



UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO

CAMPUS GUANAJUATO

DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA Y GOBIERNO

DEPARTAMENTO DE DERECHO

**“LA LEGÍTIMA DEFENSA EN UN ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO: UN ANÁLISIS A LA PROBLEMÁTICA
ACTUAL EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA”**

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN CIENCIAS JURÍDICO PENALES,

PRESENTA:

SERGIO ABDÓN MONTES LOERA

DIRECTOR:

DR. LEANDRO EDUARDO ASTRAIN BAÑUELOS

GUANAJUATO, JUNIO, 2019

“Cuando encuentres Sancho, en pugna la Ley y la Justicia, inclínate por la Justicia”

Miguel de Cervantes Saavedra

A DIOS...

A mis padres Sergio Montes y Yolanda Loera, por su amor y apoyo incondicional,

Por ser mi ejemplo a seguir,

GRACIAS TOTALES...

*A mis hermanos Lair, Javier y Jorge, por siempre estar a mi lado en los momentos
buenos, pero sobre todo en los difíciles...*

*A Lety, a Regina y a Pakal, por transmitir su alegría a la casa, siempre contarán
conmigo...*

*A mis profesores Leandro Astrain, Gerardo Arzola, Alfredo Muñoz, Javier Gómez, Julio
César Kala, Luis Felipe Guerrero Agripino, por contagiarme del amor al Derecho penal,
a los Derechos humanos y a la academia,*

GRACIAS POR HACER DE MÍ UN MEJOR ESTUDIANTE...

A Fernanda Pedroza, por ser mi compañera jurídica y de aventuras,

Gracias por permitirme aprenderte y ayudarme a ser una mejor persona cada día,

Esta aventura no hubiese sido igual sin ti,

GRACIAS INFINITAS...

“La batalla en defensa del garantismo es, pues, siempre, a pesar de las solemnes declaraciones de principio no siempre confortadas por los hechos, una batalla de minorías”

Noberto Bobbio*

* Noberto Bobbio, en Ferrajoli, Luigi (2016), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andres Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino y Juan Terradillos Basoco, 10ma. Edición, Madrid, Trotta, p. 15.

Índice

INTRODUCCIÓN	6
Capítulo I. El Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.....	8
1.1 Consideraciones Previas.....	9
1.2 El Derecho penal	10
1.3 El Sistema Penal como un Instrumento de Control Social.....	11
1.4 Fin y Función del Derecho Penal	13
1.5 La Evolución del Derecho penal a través de la configuración del Estado	16
1.5.1 Estado Monárquico	16
1.5.2 Estado Liberal	17
1.5.3 Estado Social.....	18
1.5.4 Estado Social y Democrático de Derecho	19
1.6 El Garantismo Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho	21
1.6.1 Principios rectores en el Derecho penal	25
1.7 ¿México es un Estado Social y Democrático de Derecho?	34
Capítulo II. Aspectos Fundamentales de la Legítima Defensa.....	39
2.1 Consideraciones Previas.....	40
2.2 Concepción de la Legítima Defensa.....	41
2.3 Fundamento.....	42
2.3.1 Ánimo de auto-conservación.....	42
2.3.2 Falta de Protección Estatal	43
2.3.3 Fundamentación Dual	44
2.4 Naturaleza	45
2.5 Elementos.....	45
2.5.1 Agresión	46
2.5.2 Defensa.....	48
2.6 Modalidades de la legítima defensa	50

2.6.1 Legítima Defensa Privilegiada	50
2.6.2 Defensa putativa	51
2.7 Exceso en la defensa	51
2.7.1 Exceso intensivo.....	52
2.7.2 Exceso extensivo	52
Capítulo III. La Legítima Defensa desde la Perspectiva de los Derechos Humanos.....	54
3.1 Consideraciones Previas.....	55
3.2 El Derecho a la Defensa	57
3.3 Principios y Derechos que Pueden ser Afectados mediante una Supuesta Legítima Defensa	58
3.3.1 Violación a los principios de seguridad jurídica y de legalidad	59
3.3.2 Violación a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad	61
3.3.4 Vulneración al Derecho de la vida y al de integridad física.....	63
Capítulo IV. La Problemática Actual de la Legítima Defensa en la Legislación Mexicana.	66
4.1 Consideraciones Previas.....	67
4.2 Reforma al Artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato	69
4.2.1 Reforma materializada	69
4.2.2 ¿Qué sucede con este tipo de reformas?.....	70
4.2.3 Acción de inconstitucionalidad	73
4.3 La Legítima defensa en los Estados de Coahuila y Nuevo León	74
REFLEXIONES FINALES	78
BIBLIOGRAFÍA	80
JURISPRUDENCIA Y SENTENCIAS	86
LEGISLACIÓN	88
OTROS DOCUMENTOS DE CONSULTA.....	89

INTRODUCCIÓN

La legítima defensa, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, constituye una de las instituciones jurídico-penal más importantes para la sociedad, sin embargo, tras el incremento excesivo de la inseguridad en el Estado mexicano y el desconocimiento de la dogmática jurídico-penal por parte del legislador, ha originado que se busque la solución de dicha problemática a través de la presente figura dogmática.

Lo anterior ha ocasionado reinterpretar los elementos esenciales que configuran a la legítima defensa, dejando de lado requisitos fundamentales que eran necesarios para su actualización como la racionalidad de la defensa y los límites a ella, ocasionando mayores problemáticas, en virtud a la violación de diversos principios fundamentales de todo Estado Social y Democrático de Derecho, y por consecuencia de todo ciudadano.

La promulgación de diversas reformas a las legislaciones penales mexicanas, han despertado la preocupación de un sector de la academia, pues con la emisión de preceptos legales de manera abierta o indeterminada, sin la imposición de sanción alguna por un posible exceso en la eximente, surgen los cuestionamientos: ¿Estamos ante una nueva forma de legítima defensa? ¿Esta concepción es violatoria de derechos humanos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho? ¿Será esta la solución a disminuir la problemática de la delincuencia que se presenta en la sociedad mexicana?

Por lo anterior, en el presente trabajo se tendrá como objetivo estudiar la institución dogmática de la legítima defensa a la luz de los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho, así como la tendencia actual que se ha suscitado en nuestro Estado mexicano, con la promulgación de diversos preceptos legales que pretender

regularla, sin el establecimiento de requisitos esenciales, que permiten ajustar su utilización dentro de la sociedad, lo que podrá originar la violación a ciertos derechos fundamentales con los que cuenta el ciudadano.

En el primer capítulo, se abordará la evolución y construcción teórico-filosófica del Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho, y lo que se ha denominado como “garantismo penal”, en el cual se han establecido los principios rectores mínimos por los que debe de velar el Estado y sus instituciones, poniendo como eje central la dignidad humana de todas y todos los individuos que conforman a la comunidad.

En el segundo capítulo, se analizará la institución jurídica de la legítima defensa como tal, su fundamento, naturaleza y elementos esenciales que la deben de conformar para su actualización en alguna situación en específico, así como las consecuencias que se puedan dar cuando esta eximente se utilice de manera desmedida, o bien, no exista la necesidad para utilizarla.

En el tercer capítulo, se precisará la legítima defensa desde la perspectiva de los derechos humanos, la necesidad del porque se deben de cumplir cada uno de los elementos que la constituyen –y que se abordaron en el segundo capítulo-, y los principios y derechos que se vulneran por la fabricación de preceptos legales indeterminados que regulen a la eximente, o por su aplicación excesiva.

Finalmente, en el cuarto capítulo se estudiará la problemática que se ha presentado en los últimos años por la fabricación de preceptos legales en el Estado mexicano, que regulan a la legítima defensa sin contemplar elementos fundamentales como la racionalidad, necesidad o proporcionalidad, tal es el ejemplo, de la reforma al artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato.

Capítulo I. El Derecho penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

1.1 Consideraciones Previas

Hablar de Derecho penal –como un instrumento del Estado para el control social- conlleva analizar el tipo de Estado en el que se configure este, pues indudablemente dependerá de los cimientos estatales para adoptar características específicas, que permitan cumplir con la función y finalidad para el cual ha sido instaurado este en determinada sociedad.

Bajo este tenor, podemos decir, que si nos constituimos ante un Estado de corte totalitario, encontraremos que el Derecho penal que se profese, no contará con límite alguno, buscando exteriorizar, en todo momento, un control social absoluto, basándose únicamente en la decisión de quien lo preside, sin tomar en cuenta a la sociedad. Como lo señala Moreno Hernández *quien tome las decisiones políticas puede también caracterizar como delictivas no solo a la conducta que se le antoje sino incluso llegar al extremo de convertir en delito otros fenómenos con los que la conducta humana no tiene que ver*¹.

En un sentido contrario, si nos colocamos en presencia de un Estado de corte liberal, el Derecho penal, buscará cumplir su objetivo respetando a todas luces los derechos humanos de cada persona integrante de la sociedad, lo que concluye en la necesidad de instaurar ciertos límites que el Estado *deberá hacer prevalecer en la construcción del discurso jurídico-penal*².

Es por ello, que en el presente capítulo, se tenga por objetivo dar a conocer al lector, las diversas acepciones de Derecho penal, su fin y función de éste, atendiendo a los diversos tipos de Estado en los que se ha construido, pasando desde un Estado monárquico, hasta la instauración de lo que hoy conocemos como un Estado Social y Democrático de Derecho, haciendo referencia a los límites que se derivan de este último, los cuales el Estado mexicano³ en todo momento debe de respetar, pues como veremos más adelante México es –o por lo menos pretende ser- un Estado Constitucional de Derecho.

¹ MORENO HERNÁNDEZ, Moisés en GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (Coords., 2008), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, edisofer, t. I, p. 500.

² GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, (2017), *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, México, CNDH, p. 127.

³ Cabe aclarar al lector, que en la presente investigación se utilizará de una manera indistinta, como sinónimos, el Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho, ya que, dentro de la doctrina estos se toman como iguales.

1.2 El Derecho penal

Resulta fundamental, para la presente investigación, tomar como punto de partida la explicación de lo que es el Derecho penal, ya que, sin el entendimiento de este, resultaría ambiguo lo expresado a lo largo del cuerpo del trabajo.

Ahora bien, es preciso señalar, que dentro de la doctrina jurídico-penal podemos encontrar un sinnúmero de acepciones, ya sean similares o diferentes. Es por ello, que, dentro de las siguientes líneas únicamente se atenderán unos cuantos conceptos, los cuales consideramos, expresan el sentido y la naturaleza de la presente investigación científica.

Bajo este contexto, Polaino Navarrete, señala que por Derecho penal se debe de entender como:

El conjunto de normas jurídicas que, constituyendo la última ratio del Ordenamiento positivo, ante la insuficiencia de otros medios menos drásticos de tutela normativa de bienes jurídicos frente a la lesión o puesta en peligro de los mismos, describen como delitos y faltas determinadas acciones humanas y las conminan legalmente con una pena (si el autor de la infracción penal es culpable), o con una medida de seguridad (si el autor del injusto típico es criminalmente peligroso pero no imputable), o bien con una pena y una medida de seguridad (si el sujeto es culpable y peligroso), con el fin de prevenir la comisión de futuros delitos y de mantener la vigencia de la norma⁴.

Por su parte Mezger menciona en su obra Derecho penal, parte general que *el Derecho penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido o para la prevención de delitos futuros⁵.*

El loable autor alemán Roxin, afirma, en su obra *Derecho penal, parte general, tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, que: *El derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección⁶.*

⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel (2004), *Derecho penal, modernas bases dogmáticas*, España, Jurídica Grijley, p. 309.

⁵ MEZGER, Edmund (1990), *Derecho penal, parte general*, 2da. edición, México, Cardenas editor y distribuidor, p. 27.

⁶ ROXIN, Claus (2008), *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García, Javier de Vicente Remesal, 2da. ed., Madrid, Thomson Reuters, t. I, p. 41.

El concepto de Derecho penal, a su vez, se debe entender en dos sentidos distintos: en sentido objetivo y en sentido subjetivo. El primero entenderá al derecho penal como el conjunto de normas que regulan la específica parcela del comportamiento humano propia de su disciplina; y el segundo, concebirá al derecho penal como aquella facultad del Estado de dictar y aplicar dichas normas, prohibiendo las conductas que el legislador ha considerado contrarias a derecho⁷.

En este sentido, realizando una reconstrucción del significado de Derecho penal, dentro de la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho penal se entenderá como aquel conjunto o sistema de preceptos jurídicos que se encargan de regular los presupuestos de la conducta de la persona que ha sido diseñada por el legislador -atendiendo en todo momento a los derechos humanos con los que está dotado cada persona- (Derecho penal objetivo), posibilitando al Estado para la imposición de penas o medidas de seguridad, siempre y cuando no exista un medio diverso menos lesivo para la solución y el restablecimiento de la paz social (Derecho penal subjetivo).

1.3 El Sistema Penal como un Instrumento de Control Social

El ser humano por naturaleza tiende a ser un ser social, lo que origina la necesidad de que éste se correlacione con otros seres humanos dentro de un determinado ámbito territorial con la finalidad de *satisfacer no solo sus necesidades, sino sus instintos más primarios y atávicos, como pudieran ser, los de conservación y reproducción*⁸, dando así nacimiento a lo que hoy conocemos como sociedad.

No obstante, al existir esta interacción con otros resulta necesario la creación de ciertos *mecanismos que aseguren que sus integrantes respeten las reglas que han sido impuestas para garantizar la coexistencia pacífica de los individuos de la sociedad*⁹,

⁷ MIR PUIG, Santiago (2003), *Introducción a las bases del derecho penal*, 2da. ed., Argentina, B de F, colección maestros del derecho penal, pp. 1-5.

⁸ MALO CAMACHO, Gustavo (2003), *Derecho penal mexicano*, 5ta. ed., México, Porrúa, p. 19.

⁹ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo (2017), *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons, p. 57.

instaurando los denominados mecanismos de control social, los cuales, cuando menos podrán ser: formales e informales.

Los primeros –donde se encuentra el Derecho penal- *se denominan así porque se ejercen a través de métodos formalizados de control, como el derecho, que requiere de todo un proceso previamente establecido por su creación*¹⁰, es decir, el control social formal, se expresará mediante normas preestablecidas dentro de cada sociedad. Por su parte, el control social informal serán aquellas *formas de control que existiendo y manifestándose en la sociedad, no aparecen directamente integradas como parte de la estructura gubernamental*¹¹, las cuales no cuentan con una finalidad principal de ayudar al Estado a la coexistencia pacífica de sus individuos, sin embargo, con la realización de sus actividades fomentan la adecuación del comportamiento del individuo de acorde a las normas preestablecidas en la sociedad, tal es el caso, por ejemplo, con la familia, los medios de información, el sistema de educación o cultural.

En las sociedades modernas, específicamente en aquellas constituidas mediante postulados liberales, sociales y democráticos, resulta esencial apostar por un control social informal, puesto que es éste, el que el individuo adquiere de una manera más directa y menos lesiva a su persona; pues de forma contraria, si el Estado pretendiera obtener la paz y el desarrollo de la sociedad mediante un control formal, específicamente a través del Derecho penal, estaría ejerciendo la mayor institución violenta con la que cuenta, ya que, como afirma Muñoz Conde:

*Hablar de derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos). El mundo está preñado de violencia y no es, por tanto, exagerado decir que esta violencia constituye un ingrediente básico de todas las instituciones que rigen este mundo. También del Derecho penal*¹².

¹⁰ ONTIVEROS ALONSO, Miguel (2018), *Derecho Penal. Parte General*, México, INACIPE-Ubijus, p. 43.

¹¹ MALO CAMACHO, Gustavo, *óp. cit.*, nota 8, p. 22.

¹² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes (2015), *Derecho penal. Parte general*, 2da. ed., México, Tirant lo Blanch, p. 31.

Empero, esto no significa que este mecanismo de control social se deba de inaplicar o desaparecer, ya que, innegablemente, existirán situaciones que requieran la presencia del control formal -por medio de la norma penal- para el restablecimiento del orden social, fungiendo éste como un derecho del mismo individuo.

En este sentido, como señala Welzel el Derecho penal debe actuar, *en primer término, garantizando la seguridad y permanencia de su juicio ético-social y así establece en ellos las bases para una visión ética del mundo, y solo secundariamente aplicando una pena a la transgresión del derecho en el caso particular*¹³.

1.4 Fin y Función del Derecho Penal

El Derecho penal, como ya ha quedado asentado en líneas anteriores, fungirá como un mecanismo de control social formal, el cual a través de la creación de normas penales, pretende regular, proteger y restaurar una convivencia armónica entre los individuos que integren a la sociedad.

Es por ello, que la elaboración de la norma penal¹⁴, dentro de un Estado moderno, se desarrolla preponderantemente atendiendo a un fin dual: la prevención del delito y la maximización de las garantías de todos y cada uno de sus integrantes¹⁵.

El primero de los fines, radica en la aplicación de la norma para evitar que la persona vuelva a cometer la conducta ilícita, es decir, se debe de mirar hacia el futuro. Esta

¹³ WELZEL, Hans (1993), *Derecho penal alemán*, 4ta. ed., trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Chile, Jurídica de Chile, p. 7.

¹⁴ Lozano Tovar en su obra *Política criminal en la sociedad moderna. Un acercamiento al pensamiento de Franz Von Liszt y su incipiente política criminológica*, manifiesta que la creación de la norma se debe dar bajo tres hipótesis: Un planteamiento dogmático, en el cual se entremezclan la ficción y la realidad, en donde se debe denotar una evolución a la idea punitiva, para minimizar los factores en los que se aplica, derivadas de las propuestas legislativas, la cual, dentro de las sociedades postmodernas, es necesario que se apareje con la mínima intervención del Derecho penal. La *legislatio* de la norma, creando solo aquellas que atiendan a las problemáticas de la realidad práctica de la comunidad, apremiando las garantías de todo individuo. Y la observancia de la norma, analizando su funcionalidad dentro de la sociedad, y de ser necesario poder derogarla o abrogarla, por su no funcionalidad. LOZANO TOVAR, Eduardo (2015), *Política criminal en la sociedad moderna. Un acercamiento al pensamiento de Franz Von Liszt y su incipiente política criminológica*, México, Porrúa, pp. 110-120.

¹⁵ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *op. cit.*, nota 10, p. 39.

prevención se divide en dos vías: especial –solo se dirige al particular- y general –se dirige a toda la colectividad integrante de la comunidad-¹⁶. El segundo fin, se instaura en la limitación que se le impone al Estado en cuanto a la creación de la norma se refiere, protegiendo en todo momento los derechos humanos, con los que goza el ciudadano, tanto a nivel local como internacional¹⁷. Este último punto, es quizá, uno de los más relevantes para la presente investigación científica, pues permite concluir que la creación de las normas penales, por parte del legislador, están limitadas, ya que se encuentran sujetas al cumplimiento de ciertos principios que deben de preponderar y ser exigidos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, como lo es, principalmente, el respeto a los derechos humanos de las y los miembros de la sociedad, sin distinción alguna.

Con ello –como se pretenderá explicar a lo largo del presente trabajo-, las normas penales que sean creadas contraviniendo a los principios rectores del Estado Constitucional de Derecho, se deberán considerar como ilegítimas, en virtud a que éstas, no generarán un control social adecuado para una convivencia pacífica de la sociedad, sino que, todo lo contrario, ocasionarán un estado de incertidumbre para el individuo dentro de la misma sociedad.

En cuanto a la función que deberá desarrollar el Derecho penal en determinada sociedad, de igual forma que su fin, dependerá de la concepción de Estado en donde se realice su aplicación.

