

VI. La antijuridicidad	131
1. La antijuridicidad y lo antijurídico	131
2. Injusto y antijuridicidad	132
3. Los presupuestos y elementos de la antijuridicidad	134
4. Antijuridicidad formal y material	134
5. Causas de exclusión de la antijuridicidad	135
6. Causas de justificación	139
A. Legítima defensa	140
B. Estado de necesidad	147
C. Cumplimiento de un deber	151
D. Consentimiento del ofendido	152
E. Ejercicio de un derecho	154
7. Exceso en las causas de justificación	156

VI. LA ANTIJURIDICIDAD

1. LA ANTIJURIDICIDAD Y LO ANTIJURÍDICO

Al analizar el tema de la antijuridicidad emerge la problemática relativa a cómo distinguir los comportamientos antijurídicos contrarios al dictado de las normas, lo cual nos obliga a meditar sobre la existencia de comportamientos antijurídicos en las diversas ramas del derecho, pues en ellas el legislador recoge normas que se integran al contenido de la ley, así como consecuencias jurídicas para los que violan el deber de obediencia o de sumisión emanado de las mismas.

Lo anterior provoca que constantemente se admita a lo antijurídico como lo contrario al derecho, sin embargo, es conveniente recordar que el ataque se dirige propiamente a nivel normativo, mas no a nivel ley o al derecho en su conjunto, lo cual nos arroja una respuesta vinculada con el papel de las normas y su diferencia con la ley, pues resulta inadmisibles pretender homologarlas y darles el tratamiento de sinónimos.

Para explicar el problema que enfrenta la antijuridicidad podemos recurrir a la teoría de las normas de Binding a partir de la cual el autor se enfoca a demostrar que el delincuente no actúa en contra de las leyes penales, sino que concreta lo que la ley penal precisa. Empero, es usual la expresión en el sentido de “transgresión” o “violación” de la ley penal, las cuales tienen sus ventajas, pues nos permite deducir que el sujeto activo viola determinadas proposiciones con su comportamiento. A dichas proposiciones jurídicas, Binding las denomina “normas”, siendo éstas las que el delincuente transgrede, pues “la ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente a la ley que dispone la forma de su condena”, lo cual resulta lógico por una cuestión de sistemática, dado que el presupuesto de una teoría del delito es precisamente la existencia de tipos penales, los cuales surgen a partir de leyes penales, y sólo ante la

concreción de los tipos penales puede darse la posibilidad de una culpabilidad, originada como consecuencia de la antijuridicidad, misma que emana del ataque a una norma integrada a un tipo penal contenido en la ley penal.

En los términos anteriores podemos afirmar que lo antijurídico se entiende como “la realización del tipo penal objetivo con una carga valorativa”

Por otra parte, la postura más simple respecto de la concepción de la antijuridicidad, es aquella que parte de su contenido semántico y la define como lo contrario al derecho, o bien, lo contrario a la juridicidad. Esta opinión nada aporta para analizar dicho concepto como categoría del delito, además de confundir a la antijuridicidad con lo antijurídico.

El contenido semántico del concepto de antijuridicidad se refiere a la contradicción del orden jurídico a través de una acción, lo cual sólo es admisible desde una perspectiva semántica o gramatical, pues técnicamente la antijuridicidad contiene aspectos tanto de carácter formal, material, como valorativos. La formal en atención al ataque o contravención a lo dispuesto en la ley, en tanto, la material se enfoca a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la ley penal.

El aspecto valorativo radica en el juicio de valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica un comportamiento contrario al contenido de las normas penales,²⁶⁵ lo cual nos permite entenderla como adjetivo referido a la acción, es decir como característica del injusto. Por ejemplo: la legítima defensa en el homicidio refiere una conducta no punible siempre y cuando se reúnan las condiciones para la permisión establecidas en la propia ley. En tales términos, podemos hablar de causas generales que eliminan la antijuridicidad, las cuales provocan que las normas se presenten con excepciones.

2. INJUSTO Y ANTIJURIDICIDAD

Al referir la antijuridicidad y distinguirla de lo antijurídico, surge el concepto del injusto, que para algunos son equivalentes,²⁶⁶ sin embargo, a decir de Welzel, estos conceptos no son coincidentes, pues el primero refiere la relación entre acción y derecho, en tanto el segundo se utiliza en ocasiones

²⁶⁵ En sentido similar, Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., pp. 40-41. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 178. Pavón Vasconcelos, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1981, p. 302. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano*, op. cit., p. 258.

²⁶⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pp. 120 y ss.

como sinónimo de ilícito. Por costumbre se distingue entre ambos conceptos en atención a que la antijuridicidad es el predicado de la acción y el injusto es el sustantivo.²⁶⁷

La antijuridicidad se puede analizar como la relación entre la acción humana y la norma, a su vez, el injusto es la acción declarada antijurídica. En tal virtud, la antijuridicidad representa un concepto unitario, válido para la totalidad del orden jurídico, mientras que lo injusto es una noción múltiple. Por esto, se puede afirmar que no existe una antijuridicidad específicamente penal, pero sí un injusto que lo es.²⁶⁸

Para Jescheck, la antijuridicidad es la contradicción de la acción y una norma jurídica, en tanto el injusto es la propia acción valorada antijurídicamente; en el injusto se encuentra el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, por lo que no se constituye una simple relación entre la voluntad de la acción y el mandato de la norma, sino que es el daño social sufrido como consecuencia por el sujeto pasivo, la comunidad y el derecho.²⁶⁹ Esto da lugar a pensar en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico a nivel del injusto reflejando el aspecto material de la antijuridicidad, así como el análisis del desvalor de acción y desvalor de resultado a este mismo nivel.

La antijuridicidad se analiza en la actualidad como parte del injusto penal, es decir refiere a éste como el conjunto de la conducta típica y antijurídica,²⁷⁰ por lo que la antijuridicidad se transforma en un juicio negativo de valor, el cual recae sobre una conducta humana, en tanto el injusto es la conducta humana desvalorada.

A partir de las ideas de Liszt se le reconoció carácter dual a la antijuridicidad: la “formal”, en la que la conducta choca contra la norma del Estado, y la “material”, consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, en su antisocialidad o en su asocialidad.

En conclusión, la antijuridicidad es un concepto que sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal, en tanto el injusto es el continente de la acción típica y antijurídica. Esto da lugar a deducir una relación de género a especie del injusto respecto de la antijuridicidad: la antijuridicidad es la especie que engloba el injusto.

267 Rodríguez Devesa, José María, *Derecho penal español, op. cit.*, pp. 387 y ss.

268 Arigabay Molina, José, *Derecho penal, op. cit.*, p. 236.

269 Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal*, vol. I, *op. cit.*, pp. 315 y ss.

270 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Teoría del delito, op. cit.*, p. 441.

