

CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGÍTIMA DEFENSA. ALGUNAS TENDENCIAS EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Por

LUIS FELIPE GUERRERO AGRIPINO*
Doctor en Derecho
Universidad de Salamanca

lfga@ugto.mx

Revista General de Derecho Penal 28 (2017)

RESUMEN: La legítima defensa constituye una de las instituciones jurídicas de mayor tradición en el desarrollo dogmático de la teoría del delito. Por varias décadas, su configuración interna ha tenido un aceptable consenso teórico. No obstante, en fechas recientes, en el sistema jurídico mexicano, dicha figura ha sido objeto del interés legislativo, lo cual ha propiciado reformas a algunos códigos penales del país, bajo la finalidad de ser más “efectivos” en la respuesta estatal al clamor generalizado de la inseguridad.

Esta tendencia legislativa, deriva contratiempos dogmáticos y garantistas, dignos de tomar en consideración.

PALABRAS CLAVE: Legítima Defensa, Derecho Penal del Enemigo, Legítima Defensa del enemigo o desproporcionada, Código Penal para el Estado de Guanajuato (México).

SUMARIO: Introducción. I. Aproximación a la sistemática de la legítima defensa. II. Tendencia legislativa en México. III. Derecho Penal del Enemigo y legítima defensa. III.1. Aspectos básicos del Derecho Penal del Enemigo. III.2. La legítima defensa del enemigo o desproporcionada. IV. Consideraciones finales.

ABSTRACT: The legitimate defense constitutes one of the most traditional legal institutions of the dogmatic development of crime theory. For many decades, its internal configurations has had an acceptable theoretic consense. However, nowadays, on the mexican legal system, such figure has been object of legislative interest, which has led to several reforms in the penal codes of our country, with the purpose of being a more “effective” state answer to the generalized insecurity’s demand.

This legislative tendence drifts to dogmatic and guarantee setbacks, valuable to take into consideration.

KEYWORDS: Legitimate Defence, Criminal Law for the Enemy, Legitimate defence of Enemy or disproportionately, Penal Code for the State of Guanajuato (Mexico).

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor titular del Departamento de Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato, México. Rector General de la Universidad de Guanajuato, México.

SUMMARY: Introduction. I. Phenomenological approach to the legitimate defence. II. Mexico legislative trends. III. Criminal Law for the Enemy and legitimate defence. III.1 Basic aspects of Criminal Law for the Enemy. III.2. Legitimate defence of Enemy or disproportionately. IV. Final consideration.

INTRODUCCIÓN

El ambiente de violencia e inseguridad que actualmente se vive en México ha propiciado la intensificación en el ejercicio del poder punitivo, misma que se verifica incrementando el quantum de la pena privativa de libertad y adelantando las barreras de punibilidad a comportamientos que se constituyen como meras manifestaciones o actos preparatorios para la ejecución del delito. Más aún, se ha venido conformando un Derecho penal de excepción dirigido a determinados sectores de la criminalidad, que dada su peligrosidad, no ofrecen la garantía cognitiva de conducirse conforme a la norma, y frente a ellos se reacciona con medidas que tienen a reducir sus derechos fundamentales en aras de garantizar la efectividad del *ius puniendi*. Con ello se pretende proteger efectivamente a los bienes jurídicos frente a aquellos ataques que revelen el menor signo de peligrosidad, aunque materialmente no se lesione o ponga en peligro los propios bienes jurídicos. Y es que existe un consenso en la mayoría de los estudiosos de la Dogmática Penal en considerar que la función primordial del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, de tal manera que los mismos no resulten lesionados ni con los delitos, ni con las penas.

Sin embargo, es evidente que esta rama del orden jurídico no cuenta (como tampoco ninguna de las demás ramas) con los mecanismos efectivos para evitar a toda costa la lesión a bienes jurídicos, pues si pretendiera garantizar ello tendría que limitar la libertad de los gobernados a niveles insostenibles que harían imposible la vida en sociedad. No obstante lo anterior, tradicionalmente los propios ordenamientos jurídicos penales han otorgado a sus destinatarios algunos instrumentos que permiten defender o salvaguardar bienes jurídicos frente a concretos ataques o situaciones que los ponen en peligro, autorizando con ello la lesión de otros bienes jurídicos. Me refiero a las denominadas causas de justificación, que al permitir la realización de comportamientos típicos, eliminan su antijuridicidad.

