

LA LEGÍTIMA DEFENSA. ESPECIAL REFERENCIA AL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE GUANAJUATO

Lawful Self-defense. Special Reference to The Penal Code of The State of Guanajuato

Víctor SÁNCHEZ SALGADO*

Sumario:

Introducción I. La legítima defensa como una norma permisiva II. Elementos de la legítima defensa A) El primer elemento “se abre en defensa de bienes jurídicos” B) El segundo elemento, “propios o ajena” C) El tercer elemento, contra agresiones ilegítimas D) El cuarto elemento, es que siempre exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirle E) Quinto elemento, la falta de provocación de la legítima defensa F) Problemática con la riña G) Elemento subjetivo de la legítima defensa III. Conclusiones IV. Bibliografía

Resumen: *Se explica y analiza cada uno de los elementos de la legítima defensa de acuerdo a la normativa del estado de Guanajuato, señalando sus límites y alcances. En el marco de la moderna dogmática jurídico penal, se considera a la legítima defensa como una herramienta básica para el establecimiento del ordenamiento social mismo, buscando, al mismo tiempo, evitar la arbitrariedad en el juzgador y la determinación del debido derecho.*

Palabras clave: *Legítima defensa; Guanajuato; elementos de la legítima defensa; agresión ilegítima; necesidad razonable de la defensa; riña*

Abstract: *Each one of the elements of lawful self-defense is explained and analyzed according to the regulations of the state of Guanajuato. There are many cases in which the first instance judge ignores the limits and requirements of lawful self-defense and classifies it as a quarrel. However, within the framework of modern criminal legal dogmatics, lawful defense is considered as a basic tool for the establishment of the social order itself, seeking, at the same time, to avoid arbitrariness in the judge and the determination of the due right of the defendant.*

Keywords: *Guanajuato; Lawful Self-Defense; Elements Of Lawful Self-Defense; Illegitimate Aggression; Reasonable Necessity Of The Defense; Quarrel*

Abreviaturas: ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales (España); CCA: Cuadernos de conferencias y artículos; CPC: Cuadernos de Política Criminal (España); CPF: Código Penal Federal; Cp. de Gto. Código penal del

* Víctor Sánchez Salgado. Licenciado en Derecho por la Universidad Conjunto Educativo Universitario de la ciudad de León, Gto. (ahora Universidad de León). Ha estudiado la Maestría en Derecho Constitucional y Amparo. Ex profesor de la Universidad de la Salle Bajío, campus Campestre, en la materia de Derechos Humanos. Presidente de la Firma legal Vs & Sanroc, donde realiza la actividad de abogado en materia civil, amparo y consejero en materia penal. Contacto: vsjuris_1@hotmail.com

Estado de Guanajuato; PJ: Revista del Poder Judicial (España); RDPCICPC: Revista de Derecho Penal y Criminología del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas (Colombia); RP: Revista penal (España); SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación (México); STC: Sentencia del Tribunal Constitucional (España); STS: Sentencia del Tribunal Supremo (España); TCC: Tribunal Colegiado de Circuito (México).

Introducción

En la presente contribución, trataremos de explicar y analizar cada uno de los elementos de la legítima defensa de acuerdo a la normativa del estado de Guanajuato. Derivado de la *praxis* jurídica, el juzgador y abogado litigante deben conocer los alcances y límites de dicha eximente pues, en muchas ocasiones, el juzgador lo califica como riña o como un exceso de legítima defensa o, bien que mal, imputan al acusado por un delito consumado cuando en realidad obró en legítima defensa, ejerciendo incluso, mediante juicios subjetivos.

Este análisis de los elementos de la legítima defensa se da a través de la óptica de la moderna dogmática jurídico penal, que considera la legítima defensa como una herramienta básica de establecimiento del ordenamiento social mismo, es decir, confirma la vigencia de la norma y da una comunicación contra fáctica de que existe un derecho primigenio anterior a la agresión ilegítima del tercero y, por lo tanto, reafirma las expectativas sociales. Este estudio de la legítima defensa a luz de la dogmática jurídico penal tiene la intencionalidad de que el juzgador no sea arbitrario al momento de conocer un asunto de esta categoría. La dogmática permite determinar el debido derecho, dado el caso, que establece los alcances y límites de la legítima defensa; asimismo, contribuye a que las sentencias no sean obra de azar¹.

40

I. La legítima defensa como una norma permisiva

Cualquier estudio de un hecho punible requiere analizar las categorías de la teoría del delito, *conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad* y, en este supuesto, las *causas de justificación*, fundamentos legales de exclusión de la antijuricidad de conducta típica² derivados del hecho de que el ordenamiento no solo está constituido por prohibiciones sino también por autorizaciones que, bajo determinados presupuestos y circunstancias,

¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1990, p. 158; ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?, Perú, Editorial Ara, 2009, pp. 40 y 41; ¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?, p. 9, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf

² STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, trad. Juan Luis FUENTES OSORIO, *CPC*, núm. 92, 2007, p. 128.

levantan las prohibiciones y proveen autorizaciones en normas permisivas, las cuales conforman un elemento negativo del delito excluyente de la antijuricidad³.

Las causas de justificación desarrollan los mismos efectos⁴ y permiten la conducta típica, verbigracia la legítima defensa privada. En la medida en que un comportamiento típico no alcanza el carácter de antijurídico, pueden distinguirse las acciones “permitidas” de las que “simplemente no están prohibidas”⁵. Estas causas también permiten intromisiones sobre las interacciones sociales que son perturbadas por alguna lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado⁶. En la moderna teoría del delito tratan sobre la intromisión de los deberes positivos y negativos, a cuyos titulares refiere la proposición permisiva como los bienes del agresor⁷, o, mejor dicho, como la esfera jurídica de la interacción social del agresor, por lo que se debe dejar intacta la esfera jurídica del otro⁸. El concepto de libertad en el que se basa esa concepción es de naturaleza exclusivamente negativa: es potencial de acción derivado de la titularidad de una persona sobre sus bienes jurídicos, que son el equivalente al plan de vida de las interacciones sociales, el cual, no puede ser menoscabado por los demás de una manera objetivamente imputable a ellos mismos⁹.

Como cabe colegir de lo anterior, en las interacciones sociales muchas veces existen controversias entre las normas (delitos, causas de justificación) y las expectativas

³ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. Miguel OLMEDO CARDENETE, Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 346-347; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1993, pp. 4, 6, 43-45; SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, *RP*, núm. 5, 2000, pp. 74 y ss.; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Tecnos, 2015, p. 145, tomo II; *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2016, p. 169, tomo II; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Prólogo”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, p. XV.

⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 357.

⁵ Ver WILENMANN, Javier, “Injusto, justificación e imputación. La teoría de la antijuridicidad en la dogmática penal”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, pp. 131, 132, 161 y 163; MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, pp. 179 y ss.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 357.

⁷ Ver “La legítima defensa según Kant y Hegel”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, pp. 9, 10, 24, 25, 26, 28, 54 y 55.

⁸ “Las competencias del ciudadano”, trad. Ivó COCA VILA, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ / Ricardo ROBLES PLANAS / Nuria PASTOR MUÑOZ (Directores), *Ciudadano y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y delito en un estudio de libertades*, Barcelona, Editorial Atelier, 2016, p. 104.

⁹ PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, trad. Hernán Darío OROZCO LÓPEZ, *RDPICPC*, vol. 34, núm. 96, 2013, pp. 15, 16 y 17.

sociales (conocido en la dogmática tradicional como “bien jurídico”, ya sea vida, integridad, patrimonio, etc.) que están en interacción. Por ejemplo, el efecto excluyente de una norma permisiva (causas de justificación) con respecto de alguna norma prohibitiva (injusto/ilícito/delitos) es dependiente de que exista una superposición de sus correspondientes contenidos semánticos. Esto es indispensable para poder caracterizar la relación entre una prohibición (delito) y una permisiva (causa de justificación) como una antinomia, es decir, como una colisión de normas¹⁰. Pues, si la interacción social permitida es definida como equivalente a no prohibida, solo será posible reconocer una colisión entre una norma prohibitiva (matar) y una norma permitida (matar en legítima defensa) en la medida en que al menos una acción particular satisfaga el contenido semántico de una y otra conducta. Por ejemplo, en el homicidio simple que se realizó en legítima defensa, la acción que simultáneamente satisface la descripción “privar de la vida a otro” y la descripción “defenderse frente a una agresión antijurídica de modo racionalmente necesario”, una exclusión de la prohibición del homicidio simple condicionada por la permisiva de la legítima defensa determinará que la aplicación de la primera norma se vea situacionalmente suspendida, quedando así neutralizada¹¹.

Las causas de justificación son normas permisivas, y la legítima defensa¹², un supuesto de justificación¹³ que permite la defensa contra agresiones antijurídicas de esferas de interacciones sociales (bienes jurídicos) en que la norma permite la defensa de las esferas de organización social. En la moderna dogmática jurídico-penal la legítima defensa es un derecho guiado por el objetivo de dejar intacta la esfera jurídica agredida. Por ello, no es requerido, en primer lugar, el elemento espacio temporal de una agresión actual que, tradicionalmente, la doctrina dominante¹⁴ exige para la legítima defensa, bastando con existencia de la necesidad de la defensa ante el futuro menoscabo de una esfera jurídica. En segundo lugar, la facultad de defensa no estaría restringida necesariamente a creaciones de peligro antijurídicas, también podría fundarse en peligros creados conforme a derecho siempre que fuesen imputables objetivamente al

¹⁰ SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general... cit.”, p. 77; COCA VILA, Ivó, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, Editorial Atelier, 2016, passim; COCA VILA, Ivó, “La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídicos-penal”, *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 1 y ss, <http://www.indret.com/pdf/1293.pdf>

¹¹ MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), *op. cit.*, pp. 190 y 191.

¹² Ver MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), *op. cit.*, pp. 254 y 255. Como también SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general... cit.”, pp. 77 y 83.

¹³ Ver STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 130.

¹⁴ Ver PAWLK, Michael, “La legítima... cit.”, pp. 3 y ss.; SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos... cit.*, pp. 33, 36, 37 y 71; “Los elementos subjetivos de justificación”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001, pp. 731 y 734; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 362 y ss.; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, pp. 130 y ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intencivo en la legítima defensa*, Granada, Editorial Comares, 2007, pp. 5-64; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2015, p. 147, tomo II; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2016, p. 171, tomo II.

titular de este y de conformidad con la semántica de la división de competencias existentes en la respectiva sociedad. Finalmente, en tercer lugar, el derecho de defensa solo estará limitado a su alcance por el criterio de necesidad¹⁵, pues siendo la necesidad el fundamento de la defensa no habría lugar a juicios de proporcionalidad¹⁶.

El agredido no defiende un conjunto de bienes contra una disminución de estos, más bien, le hace frente a la desconsideración de los mismos bienes jurídicos que defiende su espacio jurídico como persona en derecho, encontrándose, agresor y agredido, bajo el dominio de una generalidad que es integrada por la ley y las expectativas normativas. El agredido defiende su ámbito jurídico, es decir, defiende su derecho sobre el derecho¹⁷ de la posesión jurídica de las interacciones sociales y sus esferas de interacción social —ya sea en su vida, salud, patrimonio suyo o de un tercero— y con ello afirma y reconstruye el sentido de comunicación de las expectativas normativas donde existe una norma que fue quebrantada por un ciudadano desleal a la normativa, o donde existe un derecho reconocible por la norma de conducta¹⁸ como un deber negativo de no dañar a otro, de no lesionar una esfera ajena¹⁹. Por ejemplo, cuando el agresor se puede convertir en el occiso luego de iniciar la actividad de

¹⁵ STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, pp. 132, 133 y 139.

