

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA SUBJETIVIDAD Y RACIONALIDAD EN LA “LEGÍTIMA DEFENSA” DESDE EL PUNTO DE VISTA FENOMENOLÓGICO

Carlos Juan Manuel DAZA GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Palabras preliminares*. II. *Introducción*. III. *La validez intersubjetiva versus racionalidad, desde la descripción del fenómeno del conocimiento*.

I. PALABRAS PRELIMINARES

La doctora Olga Islas de González Mariscal ha dedicado gran parte de su vida profesional a atender los problemas que siempre ha generado nuestro ordenamiento jurídico mexicano, establecido por el legislador. Es por ello que considero acertado rendir un merecido homenaje a tan insigne jurista, con estas breves reflexiones, de uno de los problemas torales del derecho penal. Me refiero a la legítima defensa.

Antes de profundizar en el tema, quiero referirme a la vida jurídica de la homenajeadada, quien a muy temprana edad compartió sus conocimientos y desarrolló su dogmática, al lado de profesores como Elpidio Ramírez, Eugenio Raúl Zaffaroni, Sergio García Ramírez, entre otros; pero lo más destacado de la obra de la doctora Islas es su aportación jurídico-filosófica dentro del modelo lógico matemático, que desde mi perspectiva es la propuesta científica más importante en los últimos cien años de la dogmática jurídico-penal mexicana.

Por lo que respecta al trabajo que se propone, es el resultado de un análisis teórico-práctico, que esperamos en algún momento sea tomado por las implicaciones prácticas, que pueden beneficiar en la impartición y procuración de justicia.

* Catedrático de derecho penal de la Universidad Nacional Autónoma de México; presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal, A. C.

II. INTRODUCCIÓN

Es aceptada la percepción de que el derecho penal admite la defensa del particular contra la agresión “injusta”¹ a su persona o a terceros, es decir, es una causa de justificación.² Así se concibe constantemente la defensa como “justificación”, o se la denomina el derecho de legítima defensa, del que se ha dicho que es un “derecho general de la personalidad”. Hasta aquí existe prácticamente unanimidad,³ pero las divergencias comienzan cuando se trata de precisar qué clase de derecho es éste, es decir, qué carácter posee el derecho de legítima defensa.⁴

Una extendida corriente, tanto doctrinal como jurisprudencial, entiende la legítima defensa como un *derecho natural*, como derecho dado por la naturaleza y necesario por naturaleza y que se deriva “de lo más íntimo de la naturaleza humana”: la legítima defensa tendrá tal carácter de derecho porque la ley tiene que conformarse a la naturaleza humana.⁵

Igualmente, se califica también a la legítima defensa de *derecho originario* de la persona, de derecho primario y congénito al hombre, hasta el punto que se ha llegado a decir: “Si se puede hablar de derechos innatos y originarios del hombre, el primero que habrá que designar tal es el derecho

¹ Así, Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas, Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, p. 360.

² Sobre una postura sistemática de las causas de justificación, véase Sánchez García, Ma. Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad. Análisis particular del ejercicio de la coacción directa por las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado en materia de seguridad y orden públicos*, Barcelona, Bosch, 1995, especialmente pp. 78-105.

³ Entre otros, véase Iglesias Ríos, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granda, Comares, 1999; Luzón Peña, Diego-Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978; Requejo Conde, Carmen, *La legítima defensa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

⁴ Para una visión en conjunto de los diversos planteamientos sobre el tema, véase fundamentalmente la obra de Ontiveros Alonso, Miguel, *La legítima defensa e imputación objetiva en derecho penal*, México, INACIPE, 2004.