Dentro de las diversas causas de exclusión de la antijuridicidad, destaca por su elocuencia y por su profundo arraigo y aceptación en la consciencia colectiva, la *legítima defensa*, que exige para su verificación una serie de requisitos con los cuales se justifica su naturaleza como un medio efectivo para proteger bienes jurídicos y no como un recurso para la venganza o la lesión de bienes más allá de lo necesario para la defensa. Empero, recientes acontecimientos sociales en los que ha habido exceso en la legítima

defensa por parte de los agredidos, han puesto en la agenda de los legisladores penales el debate sobre la regulación efectiva de esta institución en los códigos penales, a grado tal que algunos ordenamientos penales -como en el caso del Código Penal para el Estado de Guanajuato- han sido reformados para descriminalizar tales excesos y con ello otorgar una licencia de cuestionable legitimidad para lesionar bienes jurídicos. Con ello se ha empezado a regular una nueva modalidad de legítima defensa, que tiene similitudes a la que ha denominado Omar Palermo como *legítima defensa del enemigo*, y cuya característica fundamental es su desproporción en relación con el ataque que pone en peligro el bien jurídico defendido.

En el presente trabajo analizaremos si dicha directriz constituye una correcta decisión político criminal o bien si solo es el resultado del ambiente de crispación que se vive en la actualidad ante una criminalidad cada vez más violenta y descontrolada. Para ello, partiremos de una aproximación a la naturaleza y efectos de la legítima defensa y de su regulación en el orden jurídico mexicano, que dado el amplio número de códigos penales, no es uniforme, concluyendo con la crítica a la reforma al Código Penal para el Estado de Guanajuato.

I. APROXIMACIÓN A LA SISTEMÁTICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa, consiste en que un determinado comportamiento, aun siendo típico, se encuentra justificado, dando lugar a que se excluya la actualización del delito y por ende de sanción alguna. Tradicionalmente, ha sido regulada en los diversos ordenamientos penales que siguen la tradición jurídica romano-germánica en diferentes términos aunque con los mismos elementos esenciales. Por tal, se entiende la actuación legítima por parte de un sujeto que con el ánimo de defender un bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro al repeler una agresión real, actual o inminente y antijurídica, siempre que exista la necesidad razonable del medio empleado para evitar dicha agresión y no hubiera existido provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o del defensor. En palabras de Francisco Pavón Vasconcelos, “es la *repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta, de la cual deriva un peligro inminente para los bienes tutelados por el derecho*”.¹

Así, identificamos cuatro elementos de esta institución jurídica: a) Actuar con ánimo de defender bienes jurídicos, requisito subjetivo que excluye la posibilidad de la legítima defensa en la riña y en los supuestos en los que exista el sólo ánimo de causar un daño a otro. b) Rechazar una agresión, entendiendo por tal un ataque a un bien o bienes

¹ Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manuel de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Editorial Porrúa, vigésima primera edición, México, 2012, p. 406.

jurídicos proveniente de un comportamiento humano, que lo pone en peligro. Esta agresión debe tener tres características: la primera es que sea real, por lo tanto que no sea producto de la imaginación del sujeto; ser actual o inminente, es decir, actualizarse en el mismo momento de la repulsa o bien que está a punto de darse en breve término; y sin derecho, es decir, antijurídica, lo que implica la imposibilidad de alegar legítima defensa frente a la misma. c) La necesidad razonable en el uso del medio empleado para rechazar la agresión, que es la exigencia de proporcionalidad, entendida no como igualdad en los medios empleados para el ataque y la repulsa, sino como el equilibrio entre ambos que evita el exceso en la legítima defensa. Esto es, existe proporcionalidad cuando el medio utilizado por el agredido o su defensor es el adecuado para rechazar el ataque del agresor. d) La ausencia de provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o su defensor, con lo cual no resulta procedente la legítima defensa frente al exceso en la misma.

