

077288

EJ: 2

T
345.04
S 1712
1963
F. J. y C. S.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y

CIENCIAS SOCIALES

"LA LEGITIMA DEFENSA"

TESIS DOCTORAL
PRESENTADA POR

LUIS SALMAN CORTEZ

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA

OCTUBRE DE 1963





UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTOR:

DOCTOR FABIO CASTILLO FIGUEROA

SECRETARIO GENERAL:

DOCTOR MARCO FLORES MACALL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO:

DOCTOR ANGEL GOMEZ MARIN

SECRETARIO:

DOCTOR MANUEL ATILIO HASBUN -

PRIMER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS" ""

PRESIDENTE: Dr. José María Méndez

PRIMER VOCAL: Dr. Francisco Arrieta Gallegos

SEGUNDO VOCAL: Dr. Francisco Alfonso Leiva

SEGUNDO EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES" ""

PRESIDENTE: Dr. José Leandro Echeverría

PRIMER VOCAL: Dr. Rafael Ignacio Fúnes

SEGUNDO VOCAL: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda

TERCER EXAMEN GENERAL PRIVADO SOBRE "CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL" ""

PRESIDENTE: Dr. Reynaldo Galindo Pohl

PRIMER VOCAL: Dr. Alfonso Moisés Beatriz

SEGUNDO VOCAL: Dr. Francisco José Retana

EXÁMEN TESIS DOCTORAL

PRESIDENTE: Dr. Rodrigo Raymundo Pineda

PRIMER VOCAL: Dr. Francisco Bertrand Galindo

SEGUNDO VOCAL: Dr. Guillermo Manuel Ungo

DEDICO ESTA TESIS:

A mi abnegada madre:

MARÍA CORTEZ v. DE VIERA

A mi fallecido padre:

PEDRO SALMAN

A mi querida esposa :

CARMEN CAMPOS DE SALMAN

A mis hijos:

LUIS, JOSE OTONIEL Y CARMEN MARÍA

I N D I C E

	Págs
C A P I T U L O I	
CONCEPTO E HISTORIA	1
C A P I T U L O II	
TEORIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA	10
C A P I T U L O III	
LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO	17
C A P I T U L O IV	
EXTENSION DE LA DEFENSA	28
C A P I T U L O V	
DEFENSA PUTATIVA Y EXCESO EN LA DEFENSA	34
C A P I T U L O VI	
LEGISLACION COMPARADA, JURISPRUDENCIA SOBRE LA LEGITIMA DEFENSA	42
C A P I T U L O VII	
CONSIDERACIONES FINALES	55

C A P Í T U L O I

CONCEPTO E HISTORIA

CONCEPTO

La legítima defensa como causal de irresponsabilidad es una de las más justificadas reacciones del individuo, puesto que encontramos su justificación en la Filosofía, en la religión y hasta se puede afirmar que en todas las legislaciones del mundo ha sido regulada, lo único que ha variado un poco ha sido el criterio que debe prevalecer respecto a los requisitos que jurídicamente la deben integrar, a tal grado que varios autores opinan que la defensa ejercida por una persona que repele una agresión injusta, más que legítima es justa, porque la legitimidad emana de la ley, pero lleva en su entraña un profundo contenido de justicia, puesto que la sociedad no puede ver en la persona que realiza un acto de tal naturaleza, un factor negativo o peligroso, sino que a un individuo celoso de sus derechos, consciente de sus actos, riguroso en la defensa de sus privilegios humanos y por consiguiente la razón del hombre que se defiende así es anterior y superior a la ley.

Así, pues, han sido variadas las definiciones que se han dado sobre la legítima defensa, las cuales en general son satisfactorias, a pesar de que en cada una de ellas encontramos pequeñas variaciones que las particularizan, pero esto no es más que el producto del pensamiento de cada autor que incluye los elementos que consideran que completan la institución jurídica de que se trata, algunas de ellas parecen reducir la legítima defensa,

a la defensa de la persona del atacado, otras la circunscriben solamente a la defensa de la vida y las que la tratan con mayor amplitud la extienden a la defensa de los derechos e incluyen la defensa de terceros.

Entre las definiciones que he considerado más importantes, se encuentran las siguientes:

Von Liszt: "Es aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho por medio de una lesión contra el agresor".-

Eugenio Cuello Calón: "Es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor".-

Edmundo Mezger: "La que es necesaria para rechazar un ataque antijurídico y actual dirigido contra el que se defiende o contra un tercero".-

Kohler: "Es la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por tercera persona, contra el agresor cuando no se traspasa la medida necesaria para la protección".-

Eusebio Gómez: "Es la reacción violenta que se traduce en un hecho objetivamente delictuoso, contra un ataque injusto, actual y grave no excedente de la necesidad de amparar el derecho contra el cual es dirigido y que puede ejercitarse no sólo por el atacado, sino que también por un tercero".

Sebastián Soler: "Es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada".

Adolfo Zerboglio: "Se entiende aquella defensa que contra una agresión a determinados derechos es tolerada por la ley, si bien es un delito".

Garraud: "Consiste en impedir por el empleo de la fuerza la violación de un derecho que se haya amenazado".

Luis P. Sisco: "Es la repulsa racional contra un ataque injusto, llevado contra un bien propio o ajeno jurídicamente defendible".

Luis Jiménez de Asúa: "Es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente por el atacante o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla".

HISTORIA

La legítima defensa como institución jurídica se puede afirmar que tiene muy pocos antecedentes históricos, pero el hecho de la defensa contra el ataque próximo tuvo su nacimiento en los pueblos primitivos y es tan antiguo como el hombre mismo, pero hasta que no aparece el Estado diferenciándose con el individuo, el derecho dictando normas y estableciendo diferencias entre lo justo y lo injusto, no ha podido aparecer la institución jurídica de la legítima defensa, a pesar de ello se le ha pretendido justificar con la reacción motivada por el organismo que encuentra su causa inmediata en el "instinto de conservación", pero esto en todo caso serviría para explicar lo antiguo de la reacción, pero no es suficiente para justificar el instituto jurídico objeto del presente estudio.

En vista de que en los pueblos primitivos no se encuentran mayores datos que puedan servir de base al antecedente histórico de la institución,

es necesario estudiar el Derecho Romano, en el cual se encuentra la legítima defensa ya regulada quedando oculto ese proceso de embrión previo al nacimiento.-

La Ley de las Doce Tablas permitía: "Dar muerte al ladrón sorprendido durante la noche y lo mismo si fuere sorprendido durante el día si se defiende con armas".-

Una Ley Cornelia establecía como exigencia para que la figura se completara "que la reacción sea tal que parezca lo indispensable, o que de no tener lugar quedare en peligro la vida del que se defiende".-

Otra Ley Cornelia decía: "Si alguno diere muerte a un ladrón nocturno, se le consideraría impune, en el caso de que no haya podido perdonar la vida del ladrón".

Los antecedentes señalados y otras fuentes legislativas del Derecho Romano que relatan hechos relativos a la legítima defensa, permiten la afirmación de que ésta fue regulada por este derecho y no sólo para salvaguardar la existencia, sino que también la integridad corporal y el pudor.

Floretti cree de acuerdo con las conclusiones de Geyer y Levita, -- que no hay duda de que en el Derecho Romano la legítima defensa se admitía no sólo con respecto a la vida sino que también con respecto a los bienes -- y al honor, opiniones que han sido aceptadas por varios penalistas, puesto que el Derecho Romano dio a los bienes, sobre todo a los derechos reales, -- una gran importancia y si fue conocida por ellos la legítima defensa, es lógico que la hayan extendido a los bienes patrimoniales.-

El origen de la legítima defensa en el Derecho Germánico lo encontrá

mos en situaciones que no son precisamente de legítima defensa, pero que se pueden considerar como un paso previo para llegar a ella, puesto que se distinguía que no era justo castigar igualmente al que mataba para defender su vida y al que mata dolosamente sin aquella justificación.-

Lo primero que encontramos en la Ley Germánica es que la Ley del Tali^on en una de sus múltiples variaciones hacía excepciones en algunos casos en los cuales se podía matar impunemente al ladrón, al incendiarlo, al adúltero, etc., de aquí que la muerte de una persona, en los casos señalados podía efectuarse por otra, sin lugar a la composición, siendo lógico que esto no constituye una verdadera legítima defensa, pero ya era algo que no se matara a quien había matado dentro del rígido sistema de la composición.-

En un avance posterior se llega a reconocer la impunidad para quien realizara la venganza inmediatamente, Geyer cita un pasaje de una Ley Visigoda que decía: "Si un hombre mata a otro hombre y aquél es después muerto al ple de la víctima, en el mismo lugar y en la misma hora, que permanezca delante de su acto ilícito, o bien si un hombre mata a otro hombre y sobreviven los herederos del muerto, hieren al ofensor y lo tienden exánime al lado del muerto, entonces permanezca hombre contra hombre".-

La Ley del Tali^on fue la que dio origen a esa forma de composición diciendo: "Si alguien había dado muerte a un hombre, ése solo hecho justifica la muerte del matador".-

Floretti afirma que aquí es cuando surge el "momento psicológico" en que la composición va a transformarse en legítima defensa, puesto que el -

primer homicidio legítima plenamente al segundo, pero supongamos que el primer homicidio no se realiza y que el agredido rechaza la agresión, entonces el acto realizado por el agredido se presenta como una simple anticipación de la venganza, el agredido en vez de esperar a ser muerto para que otro lo vengare, asume en sí mismo la persona del heredero vengador.-

