

# Legítima defensa

María Cruz Camacho Brindis\*

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

Los aspectos negativos de la violación del deber jurídico penal están dados por las causas de licitud o justificación. Si los tipos legales son prohibitivos de conducta en función de la tutela de uno o más bienes jurídicos, entonces la realización de la conducta que lesiona o pone en peligro esos bienes jurídicos, constituye delito, salvo que esa misma conducta esté ordenada o permitida por una norma jurídica, ya que en tal circunstancia no se viola el deber jurídico penal porque se está ante conductas permitidas por el derecho. Hay ocasiones en que el sujeto al lesionar o poner en peligro el bien jurídico con su conducta va a salvar un bien jurídico y no tiene otra alternativa de actuación. En estos casos el sujeto actúa amparado por una causa de licitud y una de ellas es la legítima defensa. De acuerdo con el artículo 17 constitucional: *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho*. Si alguien es lesionado en un bien jurídico existe la convicción de acudir a los tribunales para pedir una sanción. Para ello existe todo un sistema de justicia: acudir al ministerio público, quien a su vez llevará el caso ante el juez y se determinará si hubo o no delito. De esta forma, compete al estado resolver los litigios y, en forma expresa, se prohíbe a los individuos el ejercicio privado de sus propias ac-

ciones. Sin embargo, *hay casos excepcionales en que la justicia estatal no puede brindar ninguna protección*; es así como la legítima defensa surge como una delegación hipotética y condicionada de la función de policía, que el estado hace preventivamente al individuo por razones de necesidad, para los casos en que no puede efectivamente prestar la protección necesaria.<sup>1</sup> En estos casos el sujeto no puede esperar; si no hay nadie que le salve, tendrá que actuar por cuenta propia para salvar bienes que están en peligro de ser lesionados y actuando totalmente en forma legítima. Ya Hegel fundamentó la legitimidad de la defensa privada en la absoluta nulidad de la injusticia: "la agresión injusta es la negación y la defensa, la afirmación del derecho. Por tanto, ésta niega la negación y anula la injusticia, afirma así el derecho".

Si una persona sufre una agresión antijurídica, se le permite que se salve de esa agresión. Por tanto, el sujeto, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, va a salvar un bien, cualquiera que sea el valor de éste, y no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.<sup>3</sup>

\* Jefe del área de ciencias penales y criminológicas de la Universidad Autónoma Metropolitana.

1. Vid. CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, *Derecho penal mexicano. Parte general*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, p. 514.
2. Ibidem.
3. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, Editorial Trillas, Tercera edición, México, 1991, p. '66.

## 1. Ubicación en el tipo legal y en el delito

Desde la óptica de la teoría del modelo lógico, la violación del deber jurídico penal surge como elemento del tipo y como elemento del delito.<sup>4</sup> El tipo se sitúa en el mundo normativo. Al ser una figura elaborada por el legislador descriptiva de un evento antisocial con un contenido necesario y suficiente para garantizar la protección de uno o más bienes jurídicos, incluye en ese contenido' la violación del deber jurídico penal. Tal elemento se define en términos de oposición al deber jurídico penal, de la conducta, que, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, no va a salvar bien jurídico alguno o es innecesaria por existir otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.<sup>5</sup> Tal elemento surge como oposición a la prohibición o mandato categórico -deber jurídico penal- que el tipo legal también incluye. Ambos, deber jurídico penal y violación del deber jurídico penal, constituyen una valoración del evento antisocial que el legislador da en ese tipo legal.

El mundo normativo encierra una abstracción, una descripción dirigida a todas las personas y referible a hechos indeterminados. El deber jurídico y la violación al mismo, participan de este mundo normativo. En cambio, encuentran su concreción en el mundo fáctico, en el mundo del delito. El delito es un hecho y se sitúa en el mundo de la facticidad, por lo que su contenido es rigurosamente fáctico. Es obra de sujetos individuales, es un hecho determinado y cuya realización es en un momento o lapso, por todo ello y, en virtud del principio de legalidad, es posterior a la norma, y su existencia hallase, previa comprobación en la realidad de todos y cada uno de los elementos del tipo legal, es decir, entre el mundo normativo y el mundo fáctico debe existir correspondencia. El principio de legalidad impone corroborar esa correspondencia denominada tipicidad, que consiste en la correspondencia unívoca, uno a uno, entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito. Cuando se da ésta, existe delito. Cuando esto no ocurre, por faltar la exacta adecuación al tipo legal, se presenta la atipicidad. La falta de tipicidad anula la existencia del delito. La tipicidad o aspectos positivos del delito encierra en la violación del deber jurídico penal la desvalo

ración de un evento que pertenece a un contenido que nace con la conducta misma. Dicho contenido se integra por esa conducta lesiva del bien, violatoria de una prohibición o mandato y que es reprochable a su autor. Cuando la correspondencia con la violación del deber jurídico penal no se presenta en la realidad, no hay delito. Se presenta la atipicidad por ausencia de violación del deber jurídico penal.

La atipicidad por ausencia de violación del deber jurídico penal está dada por las causas de licitud -permisiones que el ordenamiento jurídico otorga- en las que el sujeto lesiona o pone en peligro un bien jurídico porque no tiene otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva que le permita salvar bienes jurídicos propios o de terceros que se encuentran en peligro de ser lesionados.<sup>6</sup> Una de esas causas de licitud o de atipicidad por ausencia de la violación del deber jurídico penal es la legítima defensa, que tiene por efecto jurídico que no exista el delito.

Desde la óptica de la *teoría tradicional* -casualismo y finalismo- el esquema del delito consiste en una acción típica, antijurídica y culpable, en donde la antijuridicidad es un elemento indispensable para la integración del delito. No podía ser de otra manera si se considera como antijurídico lo contrario a derecho. Así, puede suceder que la conducta esté adecuada al tipo y, aparentemente, ser opuesta a derecho y, sin embargo, no serlo, por existir una causa de justificación. Las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la *antijuridicidad*<sup>7</sup> y hacen que un comportamiento lesivo de bienes jurídicos sea conforme a derecho. Una de esas causas de justificación o licitud es la legítima defensa.

## 2. Concepto

En México, conforme al artículo 15, fracción IV del Código Penal del Distrito Federal, la legítima defensa se da cuando: *se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.*

4. *Ibidem*, pp. 56 y ss.

5. *Ibidem*, p. 53.

6. *Ibidem*, pp. 66

7. Vid. CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal. Parte general*, Decimo novena edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

De este texto surgen varios requisitos. Requisitos que son abordados en este trabajo desde la doctrina, no sólo la nacional, sino también la extranjera, dado que se encuentran situaciones comunes. Por eso se exponen aspectos principales de la doctrina alemana y española, con la finalidad de ampliar la interpretación de los requisitos que aquí se presentan. Igualmente se dan algunos puntos de vista de la doctrina nacional que enriquece el contenido. El objetivo es dar una visión que comprenda los tópicos relacionados con la legítima defensa consagrada en los códigos penales.