¹⁶ PAWLIK, Michael, “El estado... cit.”, pp. 16, 22 y 26. En un sentido equivalente sobre que no necesita la proporcionalidad JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 362; KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el Derecho no necesita ceder ante el injusto”, trad. Juan Pablo MAÑALICH R., en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, pp. 65 y 66. Cfr. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético sociales*, Granada, Editorial Comares, 1999, pp. 310-328 y 495; AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, Editorial Edersa, 1999, pp. 115 y 116; EAD., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2012, pp. 94, 95 y 96; EAD., *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal. Manifestaciones del principio de inexigibilidad de las categorías del delito*, Granada, Editorial Comares, 2004, pp. 77 y 79; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, pp. 130, 131, 132 y 135. Como también *confróntese* la STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, p. 6). Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1991, p. 99; VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Teoría general del delito*, 3ª reimp., Editorial Oxford, 2017, pp. 118 y 121.

¹⁷ ROXIN, Claus, “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, trad. Marcelo A. SANCINETTI, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Bogotá, Editorial Universidad externado de Colombia, 1998, p. 90, Colección de estudios número 11, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho. Este autor menciona que la “legítima defensa siempre le es inherente una noción de preservación del Derecho”.

¹⁸ Ver JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, pp. 8, 12 y 16; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2015, p. 147, tomo II; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2016, p. 171, tomo II.

¹⁹ PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, p. 45: “La norma fundante del Derecho abstracto dice: ‘Sé una persona y respeta a los otros como personas’. En segundo parte, la fórmula en cuestión afirma, en lo que aquí interesa, fundamentalmente lo mismo el concepto de Derecho de Kant. También Hegel tematiza en ella la idea de libertad “negativa”, es decir, el Derecho a ser dejado en paz. De esta forma, los Derechos correspondientes a esta parte del sistema a “lo negativo, no lesionar a la personalidad y lo que de ella se sigue”; la lesión de bienes jurídicos en tanto tal “afecta simplemente a lo externo”. Como también PAWLIK, Michael, “Las competencias... cit.”, p. 104.

menoscabo de los intereses jurídicos de un tercero, colocando en un estado de peligro latente al agredido, quien, ante esto, anula el injusto por medio de la legítima defensa en aquellos casos que al Estado no le es posible retornar el flujo de comunicación contra fáctica de la norma y, en la defensa de una posesión jurídica, fundamenta el derecho de autoprotección²⁰.

La legítima defensa es un medio para retornar el flujo de comunicación contra fáctico de las expectativas normativas (bienes jurídicos, interés jurídico, esferas jurídicas) en casos en que la agresión es inminente y cabe la contra agresión en defensa de las posesiones y esferas jurídicas²¹. La legítima defensa tiene un fundamento enraizado en la relación jurídica tendente a la protección de la libertad “negativa” existente entre el agresor o agresores y sus víctimas. Este punto de partida no es, en el sentido actual, como se ha dicho, ni “individualista” ni “supraindividual”, sino más bien intrapersonal²².

En la medida en que la dogmática de la legítima defensa limita la facultad de defensa únicamente frente a un comportamiento antijurídico y culpable, tiene en cuenta el hecho de que un comportamiento antijurídico identifica a su autor como sujeto de una acción caracterizada por el irrespeto de los intereses ajenos, que va mucho más allá de un mero menoscabo objetivo antijurídico de un potencial de acción ajeno: aquel que actúa de manera culpable²³ niega a sus víctimas el derecho de poder ser sujeto de su propio plan de vida.

44 En aquellos eventos en los que el comportamiento antijurídico y culpable se ha agudizado hasta llegar a una agresión actual *inminente*, el autor de la agresión emite en el tiempo presente la respectiva declaración de irrespeto de la posición jurídica ajena; el creador de un peligro *actual*, por el contrario, emite la anuencia únicamente para el futuro. Una agresión antijurídica y culpable es la situación básica de la legítima defensa y se caracteriza por el hecho de que al autor se le puede imputar, de forma absoluta, la perturbación de la esfera jurídica ajena como persona y como sujeto, esto quiere decir

²⁰ Ver KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el derecho no necesita ceder ante el injusto”, trad. Juan Pablo MAÑALICH R., en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013, pp. 83 y 84. En una postura equivalente, sin embargo, cree en la defensa de los bienes jurídicos JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, pp. 361 y 362; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, pp. 139 y 140.

²¹ PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, pp. 14, 18, 19, 26, 44 y 47; PAWLIK, Michael, “Las competencias... cit.”, p. 104.

²² PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, p. 47; PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, trad. Hernán Darío OROZCO LÓPEZ, *RDPCCPC*, vol. 34, núm. 96, 2013, p. 19.

²³ Ver PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, p. 26.

que también es viable la posibilidad de realizar la legítima defensa con sujetos²⁴ que agreden a otros.

De la fórmula básica de la legítima defensa de que el derecho no debe ceder ante el injusto²⁵, el derecho a la legítima defensa no resulta a favor solamente de sí mismo, sino también a favor de cualquier otra persona cuyo derecho sea agredido. Todo aquel que agrede un derecho puede ser repelido por el derecho. En estos supuestos no se habla de un derecho general o, mucho menos, de una defensa del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino solo de la protección de la concreta posición jurídica a la cual es referida la agresión²⁶. La legítima defensa sirve a la restitución externa de la situación ajustada a derecho: con la defensa del derecho agredido también se ve asegurada su validez como derecho y todo derecho es susceptible de legítima defensa²⁷. La ausencia de alguno de los elementos o requisitos de la legítima defensa determinará la exclusión de la justificación de la acción de defensa²⁸.

Si tenemos que un delito de agresiones contra la integridad corporal o la salud es un delito instantáneo. La agresión sobre la posesión jurídica y la esfera de la vida y salud es un supuesto de agresión actual o inminente en todo el tiempo que dure la situación antijurídica de las agresiones; por ejemplo, ante ataques con piedras, palos y machetes²⁹, la legítima defensa es aplicable con toda su amplitud de medio idóneo para defender la posesión jurídica de la esfera de vida, salud y patrimonio propio y/o de terceros³⁰, sin restricción alguna, en relación con los varios momentos de la comisión criminal del injusto, o con las lesiones provocadas por gente en tumultuaria con la intención de linchar o matar.

Esto quiere decir que la aplicabilidad de la legítima defensa es viable de realizarse en el momento de las agresiones ilegítimas. Supongamos se lanzaran pedradas al patrimonio del agredido —como su automóvil— y, posteriormente, se lanzaran esas piedras a la integridad corporal del agredido, poniéndose en riesgo la vida y la salud del agresivo. Para tal efecto, es viable defender las posesiones jurídicas con un arma de fuego, provocándole lesiones en su esfera corporal³¹, pues se está amparado bajo el

²⁴ PAWLIK, Michael, “El estado... cit.”, p. 18; PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, p. 11. Como también JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 363; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, pp. 134 y 140.

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 360.

²⁶ KINDHÄUSER, Urs, *op. cit.*, pp. 70 y 71; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, pp. 133 y 140.

²⁷ KINDHÄUSER, Urs, *op. cit.*, p. 81.

²⁸ STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 133. En la jurisprudencia STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, pp. 5, 6 y 7).

²⁹ Ver JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 367. En la jurisprudencia STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, p. 6).

³⁰ Ver LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Editorial Bosch, 1978, p. 353.

³¹ Ver JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 358; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 138.

umbral de la permisibilidad social de la legítima defensa. Es aplicable la defensa de la posesión jurídica en el momento de las agresiones.

II. Elementos de la legítima defensa

La legítima defensa requiere de una serie de elementos esenciales que el artículo 33, fracciones V y XI, ex fracción de la reforma del 24 de septiembre de 2017 del Código Penal del Estado de Guanajuato breve. Esencialmente, los mismos requisitos, mecanismos y elementos de la fracción V y extinta fracción XI (reforma del 24 de septiembre de 2017), es decir, los tres primeros requisitos entre las fracciones V y XI (reforma del 24 de septiembre de 2017).

En el requisito tercero existe una diferencia de protección y defensa, pues, mientras la fracción V exige “contra agresión ilegítima, actual o inminente”, en contra posición, la fracción XI —hoy fracción V, 2º párrafo— pide “contra agresión ilegítima por intrusión actual a casa habitación”, conformando así una diferencia esencial entre las fracciones V, párrafo 1º, V, párrafo 2º y XI del artículo 33 del Cp. Gto. Esta es la esencia de protección y de salvaguardar los intereses vitales y patrimoniales de la casa habitación estipulada por el legislador del estado de Guanajuato: proteger la integridad corporal, vital y/o el patrimonio es una causa total de justificación, incluso, para matar a todo intruso con intenciones de matar, asesinar o robar, en contra de la integridad patrimonial y vital de los cohabitantes de una casa habitación. Se comete además el delito de allanamiento a morada ajena tipificado en el artículo 177 del Cp. de Gto. Existen otras diferencias entre las fracciones V, párrafo 1º; V, párrafo 2º; y XI del artículo 33 del CP. de Gto., por ejemplo: la fracción V pide una serie mayor de requisitos que no pide la fracción XI, hoy fracción V, párrafo 2º.

46

La configuración de la causa de justificación se prevé en el art. 33, fracción V, párrafo 1º, V párrafo 2º y extinta XI, para defenderse de agresiones ilegítimas, ya sean daños contra la integridad física o la puesta en peligro de la vida, morada ajena o el patrimonio. El objetivo de esta política criminal es que el ciudadano en derecho pueda repeler las agresiones ilegítimas contra bienes o posesiones jurídicos de relevancia social que permiten el desarrollo de la sociedad del ciudadano.

La permisividad social del “riesgo permitido” prevé la necesidad de lesionar y menoscabar las esferas jurídicas del intruso agresor en una posesión ilegal³². Para el legislador del estado de Guanajuato es una herramienta que restaura el orden perturbado por el intruso. Con la legítima defensa se manifiesta un orden normativo previo que determina lícito defender nuestras posiciones jurídicas, así como la ilicitud

³² PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, p. 45: “La norma fundante del Derecho abstracto dice: ‘Sé una persona y respeta a los otros como personas’. En segundo parte, la fórmula en cuestión afirma, en lo que aquí interesa, fundamentalmente lo mismo el concepto de Derecho de Kant. También Hegel tematiza en ella la idea de libertad ‘negativa’, es decir, el Derecho a ser dejado en paz. De esta forma, los Derechos correspondientes a esta parte del sistema a ‘lo negativo, no lesionar a la personalidad y lo que de ella se sigue’; la lesión de bienes jurídicos en tanto tal ‘afecta simplemente a lo externo’”. Véase también “Las competencias... cit.”, p. 104.

de la conducta del agresor. La legítima defensa es la confirmación del derecho existente en la sociedad³³.

Para comenzar, los principios de la legítima defensa son tres: a) el principio de protección, b) principio de autoprotección y c) de defensa del derecho³⁴ (arts. 1 y 10 constitucionales; y art. 33, fracciones V, V párrafo 2º y extinta fracción XI del Código Penal del Estado de Guanajuato) también llamado *principio de mantenimiento o afirmación del derecho*.