En esta guisa, en un Estado totalitario, el Derecho penal, tendrá la función de un arma con la que contará el Estado para ser utilizada en contra de la sociedad, y de esta forma poder tener un control riguroso de ésta¹⁸. En cambio, en un Estado liberal, el Derecho penal, a través de la norma, estará encargada de proteger *las condiciones*

¹⁶ *Ídem*.

¹⁷ Tal situación se encuentra regulada por nuestro ordenamiento jurídico supremo, en su artículo 1, pues a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, quedo plasmado que toda persona tanto física como jurídica, será titular de todo derecho humano consagrado en las normas internas del Estado, y en aquellos instrumentos internacionales, en los cuales forme parte el Estado mexicano.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago (1982), *Función de la pena y teoría del delito en un Estado Social y Democrático de Derecho*, 2da. ed., Barcelona, Bosch, p. 29.

*elementales mínimas para la convivencia y motivando al mismo tiempo, a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales*¹⁹.

Por lo tanto, siguiendo lo mencionado, el Derecho penal tendrá una doble función: la protección de bienes jurídicos²⁰ y la motivación.

La primera de ellas, actualiza la hipótesis, de que el Derecho penal solo debe de actuar en aquellas situaciones que se lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos que estén protegidos estrictamente por la norma penal; en este sentido, no todos los bienes jurídicos con los que cuente la sociedad serán de importancia para el Derecho penal, sino solo aquellos que sean esenciales y necesarios²¹ para que la sociedad pueda desarrollar una convivencia pacífica con los integrantes de la comunidad, por ejemplo la vida, la integridad personal, la propiedad. Sin embargo, en nuestros días resulta preocupante el pensamiento y las prácticas de nuestros legisladores por buscar expandir, de una manera desmedida y hasta cierto punto excesiva, la creación de figuras penales para la protección de diversos bienes jurídicos, lo que está provocando un sistema de represiones, alejándonos de una manera racional del sistema de libertades con el que debería contar el ciudadano en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por su parte, la segunda función del Derecho penal, tiene como finalidad que las personas integrantes de la sociedad se abstengan de cometer un injusto penal, esto a través del Derecho penal, pues al darle a conocer a la persona la norma penal, específicamente las penas y las medidas de seguridad, que pueden hacerse acreedor por la comisión de algún delito, se pretende despertar la conciencia dentro del ciudadano para la no comisión de delitos. Como afirma Berdugo *el Derecho penal desarrolla una función de motivación que*

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *óp. cit.*, nota 12, p. 62.

²⁰ Jakobs, en un sentido diverso sostiene que el Derecho penal no tendrá una función de protección a los bienes jurídicos, sino la prevalencia o el respeto propio a la norma penal, pues afirma que solamente reafirmando está, se motivará al individuo a la no comisión futura de una conducta delictiva. En JAKOBS, Günther (1997), *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2da. edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, p. 57

²¹ Una característica esencial de los bienes jurídicos es atender a la época determinada en que el legislador busque su protección, pues únicamente, a través del estudio de los fenómenos que se susciten podrá observar cuales son aquellos bienes jurídicos que necesitaran de la protección del Derecho penal y cuales no; es por ello, que a lo largo del tiempo, es posible ver cómo han ido desapareciendo bienes jurídicos que antes eran tutelados, y como han aparecido nuevos.

*pretende incidir sobre los miembros de una comunidad para que se abstengan de realizar comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados*²².

Estas funciones, servirán para poder imputarle responsabilidad penal a cierta persona, pues únicamente cuando la persona actualice este binomio de funciones, se actualizará la aplicación del Derecho penal.

1.5 La Evolución del Derecho penal a través de la configuración del Estado

El Derecho penal que hoy conocemos, ya sea en su contenido y forma de aplicación, no ha sido el mismo que se ha profesado a lo largo de las distintas épocas, pues a través del tiempo ha adquirido diversas características y matices que le permitan desarrollarse de acorde al tipo de Estado en que se instaure.

Es por lo anterior, que resulta esencial conocer la evolución del Derecho penal atendiendo al tipo de Estado en específico, ya que, solamente de esta forma será posible entender y comprender nuestro Derecho penal moderno, específicamente en un Estado Social y Democrático de Derecho.

1.5.1 Estado Monárquico

Este tipo de Estado –también denominado absoluto- encuentra su construcción en la autoridad divina, en virtud a que los reyes eran considerados como individuos mandados por Dios, y a los integrantes de la comunidad eran concebidos como súbditos, los cuales tenían como única función obedecer y servir al rey; en esta guisa Astrain Bañuelos señala que, en esta modalidad de Estado *se consideraba que había individuos que nacían para ser servidores (solo tenían deberes)*²³.

En cuanto al Derecho penal, este se concibe como un instrumento propio de quien ostenta el poder, el cual es utilizado para satisfacer sus pretensiones; esto sin importar, si

²² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio en ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *óp. cit.*, nota 10, p. 41.

²³ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *óp. cit.*, nota 9, p. 61.

con la aplicación del Derecho penal en la comunidad concluía en violación alguna de sus derechos; es por ello, que en este mismo sentido, la norma penal, por lo general, traía consigo consecuencias jurídicas crueles, pues con ella se pretendía motivar a la sociedad a obedecer en todo momento y en cualquier asunto lo exigido por el rey.

Por lo tanto, se puede concluir que el Derecho penal, en esta forma de Estado, no tenía como fin la protección de los derechos del ciudadano, ni de sus bienes jurídicos, sino por el contrario, se tenía la finalidad de servir para hacer valer única y exclusivamente la voluntad del rey, sin que existiera un cuestionamiento acerca de lo correcto o incorrecto en su actuar con la sociedad, pues bajo esta perspectiva todo atendía al cumplimiento del deseo del rey.

1.5.2 Estado Liberal

El Estado liberal se entiende como la antítesis del Estado monárquico o absoluto, ya que las funciones de este tipo de Estado se encuentran depositadas en los representantes del pueblo²⁴, pues todo *Estado gobernado por el Derecho emanado de la voluntad general, expresado por los representantes del pueblo (...)*²⁵.

En esta modalidad de Estado cobra relevancia de manera fundamental, el respeto a las libertades de los ciudadanos, construyéndose a base de la protección de los derechos humanos inherentes a la persona.

Lo anterior, solo es posible a través de la formulación y promulgación de una serie de límites, ya que *a mayor poder, menor libertad, y quien ostenta el poder absoluto no puede considerarse gobernante, sino dueño de lo demás*²⁶.

Ahora bien, el Derecho penal profesado en este tipo de Estado, se convierte en el instrumento de defensa con el que cuenta cualquier individuo, respetado sus derechos por el

²⁴ Véase, ROUSSEAU, Jean Jacques (2015), *El contrato social*, México, Mestas.

²⁵ MIR PUIG, Santiago (1994), *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel, pp. 31-32.

²⁶ OROZCO, Omar Giovanni (2015), *La función garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, p. 24.

Estado, considerando al *delincuente como un sujeto racional (...) y un sistema penal limitado frente a la razón y los derechos humanos*²⁷.

Este Estado, surge como el primer cimiento del Estado garantista, pues a través de este se busca la libertad de la persona, mediante el respeto de sus derechos humanos, los cuales fungen como como limites que se encargan de regular el actuar del Estado y de terceros frente al ciudadano.

1.5.3 Estado Social

El también llamado Estado intervencionista surge a raíz de la separación del Estado y de la sociedad –característica propia del Estado liberal-, esto en virtud a que, en más de una ocasión los postulados promulgados por el liberal, no se daba de acorde a la realidad social del individuo.

Ello originó que se replanteará la situación buscando un tipo de Estado que, además de garantizar un respeto a los derechos del ciudadano, intervinieran para buscar un equilibrio efectivo de los factores sociales.

Situación, que también encuentra reflejo en la construcción del Derecho penal, principalmente, en cuestión a la pena que se le impone al individuo, ya que, aun y cuando esta fue limitada derivada de ciertos principios rectores en el Estado liberal, seguía siendo contraria a la realidad y a la necesidad social, ya que, con el simple hecho de imponer una pena no se solucionaba la problemática criminal que se suscitaba en la sociedad, lo que permitió que surgieran las medidas de seguridad²⁸. Estas se originaron con la finalidad de

²⁷ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *óp. cit.*, nota 9, p. 63.

²⁸ Las medidas de seguridad, siguiendo el razonamiento de Velásquez Velásquez Y de Roxin., son aquellas consecuencias jurídicas impuestas por el ordenamiento jurídico a quien ha cometido un injusto penal, no obstante a diferencia de las penas, estas cuentan con un carácter preventivo, cuya función primaria se enfoca a la prevención especial, pues con estas, se trata de evitar actos delictivos de quien los produce en un futuro. En VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, “Las medidas de seguridad. Aproximaciones al Código Penal panameño de 1982, *Conferencia pronunciada en el curso de Postgrado de Derecho Penal de la Universidad de Panamá*, julio de 1995, [en línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5620600.pdf>; y ROXIN, Claus, *óp. cit.*, nota 6, p.103-107.

servir como un instrumento para la resocialización de los individuos, brindándole una serie de ayuda, para reincorporarse a la sociedad y evitar que estos vuelvan a delinquir.

No obstante, también resulta esencial señalar, que de igual forma se acrecentó el denominado Derecho penal de autor, en el cual, a cambio de la protección de la sociedad en general por la aparición de ciertos individuos que eran considerados como peligrosos, por lo cual *se adelantaban su límite de defensa y actuar cuando todavía no existe un peligro de bien jurídico alguno, pero si peligrosidad de ciertos sujetos*²⁹.

Esto último, trajo consigo, volver a replantear la estructuración de un Estado, puesto que, al pretender proteger las libertades de la sociedad en general, se desarrolló un tipo de Derecho penal, que en más de una ocasión atentaba contra las mismas garantías del individuo.

1.5.4 Estado Social y Democrático de Derecho

A raíz de la Segunda Guerra Mundial, *el concierto internacional generó consenso sobre la necesidad de generar alternativas que promovieran y garantizaran el respeto a los derechos humanos*³⁰, ello en virtud al gran cumulo de atrocidades que tuvieron lugar durante el presente suceso, redefiniendo el concepto de hombre, no solo desde la perspectiva individual, sino también, en su trascendencia en el ámbito social; generando una conciencia y empatía por el respeto a los derechos humanos de cada uno de los integrantes de la sociedad, sin tomar en cuenta aspectos específicos como lo son la clase social, el nivel de estudio, entre otros.

Esto concluyó en la evolución de la concepción de Estado, mezclando las características que más favorecieron a la sociedad en general y al individuo en particular, de los anteriores modelos de Estado, es decir, del Estado liberal y del Estado social, añadiéndole un elemento una característica en especial: la democracia.

²⁹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2001), *Ensayos de derecho penal y política criminal*, Costa Rica, Jurídica continental, p. 259.

³⁰ BAHENA VILLALOBOS, Alma Rosa, “El principio pro persona en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho”, en *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, año 4, número 7, enero-junio 2015, p. 10.

Esta característica tiene como función *comprender la estructura geopolítica contemporánea, así como las relaciones sociales, políticas y jurídicas de los integrantes de un gran número de naciones*³¹.

Este conjunto de elementos –libertad, social y democrático-, sirvieron para garantizar el respeto a los derechos humanos mediante la construcción de principios rectores en las funciones del Estado. En materia penal, estos principios servirán como límites a la potestad punitiva y a la creación de la norma penal.

En este sentido el Estado Social y Democrático de Derecho³² se entiende como aquel que se encarga de crear las condiciones sociales reales que favorezcan la vida de los individuos, garantizando que estas condiciones no solo sean en beneficio de ciertos grupos sociales sino que sean para todo el pueblo³³.

En materia penal, dentro de este modelo de Estado, resulta fundamental conocer los límites con los que cuenta el Estado, para el ejercicio de la potestad punitiva en su máxima expresión con la que cuenta. Lo anterior, dentro de la doctrina del Derecho penal moderno se ha denominado como garantismo penal. Dichos límites que se encargan de regir el comportamiento del Estado y de los terceros frente al individuo, resultan esenciales para su análisis dentro de la presente investigación científica, pues únicamente comprendiéndolos podremos entender de porque el Derecho penal -en todas sus vertientes-, debe de tener características específicas, que de no ser cumplidas por los propios agentes, no deberá tener validez alguna dentro de la sociedad.

³¹ CARREÓN PORCA, Manuel Jorge, “El fortalecimiento de los derechos humanos a través del Derecho penal”, *Iter Criminis*, México, número 4, sexta época enero-marzo 2014, p. 142.

³² Autores como Bacigalupo Zapater critican la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho, específicamente en lo referente al Derecho penal, ya que señala que tal pretensión está condenada al fracaso, derivado, principalmente, por la gran amplitud, ya que no permite deducir de manera clara una única teoría del delito. Pensamiento que no compartimos, ya que, si bien es cierto, el Estado Social y Democrático de Derecho se puede entender como una conjunción del Estado liberal y del social, estas no se deben de interpretar como una tesis y antítesis recíprocamente, es decir, la conjunción no significa que un Estado liberal y social no puedan unirse, sino todo lo contrario, el Estado Constitucional tiene objetivos claros como la protección de los derechos humanos a través de los propios instrumentos del Estado, lo que resulta necesario que las características de ambos modelos radiquen un solo tipo de Estado. En BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2005), *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Chile, Jurídico de Chile, p. 105.

³³ MIR PUIG, Santiago (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2da. ed., Barcelona, Bosch, pp. 22-23.

Es por lo anterior que, en las siguientes páginas, se tiene como objetivo la construcción teórica-filosófica del garantismo penal, atendiendo, principalmente al pensamiento ferrajoliano.

1.6 El Garantismo Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho

Como ya ha quedado asentado en el apartado anterior, en el Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho penal se debe construir en base al respeto y seguimiento de ciertos principios indispensables, es decir, a través de la aplicación de principios constitucionales, denominados garantismo penal, esto en virtud a que, -como también ya se hizo mención- el Derecho penal, es el instrumento más violento con el que cuenta el Estado, lo cual conlleva, estrictamente a que este se encuentre regulado, pues de otra forma se le concedería un poder absoluto al Estado para cumplir sus pretensiones, sin la exigencia del respeto mínimo a los derechos humanos de los individuos.

Esta construcción teórico-filosófica propia de un Estado moderno, ha sido desarrollada por diversos dogmáticos constitucionalistas y penalistas, como por ejemplo, podemos destacar al alemán Robert Alexy³⁴ y al español Santiago Mir Puig³⁵, sin embargo, esta construcción ha tenido su máximo desarrollo en los estudios realizados por el ilustre jurista italiano Luigi Ferrajoli³⁶, ya que, a través de su brillante carrera académica, ha

³⁴ En este sentido, Alexy señala que en todo Estado Constitucional de Derecho se debe constituir a través de seis principios esenciales: los derechos fundamentales, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la estructura y los fines del Estado de Derecho, Democrático y Social. ALEXY, Robert (2005) “Derechos fundamentales y Estado constitucional y democrático en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, 2da. edición, Madrid, Trotta, p. 31.

³⁵ Por su parte Mir Puig, enfoca al garantismo penal, en los límites que se le deben de imponer al Derecho penal subjetivo realizando una breve clasificación: los que se deducen del *funcionamiento funcional*, en donde se encuentran los principios de *ultima ratio*, el carácter fragmentario del Derecho penal y la protección de bienes jurídicos; y el *funcionamiento político*, en donde se incluyen los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad, los cuales se encargan de imponer un respeto a las exigencias emanadas de un Estado Social y Democrático de Derecho. En MIR PUIG, Santiago, *óp. cit.*, nota 7, pp. 108 a 148.

³⁶ En este sentido resulta esencial para el lector ver de manera fundamental, para una comprensión exhaustiva del concepto de garantismo como una construcción teórica-filosófica las siguientes obras literarias: FERRAJOLI, Luigi (2016), *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, trad. José Manuel Revuelta, España, Trotta y; FERRAJOLI, Luigi (2009), *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, 2da. edición, España, Trotta.

dedicado gran parte de sus estudios al garantismo, y específicamente al garantismo desde un enfoque penal.

Lo anterior nos permite concluir que el garantismo no ha sido propio del Derecho penal, empero, ha sido en este donde se ha encontrado su mayor expresión, tanto en la teoría como en la práctica judicial, *en oposición, primero, a los contundentes legados de la legislación fascista, y después, a las numerosas leyes excepcionales y de emergencia que han terminado reduciendo, en contra de los principios constitucionales, el ya débil sistema de garantías contra el ámbito punitivo*³⁷.

El garantismo penal, a palabras de Astrain Bañuelos es *un discurso jurídico que tiende a la minimización de la violencia penal, a través de la conformación de un programa constitucional que define los principios a los que deben constreñir las facultades punitivas del Estado*³⁸.

Por su parte Ferrajoli lo define como:

*La tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificado del derecho penal la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona de imputado y por consiguiente la garantía de libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales lo que hace aceptable para todos, incluida la minoría de los reos y los imputados, al derecho penal y al mismo principio mayoritario*³⁹.

De las anteriores definiciones, resulta oportuno destacar, que estas mismas tienen un punto focal: *la minimización de la violencia penal ejercida por el Estado a través de la maximización de principios constitucionales que tutelan los derechos fundamentales de todos los ciudadanos*, es decir, los individuos por el simple hecho de ser seres humanos, se le deben de respetar, por parte del Estado y del propio ciudadano, sus derechos humanos, esto, en virtud a la dignidad humana propia de cada persona, la cual no puede ser

³⁷ FERRAJOLI, Luigi (2006), *Garantismo penal*, México, Universidad Autónoma de México, colección estudios jurídicos, p. 10.

³⁸ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *óp. cit.*, nota 9, p. 80.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi (2016), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andres Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino y Juan Terradillos Basoco, 10ma. ed., Madrid, Trotta, pp. 335-336.

transgredida, aun y cuando la mayoría de las personas, o por interés propios del Estado, lo quieran o exijan.

Bajo esta concepción, específicamente en materia penal, el Estado no podrá ni deberá legislar ni aplicar la ley como este lo considere, ya que, solo lo podrá hacer atendiendo a los límites impuestos para tal función, respetando en toda situación los derechos humanos de todas y todos los individuos que conforman a la sociedad. En este mismo sentido, el Estado, a su vez, no deberá atender la pretensión de la mayoría, cuando esta conlleve al menoscabo de alguna de las garantías de la persona, pues aun y cuando nos encontramos dentro de un Estado dotado de características democráticas, la decisión de una mayoría, no debe de estar por encima de la protección de los derechos humanos de una minoría.

Ahora bien, el garantismo penal, también constituye la racionalidad de la elaboración y aplicación de la norma penal –y del Derecho penal en general-, lo que se traduce, a lo que Ferrajoli ha denominado como un derecho penal de mínima intervención, el cual se enfoca en las libertades del individuo, y en la no respuesta a cada problemática que se suscite en la sociedad, a través del Derecho penal, ya que solo de esta forma *será posible obtener una adecuada doctrina de justificación y al mismo tiempo una teoría garantista de los vínculos y límites de la potestad punitiva del Estado*⁴⁰.

El garantismo, según el pensamiento ferrajoliano, se puede entender bajo tres perspectivas: como un modelo normativo de derecho, como una teoría jurídica de la validez y de la efectividad, y como una filosofía política.

a) Modelo normativo de derecho

Este surge bajo el modelo estricto de legalidad, es decir, el garantismo penal se actualizará cuando, el propio sistema penal se ajuste normativamente a tal modelo y sea aplicado, de una manera correcta y eficaz.

