente, es decir que ocurra en el momento o en uno inmediatamente anterior a la destrucción del bien sacrificado;

4) Que el peligro real, actual o inminente no haya sido provocado dolosamente por el agente, lo que significa que si el agente es el causante del peligro, no podrá justificar la destrucción o daño que lleve a cabo de un bien, aún cuando fuere necesario para salvaguardar otro de mas valía (por ejemplo: un

sujeto provoca intencionalmente un incendio y queda atrapado en dicho incendio y se ve obligado a destruir puertas y ventanas para ponerse a salvo);

5) Que el bien jurídico que se sacrifique debe ser de menor valor. Se discute la dificultad de establecer gradaciones en cuanto a los bienes jurídicos, pero creemos por ejemplo que frente a bienes patrimoniales, los bienes relativos a la vida e integridad corporal son de superior jerarquía (no es aceptable que por salvar de un siniestro una valiosa pieza arqueológica se sacrifique una vida humana);

6) Que el sacrificio del bien jurídico sea el único medio factible, pues si era evitable ese sacrificio, la destrucción del bien no queda amparada en el supuesto del estado de necesidad como causa de justificación (por ejemplo: si el sujeto podía fácilmente salir de un local incendiado y opta por destruir puertas sin necesidad de ello);

7) Que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontar el peligro, es decir si se trata de un policía bombero, médico, enfermero, etcétera, que tenga la obligación de correr riesgos no se puede permitir que evada el peligro y con ello se sacrifiquen un bien jurídico (por ejemplo: un policía que por no correr riesgo no acuda a salvar la vida o la integridad física de una persona).

Casos específicos del estado de necesidad:

1) El aborto terapéutico.- Aquí se trata de dos bienes en conflicto ambos tutelados jurídicamente la vida de la madre y la vida del ser en formación, se sacrifica el bien menor para salvar el bien de mayor valía.

2) El robo de famélico.- Dice el Código Penal Federal en su artículo 379 que no se castigará al que sin emplear engaños ni medios violentos, se apodere una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

Interpretando el pensamiento de Carrancá se considera que debido a la imposibilidad momentánea de que se ejercite la defensa pública, surge la cesación del derecho de pensar que compete a la autoridad social, en cuyo caso la humanidad se defiende de los malvados ejercitando la defensa privada, pues la mayoría de los autores tienen como subsidiaria a la defensa privada.

En la teoría ecléctica de la colisión de intereses menciona que entre dos intereses que están en colisión y en conflicto, de tal manera que uno no pueda ser conservado sin la destrucción del otro, ese estado sacrificará al menos importante.

Carrancá hizo una crítica a esta teoría, tomando en consideración que la inalienabilidad lleva a consecuencias absolutas e inaceptables, pues si el autor de la violación de un derecho, pierde por ello, el respeto del derecho que ha sido violado, será preciso que el ladrón pierda en respeto al derecho a su propiedad y pueda ser impunemente robado por su víctima, cosa que nadie ha sostenido.

El ejercicio de la legítima defensa representa una función eminentemente social, en cuyo cumplimiento tiene intereses no definidos, no se sabe si la

sociedad tiene un interés mayor al del individuo en sus derechos, es un derecho, tanto en el sentido, porque, como se ha visto es una norma que representa una condición necesaria para la existencia de la sociedad humana, y es un derecho en el sentido subjetivo, porque otro nombre no se sabría dar a la facultad que tiene toda persona de obrar conforme al interés social y al propio.

Se considera que el fundamento de la legítima defensa es intrínseco en el hombre, debido a que éste al recibir una agresión tiende la mayoría de las veces a repeler ésta agresión, siendo esta repulsa prácticamente un acto reflejo.

Luego entonces, esta situación fue quedando plasmada en la normatividad de nuestros antepasados y ha evolucionado hasta nuestros tiempos dando como consecuencia la estipulación de elementos específicos que deban estar concatenados en esta repulsa necesariamente para ser considerada como una excluyente de responsabilidad.

A pesar de que el estado de necesidad se presenta en situaciones inusitables, y desde luego con menor frecuencia que la legítima defensa, han surgido un sinnúmero de teorías, que tratan de encontrar la razón de la justificación de la conducta de quien actúa en tales circunstancias.

En verdad no existe uniformidad de la doctrina para clasificar la naturaleza de esta eximente, así para los antiguos juristas trataron de encontrarla en el derecho natural. Otros consideran el estado de necesidad como una causa de

justificación, y por tanto, consideran los actos ejecutados en tal situación como lícitos y jurídicos. Un gran número de tratadistas niegan la licitud del acto necesario y atribuyen al estado de necesidad, no como una causa de justificación, sino como una causa de exclusión de la culpabilidad, o bien de inimputabilidad.

La escuela jus-naturalista, considera que la necesidad no reconoce leyes, la necesidad reduce la cuestión al mero derecho natural, originariamente, todos los bienes eran comunes a los hombres, y el acaparamiento de los bienes por los individuos, no tenía más límite que el derecho natural, todo individuo tiene derecho de tomar de los demás lo que necesite para su subsistencia.

Los clásicos consideran el estado de necesidad como una excluyente de inimputabilidad, pues para éstos la coacción psicológica, el miedo, es lo que justifica la acción del agente que salvaguarda sus bienes en peligro.

Los modernos juristas alemanes han acudido al principio de la valuación de los bienes jurídicos, como razón de la exclusión de la antijuricidad en el estado de necesidad, precisando el ámbito de éste, como causa justificante, cuando el bien jurídico lesionado es de menor valor al salvado, es decir, estamos ante una causa de licitud con base en el principio del interés preponderante; pero cuando el bien sacrificado es de igual valor, estamos ante una causa de inculpabilidad, pues no obstante que la conducta con lesión a un bien de igual

entidad es antijurídica, no le es reprochable, y por último, cuando el bien sacrificado es de más valor que el salvado, dicha conducta es delictiva.

Se ha criticado a esta teoría en cuanto a que no atiende al problema, pues como se ve, el estado de necesidad puede funcionar como una causa de licitud o de inculpabilidad. Además que no distingue los actos necesarios o causa de las consecuencias mismas.

La mayor parte de los tratadistas suelen adoptar la definición de Von Liszt: el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otros jurídicamente protegidos.

De lo anterior se deduce que, quien sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho y, no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad, en la que el conflicto fáctico le impone una necesidad de elección; de ahí que, a diferencia de la legítima defensa, en que solo tiene valor correctivo para los extremos en que excede la racionalidad, la ponderación de los males (el que se evita y el que se causa) tiene una importancia capital.

El mal que se quiere evitar puede provenir tanto de una fuerza de la naturaleza como de una acción humana; verbigracia, actúa en estado de necesidad justificante quien arranca un madero de una cerca para repeler la

agresión de que es objeto, como el que comete un delito contra la propiedad coaccionado por otro que le amenaza con matar a su mujer, como el que viola un domicilio para escapar de un secuestro.

Requisitos del estado de necesidad:

Elemento subjetivo. El tipo permisivo de estado de necesidad justificante requiere el conocimiento de la situación de necesidad con la finalidad de evitar el mayor. Al igual que las restantes causas de justificación, el elemento subjetivo puede estar acompañado de otras intenciones o de otros estados anímicos, sin que ello sea relevante, siempre y cuando exista la finalidad de evitar el mal mayor. Tampoco interesa aquí que el mal mayor se haya evitado efectivamente, bastando con que la conducta típica se muestre ex-ante (desde el punto de vista del necesitado en el momento de actuar) como adecuada para evitarlo.

Por "mal" debe entenderse la afectación de un bien jurídico, que puede ser del que realiza la conducta típica como de un tercero, o muchos del mismo que sufre el mal menor.

El mal puede provenir de cualquier fuente, es decir humana o natural, entre las que cuentan las propias necesidades fisiológicas, como la sed o el hambre. El hambre da lugar a un caso particular que se conoce como "hurto famélico".

El mal debe ser inminente, respecto de lo cual, cabe repetir, lo que se ha dicho de la legítima defensa: inminente es el mal que puede producirse en cualquier momento, sin que lo sea únicamente el que se habrá de producir dentro de un segundo.

El mal amenazado debe ser inevitable de otro modo menos lesivo, lo que no está exigido expresamente por la ley, pero se deriva de la naturaleza de una situación de necesidad, porque, de ser evitable de otro modo menos lesivo, el mal causado no sería necesario.

El mal causado debe ser menor que el que se quiere evitar, el mal menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada a cada uno de ellos.

La ajenidad del autor a la amenaza del mal mayor, implica que el mismo no se haya introducido por una conducta del autor en forma que, al menos, hiciera previsible la posibilidad de producción del peligro. Cuando esto haya sucedido, el autor se hallará excluido del tipo permisivo y actuará antijurídicamente, sin perjuicio de que pueda hallarse eventualmente en un estado de necesidad inculpante, en cuyo caso, al igual que en la provocación suficiente en la legítima defensa, no habrá otra solución que imputarle el resultado a título culposo.

El agente no debe estar obligado a soportar el riesgo. El agente no puede ampararse en el estado de necesidad justificante cuando se haya garantizando la conservación del bien jurídico que afecta. La jurisprudencia ha entendido correctamente que quien se haya obligado a sufrir un daño no es “extraño” al mal amenazado.

Cabe aclarar que, no cualquier obligación jurídica puede dar lugar a la exclusión del tipo permisivo de estado de necesidad, sino sólo la que le hace perder al sujeto su condición de “ajeno” al mal que le amenaza, lo que configura una particular relación jurídica que debe emerger de su posición garantizadora del bien jurídico que lesiona.

Naturalmente que la posición garantizadora del bien jurídico amenazado les excluye del tipo permisivo, sólo en la medida en que les obliga a la garantía del mismo: “la tripulación de un barco actúa lícitamente si arroja la carga al agua para salvar sus vidas o el barco; el bombero no debe renunciar a su vida para salvar los muebles”.

El fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando el menor en una situación no provocada de conflicto externo.

Diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa. En un sentido amplio pueden decir algunos autores, que la legítima defensa no es más que una especie de estado de necesidad, un estado de necesidad privilegiado.

En el estado de necesidad existe una colisión entre el interés legítimo y en la legítima defensa, una controversia entre un interés legítimo y otro ilegítimo.

En la legítima defensa uno repele la agresión y el otro lo arremete ilegítimamente, por tanto existe una repulsa por parte del agredido, mientras que en el estado de necesidad los dos son intereses ilegítimos.

En el estado de necesidad son sujetos inocentes que luchan por salvar el bien puesto en peligro, mientras que en la legítima defensa la persona agredida injustamente se considera inocente.

En la legítima defensa siempre actúa contra un sujeto, mientras que en el estado de necesidad se puede obrar también sobre un objeto o un animal.

En la legítima defensa existe un ánimo defensivo, mientras que en el estado de necesidad encontramos un ánimo de conservación de algo.

La legítima defensa siempre se invoca como causa de licitud también o causa de inculpabilidad, por no exigibilidad de otra conducta.

En la legítima defensa, en determinados casos es admisible la fuga y en el estado de necesidad por el contrario es obligada la huida cuando el peligro es inevitable.

Analogía entre el estado de necesidad y la legítima defensa. La base del estado de necesidad y la legítima defensa está en un interés preponderante.

Si en el estado de necesidad los bienes en conflicto son desiguales, pereciendo el menor, se está ante una causa de licitud al igual que en la legítima defensa.

Tanto en la legítima defensa como en el estado de necesidad (como causa de licitud) no procede la reparación del daño.

Sin embargo, a pesar de que una y otro tengan caracteres comunes, hay entre estas dos causas que excluyen la responsabilidad, diferencias que Carrara atisbó genialmente cuando dijo que la primera era una reacción y la segunda una acción. Con fórmula de idéntico significado dice Moriaud que la legítima defensa es un contra-ataque, y el estado de necesidad un simple ataque.

Para aclarar más las ideas, en la legítima defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor (matar, robar, violar, etc.) y el bien jurídicamente protegido del atacado (vida, honor, libertad, propiedad, etc.); en el estado de necesidad *stricto sensu* el conflicto se produce entre dos intereses legítimos,

procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por las leyes; en el robo que comete el hambriento se hallan en colisión el derecho a la vida del que roba, y el derecho de propiedad del despojado.

En cuanto a los sujetos, pueden darse las siguientes hipótesis por lo que se refiere al cumplimiento de deberes; tales serían los actos ejecutados en el cumplimiento de su deber por las autoridades o de agentes de la misma, ejemplo: las resoluciones que derivan del ejercicio de las funciones jurisdiccionales, un juez dictará muchas resoluciones injustas, no realiza una conducta antijurídica, es lícita, en virtud de estar autorizado legalmente y cuyo ejercicio se verifica en cumplimiento de un deber. El agente de la autoridad, al proceder a una detención cumplimentando la orden de aprehensión decretada por el Juez, no priva ilegalmente de su libertad al acusado; el actuario al secuestrar un bien cuyo embargo ha sido decretado legalmente, para entregarlo al depositario judicial aún en contra de la voluntad de su dueño tampoco realiza una conducta antijurídica. Los anteriores casos se tratan de conductas lícitas, por estar autorizados en forma especial (deberes especiales) su ejercicio en el cumplimiento de un deber. También existen actos ejecutados en cumplimiento de un deber legal que pesa sobre todos los individuos, es decir, es un deber general que obliga a todos y cada uno de los ciudadanos, tal caso sería la aprehensión de un delincuente *infraganti*.

El ejercicio de un derecho puede ser legítimo o no legítimo, y esto último no tiene cabida en la excluyente, de lo que se explica que las vías de hecho se

encuentren prescritas en nuestro derecho, el titular de un derecho no está facultado para hacerse justicia por su propia mano; dentro del régimen constitucional el ejercicio no legítimo de un derecho se encuentra prohibido por el Artículo 17 Constitucional.

La doctrina señala como justificadas por el ejercicio de un derecho, el homicidio y las lesiones causadas en los deportes. Al respecto se hace una distinción entre los deportes que se realizan sin violencia sobre las personas y por ello existen remotísimas posibilidades de causación de daño, los que implican violencia cierta o inmediata o puramente eventual.

Para encontrar la verdadera causa de justificación, González de la Vega hace una distinción entre los deportes que no exigen contacto directo de los contendientes (la natación, equitación, etc.) y en los que no pueden causarse, por ende, lesiones en su desarrollo, justificables por la misma actividad deportiva; deportes que exigen contacto físico, pero cuyo objetivo no es causar daños corporales a los contendientes (fútbol, basquetbol). Y deportes cuyo objeto consisten precisamente en causar daño físico al oponente para alcanzar la victoria (box y lucha).

En los deportes del primer grupo, que se practican sin entablar contienda con la parte contraria, las lesiones o muerte que resulten son de ordinario o puramente accidentales, originados comúnmente por la propia imprudencia del ofendido o de la víctima.

Un segundo grupo lo integran los deportes que requieren acciones físicas entre los contendientes y originan choques violentos, lo cual crea posibilidades de causación de daños sin ser su objetivo. Es de pensarse que la causa de justificación en este tipo de deportes no se encuentra necesariamente en el ejercicio de un derecho, sino en la producción accidental de los hechos acontecidos con motivo del ejercicio de un acto lícito.

Por último, el tercer grupo de deportes como el pugilato, los contendientes se causan daños físicos consciente y voluntariamente, pero dentro de la observancia estricta del reglamento, tales daños no constituyen delito porque los agentes están autorizados legalmente para causarlos, pudiendo en consecuencia, afirmarse que actúan en ejercicio de un derecho, ya que existen reglamentos que autorizan la práctica de estos deportes y las autoridades administrativas se encargan de velar por el cumplimiento de este reglamento.

De lo que resulta que las lesiones que se infieran con violación al reglamento, como las peleas que se generan entre jugadores de fútbol, si constituyen delitos, pudiéndose ejercitar la acción penal entre los responsables.

Por otra parte, se encuentran las lesiones o muerte que se producen con motivo de intervenciones quirúrgicas y en general, de actos constitutivos del ejercicio de una profesión u oficio. Ha habido diversos criterios encaminados a encontrar la causa justificante, algunos piensan encontrarla en el consentimiento del paciente o de su familia, argumento que no es de tomarse en cuenta por ser

el derecho de interés público, y por lo mismo el consentimiento es irrelevante. Otros invocan el fin perseguido, pero cuya procedencia no es aceptada, independientemente de que no siempre el fin justifica los medios, además de que tiene el inconveniente de funcionar como causa supralegal de justificación, que tampoco se acepta.

Por último se invoca el fundamento de estado de necesidad que destruye la antijuricidad de los actos por el reconocimiento que el Estado hace de las diferentes actividades, así la licitud de la intervención curativa y estética o por la justificación desprendida de obrar en estado de necesidad para evitar un mal mayor, opinión ésta que se considera acertada por la preponderancia de intereses, que con el ejercicio se persigue un fin legítimo.

2.3 Causas absolutorias. Para que una acción constituya delito, además de los requisitos de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad, debe reunir el de su punibilidad. En efecto la punibilidad no es más que el merecimiento de una pena en función de la realización de una determinada conducta, esto es, que un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a una pena.

La punibilidad viene a constituir un elemento esencial del delito. Un concepto sustancial del delito sólo puede obtenerse, dogmáticamente, del total ordenamiento jurídico y de éste se desprende que por tal debe entenderse la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Entonces, se da a la punibilidad un tratamiento de carácter fundamental o elemento integral del delito.