Actualmente existe la idea de que la legítima defensa no solo sirve para la protección del que ha sido agredido, sino también para la defensa del derecho. Quien rechaza una agresión antijurídica en el referido marco legal, no solo está protegiendo un concreto objeto afectado por la agresión, al mismo tiempo está impidiendo que sea lesionado el ordenamiento jurídico supra-personal como tal. En este caso en particular, la ley de la legítima defensa exige haya peligro de agresión ilegítima para llevarse a cabo el ejercicio de la defensa de quien está siendo agredido antijurídicamente o de quien acude en su ayuda. Por ejemplo, si unas personas que van a agredir a un sujeto con palos son observadas por un tercero, quien decide sacar una arma y disparar en contra de un agresor. La ley, en el artículo 33, permite el principio de oportunidad de la defensa, a modo de poder supra-personal, frente al abuso ilegítimo. Además, el derecho de legítima defensa no exige principio de proporcionalidad³⁵, sino que autoriza la producción de un perjuicio no proporcional con el del agresor, siempre y cuando sea necesario para la defensa, es decir, si la agresión solo podía rechazarse de alguna particular manera.

La base de la legítima defensa es el principio de protección y defensa del derecho. El legislador penal estima en tan alto grado el valor que tiene la defensa o prevalimiento del derecho frente al injusto, que deja que la balanza se incline hacia el lado de la defensa, ya que la legítima defensa se fundamenta de dos características: la primera es la protección individual y la segunda, la defensa del derecho. Se fortalece la protección del particular, ya que ayuda con la defensa del ordenamiento jurídico³⁶.

Por legítima defensa se entiende la acción que es necesaria para repeler una agresión real inminente y actual, acontecimiento real y grave por parte de quien es agredido, y es de explorado derecho considerar que la agresión se caracteriza por aquel comportamiento desplegado por el agente que amenaza lesionar o

³³ ROXIN, Claus, “Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa. Intento de balance”, trad. José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *CPC*, núm. 17, 1982, pp. 299-312; ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª. ed., trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, 5ª reimp, Madrid, Editorial Civitas, 2008, p. 643. (IDEM, Editorial Civitas, Navarra, 1997).

³⁴ Ver ROXIN Claus, *op. cit.*, p. 643.

³⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 99; VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *op. cit.*, pp. 118 y 121.

³⁶ ROXIN, Claus, “Las restricciones... cit.”, p. 299.

lesiona intereses jurídicamente protegidos, tanto de quien es objeto del ataque, como de un tercero.³⁷

La legítima defensa requiere una serie de elementos esenciales que prevé el artículo 33 del Código Penal Guanajuato y la fracción V, párrafo 1º, V, párrafo 2º y la extinta fracción XI de nuestro ordenamiento punitivo y que a continuación serán expuestas.

A) El primer elemento: “se obre en defensa de bienes jurídicos”

Los bienes jurídicos que pueden ser defendidos por el agredido en la legítima defensa son aquellos bienes jurídicos que se pueden clasificar como personales, es decir, las esferas jurídicas del portador en su calidad de individuo; pero también pueden ser defendidos por esta causa de justificación los bienes jurídicos de una persona jurídica, aun cuando los bienes jurídicos que tienen la *calidad de individuales son: la vida, integridad³⁸ y salud personal, libertad sexual, honor³⁹, propia imagen⁴⁰, intimidad, patrimonio y los derechos generales de la personalidad⁴¹*. Ahora bien, dentro de esta clasificación de bienes jurídicos que son defendidos también entra la defensa de bienes jurídicos de una persona jurídica o el patrimonio del ente privado. Otro tipo de bienes jurídicos que pueden ser defendidos por esta excluyente de delito es el de los pertenecientes al Estado cuando este actúa como persona jurídica —como el patrimonio⁴² económico del Estado⁴³.

Sin embargo, los bienes jurídicos que no pueden ser amparados por la excluyente de legítima defensa son el derecho a la vida del *nasciturus* —o sea, no nacido o feto⁴⁴— y el cadáver de una persona, debido a que ni uno ni otro son personas⁴⁵ ni están en posibilidad de estar amparados por esta excluyente; no obstante, que puede caber la posibilidad de un estado de necesidad.

³⁷ Tesis Aislada Tribunal Colegiado de Distrito, Registro 197094, *Rubro: Legítima defensa. Opera respecto de tercero ajeno a la contienda (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Juan Miguel GARCÍA SALAZAR.

³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Editorial Ara, 2015, p. 479.

³⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 98. *Cfr.* QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal. Parte general. Acorde con el nuevo código penal de 1995*, Editorial Cedecs, 1996, p. 395.

⁴⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2015, p. 115.

⁴¹ WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Hermut, *Derecho penal. Parte general, el delito y su estructura*, 46ª ed., trad. Raúl PARIANO ARANDA, Editorial Instituto Pacífico, 2018, p. 209.

⁴² CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª edic, Editorial Tecnos, Madrid, 2015. pág. 115.

⁴³ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “La legítima defensa y el estado de necesidad justificante”, en Carlos María ROMEO CASABANA / Esteban SOLA RECHE / Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho penal, Parte general. Introducción teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Granada, Editorial Comares, 2016, p. 224.

⁴⁴ *Cfr.* ROXIN Claus, *op. cit.*, pp. 624 y 625.

⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, p. 479.

Otros bienes jurídicos que no pueden ser defendidos por esta excluyente del delito son los bienes jurídicos que tienen la calidad de supraindividuales. Estos son aquellos que el titular es la sociedad, también denominados como bienes jurídicos de la generalidad⁴⁶ —ya sea la seguridad del tráfico jurídico, la salud pública, la seguridad vial, medio ambiente⁴⁷, estado civil, la seguridad fiduciaria⁴⁸ y etc. Y, también, no son defendibles los bienes jurídicos del Estado como ente soberano —que bien pueden ser, la seguridad interior o exterior del Estado, la administración pública y la administración de la justicia⁴⁹.

B) El segundo elemento: “*propios o ajena*”

La concepción de nuestro Código punitivo en las palabras *propios* o *ajeno*, se refiere a la protección de bienes jurídicos del agredido o de un tercero. Esto es, que se puede defender bienes jurídicos del propio agredido, o que un tercero defienda al agredido de una amenaza o peligro actual o inminente a sus bienes jurídicos; no solo eso, sino que, a la vez, el agredido puede defender su posesión jurídica en el mundo social y al mismo tiempo se defiende a un tercero en el momento en que el agredido o el tercero son puestos en riesgo inminente de un ataque antijurídico.

C) El tercer elemento: contra agresiones ilegítimas

1. Concepto de agresión

*Una agresión ilegítima (delito): sin agresión no hay defensa, y dicha agresión debe ser actual o inminente*⁵⁰. Para tal efecto, el concepto de agresión exige un comportamiento de la persona en el sentido escrito debido a que puede realizar delitos jurídicamente relevantes para el derecho penal porque es el único ser social que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos relevantes para este. Por lo tanto, no entran dentro del concepto de agresión las ausencias de conducta, entre ellas: los movientes corporales del que sufre epilepsia, los movimientos reflejos en sentido estricto o el comportamiento de un sonámbulo, pues, aunque bien pueden poner el peligro bienes jurídicos, no cabe admitir la excluyente de la legítima defensa porque no existe una voluntad de evitar la agresión por parte del agresor. Ante dichas ausencias de conductas, es aplicable la excluyente del delito del Estado de necesidad. Tampoco es admisible la defensa o agresión en la legítima defensa de un animal sobre una persona, ya que es un supuesto de estado de necesidad; no obstante que, si el animal es provocado o azuzado por el agresor, es decir, por una persona, sí cabe la legítima defensa, debido a que el animal es el medio o

⁴⁶ WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Hermut, *op. cit.*, p. 209; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, p. 479.

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 224.

⁵⁰ Ver SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general... cit.”, pp. 83 y 87; PAWLIK, Michael, “El estado... cit.”, p. 16.

instrumento de la voluntad del hombre agresor que usa o da al animal la orden de atacar a otra persona⁵¹.

Es discutido por la doctrina la posibilidad de una agresión omisiva o, mejor dicho, de una defensa de agresión en omisión. Por lo general, para un sector de la doctrina científica es admitida, mientras que por otro sector es rechazada. Sin embargo, el concepto universal de que la agresión es activa se mantiene⁵². El sector la doctrina que admite la viabilidad de las agresiones omisivas que integran el concepto de agresión — ya sean en su forma propia⁵³ o impropia (comisión por omisión)— se decantan por una especialidad: que es más viable la agresión por comisión que por omisión, pues limitan la posibilidad de cometer una agresión por omisión a quien tiene el deber jurídico o posición de garante del actuar, pero que no lo hizo, de manera que se puede realizar la legítima defensa frente a una agresión omisiva, o bien, obligar al garante a efectuar la actividad de evitar el resultado material; también, siendo el propio tercero defensor quien evite el resultado —por ejemplo, la madre que deja morir de hambre a su hijo; estará justificado por legítima defensa de tercero que obligue, con violencia o amenazas, a alimentar al niño⁵⁴.

Por lo anterior, la agresión debe provenir de una conducta humana (postura dominante) con respecto a lo que la dogmática moderna exige para la evitabilidad de la conducta (postura minoritaria)⁵⁵, en el particular, de los injustos, lesiones graves y daños a propiedad ajena, menoscabo de la vida, salud y el patrimonio —como evitar las agresiones mediante lapidación o lanzamiento de objetos como palos, patadas, golpes o machetazos. Y esto es derivado de que *los agredidos son las víctimas del delito* (por las agresiones sufridas, ya sea en su domicilio, o en la calle) y la incidencia en interés jurídico, “vida, salud y patrimonio” (doctrina dominante)⁵⁶, que constituye para la doctrina moderna un deber negativo de no lesionar, dañar a otra persona ni a su patrimonio, de otro u otros ciudadanos⁵⁷, para evitar dichas conductas en contra de la puesta en peligro del bien jurídico.

También es discutido por la doctrina que la agresión sea imprudente (culposa), pues, existen, al igual que el caso anterior, autores a favor y otros en contra⁵⁸ de admitir la viabilidad de la agresiones imprudentes; sin embargo, donde la doctrina sí es unánime en aceptar que las agresiones deben ser dolosas⁵⁹, para estar en el supuesto o elemento

⁵¹ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 225; VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *op. cit.*, p. 119.

⁵² VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 225.

⁵³ Cfr. WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Hermut, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, pp. 11 y 12; ROXIN Claus, *op. cit.*, p. 613; WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Hermut, *op. cit.*, p. 210.

⁵⁵ Ver KINDHÄUSER, Urs, *op. cit.*, pp. 96 y 97.

⁵⁶ Ver SANZ MORÁN, Ángel José, *Los elementos... cit.*, p. 22; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 364.

⁵⁷ Ver PAWLIK, Michael, “El estado... cit.”, p. 16.

⁵⁸ Ver LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *op. cit.*, pp. 254 y ss.; ROXIN Claus, *op. cit.*, p. 615; MUÑOZ CONDE, Francisco, *op. cit.*, p. 98; VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 226.

de agresión, debido a que el agresor manifiesta su voluntad de menoscabar los bienes jurídicos que son legítimos de defensa. Los críticos de la agresión imprudente excluyen esta forma de agresión, al mismo tiempo que aceptan la agresión dolosa, debido a que no hay voluntad de agresión o de menoscabar los bienes jurídicos tutelados y protegidos por la legítima defensa. Quienes están a favor de la existencia de agresión imprudente lo justifican de la siguiente forma: Un comportamiento imprudente satisface, como uno doloso, el concepto de agresión antes, pues ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos que son amparados por la legítima defensa. Desde ese punto, el sistema adoptado por el ordenamiento punitivo resulta del todo antijurídico; más aún que la forma dolosa⁶⁰.