⁵ Sin embargo, que en nuestro país existan más de treinta códigos penales genera una gran variedad de interpretaciones sobre un texto legal, tal y como lo ha denotado Islas de González Mariscal, Olga, “Unificación de las leyes penales”, *Criminalia*, México, año XXIX, núm. 8, agosto de 1963; y en particular, el tema de la legítima defensa desde el punto de vista jurisprudencial, Aguilar López, Miguel Ángel, *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*, México, Porrúa, 2005, pp. 311-325.

de legítima defensa”. Calificarla de derecho natural y originario significa negarse a concebirla como derecho derivada del Estado.

Cabe mencionar la tesis aislada I.6o.P.30 P, sustentada por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con núm. de registro: 188,188, correspondiente a la novena época, tomo XIV, diciembre de 2001, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, la cual se encuentra visible en la página 1751, que a la letra señala:

LEGÍTIMA DEFENSA DE BIENES JURÍDICOS DE TERCEROS. LA PROVOCACIÓN DEL AGREDIDO NO INHABILITA A QUIEN LO DEFIENDE. La moderna doctrina penal ha aceptado la estructura compleja de los tipos permisivos o causas de justificación; así, dentro de los elementos subjetivos que conforman la causa de justificación de legítima defensa, destaca la suficiencia de la conducta por parte del agredido, elemento sobre el cual el juzgador debe emitir un juicio de valor para establecer si es o no inadecuada para la coexistencia y, consecuentemente, afirmar que la misma atenta contra el principio fundamentador del tipo permisivo en comento, consistente en que nadie está obligado a soportar lo injusto. No obstante, en tratándose de la defensa de bienes jurídicos de terceros, no son aplicables tales consideraciones con la condición de que quien actúe de esa manera no hubiere participado en la provocación, aun cuando tuviere conocimiento de la conducta desvalorada jurídicamente por parte del agredido, pues tal circunstancia no lo inhabilita para defenderlo legítimamente, siempre que se acrediten los elementos objetivos y subjetivos del tipo permisivo de que se trata.

Aun teniendo cierta fuerza estos argumentos, no llegan a tocar el verdadero punto débil de la concepción de la legitimidad en la defensa como derecho original, natural, universal y ahistórico. Por lo que el punto débil reside precisamente en “que momento se acepta a la acción desplegada (defensa) por el sujeto agredido como «legítima»”, para evitar problemas, como son el exceso o error en esta causa de justificación, toda vez que la decisión legislativa⁶ establecida en el artículo 15, fracción IV, del Código Penal Federal, prevé como uno de los requisitos para tener por legitimada la defensa la “...racionalidad de los medios empleados...”, en palabras de

⁶ Más en detalle sobre las transformaciones de la legislación penal en nuestro país, véase Moreno Hernández, Moisés, “Las transformaciones de la legislación penal mexicana de los últimos veinte años (los vaivenes de la política criminal mexicana)”, *La ciencia de derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 433 y ss.

Jescheck y Weigend "...la acción defensiva sólo está justificada cuando resulta necesaria para repeler el ataque. Aquélla debe ser, pues, *idónea* para la defensa y, además, constituir el *medio menos perjudicial* para la persona del agresor".⁷

Obviamente, el criterio a utilizar por parte de la doctrina que pueda llegar a justificar o no la defensa son las circunstancias bajo las cuales tienen lugar la agresión y la misma defensa, particularmente en la intensidad del ataque, desde la perspectiva de la agresión llevada a cabo por parte del autor, así como los medios adecuados para la defensa, ya que si bien es cierto que el deber del Ministerio Público es acreditar todos los elementos de la legítima defensa previstos en el artículo 15, fracción IV, y si faltara alguno se procediera a la consignación de la persona ante un juez, y éste tendrá a su vez que valorar todos los elementos de prueba para justificar o no su defensa empleada para repeler la agresión actual, real o inminente que marca la ley como requisitos.