⁴⁰ *Ídem.*

En esta guisa podrá ser observable el grado de garantismo que se llega a aplicar en un determinado Estado, observando el sistema penal, pero principalmente atendiendo a su respeto, ya que aun y cuando en el mismo ordenamiento jurídico se establezcan los principios rectores del Estado, sí estos no se llegan a aplicar, o se aplican de manera parcial, dicho ordenamiento será una simple hoja de papel, cuyo impacto será débil para las pretensiones enmarcadas por el Estado Constitucional⁴¹.

b) Teoría jurídica de la validez y de la efectividad

En este sentido, el garantismo versa entre la separación del “ser” y del “deber ser” en el derecho, y específicamente en nuestro derecho penal, obligando al Estado a verificar de manera periódica el Derecho penal que ha sido promulgado, realizando críticas a este, puesto que este deberá atender exclusivamente a la realidad actual que se vive en la sociedad, para poder concluir, si este es de utilidad o no para la comunidad, es decir, *asume como universo del discurso jurídico la totalidad del derecho positivo vigente, evidenciando sus antinomias, en vez de ocultarlas y deslegitimando así, desde el punto de vista del derecho valido los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del derecho delictivo*⁴², lo que origina, indudablemente, la constante actualización del Derecho penal, en la sociedad que este es aplicado.

c) Filosofía política

En este sentido, el garantismo se manifiesta como la elaboración *de los modelos normativos del Derecho penal como la ley del más débil, es decir, como sistema de garantías para la tutela de los derechos de todos (...)*⁴³.

Es por ello que, el garantismo se entiende mediante una filosofía utilitarista, que recae en el Derecho penal, y en la construcción, propia, de un Derecho penal mínimo en determinado Estado, enmarcando los principios constitucionales que se adhieren en la constante evolución de la sociedad.

⁴¹ *Ibidem*, p. 852.

⁴² *Ibidem*, p. 853.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *óp. cit.*, nota 37, p. 17.

Lo anterior plasmado, resulta fundamental para el desarrollo y comprensión del Estado Social y Democrático de Derecho, ya que, atendiendo las tesis que conforma al garantismo, podremos llegar a la conclusión, de que para que este modelo de Estado se actualice, es necesario la protección de los derechos humanos de todas y todos los individuos, mediante la exteriorización de ciertos principios que sirven para regular el actuar del Estado y de los terceros, añadiéndose o quitándose, dependiendo del momento histórico y de las necesidades en las que se encuentre la sociedad.

1.6.1 Principios rectores en el Derecho penal

Siguiendo principalmente los estudios realizados por los autores mexicanos Astrain Bañuelos⁴⁴ y Ontiveros Alonso⁴⁵, podemos concluir que los principios constitucionales mínimos, rectores en el Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho son: la dignidad humana, legalidad, *ultima ratio*, proporcionalidad, bienes jurídicos tutelados, igualdad y culpabilidad.

a) Principio de Dignidad Humana

El respeto a la dignidad humana, es quizá, el principio fundamental del Derecho penal moderno, pues en palabras de Lefranc Weegan es en esta donde *se encontraría el principio de unificación según el cual se han de ejercer la totalidad de los derechos*⁴⁶, el cual tiene la función de *restringir estrictamente el Derecho penal en cuanto supedita la razón del Derecho al reconocimiento de la humanidad de la persona, y supedita la propia noción de la justicia a las reales exigencias de la sociedad*⁴⁷, es decir, que la intervención punitiva del Estado, ya sea en la elaboración de la norma y en la aplicación de esta, se deberá regir estrictamente bajo el respecto de la dignidad humana, lo que conlleva a que todas y cada una de las personas supongan un trato digno, sin que exista distinción alguna.

⁴⁴ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *óp. cit.*, nota 9, pp. 80 a 106.

⁴⁵ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *óp. cit.*, nota 10, pp. 54 a 74.

⁴⁶ LEFRANC WEEGAN, Federico César (2009), *Holocausto y dignidad*, México, Ubijus, p. 139.

⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel (2001), *Derecho penal parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ta ed., Bosch, España, t. I, p. 261.

Por ello, el Estado debe de pensar no solo en la víctima, sino también en la persona responsable y viceversa, garantizándole las garantías mínimas a cada una de ellas, para constituirse dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Dicho principio se ve reflejado dentro de nuestro ordenamiento jurídico mexicano, tanto en la legislación como en diversos criterios jurisprudenciales emitidos por nuestro máximo órgano jurisdiccional: la Suprema Corte de Justicia de la Nación –en adelante SCJN-. En este sentido, en el artículo 109 del Código Nacional de Procedimientos Penales, referentes a los derechos de la víctima u ofendido, en su fracción VI, señala el derecho a ser *tratado con respeto y dignidad*, la cual se correlaciona con la fracción VIII que amplía este derecho pues establece que el trato ofrecido, debe de ser *sin discriminación a fin de que atente contra la dignidad humana, y se anulen o se menoscaben sus derechos y libertades*, garantizando la protección de sus derechos se harán sin distinción alguna. Por su parte la SCJN, como se comentó anteriormente, se ha dado a la tarea de establecer las bases claras para interpretar al principio de dignidad humana como la base o el cimiento de los demás principios y no como una mera declaración moral, pues así lo ha determinado la Primera Sala en la tesis jurisprudencial, cuyo rubro se expresa: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA⁴⁸, de igual forma, resulta de relevancia tomar en cuenta el criterio emitido por el Pleno, con el rubro: DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DÉMAS DERECHOS FUNDAMENTALES⁴⁹.

⁴⁸ Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro 33, t. II, agosto de 2016, tesis: 1ª./J. 37/2016 (10ª), p. 633.

⁴⁹ Novena Época, Pleno de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, tesis: P. LXV/2009, p. 8.

b) Principio de Legalidad

El también conocido como principio de intervención legalizada⁵⁰, se le atribuye su creación a Feuerbach, con la expresión *Nulla poena sine lege; nuella poena sine crimine; nullum crimine sine poena legali*⁵¹. Surge en la época de la ilustración como una garantía política, encargada de combatir la arbitrariedad de los poderes del Estado, sustentándose, como lo afirma Guerrero Agripino:

*En el contrato social que estipulaba una organización política basada en la división de poderes, donde la ley es competencia exclusiva de los representantes del pueblo. Se presupone un pacto (contrato social) mediante el cual se asegura la participación del ciudadano y el contrato de la vida política de la comunidad. Esta participación se actualiza a través del poder legislativo como representante del pueblo y solo de dicho poder puede emanar la ley como se expresión de voluntad popular*⁵².

Este axioma se refiere a la expresión previa de un comportamiento punible dentro de un ordenamiento jurídico, es decir, aun y cuando la conducta actualizada por determinado individuo sea socialmente incorrecta y necesaria de sanción alguna, solo se podrá hacer cuando esta estuviese constituida en el ordenamiento jurídico correspondiente antes del actuar del individuo, de otra forma, no deberá ser sancionable, es decir, *imposibilita al Estado de que intervenga penalmente más allá de lo que la ley le permita*⁵³.

La doctrina sostiene que el presente principio se fundamenta de conformidad a cuatro formas: *lex scripta, lex stricta, lex certa y lex praevia*.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *óp. cit.*, nota 12, p. 95.

⁵¹ No obstante, como señala Greco, sería erróneo afirmar que este principio, se le debe únicamente a Feuerbach, ya que este, era posible observarse, por ejemplo en los artículos 7, 8 y 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789 y en los artículos 2 y 3 del *Code des Délits et de Peines* de Francia de 1795; empero, lo que sí se le debe de reconocer fue la incorporación armónica de este principio con su teoría de la pena, pues tanto la teoría de la pena como la legalidad del Derecho penal se encuentran sumamente ligados entre sí, ya que la finalidad del Derecho penal, solo se podrá lograr a través del establecimiento de la pena, previamente en la ley. Véase GRECO, Luís (2015), *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, colección Derecho penal y Criminología, p. 57.

⁵² GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *óp. cit.*, nota 2, p. 138.

⁵³ MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, *óp. cit.*, nota 12, p. 109.

I. Lex Scripta

En este sentido, para que el Derecho penal pueda ser aplicado en la regulación de un delito, y de esta forma pueda imponer una pena o medida de seguridad, debe de existir forzosamente una norma penal escrita creada a partir de un procedimiento legislativo.

II. Lex Stricta

Bajo esta característica, el Derecho penal deberá regirse solo en los casos que se actualicen todos los elementos que conforman al tipo penal, aplicándose la pena o medida de seguridad prevista en este mismo.

Esta característica tiene como principal finalidad apartar al Derecho penal y su aplicación de toda noción analógica por parte del juzgador, ya que limitará a este a regirse, únicamente cuando el comportamiento desplegado por el individuo se encuentre tipificado en un precepto legal, impidiendo una extensa interpretación arbitraria.

Esta propiedad, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 14, tercer párrafo, puesto que, expresamente, señala que *en los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata*⁵⁴.

III. Lex Praevia

Esta propiedad tiene como radica en la vigencia de la norma penal, ya que esta, para que pueda ser impuesta, es indispensable que haya sido creada y promulgada por el legislador con anterioridad a la conducta realizada por el o los individuos.

Esta característica, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 14, segundo párrafo, puesto que, expresamente, señala que *nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los*

⁵⁴ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe (coord.), *Constitución política de los estados unidos mexicanos. Edición comentada*, México, Universidad de Guanajuato-CNDH-Grañén Porrúa, t. I, p. 154.

*tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho*⁵⁵.

IV. Lex Certa

Esta característica obliga al legislador a la creación de las normas penales precisas y determinadas, evitando de esta forma la promulgación de leyes que puedan derivar en arbitrariedades del Estado, al no limitar su esfera y contenido de aplicación, y ello será posible, como señala Roxin, cuando del precepto penal *se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación*⁵⁶.

Bajo la tutela de este principio –y de los elementos o características que lo conforman-, únicamente se tomará como válido lo que se ha establecido en el ordenamiento legal formalmente, permitiendo regular de manera precisa los comportamientos externos a la ley, estableciéndolos fuera del injusto culpable, brindando una seguridad al ciudadano al desplegar un comportamiento diverso.

Como se expresó anteriormente, este principio encuentra su fundamento dentro de nuestro máximo ordenamiento jurídico nacional en el artículo 14 constitucional. De la misma manera, la SCJN se ha encargado del estudio de este, emitiendo una serie de criterios jurisprudenciales y orientadores, siendo el de mayor relevancia, para su entendimiento y comprensión, la tesis aislada decretada por la Primera Sala, cuyo rubro es el siguiente: PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANALISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS⁵⁷.

⁵⁵ *Ídem.*

⁵⁶ ROXIN, Claus, *óp. cit.*, nota 6, p. 172.

⁵⁷ Novena Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro I, t. II, octubre de 2011, tesis: 1ª. CXCII/2011 (9ª), p. 1094.

c) Ultima Ratio

Este principio, también conocido como principio de intervención mínima, manifiesta que el Derecho penal solo debe de ser utilizado cuando otros instrumentos con los que cuenta el Estado –menos lesivos- no han podido solucionar el conflicto, puesto que, como ha quedado asentado en líneas anteriores, el Derecho penal por si solo se encuentra construido a base de violencia.

Bajo este tenor, el Derecho penal debe adquirir un papel secundario dentro de las sociedades modernas, pues debe de disponer de otras instituciones primarias para proteger los intereses de la comunidad en su generalidad. De otra forma, si el Estado de una manera irracional utiliza su potestad punitiva en la creación de leyes penales y su utilización dentro de la sociedad como instrumento primario, constituiría características propias de un Estado totalitario⁵⁸.

Bien es cierto, que en las sociedades postmodernas, ha surgido la tendencia de un discurso cargado a favor del *expansionismo penal*⁵⁹, y nuestro Estado mexicano no ha sido la excepción, ya que, con la creación de ordenamientos jurídicos como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, así como las múltiples reformas a preceptos penales, como lo es la concepción de una nueva forma de legítima defensa –misma que genera la presente investigación jurídica- alejada de elementos fundamentales como la racionalidad de esta, nos permiten observar, la tendencia a solucionar las problemáticas sociales a través de la utilización del Derecho penal, dejando de lado, instituciones primarias como lo son políticas públicas integrales para su combate, generando una mayor incertidumbre entre los individuos que soluciones efectivas.

Como lo señala Prittwitz, *no es cualquier instrumento del Estado. El derecho penal es riesgoso, pues no es solo una teoría, sino también una realidad, que suele avisarse de él y causa daños. De ahí que haya lugar para el derecho penal donde este no es necesario*⁶⁰.

⁵⁸ DÍAZ-ARANDA, Enrique (2012), *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 3ra. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, p. 89.

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2001), *La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Madrid, Civitas, pp. 25-74.

⁶⁰ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *óp. cit.*, nota 10, p. 58.

d) Principio de Protección a los Bienes Jurídicos

Los bienes jurídicos *son aquellos intereses imprescindibles para el desarrollo del individuo en la esfera de su interacción en sociedad*⁶¹. En este sentido, es necesario aclarar que el Derecho penal no protege todos los intereses que rigen en una sociedad –formas de pensar, moralidades–, sino solo aquellos bienes jurídicos⁶² que resultan fundamentales para el desarrollo de la vida en comunidad, como por ejemplo la vida, la libertad, la integridad física, entre otros más.

En este tenor, este principio está encargado de limitar, principalmente al legislador, en virtud a que las creaciones penales, deben atender con la finalidad de proteger –de una lesión o puesta en peligro- un bien jurídico en concreto, lo que conlleva a la no existencia de preceptos penales encaminados a sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro algún bien jurídico de trascendencia para la comunidad⁶³.

e) Principio de Proporcionalidad

Siguiendo lo aportado por Polaino-Orts, el principio de proporcionalidad se puede estudiar a través de una doble concepción: como una *proporcionalidad abstracta*, la cual se refiere a la equidad dentro de las disposiciones normativas, es decir, en la ley penal; y, por otro lado, una *proporcionalidad concreta*, que tiene como sentido la regulación entre la pena interpuesta y la conducta ilícita desplegada por el o los individuos⁶⁴.

En este sentido, este principio actúa como un límite tanto para el legislador, como para el juzgador, en virtud a que el primero, al momento de crear las normas penales y establecer la punibilidad por realizar u omitir el tipo penal, esta debe de guardar una relación razonable con el ilícito; de igual forma, el juzgador, deberá aplicar una sanción de acorde a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, reservándose, en ambos casos, *las*

⁶¹ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *óp. cit.*, nota 2, p. 147.

⁶² No obstante, autores como Jakobs afirman que la protección de Derecho penal debe atender a la vigencia de una norma penal, y no a un bien jurídico en específico, pues estas no en todos los casos protegen un bien como tal. En JAKOBS, Günther, *óp. cit.*, nota 20, p. 58

⁶³ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *óp. cit.*, nota 9, p. 91.

⁶⁴ POLAINO-ORTS, Miguel (2016), *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Flores editor, p. 119.

*penas de mayor gravedad a los comportamientos que lesionen los bienes jurídicos más importantes*⁶⁵.

De otra forma, como señala Malo Camacho *la desproporción entre la afectación de la pena y la ocasionada por el delito podrá ser origen de una mayor intranquilidad y alarma social que lo derivado de la afectación misma causada por el delito*⁶⁶.

Esta limitante, fue elevada a rango constitucional a raíz de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, donde se modificó el artículo 22, estableciendo, en el apartado final del primer párrafo que: *toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado*⁶⁷. En esta misma guisa, se han desarrollado diversos criterios jurisprudenciales y orientadores para dar explicación al sentido del presente principio, siendo uno de los más relevantes y que han servido de apoyo a la impartición de justicia mexicana, el dictado por el Tribunal Colegiado en materia penal y administrativa del vigésimo segundo circuito, cuyo rubro refiere lo siguiente: MOTÍN. LA AGRAVANTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 248, PÁRRAFO SEGUNDO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO, SE JUSTIFICA CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES PENALES, CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL⁶⁸.

f) Principio de Igualdad

Surge a raíz del pensamiento ilustrado del siglo XVIII, partiendo de la premisa de que *todos los hombres son iguales y por tanto deben ser tratados por iguales por la ley*⁶⁹. En México, la exigencia de tratar todos por igual se concretiza con el movimiento de revolución de 1910 y la promulgación la Constitución Política de 1917, en donde fueron reconocidos los derechos sociales, con la idea de *tratar a los iguales de forma igual y a los desiguales de*

⁶⁵ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo, *óp. cit.*, nota 9, p. 94.

⁶⁶ MALO CAMACHO, Gustavo, *óp. cit.*, nota 8, p. 101.

⁶⁷ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *óp. cit.*, nota 56, p. 237-238.

⁶⁸ Décima Época, Tribunal Colegiado en materia penal y administrativa del vigésimo segundo circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 60, t. III, noviembre de 2018, tesis: XXII.P.A.10 CS (10ª.), p. 2292.

⁶⁹ DÍAZ-ARANDA, Enrique, *óp., cit.*, nota 60, p. 85.

forma desigual, lo que significa, que el Estado, mediante sus instituciones debe buscar un equilibrio entre las clases desfavorecidas y las privilegiadas.

La igualdad, se entiende como la equivalencia para tener los mismos derechos y obligaciones con los que cuentan las demás personas que se encuentran en la misma situación.

En esta perspectiva, el Derecho penal *no es un ordenamiento para pobres ni beneficiador de los ricos, es (debe ser) un Derecho para todos, que a todos trata por igual, sin privilegios ni prerrogativa*⁷⁰.

Este principio, se encarga de limitar al Estado obligando a garantizar la equidad entre las personas que se encuentren en la misma situación jurídica, sin que la autoridad pueda manifestar un trato diferenciado que menoscabe las garantías mínimas del ciudadano.

g) Principio de Culpabilidad

El concepto de culpabilidad puede entenderse bajo dos sentidos: el amplio y el estricto. La culpabilidad en sentido estricto se refiere a uno de los elementos propios de la teoría del delito; en su sentido amplio, describe el conjunto de condiciones necesarias para poder imputar la responsabilidad de un delito a determinada persona –es este último principio el que nos interesa para el presente apartado-.

El fundamento de este principio, como lo señala Bacigalupo se establece en *el desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona*⁷¹, ya que la responsabilidad se implantará en virtud al actuar del agente, impidiendo de esta forma, que se profese un estado de impunidad, dejando, también, de lado la aplicación de un Derecho penal de autor, pues la culpabilidad se definirá de conformidad con lo actuado (hecho), y no con la naturaleza propia del sujeto; esto ya ha sido decretado por nuestro máximo órgano

⁷⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *óp. cit.*, nota 66, p. 114.

⁷¹ *Ibidem*, p. 108.

jurisdiccional al establecer el criterio jurisprudencial DERECHO PENAL DE AUTOR Y DERECHO PENAL DE ACTO. RASGOS CARACTERIZADORES Y DIFERENCIAS⁷².

Asimismo, el presente principio fungirá en el establecimiento de la pena, en cuestión a la equivalencia de la culpabilidad, por lo que, en conjunto con el principio de proporcionalidad, se impondrán las penas más graves para las conductas más lesivas, y se impondrán penas menos graves para las conductas menos lesivas, lo que bridará como garantía al ciudadano de la evitación de penas irracionales.

1.7 ¿México es un Estado Social y Democrático de Derecho?