Cuello Calón, dice: "El delito es acción punible. La punibilidad es uno de sus caracteres más destacables. .." "... por tanto realmente la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena constituye un elemento del tipo delictivo".¹⁶

Por su parte, Ignacio Villalobos afirma " ... rechazamos el criterio que incluye entre los elementos constitutivos del delito la punibilidad, pues si la existencia de algunos delitos se compagina legalmente con la impunidad, es claro que la pena no es esencial, ni mucho menos factor en la criminalidad, sino un medio solamente de intentar la represión".¹⁷

De acuerdo con la legislación penal vigente en el Estado de Nuevo León, la punibilidad no constituye un elemento esencial del delito, hay diversos actos considerados como delitos, pero que sin embargo, pueden ser o no punibles, ya que por circunstancias ajenas o exteriores del delito, no es aplicable al infractor pena alguna. O bien, atendiendo a las excusas absolutorias puede darse el caso que al infractor no se le conmine con la pena determinada en la figura delictiva, pero sí a quienes intervienen en alguna forma en la realización del acto, y esto es así, necesariamente, porque cooperan en el delito. En consecuencia la punibilidad no es elemento del delito, sino una simple consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable.

¹⁶ Cuello Calón, E. Ob. Cit. Página 522

¹⁷ Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. Página 413

Al respecto, en el código penal del Estado de Nuevo León, existen figuras delictivas que en función de las excusas absolutorias, no es posible la aplicación de la pena, es decir, hay ausencia de punibilidad.

Las excusas absolutorias, vienen a constituir el aspecto negativo de la punibilidad. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena. En realidad las excusas absolutorias no eximen de responsabilidad criminal, sino que eximen de pena.

En cuanto a la naturaleza de este tipo de causas, ha habido unidad en la doctrina, al considerar que por motivos de "utilidad social" y como medio de evitar el mayor aumento de la peligrosidad del inculpado, que por determinadas circunstancias infringe un precepto penal, es preferible el perdón judicial, antes, que la mayor perturbación social acarrearía la imposición de sanción alguna.

Las excusas absolutorias, se diferencian de las causas de justificación en que el acto ejecutado es antijurídico, ilícito, y de las causas de inimputabilidad en que el agente es imputable, y sin embargo, no obstante ser el hecho culpable antijurídico, no se castiga.

Un caso que cabe en esta especie, es el que se determina por el artículo 407 que dice: "En los casos de los delitos en relación con el patrimonio, se perseguirán a instancia de parte ofendida cuando sean cometidos por ascendientes contra descendientes, o por éstos contra aquéllos, los de un

cónyuge contra otro, los del suegro o suegra contra su yerno o nuera, o por éstos contra aquéllos; por el padrastro o madrastra contra su hijastro o hijastra o viceversa, o entre hermanos, así como entre concubina o concubinario, entre adoptante o adoptado, o de quien tenga posesión de estado de hijo”.

Esta excusa atiende a la *“utilitatis causa”*, consistente en los vínculos familiares, los cuales deben conservarse inalterables, también se encuentra en una cierta propiedad familiar.

Cabe agregar, que ante este tipo de excusas se está frente a los delitos privados o de querrela necesaria para el ejercicio de la acción penal, en cuanto a que el perdón o el consentimiento del ofendido es causal de extinción de la acción penal.

El motivo del perdón de la pena en esta figura delictiva de carácter patrimonial, radica, en el arrepentimiento espontáneo del infractor, tomando en consideración además, la devolución de lo robado, pago de los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito.

Tampoco será sancionado el aborto cuando el producto sea consecuencia de una violación.

Excusas en razón de su inexigibilidad. El artículo 413 del código penal del Estado de Nuevo León, declara: “No se impondrá sanción al que oculte al

acusado de un delito, o los efectos, objetos, o instrumentos del mismo, o impida que se averigüe cuando lo hiciere por un interés lícito y no empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de:

- a) Los ascendientes o ascendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el acusado por respeto, gratitud, estrecha amistad o afecto íntimo”.

Como se ve, esta excusa obedece a un sano concepto de la relación que debe existir entre los hombres que se hayan ligados por vínculos de sangre o amor; de lo que se infiere, que la ley no puede desconocer los principios morales que son imprescindibles para subsistir, ya que de lo contrario pondrían en peligro los sistemas que son base de toda sociedad política.

Son causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública, es decir, que son motivos de impunidad como también las llama Vidal, *utilitates causa*.

Pero a diferencia de lo que ocurre con las formas atípicas, y la ausencia de condiciones subjetivas, cuyo aspecto negativo no se fija en los códigos, las excusas absolutorias aparecen claramente admitidas junto al delito que legalmente se perdona.

SEGUNDA PARTE

La legítima defensa como excluyente de responsabilidad

1. Antecedentes históricos. La institución de la legítima defensa, es una de las más antiguas del derecho penal, la más aceptada. En todas partes y en todos los tiempos, se ha admitido el derecho que tiene el hombre de defenderse de la agresión injusta. Es el reconocimiento del instinto en su aspecto de conservación individual; la importancia indiscutible de este instinto de la legítima defensa como excluyente de la responsabilidad, así como la formación de una conciencia de su necesidad en la vida de toda sociedad, conlleva a decir como la humanidad misma.

En el derecho romano fue considerada como una justificación fundada en la razón; y se remota a los que se inspiraban en el precepto expreso de las doce tablas.

Por otra parte, el derecho canónico sostuvo también la facultad de dictar y dar muerte al agresor injusto, siempre que el ataque fuese injusto y la reacción incontinente, que la defensa sea proporcionada a la gravedad de la agresión sin exceder los límites de la necesidad, es decir se fundó la justa defensa "*necessitas inevitabilis*", que fue reproducida de la doctrina romana, consagrándose con ello mayor extensión de la defensa prevista, reconocida en las legislaciones posteriores.

Más tarde, el derecho de la defensa del hombre fue reconocido en las siete partidas, el fuero juzgo, la nueva y novísima recopilaciones y demás producciones jurídicas españolas.

Entre los griegos no era lícito repeler una agresión para defender la vida y la propiedad, como se estableció al determinar que el autor de un robo cometido en la noche se le podía dar muerte, herirle y de ser posible, conducirlo ante las autoridades, en este último caso la defensa debía ser inmediata, en tal forma que el ofendido no tuviera tiempo de reflexionar.

En la Antigua Grecia la legítima defensa se encontraba comprendida entre las causas de justificación de hechos que de otro modo hubieran sido delictuosos. No se castigaba en lo más mínimo al que por defenderse rechazaba la fuerza, ya que según la ley debe autorizar las represalias contra cualquiera que nos trate como enemigos.

En uno u otro caso, la violencia ejercida en el agresor había de ser proporcional al daño o al peligro sufrido por el ofendido, en ausencia de éste supuesto, la figura jurídica de la legítima defensa no podía integrarse.

El derecho germánico se muestra enormemente atrasado en comparación del derecho canónico al tratar de la legítima defensa. El derecho germánico primitivo parece no haber liberado del deber. El derecho germánico posterior, le puso límites y restricciones, como el probar haber recibido alguna lesión en

cualquier parte del cuerpo, el que le agregase o haber retrocedido cierto número de pasos antes de responsabilizar la agresión injusta que se le hizo. El derecho canónico mencionaba que todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza por la fuerza.

En el derecho romano, se encuentran antecedentes de la legítima defensa en la ley de las doce tablas, aunque no llegó a edificar una teoría sistemática real sobre ella, en este derecho, existen unos principios de enorme trascendencia. También se definió como "*ley innata*", no escrita que recibimos de la propia naturaleza (*non escripta, sed nata lex, que ex natura y psa arripuimus*).

Este pensamiento fue compartido igualmente por Ulpiano y Gallo con relación a las condiciones en que se podía dar, los juristas romanos destacan la injusticia del ataque de que se tenía que repeler, su inminencia, la existencia de riesgos y el carácter necesario de la reacción defensiva, por no poder salvarse de otro modo. Tuvieron plena conciencia de la naturaleza excluyente de la antijuricidad (y no de la culpabilidad o de la pena meramente) que concurre en la legítima defensa, pues declararon que ella eximía la responsabilidad civil prescrita por la ley.

En el derecho español el fuero juzgo absolvió de pena a quien hiriese o matase a otro en defensa propia.

El código de las siete partidas, también la legisló, refiriéndola en primer lugar a supuestos concretos, como la defensa de la vida contra el injusto ataque inminente, la muerte dada al forzador de la propia mujer, de la hija o de la hermana y a la adúltera o a la hija deshonestas.

En la época precortesiana no se ha encontrado dentro de las leyes existentes la figura de la legítima defensa, ya que el derecho en las culturas prehispánicas se caracterizó por ser muy cruel y sanguinario.

En la época colonial se rigió supletoriamente por el derecho español aplicado en nuestro país, en lo que corresponde al derecho penal, éste se encontraba dentro de las “partidas”, y es aquí en donde se contempla la figura de la legítima defensa.

En la época independiente, se siguió rigiendo por la ley de las siete partidas y la novísima recopilación.

Cabe hacer referencia que el primer ordenamiento legal en México, fue el código penal de Veracruz del año de 1835, el cual tomó como referencia el código penal español de 1822, destacando en la legítima defensa, una defensa más amplia.

En la legislación mexicana, el código penal de Veracruz de 1835 inspirado en el español de 1822, dispuso que: “No estará sujeto a pena alguna el homicidio

que se cometa en los siguientes casos: 1.- En el de la necesidad de ejercer la defensa legítima y natural de la propia vida o de la de otra persona, contra una agresión injusta, en el acto de la agresión injusta, cuando no hay otro medio de repelerla. 2.- En el de repeler alguna agresión sobre bienes propios o ajenos, resultando la muerte de la defensa necesaria para la conservación de aquellos. 3.- En el de defender la libertad propia de los padres, hijos, de la mujer o hermanos, o la persona de una mujer a cuyo honor se atente con fuerza o violencia, no presentándose en el acto otro medio de evitar el atentado. 4..., 5...” (Art. 558). “En caso de haber algún exceso en la defensa permitida de las personas o propiedades, se castigará este al albedrío del juez con pena que no exceda de seis años de trabajos forzados”. (Art. 559). “La defensa inculpable de las personas comienza y acaba en los puntos donde empieza y acaba el peligro grave a que pueda reducir a uno la agresión del contrario” (Art. 560). “Los ladrones u otros delincuentes a quienes se persiga o trate de contener en su fuga o se haga resistencia en la ejecución de su delito, no serán nunca comprendidos en la excepción de defensa propia con respecto al homicidio que cometan.” (Art. 561).

En las legislaciones posteriores se consagró también la defensa legítima en una forma que se desarrolló en un sistema más amplio, que permitió abrazar el perdón judicial en los casos de exceso leves en el ejercicio del derecho de defensa, en la privación del terror en el acusado teniendo a la vista los datos circunstanciales y personales en juego.

149240

El código penal de 1929 sin más modificaciones que las de estilo, propuestas por la comisión de 1912, reprodujo la fórmula legislativa de 1871, cuyos antecedentes los encontramos en los códigos españoles.

Por lo que respecta al código penal de 1931, el legislador adoptó la fórmula tradicional contenida en el de 1929 y en precepto especial admitió la sanción en todos aquellos casos de exceso, considerándose como delincuentes por imprudencia (Art. 13 del código penal en el Estado de Nuevo León).

Otras de las innovaciones formuladas en el código penal de 1931, son ciertos casos de presunción de la legítima defensa, nuevos en nuestra legislación penal, y que se refiere a los que: “durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitados o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor”, “el que causare cualquier daño a un extraño a quien encontrare: dentro de su hogar, en la casa donde se encuentre su familia, aunque no sea su hogar habitual; en un hogar ajeno que aquel tenga obligación legal de defender; en el local donde aquel tenga sus bienes o donde se encuentren bienes ajenos que tenga obligación legal de defender, siempre que esto suceda de noche y el intruso ejercite violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallan”.

Con estos antecedentes históricos se hará breve referencia a un estudio de la legítima defensa a que se contrae el artículo 17 de nuestro código penal

Estatat. Cabe aclarar, que aún cuando los antecedentes legislativos tuvieron trascendencia en la elaboración de diversos códigos que han tenido su vigencia en el Distrito y territorios Federales, son de tomarse en cuenta en nuestra legislación local, por la enorme influencia que ejercieron sobre sus redactores, aunque verdaderamente no existe una notoria diferencia entre los textos de sus respectivos artículos plasmados en los códigos penales vigentes.

El instituto de la legítima defensa ha pasado de la parte especial, a las disposiciones generales que suelen constituir el libro primero de los códigos. El francés y el belga, la tratan como institución adicional del homicidio, y así figura en aquellos códigos de América que, como el de Haití o el de la República Dominicana, se sirvieron como modelo del código de Francia. También el boliviano legisla esta causa justificativa al definir los homicidios. Esta fórmula tan vieja no fue seguida por el código prusiano de 1850, que habría de convertirse veinte años más tarde en código de imperio, a pesar de que, en su origen, es anterior al de Bélgica.

2. Concepto de la legítima defensa. La legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla.

“La legítima defensa es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor”.¹⁸

“La legítima defensa es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”.¹⁹

“Como en contra-ataque o repulsa necesaria y proporcional a una agresión injusta, actual o inminente que pone en peligro bienes propios o ajenos, aún cuando haya sido provocada insuficientemente.”²⁰

Como es de observarse todos los anteriores conceptos son más o menos semejantes, sin que haya cuestión esencial alguna, que difieren unos de otros, ya que de los mismos se integran con los mismos elementos a saber: La existencia de una agresión; una reacción; un peligro de daño; y que no exista otro medio para evitar la agresión, siendo proporcional el medio que se emplee para evitarla.

Si el instituto de la legítima defensa implica en verdad una excepcional facultad de auto socorro o auxilio, que el derecho otorga al individuo que se encuentra ante una situación de peligrosidad por un ataque injusto y por tanto, en

¹⁸ Cuello Calón, Eugenio. Ob. Cit. Página 317

¹⁹ Jiménez de Azúa, Luis. La ley y el delito, Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Pág. 353

²⁰ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. Página 501

la imposibilidad de ser auxiliado y protegido por la justicia estatal, forzoso es que la ley regule éste excepcional derecho y fije las condiciones de su ejercicio legítimo. Se impone por tanto, examinar los diversos elementos y requisitos de la legítima defensa.

También puede definirse la legítima defensa como la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, y no provocada, de un bien jurídico, actual o inminente amenazado por la acción de un ser humano. Los textos legales más modernos colocan ésta eximente de pena en la parte general, y algunos, como el argentino, hacen referencia expresa a la defensa de los derechos propios o ajenos, comprendiéndolos a todos.

La legítima defensa se considera como causa de licitud en base a un interés preponderante; punto de vista sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al sostener, que la legítima defensa implica una colisión de intereses jurídicamente protegidos, en los que su legitimidad se funda en que se salvaguarda en interés preponderante, y aún cuando cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan son iguales, de todas formas el defensor restablece el derecho atacando mediante el necesario sacrificio del interés del atacante.

En la legítima defensa, pueden presentarse estas hipótesis:

Conflicto entre bienes de desigual valor, siendo de mayor entidad el bien del injustamente atacado.

Conflicto entre bien de igual valor, del agresor y del injustamente atacado.
Conflicto de bienes de desigual valor, siendo de mayor entidad el bien del agresor.

En cualesquiera de las tres hipótesis señaladas, se sostiene que se está frente a la legítima defensa, es decir, no obstante que el bien del injustamente atacado sea de igual o menor entidad, lo cual quiere decir, que no fundamenta la licitud de la conducta el principio del interés preponderante, sino lo injusto de la conducta del agresor.

En su origen el Instituto de la legítima defensa se inspiran en el instinto de conservación, por cuanto se le reconocía únicamente frente a los peligros corporales, de ninguna manera con respecto a otros bienes o a terceros. Esta fundamentación es ya incorrecta, en primer lugar por la naturaleza objetiva y no subjetiva del instituto y en segundo lugar por su extensión a la tutela de bienes materiales y en general de todo derecho propio o ajeno, situaciones en que el instinto de conservación del individuo nada tiene que ver.

La defensa legítima ha sido motivo de múltiples definiciones; en realidad, cada autor proporciona la propia; destacan, las de quienes consideran este instituto como causa de justificación o de licitud, o de causa que conforma al derecho las conductas típicas, siguiendo el principio ya establecido, de ubicar la defensa legítima en el campo referente a lo negativo de la antijuridicidad y de acuerdo con el derecho positivo, se puede definir conceptualmente la defensa

legítima como la conducta que se realiza en ejercicio del derecho que se tiene para preservar intereses propios o de tercero que se encuentran jurídicamente protegidos y que son víctimas de un ataque ilegítimo.

La legítima defensa como causa de justificación funda su legitimidad en que se salvaguarda el interés preponderante que, en este caso de colisión de intereses, lo es el mejor, aunque cualitativamente los bienes que colisionan sean iguales (como la agresión contra la vida que desenlaza con la muerte del agresor) es decir, que el defensor restablece el derecho atacado, puesto que en la colisión de intereses se hace así prevalecer el bien jurídicamente protegido mediante el necesario sacrificio del interés ilegítimo del atacante. En estas condiciones queda legitimada la conducta típica que se ejercita en preservación de un interés preponderante.