3. LOS PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DE LA ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad requiere para su existencia de dos presupuestos; primero que se dé como consecuencia de la tipicidad, esto es, que la tipicidad se traduzca simplemente en un indicio de antijuridicidad, y ésta sólo cobre vigencia en los casos en que no se presente una causa de justificación; y segundo, la existencia de un desvalor de acción y de resultado en el comportamiento desplegado por el sujeto activo, lo cual se traduce en que la acción y el resultado ocasionados con motivo de la primera deben analizarse de manera conjunta y bajo ninguna circunstancia de manera independiente.

En atención a lo anterior, es necesario a nivel de presupuesto de la antijuridicidad analizar una acción típica, la cual refiera a su vez el desvalor de acción y el desvalor de resultado.

Podemos señalar que el desvalor de acción y el desvalor de resultado constituyen los elementos característicos de la antijuridicidad, lo cual nos permite establecer que esta antijuridicidad se encuentra en un contexto eminentemente valorativo, siendo inadmisibles integrarla con aspectos objetivos de manera exclusiva.

4. ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

En el siglo pasado los clásicos referían a la antijuridicidad con referencia exclusiva al aspecto objetivo derivado de la acción y emanada de la división de la estructura del delito en objetiva y subjetiva, perteneciendo la antijuridicidad a la primera. Como consecuencia de las ideas neokantistas, la antijuridicidad dejó de ser simple descripción externa de las características del delito, atribuyéndole elementos valorativos, lo cual transformó a la antijuridicidad en un desvalor sobre la acción a partir de elementos subjetivos que califican a la acción, y a falta de los cuales la acción no puede existir.²⁷¹

Con la antijuridicidad material se pretende destacar la violación de intereses vitales para la organización social; intereses que al ser protegidos por la organización jurídica constituyen una institución o bien jurídico, de ahí que se afirme como contenido de la antijuridicidad

²⁷¹ Mir Puig, Santiago; *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 147 y ss.

material la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, con ausencia de causas de justificación.²⁷²

Para Conde-Pumpido, la antijuridicidad material exige además de una acción contraria al derecho positivo, la violación de algún orden superior de valoración de conductas o la lesión de algún género de intereses considerados por la sociedad,²⁷³ con lo que reconoce el carácter valorativo al concepto de antijuridicidad, así como su aspecto formal y material.

La antijuridicidad formal consiste en la oposición a la norma derivada de un comportamiento atribuible a un sujeto. Para encontrar este concepto es dable señalar que por exclusión las acciones ilícitas son antijurídicas y pueden constituir la antijuridicidad,²⁷⁴ en tanto el aspecto material alude al grado de ataque, lesión o peligro al que se ha expuesto el bien jurídico.

5. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

Las leyes penales no solamente se integran por normas de carácter imperativo o prohibitivo, sino que también existen otras de índole permisivo, al estar en presencia de éstas aparecen las causas de justificación, con las que desaparece la posibilidad de estar ante la antijuridicidad y en lugar de obtener una conducta injusta encontramos un comportamiento plenamente justificable, siendo inconcuso que no estemos ante un tipo penal objetivo.

Las causas de exclusión de la antijuridicidad también se denominan causas de justificación (artículo 212, CP del estado de Aguascalientes), causas de exclusión del delito (artículo 15, del CPF), causas excluyentes de responsabilidad (artículo 22, CP del estado de Yucatán) o causas excluyentes de incriminación (artículo 20, CP del estado de Quintana Roo), que para nosotros son causas de justificación, pues impiden la valoración de un

²⁷² En tal sentido coincide prácticamente la totalidad de la dogmática nacional e internacional, véase Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 251 y ss. Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal, op. cit.*, p. 178. Villalobos, Ignacio, *Derecho penal mexicano, op. cit.*, p. 258. Creus, Carlos, *Derecho penal*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 181 y ss. Antolisei, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 140 y ss. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 84. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 135-136. Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Colex, 1990, p. 196. Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 289. Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, pp. 216 y ss.

²⁷³ Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 196.

²⁷⁴ Creus, Carlos, *Derecho penal, op. cit.*, pp. 181 y ss.

comportamiento como antijurídico no obstante lesionar o poner en peligro un bien jurídico y transgredir una norma de carácter prohibitivo o imperativo.

Las diferentes variantes de las causas de justificación nos permiten recordar que a diferencia de lo que acontece con las causas de inculpabilidad, las de justificación no sólo impiden que se imponga una pena al autor de un comportamiento típico, sino que convierten ese hecho lícito en virtud de la norma permisiva en la cual guardan su fundamento.²⁷⁵

En materia de causas de justificación se derivan las siguientes consideraciones:

a) en el caso de actos justificados no es admisible una causa de justificación, pues éstas suponen un comportamiento antijurídico, por lo que a falta de este tampoco podrá darse la otra;

b) la coparticipación delictiva resulta también justificada en un comportamiento justificado;

c) las causas de justificación impiden que el autor del comportamiento justificado pueda imponerse una consecuencia jurídico penal a nivel de pena o de medida de seguridad, en virtud de traducirse en un comportamiento lícito;

d) la existencia de una causa de justificación elimina la posibilidad de la antijuridicidad desde el punto de vista formal, por ende, anula la culpabilidad y la punibilidad;

e) las causas de justificación sólo se extienden hasta el límite de la protección del bien jurídico, por lo que los excesos en las causas de justificación se traducen en comportamientos antijurídicos.

Elementos objetivos y subjetivos

Para estar en presencia de una causa de justificación es preciso que se reúnan elementos de carácter subjetivo, mismos que la identifican, es decir, resulta necesario el conocimiento de la situación por parte del sujeto activo, así como el alcance de su reacción, con el fin de evaluar de la manera debida su comportamiento y determinar si es justificable.

En el caso del elemento objetivo, el sujeto activo quería actuar conforme a derecho, pero el acto que produce no está objetivamente autorizado por el derecho. En el elemento subjetivo, el sujeto activo no quiere actuar conforme a derecho, pero su acto causa un resultado objetivamente lícito. Por

²⁷⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 91.

ejemplo: en la legítima defensa, es necesario que el sujeto activo conozca la agresión real, evalúe que es sin derecho y actúe en protección de bienes propios, concluya la necesidad de la defensa y utilice los medios que racionalmente son los adecuados para enfrentar la agresión.

Lo anterior supone una posición reflexiva para el sujeto activo en el sentido de evaluar y valorar su comportamiento dirigido a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos y, por otro lado, su realización.

Ahora bien, puede existir un error en las causas de justificación, lo cual no traduce al evento en jurídico, sino que lo conserva como antijurídico; empero, la afectación del error en estos casos no afectará a la antijuridicidad, pero sí tendrá una influencia en la culpabilidad.

Lo anterior puede presentarse en los casos en que el sujeto activo considere la existencia de un hecho que de haberse dado hubiera justificado su acción. Por ejemplo: el autor dispara un arma de fuego en contra de otra persona en la creencia de que la víctima iba a dispararle y ésta se encuentra desarmada. O el caso del policía que está en la idea de que al enfrentar a un delincuente está autorizado a dispararle hasta darle muerte ante la menor provocación.