El análisis realizado a las características esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, específicamente en la materia penal, sería en vano si el Estado mexicano no se constituyera o se conformará como un Estado de esta calidad; es por ello, que resulta esencial responder al cuestionamiento: ¿México es un Estado Social y Democrático de Derecho?

Para dar contestación a esta pregunta fundamental para la expresión de un Derecho penal moderno, sirve de apoyo el estudio realizado por Díaz Aranda⁷³ en cuanto la definición y composición del Estado mexicano, puesto que, como lo manifiesta, se puede decir que México a través del tiempo se ha ido formando como un Estado de Derecho, en donde la autoridad solo puede hacer lo que expresamente le es facultado en la ley – principio de legalidad-, siempre y cuando este no signifique la afectación directa o indirecta de los derechos fundamentales de cualquier persona –principio de dignidad humana-. En cuanto a la perspectiva penal, el Estado de Derecho se expresa, como la facultad que ostenta el Estado en imponer una sanción, cuando esta esté previamente descrita en una ley, cuya conducta sea considerada un delito.

⁷² Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, t. I, marzo de 2014, tesis: 1ª./J. 19/2014 (10ª.), p. 374.

⁷³ Díaz-Aranda, Enrique, *óp. cit.*, nota 60, pp. 53-56.

Aquí es donde surge la duda de que tan real es el Estado Constitucional de Derecho, ya que si bien se advierte que el Estado solo podrá imponer una sanción, cuando una ley así lo establezca, es el mismo Estado, a través del Poder Legislativo quien emite las leyes, en este caso de carácter penal legitimando todo lo promulgado; ejemplos podemos encontrar muchos, quizá el más emblemático mundialmente hablando es el de la *Alemania Nazi*, en donde mediante leyes, creadas de conformidad con los requisitos solicitados por el aparato legislativo, se realizaron un sinnúmero de atrocidades para eliminar ciertos grupos sociales, de manera legal más no humana.

Ello derivó a que el debate entre las libertades ciudadanas y el respeto que debe ejercer el Estado a estos, se introdujera en la discusión constitucional mexicana de manera temprana, por ello, fue la constitución de 1857 cuando se estableció por primera vez un catálogo de *derechos individuales*, marcando la diferencia entre los *derechos del hombre* y las *garantías*.

Por su parte en Europa, tras los acontecimientos tan atroces sufridos en la primera mitad del siglo XX, originó la necesidad de replantearse el tipo de Estado que se debía de adoptar; dicha necesidad se vio plasmada en diversos textos constitucionales, siendo los más relevantes, el de la Constitución Alemana de 1949, donde en su artículo 20 se estableció: *La República Alemana es un Estado federal democrático y social*. Por su parte, el Estado Español también adoptó la misma forma de Estado al establecer en su Carta Magna, en su artículo 1: *España se constituye en un Estado social y democrático de derecho [...]*.

Por su parte en nuestro contexto constitucional no se establece un precepto similar como los de sus homologas europeas, en virtud a que no se contempla expresamente el *Estado social y democrático de derecho*, todo ello por una simple cuestión, nuestra carta fundamental fue publicada en 1917, en donde, en dicho momento histórico, no existía esta clase de Estado.

No obstante, México al igual que gran cantidad de países, ha tenido la necesidad de ir cambiando a lo largo de su historia por diversos factores, por ello, y tras la industrialización y los excesos cometidos por la dictadura porfiriana originó el movimiento

de la revolución de 1910, dando nacimiento a una nueva Constitución Mexicana, en donde se pretendió atender a los reclamos sociales de las clases desfavorecidas, estableciendo derechos fundamentales para conseguir su protección, tras el ideal de: *tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*. Se reconoció el *principio de legalidad* como pilar fundamental del Estado de derecho; estableciendo de esta forma nuestro Estado mexicano una *estructura social y de derecho*.

En cuanto a materia penal, el Estado social implica que el *uso del derecho penal solo se justifica cuando se protegen bienes fundamentales para la sociedad*, atendiendo en todo momento al respeto de los demás principios fundamentales como la dignidad humana, la *ultima ratio*, la proporcionalidad, entre otros.

Para poder afirmar que nuestro Estado es un Estado Social, tenemos que partir por principio en el artículo 39° en donde se señala que el ejercicio del poder estatal debe de ser en beneficio del pueblo, por lo que, la legislación en materia penal por parte del Congreso de la Unión, solo se justificará en medida que beneficie a la sociedad mexicana, es decir, los bienes fundamentales que se deben proteger serán aquellos que tengan una gran relevancia para que el ciudadano pueda desarrollar su vida dentro de la sociedad; además se necesita que se garantice al ciudadano la posibilidad de poder disfrutarlos sin que nadie, de forma ilícita, los prive de ellos.

Este bien jurídico también tiene un *fundamento sociológico*, lo que implica su determinación conforme a cada sociedad en un momento y lugar determinado, cuya finalidad es posibilitar a sus integrantes su desarrollo y realización personal dentro del sistema social. El bien jurídico tiene un *carácter dinámico* y puede variar su concepción en el espacio y en el tiempo, por lo que con el tiempo la sociedad puede llegar a despreciar un bien jurídico que anteriormente se consideraba como fundamental, haciendo necesario el retiro de la protección penal, y por otra parte, también se podrán generar nuevas necesidades, y de esta forma dar origen a nuevos bienes que requerirán una protección jurídico penal.

El bien jurídico a su vez tendrá un *carácter abstracto*, lo que significa que no solamente se conformará de objetos materiales, sino también podrán consistir en un valor o cualidad sumamente valiosa para la sociedad.

La evolución del Estado de derecho hacia el Estado social, se traduce específicamente en el estricto apego al principio de legalidad, ya que en este se parte de la distinción entre los autores de un mismo delito, y con ello la posibilidad de la aplicación de penas o medidas de seguridad distintas entre sí, caso contrario a lo que sucedía en el Estado liberal, en donde los delincuentes de un mismo delito eran tratados iguales y por concerniente, se les imponía la misma penalidad.

Por lo anterior, podemos sostener que el derecho penal mexicano se ajusta a los parámetros del Estado social y de derecho, sin la necesidad de estar expresamente señalado en algún artículo constitucional.

Ahora bien, en cuanto a la característica de un *Estado democrático*, la constitución mexicana ordena en su artículo 40° la instauración de una República democrática en donde la voluntad popular estará representada democráticamente a través de los candidatos políticos elegidos por el pueblo.

Conforme a lo antes analizado, podemos concluir que nuestra Constitución vigente ordena el establecimiento de un *Estado social y democrático de derecho*, lo que significa que cualquier ley establecida en nuestro territorio nacional deberá de tener esta orientación, y si no es de esta forma, dicha ley no deberá de ser aprobada, y si fuese aprobada se deberá de combatir a través de un mecanismo de control constitucional para que se declare la inconstitucionalidad del precepto.

En cuanto a lo concerniente por la materia penal, esta deberá de estar regida por un mínimo de principios fundamentales como: el principio de dignidad humana, de legalidad, del bien jurídico tutelado, *ultima ratio*, proporcionalidad, igualdad y culpabilidad. Situación que se ve reflejada dentro de nuestra propia Constitución General⁷⁴, así como en diversas

⁷⁴ Interpretando artículos como el 14°, 15°, 16°, 17°, 18°, 19°, 20°, 21°, 22° y 23° (principalmente los artículos 14° y 20°), denotan garantías mínimas que el Estado debe garantizar a la persona.

leyes especiales, por ejemplo el Código Nacional de Procedimientos Penales⁷⁵, se establecen presupuestos que se deben de respetar por cualquier operador jurídico, dando una limitante a la potestad punitiva que tiene el Estado.

Lo anterior nos hace concluir que el Estado Mexicano se debe de considerar como un Estado social y democrático de derecho, sin embargo, es en la práctica jurídica donde podemos encontrar aun bastantes deficiencias a la hora de la búsqueda de la justicia, todo ello en virtud, a que en gran número de ocasiones son los mismos operadores jurídicos los que violentan las disposiciones señaladas en los ordenamientos anteriormente mencionados, lo que ocasiona no poder consolidarnos dentro de una esencia pura del Estado social y democrático de derecho.

El Estado Mexicano, al igual que otros Estados, ha ido evolucionando; reformas como la de en materia penal del 2008 y la de Derechos humanos en 2011, han denotado la preocupación que tiene nuestro Estado para ser congruentes con el discurso social y democrático de derecho, acercándose y consolidándose –o por lo menos tratar- cada vez más a este.

⁷⁵ En los capítulos uno y dos, se asientan tanto los principios como derechos que se regirán durante todo procedimiento penal, los que garantizaran una justicia de acorde a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Capítulo II. Aspectos Fundamentales de la Legítima Defensa.

2.1 Consideraciones Previas

Históricamente dentro del Derecho penal se han desarrollado diversos instrumentos o figuras dogmáticas que facultan al individuo el derecho de defender o salvaguardar los bienes jurídicos tutelados en contra de aquellas situaciones que los pongan en peligro, permitiéndole la lesión a otro bien jurídico. Ha dichos instrumentos, la dogmática penal, ha llamado *causas de justificación*⁷⁶, en donde, con la aplicación de estas figuras permite al individuo la realización de figuras típicas, eliminando su antijuridicidad y con ello la imposición de sanción alguna. En este sentido, en el presente trabajo, nos enfocaremos específicamente a la causa de justificación denominada como legítima defensa.

La legítima defensa es una de las instituciones jurídico-penales más controversiales dentro de la dogmática penal. Por ello, resulta de gran importancia conocer los aspectos esenciales, es decir, los elementos que deben de cumplir para actualizar la presente figura dogmática, garantizando el derecho con el que cuenta todo ciudadano para la protección de sus bienes jurídicos o, en su caso, los bienes jurídicos de un tercero, y de esta forma, poder evitar, a su vez, la venganza o una defensa innecesaria o irracional.

De tal forma, es que el presente capítulo, tiene como objetivo dar al lector los elementos que constituyen a la legítima defensa, los cuales necesariamente se deberán de cumplir para su correcta aplicación dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues como se verá, esta figura dogmática –al igual que las demás causas de justificación– un radio de limitaciones para su actualización, pues de otra forma –como se comentó en el párrafo anterior– nos encontraremos en presencia de una defensa irracional, o inclusive, de una venganza como tal.

⁷⁶ Reynoso Dávila señala que el termino de *causas de justificación* se encuentra mal empleado, ya que si su presencia tiene la virtud de borrar la delictuosidad, ninguna justificación reclama la comisión de un hecho lícito, es decir, al momento de que no existe antijuridicidad, como elemento del delito, la conducta desarrollada por el individuo se vuelve lícita, por lo tanto resultaría intrascendental justificar algo que por sí mismo es legal. Razonamiento que no compartimos, en virtud a que, la conducta desplegada por la persona, en primer momento se toma como típica, ya que actualizo todos los elementos exigidos por el legislador en la norma penal, no obstante, por situaciones específicas en el hecho, permiten justificar su actuar, eliminando de esta manera la antijuridicidad, concluyendo en la no imposición de la pena o medida de seguridad, señalada para ese delito. En REYNOSO DÁVILA, Roberto (2015), *Teoría general del delito*, 8va. ed., México, Porrúa, p. 109.

2.2 Concepción de la Legítima Defensa

Jakobs la define como *la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo de otro una agresión actual y antijurídica*⁷⁷.

En un sentido similar, Mezger señala que por legítima defensa se debe entender *aquella defensa que es necesaria para alejar de sí o de otro un ataque actual y antijurídico*⁷⁸.

En el mismo tenor Köhler, afirma que esta figura se debe de entender como *la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o terceras personas, contra el agresor, cuando no traspase la medida necesaria para la protección*⁷⁹.

Por su parte Guerrero Agripino aporta una acepción más detallada⁸⁰, y precisa que esta:

*Es la actuación de un sujeto que con el ánimo de defender un bien jurídico propio o ajeno, lesiona a 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*⁸¹.

De las acepciones antes señaladas, realizando una interpretación sistemática, se desprende que existen elementos esenciales en común, los cuales resultan necesarios para

⁷⁷ JAKOBS, Günther, *óp. cit.*, nota 20, p. 457.

⁷⁸ MEZGER, Edmund, *óp. cit.*, nota 5, p. 168.

⁷⁹ KÖHLER, en REYES ECHANDÍA, Alfonso (1999), *Antijuridicidad*, 4ta. ed., Temis, Santa Fé de Bogotá, p.100.

⁸⁰ Por su parte Liszt tiene una concepción diversa a las señaladas, ya que para él, la legítima defensa es aquella que *se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria a derecho, por medio de una lesión contra el agresor*. En este tenor, Liszt no toma como elemento esencial dentro de la legítima defensa a la proporcionalidad, y que para él bastaba con que alguien atacara injustamente al bien jurídico del otro para que la reacción tuviera plena justificación, sin tomar en consideración el bien jurídico afectado y la intensidad de la respuesta a la defensa efectuada, en LISZT, Frank en MONARQUE UREÑA, Rodolfo (2012), *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*, 3ra. ed., México, Porrúa, p. 37. En un sentido similar, Luzón Peña, en concordancia a lo manifestado por Wegner y Mayer, sostiene que el agresor pierde su derecho, siendo indigno, para ser protegido por este, pues al realizar el ilícito manifiesta su rebeldía contra el ordenamiento jurídico establecido. En LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2006), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2da. ed., Montevideo, B de f, *colección Maestros del Derecho*, n. 8, p. 29. Pensamiento con el que no estamos de acuerdo, pues siguiendo a Palermo, la persona que comete el acto, debe de seguir teniendo la calidad de persona, aun y con independencia de la irracionalidad, por ello la protección del Derecho, en ningún momento se pierde. En Palermo, Omar (2006), *La legítima defensa una revisión normativista*, Barcelona, Atelier, p. 308.

⁸¹ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, “Consideraciones sobre la legítima defensa. Algunas tendencias en la legislación mexicana”, en *Revista General de Derecho Penal*, España, número 28, noviembre 2017, p. 3.

que se pueda actualizar esta institución jurídica: la agresión (real, actual o inminente y no provocada) y la defensa (necesaria y racional).

2.3 Fundamento

La legítima defensa, a lo largo de la historia, ha encontrado diversas fundamentaciones, las cuales le han permitido asumir *una u otra posición en el ámbito forense*⁸². Las que más destacan dentro de la dogmática penal son tres⁸³: a) el ánimo de la auto-conservación; b) por la falta de protección estatal, y c) a través de una fundamentación dual.

2.3.1 Ánimo de auto-conservación

La defensa encontrará su fundamentación en virtud a una reacción natural, que despliega el sujeto, con la finalidad de mantenerse a salvo. Por lo cual, quien respondiera a una agresión en contra de su persona, bajo el amparo de la legítima defensa, no debe de ser sancionado.

La principal crítica, vertida a esta fundamentación, radica, en que la legítima defensa, únicamente es concedida como tal, cuando en los supuestos de agresión pongan en peligro al bien jurídico de la vida de la propia víctima, por lo que, quien busque repeler una agresión fuera de este supuesto, aunque esté actuando bajo los elementos esenciales de esta figura dogmática será penada su conducta.

Para tener una mayor comprensión a esta crítica, Ontiveros Alonso, expone el siguiente acontecimiento: *un policía que dispara y mata a un asaltante, ejerciendo así una legítima defensa a favor de un tercero, no actúa con un ánimo de auto-conservación, pues*

⁸² ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *óp. cit.*, nota 10, p.277.

⁸³ Para el presente trabajo se consideró el estudio más adecuado, en cuanto a la fundamentación, el realizado por Ontiveros Alonso, no obstante cabe hacer mención, que existe un número más amplio de teorías, que en su momento, pretendieron dar un sustento a la presente eximente; por ejemplo las señaladas por Donna, el cual menciona que la legítima defensa contará con una doble fundamentación: 1) *la defensa del bien jurídico en particular, que surge de la propia normativa, en el sentido de que la defensa solo es permitida cuando se trate de la persona o de derechos propios o ajenos, esto es, bienes personales y 2) la necesidad de la defensa del orden jurídico, en el sentido de que el derecho siempre debe de prevalecer sobre el injusto*, en DONNA, Edgardo Alberto (1995), *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea, t. II, p. 140.

*quien podría poseer dicho animo –la víctima de la injerencia-, nada hace en su defensa*⁸⁴, es decir, bajo esta fundamentación, el tercero que busque proteger la vida de la víctima, no podrá actualizar un supuesto de defensa, ya que su vida no corre peligro alguno, dejando de esta forma, un ejercicio de la legítima defensa a un solo supuesto: la agresión que ponga en peligro la vida de la víctima, concluyendo en una extrema limitación.

2.3.2 Falta de Protección Estatal

Esta postura fundamenta a la legítima defensa en la *falta de suficiente protección estatal*⁸⁵, en el momento en que se manifieste la agresión, por lo cual la víctima, no tiene más opción que utilizar esta eximente.

Sin embargo, la doctrina moderna considera este fundamento como inexacto, ya que, como afirma Luzón Peña el Estado *renuncia al monopolio de la fuerza y se admite defensa privada*⁸⁶, lo cual, en la esencia de un Estado Social y Democrático de Derecho, será contrario⁸⁷.

Asimismo en los supuestos, en donde efectivamente se encuentre la presencia de una autoridad estatal al momento en que se despliegue la agresión, bajo esta fundamentación, la víctima no podrá ejercer defensa alguna, ya que ya que no existe una falta de protección estatal, lo cual es el requisito primario para la presente postura.

Derivado de lo anterior, en la actualidad, esta tesitura prácticamente ha sido abandonada, siendo difícil encontrar a quien la defienda en la dogmática jurídico-penal moderna.

⁸⁴ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *óp. cit.*, nota 10, p. 278.

⁸⁵ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *óp. cit.*, nota 82, p. 524.

⁸⁶ *Ídem.*

⁸⁷ Esto en virtud, a que permitir una defensa privilegiada se estaría fomentando a una impartición de justicia por la propia mano de la víctima, lo cual puede originar una gran cantidad de problemas dentro de una determinada sociedad. Dicha figura, se encuentra prohibida por diversas constituciones latinoamericanas, y nuestro Estado mexicano no es la excepción, ya que su negación se encuentra plasmado en el artículo 17, primer párrafo, el cual señala que: *ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho*. En GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *óp. cit.*, nota 56, p. 171.

2.3.3 Fundamentación Dual

Siguiendo el pensamiento Roxiniano⁸⁸, la legítima defensa tiene una doble fundamentación: por un lado se debe basar en *la protección individual*, y por otro, *en el prevalecimiento del derecho*. La primera de ellas, se refiere a que la legítima defensa será utilizada para la protección de bienes jurídicos. La segunda, manifiesta que el ejercicio de la defensa se deberá de dar con el cumplimiento de todos sus elementos, *pues solo de esta forma hará prevalecer el ordenamiento jurídico*.

Lo antes mencionado, se refiere a que solo existirá la legítima defensa cuando se busque la protección de un bien jurídico, actualizando todos y cada uno de sus elementos, es decir, si alguno de ellos no se llega a concretar ya no estaremos ante una eximente, sino en presencia de una conducta que pudiese ser penada.

La presente tendencia apunta *hacia una cierta restricción de la legítima defensa, pues es producto de la acentuación, en un sentido realista, de la dimensión social de la legítima defensa, y resulta en todo caso coherente con el paso del Estado liberal al Estado social*⁸⁹, permitiéndonos explicar el porqué de la sanción ante un exceso en la legítima defensa, ya que al excederse se estará abusando de la prevalencia del ordenamiento jurídico. De igual forma, el agresor desde esta *perspectiva de realidad social, sigue siendo una persona cuya lesión constituye un mal real, que puede estar justificada, pero de ser posible sería preferible evitar*⁹⁰.