No obstante lo anterior, el principal inconveniente radica en la interpretación de la ley, que prevé el concepto de "racionalidad en los medios empleados",⁸ entendido como la proporcionalidad entre la reacción que implica la defensa, con las características de la agresión sufrida,⁹ porque si bien es cierto que este requisito lleva consigo una fuerte carga de subjetividad, esto es, requiere de un conocimiento racional (con todo lo que implica el concepto de racional) que no permite visualizar el margen "adecuado" de actuación del sujeto, quien despliega la acción con la finalidad de defender su bien jurídico o de terceros; por ejemplo: si un individuo, alrededor de las 3:00 am., entra al domicilio de una familia que se encontraban dormidos, y el esposo, al percatarse de la intromisión de este sujeto, a quien observa entre sombras con un objeto en la mano, decide tomar su escopeta (y quien cuenta con permiso de portación de arma), y decide dispararle al momento en que el ladrón se abalanza sobre él, dando como resultado la muerte del intruso, quien portaba únicamente un revólver calibre 22.¹⁰

⁷ *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 368.

⁸ Concepto que por más desarrollado y discutido por la ciencia, la filosofía y el derecho.

⁹ En este sentido, véase Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 418.

¹⁰ Por su parte, Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, p. 418, señalaba "no sería racional la reacción de un sujeto que saca un arma de fuego y dispara contra su agresor, en un altercado con motivo del choque entre dos vehículos, donde uno de los tri-

Obviamente, el artículo 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos garantiza a los mexicanos el derecho de poseer armas en el domicilio para su seguridad personal y legítima defensa, con excepción de aquellas reservadas para el uso exclusivo de las fuerzas armadas del país.¹¹

La problemática que suscita esta especie de casos está relacionada con el elemento de la “racionalidad del medio empleado”, que exige el artículo 15, fracción IV, del CPF, es acreditar que el medio empleado fuera proporcionalmente racional, a lo cual, no acontece, toda vez que de una escopeta a un revólver calibre 22 existe una gran ventaja del primero. Esto ha generado que la interpretación vertida sobre el concepto de “racionalidad” se refiera a la situación normal del sujeto que genera la defensa, es decir, que tenga plena conciencia de su actuar al momento de realizar su defensa, tal y como lo sostiene el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Civil del Cuarto Circuito, con la tesis aislada IV.1o.P.C.9 P, núm. de registro 191,613, Novena Época, tomo: XII, julio de 2000, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, página 779, con la siguiente rúbrica y texto:

LEGÍTIMA DEFENSA, MIEDO GRAVE Y TEMOR FUNDADO, INCOMPATIBILIDAD DE LAS EXCLUYENTES DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN). Las excluyentes de legítima defensa, miedo grave y temor fundado, son incompatibles entre sí, ya que el miedo grave constituye causa de inimputabilidad y exige que el sujeto activo haya perdido la motivación, representación y conciencia normal de sus actos, o haya caído en un estado de anulación individual. En el temor fundado, la acción típica de quien lo experimenta no es culpable, por no ser exigible otra conducta a quien obra bajo la amenaza de un mal inminente que disminuye la posibilidad de elegir entre el mal de cometer un delito y el propio mal que le amenaza. En cambio, en la legítima defensa, *que es causa de justificación, el agente actúa en condiciones normales de imputabilidad*, pero rechazando una agresión, es decir, su conducta es de repulsa, no de allanamiento a una exigencia de carácter delictivo, como sucede en el temor fundado.

pulantes reclama y arremete al otro por el daño producido, dando origen a la reacción del sujeto, quien sacando un arma de fuego dispara y lesiona o priva de la vida. Es evidente que no es racional el medio empleado para la defensa”.

¹¹ Desde una perspectiva más amplia y atendiendo los aspectos éticos de protección en el derecho penal, remítase al artículo de Islas de González Mariscal, Olga, “Valores éticos tutelados por el derecho penal mexicano”, *Jus Semper*, Oaxaca, núm. 23, enero-marzo de 1999.