El artículo 17 fracción III, del código penal del Estado de Nuevo León, determina la excluyente de la legítima defensa, en los siguientes términos: “obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente, ...”

Analizado lo anterior, se define la legítima defensa como el derecho que tiene toda persona para rechazar una agresión ilegítima actual, inminente y grave que pone en peligro bienes propios o ajenos tutelados por el derecho, en la cual el medio que se emplee para evitar la agresión deberá ser proporcional.

Por lo tanto, se deduce que toda defensa presupone conceptualmente una ofensa y la defensa integra los elementos del instituto en cuestión, pero están sometidos a determinados requisitos impuestos por el ordenamiento jurídico.

3. Naturaleza jurídica de la legítima defensa. Si bien es cierto, se ha reconocido a la Institución de la legítima defensa, como la más antigua del derecho penal, así también se le ha reconocido como una causa que exime de la pena; más no así, ha habido uniformidad entre los tratadistas respecto a la fundamentación de la razón jurídica de su naturaleza.

La primera doctrina sobre el fundamento de la legítima defensa, dice Luis Jiménez de Azúa, citando a Kant que sostiene que ninguna necesidad puede transformar a la justicia en injusticia, pero como la necesidad carece de ley, esto es, como el momento de la necesidad, la ley no puede obrar eficazmente es obvio que el caso sobre la pena no pueda ejercitar ninguna influencia que permanezca impune. Por tanto, la defensa privada no es una acción inculpable, sino tan sólo una acción no punible.

Los códigos penales colocan entre las exculpantes, a la legítima defensa de la persona, del honor o de los bienes de uno mismo, o de la defensa de la vida, del honor de los bienes de otra persona y el uso de éste derecho está consagrado.

Al respecto Raúl Carrancá dice que el fundamento natural de la defensa privada lo es la necesidad, y el fundamento jurídico es la afirmación del derecho contra quien lo niega mediante la injusta agresión. Tomando la necesidad como derecho comprensivo de la acción (estado de necesidad); y que el fundamento de la legitimidad lo es la cesación del derecho de penar, el cual corresponde a la sociedad y compete a la autoridad social y emana de la ley eterna del orden.

Conforme a lo anterior se considera que debido a la imposibilidad momentánea de ejercitar la defensa pública, surge la necesidad del derecho de pensar que compete a la autoridad social, en cuyo caso la humanidad se defiende de los malvados ejercitando la defensa privada.

La comparación no debe establecerse entre los bienes o intereses individuales, sino sobre el interés público por mantener intangible y seguro al individuo trasgresor de la ley de amenaza pública, pues si es verdad que a todos los hombres se les ha garantizado la vida y el disfrute de los bienes jurídicos, se debe considerar que quien ejerce la legítima defensa, obra con derecho y no como un irresponsable, ni como un pobre hombre a quien benevolmente se pueda excusar.

En el ámbito constitucional, la legítima defensa se encuentra estipulada en lo dispuesto por el artículo 10 de la Carta Magna que a la letra dice:

“Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del ejército, armada, fuerza aérea y guardia nacional. La ley Federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en los que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”.

Para dar seguridad a las personas y con fines de legítima defensa, se permite que éstas tengan en su domicilio armas en su poder.

No obstante, al entrar en una fase de estabilidad y paz social, dicha libertad de poseer armas tuvo que restringirse, es por ello que en 1971 el citado artículo fue reformado en el sentido de que la facultad de poseer armas queda limitada a los permisos que expidan las autoridades competentes.

En el ámbito del derecho común, el código penal federal contempla a la legítima defensa como causa de exclusión del delito en su artículo 15 fracción IV, para cuya entera satisfacción se requiere haber cumplido con los elementos mencionados con anterioridad, tratándose de casos genéricos de la legítima defensa, el propio ordenamiento establece casos específicos en el segundo párrafo de la citada fracción IV.

En los dos casos citados se está ante la presencia de presunciones de legítima defensa del tipo *juris tantum*, es decir, que admite la prueba en contrario.

La relevancia como causa de inexistencia de delito de la defensa legítima es indiscutible, atenta su inclusión en el sistema positivo como causa excluyente de la responsabilidad penal.

Opera como tal, en virtud de afectar, provocando su ausencia, a la antijuricidad como elemento positivo del delito, entendido éste en su unidad conceptual.

El principio rector de la defensa legítima se encuentra en el concepto de la preponderancia de los intereses, presuponiendo un conflicto entre intereses jurídicamente protegidos y que la ley reconoce no puede preservar en su integridad.

De este reconocimiento expreso, nace la facultad para ejercitar el derecho a la defensa legítima y de este ejercicio resultara la afectación legítima a aquél interés jurídicamente protegido que la ley considera inferior en preponderancia que el superior que se preserva con la conducta defensiva.

Siendo la fundamentación de la defensa legítima la preponderancia de los intereses, es lógico pensar en que se estará ante la necesidad de determinar esa preponderancia únicamente ante una situación de conflicto o colisión entre intereses jurídicamente protegidos.

Equivale esto a afirmar que, genéricamente la defensa legítima presupone un conflicto entre intereses jurídicamente tutelados y que tiene que resolverse con el sacrificio de uno de ellos en preservación de otro.

El fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizar el ejercicio de sus derechos, o mejor dicho; la protección de sus bienes jurídicos.

El fundamento individual (defensa de los derechos o de los bienes jurídicos) y el fundamento social (defensa del orden jurídico) no pueden hallarse, porque el orden tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos, objeto que, cuando en una situación conflictiva extrema no llega a satisfacerse, no puede negarle el derecho a que el sujeto provea por sus medios la protección de los bienes.

Necesidad y defensa. La legítima defensa tiene lugar cuando media una situación de necesidad, lo que la vincula a otra causa de justificación; el estado de necesidad. No obstante, ambas se mantienen nítidamente separadas; en el estado de necesidad se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor, en tanto que en la legítima defensa el medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica.

Esta diferencia hace que en el estado de necesidad debe mediar una estricta ponderación de los males; el que se causa y el que se evita, debiendo ser mayor el que se quiere evitar. En la legítima defensa, no hay una ponderación de esta naturaleza, porque hay una agresión antijurídica, lo que la desequilibra totalmente. La ponderación de los males en la legítima defensa sólo puede funcionar como "correctivo", es decir, como límite. La legítima defensa no puede contrariar el objetivo general del orden jurídico – la posibilidad de la coexistencia –, en forma tal, que cuando entre el mal que evita quien se defiende y el que lo quiere causar, quien le agrede media una desproporción inmensa, porque el primero es íntimo comparado con el segundo, la defensa deja de ser legítima.

La expresión *imbecilitas humana* – o sea, "debilidad humana" – se aplica no sólo para fundamentar el estado de necesidad, sino también como base de la legítima defensa, pues a nadie puede exigirse que se sacrifique. En este mismo orden de ideas habló Pufendorf de que la legítima defensa se explicaba por la perturbación del ánimo, ocasionada por el temor: *propter perturbationem animi*, dijo en frase elocuente. Pero esta explicación no sólo no basta, sino también es errónea. Es insuficiente, porque si se exigiese el temor para eximir, no podría explicarse las más elegantes de todas las formas de defensa, la de tercero, en la que no obramos por estar perturbados a causa del miedo, puesto que defendemos a otra persona atacada. Por lo demás, no podemos concebir la legítima defensa como consecuencia de la perturbación, porque entonces sería causa de inimputabilidad y no de justificante.

Hoy se proclama que quien obra en legítima defensa – si ésta lo es realmente – ejercita una causa de justificación, legitimándose, en suma, de modo intrínseco el hecho perpetrado, por la preponderancia del interés de quien se defiende con justicia sobre el bien del que nos arremete con su injusto ataque.

El problema se debe situar más alto y más jurídicamente, se trata de una justificación objetiva. La índole objetiva de lo injusto exige que sea igualmente objetiva su ausencia, es decir, las causas de justificación. Si las normas de cultura no sólo no se ofenden, sino que se sirven con tal conducta, el acto será justificado; mejor dicho, justo.

Por lo mismo que se trata de repeler justamente un acto objetivamente ilegítimo, cabe defenderse contra el loco cuando nos ataca sin derecho, puesto que el enajenado es capaz de acción, y su conducta puede ser – y ha de serlo en el caso concreto – *objetivamente* injusta. En cambio, no cabe legítima defensa contra los ataques de animales, por ser incapaces de *acción* y, por ende, de actos realmente injustos. Si matamos a un perro que nos quiere morder, nos hallaremos en estado de necesidad, puesto que la legítima defensa sólo existe cuando repelemos una agresión ilegítima, que, por ello, únicamente puede provenir de un ser humano.

La causa de justificación es objetiva, y consiste en repeler una injusticia, no cabe legítima defensa contra un acto justo. Ferri habló por el contrario, de "legítima defensa recíproca", lo que realmente es imposible. Como ejemplo de

esa pretendida reciprocidad defensiva, el caso de un hombre que en su propio hogar sorprende al novio de la cocinera, a quien no conoce, y que hace un movimiento de sorpresa que el dueño de la casa supone agresivo, disparando entonces su revólver, que falla, y recibiendo en repulsa un tiro mortal del intruso. Afirma Ferri que en esta hipótesis hay un caso de legítima defensa recíproca. ¡Flagrante absurdo! En esta situación imaginada, el dueño de la casa se encontraba en estado de defensa putativa y el novio de la criada en verdadera defensa legítima. En efecto, quien se cree en legítima defensa, sin estarlo, actúa en defensa imaginada (putativa), puesto que la defensa para ser causa de justificación ha de ser real, objetiva, como objetivo es lo injusto y su ausencia la causa de justificación. En el caso citado, el novio de la cocinera, sin agredir, fue atacado. Por eso él actuó en legítima defensa. En cuanto al dueño de la casa, suponiéndose ante la presencia de una agresión, obró por error en los hechos, y por eso decimos que su defensa es putativa. La "legítima defensa recíproca" no es posible, porque quien practica un acto injustificado no puede hallarse en legítima defensa.

Ello se deduce de la objetividad de la justificación y, por ende, de que el acto que se repele ha de ser legítimo. En sentido contrario, ha de apreciarse el caso del condenado a muerte que va a ser ejecutado. El verdugo cumple un deber. El reo no puede oponerse, porque no cabe legítima defensa contra un acto justo.

La escuela clásica representada por su máximo exponente Carrará, funda su punto de vista en la llamada defensa pública subsidiaria, sostiene la titularidad del estado sobre el derecho de defensa, pero que a veces el individuo no puede recurrir a él en demanda de su ejercicio, en virtud de lo cual la defensa individual adquiere todo su imperio cuando la pública está imposibilitada para actuar.

Por su parte la escuela positiva y sus seguidores justificaban la legítima defensa diciendo, si el agresor muestra su temibilidad al atacar injustamente resultará lícito cuando se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social, el sujeto que se defiende no es peligroso.

En opinión de Ferri, "El que se defiende destruyendo el derecho de otro, actúa por motivos legítimos de conservación propia o ajena frente al que contra el derecho ha determinado una colisión en la que sería inmoral, ilegítimo y nocivo para la convivencia civil que el triunfo correspondiera al agresor injusto. Por ello la acción en legítima defensa, haciendo prevalecer el buen derecho, está en pleno acuerdo con la potestad representativa que el Estado ejerce en defensa del Derecho, la sustituye momentáneamente y coadyuva con ella a la causa de la necesidad del instante. Justicia Penal en el estado y legítima defensa en el ciudadano son dos formas concordantes de la lucha contra el delito".²¹

²¹ Citado por Carrancá y Trujillo, Raúl. Las causas que incluyen la incriminación. Pág. 281

Jiménez de Azúa fundamenta la defensa legítima en la preponderancia de intereses, pues debe considerarse de mayor importancia el interés del agredido que el del injusto agresor.

Acertadamente se considera la opinión de Celestino Porte Petit, al manifestar que no fundamenta la licitud de la conducta el principio de interés preponderante, sino lo injusto de la conducta del agresor. Es decir, para este tratadista estamos frente a la legítima defensa no importando el interés del bien que se protege, ya sea de igual o menor entidad.

En principio, la defensa privada es un fenómeno social que obedece a la naturaleza misma del hombre que lo obliga a rechazar todo ataque dirigido a sus bienes, removiéndolo por su propia fuerza y autoridad la causa de la cual proviene la agresión, de lo que resulta, que la auto-defensa surge de una necesidad en las sociedades primitivas. Pero a medida que el estado se va organizando en su estructura, aparece la justicia social quien poco a poco cubre las necesidades del hombre la cual restringe las facultades de éste para amparar y defender por sí sus intereses, pues concede en forma exclusiva a los órganos del estado resolver los litigios y en forma expresa se prohíbe al hombre el ejercicio de sus acciones en forma privada, de conformidad con lo que establece el Artículo 17 Constitucional que en lo conducente dice: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho". De acuerdo con este dispositivo Constitucional queda vedado categóricamente el ejercicio de la justicia privada. Pero este principio constitucional, sufre excepciones en

determinados casos, al reconocer el mismo estado la existencia de excepcionales situaciones en que no puede brindar ninguna protección, reconociéndole entonces al individuo el derecho de auto-defensa de sus intereses, apareciendo así la legitimidad de su derecho. En efecto el artículo 10 de la Carta Magna determina que “Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de cualquier clase, para su seguridad y legítima defensa...”.

No importa tampoco para la licitud de la conducta del que se defiende el sacrificio de un bien de igual o menor entidad, sino lo que importa es la agresión de la que se defiende.

En resumen, se considera que la escuela clásica es la más certera en dar solución del fundamento de la justificante en la necesidad, puesto que, ante la imposibilidad apremiante o momentánea en que el Estado se encuentra de evitar la agresión injusta y de proteger al injustamente atacado es justo y lícito que éste se defienda, es una defensa pública subsidiaria.

Por otra parte, y conforme lo que se ha dicho además de los principios de la escuela clásica en nuestra legislación la legítima defensa encuentra su reconocimiento en el artículo décimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo mismo, la legítima defensa, constituye una excepción a la garantía del artículo 17 de la propia Carta Magna.

La legítima defensa es una especie del estado de necesidad, puesto que se trata de una situación de peligro para un bien jurídico que solo puede evitarse mediante la lesión de otro bien jurídico.

3.1 Agresión. El término agresión está indicando que la amenaza debe partir de un ser humano. Gramaticalmente agresión significa tanto como ataque o acción de acontecimiento. Jurídicamente es amenaza actual o inminente para un bien jurídico.

Una de las características específicas de la legítima defensa en relación con el estado de necesidad, es precisamente que la situación de peligro del bien jurídico debe ser la consecuencia de un obrar humano.

Sin embargo, no todo hecho humano da lugar a la defensa legítima, sino solamente el que reúne las características de la acción en sentido jurídico penal. No hay, pues acción de defensa contra los peligros que resultan de las fuerzas de la naturaleza, de las cosas o de los animales, los que pueden dar lugar a estado de necesidad o plantear una situación de coacción, lo mismo que el movimiento humano que no constituye acción.

Los elementos esenciales para que se integre la legítima defensa son los siguientes:

- Una agresión o ataque injusto,
- Un peligro de daño derivado de éste,

- Una defensa o un rechazo

Los cuales deberán tener ciertas cualidades:

La agresión deberá de ser:

- Real
- Que provenga de una conducta humana
- Que sea actual
- Que sea con violencia
- Sin derecho, y
- De la cual resulte un peligro inminente

La defensa o reacción deberá ser:

- No provocada
- Necesaria
- Proporcionada
- Puede ser ejecutada no sólo por el agredido, sino también por un tercero

Se considera que la agresión o ataque debe ser objetivo, pues de lo contrario, no existiría la legítima defensa, ya que el simple querer o la voluntad no actuada, ni exigida, no puede considerarse delictuosa. Esta agresión debe entenderse como la conducta humana realizada voluntariamente tendiente a lesionar, amenazar o poner en peligro intereses jurídicamente protegidos. Cuando la agresión no existe, no hay legítima defensa.

Como la lesión es objetiva, basta la existencia de actos materiales de acontecimiento a la persona o a los derechos para la existencia de la agresión o ataque.

De acuerdo con esto, la agresión sólo puede existir cuando se amenaza con una pistola, no siendo necesaria la producción de algún efecto para considerar la existencia de la agresión o ataque, la materialidad u objetividad de la agresión puede servir de criterio para diferenciar la agresión de la provocación, pues ésta puede ser verbal.

La agresión al derecho es distinta a la violencia, pues la agresión no implica violación al derecho ya que aquélla existe con anterioridad a la violación del bien jurídico puesto en peligro por el agresor.

La agresión debe ser objetiva, no supuesta y además provenir de una conducta humana, pues cualquier mal o daño causados por graves que sean sus consecuencias individuales o sociales, no podrá ser estimado un delito sino tiene su origen en una conducta humana, o sea, los hechos producidos por la naturaleza misma, sin intervención del hombre, no puede considerarse delictuosa.

La agresión mencionada debe ser actual, contemporánea al acto defensivo, es decir, la agresión se debe estar realizando cuando se produce el

contra ataque, o sea, el acto mediante el cual el agredido repele la agresión. Por lo que el repelimiento y la agresión deben ser casi al mismo tiempo.