El caso inverso se presenta cuando falta el elemento subjetivo de justificación, aunque objetivamente exista una situación justificante. El autor dispara contra su enemigo, sin saber que éste le estaba esperando para matarlo. En este caso el hecho es antijurídico. Lo que la doctrina debate en estos casos es si cabe castigarlo por el delito consumado, ya que el resultado producido objetivamente era aprobado por el ordenamiento jurídico. La cuestión es muy discutida. La doctrina dominante se inclina en admitir un castigo por tentativa, ya que aunque el resultado pretendido por el autor se ha producido y objetivamente constituye la consumación de un delito, la verdad es que el ordenamiento jurídico no lo desaprueba. En este supuesto existiría el desvalor de la acción que fundamenta la punición con base en la tentativa, pero no el desvalor del resultado, que justificaría la punición por delito consumado.

Los casos anteriores afectan a la culpabilidad, en virtud de la presencia del error llamado de prohibición, en el cual el sujeto considera lícito su proceder, o bien, amparado en una norma permisiva, pero dejando subsistente a la antijuridicidad.

Por lo anterior, se entiende que la antijuridicidad tiene un valor universal, “el ordenamiento jurídico es el único que dota de significación antijurídica una acción u omisión y desde el mismo se efectúa la ponderación de aquélla”.²⁷⁶

²⁷⁶ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, vol. I, p. 806.

Lo que es antijurídico dentro de una rama del derecho lo es en otra, ya que la antijuridicidad existe dentro de todo el ordenamiento jurídico vigente.

La antijuridicidad para algunos es “una reprobación contra la actividad desplegada por el hombre”,²⁷⁷ esto es sobre su conducta de acción u omisión que transgrede las leyes penales, opinión que se trata de sustentar a partir de que “el objeto del juicio de valoración que compone la antijuridicidad recae sobre una acción u omisión, para estar ante un comportamiento humano antijurídico es necesario infringir una norma positiva de la legislación penal”,²⁷⁸ sin perder de vista que “no toda puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido hace antijurídico un hecho”.²⁷⁹

La teoría final de la acción encabezada por Welzel, argumenta que en la antijuridicidad existen elementos tanto objetivos como subjetivos; por tanto, algo tan subjetivo como el dolo implícito en una acción forma parte del juicio de valor llevado a cabo en la antijuridicidad.

Por otro lado, una propuesta que intenta definir a la antijuridicidad dentro de esta corriente es la de Graf Zu Dhona, autor que considera “antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso”,²⁸⁰ lo cual podemos identificar como una idea de la antijuridicidad por exclusión, en donde ésta aparecerá como consecuencia de la falta de juridicidad de un comportamiento.

Finalmente, otro sector de la doctrina entiende a la antijuridicidad como “aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado”,²⁸¹ lo cual resulta indiscutible desde el punto de vista del origen de las normas y del contenido de la ley, consideramos que la idea de antijuridicidad debe vincularse íntimamente con sus dos aspectos, el material y el formal, pues de otra manera se desnaturaliza; en consecuencia, la antijuridicidad es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos en la ley penal, en virtud de la falta de observancia de los deberes de obediencia o sumisión a cargo del sujeto activo.

Para Juan del Rosal, “una acción antijurídica sí contradice una disposición penal positiva”, esto es: “para que el comportamiento humano sea antijurídico tiene que infringir una norma positiva de la legislación penal”,²⁸² haciendo hincapié en la antijuridicidad penal, pues este concepto

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 796.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 805-814.

²⁷⁹ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., p. 146.

²⁸⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 336.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 346.

²⁸² Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español*, op. cit., p. 814.

puede presentarse dentro de cualquier rama del derecho, pero sólo en el ámbito penal cobra importancia a fin de pensar en la existencia del delito.

Dentro de la teoría final de la acción, la antijuridicidad evoluciona y distingue dos elementos dentro de ésta, uno formal y otro material. El elemento formal alude al comportamiento que es contrario a la norma penal y requiere de la realización de un tipo penal la ausencia de causas de justificación,²⁸³ mientras que el material se refiere a la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico producida como consecuencia de la antijuridicidad formal.

Para otros autores, la antijuridicidad formal se refiere exclusivamente a la redacción del precepto, y la material está formada por el contenido, es decir, “integrada por un valor, bien o interés jurídicamente protegido por la amenaza penal que se le dispensa”,²⁸⁴ estos dos aspectos de la antijuridicidad son inseparables, ya que se dependen mutuamente.

De lo anterior resulta que todo comportamiento antijurídico es antinormativo pero no todo comportamiento antinormativo es antijurídico, siendo, a decir de Muñoz Conde, la antijuridicidad un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar su tendencia contraria al ordenamiento jurídico, mientras el o lo injusto es un sustantivo empleado para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma,²⁸⁵ por lo que mientras la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el injusto es una acción antijurídica determinada con validez exclusiva para el derecho penal.

6. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Dentro de la teoría de la antijuridicidad, como ya lo mencionamos en un principio, existe el tema de las causas de justificación. Una definición adecuada para las causas de justificación es la propuesta por Juan del Rosal al identificarlas como “todas aquellas situaciones en las cuales las acciones típicas realizadas son jurídicas”, o sea, se podrá realizar una acción típica, pero al existir una causa de justificación no podrá ser valorada como antijurídica.

283 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 146.

284 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 816.

285 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 84.

Las bases de la causa de justificación derivan de dos tendencias. Por un lado está la tradicional, según la cual, la exclusión de la antijuridicidad no implica la desaparición de la tipicidad y, por ende, se habla de una “conducta típica justificada”. Por el otro, la “teoría de los elementos negativos del tipo”, la cual postula “que las causas de justificación eliminan la tipicidad”.²⁸⁶ Esta teoría entiende al tipo como integrante de la parte positiva del injusto, mientras la parte negativa se integra por la ausencia de una causa de justificación.

Cuando las causas de justificación no cumplen con alguno de los requisitos no fundamentales, se procede a una atenuación especial, esto es, no se completa la antijuridicidad y, por tanto, se continúa valorando los elementos subsecuentes del delito, hasta llegar a la punibilidad, donde se disminuye la pena uno o dos grados por debajo de la señalada por la ley.

Al respecto, Juan del Rosal señala que existen diversos principios donde se engloban las causas de justificación, uno de los más importantes es el principio de interés preponderante o también llamado de la necesidad de una protección preponderante, dentro del cual se encuentran: la legítima defensa y el estado de necesidad, entre otras,²⁸⁷ éstas derivan de un derecho de necesidad, el cual justifica el comportamiento ilícito desplegado.