La razón de ser de esta figura es que, en un contexto determinado, una persona, ante la agresión a bienes jurídicos propios o ajenos -dado que el poder público no está en posibilidades de brindarle protección- puede repeler la agresión, precisamente en defensa de dichos bienes jurídicos. Claus Roxin reconoce que los principios de autoprotección y de prevalencia del Derecho son los que sirven de base a la regulación legal de esta institución, pues todo mundo tiene derecho a defenderse de los ataques prohibidos de tal suerte que no se sufra ningún daño antijurídico y además el Derecho no tiene que ceder ante el injusto. Afirma Roxin que la “autoprotección y la prevalencia del Derecho encuentra sus límites comunes únicamente en el principio, rector de todo el ordenamiento jurídico, de la proporcionalidad, que conduce a la renuncia de la legítima defensa en los casos de absoluta desproporcionalidad de los bienes que están en conflicto (es decir, en los casos conocidos en que se infieren lesiones corporales graves para defenderse de daños de poca importancia, etcétera)”.² Con ello, clarifica Roxin, son tres en realidad los principios socio reguladores cuya combinación indica el camino a la dogmática en la legítima defensa.

II. TENDENCIA LEGISLATIVA EN MÉXICO

En México existen treinta y cinco ordenamientos jurídico penales: uno por cada entidad federativa, otro para la Ciudad de México, uno del orden federal y el Código de Justicia Militar, siendo que cada uno de ellos regula a la institución en comento con

² Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, segunda edición, segunda reimpresión, Hammurabi, Argentina, 2006, pp. 78 y 79.

diversos matices pero contemplando los elementos anteriormente mencionados. Fundamentalmente podríamos ubicar las siguientes categorías:

a) Los códigos penales que exigen una característica adicional a la agresión: que sea imprevista, es decir que el autor no haya podido preverla pues de ser así habría tenido la posibilidad de evitarla por otros medios.³ Esta característica ha sido desaparecida de la mayoría de los ordenamientos penales vigentes en México, pues se consideró que su exigencia podría invalidar verdaderas legítimas defensas.

b) Los códigos penales que además de la regulación legal contemplan algunos supuestos de presunción *iuris tantum* de legítima defensa⁴. Tal presunción opera, por regla general, cuando el agente causa un daño a quien trata de penetrar, sin derecho, a su hogar, al de su familia, a sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al lugar donde se encuentran bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación o bien cuando lo encuentre en algún lugar en circunstancias tales que revelen la probable agresión. Este tipo de legítima defensa ha sido denominada como *privilegiada* ya que el agredido no debe acreditar ni los elementos de la agresión ni la proporcionalidad de la repulsa. En todo caso correspondería al Ministerio Público desvirtuar la presunción y acreditar que la falta de alguno de los elementos de la legítima defensa.

c) Los códigos penales que contemplan una punibilidad específica para los casos de excesos en legítima defensa, la cual es atenuada con relación a la punibilidad contemplada para el tipo de que se trate y puede ser la aplicación de un porcentaje reducido del mínimo y máximo de la pena privativa de libertad,⁵ una pena privativa de libertad específica⁶ o bien se prevé la pena para el tipo culposo.⁷ Nos parece correcta la primera solución, pues la pena privativa específica puede

³ Éstos son los códigos penales de los estados de Aguascalientes, Jalisco, Nuevo León, Puebla, Zacatecas y el Código de Justicia Militar.

⁴ Éstos son el Código Penal Federal, el de la Ciudad de México y los de los estados de Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

⁵ Tales códigos son el Penal Federal, el de la Ciudad de México y los de los estados de Baja California Sur, Chiapas, Coahuila, Colima, Durango, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Nuevo León, Tlaxcala, Yucatán y Zacatecas.

⁶ Son los códigos penales de los estados de Jalisco, Estado de México, Querétaro y Sonora.

⁷ Estos son los códigos penales de Oaxaca, Puebla, Sinaloa, Tamaulipas y el Código de Justicia Militar.

ser desproporcionada, según el daño que se haya causado y porque el exceso puede ser un comportamiento doloso y no culposo.

d) Los códigos penales que contemplan un supuesto de legítima defensa desproporcionada a la que identificamos como propia de un Derecho Penal del Enemigo. A continuación haremos referencia a dichos artículos de forma particular, en virtud que es la materia del presente artículo.

III. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LEGÍTIMA DEFENSA

Identificamos en México tres ordenamientos jurídicos penales que regulan una especie de legítima defensa que se caracteriza por no exigir el requisito de proporcionalidad a que hicimos referencia en el primer apartado de este artículo. Por ser el objeto de este trabajo la regulación contenida en el Código Penal para el Estado de Guanajuato, centraremos nuestro estudio en la reciente reforma que regula esta diversa excluyente de responsabilidad, aunque desde luego haremos referencia a los otros ordenamientos. Previo al análisis, haremos referencia a algunos de los conceptos básicos del Derecho Penal del Enemigo y los puntos de encuentro que tiene con la institución en estudio.