### 3. Sujetos que la integran

Toda legítima defensa, requiere de una agresión y de una respuesta a esa agresión, lo que implica la presencia de: agresor, agredido y defensor. Siendo el defensor, en algunos casos, el mismo agredido.

El *agresor* es una persona física. No requiere de imputabilidad, de edad, ni de alguna otra calidad específica. Sólo es necesario que sea voluntable, es decir, que tenga capacidad de voluntad para actuar con dolo o con culpa.<sup>8</sup> Esto último puede significar que el agresor actúe bajo error o, simplemente, de manera imprudente.<sup>9</sup> En el caso de inimputables aunque su conducta no es culpable, puede ser sin derecho.

El *agredido* es el titular del bien jurídico objeto de la agresión. Puede ser agredida una persona moral, así, si alguien sustrae mercancía de una tienda, ésta es una razón social.

La persona física para, ser agredida no requiere ni de edad, ni de cualquier otra calidad específica, ni de imputabilidad, ni de voluntabilidad (en caso de ser la persona a la que se defiende). En cuanto al inimputable, es un hombre dotado de instintos y reacciones vitales a quien la ley debe todas las garantías posibles de protección<sup>10</sup> y, si despliega una, actividad defensiva, su actuación es justa ante la agresión sin derecho que repele. El *defensor* es el autor material de la conducta típica ejecutada en defensa del bien agredido. Por ello tiene que ser una persona física con voluntabilidad y no necesariamente ser imputable.

4. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 37.

5. VID., *INFRA*, 5.2., ELEMENTO EXTERNO.

6. VID. *Quintano Rjpollles*, ANTONIO, COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL, 1.1, P. 107.

### 4. Agresión: requisitos

A continuación se presentan los requisitos constitutivos de la legítima defensa. Se han tomado del concepto del art. 15, fracción IV del CPDF, y se aprovechan diversas aportaciones doctrinarias para entenderlos mejor.

#### 4.1. Agresión

Es el ataque a un bien jurídicamente protegido. La *doctrina alemana* lo expresa así: *la amenaza proveniente de una acción humana con respecto a un bien jurídicamente protegido*<sup>11</sup> Para Jescheck es: "toda lesión o puesta en peligro por parte de una persona de un interés del autor o de otra persona protegido por el ordenamiento jurídico".<sup>12</sup> Sólo el ser humano puede lesionar el bien jurídico. En palabras de Wessels: "ataque es toda amenaza de lesión, provocada por el hombre, de bienes o intereses jurídicamente protegidos".<sup>13</sup>

El concepto de agresión llega a ser identificado con un comportamiento doloso, sin embargo, no es necesario que así sea. No es forzoso que la agresión se realice dolosamente, ya que basta una conducta imprudente o inculpable -como la llama Jescheck- lo único que interesa es que la agresión signifique una amenaza de lesión a un interés jurídicamente protegido.<sup>14</sup> En el mismo sentido Welzel indica que para el concepto de agresión es suficiente toda amenaza de lesión de un bien jurídico mediante una conducta humana, no se requiere una acción de lesión final (dolosa).<sup>15</sup>

El concepto de agresión también se identifica con la actividad, sin embargo, un "no hacer algo", puede representar una agresión si el sujeto tenía un deber de actuar.<sup>16</sup> Entran en consideración no sólo el obrar activo, sino también la omisión que contradice un deber jurídico.<sup>17</sup> Ejemplos de estas omisiones

7. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general, 1, El Hecho Punible*, Trad. de la 2a. edición alemana (1976) de Gladys ROMERO, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, S.A., 1982, p. 140.

8. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, Parte general*, Trad. y adiciones de derecho español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, vol. 1, BOSCH, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1981, p. 461.

9. WESSELS, Johannes, *Derecho penal. Parte general*, Trad. de Conrado A. Finzi, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 94.

10. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 462.

11. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 1 la. edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1976.

12. MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal*, Trad. Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, p. 378.

13. Stratenwerth, GÜNTER, *OB. CIT.*, P. 140.

*El concepto de agresión llega a ser identificado con un comportamiento doloso, sin embargo, no es necesario que así sea. No es forzoso que la agresión se realice dolosamente, ya que basta una conducta imprudente o inculpable -como la llama Jescheck- lo único que interesa es que la agresión signifique una amenaza de lesión a un interés jurídicamente protegido.*

serían el bañero que permanece inactivo ante un accidente, si fuera necesario, puede ser obligado por la fuerza a prestar ayuda<sup>18</sup> o, un ataque a la libertad que realiza el guardián de prisión al negarse a abrir la puerta del presidio al recluso pese al mandato de libertad.<sup>19</sup>

La *doctrina española* conceptúa la agresión como toda amenaza de lesión inminente de intereses jurídicamente protegidos.<sup>20</sup> Se le entendió inicialmente como un acometimiento físico, acto de fuerza, hoy como conducta humana que crea un peligro real y objetivo, con potencia de dañar.<sup>21</sup> No se consideran agresión las frases o palabras ofensivas cuando éstas no pasaren a vías de hecho por graves que hayan sido y aun cuando llegaran a constituir un delito de injurias.<sup>22</sup>

Mir Puig señala que hay una posición doctrinaria que exige que la agresión sea dolosa y excluye así la agresión imprudente. Tal posición da dos razones: una, que la agresión implica un ánimo agresivo; otra, la incompatibilidad práctica entre la estructura de la legítima defensa y la de la agresión por imprudencia. Más, Mir Puig, se opone a ella, argumentando que ninguna de ambas razones es

convinciente para sustraer la posibilidad de legítima defensa a quien se ve objeto de una agresión imprudente; ni el término "agresión" excluye literalmente la posibilidad de la imprudencia, ni cabe descartar la posibilidad práctica de una agresión imprudente que permita una legítima defensa según los requisitos legales. Para ilustrar su afirmación ejemplifica así: el ciclista, con evidente torpeza y a gran velocidad por la acera circula. Caería sobre unos valiosos objetos de cerámica, allí expuestos, si la dependienta no lo evitara apartándole de un golpe que le hace caer al otro lado.<sup>23</sup>

En *México*, la doctrina refiere como agresión, la embestida, el ataque, la actividad injusta, material o moral, que pone en peligro o compromete intereses jurídicamente protegidos,<sup>24</sup> siendo indistinto si es dolosa o culposa. La jurisprudencia la entiende como un movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza.<sup>25</sup> Las solas injurias no configuran agresión para la integración de la eximente de legítima defensa.<sup>26</sup> Es claro que un insulto, una injuria o una amenaza son conductas ofensivas que no crean una situación de peligro para los bienes jurídicos de la persona que legitime la autodefensa de estos derechos,<sup>27</sup> sin embargo, hay quien sostiene, como Carrancá y Trujillo que la amenaza de ofensa a la reputación implica una agresión que puede dar lugar a justa defensa.<sup>28</sup>