Hay autores que consideran que esto no podía ser el origen de la legítima defensa sino que la expresión de un derecho ya formado que sería el "Derecho de Muerte".-

Zopfi considera que en el Derecho Germánico no había límite alguno para la legítima defensa y que se abusaba grandemente por la facilidad con que se justificaban verdaderos crímenes, por creer que se había obrado en ejercicio de una defensa justa.-

Dentro de los antecedentes que permiten encontrar en el Derecho Germánico la legítima defensa en su forma embrionaria o sea en su proceso de evolución se pueden citar los casos siguientes: "La Compensación Simbólica" que era frecuente y además estaba reglamentada en algunos estados germánicos, la cual se aplicaba con la fórmula que sigue: "Al que encontraba en su casa a un ladrón, el dueño de casa podía dar muerte al intruso y arrojar el cadáver a la vía pública, pero colocando encima de su herida algunas monedas o una cabeza de gallo". Esta recompensa simbólica tenía por objeto en su forma exterior mantener una tradición y en su aspecto práctico equivalía a justificar la muerte en defensa del domicilio o de la vida.-

En otros estatutos se establecía que debía pagar una simple compensación económica el que mataba en defensa de su vida, lo cual no ocurría en -

el caso del homicidio doloso porque el culpable de esta clase de delito respondía con su vida, pero para poderse acoger a los beneficios de la legítima defensa era necesario cumplir con varios requisitos, puesto que el matador tenía que informar del hecho inmediatamente, sin dejar de transcurrir una noche, debía quedarse de ser posible al lado del cadáver de su agresor - y colocarlo de una manera determinada, etc.-

En varios Estados Germánicos fue costumbre condenar a muerte al que mataba en legítima defensa, pero atendiendo las razones que lo habían im - pulsado a delinquir, inmediatamente se decretaba su indulto.-

La opinión en cuanto a los aportes que el Derecho Canónico le dio a la legítima defensa se encuentra dividida, por una parte, Floretti en su - obra "Sobre la Legítima Defensa" opina que el Derecho Canónico paralizó el movimiento y desenvolvimiento jurídico de la Institución, impidiendo el de - sarrollo que había tomado con gran impulso en el Derecho Romano y agudiza - su crítica diciendo: "Que el Dios de la Religión Cristiana no puede imponer más que preceptos de paciencia y sufrimiento".-

Por otra parte, Luis P. Sisco disiente totalmente con Floretti manifi - festando que "el Derecho Canónico encausó la legítima defensa sobre bases - jurídicas contribuyendo a la afirmación del concepto exacto que informa la justificación de la Institución marcando un señalado progreso en cuanto disciplina la materia y está muy lejos de significar un estancamiento a la evolución de la defensa privada de la vida y de los bienes".-

Para fundamentar su opinión Sisco cita en su obra la opinión de céle - bres canonistas que exponen una serie de preceptos canónicos como base a su

argumentación, entre los principales están los siguientes:

Precepto 5, número 3, del Catecismo Romano: "Es ilícito matar a otro, cuando (el hecho) tiene por causa la defensa de la vida".-

Significasti, Capítulo 8 de Derecho Canónico: "El que repele la violencia con la violencia está amparado por todas las leyes".-

Exodo XXII, 2.- Según el cual la muerte del ladrón, de noche es legítima.-

Los tratadistas de Derecho Canónico afirman en forma categórica, que este derecho excusa el homicidio, la mutilación y otros daños inferidos al agresor injusto, reflérase la agresión o el ataque a la vida, la castidad, a los bienes temporales, si la defensa era instantáneamente necesaria y no podía usarse de otro medio.-

La doctrina de los canonistas se ocupa también de la legítima defensa de los bienes y se plantea la interrogante ¿Es ilícito matar al ladrón que quiere hurtar una cosa de valor? la cual fue respondida en forma afirmativa por San Alfonso María de Liguorio, por los santos Tomás y Raimundo, los Salmaticenses y otros comentaristas, pero San Alfonso no sólo admite que pueda matarse ilícitamente a quien escapa con la cosa robada, sino que también al que habiendo huido con la cosa y ocultado a ésta en un lugar determinado, impide la entrada del dueño al lugar donde se encuentra la cosa sustraída.-

Como podrá notarse el valor de la cosa tiene importancia para la doctrina canónica, lo cual dio lugar a que se planteara el problema siguiente: Si una persona rica, se viese acometida por un ladrón que quiere arrebatar-

le una cosa de poco precio, ¿podría el rico lícitamente matarle? La opinión para resolver el problema planteado varió según los diversos autores y así Lugo, Molina, Roncaglia y otros se pronunciaron porque era lícito matar en las condiciones expuestas, pero San Alfonso siguiendo a los Salmaticenses manifestó lo contrario afirmando que la muerte producida en tales circunstancias, no sería lícita.-

Otra cuestión de gran importancia que el Derecho Canónico se planteó fue: Si el adúltero sorprendido infraganti en acto de adulterio por el marido de la adúltera puede matar lícitamente a éste, en caso que el adúltero - fuese atacado?. Los Canonistas resolvieron este caso afirmativamente y - sostienen que si el adúltero mata defendiéndose "Servato Moderamine Inculpa tate tutelae", no hace otra cosa que ampararse en un derecho que le asiste.-

En el Código Canónico encontramos disposiciones concretas relacionadas con la legítima defensa, así el Cónon 2205 en el párrafo cuarto dice: - "La causa de legítima defensa contra un agresor injusto, excluye por completo el delito, si se ejercita con la debida moderación, en otro caso, solamente disminuye la imputabilidad, así como también la causa de provocación".-

En el mismo Código Canónico se encuentra comentada la disposición - que he citado, en la forma siguiente: "Las condiciones que se requieren para que la defensa sea legítima y para que pueda decirse que se ejercita -- con la debida moderación, pueden verse en cualquier tratado de Ética y Dere cho Natural. En este caso no hay delito porque el acto de defenderse legítimamente contra un agresor injusto es objetivamente lícito. La causa de provocación disminuye la imputabilidad porque excita ordinariamente la pa--

sión de la Ira, y ésta atenúa la Imputabilidad, de conformidad con la doctrina que se expone en el Cánón 2206.-

C A P I T U L O I I

TEORIAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMA DEFENSA

He considerado de gran interés para el estudio del tema que estoy desarrollando la exposición de las distintas posiciones que filósofos y juristas han adoptado en cuanto a la justificación de la legítima defensa.-

Cualquier persona se preguntará si el Estado es el encargado de defender nuestras vidas y derechos y siempre tendrá la intención de hacerlo y lo cumplirá mientras pueda, porque los cuerpos de seguridad tienen esa misión, abundan los jueces y Fiscales prevenidos para castigar los delitos, el Código Penal es inexorable, las cárceles abren sus puertas a los delincuentes,- toda la maquinaria judicial pretende ser perfecta; pero cuando alguien nos quiere asesinar o despojar injustamente de nuestros derechos, lo hace y cuando en la vida se nos presentan situaciones como ésta en que la autoridad no puede acudir en nuestro auxilio, no es posible que el injustamente agredido permanezca inactivo y sufra la agresión injusta, su reacción será perfectamente justa y conforme a derecho, ningún pueblo ni antiguo ni moderno desconoce su legalidad.-

Todo esto, daría lugar a creer que se hace innecesario estudiar la justificación de la legítima defensa, pero no hay que olvidar que tanto juristas como filósofos han exaltado la necesidad y la justicia de la institución, pero a su vez han surgido grandes discrepancias en la explicación de la impunidad de las causas que la justifican, por consiguiente cuanto más arraigada está una institución jurídica, es cuando más necesaria se hace la doctrina de su justificación.-

Las teorías sobre la justificación de la legítima defensa han sido muy bien estudiadas por Vidal y Allmená, cuyo método expositivo sigue Carrara en su "Programa de Derecho Criminal" lo cual servirá de base para la exposición siguiente:

PRIMER GRUPO: "La legítima defensa es injusta, pero debe quedar impune".-

Los autores de este Primer Grupo sostienen que la legítima defensa es una simple excusa, una causa de impunidad y en algún caso un motivo de inimputabilidad; por cuya razón debe ser considerada como injusta, pero impune.