Esta situación debe juzgarse con cautela para evitar que la reacción defensiva se convierta en venganza, como el caso de una persona que espera días, meses o hasta años para repeler la agresión sufrida, en éste caso se tratará de otra agresión del parte del agredido anteriormente en contra de su ex agresor, pues antes de que el peligro aparezca no es necesario la defensa y cuando el peligro ha cesado es superflua, aun cuando el amenazado, no necesite esperar a que sus intereses jurídicos sean efectivamente lesionados.

Para poder comprobar la legítima defensa es necesario no solo una agresión no provocada, proveniente de una conducta humana y actual, sino además, que sea violenta, es decir, efectuado de manera intempestiva, de modo tal, que el agredido no pueda preverla ni evitarla, criterio aceptado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La previsión de la agresión y la posibilidad de evitarla por otros medios legales son causa inexistente de la legítima defensa y por ello, una condición negativa de la misma. Pasando de ser un excluyente de responsabilidad a una atenuante como lo será la riña, ya que si se previó la agresión y fácilmente podía evitarse hubo una voluntad de contender de ambas partes.

La evitabilidad o no evitabilidad de la agresión da origen al problema de la fuga, es opinión general que el agredido no tiene el deber de huir como medio de evitar la agresión, porque si en ocasiones una retirada puede liberar del ataque, muchas veces la huida suele no eludir el peligro, y por lo mismo, se encuentra en la disyuntiva de dejarse matar o herir, o de matar a su agresor.

La agresión, además de ser antijurídica, es decir, el que ataca no debe tener ningún fundamento jurídico para ello, ninguna norma jurídica debe autorizar al agresor para atacar de forma violadora del orden jurídico. Por tanto se puede afirmar que la referida agresión debe ser sin derecho.

Así por ejemplo, si una persona ha sido robada y pasado un tiempo ataca al ladrón, estaría actuando en forma antijurídica y si el ladrón matara al mencionado individuo, obraría en legítima defensa, pues la persona ofendida por el robo podría seguir la vía legal correspondiente para recuperar lo que le fue robado, exigiendo el castigo del transgresor de la ley, pero nunca hacerse justicia por su propia mano, además como se ve, la reacción es extemporánea.

La agresión debe recaer en bienes jurídicos propios o ajenos del que defiende o de terceros a quienes se defienden, los bienes pueden pertenecer a personas físicas o morales.

En cuanto a la persona:

Los ataques a la persona pueden ser en su vida, integridad corporal y en su libertad física o sexual.

Al honor:

La ley confunde el concepto de honor con el de reputación.

El homicidio o las lesiones al o a los adúlteros no constituye legítima defensa del honor.

Otros bienes.

Todos los de naturaleza patrimonial, corpórea y de los derechos subjetivos susceptibles de agresión.

La agresión es una ofensa o ataque a intereses jurídicamente protegidos o en otro término, es toda acción que compromete un bien jurídicamente protegido.

Sobre todo debe haber una agresión, porque la defensa presupone un ataque previo, sea de seres racionales o irracionales.

Se plantea la cuestión, en el sentido de que si el código penal estatal de Nuevo León, admite la agresión no solamente exteriorizado mediante la fuerza física, sino también en su realización por medio de amenazas, difamación, o cualquier otra forma que no sea física.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado jurisprudencia firme en el sentido siguiente: "Para los efectos justificantes de la exculpante de legítima defensa por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza".

De lo anterior se desprende que para que se constituya la excluyente, se requiere la materialización de la acción (agresión) y que la misma constituya peligro de daño. En consecuencia toda frase ofensiva, las injurias, además de extraer algún arma, no constituye verdaderamente agresión en los términos de la excluyente, y por tanto no hay legítima defensa.

Para los efectos justificativos de la exculpante de legítima defensa, por agresión se entiende el movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hacen necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.

3.2 Actualidad de la agresión. La agresión debe ser actual o inminente. No puede oponerse defensa legítima al ataque futuro que aún puede ser evitado por otros medios, ni al ya cumplido cuando el peligro ha pasado. Pero siempre que se impide la agresión, se actúa ante un ataque futuro que no puede evitarse por otros medios.

En algunos casos una agresión cumplida, no supone, sin más, excluir la amenaza de una nueva agresión. Esto ocurre claramente en dos casos:

1.- Cumplido el ataque, éste puede persistir. Tal cosa ocurre en los delitos permanentes, contra los que es posible oponer defensa legítima en cualquier momento de la acción, pues la defensa se opone contra los momentos futuros de la agresión que continúa invariablemente.

2.- Casos en que el ataque se repite. El agredido podrá defenderse legítimamente de la segunda y sucesivas agresiones.

La conducta que matiza a la agresión tiende a desproteger al bien jurídicamente tutelado, aprovechando la aparente inseguridad en que se encuentra, y es, precisamente esa inseguridad transitoria la que faculta el derecho al ejercicio de la defensa legítima.

La desprotección que la conducta provoca (lesión opuesta en peligro) no requiere ser constitutiva de delito para motivar la respuesta del agredido. Basta que de ella resulte objetivamente la cesación de la protección del derecho para que la agresión quede debidamente integrada.

Los alcances de la desprotección del interés jurídicamente tutelado son causa del problema que plantea la simple amenaza o aptitud amenazante del sujeto activo de la agresión (agresor). En efecto, tanto Jiménez de Azúa como

Mezger opinan que las amenazas dirigidas contra el bien o interés jurídicamente protegido constituyen agresión. Otros opinan que la amenaza de desprotección no puede fundamentar la defensa legítima.

El juzgador tiene que analizar si la conducta era agresiva y en su caso si provocaba la desprotección necesaria para justificar el acto defensivo. Cuando la desprotección existe, objetivamente determinada, es indudable que el riesgo era patente para el bien y en esa hipótesis el acto de defensa carece de antijuridicidad. La amenaza por consiguiente, solo cuando realmente provoca la desprotección es integrante del concepto de agresión.

En el segundo caso, esto es en lo referente al agredido, la agresión debe entenderse conceptualmente como la invasión a un estado de derecho preexistente que ha constituido un derecho subjetivo a favor de alguien.

La naturaleza misma de la defensa legítima (ejercicio de un derecho), es el sostén de la definición proporcionada. Para que la defensa pueda existir es menester la titularidad de un derecho que puede ejercitarse. El ejercicio de éste derecho defensivo resulta de la invasión que sufre el derecho propio o ajeno que se ve desprotegido que lo lesiona o pone en peligro. En estas condiciones, el titular del derecho desprotegido lo es también del derecho a defenderlo y de ahí que pueda repeler el acto agresivo; no es indispensable que el acto defensivo lo realice el titular del bien agredido, sino que puede hacerlo cualquiera que, en ese

momento, pueda considerarse igualmente facultado para defender intereses injustamente agredidos.

Así entendido, desde el punto de vista del agredido, la agresión es una injusta invasión que faculta el ejercicio del derecho subjetivo a la defensa.

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

El complemento de esta noción de actualidad, según el sistema positivo se obtiene del peligro inminente que la ley requiere; así, será actual para el derecho mexicano, la agresión que provoca la desprotección de un bien jurídicamente protegido con el consiguiente peligro para el mismo.

En conclusión, la agresión es actual cuando se está ejerciendo en el momento y mientras dure la situación de riesgo para el bien o interés jurídico. Y se califica de inminente cuando no ha comenzado aún, pero se juzga inmediato si comienza, y también cuando parece haber cesado, pero es evidente que podría comenzar de nuevo inmediatamente. La actualidad de la agresión es, entonces, una cuestión de hecho en la que los factores subjetivos de la situación vivida por el agredido tienen definitiva pero no exclusiva incidencia.

Formas de la agresión. Se sabe que la conducta puede manifestarse en las formas activa u omisiva; en lo que toca a la forma activa de manifestación de la conducta, es indudable que la agresión es, por su índole misma, un movimiento corporal del que resulta la desprotección de un bien jurídicamente tutelado y por ello, es posible afirmar que la agresión permite la forma activa de la manifestación de la conducta.

No obstante hay autores, que dicen que la omisión puede constituir una agresión. Afirma el profesor Munich que también el no hacer nada, u omitir, puede representar un ataque en intereses ajenos si el que omite tiene la obligación de actuar y pone como ejemplo el hecho de no poner en libertad, por quien tiene esa obligación, a un recluso que ha extinguido el tiempo de su condena. Es absolutamente cierto en casos como el que utiliza Mezger, que si se omite una conducta esperada (liberar al condenado que ha extinguido su condena), se está causando una lesión a un bien jurídicamente tutelado (la libertad) y que esa agresión es actualizada en cuanto al daño que causa. Sin embargo, de acuerdo con el sistema positivo, se considera que en este ejemplo, no habría defensa legítima si el indebidamente detenido actuara en su autodefensa porque el daño que se le causaba era fácilmente reparable por otros medios legales, con lo que se estaría ante la presencia de una causa que elimina la defensa legítima.

No se quiere decir con lo anterior, que no pueda haber omisiones que constituyan agresión, sino simplemente, que el ejemplo de Mezger parece

insatisfactorio. Es más aceptable lo que presenta Jiménez de Azúa, en el sentido de que una omisión sea agresión y por tanto, justifique el acto repulsivo de parte del agredido.

En síntesis, las formas de conducta relevantes para el derecho penal, lo son igualmente para la agresión. En orden al sistema positivo es posible aceptar una forma omisiva de la agresión ya que, como se verá posteriormente, ésta debe reunir determinadas características, entre otras la de ser violenta y es difícil imaginar una hipótesis en que la omisión pueda traducirse en violencia.

Por ello, la única forma de la agresión es la activa, o sea el movimiento corporal del agente, como lo dice la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La esencia misma de la defensa legítima proviene del reconocimiento del estado de no poder preservar y proteger siempre y en todas las circunstancias los intereses jurídicamente tutelados. La actualidad de un ataque a los intereses jurídicos es la resultante temporal de la agresión, que dura o persiste todo el tiempo que la desprotección afecta a los bienes jurídicos.

Los límites son, lógicamente, el inicio y el final de la desprotección, el inicio se determina a partir de que existe la amenaza inmediata de lesión a un bien o interés tutelado y el final, una vez que la amenaza ha cesado o el daño se ha consumado.

Con las palabras de necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla (la agresión) el Código Argentino caracteriza la acción de defensa propiamente dicha. De ello resultan dos premisas:

1.- Que se haya creado una situación de necesidad para el que se defiende;

2.- Que el medio empleado sea el racionalmente adecuado para evitar el peligro.

La necesidad debe resultar de la agresión que pone en peligro un bien jurídico: necesidad de defensa.

La necesidad es exigencia sin la cual la defensa no es legítima. La justificante se fundamenta en una situación de necesidad.

La necesidad supone: oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que amenaza, a la entidad del bien jurídico que violentamente ampara y a la figura típica que surge de la reacción.

La ley requiere que el medio con que se impide o repele la agresión sea el racionalmente necesario, para lo cual ha de tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. La palabra "medio" tiene la significación amplia

comprehensiva de todo género de acciones u omisiones defensivas y no es solo el instrumento empleado.

Al calificarse la necesidad de racional, se hace un distingo entre necesidad y proporcionalidad, que tiene por consecuencia, por una parte, determinar una cierta proporción en los medios, y por la otra, que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta.

Proporción en los medios no es lo mismo que igualdad de lesión jurídica o igualdad de mal.

Los autores argentinos señalan al requisito el efecto de permitir una interpretación individualizada, es decir, que tome en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, con el criterio común a las personas en condición semejante a la del atacado, o bien desde el punto de vista de un agredido razonable en el momento de la agresión.

El sistema de ley argentina determina un criterio flexible para apreciar la proporcionalidad. Esta no debe ser absoluta, sino racional; no debe ser apreciada en abstracto, sino para cada caso concreto. El medio es racional cuando ha sido el necesario, dentro de las posibilidades de que el autor dispone. Es posible que un medio desproporcionado en abstracto, aparezca como racional en las circunstancias del caso concreto: el sujeto debe elegir, entre los posibles, el medio menor que resulte suficiente para su objeto.

La consecuencia del empleo de medios que no sean razonables, torna la defensa imperfecta y la acción antijurídica. El hecho cae en la previsión del exceso en los límites impuestos por la necesidad.

La tercera exigencia impuesta por la ley es que no haya mediado provocación suficiente por parte de quien se defiende. Al calificarse la provocación de suficiente queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa, y que la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito.

Provocar significa tanto como causar, pero también excitar, incitar a una cosa. Hay, pues, en la provocación un aspecto subjetivo y otro objetivo que considerar. El aspecto objetivo siendo necesario no es suficiente. El aspecto subjetivo acoplado a él, es lo que decide en definitiva.

Sin llegar al extremo del pretexto o simulación de legítima defensa, el contenido subjetivo de la provocación no debe ser inocente para perjudicar jurídicamente la acción de repulsa. No es inocente la provocación de quien sabe que realiza actos capaces de provocar la agresión. No es preciso que sean dirigidos al fin de provocarla, porque entonces se requeriría intención, que es más que conciencia. Es suficiente que el agredido tenga conciencia de que realiza una acción objetivamente apta para provocar la reacción. Debe tomarse en cuenta la previsión como nota subjetiva, cuando media un acto de

provocación objetiva; de no concurrir éste último, ni puede hablarse de provocación, ni a menester investigar el aspecto subjetivo.

La provocación es suficiente cuando en el caso concreto, es adecuada para provocar la agresión, pero no bastante para justificarla.

En primer lugar, es claro que al calificarse la provocación se hace una diferencia, de la que resulta que no toda provocación torna ilícita la defensa sino solo la que es suficiente.

Cuando la provocación alcance cuantía de una agresión ilegítima, es lícito oponer contra ella legítima defensa. De tal suerte el caso queda reducido a agresión y defensa. No hay defensa legítima de defensa legítima si "provocación suficiente" quiere decir "agresión ilegítima", no era necesario que la ley dijera dos veces lo mismo.

La segunda hipótesis excluida es de quien provoca la agresión para colocarse en aparente situación de necesidad. Este supuesto, conocido en doctrina con el nombre de pretexto o simulación de legítima defensa, no tiene carácter de provocación, es más, no existe necesidad real; la crea en apariencia y maliciosamente el propio agredido. Tampoco hay voluntad de defensa. De donde resulta claro que el motivo que da carácter ilícito, a la defensa en éstos casos no es la provocación suficiente, sino la ausencia de necesidad. Por ello, no puede pensarse en exceso; se trata de un obrar doloso.

Entre la agresión ilegítima y la provocación sin relevancia jurídica insuficiente, hay un grupo de situaciones entre las que debe situarse la provocación suficiente.

De ello se sigue que el carácter de suficiente de la provocación debe ser apreciado en relación con el ataque. Resulta así necesario que la provocación, además de tener alguna entidad, guarde cierta proporción con la agresión que ocasiona. Una reacción desproporcionada y arbitraria no perjudica la legitimidad de la defensa.

La provocación debe reunir además, otros requisitos, en cuanto al tiempo y en cuanto a la persona de quien parte y hacia quien se dirige.

El factor tiempo debe ser tomado en consideración en cuanto sirva de elemento de juicio para denotar la existencia del nexo causal entre la provocación y el ataque. Esto no debe ser entendido en el sentido de una continuidad física absoluta, sino teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto para apreciar la existencia de la relación causal.

Para que la defensa deje de ser legítima, la provocación debe partir de quien lleva la acción de defensa y ser dirigida hacia el agresor. La provocación a un tercero, distinto del agresor, no resta en principio, legitimidad de la defensa. Tampoco perjudica la licitud la provocación de persona distinta de quien lleva la acción de defensa. En la defensa de terceros la provocación del agredido no

hace incurrir en exceso al tercer defensor, si éste no ha participado en ella, es decir, si no ha sido, también el, provocador.

La provocación suficiente tiene la consecuencia de tornar antijurídica la defensa. La acción cumplida en esas condiciones cae en la previsión del exceso y la escala penal aplicable es la que corresponde al delito cometido por culpa.

Concluyendo, para que la legítima defensa se configure, se necesita que la agresión repulsiva del agente se ejercite contemporáneamente a la agresión actual y al peligro inminente que la motiven.

3.3 Agresión violenta. Se critica por la mayoría de los tratadistas mexicanos del derecho penal, que el legislador pecó con esto en redundancia, puesto que el término de agresión implica ímpetu o fuerza, siendo innecesario por lógica que además de agresión se dijera que la misma debía ser violenta.

El ataque o agresión, para motivar una repulsa legítima, debe ser, además de actual, violento. Este calificativo del ataque que contiene la ley positiva ha sido duramente criticado, se le ha considerado una redundancia, porque no puede ni siquiera concebirse una agresión inminente, sin violencia de parte del que agrede. Empero se da como justificación del considerado redundante calificativo, que éste se ha establecido para mayor claridad.