III. 1. Aspectos básicos del Derecho Penal del enemigo

En el año de 1985 Günther Jakobs presenta una ponencia en el Congreso de penalistas de Frankfurt a la que denomina *Criminalización en el estadio previo a la lesión al bien jurídico*. En la misma evidencia una realidad normativa vigente en todos los códigos penales de las modernas democracias occidentales: en algunos casos el legislador adelanta las barreras punitivas a estadios previos a la lesión a un bien jurídico frente a comportamientos en los que el sujeto es considerado como fuente de peligro o enemigo del bien jurídico.⁸ Frente a este tipo de derecho penal, Jakobs identifica otro, en el que el legislador trata a los autores como ciudadanos, al criminalizarlos una vez que se ha comenzado la ejecución del hecho punible, y por ello encuentra dos polos o tendencias en el mismo ordenamiento penal: el derecho penal del enemigo que optimiza las esferas de protección y el derecho penal del ciudadano que optimiza las esferas de libertad.⁹ La justificación que encuentra Jakobs para esta anticipación consiste no en la criminalización de actos preparatorios (respecto de normas protectoras de determinados

⁸ Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, Editorial Civitas, 1997, p. 294.

⁹ Idem, pp.295-298.

bienes jurídicos, a las que él llama principales), que no puede ser legitimada, sino en la lesión de una norma de flaqueo, cuyo objeto es garantizar la vigencia de las normas principales.

Estas consideraciones han sido retomadas en diversos trabajos del propio Jakobs, en los que reconoce que el enemigo es quien, al haber abandonado el Derecho de forma duradera, no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal. Por ende, el enemigo no es persona y frente a él sólo hay coacción pues se le combate a través de una legislación de lucha¹⁰. Mientras que la pena en el Derecho Penal del Ciudadano tiene un carácter simbólico al contradecir el comportamiento del sujeto, en el Derecho Penal del Enemigo, es mera coacción.

Omar Palermo ha identificado rasgos comunes del Derecho Penal del Enemigo con la Legítima Defensa: el enemigo es un individuo que no ofrece garantía cognitiva alguna que respetará el orden jurídico; por su parte, el agresor que se dispone a lesionar los bienes del agredido no respetará el derecho subjetivo de éste último. El enemigo es una fuente de peligro al que se combate mediante la pura coacción física; el agresor es también un peligro que debe combatirse mediante la acción defensiva. El Derecho Penal del Enemigo responsabiliza al autor antes de que comience la tentativa de un delito; del mismo modo, el derecho a la legítima defensa no precisa de la ejecución de la agresión, basta con que ésta última sea inminente para que tenga el agredido el derecho a defenderse. Finalmente, reconoce que el agresor sufre una pérdida de derechos, pues sus bienes ya no merecen protección jurídica, siendo excluido como persona en la concreta situación de necesidad; el enemigo tampoco pertenece al sistema, sino al entorno, por lo que resulta excluido del orden social¹¹.

No obstante lo anterior, el autor antes referido estima que en el caso de la legítima defensa, el agresor no debe considerarse como un enemigo, pues ello implicaría “la consideración formal del agresor como sujeto de Derecho fundamenta los límites de la acción defensiva: sólo está justificada una defensa racional cuando el agredido no tiene a disposición un medio menos lesivos para los interés del agresor. En ello radica la diferencia fundamental entre el agresor y el enemigo: el agresor tiene derecho a reclamar un mínimo de solidaridad porque conservar siempre su calidad de ciudadano”.¹² Y es

¹⁰ Jakobs, Günther, “La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente”, en *Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados*, traducción de Teresa Manso Porto, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 733.

¹¹ Palermo, Omar, “La legítima defensa: ¿Reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?”, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coordinadores), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, volumen 2, pp. 437-439.