Kant fue el primero en sostener esta tesis y justifica la impunidad de la acción en la necesidad (la necesidad no tiene ley) y decía: "En el peligro inminente que corre la vida del agredido hay una necesidad de obrar en esa forma, de reaccionar de esa manera y de producir la muerte del agresor, para salvar la vida del agredido".-

Así pues, la muerte del agresor por el agredido tiene origen en la necesidad, pero ninguna necesidad puede transformar lo injusto, en justo, pero si la ley o quien la represente no puede actuar en el momento en que se le necesite, debe permanecer impune el acto sobre el que la ley no ha po

dido ejercer su influencia; por consiguiente la legítima defensa no puede - considerarse una acción inculpable, sino que un acto impune.-

La posición de Kant se puede resumir con la fórmula siguiente: "Impunidad de la acción por la necesidad inminente en que se halla el agredido"

Allmena criticó duramente esta teoría manifestando que estaba en contradicción con el propio pensamiento de Kant, sobre el derecho de castigar, puesto que para éste la pena es una necesidad absoluta, categórica y no puede plegarse a razones de necesidad o de oportunidad.-

Pufendorf que también pertenece al Primer Grupo con la "Teoría de la Violencia Moral" ve en la legítima defensa una causa de ininputabilidad, según este autor, el instinto de conservación está tan arraigado entre nosotros que vence todas las resistencias y determina que la inminencia del peligro causa en el ánimo una profunda perturbación moral, que es la que excusa la legítima defensa.-

Sostienen la misma posición de Pufendorf, Carmignani, Heymans, Puccioni y otros.-

Carrara critica esta teoría haciendo notar, que si bien es cierto -- que ante un ataque actual o inminente la mayoría de las personas sufre una perturbación en el ánimo, también hay personas que tienen un temperamento - especial que en una forma fría y serena rechazarían la agresión, entonces - estos últimos casos no estarían comprendidos en la legítima defensa y las - personas que realizaran tal acto deberían ser castigadas por faltar la causa que justificaría su "ininputabilidad".-

Allmena también critica esta posición al manifestar que con esta teoría no podría justificarse la legítima defensa de terceros que por todos -

ha sido considerada como la más noble.-

Geyer: Quien sostiene que la legítima defensa es una excusa que tiene su fundamento en la retribución del mal con el mal, estima que la represión del delito es una función social que no puede ejercitarse por el individuo sino por alguien que lo represente y en todo caso sería el Estado, así pues, cuando un individuo se defiende de un ataque, retribuye por sí mismo el mal que iba a ser objeto y entonces se produce un cambio en la fórmula "Hay que retribuir el mal con el mal" por la de "Yo debo retribuir el mal con el mal!"

Este autor considera que la legítima defensa no es un derecho sino una acción punible, pero que atendiendo a las condiciones en que se ha dado, es excusable.-

Fioretti ha criticado a Geyer manifestando que no se puede fundar la impunidad de la legítima defensa en el principio de la retribución, que la asimila a la pena, pues ésta sigue al delito y la defensa privada le precede, tampoco dice el autor de la crítica, podría haber equivalencia entre una agresión cuando consiste simplemente en una amenaza y la reacción que finaliza produciendo la muerte del agresor y además con esta teoría se podría llegar al extremo de afirmar que si el autor de la agresión sólo quedare herido sería imposible perseguirle y penarle, puesto que ya recibió su retribución.-

SEGUNDO GRUPO: "Colisión de Intereses".-

Von Buri es el que mejor ha desarrollado esta teoría manifestando que "entre dos intereses que están en colisión y en conflicto de tal modo que uno pueda ser conservado sin la destrucción del otro el Estado sacrificará el menos importante!" Así pues, cuando se produce una agresión Injus

ta, por el hecho de la agresión, el derecho del agresor desaparece y cede su lugar al derecho del agredido, puesto que éste es superior y prevalece sobre el del agresor que debe ser sacrificado.-

Jiménez de Asúa a pesar de ser partidario de la teoría de colisión de Intereses que desarrolla en forma distinta a Von Buri, lo critica afirmando que este autor no siguió rigurosamente el camino que al principio de su estudio escogió, porque concluyó por derivar la legítima defensa, más que de la necesidad social de salvaguardar un interés mayor, de la consideración de la humana debilidad.-

Posición de Jiménez de Asúa. Acepta que la legítima defensa es una causa de justificación y como tal su legitimidad se funda en que se salvaguarda el interés preponderante, que en este caso de colisión de intereses lo es el mejor, aunque cualitativamente los bienes jurídicos que colisionan sean iguales, o sea que el defensor restablece el derecho atacado, puesto - que en la colisión de intereses se hace así prevalecer el bien jurídicamente protegido mediante el necesario sacrificio del interés bastardo (ilegítimo) del agresor.-

TERCER GRUPO: "La legítima defensa es una verdadera causa de justificación".-

Hegel fue el que propuso inicialmente esta doctrina, la cual se concreta en la forma siguiente: "El que ejerce la legítima defensa afirma el derecho porque siendo la agresión injusta la negación de ese derecho, la legítima defensa es la negación de esa negación y tiende a anular una injusticia. -

Carrara se incluye dentro de los autores que pertenecen a este grupo, quien encuentra la justificación de la legítima defensa en "la cesación del derecho de penar" en relación al tema dice: la defensa pública ha sido organizada para suplir la ineficiencia de la defensa privada y para refrenar - sus excesos, pero cuando por impotencia momentánea de la defensa pública, la defensa privada es por sí sola suficiente y no puede producir excesos, la de fensa pública no tiene fundamento alguno y no puede intervenir ni como fuer za supletoria, ni como fuerza moderatriz. "La tutela jurídica no puede exi gir sin contradicción el castigo de un hecho por el que la tutela jurídica se mantiene en la única forma que hacen posible las circunstancias del caso. Alguna que otra vez la ayuda de la sociedad sería tardía e impotente para - impedir el mal amenazado y la defensa privada puede con menor daño impedir lo, entonces surge el derecho de la defensa privada.

CUARTO GRUPO: "Doctrina Positivista de tendencia subjetiva".

Primero hay que hacer notar que a este grupo no pertenecen todos los positivistas, puesto que no ha habido entre ellos un acuerdo total en lo -- que se refiere al fundamento de la legítima defensa.-

Ferri en el año de 1878 aplicó la idea positivista en apoyo a la le gítima defensa y dijo: "El carácter jurídico y social de los motivos y la - calidad del fin que se propuso el agente le servían para fundamentarla, pues to que ese fin no fue el de ofender a otros, sino el de defenderse y por lo tanto ese hombre no es temible".-

Para Ferri a ninguna conclusión llegaron los que buscaron en otras - fuentes la razón justificativa de la defensa privada, puesto que no alcan -

zaron a explicar una situación que explica, sin ningún esfuerzo el buen sentido; lo cual es que la juricidad de los motivos, determina la legitimidad de la defensa.-

Floretti antes de elaborar su doctrina que es de acuerdo a este cuarto grupo o sea positivista, critica a Ferri diciendo que el ejercicio de la defensa necesaria sólo adquiere carácter jurídico cuando la sociedad informada del hecho, entra a valorar las consecuencias del acto cometido por el agredido, en relación al agresor mismo; cuando la sociedad le dice "hicistes bien en defenderte y herir, no estás obligado a ningún resarcimiento por el daño-cometido", pero si se considera que esa colisión de derechos se produce durante el hecho del ataque y de la defensa se llegará a la imposibilidad de conciliar estos derechos en colisión, porque el pretender hacerlo, nos llevaría a concluir que uno de esos derechos es violable; lo cual desde el punto de vista jurídico es imposible.-

Floretti desarrolla su teoría sosteniendo que para él son dos los intereses sociales que se deben tomar en cuenta para encontrar la justificación de la legítima defensa; el interés de la conservación personal del individuo honrado y agredido y el interés de la represión de la actividad criminal, puesta de manifiesto en la injusticia de la agresión.-

Zerboglio otro positivista elabora su teoría en la forma siguiente: "La defensa, acto objetivamente antijurídico, no lleva consigo castigo alguno y es por consecuencia legítima, siempre que con ella no se demuestre ninguna cualidad más o menos antisocial en el individuo que la consumó".

Este tratadista sostiene que la Escuela Positiva no debe hablar de -

legítima defensa, sino de individuos que se substraen a la pena, porque, aun que cometieron un acto objetivamente antijurídico, no han ofrecido con ello, ningún signo de anormalidad antropo-psicológica.-

Considero que la exposición que hace el tratadista Luis Jiménez de Asúa es la más correcta, puesto que analiza el fundamento de la legítima de fensa tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo y si fuere necesario concretar la opinión se haría tal como dice Sisco "con las mismas palabras del Ilustre maestro Español". "La legítima defensa tiene su base en la preponderancia de intereses, puesto que es preferible el bien jurídico de del agredido que el interés bastardo del agresor".-

C A P I T U L O I I I

LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO

Esta causa de justificación la encontramos en el Código Penal en el Capítulo II de Las Circunstancias que eximen de responsabilidad. Artículo 8 No.4. No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:

El que obre en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera: Agresión ilegítima,

Segunda: Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repe-
terla.-

Tercera: Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.-

Considero necesario antes de entrar a analizar los requisitos legales que establece en sus primeros Incisos el Artículo que he citado, exponer la forma en que nuestro Código desarrolla la legítima defensa y los derechos que protege.-

Así pues, nuestro Código trata primero de la legítima defensa personal, la legítima defensa presunta, la legítima defensa de parientes y por último la de extraños, siendo para la primera de las mencionadas, necesarios los requisitos enumerados, los cuales tienen una pequeña variación para las otras clases de defensa, lo que será objeto de un estudio posterior.-

En cuanto a los derechos que protege la legítima defensa, en nuestro Código, se puede asegurar que comprende la defensa de toda clase de derechos, la vida, la integridad corporal, libertad, pudor, honra, patrimonio, etc.,- puesto que el Código se refiere a la "defensa de su persona o derechos" y - donde el legislador no distingue no cabe al intérprete distinguir. También se puede abonar como argumento la opinión de los tratadistas que han comentado el viejo Código Español de donde fue tomada nuestra legislación penal- y la de los comentaristas de Códigos Americanos que han sido semejantes al nuestro; de aquí que tenemos que la opinión de dichos tratadistas es prácticamente unánime, Gómez, Peco, Jiménez de Asúa, Carrara, etc. Sebastián Soler ocupándose de este asunto dice: "Todo bien jurídico es legítimamente defendible. Nuestra ley lo declara expresamente, es pues, errado restringir la defensa a determinados bienes o declarar que estos bienes son defendi -

bles solamente cuando exista peligro para la persona. La defensa de un derecho no puede declararse ilícita en principio, sin decretarse el triunfo "de la injusticia".-

REQUISITOS LEGALES:

Primero: Agresión ilegítima. En primer lugar debemos señalar que este requisito es esencial para que haya defensa porque pueden faltar los otros requisitos, sin que por ello deje de existir, aunque no sería del todo excusable, pero en ningún caso se puede suponer que se ejercite una defensa sin un ataque.-

La agresión ilegítima, generalmente consistirá en una acción, pero ello no impide que pueda provenir de una omisión, por supuesto que se tiene que omitir del concepto de acción los hechos de los animales y de las cosas inanimadas, puesto que las situaciones de peligro que éstas plantean no darán lugar a la legítima defensa sino que al estado de necesidad, tal como lo considera la doctrina; pero sí se debe considerar como agresión la acometida de un hombre que se sirve de un animal o la agresión de un loco, aún cuando estos sujetos no sean culpables y por consiguiente no merezcan pena.