#### **4.2. Agresión real**

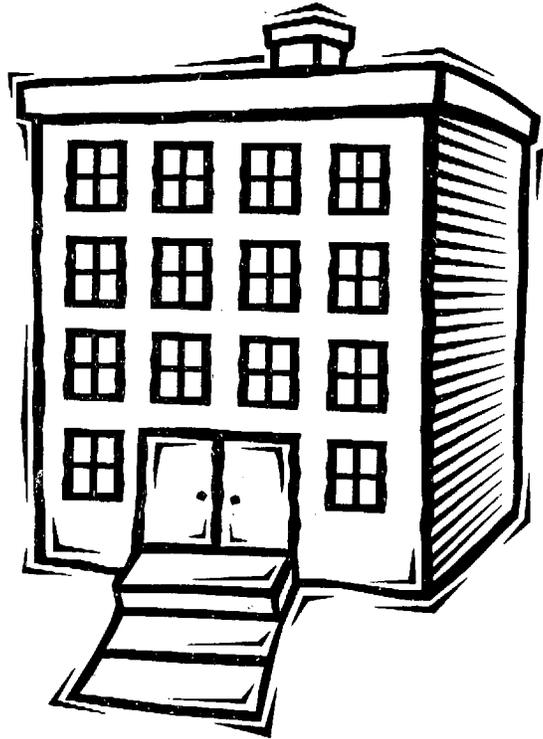
Real significa que existe, que es verdadera la agresión y no ficticia.<sup>29</sup> El sujeto no la imagina, la vive realmente. No existe en su mente, es una realidad concreta.

#### **4.3. Agresión actual**

La *doctrina alemana* afirma que la defensa está autorizada sólo en el último momento en el que toda-

14. *Ibidem*.  
 15. MAURACH, Reinhart, ob. cit., p. 378.  
 16. ANTÓN ONECA, cit. por ARROYO ZAPATERO, Luis, Código penal comentado, Ediciones Akal, S. A., 1990, p. 42.  
 17. Sentencia 4 de febrero de 1983 del Tribunal Supremo Español.  
 18. Sentencia 21 de diciembre de 1985, Tribunal Supremo Español.

19. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 3a. edición, Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., Barcelona, 1990, p. 463.  
 20. GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *El código penal comentado*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1982, p. 79.  
 21. Jurisprudencia definida, 6a. época, 2a. parte; vol. XVI, p. 161, A.D. 5966/57. Vol. XVI, p. 162. A.D. 2223/58.  
 22. Jurisprudencia definida, 6a. época, 2a. parte, vol. I, p. 77 A.D. 4169/55.  
 23. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *La antijurídica*, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 255.  
 24. Cit. por JIMÉNEZ HUERTA Mariano, ob. cit., p. 255.  
 25. Islas de González Mariscal, OLGA, OB. CIT., p. 67.



vía no ha desaparecido la posibilidad de resultado. Para Maurach, actual es, en especial, la agresión aún subsistente, esto es, iniciada y aún no concluida.<sup>30</sup> Stratenwerth afirma que la defensa resulta admisible mientras el peligro no ha sido totalmente conjurado o, a la inversa, no se haya aún transformado en un resultado antijurídico, mientras tanto, es posible todavía impedir la lesión definitiva del orden jurídico; más tarde sólo sería posible la reparación de la lesión ya producida.<sup>31</sup> Un ejemplo ilustra la situación: un ladrón huye con el botín y, según sentencia del Tribunal del Imperio en materia penal,<sup>32</sup> la defensa necesaria resulta admisible, si todavía es posible alcanzarlo. Al respecto, Stratenwerth cuestiona tal sentencia porque se pregunta si en realidad la lesión del bien jurídico ya se produjo, desde el momento en que la cosa entra en otra esfera de custodia.<sup>33</sup> Con tal cuestionamiento, la defensa ya no procedería. Sin embargo, cabe preguntarse

¿en realidad, el bien jurídico de la posesión (poder de hecho que se tiene sobre un bien mueble) ya se ha lesionado?, ¿aún es posible la defensa del bien cuando todavía se le puede recuperar?. La respuesta se puede encontrar con los siguientes juristas. Para Maurach una agresión subsiste en tanto sea posible aún el mantenimiento, aunque parcial, del bien atacado o, en una situación esencialmente invariable, su recuperación inmediata.<sup>34</sup> De acuerdo con este concepto, el ejemplo planteado se refiere a una agresión actual ya que aún es posible la defensa del bien porque todavía se le puede recuperar. Refuerza esta idea la siguiente afirmación de Maurach también: "Así, en el hurto, la agresión no concluye, a pesar de la teoría de la aprehensión, con la detención. La agresión termina con la pacífica ablación del botín; el disparo hecho sobre el ladrón que escapa con el botín, y sin duda la persecución dentro de la propia morada, se mantiene aún dentro

26. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 381.

27. Stratenwerth, GILNTER, *OB. CIT.*, P. 141.

28. S 55, 82, TD'R.

29. STRATENWERTH, Gínter, *ob cit.*, p. 141.

30. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 382.

de la actualidad de la agresión".<sup>35</sup> Jescheck, en el mismo sentido, indica que todavía es actual la agresión de los ladrones de fruta que emprenden la fuga con su botín al oír las voces del propietario, pese a que ya han consumado la sustracción y agrega que la agresión continúa en tanto, aún producida ya la lesión del interés protegido, pueda todavía anularse total o parcialmente por medio de una reacción que siga inmediatamente a la agresión.<sup>36</sup> Una opinión en el mismo sentido es la de Welzel: "la agresión perdura aun después de la consumación formal de un delito mientras ella mantiene todavía intensivamente a la lesión del bien jurídico; de ahí que es admisible la legítima defensa en contra del ladrón que huye con el botín".<sup>37</sup>

La *doctrina española*, con Mir Puig, exige que la agresión suponga ya un peligro próximo y que dicho peligro no haya desaparecido al convertirse en lesión consumada y agotada.<sup>38</sup> Mir comenta que el Tribunal Supremo,<sup>39</sup> negó la legítima defensa en un caso en que la agresión con una barra de hierro ya había cesado cuando el procesado, ayudado por un hijo suyo de quince años, logro dominar y desarmar al agresor, de 66 años, al que después de todo esto, golpeó. Se supone que la negación fue por carecer de actualidad la agresión. En cambio, respecto al caso planteado por la doctrina alemana, se tiene también la opinión de Mir Puig al decir que, cabe aún legítima defensa frente al ladrón que huye con el botín pues -afirma- aún existe posibilidad de defender los bienes arrebatados.<sup>40</sup> Es oportuno agregar, siempre y cuando la defensa sea racional.<sup>41</sup>

En *México*, la, agresión, tiene el mismo sentido que la doctrina alemana y española, ha de ser presente. Si la agresión ya se consumó, no existirá la defensa legítima, sino una venganza privada reprobada por la Constitución.<sup>42</sup> En tanto la Jurisprudencia ha considerado que el ataque es actual cuando reviste caracteres de inminencia o dura todavía, de tal