A. *Legítima defensa*

La legítima defensa es un comportamiento nato, basado en el instinto de sobrevivencia, que se manifiesta al repeler una agresión, es decir *vim vi repellere licet*.

El derecho a la legítima defensa surge con el derecho romano, donde se concebía como derecho individual originario, éste se limitaba a la defensa de la vida y de la integridad física de las personas. En el derecho germánico, se fundamenta dentro de una defensa colectiva del ordenamiento jurídico, esto es, al defenderse el individuo de ataques injustificados, se defiende al orden jurídico en general. Por lo anterior, Mir Puig sugiere que “la legítima defensa encuentra su razón de ser en la defensa del derecho en el marco de los bienes jurídicos individuales”.²⁸⁸

Actualmente, las bases de la legítima defensa se encuentran formadas por el aspecto individual (romano) y el colectivo (germánico); sin embargo,

286 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 447.

287 Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 838.

288 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 459.

otros autores sugieren a la legítima defensa como “repulsa de la agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios”.²⁸⁹

1. Fundamento

La fundamentación teórica de esta causa de justificación ha atravesado por diversos momentos, así podemos citar los siguientes.

a. *Teoría de la coacción moral.* Expuesta por Pufendorf, en ella se trata de demostrar que el sujeto al defenderse no responde penalmente, ya que ha desplegado un comportamiento como consecuencia de una perturbación en su ánimo (*propter perturbationem animi*), en virtud del ataque injusto y del peligro en que se encuentran sus bienes jurídicos.

b. *Teoría de la retribución del mal por el mal.* Basada en la idea de la autodefensa o venganza privada, algunos autores con una postura retribucionista han considerado durante el transcurso de la historia que un mal debe ser retribuido por otro de la misma magnitud.

c. *Teoría de la sociabilidad de los motivos de la no peligrosidad.* Originada en la teoría positivista, parte del fundamento de la no temibilidad del sujeto que, para proteger un determinado bien jurídico, rechaza un ataque dirigido contra éste.

d. *Teoría de la defensa pública subsidiaria.* Sostenida por Carrara, parte de la base del derecho subjetivo otorgado al Estado para que pueda ejercer coacción contra los que incumplen con sus deberes de obediencia o de sumisión, cuando éste falla, entonces se justifica la intervención privada a fin de resguardar los bienes jurídicos.

e. *Teoría del equilibrio de los intereses.* Expuesta por Von Buri en Alemania y por Bettiol en Italia. Acorde con esta teoría ante la colisión de intereses, el Estado debe optar por la protección del más importante, es decir, por el del agredido, que es de mayor valía en comparación con el del agresor.

²⁸⁹ Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., p. 363.

2. Requisitos

La legítima defensa, según la doctrina, requiere de cumplir ciertos requisitos para su existencia, los cuales son:

- a. *repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho;*
- b. *necesidad de defensa de bienes jurídicos propios o ajenos;*
- c. *existencia de una necesidad racional la defensa empleada y el ataque, y*
- d. *ausencia de provocación.*

Haremos una breve explicitación de dichos requisitos.

a. *Repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho.* Se entiende por tal cualquier ataque a los bienes jurídicos de una persona, sea a través de la fuerza física o moral. En tal sentido, aludimos a la violencia como requisito esencial de la legítima defensa, por lo que dicha violencia traducida en una agresión debe ser injusta, es decir, en oposición al contenido de las normas penales y no ajustada a ninguna norma de carácter permisivo. Por ello, se considera legítima la violencia que se ejerce en estricto apego a la permisión derivada de una norma jurídica. Por ejemplo: el que se resiste al cumplimiento de una orden de aprehensión emanada de la autoridad competente, ejerciendo violencia para evitar ser detenido, no resulta válido invocar un derecho a la legítima defensa en la repulsa del ataque del que es víctima una persona al privársele de la libertad en virtud de la ejecución de una orden de aprehensión, toda vez que ésta es legítima.

La agresión ilegítima se entiende por unanimidad como un “acontecimiento físico contra la persona”,²⁹⁰ su patrimonio o sobre bienes inmateriales, como el honor; siendo necesario que concurra la voluntad del agresor y que no existan excluyentes de la misma (por ejemplo, fuerza irresistible, actos reflejos, estados de inconciencia). Dicha voluntad debe ser encaminada mediante imprudencia o dolo para provocar la agresión de la persona.

La misma doctrina reconoce una extensión de la defensa, esto es, que la legítima defensa puede ser realizada por un sujeto distinto del que recibe la agresión; con lo cual se generan tres distintos supuestos, el primero es la defensa propia, el segundo alude a la defensa de un pariente, y por último la defensa de un extraño.

²⁹⁰ Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 460.

Por otro lado, la agresión debe cubrir el requisito de ser actual o inminente, es decir real, por lo que no debe ser pasada ni futura. Ante la falta de lo primero, la legítima defensa degenera en venganza, y ante la presencia de lo segundo, resulta injustificada la legítima defensa, en virtud de que la agresión se ha previsto y el conocimiento de la autoridad puede evitar la posibilidad de la violencia futura, siempre y cuando ésta responda con la aplicación de la medida de seguridad adecuada.

b. Necesidad de la defensa de bienes jurídicos propios o ajenos. En este sentido, la defensa que se ejerza debe ser indispensable e ineludible, esto es, el ataque del cual es víctima el sujeto debe ser inevitable por otro medio menos lesivo. El tema de la inevitabilidad resulta preciso analizarlo a la luz de las condiciones objetivas presentes en el momento del ataque, así como en los elementos cognoscitivos del agredido, los medios de que disponía en el momento para evitar la agresión, del tiempo en que se sufrió y del lugar de la agresión, es decir, los elementos objetivos y subjetivos que se presenten al momento de que se ejerce la defensa.

c. Existencia de una necesidad racional, la defensa empleada y el ataque. Este elemento hace referencia a la proporcionalidad de la agresión y los medios empleados para repelerla, lo que debe traducirse en el análisis del bien jurídico lesionado, o puesto en peligro, y el ataque dirigido al agresor, en el sentido de no resultar válido proteger un interés de menor valor en perjuicio de otro de mayor valor. En tal virtud, la reacción del agredido, debe ser objetivamente la indispensable para detener la violencia injusta de que es víctima, pues en caso contrario estaríamos ante el supuesto de un exceso en la legítima defensa.