La agresión, dice Jiménez de Asúa, es todo acto que vulnere o ponga en peligro cualquiera de los derechos subjetivos de la persona. Este concepto encaja totalmente en nuestro Código, pues comprende la agresión actual y la inminente.-

Pacheco dice: "Agresión quiere decir tanto como acometimiento y para que esto se verifique no es necesario que se haya consumado, pero sí que se haya intentado el mal".-

Rodolfo Moreno: "No es preciso que se llegue a la lesión corporal, no es indispensable que se toque al agredido, basta la iniciación del ataque, - el que se rebela generalmente con la presentación de armas".-

Eusebio Gómez considera: "Que la agresión existe aunque ningún efecto se haya producido todavía, con la simple amenaza de atacar de un modo - inmediato e Inminente; por ejemplo cuando se apunta con un arma".-

Así, después de todo lo expuesto resulta que para que exista agresión no es necesario que el ataque se haya consumado, basta con que haya un principio de ejecución que de acuerdo a las circunstancias especiales del ataque formen en el atacado la convicción de que el hecho definitivo y concreto del ataque va a producirse, si no tiene lugar la reacción que lo impida, puesto que si nosotros esperamos que la primera condición se complete o sea la consumación del ataque, sucedería que la defensa ya no tendría lugar porque habría imposibilidad material de ejercitarla.-

Para que exista el primer requisito que exige la ley o sea la agresión ilegítima no es necesario que el acto se materialice, que el agredido sea tocado por el agresor, ni es indispensable que la agresión material haya comenzado, sino que basta la presunción cierta de que la agresión se hará efectiva, de no mediar el acto de repulsa que la evite. La actitud de una persona de acometer a otra justifica la defensa cuando las especiales - circunstancias del caso hacen verosímil el ataque efectivo e inminente.-

Cuello Calón, citando la doctrina del Tribunal Supremo de España, dice: "Que la voz agresión equivale a acometimiento y consiste en la acción - ofensiva, en el amago o empleo de fuerza material para causar un mal que com

prometa o ponga en peligro la persona o los derechos de alguno o cuando menos constituya una amenaza seria y grave de un daño material e Inminente! -

El primer requisito que se debe exigir a la agresión se refiere esencialmente a su naturaleza, el cual encontramos que está constituido por el peligro real de la amenaza, que es el punto que se ha desarrollado inicialmente, por lo que hay que tomar en cuenta que cuando el peligro cesa porque ha cesado la agresión ya no puede hablarse de legítima defensa que sólo se admite para impedir o repeler una agresión y si el ataque está terminado ya no existe este peligro y entonces estaríamos en presencia de una venganza, por eso no hay que olvidar que la agresión para ser considerada como tal debe ser actual, Inminente y directa.-

El concepto que se ha desarrollado para ser considerado como requisito legal para constituir la legítima defensa es necesario que sea legítima, tal como dice el texto de la ley, admitiéndose con esto que pueden haber agresiones legítimas las cuales no darían lugar a la legítima defensa, así pues, se puede afirmar que la agresión será legítima cuando procediera de una autoridad en el ejercicio de sus funciones o de quien ejercitara un derecho; por ejemplo: si un agente de la autoridad nos detiene y nos priva de algún derecho no se puede repeler la agresión por considerarse ésta como legítima, pero en esta afirmación hay que tomar en cuenta, que la agresión realizada por los agentes de autoridad debe tener su reglamentación y sus límites; puesto que en presencia de un acto de autoridad que infringe la Constitución o alguna ley secundaria, éste deberá reputarse como ilegítimo y quien lo repele y reúne los demás requisitos que esta--

blece el artículo que estamos estudiando estará actuando de conformidad a la ley y su acción será justificada por la Institución jurídica de la legítima defensa. Un reo que va a ser fusilado en el cumplimiento de una sentencia-ejecutoriada no podrá, al cometer un acto delictivo contra la persona o personas encargadas de ejecutar la sentencia, alegar legítima defensa porque el acto inicial será considerado como legítimo.

El doctor Enrique Córdova en su obra "Estudios Penales" sostiene que no obstante provenir de autoridad, la agresión se convertiría en ilegítima- si se dirigiera contra personas que gozan de inmunidad, lo cual sería contra el representante diplomático que comprobara de manera inequívoca su carácter oficial, porque en ese caso la autoridad subalterna, sin previo requisito, no estaría facultada para prender al diplomático.-

Así también será legítima la agresión que llevara a cabo un padre contra un hijo de familia si ésta se realizara de acuerdo con el Artículo 244 del Código Civil.-

Acerca de la ilegitimidad de la agresión se ha escrito bastante por los tratadistas del derecho, por consiguiente considero necesario hacer notar las opiniones siguientes:

Sebastián Soler entiende que ilegítima no quiere decir delictiva sino emprendida sin derecho.-

Pacheco dice que la agresión es ilegítima cuando no está autorizada por ninguna ley ni por ningún derecho.-

Luis P. Sisco considera que es ilegítima aquella agresión que se hace sin estar autorizada por ninguna ley y por ningún derecho.-

Cuello Calón estima que la agresión es ilegítima cuando es contraria a derecho, cuando el que ataca o acomete no tiene ningún fundamento jurídico para ello.-

Silvella considera que el calificativo "ilegítima" no es acertado, pero que aunque deslucen un poco la técnica, tiene la virtud de evitar equívocos y que posiblemente el legislador lo hizo para evitar que se calificase como acto de agresión, el ejercicio de algún derecho o el cumplimiento de algún deber.-

Algunos Códigos americanos han usado otro calificativo tales como "agresión Injusta" que usa el Código Cubano de 1930. "Agresión sin derecho" que usa el Código Penal Mexicano.-

Considero que el término "agresión ilegítima" que usa nuestro Código es el más acertado y que la ilegitimidad no tiene más alcance que considerarse como aquella que objetiva y subjetivamente es contraria al derecho y a la ley.-

Segundo: Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.-

Este segundo requisito que exige la ley viene a establecer en forma determinante que el requisito enunciado anteriormente o sea la agresión ilegítima debe ser actual o inminente, puesto que se impide lo actual y se repele lo inminente.-

Establece la necesidad de la defensa, esto es que si se puede contrarrestar la agresión en otra forma, sin acudir a la violencia o haciéndole menos grave, la necesidad no existe; pero establece que esto no hay que con

siderarlo en forma absoluta, sino que racional y para ello hay que tomar - en cuenta las circunstancias en que se lleva a cabo el ataque y en las que se encuentra la persona que sufre la agresión.-

Así pues, el requisito legal que estoy desarrollando comprende dos - cuestiones que son de gran importancia para la legítima defensa que son la- necesidad objetivamente apreciada que se refiere a la necesidad de la defensa y la racionalidad afecta al medio que ha de ser entendida de modo circunstancial, pero sin que su desproporción sea tanta que llegue a decidir la fndole excesiva de la defensa, por consiguiente seguiré el desarrollo de esta exigencia legal desarrollando las partes que comprende y que son:

1o.- Necesidad de la defensa:

Es fundamental que la defensa reúna como requisito, sin el cual no podría existir, el de ser necesaria, puesto que sin esto no se podría hablar- de defensa ni completa ni excesiva; este requisito es tan esencial como lo es la agresión.-

La necesidad debe juzgarse en relación con el bien jurídico que se - defiende y soluciona uno de los problemas más graves que existen en la legítima defensa y sobre todo cuando hemos admitido que todos los derechos sub- jetivos son defendibles.-

Luis Jiménez de Asúa ha sido quien ha expuesto en la mejor forma es- ta circunstancia, por eso he considerado el copiar íntegramente un ejemplo- que el autor desarrolló que se aclara toda duda que pudiera haber y se com- prende mejor el tema.-

"Si se proclama que todos los derechos son defendibles, resultaría - que el propietario del manzano que dispara un tiro mortal sobre el niño en-

caramado entre las ramas que le hurta la fruta, realizaría una defensa de la propiedad aunque ésta fuera excesiva. Nada más bárbaro que creer que se ejecuta un acto de defensa en tales circunstancias y modo. Ahora bien, si para huir de tan estúpida crueldad, negamos que el propietario del manzano tenga derecho a defender los frutos, negaríamos que hay derecho a defender el patrimonio. Este conflicto en el que se vieron las jurisprudencias de casi todos los países, se allana con la doctrina de la necesidad de la defensa. El propietario del manzano no necesita defenderlo matando a la criatura, la falta de necesidad no se refiere a la proporción, sino a la existencia de la legítima defensa y si falta la invalida".--

2o.- Racionalidad del medio empleado para impedir o repelerla.-

Con la palabra "racional" se da amplitud a los jueces de lo Penal en la apreciación del requisito legal, lo cual en la práctica ha sido muy alejado de la intención del legislador y de la exposición de los tratadistas del derecho, puesto que lo que se ha visto en una forma rígida e inflexible y a veces con una proporción casi matemática, se ha querido ver a través de todas las legislaciones y de todos los tiempos como un hecho humano en que cabe la concurrencia de accidentes que los modifican substancialmente, en los cuales hay que tomar en cuenta las circunstancias particulares de cada caso, tales como la inferioridad física, la nocturnidad y la ausencia de otros elementos de defensa, pero este razonamiento aunque necesario no satisface totalmente porque da una solución eminentemente subjetiva, siendo necesario para encontrar este requisito acudir a la apreciación circunstancial, viendo caso por caso; pero los elementos de juicio que deben de guiar

a un Juez no deben ser el del propio sujeto en apuro, sino que es necesario objetivar el acto elevándolo a una norma generalizadora que se comprobará en cada hecho, que sea susceptible de individualización, por eso considero muy acertado a Sebastián Soler cuando dice que la proporcionalidad debe estar - sujeta a la apreciación de un hombre razonable en el momento de ser atacado.