Esta doctrina, hoy día, es la dominante en Alemania y en países Iberoamericanos, no obstante –como se verá más adelante- se ha buscado replantear esta fundamentación con la búsqueda de un derecho penal efficientista, en aras, de violentar un garantismo penal que se debe profesar en todo Estado Constitucional de Derecho⁹¹.

⁸⁸ ROXIN, Claus, *óp. cit.*, nota 6, p. 608.

⁸⁹ MIR PUIG, Santiago (2015), *Derecho penal. Parte general*, 10ma. ed., Barcelona, Reppertor, p. 446.

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ Por su parte, Díaz Aranda señala que la legítima defensa obedece a una política criminal, cuyo fin es buscar evitar la comisión de conductas típicas y antijurídicas, no sin antes, de que el Estado haya agotado todos los medios que están a su alcance para evitar que el ciudadano se vea en la necesidad de llegar al extremo de la autodefensa. En DÍAZ ARANDA, Enrique, *óp. cit.*, nota 60, pp. 308-309.

2.4 Naturaleza

La naturaleza de la legítima defensa dentro de las sociedades posmodernas desemboca principalmente en dos: como un derecho propio del ciudadano y como una causa de justificación.

Bajo el primer supuesto, la legítima defensa corresponderá a un derecho o facultad natural del propio individuo, pues deriva *de lo más íntimo de la naturaleza humana*⁹², por lo cual al momento de ejercer la defensa necesaria se está ejerciendo un derecho con el cual cuenta el ciudadano.

Como una causa de justificación, en este sentido, si la defensa se realiza atendiendo a lo señalado por la propia ley para su actualización, esta se estará realizando conforme a derecho, por lo cual no podrá ser considerada como antijurídica, es decir, la acción realizada por el sujeto se encontrará justificada, puesto que, como menciona Muñoz Conde, *en la medida en que la defensa sea respuesta proporcionada a una agresión injusta, no cabe duda de que, cualquiera que sea la actitud anímica del que se defiende, existe auténtica causa de justificación que legitima el acto realizado*⁹³. En esta guisa, quien se defiende atendiendo a todos los requisitos enmarcados por la ley, no será responsable de su actuar, pues actúa de manera justificada.

2.5 Elementos

De los conceptos, que ya previamente quedaron señalados en esta investigación, podemos concluir dos elementos estructurales para que se pueda constituir la legítima defensa: la *agresión*, la cual deberá de ser ilegítima, real, actual o inminente, no provocada y que se dé hacia un derecho propio o ajeno; y la *defensa*, que versará en una reacción necesaria y racional hacia una previa agresión.

⁹² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *óp. cit.*, nota 82, p. 78.

⁹³ MUÑOZ CONDE, Francisco (2002), *Teoría general del delito*, 2da, edición, Bogotá, Temis, p. 77.

2.5.1 Agresión

La agresión se entiende como *aquella acción de puesta en peligro dolosa de algún bien jurídico*⁹⁴.

Por su parte Maurach la define como *la amenaza humana de lesión de un interés jurídicamente protegido*⁹⁵.

La SCJN, en su tesis 188 concibe a la agresión como el *movimiento corporal del atacante que amenaza lesionar o lesiona intereses jurídicamente protegidos y que hace necesaria la objetividad de la violencia por parte de quien la rechaza*⁹⁶.

De lo anterior, se puede concluir que la agresión deberá de ser de manera dolosa, es decir, que al agente agresor tenga la intención de realizar su acción, y que esta acción ponga en peligro a determinado bien jurídico.

Dentro de la agresión, para que pueda operar una defensa real, esta tendrá que ser *ilegítima, real, actual o inminente, no provocada, y que sea ante bienes jurídicos propios o ajenos*.

a) Ilegítima

Por regla general, toda agresión es ilegítima, ya que *tiende a lesionar o poner en peligro un bien jurídico tutelado, y exige como elemento la voluntad o dolo agresivo, pues sin esa intención la reacción defensiva no tendría sentido*⁹⁷; por lo que en materia penal no habrá cavidad para agresiones justificadas. Lo que sí se podrá permitir son aquellas acciones justificadas⁹⁸, las cuales serán amparadas por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de un deber –nos referimos principalmente a las acciones ejercidas por los

⁹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *óp. cit.*, nota 82, p. 528.

⁹⁵ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994), *Derecho penal parte general*, trad., Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson, 7ma. Edición, Buenos Aires, Astrea, p. 440.

⁹⁶ Sexta Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, t. II, 1995, p. 108.

⁹⁷ BALDO LEVILLA, Francisco (2016), *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguardar*, 2da edición, Montevideo, B de f, colección *Maestros del Derecho*, n. 48, p. 74.

⁹⁸ Algunos doctrinarios equiparan a una acción justificada con una agresión justificada, tal es el caso de Luzón Peña, sin embargo, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, realizar esta equiparación constituiría una contradicción entre sus postulados, ya que se permitiría la realización de agresiones amparándose en la realización de algún cumplimiento de un deber, lo que originaría incertidumbre jurídica dentro de la sociedad.

policías derivadas de sus funciones- las cuales podrán emprender acciones para evitar alguna comisión criminosa, siempre atendiendo a los postulados de un Estado Constitucional de Derecho. Ante una acción justificada, no se podrá ejercer en ningún momento, una legítima defensa.

b) Real

La agresión debe de existir y poner en peligro determinado bien jurídico. Sí la agresión solo forma parte del pensamiento o imaginación de la víctima, esta jamás actualizará algún supuesto que permita ejercer defensa. En este sentido, conviene traer a colación la denominada defensa putativa, en la cual la agresión no existe realmente, lo que podrá originar una causa de inculpabilidad, más no una causa de justificación, pues podrá atender a un error invencible, o en si defecto, a un error vencible, pudiéndose atenuar la pena.

Esta condición estará íntimamente ligada con la actualidad y la inminencia, características que analizaremos a continuación.

c) Actual o inminente

Reyes Echandía señala que *la actualidad se limita al momento a partir del cual nace la agresión y se extiende hasta el momento en que ella cesa*⁹⁹. Con ello, se afirma que la legítima defensa únicamente se podrá ejercer durante la vida de la agresión, ya que una vez que esta haya cesado, no se podrá realizar defensa alguna, en virtud a este actuar obtendrá un carácter vengativo, lo que constituirá responsabilidad penal para quien lo realice.

La *inminencia*¹⁰⁰, será un presupuesto que permitirá justificar una defensa, antes de la exteriorización material de una agresión, tomando en cuenta acciones que permitan considerar, de manera racional, la posibilidad de un ataque siguiente que tenga como finalidad la lesión de un bien jurídico¹⁰¹. Para tener una mayor claridad Calderón Martínez

⁹⁹ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *óp. cit.*, nota 81, p. 112.

¹⁰⁰ Díaz Aranda manifiesta que en estos dos tipos de agresiones (actual e inminente) será un tanto complicada, ya que se necesitará analizar de una manera específica las circunstancias del hecho para determinar si nos encontramos dentro de una justificación de conducta o una confirmación de su antijuridicidad.

¹⁰¹ Lo que significa colocarse en un posición *ex ante* para valorar si en efecto se encuentra ante un hecho que pueda constituirse como una agresión pronta a iniciar

señala como ejemplo: *cuando un automóvil sospechoso con varios sujetos encapuchados se le atraviesa a otro automóvil evitando que siga su trayecto, es inminente que lo van a matar, secuestrar, robar, etcétera*¹⁰².

d) Agresión no provocada

La situación antijurídica no debe de ser iniciada por el que presuntamente se defiende, es decir, no debe de existir una provocación dolosa, ya que si es así, no se podrá justificar las conductas posteriores que se originen en el hecho, esto en virtud, a que ha sido la misma víctima quien creó la situación de peligro.

e) Ataque a un derecho propio o ajeno

La agresión deberá dirigirse contra un bien jurídico de la propia víctima. También se podrá ejercer la presente institución dogmática para la protección de bienes jurídicos de terceras personas.

2.5.2 Defensa

El segundo elemento estructural para configurar una legítima defensa, versa en que, ante cualquier agresión ilegítima, la víctima o algún tercero, estará facultado para ejercer una defensa, es decir, a ejecutar una acción con la finalidad de impedir, o tratar de impedir el daño hacia un bien jurídico protegido.

Para que esta defensa opere de acuerdo a un Estado Social y Democrático de Derecho, se deberá contemplar dos principios rectores: la *necesidad* y la *racionalidad*.

a) Necesidad de la Defensa

*Esta existe cuando hay necesidad de hacer algo –lo que sea- para evitar que se realice el peligro de la agresión, es decir, para impedir o repelerla*¹⁰³. Lo que conlleva a la no

¹⁰² CALDERÓN MARTÍNEZ, Alfredo (2016), *Teoría del delito y juicio oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, colección Juicios Orales, p. 24.

existencia de otra forma de actuar por parte del agente, en virtud a las circunstancias personales, espaciales y temporales que se suscitan en el hecho.

Este principio brindará una certidumbre en la sociedad, ya que la defensa solo se utilizará en los casos que verdaderamente lo ameriten, limitando de esta forma instituciones dogmáticas que por su propia naturaleza se deben de limitar.

b) Racionalidad y proporcionalidad de la defensa

Dentro de la doctrina existe una confusión al considerar como sinónimos los términos proporcionalidad¹⁰⁴ y racionalidad. Cuando se habla de legítima defensa no se habla de un actuar proporcional, ya que como lo señala Kindhauser, *tal elemento pertenece al estado de necesidad, en el que se actúa frente a un peligro que no proviene de su agresión*¹⁰⁵. La racionalidad se exterioriza cuando la defensa resulta suficiente para eliminar el peligro en el que se pone el bien jurídico, de la forma menos lesiva.

Este, quizá, es el elemento que resulta más confuso dentro de la sociedad, ya que se ha originado un pensamiento, un ideal, en donde la racionalidad se equipara al mismo instrumento utilizado por el agresor para efectuar la lesión, es decir, si el sujeto es atacado solo a golpes, este únicamente puede utilizar su cuerpo para generar la defensa, si utiliza un objeto diverso estaremos ante una causa irracional de la defensa.

Esto en la actualidad resulta un absurdo que es imposible sustentar, ya que se ha establecido dentro de la doctrina dominante, la libertad de utilizar cualquier medio para ejecutar la defensa, no obstante, ese medio debe de ser el que, de manera racional, neutralice la agresión, siendo este el menos lesivo¹⁰⁶.

¹⁰³ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *óp. cit.*, nota 82, p. 543.

¹⁰⁴ Muñoz Conde señala que la racionalidad será en cuestión al medio empleado, manifestando la proporcionalidad como factor primario para que se constituya la defensa, en MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *óp. cit.*, nota 12, p. 350. Punto en el cual discrepamos, ya que como se hizo mención, no se debe de confundir los términos racionalidad con proporcionalidad, ni con el medio utilizado.

¹⁰⁵ ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *óp. cit.*, nota 10, p. 288.

¹⁰⁶ Si un sujeto ataca a otro con la finalidad de robarlo, utilizando un arma blanca para lograr su fin, y la víctima porta un arma de fuego de manera legal, podrá disponer de ella para evitar la finalidad del sujeto. Empero, no será necesario privarlo de la vida, bastará con darle un disparo en la pierna para inmovilizarlo y romper la agresión, o inclusive podrá realizar disparos al aire para intimidar al sujeto. Este actuar lo realizará

Si la defensa va más allá de lo necesario y de una racionalidad derivará en un exceso de la misma, lo cual deberá de ser penado.

2.6 Modalidades de la legítima defensa

La legítima defensa dentro de la doctrina arroja dos tipos de defensas, partiendo de supuestos particulares, en torno a las circunstancias y acontecimientos del hecho: la *legítima defensa privilegiada* y la *legítima defensa putativa*.

2.6.1 Legítima Defensa Privilegiada

La legítima defensa presunta, como también se le conoce, será aquella que se presumirá como legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se provoque un daño a otra persona bajo diversas circunstancias.

Se llamará privilegiada porque representa un privilegio en favor del actor, ya que resultará amparado por esta causa de justificación aun cuando no exista claridad sobre la naturaleza y magnitud de la agresión¹⁰⁷.

Principalmente se da en dos supuestos: *asaltante nocturno* y *extraño dentro del hogar*, frente a estas hipótesis se presumirá que actúan en legítima defensa para el rechazo de uno o del otro.

En este tenor, quien realice la defensa no estará obligado a acreditar su intención, ya que desde un principio se presume como eximente, dejándole la carga al Ministerio Público la demostración, mediante material probatorio, de la falta de alguno de los elementos fundamentales para que se pueda constituir la legítima defensa.

de una manera racional. O bien, como lo ejemplifica Roxin, quien solo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejercerá la defensa necesaria y está justificada por legítima defensa aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave que la que se hubiera producido por la paliza.

¹⁰⁷ REYES ECHANDÍA, Alfonso, *óp. cit.*, nota 81, p. 176.

2.6.2 Defensa putativa

Se conoce también como legítima defensa imaginaria¹⁰⁸, ya que la agresión que repele el sujeto no existe en la realidad, sin embargo el actor no tiene duda alguna de que es real. Lo que conlleva que el sujeto esté actuando bajo un error de hecho, ya que no se configuró una agresión, tratándose de este modo de un caso de inculpabilidad y no de antijuridicidad.

Agudelo Betancur, explica la defensa putativa mediante el siguiente ejemplo: *dos sujetos discuten de manera acalorada; en medio de la disputa, uno de ellos mueve la mano en dirección al bolsillo; el otro, creyendo que va a sacar un arma, actúa más rápido y se defiende. Pero resulta que quien primero ejecutó el movimiento, solo iba a sacar su pañuelo para secarse el sudor generado por el alegato*¹⁰⁹.

Esta, por lo tanto, no será una legítima defensa pues no se reacciona ante una agresión, sino ante la equivocación de una creencia (error de hecho), por lo que se podrá considerar una causa de exculpación, más no como una causa de justificación.

2.7 Exceso en la defensa

Como ya quedo señalado con antelación, uno de los principios rectores de la legítima defensa es el *prevalecimiento del ordenamiento jurídico*. Este principio fungirá como fundamento limitador¹¹⁰ para la defensa, ya que esta únicamente se podrá actualizar cumpliendo con cada uno de sus elementos –la existencia de una agresión y la reacción mediante una defensa necesaria y racional-, es decir, si el agente se extralimita en su despliegue defensivo, se exteriorizará un supuesto de exceso.

¹⁰⁸ Para profundizar en el tema véase AGUDELO BETANCUR, Nódier (2017), *Defensa putativa*, 2da. ed., temis, Colombia.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 3.

¹¹⁰ Jescheck menciona en su tratado de Derecho penal que en Europa fue promulgado en 1950 el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, en donde se establece una serie de limitaciones al momento de ejercer esta eximente causando la muerte del agresor, señalando que únicamente podrá ser justificada cuando se *produce en amparo de la integridad física, la vida o la libertad de una persona frente al empleo antijurídico de la violencia, así que por ejemplo, la muerte por arma de fuego del ladrón que huye con el botín ya no estaría cubierta por la legítima defensa*, ya que la víctima no se encuentra dentro de un peligro que amerite su justificación. En JESCHECK, Hans-Heinrich (1993), *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 4ta ed. alemana por José Luis Manzanares Samaniego, editorial Comares, Granada, España, p. 313.

La doctrina nos señala que, en la defensa, se pueden presentar dos tipos de excesos: el *exceso intensivo* o *propio* y el *exceso extensivo* o *impropio*.

2.7.1 Exceso intensivo

Este tipo de exceso se da *cuando el medio empleado es innecesario en el sentido visto por haberse podido emplear otro seguro y menos lesivo*¹¹¹. En este sentido, como lo expone Roxin, *el sujeto supera en la defensa la medida de lo necesario*¹¹².

Se considera como propio en virtud, a que está en la misma esfera del agente poder actuar mediante un medio menos lesivo, que pudiese contener igualmente la agresión.

Ante esta situación nos encontramos en una exigente incompleta, ya que, si bien es cierto existe un exceso en la defensa, este exceso se da en virtud a una agresión ilícita, lo que concluirá en una sanción de menor rigor, ya que existe una disminución del injusto.

2.7.2 Exceso extensivo

El exceso extensivo¹¹³ se configura *cuando la agresión ya no es actual o todavía no lo es*¹¹⁴, dicho de otra forma, el agente supera los límites temporales, ya que la agresión no es actual al momento de desplegar la defensa.

La opinión dominante de la literatura científica rechaza¹¹⁵ la impunidad en este tipo de exceso, ya que podrá constituirse como una venganza a la agresión ya finalizada, como lo alude Martiñón Cano *una forma de evolución social, es quitar a los particulares la*

¹¹¹ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *óp. cit.*, nota 82, p. 559.

¹¹² ROXIN, Claus, *óp. cit.*, nota 6, p.

¹¹³ Zaffaroni afirma que este tipo de exceso se entrelaza con el *límite temporal de la acción defensiva*, con lo que se refiere a que solo existirá defensa mientras exista la agresión, ya que la legítima defensa no está pensada para *perseguir delitos, sino para proteger derechos y bienes*. En ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro & SKOLAR, Alejandro (2005), *Derecho penal. Parte general*, 2da. ed., México, Porrúa, p.665.

¹¹⁴ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *óp. cit.*, nota 82, p. 560.

¹¹⁵ Ontiveros Alonso señala que el despliegue defensivo que se realiza inmediatamente después de haber concluido la agresión, sí podrían ser considerados como un exceso intensivo, en ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *óp. cit.*, nota 10, p. 300. Empero, De manera personal no se comparte con dicho postulado, ya que aun y cuando se actué en el momento siguiente a la agresión, está ya se habrá consumado, por lo tanto, la defensa ya no efectuará ante una agresión actual; y con fundamento en el principio de prevalecimiento del ordenamiento jurídico, este actuar ya no deberá estar amparado por una causa de justificación, debiendo, de esta forma, ser sancionado por el operador jurídico.

*posibilidad de revancha, en caso de que se vean afectados, siendo el Estado el único que debe administrar justicia*¹¹⁶. Por consecuencia, es necesario que estos supuestos sean previstos y sancionados por el legislador, de otra forma producirían una inseguridad social y complicación jurisdiccional.

Bajo los presentes presupuestos, cabe hacer mención que no existe violación a los derechos del presunto agredido al momento de imponerle sanción a este por excederse en la presente eximente, puesto que, como lo señaló el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, para que se constituya de manera correcta se requiere, *no solamente la concurrencia de una agresión que reúna los requisitos legales y de la cual derive un peligro inminente a bienes jurídicamente protegidos, sino que la repulsa de dicha agresión sea no sólo necesaria, sino además proporcionada, de manera que cuando la defensa exceda los límites racionales y adecuados a la agresión, debe sancionarse penalmente el daño que se cause*¹¹⁷.

Por lo anterior resulta de importancia que estas medidas limitativas se encuentren vigentes dentro de todo Estado Social y Democrático de Derecho, atendiendo al respeto de los Derechos humanos con los que cuentan cada uno de los miembros que conforman a la sociedad, obligando al legislador a tener en cuenta, en todo momento, que la institución jurídica de la legítima defensa –como las demás instituciones jurídico-penales- no cuentan con una potestad libre al momento de ser utilizadas, sino que deben de cumplir con una serie de requisitos previos para sé de su configuración, de otra forma, si su actuar constituye un delito se deberá sancionar, pues su actuar no estará justificado.