¹² Idem, p. 443.

que a decir del propio Palermo, si se considera que el agresor es persona en Derecho se tendrán más elementos para fundar los límites y los alcances de la legítima defensa, pues si consideramos que el agresor es un excluido que no tiene derecho a nada, tampoco tiene deber y por ello estaría en perfectas condiciones de repeler la defensa. Por eso, su conclusión es contundente “sólo entre ‘iguales’ se puede dar una situación de legítima defensa”.¹³ Por nuestra parte coincidimos con esta última postura: el agresor no pierde su personalidad pues la defensa debe estar limitada a la protección efectiva de bienes jurídicos y sólo así se justifica su necesidad. Todo lo que esté más allá de esta necesidad debe considerarse ilegítimo y por ende punible.

No obstante lo anterior, el planteamiento de Palermo toma un cariz diferente si lo analizamos a la luz de las recientes modificaciones que ha presentado la legítima defensa en algunos ordenamientos penales mexicanos, en donde se legitima la desproporción de la repulsa y por lo que pareciera que efectivamente el agresor es tratado como un enemigo frente al cual la reacción puede ser ilimitada. En el siguiente apartado analizaremos las normas a que nos referimos.

III. 2. La legítima defensa del enemigo o desproporcionada

La situación de inseguridad que actualmente se vive México ha llevado a los miembros de la sociedad a exigir del Estado una intensificación del aparato punitivo que se traduzca en mayor eficacia frente a la lucha contra la delincuencia. A pesar de que esta intensificación puede apreciarse con una simple lectura de los ordenamientos punitivos del país, la realidad demuestra que los resultados son poco alentadores: la violencia social y la delincuencia han aumentado significativamente y la impunidad sigue siendo el mayor lastre al que se enfrentan las autoridades, por lo que las víctimas del delito han tomado en algunos casos concretos, un comportamiento vindicativo frente a sus agresores, más allá de los límites contemplados por la legítima defensa, por lo que esta causa de justificación ha adquirido cierto protagonismo en la agenda pública actual, al grado tal que encontramos tres códigos penales que en México han reformado la regulación de la Legítima Defensa para excluir de responsabilidad a las víctimas que se exceden en la misma.

El 17 de mayo de 2013 se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Coahuila de Zaragoza una reforma a diversos artículos del Código Penal de Coahuila, y en la que destaca, para los efectos de nuestro análisis, la reforma a su Artículo 60, que prevé un tipo de legítima defensa a la que denomina privilegiada y que regula en los siguientes términos:

¹³ Idem, pp. 471-472.

“También se considerará que obra en defensa legítima, quien cause cualquier daño a quien sin derecho y por cualquier medio que apareje peligro para quien lo causa o para terceros, penetre o revele la posibilidad de penetrar al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, su familia o cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios, o bien ajenos respecto de los que tenga la misma obligación.

Lo previsto en este artículo también será aplicable a favor de quien sorprenda a un extraño o éste lo sorprenda dentro de uno de los lugares mencionados en el párrafo precedente, si la conducta del extraño o el objeto que él porte representan peligro para quien sorprende o es sorprendido, o para cualquiera de las personas señaladas en el párrafo anterior”.

Como se aprecia, la hipótesis contenida en este artículo, es la prevista por lo ordenamientos penales que prevén la presunción de legítima defensa, con la diferencia que en el presente caso no es una presunción que acepte prueba en contrario, sino un supuesto de exclusión de la responsabilidad sin la necesidad de acreditar los elementos de la legítima defensa, pues la expresión utilizada por el legislador coahuilense es que *se considerará que obra en legítima defensa*, no que *se presumirá que obra en legítima defensa*. Basta con que se dé la hipótesis normativa para que opera a favor del agredido la excluyente de responsabilidad. Es de destacar, que el supuesto normativo en estudio habla de la causación de cualquier daño, sin importar si el mismo resulta proporcional a la agresión repelida por quien se defiende.

No obstante lo anterior, llama la atención lo contenido en el artículo 62 del propio Código Penal en estudio, pues en él se contempla una sanción, atenuada, para quien se exceda en los límites de la Legítima defensa de la siguiente manera:

“Se impondrá desde treinta días de pena de prisión y multa, hasta dos tercios del máximo de las penas y medidas de seguridad que correspondan al tipo penal de que se trate:

A quien concrete un tipo penal excediéndose en la defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, obediencia jerárquica, o práctica de un deporte.