Jiménez de Asúa desarrolla totalmente esta idea y al respecto dice:-
"para que se dé la legítima defensa perfecta ha de existir proporcionalidad entre la repulsa y el peligro causado por el ataque medida individualmente, en cada caso, pero no subjetivamente, sino conforme al criterio objetivado del hombre razonable que en ese instante y circunstancias se ve agredido".-

3o.- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.-

Considero necesario para analizar este tercero y último requisito empezar por determinar lo que debe entenderse por provocación y cuando ésta - ha sido suficiente, así pues, provocar significa incitar o estimular a uno con palabras u obras para que se enoje.-

El Diccionario de la Lengua Castellana dice que provocar significa:
"Irritar o estimular a otro para que se enoje". -

El primero de los conceptos ha sido admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España y será el que adoptaremos para el desarrollo del tema, pero nuestra ley exige como elemento necesario para integrar este requisito, que la falta de provocación sea suficiente y así:

El Diccionario define la voz suficiente como "bastante para lo que - se necesita, apto o idóneo".-

Groizard dice: "que por suficiente debe entenderse apto o idóneo o de

otro modo bastante para alcanzar el logro de lo que se necesita".-

Así una vez establecido el significado de las palabras provocación y suficiente, tocáenos desarrollar en su forma íntegra el requisito legal; la falta de provocación suficiente quiere decir que el que se vea en la necesidad de defenderse no haya dado por su parte causa al ataque de que es víctima, provocando o incitando al injusto agresor, pero la provocación, que habla la ley debe ser suficiente e inmediata al hecho porque si entre la provocación y la agresión ha transcurrido un tiempo más o menos considerable - ya no se le puede atribuir su propio efecto y la actitud del agresor se convertiría en una venganza; cuando la ley ha establecido este requisito ha querido que no pudiera ampararse el agredido en la defensa de una agresión- que él mismo ha provocado.-

En vista de que esta circunstancia constituye un hecho negativo, considero que no es necesario probarla, a pesar que algunos sostienen lo contrario afirmando que la falta de provocación implica un hecho positivo, perfectamente apreciable y por lo tanto fácil de comprobar, consiste en la actitud moderada, respetuosa, comprendida dentro de la vida del derecho que el hombre está obligado a observar.-

C A P I T U L O I V

EXTENSION DE LA DEFENSA

DEFENSA PRESUNTA

El Artículo 8 número 4 del Código Penal después de establecer los requisitos que son necesarios para que haya legítima defensa en el Inciso siguiente dice:

"Se entenderán que concurren estas tres circunstancias, respecto de aquél que durante la noche rechace el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor".-

En este Inciso nuestra ley establece una presunción legal de legítima defensa que fue tomada del viejo Código Español de 1928, viniendo a garantizar en una forma especial y por extensión lo que ha dado en llamarse la defensa del domicilio.-

El derecho de rechazar por la fuerza al ladrón nocturno lo encontramos en casi todos los tiempos y legislaciones, así estaba regulado en la ley romana, en la Biblia y ahora se encuentra en casi todos los Códigos Americanos por supuesto con algunas pequeñas variaciones.-

El fundamento principal que se le ha dado a la disposición es el temor que inspiran los ataques nocturnos dirigidos contra una casa, puesto que los habitantes de la casa atacada tienen motivos para temer proyectos-

homicidas, porque el ataque realizado en esa forma revela una gran audacia y sobre todo en la noche cuando los socorros son más difíciles.-

Eusebio Gómez justifica la disposición diciendo: "La razón justificativa de este precepto se explica sin mayor esfuerzo, el que repele con la fuerza una invasión a su propia casa, realizada en forma harto reveladora de un peligro o por lo menos susceptible de provocar sensación de ese peligro y el que al encontrar resistencia por parte de un intruso cuyas intenciones no pueden conocerse, procede violentamente en su contra, ejercitan una defensa cuya legitimidad no puede ser discutida".-

Nuestra ley al tomar de la legislación española el precepto no hizo más que crear una situación de privilegio para todo aquel que en la noche rechace el escalamiento o fractura de una casa habitada, puesto que hace presumir que hay un peligro por lo que se le puede causar cualquier daño al agresor, incluso la muerte; pero no tomó en cuenta los elementos necesarios para integrar la legítima defensa por que al darse los extremos que exige la presunción bien pudiera ser que el supuesto agresor fuera un loco, un niño o una persona que no tuviera la mínima intención de ocasionar un daño y el habitante de la casa objeto del escalamiento nocturno repellera dicha agresión ocasionando un daño irreparable como la muerte, cuando en realidad no había necesidad de la defensa, pero la ley presume en este caso que se han llenado todos los requisitos legales; por otra parte si en un caso concreto se reúnen todos los requisitos de la legítima defensa la ley al hacerlos presumir está demás y si no se han reunido y la ley los presume, será injusta.-

Sin dejar de tomar en cuenta el auge que últimamente han tomado los ataques realizados contra las personas en el interior de su casa, los asesinatos cometidos en familias honorables e indefensas, el aumento del índice delincencial en lo referente a los delitos de hurto y robo, los ataques constantes realizados bajo la nocturnidad y en el interior de la casa del ofendido; considero que no hay razón alguna para colocar en una situación privilegiada a la propiedad, respecto a los demás bienes jurídicos defendibles porque si nosotros queremos curar los males que he señalado, es una verdadera vigilancia policíaca y ciertas medidas sociales las indicadas para ello y no presunciones atentatorias que sobre todo en el Derecho Penal deben ser aceptadas con mucha reserva y mucho menos en la legítima defensa que es una situación excepcional donde se hace absurdo presumirla.-

Por eso considero que hicieron muy bien en suprimir esta presunción los Códigos Penales del Perú, Cuba, Brasil, el proyecto Peco, el anteproyecto de Mariano Ruiz Funes, lo mismo que el proyecto de nuestro Código Penal.

DEFENSA DE PARIENTES

El Artículo 8 número 5 del Código Penal dice:

"El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes de sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad inclusive o segundo de afinidad, ya sean los expresados ascendientes, descendientes o parientes legítimos o ilegítimos reconocidos siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que en caso de haber procedido provoca -

ción de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor".-

En este inciso nuestra ley establece la legítima defensa de parientes, señalando el grado de parentesco que debe de mediar; para que proceda la ley requiere que concurren la primera y la segunda circunstancia de las exigidas para la defensa propia, en cuanto a la provocación si ha concurrido de parte del ofendido es necesario que ninguna participación haya tenido en ella el defensor, aunque el pariente agredido haya sido el provocador no por eso se le va a dejar sin defender, porque no podemos exigir a un hombre unido por los lazos del parentesco que se quede inerte ante el peligro que corre su pariente, cuando el mismo calor de la sangre lo impulsa a ejercer este derecho de defensa que la naturaleza le impone y la ley le sanciona.-

El fundamento de la defensa de parientes es el mismo que el de la de fen sa pro pia, puesto que así como se justifica ésta, con mucha mayor razón se tiene que legitimar el acto de defender a aquellos a quienes se está un ido por los vínculos de sangre.-

En cuanto a los bienes que protege son los mismos que los de la defen sa pro pia, o sea la vida, la integridad y todos los derechos subjetivos de la persona.-

El Código Penal no ha usado una sola disposición para comprender la defensa de parientes y de extraños, tal como lo han hecho otros códigos ame ric anos y el proyecto del nuestro, porque requiere distintos requisitos para integrar cada una de estas formas de defensa, basándose en los motivos que impulsan a cada persona para defender a un pariente o a un extraño, con

siderando que para la primera necesariamente tienen que ser los vínculos de sangre que unen al defensor con el agredido y para la segunda los sentimientos de justicia que la persona por su propia naturaleza humana posee.-

Considero que la forma adoptada por otros Códigos en cuanto consideran en un solo inciso las dos clases de defensa es más acertada que la que nos rige a nosotros, porque lo esencial en la defensa justa, no es que sea de sí mismo, de un pariente o de un extraño, sino que se ejercite para restablecer el derecho alterado por el agresor lo que interesa es impedir o repeler una agresión injusta, que el defensor no haya sido el provocador, que haya necesidad de la defensa y que se usen los medios razonables.-