El concepto de violencia lleva implícito el del ejercicio material de la fuerza, que es lo que ha pretendido destacar el legislador mexicano; esto significa la imposibilidad de aceptar agresiones omisivas. La violencia es característica del ataque y debe entenderse como el empleo o uso de medios provenientes del ímpetu agresivo; puede haber violencia derivada de comportamiento o bien en los medios utilizados por el agresor para realizar el ataque, como sería el caso de las armas o instrumentos lesivos. La violencia se forma conceptualmente por elementos subjetivos (ánimo agresivo) y materiales (despliegue de conductas o empleo de medios especiales). Únicamente puede considerarse como ataque violento el que realice con ánimo agresivo el atacante y se manifieste materialmente como despliegue de fuerza contra el agredido. La fuerza que se realiza contra el agredido puede ser tanto violencia física como moral, siempre que ésta última tenga como origen hechos materiales, como amenazas, amagos, o cualquiera otra equivalente.

3.4 Agresión ilegítima. La ilegitimidad es sinónimo de antijuricidad y existe ésta, cuando, además de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, ofende a los ideales o intereses valorativos de la comunidad. Siendo así, contra las causas de justificación no cabrán, a su vez, causas de justificación.

Si la agresión es justa el contra-ataque o la reacción defensiva no puede quedar en ninguna forma legalmente amparada. Por ello, no opera la justificante contra actos de autoridad, de lo que se infiere que las disposiciones legales imponen las sumisiones a los mandatos de las autoridades legítimas. Sin

embargo no en todos los casos la agresión es lícita por el simple hecho de emanar de alguna autoridad, ya que si ésta se extralimita en sus facultades habrá legítima defensa pues la insistencia a los actos ilegales de la autoridad es el respeto a la ley.

La agresión ilegítima es presupuesto ineludible de la legítima defensa y premisa o antecedente de las otras dos circunstancias requeridas. Así lo ha declarado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia. Es también presupuesto indispensable del exceso.

No ha de identificarse la acción ilegítima con la acción injusta. Un error judicial contiene una decisión injusta; sin embargo no podría alegarse legítima defensa a favor de la acción que tiende a desacatarlo.

Se preguntan los autores si es lícita la defensa opuesta a la agresión del inimputable. Hoy es innegable mayoría la que forman los que se pronuncian por la afirmativa. En otras palabras: la agresión del inimputable ¿puede ser ilegítima? Lo ilegítimo se aprecia objetivamente, por tanto, prescindiendo de la posición psicológica del autor frente a su hecho. Conforme con la noción que se ha dado de la ilegitimidad, ni el inimputable tiene el derecho a llevar la agresión, la inimputabilidad no da ese derecho, ni el agredido tiene la obligación de soportarla. Es pues, una acción ilegítima. Del mismo modo, se resuelve la agresión del inculpable. En el caso de coacción la defensa puede ser llevada

también contra el coaccionante. La tercera característica del ataque la constituye el hecho de que se realice sin derecho.

La defensa legítima encuentra su verdadero apoyo en lo ilegítimo del ataque que se repele. Es precisamente esa conceptualización de ilegitimidad del ataque la que ubica la preponderancia de los intereses jurídicamente protegidos, estableciendo el valor superior del que se encuentra en el campo de justo o legítimo sobre el inferior de quien está en él o de lo injusto o ilegítimo.

El ataque es antijurídico (sin derecho) cuando contradice las normas jurídicas objetivas de valoración; la característica de antijuridicidad de la agresión resulta ser una “agresión valorada” en sentido objetivo-negativo por el ordenamiento jurídico; es antijurídica, injusta o sin derecho, toda conducta que valorada objetivamente arroja como resultado una relación de contradicción con el ordenamiento cultural que fundamenta el derecho.

Para poder precisar conceptualmente la característica “sin derecho” de la agresión, se debe considerar antes que nada, que la defensa legítima se forma por el acto agresivo y por el acto defensivo; uno y otro son elementos indispensables en la causa de inexistencia del delito que nos ocupa; para que haya defensa se requiere ataque y para que haya defensa legítima se necesita que el ataque tenga las características que hemos visto y además que sea “sin derecho”; el aspecto negativo del derecho, en este aspecto que analizamos, no obstante ser característica del ataque o agresión, en realidad es un atributo del

que carece el ataque; se quiere decir con esto que el ataque no es en si mismo portador de un elemento valorativo como es el derecho, sino que es el sujeto activo en la agresión quien puede tener derecho a atacar o carecer de ese derecho; si el que ataca tiene derecho ha hacerlo, el ataque será con derecho, en cambio si el atacante carece de ese derecho a la agresión, actuará sin derecho y por ello, si su ataque es actual y violento, podrá ser repelido en un acto de defensa legítimo.

Es requisito *sine qua non* del eximente, por lo que su concurrencia hace desaparecer no solo la posibilidad de defenderse legítimamente, sino también la posibilidad de que la eximente se convierta en atenuante por aplicación de la ley. Conclusión lógica si se considera que la defensa legítima es reacción frente a una acción ilícita cuya inexistencia hace que desaparezca toda posibilidad de que ella opere.

Por agresión debe entenderse no solamente en sentido estricto el acometimiento material o físico (vías de hecho), sino toda acción encaminada a lesionar o poner en peligro el patrimonio de una persona.

La agresión supone un daño o peligro para intereses jurídicamente protegidos del atacado. No se requiere que sea grave. Contra un ataque leve se puede reaccionar levemente, pues lo que hace legítima la reacción del ofendido no es la gravedad de la ofensa, sino su injusticia.

Como la inminencia de la agresión, a veces cuando es juzgada fríamente, puede no presentarse en la misma forma al que se defiende, es necesario apreciarla con criterio subjetivo.

La agresión debe ser, además ilegítima, lo que equivale a decir injusta, ilícita, contraria a derecho. Sin embargo, el concepto de injusticia no coincide con el de criminalidad; la agresión no debe constituir necesariamente un ilícito penal sino que puede constituir también un ilícito civil.

A la inversa, si es justa, reconocida y autorizada por la ley, la defensa no se justifica. Es por eso que no procede contra el que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; por lo mismo es improcedente contra los funcionarios públicos cuando ejercen sus funciones; pero es legítima cuando los funcionarios se exceden en ella u obran fuera de la orbita de sus atribuciones.

No se discute que el sujeto activo en la defensa legítima puede ser cualquier persona, imputable o no, que se defiende a sí misma, o defiende a un tercero contra un ataque injusto. Las dudas surgen respecto del sujeto pasivo, el que sufre la reacción del ofendido.

Algunos autores piensan que la ilegitimidad de la agresión ha de apreciarse con criterio objetivo, esto es, considerar en si misma y no en relación con la conciencia que de ella tenga el agresor, estiman que las condiciones personales de éste son indiferentes para su existencia.

El peligro puede provenir de uno o más individuos e incluso de una multitud. Siempre la agresión será injusta, y en consecuencia, legítima la defensa que se le oponga. Pero la situación es distinta cuando el peligro para la persona proviene de una turba o multitud desenfrenada, no porque la ataque, sino porque amenaza arrollarla. En ese caso se actuaría en estado de necesidad.

La defensa es legítima aunque el mal recaiga en persona distinta del agresor por efecto de un error del atacado, mala puntería por ejemplo.

Respecto de la injusticia de la agresión se presenta también el problema de si concurre o no éste requisito cuando antes hubo injusticia de parte del acometido. Hay quienes sostienen que la legitimidad de la defensa supone la justicia de la reacción y que mal podría invocar ésta eximente el que comenzó siendo injusto agresor.

Por agresión no ha de entenderse simplemente el acontecimiento por las vías de hecho, sino todo acto humano que pone en peligro un derecho, bien o interés jurídicamente tutelado, sea que provenga de un imputable o de un inimputable y que se concrete de modo directo o con la mediación de instrumentos mecánicos u orgánicos. Este ataque del agresor contra el derecho ajeno será regularmente intencional, pero puede también ser culposos. Lo fortuito, en cambio, no será nunca agresión en tal sentido, pero puede crear un peligro que sea curable a través del estado de necesidad.

La agresión será injusta en tanto se ejerza sin derecho, esto es, en cuanto sea la expresión de una acción jurídicamente prohibida, sin que precise que esté tipificada penalmente, por consiguiente no cabe legítima defensa contra los actos legítimos de la autoridad o de particulares, ni contra los actos por medio de los cuales se ejerce una causal de justificación, pues en todos esos casos falta obviamente la exigencia de la agresión injusta.

Cabe pues, legítima defensa contra el exceso en una causal de justificación, pero no contra meras provocaciones, pues éstas sólo tiene la entidad de circunstancias atenuantes de la culpabilidad. Quiere esto decir que, conforme al derecho nacional, no es agresión cualquier acto antijurídico, sino sólo el que tenga capacidad de poner en peligro concreto e inmediato un bien jurídico propio o ajeno y lo haga efectivamente, lo que nos sitúa ya frente a la exigencia de actualidad de la agresión y junto al presupuesto de la seriedad tanto de la agresión como del peligro por ella creado para los bienes del agredido.²²

Tanto la agresión como la defensa deben ser conductas. No hay agresión cuando no hay conducta, como sucede cuando se trata del ataque de un animal, ilegítima significa antijurídica, y no puede ser antijurídico algo que no es conducta. Contra esos ataques que no son conducta sólo cabe el estado de necesidad.

²² Fernández Carrasquilla. Derecho Penal Fundamental. Pág. 335

La agresión debe ser una conducta, pero también debe ser antijurídica, basta con que sea antijurídica sin que interese ni se requiera que sea típica. En lugar, se requiere que la agresión sea intencional, no siendo admisible la agresión "culposa", puesto que en tal caso es una enormidad pretender que quien se ve amenazado tenga derecho a causar un daño sin proporción alguna con la magnitud del mal.

La autoridad de la agresión antijurídica es lo que da el carácter de sujeto pasivo de la acción de defensa, porque la misma no puede dirigirse con otro que no sea el propio agresor. Quien en la defensa alcanza un tercero, actuará respecto de este tercero en estado de necesidad o simplemente en forma inculpable, pero no lo cubrirá el tipo permisivo de legítima defensa.

El carácter antijurídico de la agresión excluye la posibilidad de una legítima defensa contra una legítima defensa. Nadie puede defenderse legítimamente contra quien, a su vez se está defendiendo legítimamente. Por supuesto que esto es válido siempre que la acción sea defensiva contra el agresor y que no alcance a un tercero ajeno a la agresión, pues la conducta respecto del tercero no configura una legítima defensa. Nadie puede ser impedido de defenderse en razón de la agresión ilegítima que haya llevado a cabo otro con el que nada tiene que ver.

La agresión antijurídica no es necesario que se haya iniciado. La ley dice que la defensa puede ser "para impedirle o repelerle": Se repele cuando ya se ha

iniciado, pero se impide cuando aún no ha tenido comienzo. La doctrina y jurisprudencia exige que la agresión sea inminente. Este requisito es coherente si por tal se entiende que el agresor puede llevarla a cabo cuando quiera, porque es inequívoca su voluntad de hacerlo y ya tiene aprestados los medios para ello, pero no debe ser entendida en el mero sentido de inmediatez temporal. Así, quien nos apunta con una pistola y nos mantiene contra un muro, no sabemos en que momento va a disparar, pero sin que nos diga nada sabemos cuales son sus intenciones y estamos a su merced.

3.5 Peligro inminente. De la agresión debe resultar un peligro inminente, tiene que ser de inmediata realización, de lo contrario pueden emplearse otros medios no delictuosos, como la eminencia equivale a lo inevitable, porque si no lo es, no hay razón alguna para justificar la defensa, si el peligro se prorroga, es decir, algo futuro o el peligro ha pasado, tampoco hay razón para justificar la defensa ya que entonces se procuraría una situación ventajosa para cometer un delito.

Debe resultar un peligro que representa la posibilidad inmediata de un resultado perjudicial, posibilidad es sinónimo de potencialidad, de disposición de una situación en factores que necesitan solamente el agregado de ciertas condiciones parciales para realizar lo posible.

La inminencia implica una amenaza a todo aquello que está por suceder, así pues, peligro inminente será aquella posibilidad de producción, inmediata o próxima, de un resultado dañoso.

Sobre lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado que no se desprende que el reo privara de la vida a la víctima dentro de las condiciones de inminencia requeridas por la ley, para que se opere toda acción defensiva, si cuando los hechos criminales se desarrollaron no estaba en la disyuntiva de matar o de ser muerto, de herir o de ser herido por su adversario.

Este elemento de la legítima defensa consiste en que la agresión real sea actual o inminente, es decir, que el rechazo a la agresión real se dé precisamente en el momento en que se presenta la agresión no en uno inmediato anterior o posterior a que se presenta dicha agresión. El acto de la agresión y su rechazo deben ser coetáneos. Así por ejemplo un sujeto que agrede y golpea a otro y lo deja tirado en el suelo y se marcha dando la espalda al agredido, si este por ejemplo, dispara lesiona o mata, a quien fue su agresor, ya su acción típica no puede ampararse en la causa de justificación de legítima defensa porque su actuar ya no resulta un rechazo al momento de la agresión, ésta ya ocurrió, su actuar es posterior y su conducta es antijurídica, el derecho ya no puede legitimar que "haga justicia por su propia mano", su acto no está motivado por su reacción defensiva, sino más bien puede ser vengativa.

La agresión real, actual o inminente y sin derecho, debe poner en peligro bienes jurídicamente propios o ajenos, lo que permite actuar en defensa de bienes propios.

La razón de la condición de la peligrosidad del ataque para que pueda operar la defensa legítima es obvia: siendo fundamento esencial de ésta justificante el reconocimiento del estado de no poder preservar siempre los intereses jurídicamente tutelados, concede el derecho de la autodefensa; pero lo limita a aquéllos casos que considera de excepción, a fin de evitar la arbitrariedad que significaría una irrestricta concesión de ese derecho a favor de los particulares.

Por peligro debe entenderse, para los efectos de defensa legítima, una certeza o probabilidad de que ocurra un daño al bien jurídicamente tutelado, tomando en consideración la situación de hecho concurrente con la agresión; son los hechos concurrentes en el momento de la agresión, los que proporcionan la probabilidad o la certeza que el daño ocurra o se agrave. En estas condiciones será agresión peligrosa aquella que permita ser valorada como causa cierta o probable de un daño a un bien tutelado, valoración que deberá realizarse desde el punto de vista objetivo de los hechos concurrentes al despliegue de la conducta.²³

²³ Sergio Treviño Vela. Antijuricidad y Justificación. Segunda Edición. Pág. 342

La defensa resulta de la agresión que pone en peligro a los intereses tutelados; el peligro es lo que motiva por su inminencia la necesidad de reaccionar violentamente en defensa de los bienes injustamente agredidos, es de ésta relación, agresión-peligro-defensa, de donde emana la construcción íntegra de la defensa legítima, considerando también la necesidad de realizar la defensa.

Si la agresión que provoca un peligro puede evitarse sin necesidad de recurrir a la violencia en que se manifieste la reacción defensiva, podemos afirmar que se rompe la cadena agresión-peligro-defensa y desaparece lo necesario que fundamenta la reacción defensiva.

La ley dice que no actúa en defensa legítima quien previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales. Esta condición de la ley encierra dos conceptos diferentes, que son la previsibilidad y la evitabilidad, siempre que el peligro pueda desaparecer o cesar por un medio distinto a la repulsa violenta, el daño que se cause a los intereses del agresor no quedará cubierto por la defensa legítima.

No debe, desde luego, entenderse que antes de realizar el acto repulsa se obligue al agredido a agotar todos los medios distintos que puedan intentarse para evitar el peligro; en este caso, también opera el criterio objetivo-subjetivo del juzgador y del agredido; queremos decir que debe pensarse en la evitabilidad del peligro con un criterio racional y fundado en todas las circunstancias objetivas y condiciones subjetivas concurrentes en el momento de la agresión; aún más

tampoco rige, para efectos de la evitabilidad del peligro, un criterio contrario a la naturaleza humana en su esencia de libertad; en este caso a la problemática de la fuga como medio utilizable para evitar el peligro.

3.6 Extensión de los bienes defendibles. El Código Penal vigente en el Estado de Nuevo León en la fracción III del Artículo 17, señala la extensión de los bienes jurídicos defendibles; establece que son circunstancias excluyentes de responsabilidad: III.- “Obrar en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro... ”.

La defensa es la repulsa del ataque que lesiona o pone en peligro intereses jurídicamente protegidos. Tiende a eliminar el peligro que surge de una injusta agresión. Toda reacción defensiva va dirigida a eliminar el peligro creado por la conducta agresiva. En la legítima defensa el agredido, con su conducta, se propone a eliminar el peligro derivado de la injusta agresión. La legítima defensa es tal, exclusivamente cuando es necesaria, lo que equivale a decir que no hay otro medio de evitar el mal que amenaza.

De acuerdo con el precepto penal que se indica la legítima defensa se hace extensiva en la persona propia, en su honor o de sus bienes, o bien en la persona de un tercero, honor o en sus bienes.

En principio todos los bienes jurídicos son susceptibles de ser defendidos; este principio se ha obtenido mediante un amplio desarrollo histórico que da principio con la limitación de la justa defensa al bien jurídico: vida.

El criterio que sustenta el código penal del Estado de Nuevo León se aparta totalmente del anterior principio al enunciar en forma enumerativa los bienes que caen bajo la defensa legítima. Habría ganado el legislador precisión y brevedad, al enunciar categóricamente, que la defensa comprende a la persona o derechos, para quedar incluido en este último término todos los bienes jurídicos.