Así como la tesis aislada XIV.2o.85 P, número de registro 195,192 del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, correspondiente a la novena época, tomo: VIII, noviembre de 1998, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, la cual se encuentra visible en la página 541:

LEGÍTIMA DEFENSA. NO OBSTANTE QUE SE ACTUALIZAN LAS PRESUNCIONES DE LA DEFENSA PROPIA, ÉSTA NO ES LEGÍTIMA SI EL AGREDIDO PREVINO LA AGRESIÓN Y PUDO FÁCILMENTE EVITARLA POR OTROS MEDIOS LEGALES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE CAMPECHE). El artículo 13, fracción III, del Código Penal del Estado de Campeche, establece entre otras, como causa excluyente de responsabilidad, cuando el acusado obra en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente. Asimismo, el precepto citado establece que se presume que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando, el escalamiento o fractura de los candados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor, e igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiera en la habitación u hogar propios, de su familia o de cualquier persona que tenga obligación de defender o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra de noche o en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión. Ahora bien, este órgano colegiado estima que si en el caso a estudio se actualizaron las presunciones acabadas de reseñar, ello únicamente conduce a tener por configurados los requisitos exigidos por la figura de la defensa propia consistentes en que el acusado obre en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente; sin que por ello se excluya el análisis de su legitimidad, para lo cual deberá examinarse si se surte alguna de las causas señaladas en ese propio precepto legal y que son las siguientes: “Primera. Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella; Segunda. Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales; Tercera. Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa; y Cuarta. Que el daño que iba a causar el agresor, era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia, comparado con el que causó la defensa.”, pues no debe olvidarse que el límite

de la defensa para que sea legítima requiere que no concurren ninguna de las cuatro causas previstas por el legislador. En consecuencia, no obstante que en el caso a estudio se actualizó la presunción de la existencia de una agresión actual, violenta, sin derecho y de la cual resultó un peligro inminente, no se perfecciona la legítima defensa al actualizarse una de las causas previstas por el legislador consistente en que el agredido previó la agresión, por lo que necesariamente debió defenderse por la vía legal que entonces tenía a su alcance, es decir, por medio de los gendarmes que perseguían a los intrusos, por lo que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa que culminó con la muerte de uno de estos últimos.

Las razones antes aludidas nos han permitido atender el pensamiento del francés Emmanuel Lévinas, quien ha desarrollado toda una teoría de la alteridad (*alter-ego*), que dirige gran atención a la subjetividad, y obviamente al problema de las relaciones intersubjetivas que atiende el derecho penal, para obtener un acercamiento de carácter crítico-interpretativo del artículo 15, fracción IV, del CPF.

III. LA VALIDEZ INTERSUBJETIVA *VERSUS* RACIONALIDAD, DESDE LA DESCRIPCIÓN DEL FENÓMENO DEL CONOCIMIENTO

Habremos de dejar a un lado la consideración del conocimiento humano en sus tres dimensiones fundamentales (ontológica, psicológica y antropológica); esto es, lo que interesa ahora es una caracterización de las notas fundamentales para que el conocimiento pueda ser tal. A esto se le ha llamado “descripción fenomenológica”, que lejos de toda interpretación, pretende resaltar los aspectos necesarios que constituyen la estructura del conocer.

En este sentido, señala Arce Carrascoso¹²

...el conocimiento considerado en su forma más general y amplia posible implica un *diálogo entre sujeto y un objeto, a través de la conciencia*, que se erige en punto de conexión entre ambos extremos, gracias al cual puede tener lugar el fenómeno del aprehender. Pero tras esta caracterización, surge un amplio conjunto de implicaciones a tener en cuenta: con el concepto

¹² Cfr. *Teoría del conocimiento*, Madrid, Síntesis, 1999, p. 101.

de *diálogo* aparece la noción de *alteridad*. El conocimiento no es un simple monólogo en el que el sujeto se diga y se recree en sí mismo. Conocer implica dos extremos diferentes —el que conoce lo conocido, es decir, lo que llamamos “sujeto” y “objeto”—, entre los que debe haber un cierto distanciamiento, sin el cual se imposibilita, o al menos se dificulta seriamente, el conocer.