DEFENSA DE EXTRAÑOS

El Artículo 8 número 6 del Código Penal dice:

"El que obra en defensa de la persona o derechos de un extraño - siempre que concurren la primera y la segunda circunstancias - prescritas en el número 4o. y la del que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimientos u otro motivo ilegítimo".-

Con esto se establece la legítima defensa de extraños, que para que concurra es necesario que se den las dos primeras circunstancias señaladas en el número 4o. o sea agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, pero como dije anteriormente, el impulso de la defensa descansa en una consideración distinta, aquí no es el instinto egoísta de la conservación, ni el cariño familiar, sino que algo altruista, algo más noble, como dijera Joaquín Francisco Pacheco "el amor a lo justo, la sublevación natural contra la opresión que el fuerte ejercita contra

el débil".-

A pesar de que nada se dice sobre la provocación se debe entender que el extraño no debe haber tenido ninguna participación en ella, si acaso se dio la agresión por este motivo.-

En vista de que el inciso que se comenta establece "que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimientos u otro motivo ilegítimo" considero de interés comentar el agregado, el cual no lo encontramos en otras legislaciones modernas, así pues, nuestra ley exige para la defensa de extraños un requisito más o sea que el que la ejercita no tenga antecedentes con el agresor que hagan dudar de la nobleza de su proceder, si existen estos motivos pudo ser la pasión por la venganza la que lo hizo aprovechar la oportunidad y no el puro amor a la justicia que es lo que quiere la ley.-

Pero a que clase de resentimientos y motivos o sea a que antecedentes se refiere la ley, a los legales o a los morales, considero que tal como está redactada la disposición se refiere a cualquier motivo moral que sea suficiente para impulsar a una persona a tomar una decisión vengativa y no altruista como quiere la ley.-

Siendo esto uno de los graves errores que comete nuestro Código, por eso estoy totalmente de acuerdo con Silvela quien al comentar el viejo Código Español de 1870, que en esta parte es igual al nuestro, dijo: "Que no es posible a no confundir la moral con el derecho, establecer disposiciones como la presente sin exponerse a ocasionar graves perjuicios imposibilitando en algún caso el auxilio que el extraño puede prestar al injustamente acometido. Es más justo, y como más justo más útil, el que un extraño por odio y resentimiento contra el agresor, defienda al acometido, que no el que se abs-

tenga y permanezca indiferente por miedo de que la defensa se atribuya a Impulsos de la venganza, a las instigaciones del odio u otro motivo que pueda considerarse como ilegítimo! -

Para evitar el problema que acarrea la calificación del motivo que Impulsa al defensor otras legislaciones no lo exigen en el texto legal, tratando en un solo inciso la defensa de parientes y de extraños y por consiguiente exigiendo los mismos requisitos para ambas extensiones de la defensa y algunas legislaciones modernas como la de Costa Rica trata en una sola disposición las tres clases de defensas que he desarrollado sin analizar la causa o motivos que la impulsan, sino que se cumplan los requisitos legales que son idénticos para todas.-

C A P I T U L O V

DEFENSA PUTATIVA Y EXCESO EN LA DEFENSA

DEFENSA PUTATIVA

La legítima defensa putativa no se encuentra consignada en el Código, la cual ha sido elaborada y desarrollada en forma bastante amplia por los tratadistas del Derecho Penal.-

La palabra putativo o putativa proviene del verbo latino "putare" que significa pensar, creer, juzgar acerca de algo.-

Luis Jiménez de Asúa dice: "Habrá defensa putativa si el sujeto que reacciona lo hace en la creencia que existe un ataque injusto, cuando pro -

plamente se halla ante un mero simulacro".-

La defensa putativa es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que subjetivamente nos hace pensar que es necesaria la defensa; así - pues existirá cuando el agente obrando bajo la influencia de un error de hecho, reacciona con medios que serían idóneos para repeler un peligro que equivocadamente se pensó que existía, es pues, aquella que nace de un error de hecho y el medio empleado es proporcionado al peligro imaginario.-

Al respecto Sebastián Soler dice: "En tal caso el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura, pero se determina porque además erróneamente cree que existen otras circunstancias que lo autorizan u obligan en efecto, a proceder y esas otras circunstancias son de tal naturaleza que si realmente hubieran existido habrían justificado su conducta".-

Así existirá la defensa putativa cuando una persona se imagina racionalmente, que está ante un peligro actual o inminente y reacciona con medios adecuados para evitar el daño que le ocasionaría esa agresión, pero en realidad el peligro no existió y si el agente tuvo esa impresión fue por una equivocada estimación de los hechos, pero para que se configure esta clase de defensa es necesario que el error esté basado en un justificativo racional, el cual puede ser determinado por las circunstancias objetivas del caso o subjetivas de la persona que se cree atacada.-

El fundamento de la legítima defensa no es el mismo que el de la defensa putativa, puesto que la primera se basa en la preponderancia de intereses y por consiguiente es una causa de justificación y la segunda en el -

error de hecho en que incurre el autor de la defensa y la causa que lo excluye de responsabilidad será la no culpabilidad del autor del hecho.-

En vista de que la defensa putativa se basa en el error de hecho es necesario establecer cómo puede ser el error y así tenemos:

Error substancial: Que es aquel que recae sobre el delito mismo o sobre los elementos que son de su esencia.-

Error accidental: Aquel que recae sobre las circunstancias que no son de la esencia del hecho.-

El error de hecho excluye la ilicitud del acto, puesto que éste no será ni doloso ni culposo porque se está en presencia de un estado que supone una falta de conocimiento de la realidad y con base en las clases de errores que existen; para que el error excluya la ilicitud del acto es necesario que sea substancial y además invencible, puesto que no siendo invencible dejará subsistente la culpa, en cambio si el error es accidental éste dejará pendiente la delictuosidad del acto.-

Para que exista la defensa putativa como causa que excluye de responsabilidad por no ser culpable el agente, se necesita que se llenen los requisitos de la legítima defensa o sea que haya una agresión injusta actual o inminente con la diferencia que esta agresión en lugar de ser real es imaglnarla debida a un error substancial e invencible que se apreciará objetivamente según el caso o subjetivamente según las condiciones del agente; que haya necesidad de la defensa y proporcionalidad del medio empleado para impedir la o repelerla y que no haya provocación suficiente de parte del que se defiende.-

Como dije anteriormente nuestra ley penal no regula la defensa putativa, pero yo creo que si se presentara un caso práctico se podría resolver de acuerdo al artículo 10. del Código Penal que dice: "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley" o sea que este artículo establece que para que haya delito debe haber voluntariedad lo que significa, libertad, inteligencia y culpabilidad, tomándose en esta última la culpa propiamente dicha y el dolo y si alguien actúa por un error de hecho sustancial e invencible se supone un estado en que falta el conocimiento de la realidad y por consiguiente su acto no será doloso ni culposo, entonces no sería voluntario, lo cual es necesario para que haya delito y si no hay delito el caso deberá sobreseerse de conformidad con el artículo 181 número primero 1.-

En cambio si se incurre en la defensa putativa por un error aunque sustancial, pero con medios para vencer el error, si estamos en presencia de un delito, pero no de un delito doloso, sino que culposo.-

El proyecto de nuestro Código Penal regula el error y sus distintas variedades y así el artículo 23 en lo pertinente dice:

No es responsable: por **inculpabilidad**

10. Error y sus variedades

a) El que comete un acto punible por error de hecho que verse sobre los elementos constitutivos y esenciales del tipo, salvo que el error se deba a negligencia o que la ley castigue el hecho como delito culposo.-

c) El que en la creencia racional de que existe una agresión -

Injusta contra su persona, reaccione contra el supuesto agresor siempre que la reacción sea proporcionada al riesgo supuesto.-

En la exposición de motivos encontramos el comentario al artículo - del proyecto el cual textualmente dice: "Otra variedad del error de hecho - que el proyecto consigna es la "defensa putativa que se da" cuando el sujeto que reacciona lo hace en la creencia de que existe un ataque injusto, - cuando propiamente se halla ante un mero simulacro. Desde luego se exige la creencia racional de que existe una agresión Injusta contra su persona, - si el error en que se apoya fuera fácilmente dominable el hecho realizado no sería inculpable aunque sólo se castigara a título de culpa. También se - exige que la reacción de quien por error se defiende, sea proporcionada al riesgo supuesto. Esta tercera exigencia es nueva en la legislación salvadoreña y no la hemos encontrado en los Códigos de América consultados, pero es una novedad apoyada en la ciencia del Derecho Penal, en su estado más mo derno".-

EXCESO EN LA DEFENSA

Nuestro Código no regula expresamente los casos de exceso en la defensa, algunas legislaciones extranjeras sí lo hacen en una forma general que se extiende no sólo a la legítima defensa sino que a la obediencia debi da, estado de necesidad y cumplimiento de la ley.-

Los autores han considerado que el exceso en la defensa puede ser por culpa o dolo, o sea por error en la apreciación de la Intencidad del peligro en que se encuentra el agredido o porque al saber que el peligro no es muy-grave, el que lo repele se aprovecha en una forma Intencional. de la opor -

tunidad que se le presenta para ocasionar un daño a su enemigo.-

Para que se dé el exceso en la defensa que merece impunidad es necesario que ésta se deba a una desproporción excesiva en los medios usados por error. Carrara cree encontrar la explicación de esta eximente en el error de cálculo que sufre el agente al escoger los medios de defensa; pero bien puede suceder que dicho error no haya ocurrido y que el agredido haya actuado en esa forma deliberadamente.-