Todos los autores modernos reconocen sin discutir la extensión de los bienes defendibles en el sentido que se ha dejado asentado, en nuestro país, la doctrina es unánime, si bien no ha dejado de criticar la enumeración que el código hace en la fracción que se comenta.

“Se trata de un precepto del derecho penal cuyo fin es proteger todos los ‘bienes’ que forman el orden jurídico, resultando impropia restringido dar a ese concepto de ‘bienes’ un contenido netamente patrimonial o económico como si se tratara del derecho civil o privado”.²⁴

La defensa de terceros. La posible intervención de terceros demuestra el reconocimiento a la solidaridad humana, sin distinguos entre parientes y extraños, refiriéndose tan sólo a la defensa de “La persona, honor o bienes de otro”.

²⁴ Villalobos, Ignacio. Ob. Cit. Pág. 387

Por consiguiente, la intervención de terceros debe estimarse legitimada absolutamente en las mismas condiciones que para quién se actúa en defensa propia. Porque en estricto derecho quién actúa en estado de defensa legítima lo hace afirmando el derecho, la protección del orden jurídico.

Para actuar en defensa de terceros, con resultados dañinos, es indispensable que se reúnan todos y cada uno de los requisitos enumerados con antelación, toda vez, que para que la defensa sea justa, que ni el agredido, ni el tercero defensor, estén colocados en alguna condición negativa de la misma. Un tercero puede apreciar erróneamente los hechos que desencadenan su reacción e interviene a favor del que está inerme o en situación de peligro a perder su vida, aunque sea el que originalmente dirigió, en este caso el tercero no obra en legítima defensa, en cuanto que el agredido intervino en la contienda como provocador y no sería justo que el tercero lesione un inocente que se defiende de una agresión injusta, por una simple versión errónea de su parte.

En fin, la justa defensa se dará cuando se reúnan los requisitos de la misma, y ni el agredido ni el tercero se encuentren colocados en ninguna condición negativa de la misma.

La ley nada dice respecto de la gravedad del mal amenazado apreciado en si mismo, de modo que la fórmula de la necesidad alcanza a toda clase de bienes, sin otro requisito de su valor relativo.

El mal puede haberse causado para alejar el peligro para el que obra o para un tercero, pero debe ser lesionado un bien ajeno. Los hechos que lesionan únicamente un interés propio no constituyen delito.

La defensa puede ser propia o de terceros. La defensa "propia o de sus derechos" abarca la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico. El requisito de la racionalidad de la defensa no excluye la posibilidad de defender ningún bien jurídico, sino que exige una cierta proporcionalidad entre la acción defensiva y la agresiva, cuando ello sea posible, es decir, que el defensor debe utilizar el medio menos lesivo que tiene en sus manos.

Así, puede defenderse cualquier bien jurídico a condición de que la defensa no exceda los límites de la necesidad racional. Puede defenderse legítimamente hasta el derecho de preferencia en el estacionamiento, pero por supuesto no matando al conductor del otro vehículo, aunque si atravesándole al propio vehículo en forma que le impide estacionar, puede defenderse hasta el derecho a descansar sin ruidos contra el borracho bullanguero, pero con un baldazo de agua.

La legítima defensa nace unida a los delitos de homicidio y lesiones, y permanece así en los códigos antiguos, pero en todas las legislaciones contemporáneas se acepta la posibilidad de que justifique la defensa de cualquier bien jurídico, incluso aunque no se halle penalmente tutelado.

3.7 Ilegitimidad de la defensa. El código penal del Estado de Nuevo León, enumera en su fracción III del artículo 17, los requisitos de la legítima defensa, y a su vez detalla enseguida aquellos casos en que la defensa deja de ser lícita por la concurrencia de circunstancias negativas para su existencia. En efecto determina en lo conducente: "... a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

Primera: que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;

Segunda: que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales..."

- En cuanto a la primera, difícil problema se plantea en la práctica, para determinar cuándo y en qué casos hay o no provocación suficiente para la agresión, pues de ello depende la justificante.

Se exige que el defensor no haya dado lugar a la agresión con su conducta injusta, excitando o provocando al agresor, pues entonces la provocación constituye una verdadera agresión, puesto que en tal hipótesis el provocador no sería tal, sino un verdadero agresor injusto.

Tampoco se admite el caso en que el agredido ha provocado la agresión, creando voluntariamente una situación de necesidad amparándose en la misma, y lesione impunemente al agresor.

La provocación debe ser inmediata, puede, por tanto, existir una mediata, tal sería cuando un individuo molesta continuamente a otro, lo golpea cada vez que lo encuentra, lo insulta delante de la gente, lo hace objeto de las más humillantes vejaciones, y va creando así en la víctima un odio, un rencor hacia su agresor; sin embargo transcurre un año que no se veían, en cuanto se encuentran el victimario se dirige hacia su víctima, éste cree que va a humillarlo de nueva cuenta, saca su pistola y le dispara, errando el tiro, el otro, a su vez, echa mano de su arma y lo mata. En los términos de ley existe aquí la defensa legítima, puesto que la provocación no fue inmediata.

Puede darse el caso que haya provocación inmediata pero no suficiente, dejando subsistente la defensa legítima.

- Respecto a la segunda, si la agresión fue prevista y es evitable, la actualidad de la misma no existe, faltando, consecuentemente la necesidad de la defensa ya que estuvo en aptitud de recurrir al estado en demanda de protección.

Si se prevé la agresión y se puede fácilmente evitar por otros medios legales, ya no se está en una hipótesis de legítima defensa sino de una riña, en caso de que haya de parte del que ha previsto, un contra-ataque, con relación a la agresión de que es objeto.

Dado el carácter subjetivo de la previsión, puede darse la posibilidad de que llegue a producirse la agresión, pero de ninguna manera con grado alguno de certeza, ocasionando que muchas de las veces, el acudir a las autoridades en auxilio de su protección no dé el resultado esperado.

De manera que la única defensa eficaz contra la agresión (posible) es estar preparado para cuando aquella se presente y además nadie puede prever hasta qué grado la amenaza es cierta.

4. Presunciones en la legítima defensa. La última parte del artículo 17 del código penal del Estado de Nuevo León, menciona varias hipótesis en las que "se presumirá" que existe legítima defensa, refiriéndose los párrafos antepenúltimo y último en los siguientes términos: "Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, respecto de aquél que durante la noche rechazare en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor".

"Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un extraño a quien encontrare dentro de su hogar; en la casa en que se encuentre su familia, aún cuando no sea su hogar habitual; en un hogar ajeno que aquél tenga obligación de defender; en el local que aquél tenía sus bienes o donde se encuentren bienes ajenos que tenga obligación legal de defender, y el intruso

ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallen”.

Tal vez la importancia o el interés que el legislador tiene de mantener la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos en sus propios domicilios y en circunstancias de especial peligro, lo hayan obligado a adoptar fórmulas legales que afirman el derecho de defensa en los primeros indicios graves de agresión. Las presunciones de legítima defensa referidas son “*juris tantum*”, admiten prueba en contrario, sin embargo el sujeto cuya conducta se tipifica en ellas tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho. Adviértase, que desde el punto de vista de la carga de la prueba, es más favorable la situación de presunción de legítima defensa en relación con los casos genéricos en los cuales se integra la justificante.

El privilegio consiste en que para la ley concurren en estos casos las circunstancias de la defensa legítima. De suerte que no es preciso apreciar la racionalidad del medio empleado; la defensa es legítima cualquiera que sea el daño causado al agresor; quien se defiende no está obligado a probar los extremos de la legítima defensa común.

La presunción de peligro para las personas, y no contra la propiedad u otros bienes explica la latitud del daño justificado.

Lo que debe existir es la posibilidad de peligro para las personas; requerir la existencia cierta del peligro, supondría distar el caso dentro de la defensa legítima común, y tener por no escrita esta forma privilegiada. Por eso, si el escalamiento o fractura se ha producido ya, la causa de justificación puede ser invocada con mayor razón, pues ésta circunstancia torna el peligro más inminente.

No debe confundirse esta situación con la del que encuentra a un extraño dentro del hogar; ver que una persona saltó el muro o penetró forzando la ventana, no es "encontrarla dentro"

La presunción cede sin embargo, ante la prueba de determinadas circunstancias, de las que resulta que el peligro para las personas estaba descartado. Repárese en que no se exige la prueba del peligro, sino que se admite la prueba de que no existió. Pero no se olvide que si la ley presume el peligro, también puede suponerlo quien se defiende. Quien respondiendo a un resentimiento anterior, provoca el escalamiento o fractura nocturna o el encuentro en su hogar de su enemigo, no está encubierto por la justificante. También aquí queda excluido el pretexto o simulación de defensa legítima.

La presunción cede también lógicamente, ante los casos de necesidad, tales como incendio o inundación y aún respondiendo a pedidos de auxilio que partan del interior de la morada, y ante aquéllos en que el que rechaza el escalamiento o fractura sabe que no existe en ello peligro.

Por último, no hay peligro cuando el intruso al que se encuentra dentro del hogar, responde a la intimación que se le formula, sea entregándose, sea alejándose o huyendo.

De todo lo dicho resulta, también la exigencia de que quien se defiende está dentro de la casa o departamento que habita. Así si alguien penetra en su casa de noche y por las vías previstas por la ley, no podría pretender que ejerce el derecho de defensa legítima que estamos considerando, pues, ni rechaza el escalamiento o fractura ni encontró al extraño dentro del hogar.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquél que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio trate de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que tenga la misma obligación, o bien lo encuentre en alguno de aquéllos lugares en circunstancias tales que revelan la posibilidad de una agresión.

El artículo 15 fracción IV del código penal federal, llama "presunción de legítima defensa" que consiste en considerar que se obra en legítima defensa si una persona causa daño a quien por cualquier medio pretende penetrar o haya penetrado sin derecho a su hogar, al de su familia, o a sus dependencias, o al sitio que tenga obligación de defender, si las circunstancias del caso revelan la

probabilidad de una agresión. Anteriormente este concepto en su redacción era más casuístico, pues se refería al rechazo al “momento de estarse verificando el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de la casa o departamento habitado”.

Es necesario advertir que en el caso de una persona que sorprenda a un intruso dentro de su hogar, apuntándole con un arma de fuego y el intruso aprovecha un descuido y hecha a correr huyendo y la persona le dispara para detenerlo, las lesiones o la muerte del intruso ya no se dan en el supuesto de la existencia de la probabilidad de una agresión, su actuar será antijurídico y podrá ser acusado por lesiones u homicidio.

En los supuestos especiales de legítima defensa presunta, probados los extremos que la ley menciona, se presume que hay legítima defensa “*juris tantum*”, es decir, mientras no se pruebe lo contrario. Salvo ésta diferencia de carácter procesal, en cuanto a los requisitos de fondo no hay diferencia con el resultado general.

TERCERA PARTE

Problemática de la legítima defensa

Liámese así en la doctrina penal, a una serie de cuestiones surgidas a la luz entre la institución de la legítima defensa y otras del derecho penal, y que la mayoría de las veces constituyen verdaderos problemas prácticos, que para el juzgador le obliga a buscar soluciones justas.

Para resolver toda la problemática que sugiere la defensa legítima en orden a las características del ataque, debe siempre buscarse la fundamentación que el derecho da o niega al ataque que motiva la repulsa. Cuando el ataque es justificado o conforme al derecho, su repulsa no podrá ampararse en la defensa legítima; por el contrario cuando el ataque se produzca sin derecho a agredir, el rechazo será en ejercicio del derecho que para ello se tiene.

Enseguida se abordaran algunas situaciones que con relativa frecuencia se suceden.

1. Riña y legítima defensa. De conformidad con el artículo 304 del Código Penal en vigor en el Estado de Nuevo León, se entiende por riña "para todos los efectos penales: la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas".

La contienda de obra es el ataque recíproco entre dos o más personas cuerpo a cuerpo, o a distancia empleándose vías de hecho; los insultos, las amenazas, que constituyen una forma oral de contienda no configuran la riña.

En la riña los protagonistas se colocan al margen de la ley, en un plano de ilicitud, al recurrir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias, y por lo mismo, las actitudes de ambos contendientes son antijurídicas, en cambio en la legítima defensa la contienda es lícita al rechazar una injusta agresión.

Hay que tener cuidado en no confundir lo que es riña y lo que es legítima defensa, además de lo anterior en la riña existen actos preparatorios que culminan con el intercambio de golpes o de actos lesivos, y en la legítima defensa, faltan los actos de referencia tales como: palabras, injurias, amenazas, etc., que demuestran el "*animus regendi*" en los contendientes; pues muchas veces se confunden los actos de ataque y defensivos que será cuando concurren los requisitos de la eximente de la legítima defensa.

Es de justicia recurrir al momento inicial, para precisar si alguno de los contendientes rompió el equilibrio jurídico con un ataque injusto, pero que en todo ánimo de lucha o la aceptación voluntaria de la misma, la riña excluye en términos generales el concepto de legítima defensa, lo mismo para el provocador que para el provocado o para el que inicia la violencia como para el que la secunda, pues no se trata de una agresión por sorpresa con el agredido, ya que pudo prever y evitar la agresión.

Así, con los conceptos enunciados queda deslindado plenamente, las figuras jurídicas de la riña y la excluyente de responsabilidad denominada legítima defensa, de modo que la existencia de aquella, excluye esta eximente.

Por riña ha de entenderse el cambio de golpes entre dos o más personas, con recíproca intención lesiva entre los combatientes. La riña no es por sí misma un delito en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí una contravención. Los retos o desafíos no son todavía riña, sino provocación; por consiguiente tampoco son agresión injusta que sirva para fundar una legítima defensa. La legítima defensa de los rijosos debe tratarse con tiento: el culpable de la riña debe someterse a las restricciones del injusto provocador. Si ambos protagonistas son culpables, se trata de una riña mutuamente provocada y libremente aceptada por cada uno, de suerte que todos son provocadores y solo en caso extremo pueden defenderse. Cuando es antijurídico el ataque de ambos ninguno tiene derecho de defensa, pues en esta una de las violencias ha de ser legítima.

Algunos autores admiten que uno de los rijosos obtiene derecho a la defensa legítima cuando el otro rompe la homogeneidad o continuidad de los actos, viola deslealmente las condiciones relativamente equilibradas del pacto o combate, poniendo al otro en desventaja.

Es importante no confundir la riña con la legítima defensa en acto, que se da cuando la víctima de una agresión injusta, para contenerla o superarla tiene que medirse con el agresor en singular combate.

No puede coexistir la riña y la legítima defensa en forma simultánea, pues en la riña los riosos se colocan en estado antijurídico, las lesiones que mutuamente se produzcan, serán punibles por resultar típicas, antijurídicas y culpables; en la riña nuestra ley no utiliza, como antaño los términos agresor y agredido, sino con más propiedad provocador y provocado. En la legítima defensa el agresor obra antijurídicamente y si lesiona al agredido deberá ser sancionado, en cambio, resulta lícito el actuar de quien rechaza la agresión y si lesiona a su agresor no comete ningún delito, no queda obligado ni a reparar el daño que haya causado.

2. Legítima defensa recíproca. Con relación a la existencia de la legítima defensa recíproca, la doctrina casi unánimemente la rechaza.

Frente a la agresión injusta, la ley reputa lícita la defensa y el daño originado por ella; de lo que resulta evidentemente la inexistencia de ambas conductas en un mismo plano de juricidad, en la legítima defensa coexisten una conducta lícita (agredido que se defiende) y una conducta ilícita (agresor que ataca). Quien injustamente acomete a otro, no puede hacer valer la defensa legítima cuando el agredido contra ataca; su acto consistirá, no en el rechazo de una conducta legitimada, exenta de antijuricidad. Así un individuo no podrá alegar que obró en legítima defensa, cuando siendo de noche entra en una morada con el propósito de robar, en contra de la voluntad del morador y responde a tiros los disparos hechos por éste en defensa de su morada.

Porte Petit opina que no puede darse una legítima defensa recíproca, porque para que concurriera sería indispensable la existencia en ambas partes de una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica, lo cual es irrealizable, pues lo que origina la legítima defensa, es que la conducta de un individuo sea antijurídica y la del otro, lícita, y, en consecuencia, no pueden concurrir conductas contrarias lícitas y antijurídicas a la vez. En concreto, no pueden coexistir recíprocamente dos causas de justificación.

Evidentemente no es posible suponer tal caso, pues si la legítima defensa exige una acción antijurídica, o sea la agresión; no puede concebirse que al mismo tiempo dos sujetos se ubiquen en el caso de estar rechazando una agresión, obviamente uno debe ser agresor y otro rechazar esa agresión.

3. Legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa. Algunos autores sostienen que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa.

La legítima defensa, dice Liszt, se justifica en el momento en que un exceso del ataque, legítimo en si mismo, le convierte en contrario al derecho, es decir, que se justifica el hecho de repeler un exceso de legítima defensa.

Tal vez se olvida este autor de tomar en cuenta el estado de provocación inicial en que incurrió el sujeto que agredió y que provocó tal exceso. De lo que

se infiere que no puede haber una legítima defensa contra el exceso de otra legítima defensa.

El código penal del Estado de Nuevo León, resuelve acertadamente el problema al reconocer expresamente que no se integra la excluyente, cuando el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella.