¹¹⁶ MARTIÑÓN CANO, Gilberto en GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe (coord.), *óp. cit.*, nota 56, p. 172.

¹¹⁷ Séptima Época, Tribunal Colegiado de Circuito en materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, volumen 66, Sexta parte, 1974, p. 35.

Capítulo III. La Legítima Defensa desde la Perspectiva de los Derechos Humanos.

3.1 Consideraciones Previas

En la actualidad, es indudable poder afirmar que el Estado mexicano se encuentra en una transformación sustancial en cuanto a su sistema jurídico se refiere¹¹⁸, reformas en materia de seguridad y justicia de 2008, en derechos humanos y en amparo de 2011, así como la instauración del Sistema Nacional Anticorrupción de 2015 -por destacar algunas-, han tenido como objetivo brindar una mayor eficacia¹¹⁹ en la impartición de justicia en beneficio de los ciudadanos, pues buscan afrontar los nuevos retos y realidades que se van presentando día con día en la sociedad.

No obstante, han sido las reformas en materia de seguridad y justicia y la de derechos humanos¹²⁰, las que más han aportado en materia penal, ya que, con el establecimiento del sistema penal acusatorio y adversarial, en el cual se pretendió brindar un sistema de garantías procesales para las partes, dejando de lado las prácticas nocivas aplicadas en el sistema inquisitivo; en conjunto con la instauración constitucional de la promoción¹²¹, el respeto¹²², la garantía¹²³ y protección¹²⁴ de los derechos humanos

¹¹⁸ ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo en PADILLA SANABRIA, Xóchitl Lizbeth (2018), *Manual operativo del procedimiento administrativo de responsabilidad en el Sistema Nacional Anticorrupción*, México, Flores, p. XVII.

¹¹⁹ Por eficacia, siguiendo a Hernández Cruz, se entiende *la capacidad que en la realidad tienen estas para normar la conducta de los destinatarios de la norma, en los hechos, al objeto directo que ésta persigue, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas y que lo son por ellas son vividas, como socialmente obligatorias*. En HERNÁNDEZ CRUZ, Armando (2015), *Eficacia constitucional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, colección Sobre la protección constitucional de los derechos humanos, fascículo 17, pp. 12-13.

¹²⁰ La reforma constitucional en materia de Derechos humanos, ha constituido, para muchos, como el más significativo cambio, desde la promulgación de la Constitución Política mexicana de 1917, que ha sufrido nuestro sistema jurídico. Para más profundidad en el tema, véase CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2017), *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pp. 39-45.

¹²¹ Hernández Orta expone que la promoción de los Derechos humanos significa *llevar a la realización los derechos humanos*. Esto, es de suma importancia, ya que los Derechos humanos constituyen los *mínimos indispensables para llevar adelante el proyecto de construcción de una sociedad democrática, sustentada en acuerdos que respetan las condiciones de las personas y permiten que las relaciones humanas se lleven a cabo en un clima adecuado para el desarrollo de las capacidades y potencialidades de todas y todos*. En HERNÁNDEZ ORTA, Gustavo (2013), *La promoción en derechos humanos desde la CDHDF*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, p. 15

¹²² El respeto por los derechos humanos, implica que el Estado debe de abstenerse de violentar un derecho que ya ha sido previamente reconocido y establecido, dentro de su ordenamiento jurídico, o haya sido ratificado por él en algún tratado internacional, únicamente pudiéndolos restringir en base a lo estipulado por las mismas disposiciones legales, en RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, (2017), *Derechos Humanos*, 7ma. Reimpresión, México, Oxford, Colección de textos jurídicos universitarios, pp. 113-114. En esta guisa resulta fundamental acudir a lo establecido en el artículo 29 Constitucional, pues es en este donde se establecen las reglas y parámetros para poder disponer de la restricción o suspensión de un derecho concedido por el Estado, salvo ciertas excepciones, por ejemplo la vida, para lo cual véase BETANZOS

enmarcados dentro de nuestro sistema jurídico local, como también de aquellos establecidos en tratados internacionales¹²⁵, en los cuales el Estado mexicano fuera parte, velando que se dé *la esencia de una Constitución: la preservación de la dignidad humana*¹²⁶, han marcado la pauta para consagrar un sistema jurídico mexicano basado en el garantismo penal.

En esta tesitura, se ha obligado al Estado a que en todo momento ponga como eje central la dignidad¹²⁷ de todas y todos los individuos que conformen a la sociedad, desde la

TORRES, Eber Omar (2015), *El artículo 29 constitucional: una aproximación general*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Sobre la protección constitucional de los derechos humanos, fascículo 5.

¹²³ Este concepto se entiende en dos perspectivas: *tanto en el deber de respetar como en la obligación de hacer*, asegurándose de la aplicación de los derechos establecidos por el Estado y por la comunidad internacional (adheridos por éste), para todos los individuos que integran a la sociedad, a través de los múltiples instrumentos e instituciones con los que cuenta el aparato estatal, en RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, nota 124, pp. 114-115.

¹²⁴ La protección de los Derechos humanos versa en los mecanismos e instituciones con los que cuenta el Estado y el ciudadano para hacer valer sus derechos, en este sentido instituciones como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –Comisión y Corte Interamericana, el Sistema Europeo mediante el Consejo Europeo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y el Sistema Africano a través de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, así como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, constituyen las instituciones que se encargarán por hacer valer los derechos con los que cuenta el ciudadano, impidiendo que el Estado atente contra ellos. En el sistema nacional mexicano la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en conjunto con las Comisiones Estatales que rigen en las entidades federativas, contarán con la función de la protección a los Derechos humanos. Para profundizar en el tema véase MENA TRIGUERO, María de los Ángeles (2016), *La defensa, promoción y protección de los Derechos humanos a través de las Organizaciones no gubernamentales internacionales*, México, CNDH.

¹²⁵ El Estado mexicano a lo largo de su historia, se ha distinguido por tener una *larga tradición diplomática de promoción y respeto de los principios fundamentales del Derecho internacional*, pues ha sido en gran medida uno de los Estados que ha procurado establecer su desarrollo legislativo de conformidad con lo establecido en las tendencias internacionales –aun y cuando en más de una ocasión no se han llegado a plasmar en la justicia mexicana–, puesto que, desde su incorporación en 1981 y la aceptación de la competencia contenciosa en 1998 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha desarrollado un bloque de diferentes tratados internacionales, para buscar una justicia local plena, trayendo consigo el compromiso de velar por el cumplimiento de tratados internacionales, como lo son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por parte de los órganos jurisdiccionales mexicanos. En GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván (2015), *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones, transformaciones y nuevos desafíos*, 2da. edición, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 31-32.

¹²⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2015), *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, 4ta. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, p. 35.

¹²⁷ La dignidad humana debe de fungir como el eje central de las actuaciones que pretenda realizar el Estado, desde la promulgación de alguna norma, hasta la aplicación de esta en la sociedad. En esta guisa, y como ya se ha señalado en diversas páginas de este estudio, *el grado de respeto institucional de la dignidad de la persona permite apreciar que tipo de sistema político-jurídico, respecto que se concreta en los derechos esenciales o humanos. Se adjetiva un Estado como totalitario, cuando atenta contra los derechos humanos pese a la actuación legal de las instituciones públicas al ceñir sus atribuciones al orden jurídico vigente, si*

elaboración de una norma penal hasta la imposición de una pena o medida de seguridad, respetando los derechos fundamentales con los que cuentan estos, a través de los límites de la actividad estatal.

En este contexto, resulta relevante analizar a través de una perspectiva de los derechos humanos figuras dogmáticas como la legítima defensa, pues aun y cuando funge como un derecho propio de la misma sociedad posmoderna, sí esta no se configura bajo ciertos límites podría ocasionar problemas graves dentro de la sociedad, puesto que, por su propia naturaleza conlleva al ejercicio de una defensa, la cual, en ciertos supuestos puede estar encaminada a la irracionalidad, a la desproporcionalidad, o bien, en no ser necesaria.

3.2 El Derecho a la Defensa

La defensa, como ya ha quedado asentado en el capítulo anterior, constituye un derecho con el que cuenta cada uno de los miembros que conforman a determinada sociedad, el cual les faculta a utilizar cierto grado de coerción directa para defender bienes propios y ajenos, cuando el Estado no lo pueda hacer, no obstante, como afirma Zaffaroni *como todo derecho, tiene límites, que no son solo los impuestos por la necesidad sino también los que devienen de la racionalidad. Los límites racionales al ejercicio de un derecho no le privan de su naturaleza sino que lo acotan de un modo republicano*¹²⁸.

En esta tesitura, la legítima defensa podrá ser utilizada por cualquier ciudadano que se encuentre en el supuesto donde se actualicen todos y cada uno de los elementos que conforman la estructura de la presente eximente, pues de otra forma, si la defensa se llevará hasta el extremo, ocasionaría que la vida social se convirtiera en una selva¹²⁹, esto en virtud a que atentaría con otros derechos de igual, o inclusive, de mayor importancia.

ese orden normativo atenta contra esos derechos lo hace también en contra de la dignidad, en cambio, si nos encontramos ante un sistema político-jurídico liberal y democrático, se sustentan en normas que respetan los derechos humanos; la dignidad humana será base del sistema, por tanto las leyes son justas si se apoyan en los derechos humanos. En MENDOZA ESQUIVEL, Joaquín (2014), *Los derechos humanos como sustento de la ley justa. Una propuesta pensada desde John Rawls*, México, Porrúa, p. 5.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *óp. cit.*, nota 115, p. 609

¹²⁹ *Ibidem*, p. 612.

Es por ello, que reiterando lo vertido en líneas anteriores, se debe de limitar esta figura dogmática, pues de otra forma originaría un estado de incertidumbre y de difícil impartición de justicia, ya que, prácticamente se estaría habilitando la justicia por propia mano, o inclusive, y de manera más delicada, como una justificante para cometer un ilícito de manera doloso, violentando de esta forma, principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho, así como derechos propios de los demás ciudadanos como la vida, la integridad física, la seguridad jurídica, entre otros.

Esta limitación, no se debe entender ni buscar a partir de la propia realización de la acción de la defensa como tal, sino que se debe de iniciar desde la legislación de la norma penal¹³⁰, precisando de manera exacta el alcance, los elementos y los fines de esta, puesto que, de otra forma sino se señalan expresamente los requisitos necesarios para su actualización de acorde con los postulados del Estado –en nuestro Estado mexicano como un Estado Constitucional de Derecho-, se estaría plasmando una norma penal indeterminada¹³¹, sujeta a interpretaciones y por consiguiente a arbitrariedades, lo cual desencadenaría en violaciones a supuestos elementales dentro de la sociedad.

3.3 Principios y Derechos que Pueden ser Afectados mediante una Supuesta Legítima Defensa

Sí la legítima defensa, desde su creación hasta su actualización, se realiza alejándose de sus elementos básicos y de aquellos postulados propios de un Estado Social y Democrático de

¹³⁰ En este sentido, funge de gran ayuda, lo denominado como *ética legislativa*, con la cual se pretende dar contestación a la interrogante ¿cómo debería ser la ley para evitar que su aplicación produzca injusticia? La presente cuestión se satisface, según Ramírez García y Pallares Yabur, atendiendo a un doble plano: el formal, en donde se debe atender todas las disposiciones jurídicas para que sean prospectivas y claras, así como estables y, de ser considerado necesario, aportar coacción al hecho justo para contribuir a su cumplimiento; y un plano general, en el cual la norma que se pretenda promulgar deberá ser razonable, atendiendo a la realidad que acontece en ese preciso momento en la sociedad. En RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *óp. cit.*, nota 124, pp. 17-18.

¹³¹ Siguiendo el pensamiento roxiniano, las normas penales indeterminadas, al no ser claras impiden la protección al ciudadano frente a las arbitrariedades del Estado, pues no limitan el *ius puniendi* estatal, debiendo ser estas declaradas como inconstitucionales y por lo tanto nulas, puesto que se vulnera principalmente el principio de legalidad, específicamente en la característica de *lex stricta* –característica que ya fue previamente analizada-, dando paso, a que cada vez exista más un derecho penal menos claro. En ROXIN, Claus, *óp. cit.*, nota 6, pp. 169-170.

Derecho, ocasionará -seguramente en más de una ocasión- violaciones graves a los derechos fundamentales¹³². En este sentido, es preciso analizar los derechos violados a raíz de una mala elaboración y/o ejecución de esta.

3.3.1 Violación a los principios de seguridad jurídica y de legalidad

La seguridad jurídica se entiende como aquella *garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que éste responda a la realidad social en cada momento*¹³³. Este principio, se encuentra íntimamente ligado con el principio de legalidad, pues ambos se encargan de brindar certeza jurídica al ciudadano, la cual, *desde el punto de vista teleológico, genera las condiciones necesarias para salvaguardar los derechos del gobernado*¹³⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico mexicano, dichos principios encuentran su fundamento en los artículos 14 y 16 constitucional, en virtud a que, se obliga a las autoridades, la aplicación de lo señalado expresamente por la ley penal, prohibiendo cualquier ejercicio de analogía por parte del juzgador; en este sentido, dicha obligación se hace extensiva al aparato legislativo ya que también se exhorta a la creación de normas penales claras, precisas y exactas en cuanto su configuración (consecuencias del principio de legalidad)¹³⁵.

En este sentido, el legislador se ve limitado en su función de creador de la ley, ya que, en materia penal tendrá prohibido establecer normas penales indeterminadas, es decir, cualquier norma que el legislador pretenda promulgar deberá contar con una *claridad en cuanto a los sujetos a los cuales va dirigida, las características y especificaciones de la conducta que sanciona, así como los supuestos de exclusión de delito y los elementos que*

¹³² Situación que, como estudiosos del Derecho penal, no debemos de dejar de un lado, pues aun y cuando se intente justificar su amplitud, con el discurso de combatir la inseguridad de cierta comunidad, solamente nos encontraremos ante medidas desesperadas y ante la falta de desconocimiento de nuestros legisladores, por ello se debe señalar cuales son los alcances del Derecho penal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho

¹³³ RIBÓ DURÁN, Luis (1991), *Diccionario de derecho*, Barcelona, Bosch, p. 210.

¹³⁴ OROZCO ESCOBEDO, María Teresa, “Un acercamiento a las diferencias entre los principios de certeza jurídica y seguridad jurídica”, en *Derechos humanos México*, México, año 12, número 30, mayo-agosto 2017, p. 20.

¹³⁵ La cuales ya han sido señaladas y explicadas en el capítulo anterior, no obstante, para un mayor estudio véase Roxin, Claus, *óp. cit.*, nota 6, pp. 140-141.

*deben de concurrir para que dicha exclusión se concrete*¹³⁶, situación que se refleja en el criterio jurisprudencia emitido por la Primera Sala de la SCJN, cuyo rubro señala PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS¹³⁷. De igual forma, dicho análisis ha sido tocado, también, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH- en la sentencia al caso de Fermín Ramírez vs Guatemala, en su párrafo 90¹³⁸, así como en el caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú, en el párrafo 121¹³⁹, en los cuales se señala la necesidad de la elaboración de los tipos penales de manera clara, con términos estrictos y unívocos, fijando los elementos necesarios, dejando de lado la ambigüedad, la cual genera dudas y da paso a las arbitrariedades.

Esta construcción legislativa es de gran relevancia dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, en virtud a que limita la arbitrariedad estatal, pues dota a las normas penales de elementos fundamentales, que permiten al ciudadano tener un ambiente de certeza jurídica a la hora de su aplicación.

Estos principios, principalmente, ven su vulneración con la fabricación de preceptos legales dentro de diversas codificaciones penales, pues en los últimos años se ha despertado la tendencia de la configuración de la presente eximente de manera amplia, dejando de lado elementos estructurales como la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, generando dudas e incertidumbre dentro de la sociedad, dando paso al campo de arbitrariedades de las autoridades y del propio ciudadano, tal es el caso de la reforma al artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato, la cual será analizada en el siguiente capítulo.

¹³⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl (2017), *Acción de inconstitucionalidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 12, [en línea], disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2017_97.pdf, [consultada el 23 de mayo de 2019].

¹³⁷ Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, julio de 2014, tesis: 1ª./J. 54/2014 (10ª.), p. 131.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), *Caso Fermín Ramírez vs Guatemala*, [en línea], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf, [consultada el 23 de mayo de 2019].

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999), *Castillo Petruzzi y otros vs Perú*, [en línea], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf, [consultada el 25 de mayo de 2019].

3.3.2 Violación a los principios de proporcionalidad, necesidad y racionalidad

Como ya se ha observado, la defensa para contrarrestar una agresión, debe de cumplir con ciertos requisitos, en primer lugar, ser necesaria, es decir que la defensa realmente se requiera para contrarrestar la agresión de otro sujeto; y en segundo plano, cuando ya se ha comprobado la necesidad de la defensa, esta debe de estar desarrollada mediante la proporcionalidad y la racionalidad; supuestos, que son de gran observancia en el desarrollo de un Estado Constitucional de Derecho, y que su omisión concluirá en agravio significativo a los derechos fundamentales.

a) Necesidad

Sin buscar replicar a lo ya referido en el capítulo anterior, en cuanto al elemento de necesidad en la legítima defensa, únicamente se pretende reafirmar en el presente apartado que esta exigente, exclusivamente se debe actualizar -y permitir- cuando concurren los elementos de la agresión.

Si la defensa se llegase a admitir sin su necesidad, indudablemente nos colocaríamos ante el resultado de lesión en la integridad de la otra persona, pues su innecesidad desvanecerá su fundamento de justificación.

b) Racionalidad y proporcionalidad

Tratándose de legítima defensa, el principio de proporcionalidad *responde a que la agresión sea repulsada con medios y condiciones acordes a su impacto*¹⁴⁰, es decir, que la defensa corresponda a una reacción equivalente. Asimismo, este principio, como un instrumento de control constitucional, *está orientado exclusivamente a fundamentar la validez o invalidez de una intervención en derechos fundamentales a la luz de límites impuestos al legislador democrático por la propia Constitución*¹⁴¹

En esta guisa, si la defensa efectuada se realiza de una manera desproporcionada, en comparación a la agresión, o bien, el bien jurídico que se pretende proteger es de menor

¹⁴⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl, *óp. cit.*, nota 138, p. 20.

¹⁴¹ Sentencia, Amparo Directo en Revisión 181/2011, Ministro Ponente: Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, p. 25.

relevancia al bien que se dañó con la defensa realizada, se actualizará un *exceso intensivo*, el cual funge como un límite de la defensa, protegiendo al propio ciudadano.

La restricción al derecho a la defensa, en ningún momento se debe de entender como inconstitucional, sin embargo depende en gran medida de la forma en que se encuentre promulgada por el legislador, puesto que si esta se expresa de una manera abierta o indeterminada podrá contravenir derechos fundamentales de la sociedad, por ello se debe atender al test de proporcionalidad, con la finalidad de evitar que la propia norma violente derechos humanos del individuo. El anterior instrumento constitucional ha sido enmarcado en las tesis aisladas, emitidas por la Primera Sala de la SCJN, cuyo rubro es: TEST DE PROPORCIONALIDAD METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN EN UN DERECHO FUNDAMENTAL¹⁴²; PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD, IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA¹⁴³; SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDÓNEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA¹⁴⁴; TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA¹⁴⁵, y CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. ÉXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA¹⁴⁶, las cuales han servido para definir, principalmente, el contenido las normas penales, en cuanto a su pertinencia, necesidad y proporcionalidad en el asunto en particular que se pretende regular.