Cómo se podría apreciar si se procedió por error de cálculo o por dolo?.-

Así la mayoría de los tratadistas encuentran para excusar este exceso en la defensa, suponiendo que se incurrió en error de cálculo por la perturbación que le produce a la persona que se defiende en ataque del agresor, si no se prueba esta perturbación no hay justificación porque el agente tenía la intención de lesionar a su agresor.-

Jiménez de Asúa, en una opinión que posteriormente rectificó dijo: - "Nos hallamos frente a una verdadera eximente aquí no puede hablarse de justificación, si se exime de pena al agente no es por motivo que volatiliza la antijuricidad del acto, sino por una causa que priva al sujeto de imputabilidad, por tanto el exceso de defensa ocasionado por terror es una causa de inimputabilidad y aquí es donde puede invocarse rectamente la perturbación de ánimo de que habla Pufendorf ".-

Con esta opinión del profesor Madrileño se podría concluir que el exceso en la defensa es análoga en su fundamento y consecuencias jurídicas al "miedo insuperable" que establece nuestra ley penal en su artículo 8 número

10, el cual es mucho más amplio y abarca otros casos por lo que disiento -- con un juríconsulto salvadoreño que opina que es más acertado suprimir el miedo Insuperable y regular la eximente de exceso en la defensa, porque con sidero que lo más justo sería incluir en el Código el exceso y así quedarían establecidas las dos eximentes que son causas de inculpabilidad que presen-- tan situaciones y tienen alcances distintos.-

Jiménez de Asúa al rectificar el criterio que he relacionado, en su obra "Tratado de Derecho Penal" sostiene que el exceso en la defensa a pe-- sar de tener otros problemas, en cuanto se le considere como causa que ex-- cluye la responsabilidad se le debe considerar como de inculpabilidad.-

El proyecto de nuestro Código Penal, muy acertadamente, incluye el ex-- ceso en la defensa en las causas de inculpabilidad y así el artículo 23 en lo pertinente dice:

No es responsable por inculpabilidad

2o.- No exigibilidad de otra conducta

B) El que excede los límites de la legítima defensa o del estado de necesidad, si no se le puede reprochar el exceso por ocasionarlo el miedo o el terror.-

Al faltar la primera circunstancia que exige la ley o sea la agresión ilegítima no puede hablarse de exceso en la defensa, puesto que sin agresión que repeler no cabe defensa alguna, pero cuando hay agresión ilegítima pero ésta ha sido provocada o los medios que se han usado para repelerla han sido excesivos por un acto consciente del agente; existe exceso en la defensa, pero punible, aunque con responsabilidad disminuida o atenuada según el caso.

Nuestro Código Penal no establece el caso de exceso en la defensa como causa de inculpabilidad, pero sí en forma general contempla los casos para aplicarles una pena atenuada o disminuída, según los motivos a que se deba el exceso en la defensa y así el artículo 9 número 1 Pn. dice: "Son circunstancias atenuantes: Las expresadas en el artículo anterior cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.-"

En este inciso se contempla el caso de exceso en la defensa cuando ésta se deba a una agresión ilegítima, puesto que este elemento en ningún caso puede faltar para que se hable de defensa, la cual ha surgido de una provocación de parte del que se defiende, y a pesar de haber necesidad de la defensa los medios usados no son racionalmente proporcionados para repeler la agresión.-

El artículo 58 Inc. 6 Pn. dice: "Se aplicará a sí mismo con el aumento o disminución que corresponde, la tercera parte de la pena, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal, pero concurriere el mayor número de ellos.-"

En este artículo también está contemplado el exceso en la defensa y según el delito que se cometiera en estas circunstancias se aplicará la pena que le corresponde disminuída a una tercera parte y como dicho artículo exige para que se aplique la disminuyente que falte solamente uno de los requisitos legales, como la agresión ilegítima en ningún caso puede faltar, - tal como lo expuse anteriormente, considero que el único caso de exceso en-

la defensa al cual se le puede aplicar la disposición es aquel en que el agente sin haber provocado la agresión, siendo necesaria la defensa, repele el ataque con medios que no son racionalmente proporcionados a la agresión que se sufre, pero esto no lo debemos de tomar en forma matemática, sino que "racionalmente" como dice nuestra ley o sea tomando en cuenta el caso objetivamente y las circunstancias subjetivas en que se encuentra el agredido, porque de no ser así, mal se haría en hablar de exceso en la defensa - cuando en realidad podría haber una legítima defensa.-

C A P I T U L O V I

LEGISLACION COMPARADA, JURISPRUDENCIA SOBRE LA LEGITIMA DEFENSA

LEGISLACION COMPARADA

Al desarrollar el tema sobre las legislaciones de otros países- incluiré solamente a aquellas que al regular la legítima defensa se apartan del viejo Código Español, que fue de donde tomó modelo nuestro Código Penal, y que además ofrecen algunas variantes en cuanto al concepto, a las exigencias legales o a su extensión.-

Código Penal del Brasil:

Artículo 19.- " No hay crimen cuando el agente practica el hecho:

1o.- En estado de necesidad.

2o.- En legítima defensa.

3o.- En estricto cumplimiento de un deber legal, o en el ejerci

clo de derecho".

Artículo 21.- "Entiéndese que obra en legítima defensa quien usando moderación de los medios necesarios, repele una injusta agresión, actual o inminente a un derecho suyo o de otro".

Como se notará las disposiciones del Código brasileño son breves pero comprensivas, abarcando en una sola disposición la defensa de la vida y de los derechos subjetivos de la persona, lo mismo que la extensión de la defensa a parientes y terceros.-

Código Penal de Rusia:

Artículo 13.- "No se aplicarán medidas de defensa social a las personas que hubiesen ejecutado actos previstos en las leyes penales, cuando el tribunal reconozca que dichos actos fueron ejecutados en estado de legítima defensa contra los ataques al poder soviético o a la persona y derechos del que se defiende o de un tercero, siempre que no exista exceso en la legítima defensa".-

"No se aplicarán medidas de defensa social cuando los mismos actos fuesen ejecutados para prevenir un peligro inevitable por otros medios dadas las circunstancias del caso y cuando el daño causado sea menos grave que el evitado".

Este Código adopta una fórmula exageradamente breve, suponiendo que el tribunal conoce los requisitos que deben formar el instituto jurídico, lo cual considero perjudicial para una buena legislación penal, además el artículo en estudio protege no sólo la vida y los derechos de la persona o

un tercero, sino que también protege al poder soviético, siendo esto último lo que algunos tratadistas han llamado "legítima defensa del Estado" tema muy debatido principalmente entre los autores alemanes.-

Sebastián Soler y Jiménez de Asúa combaten duramente esta clasificación sosteniendo que la legítima defensa del Estado solamente se puede aceptar con mucha reserva y para casos excepcionales, porque de lo contrario podría constituir un arma política para todas aquellas personas que adoptaran una posición honesta contraria al modo de pensar de un régimen, al respecto el autor español textualmente dice: "No deja de ofrecer muchos riesgos para quienes defendemos un derecho penal liberal, en resguardo de comunidades y organizaciones políticas liberales, extender la legítima defensa en favor del Estado. Sólo excepcionalmente puede aceptarse y con límites muy precisos y más bien estrechos.- El primero lo hallamos en que el bien agredido que defendamos, sea objeto de un derecho subjetivo". Esto dice: se encuentra en la letra y espíritu de la legislación española donde se habla de "Persona o derechos"; por otra parte en esas situaciones podría haber cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, pero en ningún caso legítima defensa del Estado.-

Código Penal Mexicano:

Artículo 15.- (Excluyentes de responsabilidad). Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal.-

III (Legítima Defensa). Obrar el acusado en defensa de su persona, de su honor o de sus bienes o de la persona, honor o bienes de otro repeliendo una agresión actual, vio-

lenta, sin derecho y de la cual resulta un peligro inminente; a no ser que se pruebe que intervino alguna de las -
circunstancias siguientes:

Primera.- Que el agredido provocó la agresión dando causa inmediata y suficiente para ella.-

Segunda.- Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios legales.-

Tercera.- Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa.-

Cuarta.- Que el daño que iba a causar el agredido era fácilmente reparable después por medios legales o era notoriamente de poca importancia comparando con el que causó la defensa.-

(Presunciones legales de legítima defensa)

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, - respecto de aquel que durante la noche rechazare, en el momento mismo de estarse verificando el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.-

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un extranjero a quien encontrare: dentro de su hogar, en la casa donde se encuentra su familia aunque no sea su hogar habitual, en un hogar ajeno que aquel tenga obligación legal de defender en el local donde aquel tenga sus bienes o donde se encuentren bienes ajenos que tenga obliga -

ción legal de defender, siempre que ésto suceda de noche y el intruso ejerza violencia sobre las personas o sobre las cosas que en tales sitios se hallen.-

El Código Penal mexicano en una disposición bastante amplia comprende la legítima defensa y su extensión a terceros y establece en forma negativa los requisitos que la invalidan.-

En su articulado establece la presunción de legítima defensa que regula en forma más amplia que la que tenemos en nuestro Código Penal.-

En dicho Código se han agotado todos los elementos que la integran, su extensión a parientes y extraños, los casos en que se presume o sea que se ha usado una forma bastante descriptiva, pudiéndosele argumentar que comprendiendo todo lo que allí se establece se pudo haber hecho en una disposición que no fuera tan enunciativa, pero sí bien comprensiva.-

Código de Venezuela:

Artículo 65.- No es punible.