*En México, la doctrina refiere como agresión, la embestida, el ataque, la actividad injusta, material o moral, que pone en peligro o compromete intereses jurídicamente protegidos, siendo indistinto si es dolosa o culposa.*

suerte que lo que importa, es la amenaza creada por aquél; lo que caracteriza a la legítima defensa es que el rechazo de la agresión se realice mientras ésta persista, esto es, en tanto que pone en peligro la integridad corporal o vida de quien se defiende y aún la de un tercero.<sup>43</sup>

Los actos ejecutados en contra del ofendido con posterioridad a la consumación de la agresión realizada por éste, no puede ya estimarse como evitativos que justificasen legítima defensa, sino actos de represalia o venganza cuya ilegalidad impide que la responsabilidad penal se excluya por tal concepto.<sup>44</sup>

El Código Penal del Distrito Federal caracteriza la agresión como actual o inminente. Si, como se dijo, la agresión es la iniciada, y aún no concluida, no es posible que a la vez se le pueda concebir como inminente. Inminente significa que está próximo a suceder y la agresión ya existe, no está próxima. En realidad la lesión al bien jurídico es la inminente y, la agresión, ya iniciada, contiene un anuncio de que esto va a suceder al concluir la misma. Existe una probabilidad elevada de lesión (de daño) para el bien jurídico originada en la agresión existente que debe detenerse e impedir que concluya. Entonces la agresión es actual y lo inminente es la lesión al bien jurídico. Por tanto, se afirma, siguiendo a Olga Islas, que actual quiere decir que la agresión está presente en el momento de ser repelida, que es contemporánea a la conducta defensiva, incluyéndose la iniciada y no concluida.

31. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 382.

32. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 466.

33. WELZEL, Hans, *ob. cit.*, p. 123.

34. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 465.

35. 25 de abril de 1979

36. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, p. 465.

37. *Vid infra*, 5.2, elemento externo.

38. CASTELLANOS TENA, Fernando, *ob. cit.*, p. 192.

39. SEXTA EPOCA, 2ª. PARTE, VOL. XXXII, P. 70, A.D. 6333/59.

40. SEXTA EPOCA 2ª. PARTE, VOL. II, P. 117, A.D. 2838/56.

41. ISLAS DE GONZALES MARISCAL. OLGA, OB. CIT., P. 67.

#### 4.4. Agresión sin derecho

Para la *doctrina alemana "sin derecho"* o "*antijurídico*", es cualquier ataque objetivamente contrario a las normas jurídicas de valoración, no cubierto por una norma permisiva<sup>46</sup> y, lo contrario, aquellas intervenciones (agresiones) que se apoyan en un derecho especial, que están protegidas, encierran siempre un deber de tolerarlas impuesto al titular del bien jurídico.<sup>47</sup>

Maurach indica que el ejercicio ordenado del poder estatal, basado en un mandato o en el ejercicio, adecuado al deber, no implica agresión antijurídica alguna, como sucede en las detenciones, confiscaciones, embargos, privación de libertad, por lo que es inadmisibles la legítima defensa frente a tales actos.<sup>48</sup> Sin embargo, se representa la posibilidad de un acto estatal injusto: "si el acto de ejecución estatal es injusto, transgresión de la competencia, por razón del asunto o evidente infracción por el funcionario de las reglas referentes al arbitrio, la conducta será antijurídica en el sentido del parágrafo 53 y permitirá la defensa. El que se actúe en cumplimiento de un mandato no origina, en caso alguno, una circunstancia excluyente de la antijuricidad, también aquí se deberá siempre examinar si el mandato se ha emitido conforme a derecho y si su orientación es justa".<sup>49</sup> Es clara, la consecuencia, el derecho no ampara actos injustos, aun cuando estos sean actos estatales. Vale decir, para completar la idea, que el parágrafo 53 del código penal alemán, señala: "es legítima defensa, la defensa necesaria para repeler, de sí mismo o de un tercero, la agresión actual y antijurídica".<sup>50</sup>

La *doctrina española* considera que la agresión tiene que ser ilegítima, lo que no sucede si el agresor ejercita un derecho. El Tribunal Supremo considera que ilegítima es sin causa, razón o motivo que la justifique o legitime.<sup>51</sup>

Para la *doctrina penal mexicana* no se configura la legítima defensa contra quien actúa ejercitando un derecho, pues esta conducta no es antijurídica.<sup>52</sup> No se puede amparar en la legítima defensa la conducta contra alguien que obra, en estado de necesidad

o en legítima defensa, como ocurre en el siguiente ejemplo: el sujeto "A", intenta suicidarse. El sujeto "B" se da cuenta y trata de evitarlo. Para evitarlo hace uso de la violencia. "A", para defenderse, lesiona a "B" con una herida leve. En este caso "B" actúa lícitamente en un estado de necesidad, sacrificando la integridad corporal de "A", que es un bien jurídico de menor valor, para salvar un bien jurídico de mayor valor que es la vida del mismo "A" que pone en peligro con su intento de suicidio. El estado de necesidad -causa de licitud- hace lícita la conducta de "B" y, ataque para "A" significa una agresión, ésta es totalmente justificada. "A" comete delito de lesiones y no actúa en legítima defensa.

Por lo expuesto "sin derecho" indica que el agresor no está facultado para actuar por una norma jurídica.<sup>53</sup> En cuanto a actos de autoridad arbitrarios los juristas mexicanos opinan. Castellanos Tena señala que no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, por constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.<sup>54</sup> En el mismo sentido, Jiménez Huerta sostiene que es injusto el acto arbitrario de la autoridad pública y frente a él procede la legítima defensa, ya que ninguna razón existe para impedir que quien ve en inminente peligro su persona o derechos por un acto arbitrario de la autoridad pueda rechazarle con aquella energía o medios que la necesidad imponga.<sup>55</sup> Si el acto de autoridad no es arbitrario se configura un delito, ya que la conducta supuestamente defensiva no puede ser lícita (se concretiza un delito contra la autoridad previsto en el artículo 180 CPDF: "Se aplicarán de uno a dos años de prisión y multa de diez a mil pesos: al que empleando la fuerza, el amago o la amenaza, se oponga a que la autoridad pública o sus agentes ejerzan alguna, de sus funciones o resista al cumplimiento de un mandato legítimo ejecutado en forma legal").

Ahora bien, para que el sujeto actúe lícitamente contra el arbitrario acto de autoridad, se requiere además, que no tenga otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva.

#### 4.5. "No medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende"

La *doctrina alemana* considera que queda sin efecto todo derecho de defensa cuando la agresión ha sido

42. WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, p. 94.

43. Stratenwerth, GÜNTER, *OB. CIT.*, P. 142; Wessels, JOHANNES, *OB. CIT.*, P. 94.

44. Maurach, REINHART, *OB. CIT.*, P. 380.

45. *Ibidem*, p. 377.

46. *Ibidem*.

47. S24- XII- 1985.

48. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, p. 264.

49. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 67.