Algunos autores sostiene que se puede aceptar esta coexistencia, pues en el exceso ya se trata de un actuar injusto; sin embargo con los que coincido opinan que si un sujeto agrede a otro, el exceso en que puede incurrir el agredido y que debe producirse como una reacción inmediata a la agresión, no puede admitirse que el sujeto que primeramente agredió (de su actuar jurídico) derive a su favor la existencia de una legítima defensa.

Es necesario plantear el problema de si existe la legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa.

Sobre el particular contamos con los siguientes criterios:

El que admite la legítima defensa contra el exceso en la legítima defensa

El que la rechaza, sosteniendo otro aspecto negativo del delito, y

Aquel que sostiene, según los casos, el estado de necesidad o la legítima defensa.

La legítima defensa se justifica en el momento en que un exceso del ataque, legítimo en si mismo, le convierte en contrario al derecho, es decir que se justifica el hecho de repeler un exceso de legítima defensa.

Se ha sostenido por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación que en contraste a la legítima defensa, el exceso en la misma es antijurídico; y aún cuando la legítima defensa, no puede darse contra la legítima defensa, se reconoce en cambio, frente al exceso en la legítima defensa.

Jiménez Huerta expresa, que no puede haber legítima defensa contra quien realiza una defensa excesiva, pues aunque es exacto que la defensa excesiva es siempre antijurídica, exigese para su configuración la presencia de una agresión ilegítima creadora de un peligro actual, y por consiguiente, quien empieza siendo injusto agresor dando causa inmediata y suficiente a la defensa excesiva, provoca la agresión que en su contra pudiera verse en la conducta del agente que ejerce una defensa excesiva.

Jiménez de Azúa, no acepta que al repeler el exceso en la legítima defensa le favorezca una causa de justificación, ya que el que repele el exceso de defensa (que por ende él mismo provocó suficientemente) se hallara amparado por la no exigibilidad de otra conducta, que es una causa suprallegal de inculpabilidad, pero jamás podemos decir, que su conducta es constitutiva de legítima defensa con el rango de una causa de justificación.

Si se acepta que no procede la legítima defensa contra el exceso de legítima defensa por las razones anteriormente señaladas, sino una causa de inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta, que es la solución correcta, tendrá que admitirse que es antijurídica la conducta del que contesta el ataque respecto del que se encuentra en exceso de legítima defensa, porque habiendo sido el agresor, automáticamente es provocador suficiente, y no puede por éstas circunstancias acogerse a su vez a la legítima defensa contra el exceso de legítima defensa, que constituyen una conducta antijurídica, no debiendo por otra parte exigirse al agresor que sucumba ante el exceso del agredido, al favorecerle una inculpabilidad por no exigibilidad, a virtud de que, aún siendo antijurídica no se le puede exigir una distinta a la que realizó. En este criterio se sostiene que puede presentarse bien un estado de necesidad o una legítima defensa.

4. En relación con la imputación.

4.1. El inimputable. Sólo los seres humanos son los únicos que pueden ejercer el derecho de defenderse de toda agresión injusta.

Algunos tratadistas, erróneamente, afirman que la reacción de un loco, aunque sea defensiva no es legítima defensa; “equivale a la acción del perro que muerde la pantorrilla de quien lo golpea”.

En contrario a lo anterior, se encuentra la opinión de Quintana Ripollés, quien afirma que no debe operar no sólo la causa de inimputabilidad, por ser injusto atraer sobre la víctima la sanción de responsabilidad civil, que iría a su

vez a enriquecer a un agresor injusto; debe optarse por la defensa legítima, porque el enajenado, bien incapaz, es un hombre dotado de instintos y reacciones vitales a quien la ley debe todas las garantías posibles de protección.

Sería injusto que la ley privara a los inimputables, por el solo hecho de ser inimputable, de defenderse de una agresión injusta proveniente de un ser viviente.

Se ha dicho que los seres humanos sólo pueden intervenir en la defensa legítima como sujetos activos, ahora bien si la ley nada nos dice, sobre si los mismos deben ser imputables o inimputables, es dable aceptar que el inimputable si puede ejercer la acción defensiva para salvaguardar sus bienes jurídicos.

Por otra parte cabe estimar que la antijuridicidad de un acto es independiente de la imputabilidad y de la culpabilidad de los sujetos, es decir, es ajena del estado subjetivo de los sujetos, pues su conducta debe ser valorada objetivamente y dársele en su caso el calificativo de justa, en razón de la agresión injusta que se repele.

La legítima defensa tiene una naturaleza objetiva, se trata del rechazo de una agresión. De esta manera, si una persona inimputable se defiende de una agresión, su condición de inimputable no altera la situación de la agresión, y si actúa rechazándola su obrar se ubica como una causa de justificación en legítima

defensa; de suponer que la actitud defensiva del inimputable es una mera reacción irracional por proceder de un inimputable como opinan algunos, nos colocaría en el supuesto de que con cargo al inimputable quedaría la obligación de reparar el daño causado al agresor, pues su actuar no podría ser catalogado como lícito, lo que evidentemente riñe tanto a la objetividad de la situación como a la licitud de la conducta del inimputable.

Pero puede existir el caso que el inimputable sea el que se defiende de una agresión ilegítima, es decir ¿puede concurrir la legítima defensa a favor de un inimputable? Al respecto circulan dos criterios:

Que existe una causa de justificación: legítima defensa, y

Que estamos frente a una causa de inimputabilidad.

Battaglini estima, que los no imputables pueden ser también sujetos activos de la defensa legítima, porque la circunstancia de inimputabilidad opera inmediatamente, sin que sea necesario la indagación sobre la culpabilidad. Igualmente, Díaz Palos y Bettiol, el primero, piensa: que si el inimputable es capaz de acción antijurídica, es decir, de infringir el derecho, por ser la antijuricidad objetiva, debe ser correlativamente capaz de defenderse frente a la acción injusta, puesto que también esta acción de defensa es eminentemente objetiva, y si bien admitimos un elemento subjetivo en la misma, el *animus defendendi*, este no sólo se sustenta en el vital instinto de reacción frente al ataque, sino que tiene base psicológica suficiente en aquella conciencia y

voluntad mínimas que hemos acordado al inimputable para atribuirle el acto. El segundo, o sea Bettioli, indica que todos pueden recurrir a la eximente de la legítima defensa cuando son obligados a actuar contra el peligro de ofensas injustas, aún los incapaces, porque no es necesario que exista la capacidad de comprender y de querer en el agredido.

Es incontrovertible la posición sostenida de que el inimputable obra en legítima defensa, es decir, que su conducta es lícita, y por tanto, constituye una causa de licitud, evitándose de llevar al agredido inimputable al pago de la reparación del daño, en beneficio del injusto agresor, en caso de considerar que se trata de una causa de inimputabilidad.

4.2. Contra el inimputable. Siendo un ser viviente el que ataca y suponiendo necesario lesionar intereses o la persona misma del agresor, como el único medio de rechazar o paralizar el ataque, se ha sostenido que los actos que se ejecutan corresponden al concepto de la legítima defensa aún cuando tal agresor sea inimputable o subjetivamente se haya excluido de culpabilidad.

Algunos tratadistas han argumentado que la agresión del inimputable, encaminada a dañar bienes no constituye una agresión antijurídica por la ausencia de capacidad del inimputable para entender y querer el propio acto. Consideran y justifican la agresión como un estado de necesidad.

No es preciso que el que comete ilícitamente sea imputable también es posible defensa legítima contra los locos, ebrios y los menores, pues la agresión de estos es antijurídica. Y el hecho de faltar la capacidad de querer y entender no excluye en ninguna forma la injusticia intrínseca del hecho.

Por ende, son valederos los argumentos a este respecto, aún cuando la conducta del inimputable jamás sea culpable por faltarle las capacidades de querer y entender, si en cambio, si puede ser antijurídica y dar lugar a una reacción defensiva legítima.

El inimputable puede actuar y su acción puede ser agresiva, y quien sufre su actuar objetivamente esta siendo víctima de una agresión antijurídica, su proceder defensivo, su rechazo a esa agresión constituye una legítima defensa; aquí importa el acto agresivo y quien hace valer el rechazo, la condición de inimputable del agresor no varia la puesta en peligro o el daño como resultado de esa agresión. El rechazo a esa agresión debe resolverse por el llamado estado de necesidad, pues afirman que el inimputable no puede obrar en forma antijurídica, apreciación que no se comparte, pues si la imputabilidad se considera elemento del delito o presupuesto de la culpabilidad, el inimputable sí puede obrar antijurídicamente, más no culpablemente, y contra su actuar, se puede configurar la legítima defersa.

4.3. Contra los animales. Sobre esta cuestión hay tratadistas que afirman estar frente a una causa de inimputabilidad, otros, reconocen la existencia de legítima defensa, pero la mayoría se orientan hacia un estado de necesidad.

Otro problema por resolver, es si procede la legítima defensa contra ataque de los animales, pudiéndose presentar dos situaciones:

El ataque que instintivamente realiza el animal, y

El ataque que realiza el animal azuzado por el hombre.

En realidad pueden señalarse dos tesis respecto al ataque de los animales:

Que existe legítima defensa,

Que estamos frente al estado de necesidad.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado, que la legítima defensa está reservada a los casos de agresión previstos por la ley penal, y no al ataque de un animal.

5. La legítima defensa putativa. Esta la ubica el sistema causalista como una causa de inculpabilidad, y consiste en que el sujeto cree fundadamente que está siendo agredido y que su actuar es para rechazar una agresión, sin embargo ese supuesto rechazo en la realidad se traduce en una agresión y si el agredido actúa en su defensa para él se presentará la legítima defensa como causa de

justificación, y para el agresor se trata de una legítima defensa putativa. De esta manera si pueden coexistir, para el sujeto que “cree” ser agredido será legítima defensa putativa; para quien en realidad resulta agredido, su actuar defensivo es una real legítima defensa.

6. Legítima defensa del honor. La defensa del honor es desde luego posible. El honor no es un bien jurídico excluido de la posibilidad jurídica de ser defendido por su titular, pues es un bien jurídico en sentido estricto y propio.

El honor puede ser atacado por acciones ajenas constitutivas de “agresión injusta”, al menos mientras está no se circunscribe a los acontecimientos de hecho, sino que se le perfile como voluntaria “ingerencia, lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos”, que es como, de forma actualizada. Pero de todas maneras, el problema en la legítima defensa del honor no es la defendibilidad de dicho bien jurídico, sino el que concurren los demás requisitos de la legítima defensa.

No cabe legítima defensa contra las meras palabras injuriosas, esto es inexacto, porque reduce la reacción defensiva a los ataques de hecho; no es lícito herir al que nos insulta. Las injurias, que tanto pueden ser de palabra como de hecho representan el tema de las provocaciones y regularmente no alcanzan el rango de agresiones porque se limitan a herir nuestros sentimientos, sin poner en peligro nuestros derechos; sin embargo la ley exime de pena en el caso de injurias o calumnias recíprocas.

Distinto es el caso de la calumnia, pues ya se compromete la imagen social de la persona, su prestigio social, familiar o profesional y reviste idoneidad para desencadenar los males más graves. Frente a ella, pues, mientras exista proporcionalidad y actualidad, la defensa debe reputarse necesaria y justa. No cabe duda que el bien jurídico honor puede a veces también defenderse por medio de ataques contra el honor.

7. Problemática de la ofendícula y las defensas mecánicas predispuestas. En cuanto a los medios, la exigencia de proporcionalidad racional no se traduce en la igualdad mecánica, sino en equivalencia de la potencialidad ofensiva, el agredido está autorizado por el derecho para recurrir a los medios de que dispone y por lo mismo a medios más drásticos que los empleados por el agresor si no hay otros a su alcance. Y dentro de los medios disponibles, la autorización se refiere a los que de momento parecen eficaces, sin exageración ni temeridad, para conjugar el peligro.

La permisión legal de la defensa ofensiva no está supeditada tampoco a que el agredido se trabee en singular combate, cuerpo a cuerpo y de igual a igual con el agresor. Alguna ventaja habrá que conceder siempre al agredido, en cuanto a los medios y al tiempo de la reacción, para compensar al menor la audacia del atacante y la desventaja psicológica que muchas veces su agresión envuelve, generalmente por lo sorpresiva. La defensa necesaria es en el fondo siempre de algún modo y en algún grado preventiva, esto es, anticipada en cierta medida a la agresión y más eficaz que ésta, pues de lo contrario el atacado

estaría siempre perdido de antemano en los hechos y ante el derecho. La reacción defensiva debe en todo caso dirigirse contra la persona del agresor, máximo contra el instrumento, de ninguna manera contra terceros inocentes o no participantes, pues éstos no son injustos agresores y disfrutan de plena protección jurídica. La defensa aberrante (el agredido, queriendo afectar bienes del agresor, vulnera los de un tercero, por error en la persona, en el objeto o en el golpe) no es un "delito aberrante" y las lesiones de terceros no quedan comprendidas por la legitimidad, sino que ante ellas deben aplicarse las reglas generales sobre las formas de culpabilidad, con particular atención del dolo eventual y la culpa, siendo inculpables cuando respondan a circunstancias de caso fortuito. Esas lesiones, no están amparadas por el estado de necesidad sino en cuanto los terceros, sin quererlo ni entrometerse en el curso de la agresión, hagan imposible o dificulten notablemente la defensa efectiva. La reacción defensiva es justa frente al agresor injusto, pero constituye agresión injusta susceptible por tanto de legítima defensa, frente a terceros no comprometidos.

Un caso particularmente problemático de defensa preventiva esta formado por los llamados ofendículos (en latín offendícula) o defensas mecánicas predisuestas. Se trata de medios defensivos de la propiedad, ésta es la regla general, pero podrían aprontarse también para la defensa personal o de la familia, destinados a obrar frente a eventuales agresores, medios que van desde los vidrios en los muros, las rejas electrizadas y los perros bravíos hasta las armas de fuego premontadas para dispararse al abrir una puerta o una ventana, o los venenos colocados en ciertos comestibles de las neveras domésticas como

(trampa) para los ladrones, la legitimidad de ciertos medios predispuestos es indiscutible cuando actúan contra verdaderos agresores, siempre que la necesidad y la proporcionalidad existan, es decir, en cuanto no se trate de instrumentos de una potencia desproporcionada para la protección de los bienes de que se trata. Si tales medios alcanzan a terceros, como ser los intrusos no agresores o los simples curiosos, la legítima defensa no tendrá posibilidad alguna de ser admitida, pero en cambio habrá de examinarse con cuidado lo relativo a la culpabilidad. Esta existirá como dolo eventual o al menos como culpa conciente, cuando conociendo la lesividad del medio predispuesto, el sujeto nada hizo por evitar que se alcanzara a terceros inocentes, bien porque no le importaba (dolo eventual), porque no tomó las necesarias o suficientes cautelas (culpa conciente). Si pese a las precauciones para que el mecanismo no funcionara sino ante verdaderos agresores, un tercero es alcanzado, la impunidad sobrevendrá irremisiblemente por caso fortuito. Ya que la previsión del ataque no desvirtúa la legitimidad de la defensa necesaria, no vemos, pues que los ofendículos deban someterse a reglas distintas de las generales para toda la legítima defensa objetiva.

La ofendícula, es decir, los artificios que pueden colocar los dueños en los muros o cercas de sus propiedades (impedimentos stricto sensu), o los aparatos de defensa ofensiva situados en las puertas de acceso a sus casas y hasta en las cajas de caudales donde se guardan joyas o dinero (defensas mecánicas predispuestas), han sido objeto de debate en cuanto a la legitimidad.

Hace muchos años que estas medidas precautorias contra ataques futuros, son legítimas, siempre que la acción del aparato protector no comience hasta que llegue el ataque y que la gravedad de las consecuencias no traspase los límites de la necesidad y de la proporción.

CUARTA PARTE

El exceso en la legítima defensa

1. Concepto de exceso en la legítima defensa. Inecesariamente intensificación de la reacción defensiva el injustamente agredido rebasa los límites de un comportamiento legitimado, colocándose en el ámbito de lo antijurídico. Se sanciona como delito culposo.

El exceso conciente o doloso dará lugar a una responsabilidad de esta clase, y que el exceso inconsciente, ya culposo, ya inculpable, dejará o no subsistente la culpa, atendida la naturaleza o invencible del error.

En el exceso puede suceder que el agredido no haga una estimación acertada y creyendo necesario el uso de medios determinados o el causar determinados daños, proceda en esa forma a su defensa, tendrá entonces, por lo que ve el exceso en que por tales errores incurra, la exculpante que siempre trae consigo el error sobre la concurrencia perfecta de una causa de justificación. No habrá en tales circunstancias excluyente de antijuricidad ni licitud en el acto, pero si puede haber excluyente de culpabilidad por error inculpable.

Hay exceso de legítima defensa cuando "el autor ha traspasado los límites de defensa por aturdimiento, miedo o terror". Ello significa que cuando el autor ha hecho más de lo que era necesario para defenderse. Contrariamente a lo que

ocurre en la legítima defensa, el exceso de legítima defensa es antijurídico; pero, si existen los presupuestos de la ley, queda excluida la culpabilidad del autor. La legítima defensa, que no pueda darse contra la legítima defensa, se admite, en cambio, frente al exceso en la misma. Tampoco es culpable la acción dolosa y no puede admitirse una culpa punible. Puede ser causa de exclusión de la culpabilidad, no obstante solamente el llamado exceso intensivo en la legítima defensa, cuando existe objetivamente una situación de legítima defensa, mientras en el llamado exceso intensivo, cuando no existe o ya no existe objetivamente una situación de legítima defensa (la lesión causada al atacante que huye, sin que todavía exista el ataque), puede quedar impune, por la vía de la legítima defensa putativa.