¹⁴² Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 915.

¹⁴³ Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 902.

¹⁴⁴ Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 911.

¹⁴⁵ Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 914.

¹⁴⁶ Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 894.

3.3.4 Vulneración al Derecho de la vida y al de integridad física

El exceso en la legítima defensa, conlleva, inequívocamente, la lesión a un bien jurídico, que en muchas ocasiones podría ser hasta un bien mayor que el que se pretende proteger; en este sentido, los principales bienes que se llegan a lesionar son tanto la vida como la integridad física de la persona.

Es indudable, que dentro de una sociedad el derecho más importante con el que cuenta cualquier sujeto es la vida, pues sin esta sería absurdo pensar en los demás derechos a los que debe acceder y se le deben de respetar, como de manera loable, lo señala la CIDH, en la resolución emitida para el Caso *niños de la Calle vs Guatemala*¹⁴⁷, en su párrafo 144:

El derecho a la vida es un derecho fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida compromete no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

En esta tesitura, el Estado está obligado a que dentro de la sociedad, le sea respetada la vida a cualquier miembro; puesto que en nuestra Constitución General, en el artículo 1º, tercer párrafo, señala:

*Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*¹⁴⁸.

Lo que conlleva a la obligación del Estado para promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los ordenamientos jurídicos mexicanos y

¹⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999), *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala*, [en línea], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf, [consultada el 29 de mayo de 2019].

¹⁴⁸ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *óp. cit.*, nota 56, p. 15.

en plano internacional, así como, de ser necesario, prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones cuando se atenta contra un derecho fundamental del ciudadano.

De igual forma, dicha obligación se encuentra expresamente señalada en el artículo 4, de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el cual menciona, en su primer punto, que: *1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...)*¹⁴⁹.

Este precepto legal, como señala García Ramírez, *no solo supone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino entraña igualmente el deber del Estado de adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida*¹⁵⁰. Dicho de otra forma, el Estado será el responsable de proteger el derecho a la vida de todas las personas que conforman a la sociedad, ya que este tiene la calidad de garante del mencionado derecho.

En este mismo sentido, la integridad física también deriva como otro de los derechos que es afectado cuando la defensa es mal empleada. Este derecho tiene tres elementos: la prohibición a recibir daños físicos, psicológicos y morales, ya que estos daños son *claramente contrarios a la dignidad inherente al respeto debido a la dignidad del ser humano*¹⁵¹.

Principios y derechos que se ven afectados o puestos en peligro, en virtud a una defensa mal delimitada por el legislador, o, de ser el caso, por una mala ejecución encaminada en la irracionalidad y desproporcionalidad.

Por ello, es esencial que la legítima defensa se construya y entienda desde una óptica de los derechos humanos, máxime en las sociedades posmodernas, pues, aun y cuando esta funja como un derecho que debe ostentar cada miembro de la sociedad, también se debe configurar atendiendo a ciertos límites que deben de ser plasmados por el legislador a la

¹⁴⁹ STEINER, Christian y URIBE, Patricia (2014), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 112.

¹⁵⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2015), *La corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2da. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, p. 242.

¹⁵¹ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Op., Cit.*, nota 126, p. 184.

hora de promulgar la norma que fundamente la presente eximente; límites que sin lugar a dudas ayudarán a preservar un ambiente social adecuado, puesto que de otra forma será fácil atentar contra derechos fundamentales del propio individuo, causando un daño mayor a la sociedad en general.

Capítulo IV. La Problemática Actual de la Legítima Defensa en la Legislación Mexicana.

4.1 Consideraciones Previas

Es una realidad que hoy día el Estado mexicano vive una etapa de inseguridad acrecentada en todo el país, donde, inclusive, las instituciones estatales se han visto superadas por este fenómeno. Estados como el de Guanajuato, han pasado de ser Estados seguros donde se privilegiaba la armonía y la paz, a ser Estados donde se debe de tener cuidado, pues a raíz de la delincuencia organizada y de la propia delincuencia en común, han generado un ambiente de intranquilidad e inseguridad para la sociedad en general.

El legislador mexicano, en reiteradas ocasiones –a consecuencia de la presión social- ha buscado dar soluciones a estas problemáticas a través de un Derecho penal populista¹⁵². Sin embargo, dichas respuestas han sido poco acertadas, por lo menos ante los principios rectores de todo Estado Social y Democrático de Derecho, ocasionando violaciones a Derechos humanos de la sociedad.

Dicha situación se ve reflejada en la institución jurídica de la legítima defensa, pues a través de esta, se ha buscado dar solución a la problemática de la inseguridad. En este sentido, cabe hacer mención que México cuenta con un total de treinta y cuatro ordenamientos jurídicos de carácter penal, de los cuales corresponden a uno por cada entidad federativa, un código que regula el orden federal, así como otro que se encarga de la justicia militar¹⁵³. Todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos en comento contempla la presente eximente, no obstante, al acudir a la literalidad de ellos, resulta relevante hacer mención de tres legislaciones penales en específico: el código penal del Estado de Coahuila, el código penal del Estado de Nuevo León, y de manera especial, el código penal del Estado de Guanajuato.

Estos tres ordenamientos, antes señalados, tienen como característica en común la eliminación de ciertos elementos esenciales que conforman a la legítima defensa, específicamente en lo relacionado con la defensa, pues el legislador ha omitido el

¹⁵² El Derecho penal populista, lo debemos entender como todo aquel derecho que se basa, principalmente en propuestas políticas, más que en propuestas científico-jurídicas. Este tipo de Derecho, se da con la finalidad de dar solución, o pretender darla, a las problemáticas sociales mediante respuestas desesperadas y poco productivas. No obstante, lo que más se llega a preocupar al buscar implementar un derecho penal populista, es el cúmulo de violaciones a los derechos fundamentales que ostentan todas y cada una de las personas miembros de la sociedad.

¹⁵³ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *óp. cit.*, nota 83, pp. 4-5.

establecimiento textual de elementos como la proporcionalidad, la racionalidad y la necesidad de esta, creando normas penales abiertas o indefinidas. No obstante, es quizá, la promulgación de la reforma penal al artículo 33 del código penal del Estado de Guanajuato, la más violenta, puesto que, con la adhesión de la fracción XI al referido ordenamiento jurídico se dejó de lado por completo los referidos elementos fundamentales que la constituyen.

Por lo anterior, en el presente capítulo se analizará con una mayor precisión la referida reforma al código penal del Estado de Guanajuato, en virtud a que, desde nuestra óptica, encuentra la mayor expresión del abuso del Derecho penal, para tratar de solucionar las problemáticas actuales en las que se encuentra inmerso nuestro Estado mexicano, atentando contra los principios fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho, así como también contra los Derechos humanos que ostenta cada miembro de la sociedad mexicana.

Cabe aclarar al lector, que la multimencionada reforma al código penal del Estado de Guanajuato ya fue derogada en el mes de octubre del año 2018, no obstante, con la tendencia actual que se está teniendo en la promulgación de preceptos legales en el ámbito penal para dar solución a los conflictos sociales que están aconteciendo en México –como por ejemplo la reforma al artículo 19 constitucional para aumentar los supuestos para aplicar la prisión preventiva oficiosa promulgada en el DOF el 12 de abril del año 2019– nos sirve para realizar un análisis profundo y científico, de la relevancia que ha adquirido el Derecho penal populista en las diversas instituciones jurídico-penales, situación que, sin estudios serios de investigaciones científicas, es propensa de volver a repetirse en alguno de los diversos ordenamientos jurídicos que rigen en nuestro Estado mexicano.

4.2 Reforma al Artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato

El 17 de noviembre del año 2016, el diputado guanajuatense Sergio García López presentó una iniciativa¹⁵⁴ ante el Congreso del Estado de Guanajuato, con la finalidad de adicionar un nuevo precepto al Código Penal del Estado asentando lo siguiente:

Se excluye el delito cuando se obre en defensa de bienes jurídicos, propios y ajenos, contra agresión ilegítima, actual o inminente cometida en el interior del domicilio, independientemente de la necesidad razonable¹⁵⁵ de la defensa empleada para repelerla o impedirla.

La iniciativa se radicó el 23 de enero del año 2017, en donde se estableció, la necesidad de escuchar diversos puntos de vistas de instituciones que tuviesen especialistas para dar una opinión acerca de la presente. En el dictamen se solicitó esta opinión a ocho instituciones tanto de orden académicas como de orden estatal, de las cuales solo contestaron cuatro de ellas: la *Universidad de Guanajuato*, la *Coordinación General Jurídica del Gobierno del Estado*, la *Procuraduría General de Justicia* y el *Colegio de Abogados de San Miguel de Allende*, en donde todas, de manera unánime, señalan que dicha iniciativa va más allá de lo que es la esencia de la legítima defensa, sobrepasando a todas luces sus alcances, asimismo hacen mención que la presente figura ya está regulada de manera correcta en el Código Penal del Estado de Guanajuato, por lo que consideran innecesaria dicha práctica legislativa.

4.2.1 Reforma materializada

No obstante, poco importo la opinión de especialistas en la materia, por lo que el 29 de junio del año 2017, fue aceptada, con algunos cambios de carácter de redacción, más en el fondo se mantuvo la pretensión propuesta por el legislador, estableciéndose así una nueva fracción al artículo 33 de la siguiente forma:

¹⁵⁴ La iniciativa se fundamentó en la inseguridad que se vivía en Estado de Guanajuato y el descontento de la sociedad por la falta de solución, dicho fundamento fue establecido en la exposición de motivos

¹⁵⁵ Este es el punto más sensible de la presente reforma, ya que de manera textual elimina la *necesidad razonable* de la defensa, violentando de esta manera tanto principios como elementos fundamentales, generando de esta forma vacíos legales dentro del Estado de Guanajuato.

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

La fracción anterior quedó establecida y promulgada el 14 de julio de 2017 en el Periódico Oficial del Gobierno.

Como se puede observar esta diminuta fracción viene a establecer un cambio de paradigma de lo que se ha establecido tradicional y preponderantemente en torno a la legítima defensa, ya que, para que se actualice, no se requiere que se den elementos esenciales de la defensa: la *necesidad, racionalidad y proporcionalidad*; componentes que sí señalan en la fracción V¹⁵⁶, del mismo artículo en análisis.

La intención del legislador de querer suprimir estos elementos fundamentales, se ve reflejada y fortalecida al no establecer en el artículo 34 del código en comento, la fracción XI, como una causa de exceso, lo que se podría entender como una defensa *ad infinitum*, ya que no existe disposición jurídica alguna que límite para la mencionada fracción.

4.2.2 ¿Qué sucede con este tipo de reformas?

Este tipo de reformas, originan diversos cuestionamientos primordiales, que requieren de respuestas fundamentadas en la científicidad del Derecho penal, con la finalidad de adecuar la actividad legislativa en aras de un Estado Constitucional de Derecho.

Las siguientes interrogantes sin lugar a dudas requieren contestación: ¿Estamos ante una nueva forma de legítima defensa? ¿Esta concepción es violatoria de derechos humanos dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho? ¿Será esta la solución a disminuir la problemática de la delincuencia que se presenta en la sociedad mexicana?

Mediante lo establecido en los capítulos anteriores de la presente investigación, así como lo señalado en las fracciones V y XI del código penal del Estado de Guanajuato – haciendo un comparativo entre ambas-, podemos concluir que en efecto nos encontramos

¹⁵⁶ En esta fracción sí se señalan los elementos tradicionales ya que se establece que para que se pueda defender un bien jurídico, tanto propio como ajeno, se necesitara que sea contra una acción ilegítima, actual o inminente, con una necesidad razonable de ejercer la defensa para repeler o impedir el daño.

ante una tendencia novedosa de la legítima defensa. Esto, principalmente, a la supresión de los requisitos esenciales de la defensa –necesidad, racionalidad y proporcionalidad- en la fracción XI, permitiendo actualizar esta institución jurídico-penal ante la sola presencia de una agresión ilegítima y actual desplegada en casa habitación.

Como se señaló en el primer y tercer capítulo, el Estado mexicano al ser un Estado Social y Democrático de Derecho -o por lo menos al pretender serlo-, se debe de regir en base a principios rectores que permitan una convivencia social adecuada; en este tenor, principios como la dignidad humana, la *ultima ratio*, la proporcionalidad y culpabilidad, permitirán llegar a este fin, garantizando, por un lado el derecho a la defensa del ciudadano, pero también, limitando a este para proteger los demás derechos humanos con los que cuenta la persona, principalmente la vida y la integridad física.

Siguiendo la misma línea de lo anteriormente mencionado, y de una manera más clara, una de las violaciones que se puede dar es hacia el agresor, ya que si no se sigue la racionalidad de la defensa, ante agresiones menores se podrán ejecutar reacciones extremas, como disponer de su propia vida, sin embargo, es preciso recordar que, quien realizó la agresión, es igual de importante que la víctima¹⁵⁷, en razón al principio de dignidad humana, y deberá de ser tratado conforme a las pautas esenciales del Estado, sin hacer distinción alguna, pues aun y cuando ha tomado la decisión de delinquir persiste su estatus de persona.

Una segunda dificultad –no menos importante y grave que la primera- nacería en el peligro en el que se encontraría cada ciudadano, en virtud a que esta figura dogmática podría ser utilizada fácilmente de una manera negativa, generando una incertidumbre dentro de la sociedad, en cuestión al saber cuándo estamos ante una legítima defensa y cuando no.

En este sentido pensemos en un par de supuestos, que muy probablemente se podrían originar con este tipo de preceptos legales: *un día un grupo de amigos se*

¹⁵⁷ Si bien es cierto, existen autores como Liszt que afirman que quien ha realizado una agresión con la finalidad de dañar un bien jurídico, por este hecho, no se le deberá de proteger por el ordenamiento jurídico, ya que fue decisión de él mismo ponerse en ese peligro. Ideal que no compartimos, por lo menos no dentro de un Estado Constitucional de Derecho, donde premian los derechos fundamentales para todos y cada uno de los miembros de la sociedad. En MONARQUE UREÑA, Rodolfo, *óp. cit.*, nota 80, p. 37

encuentran jugando fútbol en la calle, en cierto momento Javier desafortunadamente vuela la pelota a la casa de un lado de donde estaban jugando. Javier toca la puerta de la casa a donde terminó el balón, sin embargo, no tuvo una respuesta favorable ya que nadie le abrió. Al regresar con sus amigos les explica la situación y lo convencen en que se brinque por la pelota para seguir jugando, Javier acepta. Al momento de entrar Javier por el balón, Ramón el dueño de la casa observa que se encuentra en su patio, y sin decir nada va por su pistola, y la acciona, causándole la muerte. Bajo este ejemplo, perfectamente podría caber una legítima defensa fundamentada en el artículo 33 fracción XI del Código Penal para el Estado de Guanajuato, aun y cuando Javier nunca tuvo la intención de cometer un ilícito y mucho menos desplego una agresión en contra de Ramón, sin embargo, al existir un supuesto legal indeterminado y sin limitaciones, darían cavidad “legalmente” a estas actuaciones, contraviniendo, indudablemente, derechos fundamentales que se deben de tomar en cuenta.

Otro ejemplo, quizá un poco más drástico, sería el de *una fiesta en donde se encuentran dos amigos (uno el dueño de la casa y el otro el invitado a la fiesta), pero estos salen de discusión, el dueño de manera impulsiva opta por golpearlo hasta dejarlo inconsciente, al momento de llegar las autoridades él y su familia afirman que la persona inconsciente entro a su casa y al momento de encontrarlo llevaba consigo objetos pertenecientes a ellos, por lo cual decidieron detenerlo para que no escapra.* De igual forma, aun y cuando la persona invitada no tenía como finalidad agredir al anfitrión, la agresión recibida, siguiendo lo estipulado por la fracción XI del artículo 33, del citado ordenamiento jurídico justificaría su actuar, dejando impune un acto que merecía sanción.

Este par de ejemplos sirven para observar cómo les resultaría más complejo a los impartidores de justicia decretar una resolución, ya que en muchos casos ellos mismos tendrán una incertidumbre que no se podría definir.

Para dar contestación al último de los cuestionamiento, nos debemos colocar en lo que Silva Sánchez ha denominado como *expansionismo penal*¹⁵⁸, puesto que, en la época de las sociedades postindustriales la mayoría de las problemáticas sociales se han buscado

¹⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *óp. cit.*, nota 61, pp. 25-74.

solucionar a través del Derecho penal, es decir, ha surgido la tendencia de enfrentar los fenómenos sociales utilizando el medio más drástico y violento con el que cuenta el Estado.

En el caso en particular, tratar de afirmar que la inseguridad se erradicará o, en su caso se disminuirá, con este tipo de reforma, sería algo muy arriesgado y poco racional; la inseguridad, al igual que la mayoría de las problemáticas sociales que le interesa resolver al Estado, deberían de atacarse a través de una política criminal integral, lo que significa, que el Derecho penal no debería de ser la única solución para su combate, sino otras herramientas menos lesivas y más eficaces, como por ejemplo podría ser otorgar una mayor educación, así como mejores condiciones de empleos¹⁵⁹ y no seguir en este tipo de discursos políticos, que como lo afirma Guerrero Agripino *se ganan votos a costa del debilitamiento del Estado Social y Democrático de Derecho*¹⁶⁰.

Ejemplos de fracaso de esta perspectiva encontramos muchos, pero quizá el que más presente tenemos hoy en día son el ordenamiento excepcional que se tiene para combatir la delincuencia organizada, en donde, a ya un poco más de veintiún años de la publicación de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, aplicando un derecho penal del enemigo¹⁶¹, no se ha logrado su erradicación ni su disminución, y que, como un gran sector de la doctrina afirma, se está fortaleciendo la problemática en combate.

4.2.3 Acción de inconstitucionalidad

El 14 de agosto el licenciado Luis Raúl González Pérez, presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, promovió demanda de acción de inconstitucionalidad¹⁶²

¹⁵⁹ Por ejemplo, más enfocado al salario, que se traduce en el factor económico.

¹⁶⁰ El mencionado comentario, tuvo lugar en el congreso internacional *el sistema penal del futuro*, llevado a cabo los días 8, 9 y 10 de noviembre de 2017, en la participación de la mesa de debate cuyo nombre fue el mismo que el evento.

¹⁶¹ Se pretende aplicar un derecho penal eficientista mediante condiciones más drásticas y violentas con el objetivo de dar fin a la problemática, aun y cuando se violenten derechos fundamentales. En este sentido, como crítica Ambos, el enemigo *ya no es un ser humano, sino solo un animal –precisamente una “no persona”-*, en AMBOS, Kai (2007), *Derecho penal del enemigo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, p. 39. Derecho, que se contrapone a principios constitucionales fundamentales, pues se entiende como la antítesis del Estado Constitucional de Derecho, y en específico del garantismo penal.

¹⁶² La SCJN ha definido a la acción de inconstitucionalidad como aquel mecanismo para alegar una contradicción entre la norma impugnada y una de la propia Ley Fundamental. En Novena Época, Pleno de la

contra la reforma anteriormente analizada, en virtud a que estima que se violentaron el *derecho a la seguridad jurídica, el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la integridad personal, el derecho a la vida, el principio de legalidad en su vertiente de taxatividad, la obligación de respetar los derechos humanos y la obligación a la protección de la vida*, ya que se considera que la fracción XI establece una redacción penal abierta o indeterminada, trasgrediendo de esta forma los derechos a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, así como a otros derechos como la integridad personal y la vida; asimismo beneficia a quien pueda actuar de manera excesiva, fuera de los límites de racionalidad, proporcionalidad y necesidad, que, como ya hemos visto a lo largo del presente trabajo, constituyen elementos esenciales para que se actualice la legítima defensa, al menos desde una postura dominante, apegada a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Lo anterior, sin lugar a dudas, puede dar cavidad a un campo de arbitrariedad por parte de la autoridad, al momento de establecer la responsabilidad penal.