50. CASTELLANOS TENA, Fernando, *ob. cit.*, p. 192.

51. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *ob. cit.*, p. 266.

provocada intencional o dolosamente.<sup>56</sup> Así, la Sentencia del Tribunal Federal Alemán y del Tribunal Supremo de Neustadt,<sup>57</sup> en el sentido de quien provoca intencionalmente una agresión para poder lesionar a un tercero con el pretexto de legítima defensa abusa del derecho y no puede invocar la legítima defensa, en realidad, él mismo es el agresor.

En palabras de Maurach: "la provocación misma representará, por regla general, una agresión antijurídica que impedirá al sujeto provocador invocar una propia situación de legítima defensa",<sup>58</sup> sin embargo, Jescheck sostiene que, generalmente, se excluye por completo en estos casos la justificación por legítima defensa, pero lo correcto es no negar por completo al provocador el derecho a defenderse, sino sólo, dice él, requerir que rehuya la agresión, aunque sea a costa de una leve lesión corporal. Si resulta imposible rehuir, el provocador ha de poder defenderse, pues el derecho no puede ponerlo ante el dilema insalvable de entregar sin resistencia su vida o integridad física al agresor o sufrir una pena... Sólo resultará lícita una lesión grave del agresor cuando el autor no pueda rehuirlo o ni siquiera haciéndolo le sea posible acudir a un medio de defensa más leve.<sup>59</sup> En *España*, la Sentencia del 27 de diciembre de 1985, del Tribunal Supremo, indica que se trata de que el defensor no haya incitado, irritado u hostigado previamente, al agresor, despertando en él la acometividad o agresividad latente y subyacente en todo ser humano, bien entendido que por provocación no puede entenderse la mera discusión o reyerta verbal por enconada que fuere.<sup>60</sup>

En *México*, de acuerdo con el artículo 15, fracción IV del Código Penal, se sostiene que "no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido...", si la hay, ya no se configura la legítima defensa. Comenta Jiménez Huerta que quien por haber recibido una injuria saca su revolver dominado por la ira para matar a su injuriador, éste puede defenderse legítimamente, pues la injuria, aunque acto indebido y reprochable que ha dado ocasión a los hechos, no puede considerarse como acto suficientemente provocativo de una agresión tan extraordinariamente grave como la efectuada con un arma de fuego.<sup>61</sup>

Si entran en peligro de ser lesionados bienes importantes de quien ha provocado en forma irrelevante, bien vale su defensa.

El punto que nos ocupa debe interpretarse en el sentido de que el agredido no realizó conducta alguna encaminada a producir la agresión en forma consecutiva<sup>62</sup>. Esto es que la agresión no sea una respuesta inmediata, contigua, próxima a una provocación. Ahora bien, el texto del artículo 15, fracción IV del Código Penal del Distrito Federal, puede interpretarse en sentido contrario. Puede ser constitutiva de legítima defensa la agresión provocada en forma mediata, es decir que, habiendo provocación, la agresión no es consecutiva a ella, sino que media un intervalo de tiempo entre ambas. Por ejemplo: "A" injurió ayer a "B". "B" hoy agrede físicamente a "A", con peligro de muerte para "A". "A", puede defender legítimamente su vida, a pesar de haber provocado ayer. Entre la provocación de ayer (sujeto "A") y la agresión de hoy (sujeto "B") existe un intervalo de tiempo. En el momento de la agresión, "A" no ha realizado conducta alguna encaminada a producir la agresión. La defensa que de su vida hace el sujeto "A", es legítima. Entonces, la agresión constitutiva de legítima defensa se da en dos hipótesis: no provocada por el agredido en forma inmediata, o bien, provocada en forma mediata.

Otro aspecto que interesa es aquel que se deduce del texto legal del art. 15 fracción IV CPDF: si una persona provoca en forma culposa o fortuita una agresión si puede defender racionalmente bienes jurídicos cuya inminencia de lesión o puesta en peligro es evidente. El texto legal dice que: "no medie provocación dolosa... por parte del agredido...", esto quiere decir que se excluye la dolosa, pero se admite la provocación culposa o fortuita. Por tanto, es lícito defenderse de un agresor al que se ha provocado en forma culposa o fortuita, cuando éste es necesario para salvar bienes jurídicos. En relación a este punto también hay interesantes comentarios de la doctrina alemana.

En cuanto a la provocación no voluntaria, los teóricos alemanes tienen opiniones encontradas, respecto a si la defensa necesaria debe limitarse eludiendo primero la agresión y agotando todas las posibilidades de defensa.<sup>63</sup> Inclusive para Jescheck, la legítima defensa resulta posible respecto del peligro de lesión que emana de una acción en sí no descuidada, por ejemplo, frente a un conductor que, sin po-

52. STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 144.

53. Sentencias: vol. 54, p. 335; vol. 61, p. 2076. *Revista mensual de derecho alemán y Nueva revista jurídica semanal*, Vid. WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, p. 97.

54. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 381.

55. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 471.

56. Vid. ARROYO ZAPATERO, Luis, *ob. cit.*, p. 44.

57. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *ob. cit.*, p. 277.

58. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 67.

59. Stratenwerth, GÜNTER, *OB. CIT.*, P. 144.

*... "la agresión perdura aun después de la consumación formal de un delito mientras ella mantiene todavía intensivamente a la lesión del bien jurídico..."*

derlo evitar, resbala a causa de la nieve y se sube a la acera.<sup>64</sup> La inminente lesión a bienes jurídicos justifica una actuación defensiva.

## 5. Defensa

La repelición legítima constitutiva de legítima defensa se configura con dos elementos: uno interno y otro externo. El primero, es el ánimo de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos; el segundo, es la racional actividad típica defensiva.<sup>65</sup>

### 5.1. Elemento interno: ánimo de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos

En cuanto al elemento interno, también denominado elemento subjetivo, Wessels, en *Alemania*, considera que la acción de legítima defensa debe ser objetivamente necesaria y ser guiada, en el aspecto subjetivo, por la voluntad de defensa.<sup>66</sup> Por su parte, la Corte del Tribunal Federal alemán, sostiene que: "sólo el que obra con conocimiento de la situación de defensa necesaria y con voluntad de defenderse obra justificadamente, a pesar de que puedan concurrir otros fines con el de la defensa".<sup>67</sup> En tanto, Maurach sostiene que no puede invocar la legítima defensa quien habiendo sido objetivamente agredido, nada sabía del ataque y perseguía simplemente la producción de una lesión a su adversario. En este caso responde, no por tentativa, sino por hecho consumado.<sup>68</sup> En el mismo sentido, el que se defiende, de acuerdo con Welzel, tiene que conocer la agresión actual y tener la voluntad de defensa y basta que la voluntad de defensa sea un motivo junto a otros, así, falta la voluntad de defensa en favor

del propietario, al timador que quiere quitarle al ladrón el botín que éste está a punto de obtener.<sup>69</sup>

En *España*, se requiere que el defensor conozca y quiera los presupuestos objetivos de la situación de legítima defensa, que se defiende a sí mismo o a un tercero de una agresión ilegítima.<sup>70</sup> Para quien actúa desconociendo la situación de legítima defensa, Rodríguez Mourullo pronone que estos casos se resuelvan como tentativa imposible,<sup>71</sup> que en su país tiene una sanción reducida igual a la de la tentativa (artículo 52 del Código Penal Español: "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de *imposibilidad de ejecución* o de producción del delito).