Cuando no concurren todos los requisitos exigidos por la ley para legitimar la defensa en las distintas situaciones estudiadas, salvo la agresión ilegítima y la necesidad de la defensa, condiciones *sine qua non* de la eximente, por lo que nunca pueden faltar, surge la figura jurídica del exceso en la defensa que transforma la eximente en atenuante.

En el caso de que la agresión produzca en el ofendido un miedo insuperable, el exceso pasaría a constituir una causal de inculpabilidad (*inexigibilidad*).

El artículo 16 del código penal federal regula el supuesto del exceso en la legítima defensa, pero no define en que consiste éste. Con apoyo en los

elementos de la legítima defensa se puede señalar que el exceso se presenta cuando existe desproporción entre el medio empleado por quien hace valer su actuar defensivo y el utilizado por el agresor (agresión con una botella y rechazo con un arma de fuego); o bien desproporción evidente o notoria del daño inferido por el agresor y el producido por la defensa (el agresor produce una lesión levisima y la defensa la muerte del agresor). El exceso exige además de la desproporción notoria de índole objetiva, es decir, apreciable por los sentidos, que se tenga conciencia de esa notoria desproporción, o sea el carácter subjetivo del exceso, pues si el sujeto agredido utiliza un medio desproporcionado o causa un daño evidentemente de mayor magnitud, pero sin tener conciencia de esa desproporción en el acto de ejecutar la acción defensiva, el exceso no se presentará y quedará en legítima defensa (tal es el caso de quien agrede con una botella y el agredido, por las circunstancias particulares del caso, en ese momento solo puede utilizar un arma de fuego para rechazar la agresión). El código penal federal sanciona el exceso con las penas previstas para el delito culposo.

Existe exceso en la legítima defensa cuando:

- No hay necesidad racional en ella, y
- Cuando hay mucha desproporción entre la defensa y el ataque.

El exceso en la defensa supone necesariamente, la existencia de una *agresión, con sus requisitos esenciales, como también una defensa verdadera,*

real, pero en la cual se excede quien realiza a virtud de un error sobre la necesidad del medio empleado o del poder lesivo de la defensa.

En tales casos no hay legítima defensa, no hay licitud en el hecho, por no estarse en el supuesto justificado por la ley.

2. Elementos.

2.1 Racionalidad del medio empleado. En principio violencia y defensa deben ser proporcionales. La defensa encuentra su justo límite en la magnitud de la agresión referida siempre al monto o cualitativamente del medio empleado.

Al exigir el código penal del Estado de Nuevo León que haya necesidad racional del medio empleado en la defensa, ha querido más que establecer, como antes se dijo, una proporción en la agresión y la defensa; la necesidad creada por la agresión y los medios empleados para retenerla. Cabe hacer notar también, que no debe confundirse la necesidad de la defensa, con el principio regulador enunciado en el precepto a que se hace referencia, pues la necesidad de la defensa es una circunstancia objetiva, en todo caso existe, en cambio la necesidad racional del medio empleado es una circunstancia subjetiva que inicialmente toca examinar al agredido y éste requisito es por fuerza, relativo a la personalidad del sujeto y a la naturaleza de la emotividad, particularmente cuando se trata de apreciar la defensa.

Respecto a éste elemento negativo, algunos tratadistas piensan que debe moderar el principio relativo a la preponderancia del bien *jurídico* del agredido, sobre el bien jurídico del agresor. Para otros deben prevalecer proporción de los medios empleados o bien proporción de bienes y medios.

En los individuos, la razonable opinión de la existencia de un peligro equivale a la realidad, por lo que se impone el criterio subjetivo, mediante el estudio de la personalidad del sujeto, ya que la excluyente esta hecha para los hombres en un estado emotivo que sacude profundamente su ser, por lo que en última instancia la necesidad racional implica, además de lo dicho, para el juzgador el deber de apreciar la eficacia de las circunstancias que mediaron en la agresión y defensa.

2.2 Reparabilidad del daño. El código penal del Estado en su artículo 17, cuarta parte, fracción tercera, no exime de pena cuando el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.

Según este precepto exige: que el daño que iba a causar el agresor era *fácilmente reparable* después por medios legales.

El presente elemento negativo constituye una circunstancia objetiva, que atiende a la desproporción de un posible daño que la agresión iba a causar y aquél que causó la defensa.

Se puede afirmar que esta circunstancia, no es más que el resultado, de la señalada por el código penal del Estado de Nuevo León en dicho apartado, puesto que si no existe necesidad racional del medio empleado en la defensa, la consecuencia será una desproporción entre el posible daño que la agresión iba a causar y aquel que causó la defensa.

Porte Petit afirma: “nosotros consideramos esta exigencia legal que invalida la legítima defensa, inadmisibles, pues esto nos lleva a soportar (por el hecho de que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales) las agresiones injustas. Ya Manzini expresaba, que una anticuada doctrina pretende que no existe necesidad de la defensa, si el mal que se quiere evitar no es, o no se considera realmente irreparable, pretensión que es absolutamente arbitraria, pues por ejemplo, una bofetada no constituye un mal irreparable y, sin embargo nadie se atrevería a negar el derecho de rechazar con la fuerza a quien va abofetarnos”.²⁵

No es justo imputarle la desproporción de un daño a la cuenta de alguien, quien no la ha previsto ni querido.

3. Naturaleza. El exceso en la legítima defensa, ha sido reconocido por el legislador quien no se ha ocupado de él, al regular las demás causas de justificación.

²⁵ Porte Petit, Celestino. Ob. Cit. Página 520.

Es necesario referirnos a la esencia jurídica de esta figura, a fin de encontrar la razón de considerarla una atenuante en la pena.

La legislación que antecede al código penal de 1931 para el Distrito Federal y Territorios Federales examinaban los elementos negativos de la defensa, para fijar si el exceso era grave o leve; en efecto el legislador de 1971 determinó el exceso en relación no solo con datos objetivos sino también con subjetivos. El código penal de 1929 del Distrito y Territorios Federales, mandaba que el Juez examinara no solo el hecho material, sino también el grado de excitación y sobresalto del agredido, la hora, sitio y lugar de la agresión, en fin todas aquellas circunstancias que concurrieron en la agresión y acto de defensa.

En los ordenamientos citados se justificaba el exceso en atención de las circunstancias objetivas y subjetivas y se consideraba como imprudente el exceso notorio.

El código penal vigente en el Estado de Nuevo León establece en su artículo 20 que en los casos de exceso de legítima defensa, se aplicará una sanción no menor de la sexta parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito.

Soler llamaba el exceso como una intensificación innecesaria de la defensa, por la superabundancia de los medios defensivos con relación al ataque, y decía que existía exceso propiamente o exceso intensivo, pero solo

cuando existía cierta desproporción relativa entre el bien defendido y el mal causado, se decía que había exceso en la causa.

Para este tratadista, el exceso no es del mismo género de la acción necesaria inicial, ya que siempre será justa, o sea la legítima defensa, y aquél o sea el exceso, se juzgara en el ámbito de la culpabilidad.

Para José Almaráz, el exceso en la defensa se ha considerado como imprudencia o delito culposo (error de cálculo en el que se defiende). Agrega también: "el desorden de asociación que domina al sujeto y la energía psíquica polarizada hacia determinadas reacciones, lo impelen a la descarga motriz, y en este estado es imposible oponer motivos antagónicos: por la torpeza de asociación, no se presentan en la inteligencia como un juicio sereno en el que puede reflejarse la personalidad. Este excluye por completo la intención (móviles psíquicos dirigidos conscientemente a un fin). De modo que en el exceso sólo puede justificarse la imprudencia como delito, pero no el hecho intencional".

La doctrina sostiene que el exceso es punible a título de dolo, considerado el delito ejecutado como intencional, pero excusable por la conducta del atacante.

En mi opinión la reacción defensiva que va más allá de lo debido, los actos que la constituyen ya no serán actos de defensa, que ya no es necesaria, sino actos con intencionalidad dañosa que por ningún motivo quedarían amparados por la excluyente. Y la razón de ser de la atenuación de la pena en esta hipótesis,

se debe a la consideración de la imperfección del dolo derivada de la turbación del ánimo del sujeto ocasionada por la injusta agresión.

4. Derecho Comparado.

Código Penal Alemán.

Artículo 32.- Legítima defensa.

(1) Quien cometa un hecho que esta admitido por la legítima defensa, no actúa antijurídicamente.

(2) Legítima defensa es la defensa que es necesaria para conjurar una agresión actual antijurídica para si mismo o para otro.

Artículo 33.- Exceso en la legítima defensa.

Si el autor excede los límites de la legítima defensa por confusión, temor o miedo, entonces no será castigado.

Artículo 34.- Estado de necesidad justificante.

Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.

Artículo 35.- Estado de necesidad disculpante.

- (1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque él mismo ha causado el peligro o porque el estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al artículo 49 inciso 1), cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

- (2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al artículo 49 inciso 1.

Código Penal Español.

Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad criminal:

1° El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2° El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3° El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4° El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5° El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurra los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6° El que obre impulsado por miedo insuperable.

7° El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números, se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.

CONCLUSIONES

Primera. La necesidad de su regulación. Impera en la falta de precisión del artículo 20 del Código Penal en Vigor en el Estado de Nuevo León, al no establecer o definir un concepto por el que deba entenderse o considerarse un "exceso de legítima de defensa".

Dicho dispositivo legal solamente se limita a establecer una sanción corporal basada en una parte de la sanción señalada para el delito cometido.

No prevé ninguna circunstancia que lleve al juzgador a considerar un límite o parámetro para la aplicación de este artículo, es decir, los supuestos o hipótesis que se deben de tomar en cuenta en un acontecer de hechos delictuosos en donde se necesite esclarecer si los participantes se excedieron en su defensa.

En cuanto a que circunstancias de hechos, en cuanto al bien defendible, en cuanto a la reparabilidad del daño, a la ponderancia de los intereses en conflicto, es decir, si se pudiese tomar en cuenta alguna escala de bienes o valores defendibles para saber considerar cuando existe una desproporcionalidad en la acción del sujeto activo y el resultado del hecho; como saber que se excede en la defensa de algo o alguien, y saber en que momento existe una

desproporcionalidad entre la acción y el resultado, o cuando prevalece los intereses protegidos sobre los perjudicados.

En esta hipótesis no es necesario que en los participantes exista una superioridad física o material, pues ambos podrían encontrarse en igualdad de circunstancias, pero podría acontecer que ese enfrentamiento lleve al activo a un exceso no solamente por esa superioridad, o sea, este elemento queda descartado para considerar un exceso, sino que podría tratarse del bien defendible, del peligro inminente, del estado emocional de la persona que reciba la agresión, el tipo de agresión.

Se considera que primeramente se tendrían que establecer los supuestos de la legítima defensa, y luego acreditar el exceso, pues ello sería consecuencia de un resultado diferente en la acción de defensa, es decir, desproporcionado hacia el agresor.

Es necesaria su regulación legal porque la disposición actual únicamente se concreta a establecer una sanción corporal como atenuante de la pena para el delito señalado, sin embargo no prevé en que casos o circunstancias se considera un exceso en la legítima defensa, es decir primeramente se tendría que analizar los casos de legítima defensa, para luego, entender, cuando se estaría ante un exceso, ya sea por defensa de la persona, de su honor o bienes, con un resultado excesivo, pero primeramente establecer cuales circunstancias se dieron en la defensa.

Hay una falta de regulación en cuanto a que no existe un límite o parámetro, tanto para el sujeto activo, o sea el que se va a defender de una agresión, como para el juzgador, porque a éste le correspondería no solamente aplicar la sanción corporal, sino también analizar en qué casos se está ante un exceso y no ante un delito intencional o doloso, sino ante una desproporcionalidad de acción y resultado, lo que realiza con su mera intuición debido a la falta de regulación, situación la anterior que nos llevaría a crear criterios dispersos en los juzgadores, pues mientras para algunos determinado hecho puede constituir un exceso en la legítima defensa, para otro pudiera no existir, y éste problema radica principalmente en esa falta de regulación, ya que ni siquiera se conoce por la ley qué debemos entender por exceso, y de aquí la necesidad de su regulación.

Segunda. Propuesta para la solución a la hipótesis planteada. Que el artículo 20 del Código penal Vigente en el Estado de Nuevo León, establezca las circunstancias que deben ocurrir para entender en que casos se está ante un exceso en la legítima defensa.

Como un antecedente a la propuesta para la solución a la hipótesis planteada dentro del objetivo específico del tema que nos ocupa, luego de un análisis en cada una de las legislaciones Penal-Estatal del País, se considera oportuno señalar que la legislación un poco más completa en cuanto a los casos de exceso, resulta ser la del Estado de Durango que señala lo siguiente:

Artículo 75.- “A quien se excediere en los límites señalados para la defensa o la necesidad porque el daño que iba a sufrir era fácilmente reparable por medios legales, o era de menor magnitud que el que se causo o bien por no haber tenido necesidad racional del medio empleado, se le impondrá prisión de tres días a siete años y de cinco a noventa días de multa, sin que en ningún caso la pena exceda de las dos terceras partes de la que correspondiere al delito simple”.

A continuación se plantea la propuesta a la solución de la hipótesis planteada:

Se entiende que existe exceso en la legítima defensa, cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias:

- a) Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual violenta, sin derecho y de la cual resulte peligro inminente, siempre y cuando el resultado de su defensa sea desproporcional a su acción, es decir se exceda en los límites de defensa, entendiéndose por esto ir más allá de las acciones necesarias para evitar la agresión;*

- b) Cuando el acusado obre en defensa de los mismos bienes señalados en el inciso a), pero que la defensa empleada comparada con el bien defendible sea mayor, es decir que el resultado de la acción sea de*

difícil reparación en relación a lo que se defiende, como lo puede ser, que sea de menor importancia; y

- c) Cuando se pruebe que el acusado actuó de manera excesiva en el sentido de que no hubo necesidad del arma empleada, o de que al momento de repeler la agresión no hubo necesidad de provocar el daño que se causó.*

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA, Ricardo. Derecho Penal en México. Juz-Revista de Derecho y Ciencias Sociales. México, D.F.

ANGELES CONTRERAS, Jesús. Compendio de Derecho Penal (Parte General). Textos Universitarios S.A. México, D.F.

ALMARAZ HARRIS, José. El Delincuente. Librería de Manuel Porrúa S.A. México, D.F.

BERNALDO DE QUIROZ, Constancio. Derecho Penal (Parte General). Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Puebla.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Las Causas que excluye la incriminación. Derecho Mexicano y Extranjero.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal. Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. Editorial Porrúa, S.A . de C.V. México, D.F. 1998.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano (Parte General).
Editorial Porrúa, S.A., México, D.F.

CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte
General). Editorial Porrúa S.A., Trigésimo Quinta Edición.

Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León.
Editorial Cajica, S.A. de C.V. Cuarta Edición

Criminet.ugr.es

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal (Parte General). Novena Edición.
Editorial Nacional. México, D.F.

Curso de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa. México, D.F. 1999

DE PALMA, Alfredo y Ricardo. Derecho Penal. (Parte General) Segunda Edición
Actualizada. Buenos Aires, 1990

Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XVIII. Libros Científicos. Bibliografía Omeba.
Driskill, S.A. Buenos Aires.

ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias
1967-1982.* Editorial Jurídica de Chile.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Derecho Penal Fundamental. Tomo II. Editorial Themis S.A. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá Colombia 1998

FERRARA DELGADO, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis, S.A. Bogota, Colombia.

FONTANA BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. (Introducción y Parte General). Décimo Tercera Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

JIMÉNEZ DE AZUA, Luis. Defensa Social, Legítima Defensa, Defensa Putativa y Otros Temas. Volumen 5. Editorial Jurídica Universitaria.

LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho Penal Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Novena Edición. Actualizada por el Profesor Julio Centeno Vargas.

LAZANO Y LOZANO, Carlos. Elementos del derecho Penal. Editorial Themis. Bogota. Colombia. 1979

MEZGER, Edmundo. Derecho Penal (Parte General). Cárdenas Editor y Distribuidor

ONECA, José Antonio. Derecho Penal. Colecciones Especiales, Editorial Reus, Primera Edición. Centro de Ensayo y Publicación, Madrid, 1940.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A.

PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de Derecho Penal Mexicano (Parte General). Editorial Porrúa, S.A., Décimo Primera Edición.

PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de Derecho Penal. Parte General. Editorial Porrúa. México, D.F. 1998.

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. www.recpc.com

SILVANO FONTANA, Raúl José. Legítima Defensa y Lesión de Bienes de Terceros. Opiniones, Doctrina y Jurisprudencia. Ediciones de Palma. Buenos Aires, 1970.

TREVIÑO VELA, Sergio. Antijuricidad y Justificación. Editorial Trillas. Segunda Edición. México. Argentina. España. Colombia. Puerto Rico. Venezuela.

www.legitimadefensa.com.ar

www.universidadabierta.edu.mx

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. (Parte General). Cuarta Edición. Buenos Aires, Argentina. 1985.