De acuerdo con lo anterior, los estados afectivos han de ofrecer una relación con el mundo distinta a la establecida por la reflexión teórica, lo cual señala una dimensión más originaria de la existencia.¹³ Así las cosas, García Ruiz señala que:

Lévinas rechaza una concepción exclusivamente estática de la fenomenología. La génesis pasiva introduce la alteridad en la esfera trascendental; la evidencia absoluta que la filosofía de Husserl había encontrado en la región de conciencia gracias al método reflexivo consistía en la total adecuación entre el pensamiento y lo pensado.¹⁴

Esto es, la estructura formal que encuadra esta experiencia de la alteridad es la idea de lo infinito, cuyo contenido consiste en sobrepasar permanentemente todo contenido y por la cual se contiene más de lo que se puede esperar. Por ejemplo, el hecho de que la muerte pueda ser aplazada por el hombre constituye la esencia del tiempo en esta ontología.¹⁵

El tiempo es así obra de la subjetividad en tanto es capaz de abrirse un lapso, entre su nacimiento y su muerte, en el que puede crecer su libertad y su conciencia. La conciencia es precisamente esta capacidad de invertir el tiempo natural y continuo para volver atrás: es esencialmente memoria. De ahí que correctamente García Ruiz considere que

¹³ Al respecto, García Ruiz, Pedro Enrique, “Trascendencia y subjetividad según Emmanuel Lévinas”, *Un libro de huellas. Aproximaciones al pensamiento de Emmanuel Lévinas*, Madrid, Trotta, 2004, p. 134, “Ha sido mérito de la «escuela fenomenológica» el haber fijado de manera nueva y radical el problema de los estados afectivos. Pese a todo, el análisis heideggeriano del *Stimmung* no se encuentra alejado de ciertas tendencias que la fenomenología husserliana empezaba por entonces a desarrollar plenamente: me refiero al carácter pasivo de la subjetividad”.

¹⁴ *Ibidem*, p. 138, p. “Así, se abre el camino a una idea de alteridad consistente en la irreductibilidad de un dato *originario*, otro que la conciencia, a la presencia *adecuada* de este dato a la conciencia”.

¹⁵ *Ibidem*, p. 139, considera que “...el hombre no interesa a la ontología por sí mismo. El interés de la ontología se dirige al sentido del ser en general”.

...la intencionalidad de la conciencia no lograría coincidir totalmente con lo intencionado; existe como señaló Husserl, un abismo infranqueable entre *intentio* e *intentum* que constituye la naturaleza misma de la subjetividad. La fenomenología conduce inevitablemente al problema de la alteridad.¹⁶

Por tal razón, García Ruiz aclara que “la estructura intencional de la conciencia es lo que, en última instancia, define la aportación más decisiva de la fenomenología al problema de la subjetividad”. Por ello, la idea de lo infinito expresa esta imposibilidad de encontrar un término intermedio que pueda atenuar la alteridad del Otro.¹⁷

A partir de aquí Dussel intentará ensamblar la noción de alteridad, y la ruptura de la totalidad que implica, con la historia. Por lo que Dussel propone a través de su *Ética de la liberación*, “...la necesidad de definir un *criterio de validez* moral intersubjetivo (formal consensual) que debe articularse con el *criterio de verdad práctica* de reproducir y desarrollar la vida humana (material, de contenido)”.¹⁸

En este sentido, Lévinas considera que “la idea de lo infinito no es una noción que se forja, incidentalmente, una subjetividad para reflejar una entidad que no encuentra fuera de ella nada que la límite, que desborde todo límite, y, por esto, infinita”.¹⁹ De ahí que Lévinas mostrará, a través de un análisis de ciertos estados afectivos, que el ser se nos presenta como un movimiento de trascendencia, de evasión del sí mismo.²⁰

En las últimas décadas se ha intensificado la discusión sobre el papel de la razón y de la racionalidad en los procesos de generación, aceptación y

¹⁶ *Ibidem*, p. 138.