Para identificar el elemento de la racionalidad y proporcionalidad del medio empleado, resulta aplicable el siguiente criterio establecido por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito:

LEGÍTIMA DEFENSA. EN RELACIÓN A TERCEROS SE EXTIENDE LA EXCLUYENTE DE INCRIMINACIÓN DE LA. Si la repulsa que el recurrente efectuó de una agresión actual, violenta y sin derecho, de la que derivó un peligro inminente para su vida, además del resultado del fallecimiento del agresor, también produjo otros consistentes en el deceso y lesiones a terceras personas ajenas por completo a los hechos que motivaron la repulsa, quienes también se encontraban en el lugar de los hechos; habida cuenta que el medio empleado por el inculpado, es decir, accionar el arma de fuego que portaba en contra de su agresor, fue el estrictamente necesario para hacer cesar la agresión, dado que ésta también consistió en disparos de arma de fuego, de modo que hubo

racionalidad y proporcionalidad entre la agresión y la repulsa, es indiscutible que dicho resultado también debe quedar amparado en la eximente de responsabilidad de haber actuado en legítima defensa de su vida, porque su conducta fue única y no es dable dividirse; de suerte que si el actuar del inculpaado fue un acto lícito no pueden considerarse ilícitas las precisadas consecuencias que tal acto produjo. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito. Amparo en revisión 133/95. Pedro Bárcenas Arroyo. 8 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretaria: Ileri Amezcua Estrada.²⁹¹

d. Ausencia de provocación. Se refiere a la característica del sujeto activo, es decir, que el ataque sea inminente y sin derecho, pero que no deje otra opción de actuación al agredido, y que en consecuencia tampoco haya existido una provocación previa por parte de éste contra el agresor, pues de no ser así, caemos ante un supuesto diverso como es la inversión del carácter del agredido en agresor y viceversa.

De dichos requisitos, el más importante es la agresión injusta; de ésta se desprende que surja la necesidad de defensa, es decir, lo que la doctrina identifica como el derecho a la defensa.

En cuanto a la respuesta de agresión, la defensa no debe rebasar el límite de lo racional y proporcional, ya que de traspasar estos límites, se cae en un exceso de legítima defensa, el cual implica dolo y, por ende, anula la legitimidad de la defensa. Por ejemplo: si la agresión se da mediante la fuerza física y la legítima defensa consiste en sacar un arma de fuego y herir gravemente al agresor, el sujeto pasivo se está excediendo en su defensa y por tanto se anula ésta.

Por último, el requisito de ausencia de provocación por parte del agredido se convierte en el antecedente del primero, si hubo provocación no se puede alegar defensa alguna, al haber sido promotor de la agresión, el caso concreto podría ser un duelo o una riña, donde se está induciendo a la otra parte a la violencia.

Como ya explicamos en párrafos anteriores, la defensa propia tiene que cumplir los cuatro requisitos ya mencionados; la defensa por parte de un pariente debe de cumplir los dos primeros requisitos, y en caso de existir provocación no debe participar en ésta el defensor. El parentesco se reconoce hasta el cuarto grado.

291 *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. III, enero de 1996, p. 309.

“La legítima defensa tiene, pues, su base en la preponderancia de intereses, puesto que es preferible el bien jurídico del agredido que el interés bastardo del agresor.”²⁹²

3. Clasificación

Podríamos hablar de diferentes clases de legítima defensa, en tal sentido ubicamos a las siguientes.

a. *Legítima defensa propia*. En este caso aludimos a la que se ejerce en estricta defensa de bienes jurídicos propios. Por ejemplo: el transeúnte que es víctima de un robo y está siendo amagado con un arma de fuego y al tratar de defenderse inicia una lucha con su agresor logrando derribarlo al suelo, lo cual ocasiona que el asaltante accione el arma de fuego y se provoque la muerte.

b. *Legítima defensa impropia*. En este caso aludimos al hecho de causar un daño a quien por cualquier medio, sin derecho, trate de lesionar o poner en peligro un bien jurídico, el cual no es propiedad de quien ejerce la legítima defensa, pero que tiene la obligación de defender.

c. *Legítima defensa presuntiva*. La ley establece en algunos casos los supuestos bajo los cuales resulta factible suponer *juris tantum*, que puede ejercer la legítima defensa en atención a las circunstancias presentes. Por ejemplo: cuando se causa un daño a quien encuentra en su hogar a una persona en circunstancias tales que revelan la probabilidad de una agresión.

d. *Legítima defensa derivada de la calidad de garante*. La propia ley establece la calidad de garante a ciertos sujetos, en el sentido de una obligación de resguardar determinados bienes jurídicos, en tal sentido la respuesta a la agresión más que atender a una respuesta derivada de los buenos sentimientos de solidaridad por parte del agente para defender determinados bienes jurídicos, deriva del carácter y la relación que guarda con respecto del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

4. Presunción de legítima defensa

El CPF establece una legítima defensa presuntiva en el caso de causar daño a quien por cualquier modo trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona

²⁹² Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito*, op. cit., pp. 364-365.

que tenga la obligación de defender al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

De donde se desprenden los siguientes supuestos:

a. Causar un daño a quien por cualquier modo trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia o a sus dependencias.

b. Causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar de cualquier persona, al hogar de la familia de cualquier persona o a las dependencias de éstos, siempre y cuando tenga la obligación de defender.

c. Causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al sitio donde se encuentran bienes propios o ajenos a los que tenga la obligación de defender.

d. Causar daño a quien encuentre en su hogar, en el de su familia o en sus dependencias en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

La legítima defensa presuntiva guarda dos momentos diversos, el primero cuando se encuentra a una persona en el momento de penetrar o pretender penetrar a un lugar sin autorización de quien legítimamente puede disponer de él, y el segundo cuando dicha persona se encuentra dentro del lugar en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

Es necesario dejar en claro que la presunción de la legítima defensa es *juris tantum*, por lo cual, sólo cobra vigencia cuando se logran demostrar los siguientes extremos:

a) que el agente dirigía una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, contra el agredido;

b) que el agredido se encontraba en necesidad de defensa;

c) que el agredido utilizó de manera racional los medios empleados, y

d) que el agredido no incurrió en provocación dolosa, suficiente e inmediata.

La defensa por parte de un extraño debe cumplir por igual los requisitos previstos para la propia, y además que el defensor “no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo”,²⁹³ esta defensa surge con motivo de los sentimientos de solidaridad, que nos impulsan a brindar ayuda a otra persona en peligro, o bien derivado de la calidad de garante.

²⁹³ Rosal, Juan del, *Tratado de derecho penal español, op. cit.*, p. 863.

B. *Estado de necesidad*

El estado de necesidad, al igual que la legítima defensa, se basa en el instinto de supervivencia, ya sea “para evitar un mal propio o ajeno” se “lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber”,²⁹⁴ es decir, consiste en una situación de peligro que amenaza determinados bienes jurídicos a raíz de un peligro no causado por el agente, y en atención a un comportamiento lesivo a bienes jurídicos perteneciente a un tercero que pudo haber creado con esa situación de peligro.

El estado de necesidad ha sido reconocido desde hace siglos bajo la fórmula de *necessitas legem non habet*, el clásico ejemplo del estado de necesidad que impulsa a una persona a lesionar el bien jurídico de otro es el de los dos naufragos sostenidos a una tabla, la cual sólo podrá sostener el peso de uno, por tanto se genera una lucha entre ambos privando de la vida uno a su compañero a fin de poder sobrevivir.