### 5.2. Elemento externo: la racional actividad típica defensiva, o la necesidad racional de la defensa empleada

En la defensa se requiere que no exista para el agredido otra alternativa de actuación no lesiva o menos lesiva que pueda desplegar para evitar el efecto de la agresión.<sup>72</sup>

La necesidad racional se refiere a que sea ineludible agredir a otro para salvar un bien jurídico.

La *doctrina alemana* también en este aspecto opina. Wessels indica que: "la acción de defensa es necesaria cuando puede esperarse con seguridad la conclusión inmediata del ataque y garantiza de la mejor manera la eliminación definitiva del peligro".<sup>73</sup> La doctrina alemana también indica que, si se dan varias posibilidades de defensa, habrá que

60. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 465.

61. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL Olga, *ob. cit.*, p. 67.

62. WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, p. 95.

63. S. 3, 198 y 5, 247, Tribunal Federal Alemán.

64. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, pp. 382 y ss.

65. WELZEL, Hans, *ob. cit.*, p. 125.

66. ARROYO ZAPATERO, Luis, *ob. cit.*, p. 44.

67. Rodríguez Mourullo, GONZALO, LA LEGÍTIMA DEFENSA REAL Y PUTATIVA, JURISPRUDENCIA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVITAS, MADRID, 1976, P. 55.

68. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga, *ob. cit.*, p. 67.

69. WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, p. 95.

elegir aquella que lesione en menor medida o ponga en menor peligro al agresor.<sup>74</sup> Así, puede ser suficiente disparar un tiro y producir una lesión leve, a disparar en la cabeza del agresor, aunque no debe dejarse de lado que, quizá, quien dispara no es un buen tirador y para repeler la agresión le es menester disparar torpemente, en tal caso se sostiene que la defensa necesaria cubrirá la producción de todos aquellos riesgos ligados a tal actividad aunque sea la muerte.<sup>75</sup> En tal sentido, la Corte del Tribunal Federal Alemán<sup>76</sup> sostiene la necesidad de autorizar al que se defiende para utilizar medios eficaces cuando éstos sean necesarios para que no suceda que la defensa llegue tarde. Maurach afirma que el sujeto que obra en legítima defensa debe optar por el medio y especie defensivas productoras, en el caso concreto, del menor daño. Así, procede una defensa más enérgica frente al hombre brutal que frente a la agresión proveniente de una débil mujer.<sup>77</sup> Por su parte Welzel afirma que: el agredido no necesita emprender la fuga en lugar de defenderse pero si ello no va en desmedro de su honor, debe evitar el enfrentamiento o aceptar la ayuda ofrecida por un tercero.<sup>78</sup>

Vistas así las cosas, la legítima defensa tiene en cuenta limitaciones, como por ejemplo, cuando se le exige al agredido, en vez de una resistencia rigurosa, otra conducta como alejarse o llamar a la policía, siempre y cuando sea "sin abandono de intereses legítimos y si el ordenamiento jurídico no necesita ser afirmado suprimiendo la agresión en forma enérgica".<sup>79</sup> También resulta, ilustrativo la sentencia del Tribunal Federal Alemán en relación a lo que denominan "caso límite", relativo a los ataques no intencionales que el agredido puede evitar y, también, los causados por niños o por personas equivocadas. Si no existe la posibilidad de evitar el ataque, es siempre admisible una acción simple para repelerlo, o una conducta activa contra el agresor siempre y cuando se le trate con precaución.<sup>80</sup>

En cuanto a estos *casos límite*, Maurach afirma que las agresiones llevadas a cabo de modo no culpable por niños, enfermos mentales, sujetos incuriosos en error, embriagados, sujetos afectados en determinadas circunstancias por estímulos pasionales de alto grado que, por su antijuricidad pueden ser objeto de

legítima defensa, deben ser eludibles, en tanto tal eludir, no implique un abandono de intereses reconocidos<sup>81</sup>. Jescheck proporciona ejemplos sobre esto: frente a expresiones injuriosas de un ebrio, es preciso limitarse a una respuesta verbal y a rehuir el ataque; el propietario de un terreno no puede emplear perros, ni armas de fuego contra los paseantes que utilizan un camino privado que atraviesa su terreno creyendo erróneamente que era público.<sup>82</sup>

Respecto a decidir siempre en favor del agredido, considerando que la defensa de todo bien jurídico es siempre de mayor peso que cualquier lesión a un bien jurídico del agresor, no es acertado. La jurisprudencia de la Corte del Tribunal Federal alemán, considera que si la acción de defensa afecta bienes jurídicos del agresor de una manera insoportablemente desproporcionada, se está ante un caso de abuso prohibido del derecho, como por ejemplo, la muerte dada al ladrón que huía con una botella de jugo cuyo valor era mínimo. Ya no se percibe la lesión al agresor como una defensa.<sup>83</sup> Es así como se afirma que, una defensa cuyas consecuencias son extraordinariamente desproporcionadas respecto del daño inminente, es abusiva y, por tanto, inadmisibles.<sup>84</sup>

Kratzch considera como defensa desproporcionada la protección de bienes materiales aunque no sean pequeños, mediante la muerte del agresor: "desde el punto de vista de una consideración social, cabe limitar la defensa de bienes materiales de modo tal que no autorice la destrucción desproporcionada de bienes superiores del agresor".<sup>85</sup>

De aquí se deriva el llamado *principio de la mínima lesión del agresor*, según el cual el que se defiende, debe elegir, de entre los medios de que dispone para una defensa eficaz, el menos dañoso y peligroso,<sup>86</sup> así el atacado no empleará una defensa mortal si él tan sólo está amenazado de una lesión leve. No puede constituir el sentido del ordenamiento jurídico permitir la defensa en favor de bienes de escaso valor o frente a agresiones irrelevantes a costa de importantes lesiones del agresor.<sup>87</sup> Cabría agregar, siguiendo a Welzel, aun cuando fuere el único medio para ello.<sup>88</sup> Es necesario, más no racional, querer disparar contra unos niños que están hurtando cerezas para obligarlos a bajar del árbol

70. Vid. STRATENWERTH, Günter; WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, pp. 143 y 95 respectivamente en sus obras citadas.

71. STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 143.

72. S. 24, 358.

73. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, pp. 384-385.

74. Welzel, HANS, *OB. CIT.*, P. 126.

75. JESCHECK, Hans-Heinrich, cit. por WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, p. 96.

76. S. 3,217, Tribunal Federal Alemán.

77. MAURACH, Reinhart, *ob. cit.*, p. 384.

78. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 470.

79. Vid. STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 145.

80. Vid. WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, p. 96.

81. Vid. KRATZCH, citado por STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 146.

82. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 468.

83. JESCHECK, Hans-Heinrich, *ob. cit.*, p. 472.

84. WELZEL, Hans, *ob. cit.*, p. 126.

en que se encuentran, o matar a un vagabundo por sustraer un pedazo de pan. En estos casos se defienden los bienes jurídicos en forma necesaria pero no racional.