Sobre la temporalidad de inicio de la agresión: es admitida la agresión en fase de tentativa, pero no es así en la fase de actos preparatorios, correspondiente a la eximente de responsabilidad del art. 33, frac. V, párrafos 1º y 2º del CP. de Gto., por lo que no es necesario que exista una consumación o agotamiento de la agresión ilegítima para que opere esta excluyente de delito; basta el intento o tentativa idónea de la agresión de lesionar los bienes jurídicos. Tampoco es amparada como una causa de exclusión de legítima defensa la tentativa inidónea. Por ejemplo, tratar de lesionar a una persona con una pistola de agua, un método ineficaz para menoscabar las esferas jurídicas del agredido⁶¹. En tal caso, estaríamos ante un error de defensa y cabría perfectamente la legítima defensa putativa como causa de exclusión incompleta de agresión idónea por un error de la situación de peligro.

2. La antijuricidad de la agresión (agresión ilegítima)

El concepto de agresión ilegítima está íntimamente vinculado con la antijuricidad del hecho de la agresión primaria. Está circunscrita al concepto de antijuridicidad⁶², es decir, la agresión del agresor debe ser considerada como delito por el ordenamiento punitivo, esto es, que el comportamiento del agresor vaya dirigido al menoscabo o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por la ley penal⁶³. Por eso, la agresión del agresor contradice la norma y pone en duda las expectativas sociales, donde la legítima defensa reafirma⁶⁴ la expectativa social y refuerza el concepto de la norma, pues comunica que existe un derecho presentante a la agresión antijurídica del agresor.

Por eso, la ilegitimidad equivale a ilicitud; y la ilicitud es igual a la forma antijurídica que es la contrariedad al ordenamiento jurídico previamente establecido por la sociedad. De esto se deriva que, si la agresión está justificada —por una causa de justificación—, no podrá invocarse la legítima defensa del agredido, dado que el agresor

⁶⁰ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, pp. 11, 12 y 13; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª. ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2005, p. 432; CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

⁶¹ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 431; CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

⁶² CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *op. cit.*, p. 112.

⁶³ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁴ ROXIN Claus, *op. cit.*, p. 617.

está amparado por las eximentes de las causas de justificación y no podrá oponerse la legítima defensa. Ahora bien, la agresión tiene que ser ilegítima, pero no es necesario que sea culpable, es decir, que el agresor tenga la calidad de imputable. Es posible defenderse legítimamente de agresiones de inimputables o inimputables disminuidos o de sujetos que actúan y agreden bajo una causa de exculpación⁶⁵. No obstante, la doctrina ha limitado la defensa contra inimputables o inimputables disminuidos mediante una restricción ético-social⁶⁶ o bajo la fórmula de tres niveles de legítima defensa⁶⁷.

Ahora bien, la agresión ilegítima debe ser a título de imputación subjetiva, doloso o imprudente (culposo), ya que es un elemento que condiciona el injusto de la agresión ilegítima. Es decir, el agresor comete la agresión con el dolo o imprudencia de menoscabar un bien jurídico, no obstante, no cabe la posibilidad de que la legítima defensa opere contra un caso fortuito, pues la agresión no será antijurídica⁶⁸.

La agresión ilegítima es un elemento medular de la esencia de la legítima defensa, debido a que la ausencia de la agresión ilegítima excluye la aplicación de la eximente completa e incompleta de la legítima defensa⁶⁹.

Ahora bien, ya que tenemos el concepto de *agresión*, aunado al significado de *ilegítima*, tenemos que analizar las formas en que el ordenamiento punitivo y la doctrina científica admite la realización de la agresión ilegítima. Sobre esas formas y desde la perspectiva del Código Penal, la agresión puede ser actual o inminente, debido a que la ley marca, como un puente entre la agresión y la defensa, los límites temporales dentro de los que la reacción defensiva devienen necesariamente de dichos elementos. No se puede adelantar la agresión ni extenderse más allá de la duración de la defensa⁷⁰.

a) Agresión ilegítima actual

Una agresión es actual cuando en esta exista un real peligro al bien jurídico. Es decir, cuando está teniendo lugar o prosigue un menoscabo de un bien jurídico que puede ser

⁶⁵ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

⁶⁶ Ampliamente ROXIN, Claus, "Las restricciones... cit.", pp. 299-312; ROXIN Claus, *op. cit.*, p. 635 y sigs; OTTO, Harro, *Manual de Derecho penal. Teoría general del derecho penal*, 7ª. ed., trad. José R. BÉGUELIN, Barcelona, Editorial Atelier, 2017, pp. 187 y ss.

⁶⁷ WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Hermut, *op. cit.*, pp. 222, 225 y 228. Esta teoría consiste en tres niveles o posibilidad de defensa, la primera forma de defensa, es que el defensor debe de rehuir del lugar de la agresión, la segunda forma de defensa, una defensa pasiva, es decir, una defensa protectora, y tercera forma de defensa, una defensa agresiva, pero esta forma de defensa debe ser utilizada como *ultima ratio* de las defensas, o sea, que si las dos primeras formas de defensas no ayudan al agredido a defenderse, se puede activar la defensa agresiva, o en el caso, que las dos anteriores formas de defensa no pueden ser útiles, se puede activar la defensa agresiva, como *ultima ratio* y bajo el *principio de menor lesividad*. (nota personal del actor del presente artículo, no obstante, que la información se encuentra en la fuente y cita mencionada).

⁶⁸ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 432.

⁶⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 227.

⁷⁰ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, p. 18.

defendido por la legítima defensa. Por ejemplo, una paliza está en curso cuando un tercero aparece para defender a la víctima que está siendo golpeada por cinco sujetos⁷¹. *La agresión es actual cuando el ataque del agresor ha dado comienzo*⁷². De tal modo, estaríamos en un supuesto de tentativa de agresión.

El concepto de *actual* se refiere al espacio temporal de la agresión. Es un sinónimo, para la ley, de la necesidad de la defensa porque está teniendo lugar una agresión y de que se necesita la defensa del agredido, siendo posible la evitación de la lesión al bien jurídico amenazado por el agresor. Exige que la agresión suponga un peligro próximo y que dicho peligro no desaparezca al convertirse la agresión en consumación o agotamiento⁷³. La agresión actual es aquella que comenzó o que todavía perdura su correspondiente lesión al bien jurídico⁷⁴. Este es el verdadero significado de que la agresión sea actual.

Desde el punto de vista de la teoría de la imputación objetiva, será una agresión o ataque actual aquella que sobrepase el umbral de la permisibilidad social, es decir, del riesgo permitido; cuando el agredido se encuentra en una situación que sobrepasa los límites del riesgo permitido, pues sobrepasa una interacción social de los competentes⁷⁵.

b) Agresión ilegítima inminente

La agresión ilegítima inminente es algo que la doctrina equipara con la frontera de la tentativa de una posible lesión de un bien jurídico que se encuentra amenazado, es decir, la amenaza se puede convertir inmediatamente en una lesión al objeto de tutela jurídica. Esta equiparación entre la frontera de tentativa es propia del Estado de derecho, que establece la punición con el presupuesto de la realización típica del tipo penal, esto es, que se sitúa lo más próximo posible a la consumación de un posible riesgo jurídicamente relevante al bien jurídico tutelado en la ley penal⁷⁶.

Por lo tanto, el ataque o agresión es inminente, por ejemplo, cuando el agresor coge el arma para disparar inmediatamente; o bien, cuando es posible interrumpirla; o cuando acaba de tener lugar de un modo reversible. Por ejemplo, cuando al interpelársele el ladrón huye con el botín y el defensor impide que se lleve el botín matándolo de un tiro. De tal modo, el agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe, ni renunciar a arrebatar el botín al agresor, *lo único que hace falta es que sus*

⁷¹ ROXIN Claus, *op. cit.*, p. 618.

⁷² JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, p. 18.

⁷³ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 432.

⁷⁴ OTTO, Harro, *op. cit.*, p. 179; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 366.

⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed., trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997, p. 468.

⁷⁶ ROXIN Claus, *op. cit.*, pp. 618 y 619.

*acciones supongan reacciones inmediatas a la actuación de lesión del bien jurídico tutelado por la ley penal*⁷⁷.

D) El cuarto elemento: que siempre exista necesidad razonable de la defensa empleada para repelerla o impedirla

El concepto tradicional de la necesidad de la defensa es que sea idónea, que sea la más benigna de varias formas de defensa para elegir por parte del agredido y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño al realizar dicha defensa; mucho menos, por la agresión ilegítima del agresor. El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Sin embargo, para tal efecto, el agredido no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como medio defensivo los medios objetivos eficaces que le permitan esperar, con seguridad, la eliminación del peligro. Por eso la defensa debe ser idónea, es decir, si el agresor agrede físicamente, el agredido no puede, después o en ese momento, dañar los neumáticos del automóvil del agresor, pues no estaría amparado por la eximente de legítima defensa. Un medio idóneo sería que el agredido golpee con una pala al agresor. En segundo lugar, debe ser el medio más benigno, o sea, que quien puede repeler al agresor con sus puños o piernas, no puede usar cuchillo o una pistola⁷⁸; y quien puede intimidar al agresor amenazándole con un arma contundente o de fuego, o mediante un disparo de advertencia, no puede disparar, sin más⁷⁹, al cuerpo del agredido. Ese disparo debe ser usado como *ultima ratio* de la defensa.

54

El estudio de la necesidad de la defensa se vierte en dos formas: una necesidad abstracta de la defensa y la necesidad del medio concreto de defensa empleado, denominado necesidad de la concreta defensa. Esto tiene consecuencias importantes en la eximente de la legítima defensa, pues, si faltara una de las necesidades de la defensa sería un supuesto de eximente incompleta de legítima defensa, pues, al ser legítima defensa, es intensiva y se tendrían que estudiar en las causas de exculpación; pero si falta la necesidad abstracta, no aplica la eximente completa de legítima defensa como causa de justificación⁸⁰.

Ahora bien, existe la necesidad abstracta de la defensa cuando, pudiendo impedir la agresión, el defensor se espera a tener que repelerla. Es decir, la necesidad ha de ser racional —por lo tanto, estamos en supuesto de necesidad aproximada— para cualquier persona que se encuentra dicha situación de necesidad de defensa, debiendo de analizar

⁷⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal... cit.*, p. 468 y 469.

⁷⁸ Cfr. ARROYO ZAPATERO, Luis, “Artículo 8”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Coords.), *Código Penal comentado*, Madrid, Editorial Akal, 1990, p. 44. Cuando “agredido se encuentra en una posición de grave inferioridad respecto del agresor, frente a cuya fuerza física solo puede oponerse un arma (sic)”.

⁷⁹ ROXIN Claus, *op. cit.*, pp. 628 y 629.

⁸⁰ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 435.

las características del autor y realizando un juicio ex antes, es decir, tomando una postura en el momento de defenderse del agredido⁸¹.

En cambio, en la necesidad concreta de la defensa se estudia cómo el sujeto puede utilizar medios menos lesivos; es decir, operaría el principio de menor lesividad de la defensa o del uso del objeto con el que se defiende el agredido. No obstante, es incorrecto decidir o estudiar la cuestión mediante la sola comparación material de los instrumentos de ataque y defensa, ya sea por el medio que utiliza el agresor y el agredido para atacar o defenderse, considerándose no solo los instrumentos o armas sino la modalidad de la defensa, pues, pudiera ser que el medio o instrumento resulte innecesario por exceso de la intensidad de la defensa⁸².