Para otros autores el estado de necesidad es “un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber”,²⁹⁵ entre estos intereses existe una clara oposición, ya que el deber sólo puede ser resuelto mediante la transgresión de otro derecho.

La principal diferencia entre legítima defensa y estado de necesidad, radica en que en la primera, el ordenamiento jurídico otorga la potestad de defenderse de un peligro eminente frente a su agresor, lo cual motiva a diversos autores a otorgarle el carácter de un estado de necesidad privilegiado; en cambio, en el estado de necesidad, se permite lesionar o transgredir los intereses de otra persona que no ha realizado ninguna agresión, siempre y cuando el interés protegido tenga mayor relevancia que el daño que se pretende ocasionar al otro individuo, lo cual desde la época de Carrara sirvió de base para advertir a la primera como una reacción, y a la segunda como una acción.²⁹⁶

A lo largo de la historia han surgido diferentes teorías acerca del estado de necesidad, entre las más importantes encontramos: a) la teoría de la *vis*

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 876.

²⁹⁵ Tal es la idea propuesta sobre el estado de necesidad por Liszt y que la mayoría de la doctrina la adopta como válida, véase, Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 477.

²⁹⁶ En palabras de Moriaud: la legítima defensa, un contrataque; y el estado de necesidad, un simple ataque, Jiménez de Asúa, Luis, *La ley y el delito, op. cit.*, p. 382.

compulsiva; b) la teoría de la colisión; c) la teoría de la diferenciación, y d) la teoría de la ausencia de peligrosidad.

a. *La teoría de la vis compulsiva*, explica que la conducta realizada en el estado de necesidad no es jurídica, sin embargo, no se castiga por razones de equidad, ya que el sujeto actúa mediante una “coacción psicológica”,²⁹⁷ la cual lo coloca en un estado de inculpabilidad al no poder determinar su voluntad de manera libre, sino en virtud de la influencia de que es objeto por el peligro en el cual se encuentra.

b. *La teoría de la colisión de derechos*, parte de la idea del valor que tienen para el derecho el bien jurídico salvado en comparación del afectado, en caso de colisión de bienes jurídicos debe preferirse el de mayor importancia para el derecho.

c. *La teoría de la diferenciación* (la más aceptada en la actualidad), “entiende que el criterio del conflicto psicológico señalado por la teoría de la adecuación y el principio del interés predominante destacado por la teoría de la colisión”,²⁹⁸ deben ser utilizados para explicar a los dos grupos de estados de necesidad.

d. *Teoría de la ausencia de peligrosidad*. En este caso se justifica la actividad desplegada por el sujeto, pues su comportamiento deriva del estado de necesidad en que se encuentra y no de su peligrosidad social.

El estado de necesidad puede distinguirse en dos grupos, el primero se refiere a aquellos estados de necesidad en los cuales el bien protegido es de mayor relevancia que el afectado; a este supuesto se le califica de “estado de necesidad justificante”,²⁹⁹ mientras el segundo grupo son aquellos casos en los cuales el interés lesionado es igual e incluso superior en algunas ocasiones, dentro de este grupo la conducta empleada puede ser “exculpada”³⁰⁰ en caso de que al sujeto no se le pueda exigir no lesionar el interés afectado, generalmente este estado de necesidad se presenta cuando está en juego la vida.

En atención a lo anterior, no debemos perder de vista que el estado de necesidad alude a los instintos básicos del hombre como lo sería el de la autoconservación,³⁰¹ lo cual da lugar a la consideración de que si la necesi-

297 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 483.

298 *Ibidem*, p. 483.

299 *Idem*.

300 *Idem*.

301 Para Freud, el hombre no es un ser bondadoso por naturaleza, todo lo contrario, es un ser agresivo, que ve a sus semejantes como enemigos potenciales, de los cuales tiene el temor de ser explotado, usado, robado, humillado, etcétera, *Civilization and its discontents*, Nueva York, Norton, 1962, pp. 36-58. En

dad es la suprema ley, técnica y filosóficamente debe admitirse que quien actúa determinado por ese factor, procede conforme a derecho, pues de un lado defiende su persona y, de otro, admite —como lo hace la ley— que es imposible eliminar aquella fuerza existente en las cosas, la cual se impone sobre las ilusiones y quehaceres humanos.³⁰²

El CPF determina ciertos requisitos para considerar al estado de necesidad como tal, éstos son:

- a. *se obre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno;*
- b. *que se trate de un peligro real, actual o inminente;*
- c. *que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente;*
- d. *que se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardo;*
- e. *que el peligro no sea evitable por otros medios, y*
- f. *que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.*

Haremos, asimismo, una descripción breve de cada uno de los requisitos anteriores.

a. *Se obre por necesidad de salvar un bien jurídico propio o ajeno.* Este elemento es común a la legítima defensa, es decir, se trata de una actuación a fin de salvar un determinado bien jurídico, que puede ser propio o ajeno del sujeto.

b. *Que se trate de un peligro real, actual o inminente.* El peligro consiste en la probabilidad de un daño o la probabilidad de que se presente un resultado temido.³⁰³ De igual manera, este elemento se identifica plenamente con la legítima defensa pero referido a un peligro generado por un acto, hecho o situación que no depende de la voluntad del agente, a diferencia de la legítima defensa en la cual el peligro surge a consecuencia del ataque dirigido contra un bien jurídico. Lo real se plantea en oposición a lo irreal, figurado o fantasioso, en tanto lo actual supone un peligro presente, no pasado ni futuro, pues si existe tiempo para meditar y evitar el peligro,

este tenor, Erich Fromm considera al ser humano con un carácter ambivalente, es decir con los instintos básicos como son el de la agresividad y el instinto sexual, de los cuales la sociedad debe defenderse, *The anatomy of the human destructiveness*, Holt, Rinehart and Winston, 1973, pp. 185 y ss.

³⁰² Pérez, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956, t. IV, p. 549.