*Para la doctrina penal mexicana no se configura la legítima defensa contra quien actúa ejercitando un derecho, pues esta conducta no es antijurídica.*

En la **doctrina española** los puntos de vista son similares. La necesidad racional requiere de una agresión actual y de una necesidad concreta en cuanto al medio empleado. Luis Arroyo Zapatero señala que se alude tanto a la aptitud defensiva del medio utilizado como a su peligrosidad potencial, lo que se plasma fundamentalmente en la exigencia de que el agredido haya empleado el medio menos gravoso o lesivo de los disponibles para impedir o repeler la agresión.<sup>89</sup> Rodríguez Mourullo señala que el juicio de racionalidad debe proyectarse sobre la intensidad del ataque y los medios de que se dispone para repelerlo<sup>90</sup>. De lo expuesto se distinguen dos circunstancias:

1. Si existe la necesidad de defenderse procede la legítima defensa.
2. Si, habiendo necesidad de defenderse, la defensa empleada es excesiva, puede darse una eximente incompleta que, en España, constituye una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal,

porque hay una agresión actual cuya defensa debió adoptar una intensidad lesiva menor.<sup>91</sup> La eximente incompleta se basa en el exceso, es decir, el empleo no racional, desmedido o inadecuado del medio de defensa y, el efecto de la eximente incompleta, es el de reducir la pena prevista para el delito en uno o dos grados y se contempla en el propio Código Penal Español (art. 9, la. CPE).

En sentencias del Tribunal Supremo se observa esta tendencia: "el juicio sobre la elección del medio y del empleo del mismo debe verificarse ponderando las circunstancias del caso y, en particular, atendiendo a la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, a la posibilidad efectiva de elegir entre medios de diferente peligrosidad, sin descartar que el agredido no haya podido disparar más que de un solo medio defensivo, aunque inidóneo y desproporcionado"<sup>92</sup> o que el agredido se encuentre en una posición de grave inferioridad respecto del agresor, frente a cuya fuerza física sólo puede oponerse un arma.<sup>93</sup>

El empleo no racional del medio defensivo es un exceso que excluye la justificación, pero, si se atiende a la perturbación psicológica, esta puede constituir una circunstancia atenuante de responsabilidad criminal -eximente incompleta- como se anotó líneas antes.

En **México** el Código Penal del Distrito Federal habla de **necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados**, y la doctrina elabora puntos de vista. González de la Vega considera que si existieran medios no violentos, la defensa se vería privada de ese carácter de suprema necesidad, de medio último para evitar el daño injusto y afirma que el derecho sólo puede legitimar la defensa cuando no es posible exigir al agredido una conducta distinta sin que sufra una lesión en sus bienes tutelados por el mismo derecho, porque el estado contempla la de- "fensa como una ley impuesta por la necesidad.<sup>94</sup> Lo racionalmente necesario supone juicio empírico cultural sobre la concreta situación de hecho, o sea, una comparación sobre la importancia y trascendencia de los diversos intereses en juego en la concreta situación creada pues la defensa sólo es legítima cuando está determinada por una necesidad racional.<sup>95</sup>

85. ARROYO ZAPATERO, Luis, *ob. cit.*, p. 43.

86. Rodríguez Mourullo, LA LEGITIMA DEFENSA REAL Y PUTATIVA, JURISPRUDENCIA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, CIVITAS, MADRID, 1976, p. 38.

87. Vid. MIR PUIG, Santiago, *ob. cit.*, pp. 468-469.

88. S. 4-VI-1986.

89. S. 26-111-1980.

90. González de la Vega, FRANCISCO, *OB. CIT.*, P. 81. .

91. Jiménez Huerta, MARIANO, *OB. CIT.*, P. 282.

Todos los bienes jurídicos son defendibles pero siempre y cuando su defensa sea racional y necesaria. Alguien puede encontrarse en la necesidad de repeler un ataque, pero no es racional que para defender un bien, cause un mal mucho mayor que el que iba a recibir. No se admite la legítima defensa en cualquier circunstancia y modo. La importancia del daño que ocasiona la defensa deriva del medio empleado. En sín-

tesis, se puede lesionar con la defensa un bien de alto valor, pero se hace porque la agresión pone en peligro un bien de importancia prioritaria para el normal desarrollo de la vida del agredido.

### 5.2.1. Exceso en la legítima defensa

La doctrina alemana sostiene que el exceso en la defensa deviene de un estado emocional que dificulta la valoración correcta y la medida de la defensa, permitiendo que el exceso (antijurídico) no sea, o por lo menos lo sea sólo en mínima medida reprochable.<sup>96</sup> Se comprende que el exceso es derivado de la misma actuación defensiva en el momento en que se repele una agresión aún existente (no concluida), eso sí, se admite, que el exceso constituye una violencia punible y por ende, injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor que, por lo tanto, tiene facultad de obrar en legítima defensa.

En México se considera que hay exceso en la defensa cuando el agredido va más allá de lo necesario para repeler la agresión. Sostiene Jiménez Huerta que existe defensa excesiva, cuando ante el peligro engendrado por un agresión hace el agredido uso de medios de defensa exuberantes o incide en una valoración exagerada de la irreparabilidad e importancia del daño que iba a causar la agresión.<sup>97</sup>

El exceso ha de motivarse por un fin de defensa derivado de la misma actuación defensiva. Lo que cuenta en verdad para que pueda hablarse de un exceso es que la voluntad esté dirigida a realizar aquel fin que en el caso concreto debe considerarse justificado y que por una errónea valoración de la situación de hecho se realice un delito.

*Maurach sostiene que no puede invocar la legítima defensa quien habiendo sido objetivamente agredido, nada sabía del ataque y perseguía simplemente la producción de una lesión a su adversario. En este caso responde, no por tentativa, sino por hecho consumado.*

Quien cometa un exceso será considerado como delincuente culposo en los términos del artículo 16 del Código Penal del Distrito Federal: "Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo".

Esto, según algunos juristas (Garrido y Ceniceros, Castellanos Tena, Carrancá y Trujillo) significa que el legislador hizo la remisión al delito culposo sólo por la levedad de la pena y no porque en tal se integren los elementos de la culpa.

Por otra parte, cuando el exceso produce en el atacado una perturbación del ánimo, angustia, pánico o terror, puede ser que no se aplique sanción alguna por haberse configurado un trastorno mental transitorio (artículo 15, fracción VII del Código Penal del Distrito Federal).

## 6. Bienes jurídicos defendibles

Motivo de legítima defensa es cualquier bien perteneciente al agredido o a un tercero y cualquier interés reconocido jurídicamente.<sup>98</sup> La doctrina alemana sostiene que el bien amenazado debe estar protegido por el ordenamiento jurídico con independencia de que tal protección sea jurídico penal o no. Por ejemplo, la defensa de la intimidad personal contra ataques que pueda sufrir, como la agresión realizada por una cámara escondida. La intimidad personal la protege el código penal alemán en su parágrafo 201, II. Se sanciona el empleo de aparatos que permiten registrar ilícitamente conversaciones ajenas.<sup>99</sup>

92. STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 146.

93. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *ob. cit.*, p. 295.