Desde un punto de vista de la moderna dogmática penal, el fundamento principal de la legítima defensa es que reafirma el orden establecido previo a la agresión. Es decir, que la legítima defensa ayuda a reafirmar la existencia de una expectativa normativa que debe ser respetada por el agresor. En la legítima defensa, el agredido niega el ataque del agresor, devolviendo el flujo de comunicación contra fáctica de la norma permisiva de la legítima defensa y manifestando que existe un derecho anterior de importante valor para las expectativas sociales. El agredido no tiene la obligación de escoger de entre los varios medios disponibles el más leve, cuando este medio le suponga, frente a otros, un esfuerzo o coste mayor⁸³ para la defensa de sus bienes jurídicos tutelados por la norma penal.

Por lo anterior, debe valorarse que la normativa de nuestro Código Penal permite defender nuestras esferas jurídicas, como personas en derecho, contra intromisiones ilegítimas que afecten nuestro bienestar, así como repeler el peligro o riesgo para nuestras vidas, nuestra salud y/o patrimonio. El derecho que consagra la legítima defensa en el artículo 10 de la Carta Magna y 33, fracción V, párrafo 1º, V párrafo 2º y en la extinta fracción XI del Código Penal del Estado de Gto., manifiesta o comunica que existe un derecho anterior a la agresión y que dicho derecho es el que debe prevalecer contra las agresiones ilegítimas de los sujetos que pretendan inmiscuirse en las esferas jurídicas de los demás o que intentan menoscabar el interés —“bien jurídico”— de los demás. Para la postura dogmática moderna, el único fundamento de la facultad de defensa será la conservación del potencial de acción que corresponde al agredido⁸⁴.

Dentro de las variables de la acción de defensa están: que se puede privar de la vida o lesionar a otro. Quien lleva a cabo esta agresión es el sujeto (s) activo (s). Por ejemplo: 10 personas que tenían la intención de linchar a otra persona y a sus familiares, para lo cual llevaban machetes, piedras y palos, lesionando así al agredido y a uno de sus

⁸¹ *Ibidem*, p. 436.

⁸² *Ibidem*, pp. 436 y 437.

⁸³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal... cit.*, p. 473.

⁸⁴ Con respecto a la postura moderna de la legítima defensa véase a PAWLIK, Michael, “El estado... cit.”, pp. 16 y ss.; PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, pp. 3 y ss.; KINDHÄUSER, Urs, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

familiares y menoscabando su patrimonio, conllevan a que el sujeto pasivo (agredido) tome un arma⁸⁵ para espantar a la turba o gente tumultuaria que quería lincharlos. Tal hecho o hipótesis entra en el ámbito de la legítima defensa como una forma necesaria para poder liberarse de las agresiones ilegítimas de 10 individuos tumultuosos o personas riosas, y entre ellos el occiso, que buscaban matarlos o herirlos de gravedad, comportando agresiones ilegítimas contra su posesión jurídica⁸⁶.

Ahora bien, es justificable la muerte de uno de los agresores⁸⁷ ilegítimos, en primer lugar, por razones de la necesidad de la defensa de repeler el ataque a la posesión jurídica del agredido, sus familiares y patrimonio, pues existía una inferioridad numérica entre sujetos activos y pasivos: eran 3 (tres) personas contra 10 (diez); además, estas 10 personas llevaban armas, llegando a lesionar al hermano del agredido, al grado de tumbarlo y hacerlo que perdiera el conocimiento. Así, posteriormente, el occiso agresor intentó hacer lo mismo con otro hermano del agredido, por lo que este pudo tomar la decisión de tomar su arma de fuego y disparar al aire. No obstante, si ese método no repele la agresión, puede disparar contra uno de los agresores por necesidad de la defensa de sus posesiones jurídicas de él y de sus familiares, y está dentro del umbral de la permisibilidad social del riesgo permitido. Tal muerte es justificable también por el derecho de la autoprotección de las esferas y posiciones jurídicas⁸⁸. El homicidio o las lesiones graves son delitos graves. Reclaman una especial protección de la esfera jurídica (vida, salud, patrimonio), al ser esta un bien⁸⁹ susceptible de posesión jurídica y de transcendencia social para poder desenvolvemos y cohabitar en el mundo social⁹⁰, de tal manera que, para defenderlo, llegue a ser necesario, incluso, quitar la vida a otro sujeto que ataque de manera antijurídica la posesión ajena (vida, salud, patrimonio). Pero solo en las situaciones de peligro inminente⁹¹, como en este caso en concreto,

⁸⁵ Ver JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, pp. 366 y 367; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 138. En la jurisprudencia STS 7205/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, p. 12).

⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1982, p. 156, nota al pie de página número 195; POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra la libertad y seguridad”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Revista de derecho privado, 1993, p. 148, tomo I; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, Madrid, Editorial Edersa, 2001, pp. 237 y 238; PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Barcelona, Editorial Atelier, 2006, p. 372, nota al pie de página número 1536.

⁸⁷ STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 133.

⁸⁸ Ver PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, p. 58, nota al pie de página número 171. En un sentido equivalente de la autoprotección JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, pp. 361 y 362 368, 369 y 373; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 139.

⁸⁹ Ver POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2015, pp. 151 y 152; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2016, pp. 172 y 173.

⁹⁰ En una postura equivalente IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *op. cit.*, p. 333; MIRAT HERNÁNDEZ, M^a Pilar, *op. cit.*, p. 239; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, pp. 358, 368, 369, 374 y 375; STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 131, nota al pie de página número 4.

⁹¹ KINDHÄUSER, Urs, *op. cit.*, pp. 88 y 89: “Citando a Levita”. “...El agredido obtiene la autorización de la legítima defensa por el lapsus y para el fin de la defensa frente al peligro proveniente del agresor... la legítima defensa encuentra una

donde 10 personas intentan realizar un linchamiento. El agredido obró en defensa porque, si hubiera querido matar, lo hubiera hecho desde el primer acto o momento de los primeros hechos, sucediendo todo lo contrario.

La aplicabilidad de la legítima defensa en el injusto del homicidio simple es admisible en cuanto a la defensa de esferas y posiciones jurídicas propias o ajenas⁹². Incluso, para tal defensa, se puede utilizar incluso una arma de fuego lícita o ilícita (como las consideradas para el uso del ejército) en función de la necesidad de repeler la agresión antijurídica a la esfera de la vida, salud o patrimonio, aunque sea una esfera jurídica ajena, porque el ordenamiento penal determina con el concepto “defensa”, en los artículos 10 de la Carta Magna y en los artículos 33 fracciones V, V, párrafo II y extinto XI del CP. De Gto., la viabilidad de la defensa propia o ajena de las esferas y posesiones jurídicas⁹³, ya que existe un estado de auxilio necesario para repeler la agresión antijurídica⁹⁴.

1. Tipos de defensa

La dogmática jurídico-penal alemana clasifica en dos tipos de defensa que puede utilizar el agredido en el momento del ataque por parte del agresor, a los que denomina *defensa de protección* y *defensa ofensiva* o *reacción*⁹⁵.

c) Defensa de protección

La defensa de protección es aquella donde se lesionan los bienes jurídicos del agresor como forma accesoria o accidental. Por ejemplo, cuando, ante un ataque *con las manos*, se cierra una puerta quedando los dedos del agresor aplastados dentro de la puerta y lesionándolos⁹⁶.

restricción únicamente en “que la violencia tiene que ser ejercida en pos de la defensa, tiene que guardar relación no con la vida del bien amenazado, sino con la magnitud del peligro, a saber, la posibilidad de perder el disfrute tranquilo de un Derecho. Puesto que la personalidad no está forzada a renunciar al más ínfimo bien frente a una agresión antijurídica, el peligro de la pérdida del más ínfimo bien jurídico la más alta medida de violencia ejercida, si el bien amenazado no pudiera ser preservado con menor violencia; en cambio, el peligro para el bien mayor no excusa la más mínima violencia que supere la medida requerida por el salvamento del mismo”. Como también PAWLIK, Michael, “La legítima... cit.”, p. 47; PAWLIK, Michael, “El estado... cit.”, p. 23.

⁹² Ver STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites... cit.”, p. 130.

⁹³ Ver POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2015, p. 152; POLAINO NAVARRETE, Miguel, *op. cit.*, 2016, p. 176.

⁹⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 374.

⁹⁵ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, México, D.F., Editorial Ubijus-Inacipe, 2017, pp. 288 y 289.

⁹⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción del alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª. ed., Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997, p. 472.

En pocas palabras, estamos en el supuesto de defensa de protección cuando el agredido no reacciona en contra del agresor, sino que únicamente se protege ante al ataque, esto es, mediante una defensa de contención del ataque del agresor⁹⁷.

Para un sector de la doctrina, este tipo de defensa de protección es un baremo de restricción de la legítima defensa ético-social. Este tipo de defensa se debe de utilizar en los casos de niños, adolescentes, inimputables o inimputables disminuidos o agresiones de poca bagatela, pues, estos tipos de agresiones o ataques, provenientes de dichos sujetos, tienen una restricción ético-social —por ejemplo, la lesividad que pudiera contraer una defensa ofensiva y en desproporción con la agresión⁹⁸.

d) Defensa ofensiva

También denominada por un sector de la doctrina como *defensa reacción*⁹⁹, a diferencia de la defensa de protección o protectora —que busca la protección de agredido e implica una lesión accidental contra el agresor— la defensa ofensiva sí lesiona intencionalmente al agresor para poder repeler su ataque. Por ejemplo, es admisible dar muerte al agresor al que no se puede detener o intimidar de otro modo¹⁰⁰.

Por lo tanto, *la defensa ofensiva se ejerce actuando directamente contra agresor o contra un tercero*, ya sea lesionando sus bienes jurídicos (vida, integridad o patrimonio) de tal forma que sus efectos son mayores y más contundentes que la defensa de protección. Ahora bien, la defensa ofensiva es aplicable en aquellos casos de agresiones que no se ubican en el marco de las restricciones ético-sociales, llegando a ser necesaria para salvaguardar el bien jurídico del agredido. Este podrá lesionar al agresor si ello es racionalmente necesario para proteger las esferas jurídicas del agredido que son protegidas¹⁰¹.

58

2. Dualidad de la defensa protección u ofensiva

Ahora bien, ambas tipos de defensa pueden concurrir en un caso en concreto, ya sea que inicie la defensa protección y concluya la defensa ofensiva, dado el caso, que si la defensa protección no fue efectiva para contrarrestar la agresión del atacante, se puede activar la defensa ofensiva como medio necesario para repeler y contra arrestar el ataque del agresor, por ejemplo, cuando el agresor se arroja sobre la víctima, éste último, le presenta un cuchillo, medio necesario de una defensa protectora, en tanto que se trata de una defensa mediante la amenaza de huir, sería una defensa ofensiva, siempre y cuando se trata de actuar para repeler la lesión actual del agresor¹⁰².

⁹⁷ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *op. cit.*, pp. 288 y 289.

⁹⁸ *Ídem*.

⁹⁹ *Ver Ibidem*, p. 289.

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 472.

¹⁰¹ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *op. cit.*, p. 289.

¹⁰² JAKOBS, Günther, *op. cit.*, p. 472.

E) Quinto elemento: la falta de provocación de la legítima defensa

Otro elemento es la falta de provocación de la legítima defensa, o sea, que el agredido no sea el provocador inicial de la defensa¹⁰³. Aunque nuestro ordenamiento punitivo no exige dicho elemento en la legítima defensa —art. 33, fracción V—, en contra posición, el art. 15, fracción IV del Código Penal Federal sí lo exige y textualmente señala: “no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se refiere”.