³⁰³ Carrara, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, trad. Sebastián Soler de la 11ª ed. italiana, Buenos Aires, Depalma, 1944, t. I, p. 48.

entonces el sacrificio de otro bien jurídico no se justifica. Lo inminente implica que el peligro se presenta en el momento en que la persona actúa para salvar otro bien jurídico.

c. Que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico no haya sido ocasionado dolosamente por el agente. Este elemento demanda que el sujeto no haya sido el causante del peligro, sino que se ha creado una situación de hecho al margen de su voluntad. En el caso de que el sujeto no haya deseado generar el peligro pero éste se produce con motivo de su negligencia, impericia, falta de cuidado, falta de reflexión o imprudencia, entonces el peligro se entiende creado por él y la justificante no resulta válida.

d. Que se lesione otro bien jurídico de menor o igual valor que el salvaguardo. El estado de necesidad justificante demanda la presencia de dos bienes jurídicos que se encuentren enfrentando un peligro y que el sujeto opte por salvar uno de menor o igual valía, a efecto de que su comportamiento sea justificable; en caso de preferirse salvaguardar un bien jurídico de mayor valía, entonces la causal no resulta válida. Esto lo podríamos entender en el sentido de una proporcionalidad descendente con respecto del bien jurídico salvado y el sacrificado, lo cual implica que el sujeto actúe con la máxima moderación y prudencia, significando una actuación en el sentido de ser la mínima necesaria para resguardar el bien jurídico, sin excederse, pues en caso de ser así entonces puede serle imputada responsabilidad penal a título de culpa.

e. Que el peligro no sea evitable por otros medios. En este sentido el peligro debe ser de tal magnitud, que sea inevitable por medios distintos de aquellos a los reunidos en caso de demostrarse la inevitabilidad por un medio menos lesivo o menos peligroso del utilizado, entonces desaparece la posibilidad de invocar la justificante.

f. Que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo. En virtud de contratos, acuerdo, comportamientos precedentes o la disposición de la propia ley, existen ciertos sujetos que ostentan una calidad de garante, en tal sentido, deben enfrentar determinados peligros; luego, no resulta aplicable esta justificante cuando rehúsan afrontar un determinado peligro si tienen el deber de hacerlo. Por ejemplo: el policía, el salvavidas, el piloto de una aeronave, el capitán de una embarcación, la enfermera, el médico, etcétera.

C. *Cumplimiento de un deber*

En el caso de los bienes jurídicos que resultan lesionados o puestos en peligro cuando se cumple un deber, resulta indiscutible que éstos no pueden dar lugar a la antijuridicidad pues el agente adecua su comportamiento en el sentido ordenado por la norma, sin embargo, el problema aflora cuando el agente realiza algo contrario al dictado de la norma jurídica en apego al cumplimiento de un deber que debe y puede observar.

Para determinar los casos en que una persona actúa en cumplimiento de un deber, es necesario remitirnos a la norma jurídica rectora de dicho acto, así, al actuar un policía, un médico, un militar, un servidor público u otro sujeto, es necesario revisar la legislación jurídica que los rige a fin de establecer si su comportamiento se adecua o no a derecho.

El contenido de una disposición administrativa no puede justificar abusos de poder, arbitrariedades u otros actos similares, sin embargo, actos de tales características se presentan con cierta frecuencia, pues la ley administrativa en ocasiones deja grandes lagunas o amplios espacios de discrecionalidad para la autoridad, los cuales abren la puerta a la arbitrariedad. Por ejemplo: el uso de la violencia por parte de los miembros de corporaciones policiacas, la cual, en ininidad de ocasiones provoca lesiones o en otros casos incluso la muerte del que la padece. Lo grave y delicado de hechos de tales características lleva a la doctrina y a la jurisprudencia a señalar límites, con la idea de evitar todo exceso o desviación de poder. Dichos límites derivan de la necesidad del uso de la violencia y su adecuación proporcional al hecho.³⁰⁴

El CPF establece respecto de esta excluyente de manera literal lo siguiente: la acción o la omisión se realice en cumplimiento de un deber, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber y que este último no se realice con exclusivo propósito de perjudicar a otro.

Los elementos que podemos entresacar del cumplimiento del deber son los siguientes:

- a. *la existencia de necesidad racional del medio empleado, y*
- b. *que el cumplimiento del deber no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.*

304 Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito, op. cit.*, pp. 116 y ss.

En el caso de la racionalidad del medio empleado alude a dos situaciones, la primera derivada de la condición especial en la que se encuentra el sujeto activo, y la segunda se desdobra de los medios que emplea para cumplir el deber, los cuales deben compararse cualitativa y cuantitativamente a fin de establecer si existe proporcionalidad del deber jurídico que se trataba de cumplir y, en su caso, del bien jurídico que se dañó o puso en peligro. Al respecto la nota distintiva en este sentido alude al deber de obediencia que tiene el agente y, por otra parte, al deber de sumisión u obediencia que pretende obligar a respetar a otra persona.

En relación con el requisito de que la lesión o puesta en peligro no se realice con el simple objetivo de perjudicar a otro, alude precisamente a los límites de actuación de los servidores públicos, es decir que la actividad realizada derive de las facultades encomendadas, es decir se trata de evitar el comportamiento arbitrario de los servidores públicos, en especial de los policías, lo cual nos remite al problema de la racionalidad de los medios empleados, caso para el cual resulta válido lo dispuesto por la SCJN en materia de la legítima defensa.

D. *Consentimiento del ofendido*

El consentimiento del ofendido representa una causal de justificación plenamente reconocida por la doctrina, en tal sentido se le define como la posibilidad de sacrificar un bien jurídico sin que exista la posibilidad de fincar un reproche en contra del autor, pero derivada de aspectos como:

1. Que el bien jurídico sea disponible;
2. Que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y
3. Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo.

En cuanto al primer elemento debemos destacar el aspecto relativo a los bienes jurídicos disponibles, es dable mencionar que no todos los bienes jurídicos están disponibles. Esto en virtud de la existencia de ciertos bienes jurídicos de interés para la sociedad entera y pertenecen al ámbito del derecho público. Pero el carácter de bienes jurídicos deja de ser público

en la medida en que la ley autoriza su sacrificio, por lo general derechos del carácter de subjetivos y patrimoniales.

En oposición no son renunciables los derechos típicamente públicos o de naturaleza colectiva o social. Tampoco aquellos derechos personalísimos del sujeto como el derecho a la vida o a la integridad personal, etcétera.

En un claro reconocimiento de los criterios para distinguir la disponibilidad de los bienes jurídicos, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto en torno al consentimiento la siguiente jurisprudencia:

CONSENTIMIENTO DEL OFENDIDO. Es sabido que el consentimiento del titular del bien jurídico lesionado a virtud del proceso delictivo, siendo anterior o coetáneo a la acción, destruye la antijuridicidad o el tipo; es decir, si el pasivo de una conducta delictiva presta su consentimiento para que se realice ésta, no resulta afectado el bien jurídico que se tutela, siempre que el consentimiento recaiga sobre bienes jurídicos disponibles. El consentimiento destruye el tipo, esto es, impide que éste se integre, cuando en la descripción legal se consagra como elemento constitutivo del delito la ausencia del consentimiento por parte del titular. Ejemplo de esto último es el robo, y de lo primero el daño en propiedad ajena, en el cual se tutela el patrimonio de las personas, que es un bien jurídico disponible. En el caso, estando demostrado el consentimiento para que la destrucción de unos cuartos se llevara al cabo, no puede sostenerse que la conducta realizada por los quejosos sea antijurídica; no hay delito sin antijuridicidad y no puede imponerse pena cuando la conducta realizada no es antijurídica. *Scolari Llaguno Humberto y coag.*, pág. 1348, sala auxiliar, 22 de noviembre de 1954, 4 votos.³⁰⁵

En segundo lugar se establece como requisito que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, lo cual puede analizarse desde dos perspectivas, la primera que alude al bien jurídico respecto del cual se otorga el consentimiento que supone la ausencia de una limitación de dominio. Por ejemplo: en caso de que uno de los cónyuges disponga del patrimonio de la sociedad conyugal, implica la existencia del consentimiento de la otra parte. Por otro lado, se alude a la capacidad de goce y de ejercicio que debe ostentar el sujeto activo, es decir que tenga plena aptitud para resolver respecto del destino de sus bienes jurídicos. Por ejemplo: que no se trate de una persona menor de edad, o de otra que tenga limitada su capacidad de ejercicio, pues en tal virtud el consentimiento no se integra por estar viciado.