Hay exceso cuando la conducta del agente tenga un inicio lícito, pero éste haga más de lo que sea necesario, según lo permitido en la causa de licitud de que se trate. No operará la atenuación legal, cuando sea aberrante el exceso, o lo sea la lesividad del

mismo frente a los bienes que se pretendía salvaguardar o, en su caso, ante la lesividad que representaba la agresión.

Cuando el exceso sea minúsculo, o la lesión ocasionada en virtud de él sea apenas significativa, el juzgador orientará hacia al mínimo la pena de prisión, y si aún la considera innecesaria, la conmutará por un sustitutivo, que no podrá durar más tiempo del que duraría la pena de prisión si esta se impusiera.

Para cualquier efecto legal, el juzgador valorará el daño tomando en cuenta, en lo posible, solo la lesión ocasionada en virtud del exceso, y en su caso, atemperará la sanción que corresponda, según el comportamiento ilícito de quien dio lugar a la conducta de quien luego se excedió”.

Por nuestra parte estimamos que no nos encontramos ante un caso de concurrencia de normas incompatibles entre sí, ya que el supuesto de la legítima defensa privilegiada no presenta límites como el caso de la legítima defensa contenida en la fracción II del artículo 59 del propio Código Penal de Coahuila¹⁴, razón por la cual el exceso previsto en el artículo 62 antes citado resulta aplicable a este último supuesto de legítima defensa pero no a la hipótesis normativa prevista en el artículo 60.

Por su parte, el 28 de junio de 2017 se publicó en el Periódico Oficial de Nuevo León, una reforma al Artículo 17 del Código Penal para el Estado de Nuevo León, por virtud de la cual se modificó la regulación de la presunción de legítima defensa, con el propósito de otorgar este beneficio a quien causare cualquier daño, lesión o prive de la vida a otro que encontrare en su hogar, o en donde se encuentren su familia o bienes, y el intruso ejerza violencia sobre las personas o cosas que se encontraren en dichos lugares, pues la presunción solo hacía referencia a *daño*. En la exposición de motivos de la iniciativa respectiva -que fue retomada por el Dictamen de la reforma aprobada y publicada en el Periódico Oficial del Estado- se habló de la necesidad de ampliar los alcances de la presunción de legítima defensa, pues en la hipótesis normativa se contemplaba el causar un daño pero podría presentarse el caso que al defender a personas frente ataques provenientes de alguien que irrumpiera en el hogar, se le causara lesiones o inclusive perdiera la vida accidentalmente por algún golpe en el forcejeo y que frente a tales

¹⁴ En la parte que interesa, el mencionado artículo señala: “Habrá causa de licitud que excluye el delito: II. (Defensa legítima). Cuando se repela una agresión antijurídica, actual o inminente, a bienes jurídicos propios o ajenos, siempre y cuando sea necesaria la defensa de que se trate, porque no existan al alcance medios menos lesivos o no lesivos que permitan rechazar o impedir la agresión, y no haya disparidad aberrante entre la lesividad de la repulsión y la implicada por la agresión; además, respecto de la misma no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de quien aparente su defensa. El agredido podrá defenderse legítimamente si no acordó la provocación con quien la realiza y luego aparenta defenderlo. Asimismo, se estimará que hay defensa legítima, si el agredido lesiona a quien lo agredió antijurídicamente, si aún hay peligro de que la agresión se reanude enseguida de repelerla y respecto de aquella conducta se cumplan los demás requisitos de dicha causa de licitud”.

circunstancias no se estaba protegido jurídicamente por la presunción en análisis, por lo que era necesario tal reforma para dar protección a la seguridad de las familias para que se evitaran injusticias hacia personas que solo buscan defenderse y salvar su vida o la de sus seres queridos ante un inminente ataque.

A diferencia de la reforma al Código Penal de Coahuila arriba estudiada, consideramos que es más afortunada esta redacción de legítima defensa privilegiada, pues implica una presunción que puede ser desvirtuada. Es decir, el legislador neoleonés consideró que las circunstancias del hecho señaladas en el supuesto normativo llevan a presumir un peligro implícito por virtud de los cuales se prescinde de exigir la prueba de la necesidad de la defensa y la racionalidad de los medios empleados, sin que ello sea impedimento para que el órgano persecutor desvirtúe esta presunción y acredite el exceso en la legítima defensa.