Este elemento¹⁰⁴ se puede determinar mediante una acción u omisión —teniendo por lo menos la característica del título de imputación subjetiva dolosa—; por ejemplo, cuando el supuesto defensor es quien inicia la provocación buscando aparentar la existencia de una causa de justificación. No obstante, el defensor es el primero en provocar, haciendo caer esta eximente, pues, en el ámbito de la provocación, el comportamiento provocador puede ser completamente intencional, así como también, en los casos en los que no ha habido premeditación para realizar una agresión ilegítima, no intencional. A pesar de todo, ambos tipos de provocación excluyen la eximente completa de la legítima defensa. Así, para algunos autores¹⁰⁵, se excluye el elemento en mención de la provocación sufriente; mientras que para otros¹⁰⁶, *la provocación intencional excluye ya la necesidad de la defensa, o elemento subjetivo de la justificación*¹⁰⁷.

Ahora bien, la provocación sufriente dolosa excluye la aplicación de la legítima defensa completa cuando procede del defensor, quien provoca la agresión, buscando estar en una situación de ataque contra sus bienes jurídicos, para poder contra atacar. Por ejemplo: A sabe lo sensible que es B a la memoria de su madre y, haciendo referencia a ello, le insulta, a lo que B reacciona —tal y como A quería— de manera desmesurada y, por tanto, ilegítima. Dado que A ha provocado el ataque antijurídico de B, no puede defenderse en amparo de la legítima defensa¹⁰⁸. Es diferente si la provocación procede no del que realiza la acción defensiva en favor de un tercero sino del defendido, entonces podrá el defensor estar amparado por la eximente completa defensa, pues no ha sido él, sino el defendido, quien ha provocado sufriente la agresión ilegítima¹⁰⁹.

No obstante, se solicita que la provocación sufriente sea a título de imputación subjetiva dolosa, por lo cual, no se puede justificar, como cuando el sujeto que se

¹⁰³ SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general... cit.”, p. 88; STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, p. 6).

¹⁰⁴ VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español*, Madrid, ADPCP, 1992, pp. 583-586, tomo 55, fascículo II.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 585.

¹⁰⁶ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, con la colaboración de Alicia GIL, 5ª. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2005, pp. 240 y ss., tomo II.

¹⁰⁷ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, 2016, pp. 230 y 231.

¹⁰⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁹ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 231.

defiende es el primero que provoca para poder defenderse, lo que implica una voluntad lesiva en contra del tercero; sin embargo, si la provocación sufriente es a título de imputación subjetiva imprudente (culposo), sí cabe la eximente de legítima defensa. Por ejemplo: si un periodista de algún diario, con sus continuas y desmesuradas críticas, provoca la ira de un famoso político, sí puede justificarse¹¹⁰.

F) Problemática con la riña

El problema de la riña y la legítima defensa es que en la primera existe una provocación de ataques mutuos entre los participantes, de modo que hay un consentimiento, acuerdo verbal o tácito de luchar; mientras que la segunda se lleva a cabo en contra de la agresión de un agresor¹¹¹ sin existir una provocación para la defensa protectora o de ataque. Cómo distinguir una de la otra.

1. Tesis subjetiva

La tesis subjetiva soluciona el problema de la riña y la legítima defensa mediante la distinción del *ánimo o móvil* de cada uno. Así pues, en la riña debe existir un *animus offendi* (rijoso, que busca pelear); y, en la legítima defensa, un *animus defendi*. Esta es la forma como nuestros tribunales federales¹¹² resuelven la problemática de distinción entre la riña y la legítima defensa.

La doctrina tradicional y dominante determina que la riña se caracteriza por el *animus offendi* que priva en los protagonistas y culmina con la contienda de obra. La defensa legítima, por el *animus defendi*, cuando el agredido actúa con ánimo de repeler la agresión actual inminente, violenta y sin derecho de la cual le resulta un peligro inminente. De tal suerte que, si el agredido, observando que el ataque (aunque no el peligro) ha cesado merced a la intervención de un tercero —que a su vez sustituye al agredido—, en defensa de este, actúa en contra el agresor común, no se coloca a sí mismo en la situación de “rijoso”, sino que le favorece la excluyente prenombrada¹¹³. “En la defensa legítima, *animus defendi*, aun cuando casi siempre es generadora de violencia, hay una

¹¹⁰ VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 231.

¹¹¹ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, pp. 433 y 434; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, pp. 231 y 232.

¹¹² Véase: Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260063, *Rubro: Riña, modificativa de (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Alberto R. VELA; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 235280, *Rubro: Legítima defensa, procedencia de la*, ponente: Mario G. REBOLLEDO F.; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 259722, *Rubro: Legítima defensa, intervención de un tercero en la*, ponente: Alberto R. VELA; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260449, *Rubro: Riña y legítima defensa*, ponente: Alberto R. VELA; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264070, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264670, *Rubro: Legítima defensa*, ponente: Carlos FRANCO SODI; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264789, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Carlos FRANCO SODI; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264859, *Rubro: Riña y legítima defensa*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN.

¹¹³ Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260063, *Rubro: Riña, modificativa de (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Alberto R. VELA.

agresión y un rechazo, y éste es jurídico, lo que no sucede en la riña, a virtud de que es necesario para evitar que la agresión continúe y el peligro se traduzca en daño de la integridad del injusta y peligrosamente agredido”¹¹⁴.

En un caso concreto¹¹⁵, nuestros tribunales distinguen entre riña y legítima defensa por el hecho de haberse eludido el conflicto y porque lo fueron a agredir a su domicilio, colocándolo en situación de agredido. Por ende, la persistencia en el ataque por parte del lesionado implica agresión, es decir, que el movimiento corporal del agente amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos. Se concluye que la objetividad de la violencia por parte del que se defendió no constituyó agresión sino rechazo, *animus defendi*, es decir, el ejercicio del derecho de legítima defensa. No puede ser considerado como cometido en riña, pues no existió el ánimo de reñir por parte del agredido, sino únicamente de defenderse en favor de su familia ante una agresión por parte de los agresores, supuestos y falsos ofendidos, quienes lo habían atacado anteriormente. Si en la primera fase de los hechos puede considerarse que hubo contienda de obra, por haber existido cambio de golpes entre los protagonistas, con “ánimo ríjoso”, no sucede lo mismo durante la segunda fase, dos horas y media después¹¹⁶, “ya que la lucha había sido finiquitada, y ante el nuevo peligro inminente y actual el reo tuvo necesidad de repeler el ataque, su actividad, en la segunda etapa, fue cubierta por la eximente de legítima defensa”¹¹⁷. “No puede decirse que hubo ánimo de riña en el agredido, por el hecho de que salió de su casa debidamente armado para ver lo que ocurría, en vez de comparecer ante la autoridad para denunciar los hechos, pues no es lógico que pensara en ir ante la autoridad cuando estaban”¹¹⁸ agrediendo a su familia; incluso habían desmayado a su hermano de una pedrada en la cabeza. Al agredido no quedó otra cosa que hacer más que acudir a donde estaban sus hermanos para auxiliarlos. Acontece así el encuentro intempestivo con el agresor de sus hermanos, el occiso, quien hizo caso omiso a los disparos realizados al aire por el agredido atacándolo repentinamente. Por tanto, el agredido obró en legítima defensa, *animus defendi*.

¹¹⁴ Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260063, *Rubro: Riña, modificativa de (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Alberto R. VELA.

¹¹⁵ Véase: Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260063, *Rubro: Riña, modificativa de (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Alberto R. VELA; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 235280, *Rubro: Legítima defensa, procedencia de la*, ponente: Mario G. REBOLLEDO F.; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 259722, *Rubro: Legítima defensa, intervención de un tercero en la*, ponente: Alberto R. VELA; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260449, *Rubro: Riña y legítima defensa*, ponente: Alberto R. VELA; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264070, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264670, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Carlos FRANCO SODI; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264789, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Carlos FRANCO SODI; Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264859, *Rubro: Riña y legítima defensa*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN.

¹¹⁶ *Vid.* Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264070, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN.

¹¹⁷ Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264070, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN.

¹¹⁸ Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264670, *Rubro: Legítima defensa*, ponente: Carlos FRANCO SODI.

En la defensa legítima realizada una de las actuaciones debe, necesariamente, ser lícita, acorde con el orden jurídico:

La Suprema Corte ya dejó establecido la incompatibilidad de la riña con la defensa legítima, pues en tanto que en aquélla es violado el derecho por los contendientes, en ésta el que la usa actúa en consonancia con las reglas del orden jurídico y por ello se justifica la realización de hechos típicos que en otras condiciones serían constitutivos de delitos, pero que quedan excluidos de ilicitud en función del principio de la preponderancia de intereses, al optar el Estado por la protección del de mayor valía que entraña la conservación misma del orden social, aun con el sacrificio del perteneciente al injusto agresor”¹¹⁹. “La intervención del ofendido en defensa de un tercero, que fue víctima de un ataque antijurídico e inesperado, no es una intervención en una contienda o riña, puesto que ésta no existía ya. Es sabido que los actos de defensa no configuran a dicha modificativa, pues no existe el “ánimo ríjoso”, sino simplemente el de rechazar la agresión injusta de que se es víctima o de que es víctima un tercero.¹²⁰

Incluso nuestros tribunales de mayor rango han mencionado que la distinción de la legítima defensa y la riña es un supuesto de temporalidad, aunque continúen manifestado que una característica de la riña es el elemento subjetivo especial del *ánimo ríjoso*.

Por lo anterior, otra distinción de la legítima defensa y la riña es el supuesto de temporalidad de que se obró en legítima defensa en el segundo momento de los hechos, cuando había dejado de existirse la contienda en el espacio temporal de los hechos suscitados, cuando no existía un ánimo o móvil de reñir uno contra otros, sino el ánimo o móvil de lesionar y/o matar al agredido y sus hermanos, que no tenía nada que ver con los hechos acaecidos anteriores con la riña.

2. Tesis objetiva

Es muy difícil en la praxis jurídica saber con seguridad lo que el sujeto activo sabía o quería hacer, o cuál fue el motivo o móvil del hecho. Para tal efecto, un juez no juzga el fuero interno¹²¹, sino el acontecer exterior, es decir, el juzgamiento es derivado por el principio del acto o hecho, no por principio de la voluntad o el ánimo, como ya lo había dicho un gran penalista español, Alejandro Graizard y Gómez de la Serna: “la conciencia es un libro cerrado donde ningún juez de la tierra puede leer”¹²². Ni la praxis

¹¹⁹ Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264789, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Carlos FRANCO SODI.

¹²⁰ Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264859, *Rubro: Riña y legítima defensa*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN.

¹²¹ CARO JOHN, José Antonio, “Imputación subjetiva”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México, D. F., Editorial Flores editores, 2009 p. 261.

¹²² GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Burgos, Editorial Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, 1870, p. 74, tomo I.

jurídica o la dogmática jurídico-penal pueden guiarse por los elementos subjetivos especiales, como ánimos o móviles, para establecer la base de la imputación —lo cual corrompe el principio del hecho o acto—, pues, es imposible conocer la conciencia del sujeto activo en el momento de los hechos, ni siquiera con una prueba en psicología o detector de mentiras se sabrá con exactitud el móvil o ánimo del delito.