³⁰⁵ *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, primera sala, t. CXXII, p. 1348.

Finalmente, el último requisito alude a las maneras como puede manifestarse el consentimiento de las personas, el cual debe ser en principio de manera indubitable y en ausencia de vicios, con la excepción en el sentido de que si el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo, entonces se entiende como otorgado el consentimiento.

E. *Ejercicio de un derecho*

Esta causal consiste en la expresa autorización que existe para un sujeto de que realice una determinada conducta, no obstante que con ésta se lesione o ponga en peligro un determinado bien jurídico, en tal circunstancia el sujeto ejerce un derecho reconocido en la propia ley, y si al obrar realiza una conducta típica, ésta resulta plenamente justificada.

Los requisitos que la doctrina identifica para esta causal son:

- a. *la existencia de un derecho de parte de quien actúa, y*
- b. *el reconocimiento de dicho derecho por parte de una norma jurídica positiva.*

Los casos más comunes del ejercicio de un derecho son:

- a. *el derecho a corregir;*
- b. *offendicula;*
- c. *lesiones ocasionadas en tratamientos médico quirúrgicos, y*
- d. *lesiones ocasionadas en la práctica del deporte.*

a. *El derecho de corregir.* Se refiere al derecho de los ascendientes para corregir a sus descendientes, pero sujeto a los lineamientos que establece la propia ley.

b. *Offendicula.* Se refiere al derecho que tienen las personas de colocar ciertas protecciones a modo de defensas que sirven a los propietarios de inmuebles para proteger su patrimonio y propiedad, como es el caso de las cercas electrificadas, los vidrios en los muros y otros aditamentos.³⁰⁶

En torno a la *offendicula* algunos autores consideran que son actos que se encuadran dentro de la legítima defensa, sin embargo, se olvidan que las

³⁰⁶ Tulio Ruiz, Servio, *La estructura del delito*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 100 y ss.

actividades de protección se refieren a actos futuros. Finalmente, los medios que se utilicen para defender una propiedad deben ser proporcionales a bien jurídico protegido. Por ejemplo sería rechazable pretender custodiar un huerto frutal con armas automáticas apostadas dentro de él, o los linderos de una propiedad con una cerca electrificada al alcance de todos los transeúntes.

c. Lesiones ocasionadas en tratamientos médico quirúrgicos. El cumplimiento de un deber puede invocarse también en el caso de las lesiones ocasionadas en el ejercicio de tratamientos médico quirúrgicos, lo cual guarda justificación en virtud del propio reconocimiento que hace el Estado en torno a las diferentes profesiones médicas y a las intervenciones curativas y estéticas, o en virtud de que muchos tratamientos se aplican con el objetivo de evitarle al paciente un mal mayor.³⁰⁷

La justificación formal deriva de la autorización oficial; la material o de fondo, de la preponderancia de intereses; con esas intervenciones quirúrgicas se persigue un interés de más valía que el tutelado por la tipicidad prohibitiva,³⁰⁸ lo cual no riñe con la circunstancia de que en ciertos casos sea necesario el amputar un miembro, corregir una malformación o utilizar tratamientos agresivos en el cuerpo humano, siempre y cuando la finalidad sea salvar la vida o en su caso ampliar la expectativa de vida.

En cuanto al consentimiento, algunos consideran que es un requisito indispensable, sin embargo, no perdamos de vista que existen ciertos casos, en los cuales no es posible dadas las circunstancias solicitar al paciente o a un familiar su consentimiento y que no obstante que éste se exprese en ciertos casos tampoco resulta válido.

d. Lesiones ocasionadas en la práctica del deporte. En este caso encontramos cierta similitud con lo que sucede en el caso de los tratamientos médico quirúrgicos, en los que el Estado reconoce la existencia de ciertas profesiones, tratándose de la práctica del deporte no sólo reconoce su existencia, sino que promueve la celebración de actividades deportivas y acude en calidad de testigo o juez a las competencias, percibe los impuestos correspondientes. Es decir, en forma expresa o tácita expide la autorización correspondiente para la realización de los encuentros, por lo que la práctica es jurídica, salvo que se presenten excesos dolosos en la práctica.

307 González de la Vega, Francisco, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1958, p. 17.

308 Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, op. cit., p. 214.

e. La actividad periodística. El caso de los periodistas se ha debatido arduamente en los últimos años, sobre todo porque la función que desempeñan implica informar sobre acontecimientos, los cuales, en ocasiones, afectan a las personas. En este caso, se discute en torno a los límites del ejercicio de la libertad de prensa, al argumentarse que la ley los faculta para ello y confiere el derecho y el deber de informar objetivamente sobre la realidad, aun cuando dicha verdad pueda afectar el honor, la moral o el crédito que tenga la sociedad para una persona. Sin embargo, para invocar esta circunstancia es necesario que el periodista se sujete a los límites de la ley, de otra manera su comportamiento resulta plenamente punible.

El CPF plantea en el artículo 352 los supuestos bajos los que no procederá sanción alguna contra el reo de difamación ni de injuria, en tal sentido contempla en tres fracciones lo siguiente:

I. Al que manifieste técnicamente su parecer sobre alguna producción literaria, artística, científica o industrial;

II. Al que manifieste su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público, o que, con la debida reserva, lo hizo por humanidad, por prestar un servicio a persona con quien tenga parentesco o amistad, o dando informes que se le hubieren pedido, si no lo hiciera a sabiendas calumniosamente, y

III. Al autor de un escrito presentado o de un discurso pronunciado en los tribunales, pues si hiciera uso de alguna expresión difamatoria o injuriosa, los jueces, según la gravedad del caso, le aplicarán alguna de las correcciones disciplinarias de las que permita la ley.

7. EXCESO EN LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

En el caso de exceso en las causas de justificación, acorde con lo planteado en el artículo 16 del CPF, se impondrá la pena aplicable para el delito culposo, la cual en términos del artículo 60 del CPF puede llegar hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para los que la ley señale una pena específica. Además, se prevé la aplicación de la suspensión hasta de diez años, o privación de definitiva de derechos para ejercer profesión, oficio, autorización, licencia o permiso.