Finalmente, el 14 de julio de 2017 fue publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato, una reforma al artículo 33 del Código penal del Estado de Guanajuato, para adicionar una nueva excluyente de responsabilidad, consistente en una variante de la legítima defensa cuyo rasgo esencial es prescindir de la proporcionalidad de la repulsa cuando la agresión se realice contra agresión por intrusión ilegítima a casa habitación. La reforma quedó en los siguientes términos:

“Artículo 33. El delito se excluye cuando:

I a X...

XI. Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima por intrusión actual a casa habitación”.

Como se puede apreciar, el elemento de la agresión ilegítima y actual permanece. La diferencia está en que en este caso cuando suceda en el interior de una casa habitación, no es necesario hacer valoración alguna en cuanto a que si la repulsa es proporcional o no. Puede ser incluso absolutamente desmedida. Por ejemplo, si la agresión es por parte de un menor de edad, desarmado, si sucede en el domicilio la repulsa puede ser con un arma de alto impacto -inclusive si la repulsa se realiza con una arma de la cual no se tenga el permiso respectivo, pues se actualizaría la legítima defensa, pero no se excluye la realización del tipo específico derivado de la portación de dicha arma-, entre otras circunstancias que evidencien una desproporción en el rechazo a la agresión. Desde nuestra perspectiva, el trato que le da el legislador al agresor es el de un enemigo del bien jurídico, frente al cual todo es válido, lo que representa un ataque al Derecho Penal propio de un Estado Constitucional.

Desde luego identificamos otros aspectos controvertidos e igualmente controversiales. El primero de ellos es si la aparente defensa se da ante un error, dado

que no se trataba de una agresión real. Consideramos que no se actualiza ningún supuesto de legítima defensa, pero el delito se puede excluir si se dan los elementos del inciso b) de la fracción VIII del artículo 33 (lo que técnicamente se conoce como error de prohibición indirecto).

Es de destacarse, que la reforma contempla una referencia de lugar necesaria para la actualización de la hipótesis normativa, de tal manera que si la repulsa se da en un domicilio diverso a casa habitación o incluso en el exterior de la misma, no se actualiza la legítima defensa específica regulada en la fracción adicionada mediante la reforma. Se tendrían que aplicar los elementos de la legítima defensa *in genere* regulada en la fracción V del propio artículo 33¹⁵.

Ahora bien, es posible que existan asuntos en proceso respecto de hechos acontecidos previo a la reforma y en los que se actualizaron los elementos de la nueva hipótesis de legítima defensa -incluso fueron algunos hechos reales acontecidos en Guanajuato los que motivaron la reforma-. Consideramos que si es posible la aplicación retroactiva si aún no existe sentencia ejecutoria firme, pues si el caso se encuentra en la fase de ejecución, se aprecia imposible, dado que implicaría un análisis integral de todo el caso. No se trata de una aplicación en automático de los elementos diferenciadores de la fracción adicionada, pues podría dejar en estado de indefensión al sujeto activo emisor de la agresión ilegítima.

Un aspecto fundamental que se debe tomar en consideración es la valoración desde la perspectiva de derechos humanos. Aunque en estricto sentido se trata de otorgar más protección a las personas que sufren agresiones en los términos aludidos, el juzgador debe analizar con sumo cuidado cada uno de los elementos, a fin de evitar un exceso o abuso de esta modalidad o de una aplicación incorrecta que resulte contraproducente.

Por ello no es de extrañar que la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en adelante CNDH), a través de su Presidente, presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una acción de inconstitucionalidad contra ésta última reforma analizada. Dicha acción esgrime sustancialmente los siguientes aspectos: la adición de la fracción XI al artículo 33 del Código penal del Estado de Guanajuato establece una redacción penal abierta, transgrediendo los derechos de seguridad jurídica y el principio de

¹⁵ Señala tal disposición:

“Artículo 33. El delito se excluye cuando:

I a IV...

V. Se obre en defensa de bienes jurídicos, propios o ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente, siempre que exista la necesidad razonable de la defensa empleada para repelarla o impedirarla”.

legalidad en materia penal en su vertiente de taxatividad, dando lugar a la violación de otros derechos como la integridad persona y la vida.

De igual forma, la CNDH considera que la norma carece de delimitantes específicos que permitan definir los alcances de su composición, destacando que se faculta la permisión de actuaciones desproporcionadas entre la repulsa y la agresión, fuera de los límites de racionalidad, proporcionalidad y necesidad que regulan la legítima defensa, permitiendo el uso excesivo de la misma.