Asimismo se expuso que dicha reforma no solo va en contra de nuestra Carta Fundamental, sino, a su vez, frente a instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta acción ya no fue resulta, en virtud a la derogación de la fracción XI por parte del Congreso del Estado de Guanajuato, impidiendo tener un criterio orientador para aquellos Estados, cuyos congresos estén considerando la fabricación de un supuesto legal similar al que se comenta.

4.3 La Legítima defensa en los Estados de Coahuila y Nuevo León

Los preceptos legales que regulan a la legítima defensa dentro de los ordenamientos punitivos de Coahuila y Nuevo León, si bien es cierto, no son tan violentos como la ya estudiada reforma al artículo 33 del Código Penal del Estado de Guanajuato, también

SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, agosto de 2000, tesis: P./J. 71/2000, p. 965.

resultan trascendental su estudio, pues manejan un concepto más amplio que el tradicional, sin llegar a la eliminación de elementos fundamentales como los ya expresados.

El artículo 57 del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza, establece lo que doctrinariamente se conoce como legítima defensa privilegiada, señalando que:

Se considerará que obra en defensa legítima privilegiada, quien cause cualquier daño a un extraño, siempre y cuando éste sin motivo lícito realice una conducta, o emplee un medio físico o porte un arma, que involucren un peligro para la vida o la integridad corporal para quien causa el daño o para otra u otras personas del lugar donde el extraño penetra o intente penetrar, sin causa lícita, y en el lugar habite de forma temporal o permanente el que se defiende, su familia o cualquier otra persona respecto de la que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias, o al sitio donde se encuentren bienes propios, o ajenos respecto de los que tenga la obligación de resguardar.

Lo previsto en el párrafo precedente también será aplicable a favor de quien sorprenda a un extraño o éste lo sorprenda dentro de uno de los lugares mencionados en dicho párrafo, siempre y cuando no haya causa lícita por la que el extraño se encuentre en esos lugares, y la conducta que realice el extraño o el instrumento o arma que porte, involucren un peligro para la vida o la integridad corporal para quien sorprende o es sorprendido, o para cualquiera de las personas señaladas en el párrafo anterior, que se hallen en el lugar.

Este precepto legal enmarca la presunción de la defensa, excluyendo la responsabilidad de quien la efectúa, sin que exista la necesidad de demostrar que previamente se constituyeron todos y cada uno de los elementos que conforman a la legítima defensa requeridos para su actualización, pues como lo señala Guerrero Agripino *la expresión utilizada por el legislador coahuilense es que se considerará que obra en defensa legítima, no que se presumirá que se obra en defensa legítima*¹⁶³, en este tenor solo basta con que se dé la hipótesis señalada en el artículo 57 del código en estudio para que se excluya la responsabilidad del sujeto que utilizó la defensa, ya que no establece límite alguno –racionalidad y proporcionalidad–.

Situación que al igual que Guanajuato complica la impartición de justicia, puesto que en aras de privilegiar el derecho a la defensa en ciertos supuestos, se dejan de lado otros derechos humanos, que posiblemente sean de mayor relevancia que la defensa como tal.

¹⁶³ GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, *óp. cit.*, nota 83, p. 9.

El Código Penal para el Estado de Nuevo León, refiere en su artículo 17, fracción III, último párrafo, un supuesto similar al del Estado de Coahuila, al contemplar la legítima defensa privilegiada, señalado lo siguiente:

Artículo 17.- Son causas de justificación:

[...]

III.- Obrar el acusado en defensa de su persona, de su familia, de su honor o de sus bienes, o de la persona, honor o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, sin derecho, y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las circunstancias siguientes:

[...]

Igual presunción salvo prueba en contrario favorecerá al que causare cualquier daño, lesión o prive de la vida a otro, a quien encontrare dentro de su hogar; en la casa en que se encuentra su familia, aún cuando no sea su hogar habitual; en un hogar ajeno que aquel tenga obligación de defender; en el local en que áquel tenga sus bienes, o donde se encuentren bienes ajenos que tenga obligación legal de defender, y el intruso ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallen.

No obstante, a diferencia de la redacción del Estado de Coahuila, esta *implica una presunción que puede ser desvirtuada*¹⁶⁴, es decir, si el Ministerio Público puede acreditar, a través de medios probatorios, que la defensa desplegada por el sujeto, era innecesaria, irracional o desproporcional, perderá el privilegio señalado en este apartado, pudiéndose imponer responsabilidad penal por su actuar injustificado.

Si bien es cierto, este párrafo contiene una redacción más amplia que la que se debe manejar en un Estado Social y Democrático de Derecho, no obstante, al señalar límites dentro de ella, ayuda a controlar, en cierto punto, su utilización, puesto si existen pruebas que demuestren que su actuar no puede justificarse por ser una defensa mal aplicada, y violatoria de derechos fundamentales de la otra persona.

En esta guisa, tanto la reforma suscitada en Guanajuato como en Coahuila, conllevan a una situación de peligro que atentan contra los principios que rigen al Estado Constitucional de Derecho y a los Derechos fundamentales con los que cuenta el ciudadano, pues al establecer supuestos donde no se limita la estudiada institución jurídico-

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 11.

penal, generando un panorama de incertidumbre jurídica dentro de la sociedad, el cual puede acabar en consecuencias drásticas para los propios integrantes de la comunidad, en aras de combatir problemáticas sociales con el instrumento más violento con el que cuenta el Estado, sin buscar soluciones integrales y menos drásticas.

REFLEXIONES FINALES

Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, la configuración del Derecho penal dependerá estrictamente del tipo de Estado en que nos encontremos. En este sentido al constituir al Estado mexicano como un Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho penal debe regirse atendiendo a los principios que constituyen la base de este tipo de Estado, encontrando su construcción teórico-práctico, en lo que Ferrajoli ha denominado como *garantismo penal*.

En este tenor, la emisión del Derecho penal en el Estado mexicano forzosamente deberá atender a límites derivados axiomas constitucionales del Estado y del respeto a los Derechos humanos de todos los miembros que conforman a la sociedad mexicana, sin que exista distinción alguna. Reformas constitucionales en materia penal y en Derechos humanos, han permitido afianzar el compromiso del Estado mexicano por hacer valer la promoción, el respeto, la garantía y la protección a los Derechos humanos, no obstante, pareciera ser que en la práctica legislativa aún queda mucho camino por recorrer para hacer valer estas obligaciones adquiridas por el Estado.

Esta situación se ve reflejada en la institución jurídico-penal de la legítima defensa, pues con las reformas a los ordenamientos punitivos que se analizaron en el capítulo IV del presente trabajo, creadas con la finalidad de atender exigencias sociales y tratar de dar solución a las problemáticas que se suscitan en la sociedad, han desarrollado preceptos legales de carácter abiertos o indeterminados, lo que ha derivado en una nueva problemática social, ya que al no configurar a la defensa legal, bajo las pautas del respeto a los Derechos humanos y a los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, dejándola sin límites textuales, han generado un estado de incertidumbre jurídico dentro de la comunidad, permitiendo utilizar esta eximente en casos que no fueran necesario, o, en su defecto, de una manera irracional y desproporcional, sin que se le pueda imputar responsabilidad al sujeto por su actuar, constituyendo una sociedad donde apremie la impunidad.

No se puede ocultar, que hoy día la inseguridad dentro de las sociedades postmodernas se ha convertido en un fenómeno central, de preocupación latente para el ciudadano, sin embargo, tratar de dar solución a través de un Derecho penal, pensado única

y exclusivamente en dar una respuesta rápida y en un carácter meramente político, no es posible asegurar que estamos ante el camino correcto, máxime, cuando se cuenta con ejemplos de ordenamientos jurídicos diseñados para el combate de un determinado fenómeno social, restringiendo garantías de las personas e imponiendo penas desmedidas, concluyendo en resultados negativos, como lo es el narcotráfico. Pues como menciona Silva Sánchez:

Un Derecho penal orientado ante todo a valoraciones sociales superficiales, coyunturales e inducidas, producto de la manipulación o de la influencia oportunista de los grupos políticos, será un Derecho penal progresivamente desnaturalizado, superficial, de estricta gestión de supuestas coyunturas sociales favorables o desfavorables. Un Derecho penal que, en la búsqueda desorientada de su referencia social, habría perdido sus signos de identidad¹⁶⁵.

Por ello, resulta esencial tener en cuenta la problemática actual que se tiene con el Derecho penal y su utilización de forma desmedida dentro de la sociedad mexicana, lo que conlleva a replantearnos su funcionalidad y naturaleza, atendiendo a los principios mínimos del Estado, centrandolo su actuar en la dignidad humana, lo que sin lugar a dudas, evitará la irracionalidad y arbitrariedad en el actuar estatal y social, alejándonos de las características que son propias de un Estado totalitario.

¹⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2016), *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, B de F, Colección Estudios y debates en Derecho penal, n. 10, pp. 56-57.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO BETANCUR, Nódier (2017), *Defensa putativa*, 2da. ed., editorial Temis, Colombia.

AMBOS, KAI (2007), *Derecho penal del enemigo*, Colombia, Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

ASTRAIN BAÑUELOS, Leandro Eduardo (2017), *El derecho penal del enemigo en un Estado constitucional: especial referencia en México*, Madrid, Marcial Pons.

BACIGALUPO, Enrique (2005), *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Chile, Jurídico de Chile.

BAHENA VILLALOBOS, Alma Rosa, “El principio pro persona en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho”, en *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, año 4, número 7, enero-junio 2015.

BALDO LEVILLA, Francisco (2016), *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las situaciones de necesidad de las que derivan facultades y deberes de salvaguardar*, 2da. ed., Montevideo, B de f, colección *Maestros del Derecho*, n. 48.

BETANZOS TORRES, Eber Omar (2015), *El artículo 29 constitucional: una aproximación general*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Colección Sobre la protección constitucional de los derechos humanos, fascículo 5.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (2001), *Ensayos de derecho penal y política criminal*, Costa Rica, Jurídica continental.

CALDERÓN MARTÍNEZ, Alfredo (2016), *Teoría del delito y juicio oral*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, colección Juicios Orales.

- CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo*, 2da. ed., Madrid, Trotta.
- CARREÓN PORCA, Manuel Jorge, “El fortalecimiento de los derechos humanos a través del Derecho penal”, *Iter Criminis*, México, número 4, sexta época enero-marzo 2014.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio (2017), *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique (2012), *Derecho penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social)*, 3ra. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.
- DONNA, Edgardo Alberto (1995), *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, Astrea, t. II.
- FERRAJOLI, Luigi (2016), *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, trad. José Manuel Revuelta, España, Trotta.
- _____ (2016), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andres Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino y Juan Terradillos Basoco, 10ma. ed., Madrid, Trotta.
- _____ (2009), *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, 2da. ed., España, Trotta.
- _____ (2006), *Garantismo penal*, México, Universidad Autónoma de México, colección estudios jurídicos.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2015), *La corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2da. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván (2015), *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones, transformaciones y nuevos desafíos*, 2da. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta (2015), *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, 4ta. ed., México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México.

GRECO, Luís (2015), *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, colección Derecho penal y Criminología.

GUERRERO AGRIPINO, Luis Felipe, (2017), *Fundamentos de la dogmática jurídica penal. Una perspectiva desde los derechos humanos*, México, CNDH.

_____ (coord., 2017), *Constitución política de los estados unidos mexicanos. Edición comentada*, México, Universidad de Guanajuato-CNDH-Grañén Porrúa, t. I.

_____ (2017), “Consideraciones sobre la legítima defensa. Algunas tendencias en la legislación mexicana”, en *Revista General de Derecho Penal*, España, número 28, noviembre.

HERNÁNDEZ CRUZ, Armando (2015), *Eficacia constitucional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, colección Sobre la protección constitucional de los derechos humanos, fascículo 17.

HERNÁNDEZ ORTA, GUSTAVO (2013), *La promoción en derechos humanos desde la CDHDF*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

- JAKOBS, Günther (1997), *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2da. ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1993), *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 4ta ed. alemana por José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares.
- LEFRANC WEEGAN, Federico César (2009), *Holocausto y dignidad*, México, Ubijus.
- LOZANO TOVAR, Eduardo (2015), *Política criminal en la sociedad moderna. Un acercamiento al pensamiento de Franz Von Liszt y su incipiente política criminológica*, México, Porrúa.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2006), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2da. ed., Montevideo, B de f, *colección Maestros del Derecho*, n. 8.
- MALO CAMACHO, Gustavo (2003), *Derecho penal mexicano*, 5ta. ed., México, Porrúa.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz (1994), *Derecho penal parte general*, trad., Jorge Bofill y Enrique Aimone Gibson, 7ma. ed., Buenos Aires, Astrea.
- MENA TRIGUERO, María de los Ángeles (2016), *La defensa, promoción y protección de los Derechos humanos a través de las Organizaciones no gubernamentales internacionales*, México, CNDH.
- MENDOZA ESQUIVEL, Joaquín (2014), *Los derechos humanos como sustento de la ley justa. Una propuesta pensada desde John Rawls*, México, Porrúa.
- MEZGER, Edmund (1990), *Derecho penal, parte general*, 2da. ed., México, Cárdenas editor y distribuidor.

MIR PUIG, Santiago (2015), *Derecho penal. Parte general*, 10ma. ed., Barcelona, Reppertor.

_____ (2003), *Introducción a las bases del derecho penal*, 2da. ed., Argentina, B de F, colección maestros del derecho penal.

_____ (1994), *El derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, Ariel.

_____ (1982), *Función de la pena y teoría del delito en un Estado Social y Democrático de Derecho*, 2da. ed., Barcelona, Bosch.

MONARQUE UREÑA, Rodolfo (2012), *Lineamientos elementales de la teoría general del delito*, 3ra. ed., México, Porrúa.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés en GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.* (Coords., 2008), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, edisofer, t. I.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2002), *Teoría general del delito*, 2da. ed., Bogotá, Temis.

MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes (2015), *Derecho penal. Parte general*, 2da. ed., México, Tirant lo Blanch.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel (2018), *Derecho Penal. Parte General*, México, INACIPE-Ubijus.

OROZCO, Omar Giovanni (2015), *La función garante del Estado Constitucional y Convencional de Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

OROZCO ESCOBEDO, María Teresa, “Un acercamiento a las diferencias entre los principios de certeza jurídica y seguridad jurídica”, en *Derechos humanos México*, México, año 12, número 30, mayo-agosto 2017.

PADILLA SANABRIA, Xóchitl Lizbeth (2018), *Manual operativo del procedimiento administrativo de responsabilidad en el Sistema Nacional Anticorrupción*, México, Flores.

PALERMO, Omar (2006), *La legítima defensa una revisión normativista*, Barcelona, Atelier.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (2004), *Derecho penal, modernas bases dogmáticas*, España, Jurídica Grijley.

_____ (2001), *Derecho penal parte general. Fundamentos científicos del Derecho penal*, 4ta ed., Bosch, España, t. I.

POLAINO-ORTS, Miguel (2016), *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, México, Flores editor.

RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, (2017), *Derechos Humanos*, 7ma. Reimpresión, México, Oxford, Colección de textos jurídicos universitarios.

REYES ECHANDÍA, Alfonso (1999), *Antijuridicidad*, 4ta. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis.

REYNOSO DÁVILA, Roberto (2015), *Teoría general del delito*, 8va. ed., México, Porrúa.

RIBÓ DURON, Luis (1991), *Diccionario de Derecho*, Barcelona, Bosch.

ROUSSEAU, Jean Jacques (2015), *El contrato social*, México, Mestas.

ROXIN, Claus (2008), *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García, Javier de Vicente Remesal, 2da. ed., Madrid, Thomson Reuters, t. I.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2016), *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, Buenos Aires, B de F, Colección Estudios y debates en Derecho penal, n. 10.

_____ (2001), *La expansión del derecho penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades posindustriales*, Madrid, Civitas.

STEINER, Christian y URIBE, Patricia (2014), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

WELZEL, Hans (1993), *Derecho penal alemán*, 4ta. ed., trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Chile, Jurídica de Chile.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1995), “Las medidas de seguridad. Aproximaciones al Código Penal panameño de 1982, *Conferencia pronunciada en el curso de Postgrado de Derecho Penal de la Universidad de Panamá*, julio, [en línea], disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5620600.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro & SKOLAR, Alejandro (2005), *Derecho penal. Parte general*, 2da. ed., ed. México, Porrúa.

JURISPRUDENCIA Y SENTENCIAS

Décima Época, Tribunal Colegiado en materia penal y administrativa del vigésimo segundo circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 60, t. III, noviembre de 2018, tesis: XXII.P.A.10 CS (10ª.), p. 2292.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 915.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 914.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 911.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 902.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, tomo II, noviembre de 2016, tesis: 1ª. CCLXIII/2016 (10ª.), p. 894.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro 33, t. II, agosto de 2016, tesis: 1ª./J. 37/2016 (10ª), p. 633.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, julio de 2014, tesis: 1ª./J. 54/2014 (10ª.), p. 131.

Décima Época, Primera Sala de la SCJN, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 4, t. I, marzo de 2014, tesis: 1ª./J. 19/2014 (10ª.), p. 374.

Novena Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, libro I, t. II, octubre de 2011, tesis: 1ª. CXCII/2011 (9ª), p. 1094. Novena Época, Pleno de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009, tesis: P. LXV/2009, p. 8.

Novena Época, Pleno de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XII, agosto de 2000, tesis: P./J. 71/2000, p. 965.

Séptima Época, Tribunal Colegiado de Circuito en materia Penal del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, volumen 66, Sexta parte, 1974, p. 35.

Sexta Época, Primera Sala de la SCJN, *Semanario Judicial de la Federación y Gaceta*, t. II, 1995, p. 108.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005), *Caso Fermín Ramírez vs Guatemala*, [en línea], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_126_esp.pdf, [consultada el 23 de mayo de 2019].

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999), *Castillo Petruzzi y otros vs Perú*, [en línea], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf, [consultada el 25 de mayo de 2019].

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999), *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs Guatemala*, [en línea], disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf, [consultada el 29 de mayo de 2019].

LEGISLACIÓN

Constitución Española, [en línea], disponible en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Código Penal del Estado de Coahuila, [en línea], disponible en:

http://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa08_Nuevo_Codigo.pdf.

Código Penal del Estado de Guanajuato, [en línea], disponible en:

https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/codigo/pdf/2/C_DIGO_PENAL_DEL_EDO_DE_GTO_PO_D337_24sep2018.pdf.

Código Penal del Estado de Nuevo León, [en línea], disponible en:

http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CODIGO%20PENAL%20PARA%20EL%20ESTADO%20DE%20%20NUEVO%20LEON.pdf.

Código Nacional de Procedimientos Penales, [en línea], disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_250618.pdf.

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, [en línea], disponible en:

<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

OTROS DOCUMENTOS DE CONSULTA

González Pérez, Luis Raúl (2017), *Acción de inconstitucionalidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 12, [en línea], disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2017_97.pdf, [consultada el 23 de mayo de 2019].

Sentencia, Amparo Directo en Revisión 181/2011, Ministro Ponente: Arturo Zaldivar Lelo de Larrea.