¹⁷ Sin embargo, esta precisión de la idea de lo infinito en su formalismo sólo es una descripción negativa de la experiencia de la alteridad que se niega a ser conceptualizada, que se niega, en última instancia, a ser representación husserliana y es anterior a toda *Sinngebung*.

¹⁸ Dussel, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 2002, p. 206. Por su parte, Dussel considera que ambos criterios son diversos de un tercero que propone: “el criterio de factibilidad, subsumido desde los previos principios ético-morales, siendo un nuevo momento en el que se da la unidad de la materialidad de contenido con la consensualidad válida, constituyendo, sólo en ese momento, la entidad propiamente dicha: el «bien»”, sobre esto véase básicamente pp. 235-294.

¹⁹ *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1999, p. 52.

²⁰ Así lo considera García Ruiz, Pedro Enrique, *op. cit.*, nota 13, p. 140.

desarrollo del conocimiento. En la medida en que éste es mayoritariamente concebido hoy como “creencia verdadera adecuadamente justificada”, la teoría de la justificación racional (o de las “razones” que permiten la aceptación de las meras creencias como conocimiento o saber genuino) ha ido pasando a un primer plano, con la consiguiente definición de la propia epistemología —atendiendo a una de sus grandes dimensiones, cuanto menos, y sin que ello signifique el abandono de lo hoy prácticamente obligada perspectiva fabilista— como racionalidad epistémica.

Por otra parte, la salida del racionalismo consiste en defender que las intuiciones de la mente no pueden ser erróneas. Así lo afirma un conocido texto de Descartes:

Entiendo por intuición no el testimonio fluctuante de los sentidos, o el juicio falaz de una imaginación que compone mal, sino la concepción de una mente pura y atenta tan fácil y distinta, que en absoluto quede duda sobre aquello que entendemos; o, lo que es lo mismo, la concepción no dudosa de una mente pura y atenta, que nace de la sola luz de la razón...

Sin embargo, el problema del racionalismo sigue siendo hoy un problema central en la reflexión epistemológica. Conjugar razón y experiencia en la construcción del conocimiento humano sigue siendo una cuestión sometida a vaivenes pendulares. Ser racional no es sólo una característica de una creencia o de un enunciado; es también una norma que regula qué creencias o enunciados pueden ser admitidos como válidos cognitivamente (validez, criterio, justificación). Si se elimina este carácter normativo, desaparece la noción de “verdad”, y con ella la misma noción de “conocimiento”. Si, por el contrario, la normativa resulta ser derivada de regularidades empíricas, entonces la noción de ley empírica, cuya validez presupone el carácter normativo de la razón, es la que fundamenta la propia normativa de la razón.

Trasladadas las anteriores consideraciones al campo de la sistemática dentro de la teoría del delito, resulta que la conducta de quien lesiona bienes de otras personas, que encaja en un delito (tipo penal) y sería, en principio, antijurídica (contraria a derecho), no lo es si concurre la situación de legitimidad en la defensa, si al momento de desplegar la acción de defensa fuera con total racionalidad de los medios empleados. Esto quiere decir que se ha de exigir al sujeto agredido que reflexione primeramente sobre la posibilidad de poderse defender, en segundo lugar, que piense cómo habrá que hacerlo y qué posibilidades tiene para lograrlo.