Desde el punto de vista objetivo, es legítima defensa cuando el agredido se encuentra dentro del umbral de la permisibilidad social, o sea, dentro del riesgo permitido; es, además, una heteropuesta¹²³ en peligro, debido a que la libertad de actuación/decisión es cortada por la agresión de un tercero. Este tercero va a tener su autorresponsabilidad al poner en peligro a un correspondiente tercero, es decir, que un tercer agresor pone en peligro al agredido, es decir, el agresor coloca en peligro y riesgo los bienes o esferas jurídicos de operatividad funcional al agredido, por lo que este puede defenderse de las agresiones ilegítimas del agresor. En cambio, la riña es todo lo contrario a la legítima defensa: en primer lugar, porque no está dentro del riesgo permitido y, por ende, sobrepasa lo socialmente tolerado; y en segundo lugar, es una autopuesta en peligro, debido a que la libertad de decisión/actuación es la de lesionarse mutuamente y van a tener su autorresponsabilidad¹²⁴, ya que, mutuamente, los sujetos que riñen o pelean otorgan un consentimiento mutuo, ya sea tácito o verbal, para iniciar la contienda de obra y luchar recíprocamente¹²⁵. Incluso, el caso pragmático de la riña es el duelo¹²⁶, donde los contendientes se ponen de acuerdo para realizar la batalla o contienda del duelo de uno contra otro ya sea golpes o con armas¹²⁷.

Quienes están más apegados a la teoría objetiva fundamentan la legítima defensa mediante un juicio *ex antes*, conforme a criterios objetivos¹²⁸. Para nosotros, la legítima defensa no debe ser valorada ni *ex antes*, ni *ex post*, sino *ex tunc*. Esto quiere decir, que el juicio del valor de la legítima defensa debe ser “en relación con el contenido de la agresión ilegítima y la defensa necesaria, la idoneidad de la defensa será valorada en el momento concreto de realización del hecho. Significa que existe en el tiempo exacto, en el momento concreto de la comisión de la agresión ilegítima, siempre, en tanto y

¹²³ PALERMO, Omar, *op. cit.*, pp. 248, 249 y 250. Dado el caso, que para este autor la legítima defensa es una autopuesta en peligro en razón que el agresor se pone en propio riesgo de una posible lesión, por medio del principio de autorresponsabilidad de organización propia del agresor.

¹²⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo Español, STS 5583/1999, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Fundamentos de derechos II), pág. 2.

¹²⁵ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, pp. 433 y 434; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, pp. 229 y 230; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª. reimpresión, Madrid, Editorial Universitas, 2004, pp. 593 y 594, tomo 1.

¹²⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, 2ª. ed., Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1972, pp. 334-343, tomo I, vol. I.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 331.

¹²⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, p. 58; ROXIN Claus, *op. cit.*, p. 631; JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *op. cit.*, p. 368; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales... cit.*, p. 559; VALLE MUÑOZ, José Manuel, *op. cit.*, p. 579; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial Civitas, 1976, p. 68.

hasta que se cometa, ya sea actual o inminente o se esté cometiendo el hecho lesivo en contra de los bienes jurídicos del agredido. *Ex nunc* requiere una previsión del hecho de la agresión y de la defensa que será observado y valorado. En consecuencia, una misma y única acción no puede ser valorada como idónea o no idónea en la agresión y la defensa al mismo tiempo: ya que será idónea en aquellos casos en que la agresión haya sido repelida con éxito y se hayan salvaguardado los bienes jurídicos tutelados utilizando los medios necesarios para repeler la agresión. Por lo tanto, se excluye el delito por la eximente de legítima defensa, pues es inidónea¹²⁹ y será punible por un exceso de legítima defensa, ya sea intensivo —aquel que afecta la necesidad racional de la defensa¹³⁰, por ejemplo, en los secuestros, si las personas privadas de libertad logran quitarse los amarres y aprovechan el momento para poder escapar, encontrándose con uno de los secuestradores, quien está cocinando papas fritas, por lo que un secuestrado aprovecha el momento para lanzarle a la cara al secuestrador la olla con aceite hirviendo; esta conducta está dentro de una defensa eficaz; pero entonces el secuestrado toma un cuchillo de cocina y apuñala el cuerpo del secuestrador treinta veces, provocándole la muerte¹³¹—, constituyendo con ello una eximente incompleta de legítima defensa, o sea, una causa de exculpación¹³²; o bien, sea un exceso extensivo —cuando la agresión ya no era actual o inminente; la temporalidad de la agresión ha concluido o el peligro ha sido eliminado por una defensa eficaz¹³³, por ejemplo, en un caso en que la víctima de un secuestro encierre a su captor (sujeto activo del secuestro) y, posteriormente, en vez de escapar y huir del lugar en donde había sido privada de libertad, toma el arma del secuestrador y le dispara a la cabeza. En este caso particular, la víctima del injusto del secuestro deja de estar privada de su libertad ambulatoria y tuvo oportunidad de huir del lugar, por lo que ya no era actual la agresión contra la que se defendía. En este

¹²⁹ Véase los siguientes autores ya que manejan el juicio *ex -tunc* y *ex -nunc*, pero realizan el juicio de la tentativa entre ellos: TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, en Carlos María ROMEO CASABONA (Director), *Presupuestos para la Reforma penal, Centro de Estudios Criminológicos*, núm. 1, 1992, p. 178; POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *PJ*, núm. 72, 2003, p. 79; Como también, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *CCA*, núm. 32, 2004, pp. 30 y 31; Como también, “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática pos-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, México, Editorial Porrúa, 2006, pp. 186 y 187. Como también, “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª. ed., México, Editorial Flores editor, 2012, pp. 707 y ss.; JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, trad. Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y estudio preliminar de Enrique PENARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 223.

¹³⁰ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *op. cit.*, p. 298.

¹³¹ STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, págs. 5, 6, 7 y 12).

¹³² También se puede imputar la tercera parte de la pena o, por cuestiones de política-criminal, exculpar totalmente la pena.

¹³³ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *op. cit.*, p. 298.

caso, será imputación por un delito consumado de homicidio imprudente, debido a que la agresión ilegítima contra de los bienes jurídicos de la víctima del secuestro ya no es actual o inminente.

El criterio objetivo de valoración de la legítima defensa se debe realizar de la siguiente manera: se debe tomar en consideración la totalidad de los datos objetivos concurrentes en el momento del hecho de la agresión ilegítima, analizando la agresión en sí misma, ya sea el tipo de ataque, el instrumento utilizado, así como las circunstancias que rodean el acontecer del hecho ilegítimo: lugar, hora, situación, presencia o no de terceras personas; y asimismo, los elementos de carácter personal, tanto del agresor como del defensor, como son su edad, sexo, complexión física, estatura, peso, preparación física, existencia de alguna minusvalía; o bien, su profesión, por la repercusión que pudiera tener en la cualificación del defensor para utilizar un determinado instrumento o arma. Estos elementos o datos no deben ser confundidos con elementos subjetivos, son netamente objetivos¹³⁴.

Para concluir este apartado, recordemos que si existe alguna duda para diferenciar la legítima defensa de la riña¹³⁵, podremos ampararnos siempre en el principio de *in dubio pro reo*, es decir, dado el caso, se debe sobrepasar e ir más allá de cualquier duda razonable como lo exige el art. 359 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

G) Elemento subjetivo de la legítima defensa

Hay autores que argumentan que la legítima defensa sí tiene un elemento subjetivo, el ánimo de la defensa. Así también lo piden o solicitan nuestros tribunales¹³⁶: mediante un móvil. No obstante, otro sector de la doctrina menciona que el elemento de subjetivo de la legítima defensa se encuentra en la palabra “en defensa”, la cual también contiene nuestro ordenamiento penal estatal, en el artículo 33, fracción V, pero para ese sector de la doctrina el significado de dicha palabra es solo un reflejo del conocimiento del agredido que tiene que defenderse de la agresión ilegítima del agresor¹³⁷. De tal modo, no se trata de un aspecto volitivo (ánimo o móvil) de defensa, sino de un elemento intelectual, es decir, un conocimiento de la legítima defensa (elemento intelectual que normalmente irá acompañado de otro aspecto volitivo, que sería la teoría ecléctica¹³⁸).

¹³⁴ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *op. cit.*, p. 58.

¹³⁵ MIR PUIG, Santiago, *op. cit.*, p. 434; VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, *op. cit.*, p. 232.

¹³⁶ Tesis Aislada Tribunal Colegiado de Distrito, Registro 197094, *Rubro: Legítima defensa. Opera respecto de tercero ajeno a la contienda (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Juan Miguel GARCÍA SALAZAR.

¹³⁷ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *op. cit.*, p. 290, 291 y 292.

¹³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *op. cit.*, p. 49.

Ahora bien, para las teorías que observan o piden un elemento subjetivo de la legítima defensa, la ausencia de dicho elemento contrae una imputación por tentativa inidónea¹³⁹.

En general, los autores que solicitan el elemento subjetivo de la legítima defensa sostienen que basta con que el agredido tenga el conocimiento de la situación de legítima defensa para que quede configurado el aspecto subjetivo de esta causa de justificación. Esta es una postura ontológica o finalista, dado el caso que imputan por una tentativa inidónea, debido a que existe un desvalor de acción, que concurre con el desvalor del resultado en la acción de la defensa. En cambio, la ley, en el apartado que regula la legítima defensa, no exige una *ultra intensión*, es decir, no solicita un móvil o ánimo defensa, por lo cual, este móvil de defensa es un supuesto doctrinal y no un presupuesto legal. No obstante, este móvil es abyecto y no aporta una distinción o elemento a la legítima defensa. Solo propone una cuestión criminológica del porqué de la defensa, pero no ayuda a resolver el conflicto de la ley y de la colisión de deberes del actuar u omitir de la agresión y la defensa; por ello, desnaturaliza el concepto de la legítima defensa que propone la normativa penal¹⁴⁰.

En contraposición, se argumenta también que lo que el agredido debe conocer es que, mediante la acción de la defensa, estará defendiendo no solo las esferas de operatividad funcional sino que debe actuar con conciencia de que está imponiendo el derecho frente a lo injusto, es decir, que el dolo del agredido deberá abarcar ambos principios¹⁴¹.

66

Por ello es que la legítima defensa no requiere de un elemento subjetivo especial o cognitivo de la defensa, en cambio, exige criterios objetivos de valoración derivados del estudio metodológico mencionado líneas arriba.

Conclusiones

I. La legítima defensa es una norma permisiva que se encuentra dentro del riesgo permitido y que el sujeto agredido puede usar para contrarrestar la agresión ilegítima de un tercero (agresor). Para tal efecto, está cubierta del umbral de la permisibilidad social. Además, tiene la función contra fáctica de retornar las expectativas sociales que el agresor pone en duda; dado el caso, con la legítima defensa el agredido niega el derecho del agresor a un ataque y, a su vez, el flujo de comunicación regresa al estado previo donde existe un derecho primigenio del agredido.

II. Los elementos de la legítima defensa los podemos dividir en cinco esenciales, entre ellos: 1) se obre en defensa de bienes jurídicos, 2) propios o ajenos, 3) contra

¹³⁹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales... cit.*, p. 125; ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *op. cit.*, pp. 290, 291 y 292.

¹⁴⁰ PALERMO, Omar, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

¹⁴¹ PALERMO, Omar, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

agresiones ilegítimas, 4) necesidad razonable de la defensa y 5) la falta de provocación de legítima defensa.

III. Los bienes jurídicos o esferas de operatividad funcional que pueden ser defendidos y están dentro de esta eximente de delito son los bienes jurídicos individuales, entre ellos: vida, integridad, salud personal, libertad sexual, honor, propia imagen, intimidad, patrimonio, los derechos generales de la personalidad. Se puede defender estos bienes jurídicos de una persona física o jurídica; por ejemplo, el patrimonio de la persona jurídica.