94. Vid. WESSELS, Johannes, *ob. cit.*, p. 94.

95. STRATENWERTH, Günter, *ob. cit.*, p. 140.

Un mismo bien jurídico se protege antes del derecho penal, y con el derecho penal lo que permite defenderlo de cualquier ataque. Maurach expresa claramente ésto: "todo interés jurídicamente reconocido puede ser objeto de legítima defensa. Resulta irrelevante que esté o no provisto de protección jurídico penal. Señala Maurach que, de acuerdo con la jurisprudencia, los bienes susceptibles de ser defendidos son: "la vida, la integridad corporal, el pudor, honor conyugal, la propiedad y la inviolabilidad del domicilio".<sup>100</sup> Jescheck señala otros bienes como la libertad, la posesión, el derecho de caza, el derecho a la propia imagen, el patrimonio, las relaciones familiares, la facultad de disfrutar el uso común (el derecho preferencial del primero que llega para aparcar [estacionarse]) y la esfera íntima).<sup>101</sup>

En el código penal austríaco de 1974, parágrafo 3 I 1, son defendibles la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad y el patrimonio y no lo son, el honor, la esfera íntima, y los derechos de familia. En el código francés son defendibles la vida y la integridad física.

En *España*, el Tribunal Supremo limitó la defensa, primero a la vida e integridad física, más tarde a la honestidad. A partir de 1958, el honor, tan es así que la sentencia de 12-11-79, admite legítima defensa en quien golpea a otro que le ha insultado. También desde 1944 se admite la defensa de la propiedad y la morada.

En *México*, la fórmula legislativa del artículo 15, fracción IV del Código Penal del Distrito Federal, se refiere a la "protección de bienes jurídicos". Es una fórmula acertada ya que evita innecesarias interpretaciones y consagra la defensa de todos los bienes jurídicos ya que todos son susceptibles de defensa en forma racional o, en palabras de Jiménez Huerta "todos pueden defenderse en su justa medida".<sup>102</sup>

La legítima defensa es una causa de licitud, si se considera que hay una causa de licitud siempre que el sujeto, al lesionar o poner en peligro el bien tutelado en el tipo, va a salvar un bien, cualquiera que sea el valor de éste.<sup>103</sup> Entonces, todos los bienes son defendibles, en su justo valor.

## 7. Presunción de legítima defensa

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

Lo que se tiene que probar son las bases fácticas sobre las que se apoya la presunción.

Se observa. El legislador dice: "trate de penetrar sin derecho al hogar..." y agrega "o lo encuentre en alguno de aquellos lugares...". Está permitido rechazar desde el intento hasta el hecho consumado de encontrarse el agresor en el interior del lugar, todo ello revelando, además, la probabilidad de una agresión.

La doctrina y el código sostienen que se trata de una presunción *juris tantum* -que admite prueba en contrario- El sujeto que ha actuado en las condiciones que señala el código tiene a su favor la legal presunción de que actuó con derecho y será al ministerio público a quien corresponda aportar, en su caso, los elementos necesarios para demostrar que el sujeto no actuó en legítima defensa.<sup>104</sup>

Hay quienes no aceptan las presunciones en los textos legislativos. Así, Garraud, señala el peligro que implica permitir matar al sujeto que de noche penetra con escalamiento, por ejemplo, en una residencia habitada o en sus dependencias, pues éste puede carecer de toda intención criminal.<sup>105</sup> En algunos casos, no le falta razón a este argumento ya que si se prueba que el sujeto que se apoya en la presunción lo hace con engaños -por ejemplo, con el propósito de eliminar a alguien- no le favorecerá ésta. En nuestra legislación, en el Código Penal del Distrito Federal, se preve -como se dijo- la prueba en contrario, de tal manera que es posible detectar esta situación. También puede suceder que el sujeto actúe bajo error invencible y crea que su conducta está justificada ante lo que supone ser una agresión actual y sin derecho, como por ejemplo, cuando se comprueba que el intruso que se encuentre en el

100. MAURACH, Reinhart, ob. cit., p. 383.

101. Jescheck, HANS-HEINRICH, OB. CIT., P. 472.

102. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, ob. cit., p. 270.

103. EN RELACIÓN A LAS CAUSAS DE LICITUD, VÉASE *Islas de González Mariscal*, OLGA, OB. CIT., P. 65.

104. Vid. CASTELLANOS TENA, Fernando, ob. cit., p. 196.

105. Citado por JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, ob. cit., p. 306.

hogar era el novio de la muchacha del servicio que al escuchar ruidos se apresuró a esconder en el interior de la casa. Es lo que se denomina *justificante putativa*, ubicable como causa de inculpabilidad.

Jiménez de Asúa decía que no hay motivos para mantener las presunciones de legítima defensa actualmente: "era muy lógico que en Las Partidas del S. XIII, se estableciera esta ficción de legítima defensa.<sup>106</sup> Algo que llama la atención es lo que agrega:" las ciudades y los campos eran inseguros y la autoridad no podía acudir rápidamente en auxilio del atacado. Hoy los códigos que mantienen tal disposición, dan la apariencia de que en sus países todavía se vive como en la Edad Media<sup>107</sup>.

La presunción de legítima defensa -también se ha afirmado- es un privilegio. Jiménez Huerta se opone a tal privilegio y señala que: "En la justa reglamentación de los institutos jurídico penales no es dable admitir situaciones de privilegio" y, añade lo más importante de sus objeciones a escasa presunción: "las defensas privilegiadas denuncian la escasa fe que el legislador tiene en la justicia práctica y solidez científica de su propia obra".<sup>108</sup>

De todo lo expuesto hasta aquí, es oportuno mencionar lo siguiente: la presunción de legítima defensa es un acto benéfico. Los actos benéficos están permitidos en el artículo 39 constitucional y son para la sociedad como actos de poder público. Podrá decirse que la presunción de legítima defensa indica que se vive en la Edad Media por la inseguridad de las ciudades. Podrá decirse que la presunción de legítima defensa revela la escasa fe en la justicia práctica. Sin embargo, el fundamento de la legítima defensa y de su presunción, sigue siendo el mismo: la justicia estatal no puede brindar *efectivamente*, en toda circunstancia, protección y se hace cada vez más necesario mantener mecanismos de protección jurídica como el de la presunción. La razón es la misma, la necesidad de salvar bienes jurídicos cuando el estado está imposibilitado de llevar a cabo esta tarea. Conservar la presunción de legítima defensa asegura al individuo que, en ciertas circunstancias, véase obligado a actuar por su cuenta y el Estado lo reconoce y, en cierta forma le compensa con un acto benéfico como lo es la presunción.

106. *Ibidem*, p. 368.

107. *Ibidem*.

108. Jiménez Huerta, MARIANO, OB. CIT., P. 307.