Esto en la vida cotidiana nunca sucede; por el contrario, quien es víctima de una agresión²¹ lo primero que despliega es una reacción “instintiva”, sin previa reflexión de lo que pasa; precisamente lo que busca es preservar su vida o salud física.²² En consecuencia, exigirle a una persona que es agredida en condiciones tan particulares, que si opta por la defensa tenga que pensar completamente cuál será su medio a utilizar para contrarrestar la agresión, es decir, que tenga pleno conocimiento en la proporcionalidad de su defensa en contra de la agresión, tal y como lo ha visualizado el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, bajo la tesis aislada IV.3o.15 P, correspondiente a la novena época, tomo: VII, enero de 1998, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, visible en la página 1121, que en lo conducente señala:

...si en autos está comprobado que el sentenciado fue objeto de una agresión por arma de fuego que el sujeto activo colocó sobre la persona de la víctima, la cual en ningún momento cesó; no obstante, el pasivo del delito, para el efecto de repeler la agresión, realizó varios disparos en contra del agresor, dirigiéndolos hacia lugares donde pudiera causar el menor daño posible, pero uno de los disparos ocasionó la muerte de un tercero ajeno a la agresión; sin embargo, este hecho debe entenderse como comprendido en la defensa que realizaba de su persona respecto de la agresión actual, violenta y sin derecho de que fue objeto pues, por imperativo legal, contenido en la expresión “en defensa” que emplea la fracción III del artículo 17 del Código Penal del Estado de Nuevo León, para que se estructure la legítima defensa es necesario que la acción objetiva de repulsa corresponda, *en lo subjetivo, al animus defendendi, el cual comprende tanto la conciencia de la agresión como la voluntad de defensa*, como aconteció en el caso, en que el sentenciado, al disparar su arma apuntó hacia abajo, con el fin de causar el menor daño a su agresor, por consiguiente, la lesión a la esfera jurídica del sujeto pasivo ajeno a los hechos que motivaron la repulsa,

²¹ Por lo que respecta a los derechos de las víctimas, consúltese Islas de González Mariscal, Olga, *Derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. Por el contrario, si la víctima es parte del delito, nos da otro tratamiento doctrinal, esto es, la “victimodogmática”. Al respecto véase mi ensayo “Imputación a la víctima”, en *La ciencia de derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a José Cerezo Mir*, pp. 631-644, especialmente el principio de la autorresponsabilidad, p. 641.

²² Más en detalle, véase la sugestiva propuesta de análisis de los delitos contra vida y la integridad corporal de Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los análisis contra la vida*, 5a. ed., México, Trillas, 2004.

estuvo dentro del plan defensivo del acusado, ya que su repulsa *estuvo enderezada, tanto objetiva como subjetivamente, en contra del agresor, no estando presente en su conciencia causar el resultado final; por ello, ese daño en la persona del tercero inocente queda dentro de la legítima defensa.*

Motivo por el cual, y atendiendo a la redacción del artículo 15, fracción IV, del Código Penal Federal, en el que de admitir la “racionalidad del medio empleado” nos conduciría a un total abandono de la víctima de un delito, toda vez que no existe un “criterio objetivo” que permita determinar si se procedió con plena conciencia o si realmente es un exceso, o bien, un error, en la defensa.

Lo que creo más acorde con la realidad es que el Código Penal cambie el concepto de “racionalidad”, por el de “razonabilidad”, que a mi parecer ofrecería un mayor campo de interpretación del precepto legal, y que la autoridad pueda valorar objetivamente la actuación de la víctima como algo “razonable”, debido a las condiciones particulares en las que se encontraba, ante la amenaza real, actual e inminente de la agresión. Esto ofrecería además, mayor seguridad y certeza jurídica²³ para los ciudadanos, tal y como lo señalaba Luigi Ferrajoli en su magna obra *Derecho y razón*: “...en el derecho penal donde tutelan la libertad del ciudadano frente a las prohibiciones indeterminadas y las condenas arbitrarias, las mismas consisten sobre todo, en la estricta legalidad de los delitos y en la verdad formal de su investigación procesal”.

²³ En este sentido, véase Islas de González Mariscal, Olga, “Respuesta al trabajo Principio de legalidad y mandato de certeza”, *Criminalia*, México, año LV, núms. 1-12, enero-diciembre de 1989.