Para arribar a esta conclusión, la accionante realiza en primer lugar el análisis relativo a la proporcionalidad y para ello aplica el test de proporcionalidad en materia de derechos humanos en términos de la metodología seguida por la propia Suprema Corte en diversas resoluciones, señalando que la medida legislativa persigue un fin constitucionalmente válido pues pretende salvaguardar los bienes e integridad de las personas en sus hogares ante la intromisión ilegítima de una persona; es también idónea pues mediante la legítima defensa se salvaguardan los bienes jurídicos que se pretenden proteger; es necesaria pues en el caso concreto de una agresión ilegítima no existen otras medidas alternativas que tengan igual eficacia y rapidez por la probabilidad de afectación de los bienes jurídicos que se pretenden proteger; sin embargo, resultad desproporcional al no limitar en modo alguna la legítima defensa, por lo que la afectación que se provoca a los derechos de seguridad jurídica, legalidad, y consecuentemente a la integridad y a la vida de la persona resulta de un grado mayor que la realización del fin que se persigue.

En cuanto al análisis de la necesidad de le legítima defesa, la CNDH refiere que la actuación del agredido es necesaria precisamente cuando la agresión es inevitable, cuestión que no es contemplada por el Código Penal para el Estado de Guanajuato, ya que la redacción de la fracción impugnada no delimita los requisitos de inevitabilidad de la agresión, lo que devendría en un exceso innecesario de la legítima defensa.

Finalmente, en cuanto a la racionalidad, la acción de inconstitucionalidad plantea que ello tiene que ver con los medios empleados para rechazar la agresión y que está interrelacionada con la proporcionalidad. Por lo anterior, se concluye que la norma impugnada permite un exceso en la legítima defensa posibilitando la vulneración de derechos, pues la norma permite que la repulsa cause cualquier daño, lesión o privación de la vida, pudiendo ser actos excesivos que quedarían en la impunidad.

Por nuestra parte coincidimos esencialmente con el concepto de invalidez planteado por la CNDH, pues como lo señalamos líneas arriba, la hipótesis normativa excluye de responsabilidad penal el exceso de legítima defensa, lo que representa una inadecuada respuesta político criminal al tolerar la venganza privada y reacciones desproporcionadas ante agresiones ilegítimas.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Ante un comportamiento aparentemente delictivo, se deben analizar todos y cada uno de los elementos que se requieren para que sea delictivo y las causas que los excluyen. La Legítima Defensa es solo una modalidad de las causas de exclusión del delito, no es la única. Asimismo, no hay que perder de vista que la técnica jurídica -en este caso, la teoría del delito- es una vía propicia para proteger derechos humanos. Ambas referencias cobran sentido en contraposición a la tendencia de pretender regular una diversidad de supuestos en los códigos penales, mismos que podrán estar inspiradas en buenas intenciones, pero ello no es suficiente tratándose de la regulación de un fenómeno tan complejo como la criminalidad. El capítulo no está del todo cerrado, veremos qué resuelve la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

BIBLIOGRAFÍA

Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid Ediciones, Editorial Civitas, 1997.

- "La ciencia del Derecho Penal ante las exigencias del presente", en *Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados*, traducción de Teresa Manso Porto, México, Editorial Porrúa, 2002, p. 733.

Palermo, Omar, "La legítima defensa: ¿Reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?", en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coordinadores), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006, volumen 2.

Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manuel de Derecho Penal Mexicano. Parte General*, Editorial Porrúa, vigésima primera edición, México, 2012.

Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, segunda edición, segunda reimpresión, Hammurabi, Argentina, 2006.

Documentos de consulta

Código Penal del Estado de Coahuila.

Código Penal del Estado de Guanajuato.

Código Penal del Estado de Nuevo León.

Demanda de acción de inconstitucionalidad promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra del Artículo 33, fracción XI del Código Penal del Estado de Guanajuato.

Dictamen 10390 de la Comisión de Justicia y Seguridad Pública del H. Congreso del Estado de Nuevo León.

Dictamen de la Comisión de Justicia del H. Congreso del Estado de Guanajuato relativo a la iniciativa de adición de un artículo 34 bis al Código Penal del Estado de Guanajuato de fecha 28 de junio de 2017.