IV. El concepto que la ley penal del estado de Guanajuato identifica con “propios o ajenos” se refiere a que se puede defender los bienes jurídicos personales o ajenos, para tal efecto, se admite para nuestro ordenamiento punitivo la defensa propia y de terceros. Al establecer la palabra ajenos, el legislador estatal expande el efecto y defensa de bienes jurídicos de un tercero.

V. El concepto que el legislador estatal le da a la palabra “contra agresiones ilegítimas” se refiere a que debe ser una agresión proveniente de una persona u hombre para estar en el supuesto de una legítima defensa. Es decir, que el ataque o movimiento corporal lo da un hombre que quiere lesionar o menoscabar algún bien jurídico que puede ser defendido por la eximente de legítima defensa. Dicha agresión debe ser actual o mínimamente inminente, es decir, que la defensa sea en el momento del ataque (actual), ni antes ni posteriormente, o durante los momentos en que el riesgo o peligro continúe amenazando (inminente) algún bien jurídico que se pueda defender de esta eximente de delito. Ahora bien, la agresión puede ser a título de imputación dolosa o imprudente; dado el caso, puede contraer consecuencias nocivas para los bienes jurídicos que pueden ser defendidos.

VI. En cuanto a la necesidad racional de la defensa empleada, esta se refiere al tipo y forma de la defensa que es posible usar para repeler la agresión ilegítima de un tercero. Con la defensa protectora se protegen los bienes jurídicos propios o ajenos, existiendo la posibilidad de lesionar mínimamente o de forma accidental al agresor. Mientras que la defensa ofensiva puede menoscabar gravemente la integridad del agresor, siempre y cuando sea el último medio (o último medio necesario) para contrarrestar el ataque. Por ejemplo, si se realiza un disparo de advertencia y el agresor persiste en la agresión, se puede disparar directamente a la integridad del agresor como una defensa ofensiva. En pocas palabras, la necesidad racional es el medio necesario para repeler el ataque de una forma idónea.

VII. La falta de provocación de la legítima defensa no la exige nuestro CP. de Gto., pero el Código Penal Federal sí. No obstante, a nivel doctrinal, es un elemento fundamental de la legítima defensa, que consiste en que el sujeto que se defiende no es el provocador de la defensa. Para poder estar amparado por esta eximente de delito, el defensor no debe provocar la situación de peligro o riesgo de los bienes jurídicos que son amparados por esta eximente de responsabilidad criminal.

La provocación traza una línea muy delgada entre la legítima defensa y la riña, ya que en la primera no debe existir provocación, mientras que la segunda es una provocación mutua. La distinción entre una y otra, en términos objetivos, parte de que la riña es una auto puesta en peligro y la legítima defensa es una hetero puesta en peligro, la cual, está amparada por el riesgo permitido, otra condición que no comparte con la riña.

VIII. La legítima defensa no pide un elemento subjetivo especial, como un móvil o ánimo, así como tampoco cognitivo de la situación de peligro o riesgo de ataque. La legítima defensa solo está construida con elemento objetivos y no con elementos subjetivos, que son difíciles de esclarecer en la praxis jurídica.

IX. Existen dos tipos de exceso de legítima defensa: exceso intensivo y exceso extensivo, que contraen distintas consecuencias jurídicas. El exceso intensivo es aquel que afecta la necesidad racional de la defensa, es decir, si el defensor se excedió con la defensa teniendo la opción de una forma más simple de usarla para repeler el ataque. La consecuencia jurídica es que se exculpe la pena por razones de política-criminal o se imponga la tercera parte de la pena, ya que es causa de exculpación y se considera como una eximente incompleta de legítima defensa. Y, finalmente, el exceso extensivo es aquel donde la agresión ya no es actual o inminente, o sea, donde la temporalidad de la agresión o ataque ya no existe. En este caso, sí hay imputación por un delito consumado.

Bibliografía

- AGUADO CORREA, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid, Editorial Edersa, 1999.
- , *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2012.
- , *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal. Manifestaciones del principio de inexigibilidad de las categorías del delito*, Granada, Editorial Comares, 2004.
- ARROYO ZAPATERO, Luis, "Artículo 8", en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (Coords.), *Código Penal comentado*, Madrid, Editorial Akal, 1990.
- CARO JOHN, José Antonio, "Imputación subjetiva", en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México, D. F., Editorial Flores editores, 2009.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, con la colaboración de Alicia GIL, 5ª. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2005, tomo II.
- COCA VILA, Ivó, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídicos-penal", *InDret*, núm. 4, 2017, pp. 1 y ss., <http://www.indret.com/pdf/1293.pdf>
- , *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, Editorial Atelier, 2016.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín / MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2015.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, 3ª. ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

- , *¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal?*, Perú, Editorial Ara, 2009.
- , *¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal?*,
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_84.pdf
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Burgos, Editorial Imprenta de D. Timoteo Arnaiz, 1870, tomo I.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético sociales*, Granada, Editorial Comares, 1999.
- JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, trad. Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- , *Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª. ed., trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª. edición, trad. Miguel OLMEDO CARDENETE, Granada, Editorial Comares, 2002.
- JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Granada, Editorial Comares, 2007.
- KINDHÄUSER, Urs, “Acerca de la génesis de la fórmula el derecho no necesita ceder ante el injusto”, trad. Juan Pablo MAÑALICH R., en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Editorial Bosch, 1978.
- , *Curso de Derecho penal. Parte general*, 3ª. reimpresión, Madrid, Editorial Universitas, 2004, tomo I.
- MAÑALICH R., Juan Pablo (Coord.), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª. ed., Barcelona, Editorial Reppertor, 2005.
- MIRAT HERNÁNDEZ, Mª. Pilar, *Detenciones ilegales. Artículo 163 del Código Penal*, Madrid, Editorial Edersa, 2001.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, 2ª. ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1991.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, México, D.F., Editorial Ubijus-Inacipe, 2017.
- OTTO, Harro, *Manual de Derecho penal. Teoría general del derecho penal*, 7ª. ed., trad. José R. BÉGUELIN, Barcelona, Editorial Atelier, 2017.
- PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Barcelona, Editorial Atelier, 2006.
- PAWLIK, Michael, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los Derechos de necesidad”, trad. Hernán Darío OROZCO LÓPEZ, *RDPCICPC*, vol. 34, núm. 96, 2013.
- , “La legítima defensa según Kant y Hegel”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013.

- , “Las competencias del ciudadano”, trad. Ivó COCA VILA, en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ / Ricardo ROBLES PLANAS / Nuria PASTOR MUÑOZ (Directores), *Ciudadano y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y delito en un estudio de libertades*, Barcelona, Editorial Atelier, 2016.
- POLAINO NAVARRETE Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *PJ*, núm. 72, 2003.
- , “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *CCA*, núm. 32, 2004.
- , “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Eduardo LÓPEZ BETANCOURT, *Función de la pena estatal y evolución de la dogmática pos-finalista. Estudio de Derecho penal funcionalista*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- , “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, María Eloísa QUINTERO / Miguel POLAINO-ORTS (Coord.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, 2ª ed., México, Editorial Flores editor, 2012.
- , “Delitos contra la libertad y seguridad”, en Manuel COBO DEL ROSAL (Director), *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Revista de derecho privado, 1993, tomo I.
- , *Derecho penal. Parte general*, Lima, Editorial Ara, 2015.
- , *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1982.
- , *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid, Editorial Tecnos, 2015, tomo II.
- , *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2016, tomo II.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. Infracciones contra la personalidad*, 2ª ed., Madrid, Editorial Revista de derecho privado, 1972, tomo I, vol. I.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel, *Curso de derecho penal. Parte general. Acorde con el nuevo código penal de 1995*, Editorial Cedecs, 1996.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, Editorial Civitas, 1976.
- ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª ed., trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, 5ª reimp, Madrid, Editorial Civitas, 2008, tomo I. (IDEM, Editorial Civitas, Navarra, 1997).
- , “Las restricciones ético-sociales al derecho de legítima defensa. Intento de balance”, trad. José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *CPC*, núm. 17, 1982.
- , “Observaciones sobre la prohibición de regreso”, trad. Marcelo A. SANCINETTI, en Wolfgang NAUCKE / Harro OTTO / Günther JAKOBS / Claus ROXIN, *La prohibición de regreso en Derecho penal*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A. SANCINETTI, Bogotá, Editorial Universidad externado de Colombia, 1998, p. 90, Colección de estudios número II, Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del derecho.
- SANZ MORÁN, Ángel José, “Teoría general de la justificación”, *RP*, núm. 5, 2000.
- , *Los elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1993.
- , “Los elementos subjetivos de justificación”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (Coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2001.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Prólogo”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013.
- STRUENSEE, Eberhard, “Restricciones y límites de la legítima defensa”, trad. Juan Luis FUENTES OSORIO, *CPC*, núm. 92, 2007.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, en Carlos María ROMEO CASABONA (Director), *Presupuestos para la Reforma penal*, Centro de Estudios Criminológicos, núm. 1, 1992.
- VALLE MUÑIZ, José Manuel, *Fundamento, alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código penal español*, Madrid, ADPCP, 1992, tomo 55, fascículo II.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Teoría general del delito*, 3ª reimp., Editorial Oxford, 2017.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge, “La legítima defensa y el estado de necesidad justificante”, en Carlos María ROMEO CASABONA / Esteban SOLA RECHE / Miguel Ángel BOLDOVA PASAMAR (Coords.), *Derecho penal, Parte general. Introducción teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Granada, Editorial Comares, 2016.
- WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Hermut, *Derecho penal. Parte general, el delito y su estructura*, 46ª ed., trad. Raúl PARIANO ARANDA, Editorial Instituto Pacífico, 2018.
- WILENMANN, Javier, “Injusto, justificación e imputación. La teoría de la antijuridicidad en la dogmática penal”, en Michael PAWLIK / Urs KINDHÄUSER, / Javier WILENMANN / Juan Pablo MAÑALICH R. (Coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F, 2013.

Sentencias del Tribunal Supremo Español

- STS 5583/1999, ponente: Enrique BACIGALUPO ZAPATER, (Fundamentos de derechos II).
- STS 7205/2006, ponente: Juan Ramón BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, (Fundamentos de Derecho II, p. 12).
- STS 1561/2009, ponente: Luis Román PUERTA LUIS, (Fundamentos de Derecho II, pp. 5, 6 y 7).

Tesis Aisladas por la primera sala de la SCJN y TCC

- Tesis Aislada de la primera sala, Registro 235280, *Rubro: Legítima defensa, procedencia de la*, ponente: Mario G. REBOLLEDO F.;
- Tesis Aislada de la primera sala, Registro 259722, *Rubro: Legítima defensa, intervención de un tercero en la*, ponente: Alberto R. VELA;
- Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260063, *Rubro: Riña, modificativa de (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Alberto R. VELA;
- Tesis Aislada de la primera sala, Registro 260449, *Rubro: Riña y legítima defensa*, ponente: Alberto R. VELA;
- Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264070, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN;
- Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264789, *Rubro: Legítima defensa y riña*, ponente: Carlos FRANCO SODI;
- Tesis Aislada de la primera sala, Registro 264859, *Rubro: Riña y legítima defensa*, ponente: Agustín MERCADO ALARCÓN.
- Tesis Aislada Tribunal Colegiado de Distrito, Registro 197094, *Rubro: Legítima defensa. Opera respecto de tercero ajeno a la contienda (Legislación del Estado de Nuevo León)*, ponente: Juan Miguel GARCÍA SALAZAR.