Tercero.- El que obra en defensa de su propia persona o derecho, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1o.- Agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho.

2o.- Necesidad del medio empleado para impedirlo o repelerlo.-

3o.- Falta de provocación suficiente de parte del que pretenda haber obrado en defensa propia.-

Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agén-

te en el estado de incertidumbre, temor o terror, traspasa los límites de la defensa.-

40.- El que obra constrañido por la necesidad de salvar-- su persona o la de otro, de un peligro grave e inmi- nente, al cual no haya dado voluntariamente causa y- que no pueda evitar de otro modo.-

Esta legislación penal sigue con pequeñas variaciones la tradicional regulación española, pero solamente en lo que se refiere a la legítima de- fensa propia, regula además el exceso en la defensa ocasionado por incerti- dumbre, temor o terror, pero lo ve como causa de justificación no como co- rrectamente debería ser o sea como causa de inculpabilidad.-

La defensa de extraños ha sido contemplada en una forma que se podía llamar especial, puesto que no se considera como legítima defensa sino como un estado de necesidad y sólo se extiende a la persona y no a los derechos- subjetivos del tercero.-

Código de Costa Rica:

Artículo 50.- No.11. El que obra en defensa de su vida o de sus dere- chos o en defensa de la vida o derechos de otro si concurren las circunstancias siguientes:

Primera: Que la agresión sea ilegítima, debiendo tenerse- por tal, el ataque no provenga del ejercicio de un - derecho o de la intervención de una autoridad en el- cumplimiento de su ministerio.-

Segunda: Que la agresión no haya sido provocada de modo --

suficiente, según las circunstancias, por el que se defiende o defiende a otro.-

Tercera: Que haya habido necesidad racional del medio empleado para preservarse o defenderse o preservar o defender a otro.-

Como se notará este Código sigue al español de donde se tomaron casi todas las legislaciones penales de América, con la salvedad que una misma disposición regula la legítima defensa propia, de parientes y de extraños y además los requisitos legales los explica en una forma que los hace más aceptables y comprensibles.-

En su artículo 52 regula la legítima defensa presunta que con la establecida en nuestro código no tiene ninguna diferencia que pueda tener gran importancia.-

Código Penal de Argentina:

Artículo 34.- No son punibles.-

60.- El que obrase en defensa propia o de sus derechos siempre que concurrieren las siguientes circunstancias:

- a) Agresión ilegítima
- b) Necesidad racional del medio empleado para impediria o repelerla.
- c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o

fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.- Igualmente respecto de aquel que encontrare un extraño dentro de su hogar- siempre que haya resistencia.-

7o.- El que obrase en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la que no haya participado en ella el tercero defensor.-

La ley penal argentina es casi idéntica a nuestra legislación y solamente le encuentro las diferencias siguientes:

En nuestra ley para que opere la presunción de legítima defensa es necesario rechazar el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de una casa, mientras que en el Código argentino se requiere que el rechazo sea de su casa, que puede ser propia o alquilada, y además se extiende la presunción con respecto a aquel que encuentra a un extraño dentro de su casa y le hace resistencia, lo cual no se encuentra en nuestra ley.-

En el artículo que comentamos se regula en un solo inciso la defensa de parientes y de extraños y se exigen los mismos requisitos para estas extensiones de la defensa, omitiéndose la fórmula anticuada de nuestro código que establece para la defensa de extraños que ésta no haya sido motivada por resentimiento, u otro motivo ilegítimo.-

Y así podría seguir desarrollando todas las legislaciones penales de América, pero ello sería innecesario para el estudio del tema que estoy tra

tando, pues como lo he dejado expuesto en ellas encontraríamos algunas diferencias en cuanto a la forma, pero no en cuanto al fondo del asunto porque la legítima defensa es y será la misma a través de todos los tiempos y de todas las legislaciones.-

JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de España, de Argentina y de otros países ha sido muy valiosa para el estudio de la legítima defensa, aportando datos que han servido para aclarar algunos conceptos que no se habían esclarecido en su totalidad, por otra parte, abriendo caminos que han servido a los tratadistas del Derecho para desarrollar el tema en estudio.-

Nuestra jurisprudencia a pesar de ser abundante no encontramos en ella alguna novedad que nos pueda servir de guía y al contrario existen sentencias que tienen algunos errores en la forma en que se aprecian los requisitos legales y no se comprende tal como debería ser la institución jurídica; y como considero que estas fallas se pueden deducir fácilmente, sólo me limitaré a exponer textualmente la jurisprudencia de nuestro país.-

No existe legítima defensa en la ejecución de un homicidio, si los actos del ofendido se limitaron a entrar armado de un corvo en la casa donde se hallaba el reo, diciéndole a éste: "¡Alístate que te mato!". Estas palabras dichas momentos antes del suceso, no llegan a constituir la agresión ilegítima que exige la ley, equivalente a embestir, atacar o acometer, es decir, ejecutar con el arma actos que directamente tiendan a dañar al contrario poniendo en peligro su existencia.-

No debe aceptarse como prueba de legítima defensa, la confesión del reo, única prueba contra él, si éste se limita a decir en ella que cometió el delito porque el ofendido lo hirió primero en una mano; pues esto por sí solo no constituye agresión ilegítima, ya que esa primera agresión pudo ocasionarse en una riña iniciada talvés por el mismo reo.-

La amenaza por regla general no es agresión ilegítima y sólo puede considerarse como tal, cuando va seguida de actos que pongan en peligro inmediato al amenazado; actos que necesariamente deben constar en el proceso de modo claro para poder ser apreciados.-

No puede existir la legítima defensa, aún suponiendo que concurra la agresión ilegítima, si el agredido logra quitar su revólver al agresor y con la misma arma lo hiere y mata, sin que el ofendido haya persistido en la agresión por medios adecuados.-

No constituye agresión ilegítima, como elemento de legítima defensa, el hecho de que el ofendido en el delito de homicidio, momentos antes de cometido éste ejecuta al reo una bofetada botándolo al suelo y allí le da una patada .-

Para que pueda existir en la ejecución de un homicidio la necesidad racional de herir al ofendido, como circunstancia de legítima defensa, es indispensable que concurra como base esencial la agresión ilegítima. Si ha habido riña provocada por el mismo reo, no puede éste invocar en su favor ninguna de las circunstancias de legítima defensa, aún cuando el ofendido hubiese sido el primero en herir al procesado .-

No hay legítima defensa en la ejecución de un homicidio, si momentos

antes del hecho el ofendido, después de un disgusto que poco antes habfa té
nido con el reo, dijo a éste: "espérame que ya voy a regresar" por lo que -
dicho reo dice, se quedó en el mismo lugar donde estaba "PUES LO ESPERABA -
PORQUE YA LO HABIA CITADO EL OTRO", que regresó como a los cinco minutos ar
mado de un corvo con el cual atacó y lesionó al procesado, quien por este -
motivo sacó un puñal y ejecutó a su agresor las lesiones de que falleció.-

No existe agresión ilegítima como elemento de legítima defensa si el
contra-ataque que hizo el reo se verificó cuando aquella habfa cesado; ni-
hay tampoco agresión ilegítima si el homicidio perpetrado se verificó a con
secuencia de un reto dirigido por el mismo reo a su víctima.-

Para que haya legítima defensa incompleta, es indispensable que exis
ta una agresión de que defenderse; sin esta circunstancia es imposible que-
concurra "la falta de provocación de parte del que se defiende".-

La necesidad racional del medio empleado para repeler una agresión,-
no se infiere de la existencia de las otras circunstancias de la legítima -
defensa; es preciso que conste en hechos que demuestren que la situación -
del agredido era tal que sólo hiriendo o matando podía librarse del peligro
personal que corría con el ataque.-

Hay legítima defensa en la ejecución de un delito de homicidio cuando
el reo es atacado por una persona que le dio un terciazo con un revólver y
después huye por haberle causado aquel a su vez, un golpe con el revólver -
que portaba; pero regresa el agresor armado de un machete, poco tiempo des-
pués, al mismo lugar, donde todavía se hallaba el reo sin que éste ya desar
mado lo esperara y vuelve a atacarlo con dicha arma arrojándole machetazos,

por lo que el agredido quitando a otro su machete se defiende con éste y para repeler la agresión causa a su agresor dos lesiones de las cuales falleció.-

Si un hombre ataca a otro con un corvo ejecutándole un golpe, después se retira continuando su camino, pero regresa luego y vuelve a atacar a la misma persona con el corvo que portaba, por lo que el agredido haciendo uso de su corvo se defiende y repele la agresión causando al agresor las lesiones que le fueron reconocidas, no habiendo provocado el reo al ofendido, resulta bien caracterizada la eximente de legítima defensa, no obstante que dicho reo tuvo tiempo de huir después del primer incidente para evitar el suceso.-

I- Procede la eximente de responsabilidad de un reo, procesado por el delito de homicidio, si se ha ejecutado el hecho en legítima defensa; consistiendo en que el ofendido invitó a pelear a su ofensor, quien se negó a ello, por lo que aquél atacó a éste arrojándole estocadas con un cuchillo y en tal situación el agredido causó a su agresor las lesiones de que falleció.-

II- La circunstancia de que el reo, en el caso expuesto, ejecutó once lesiones al ofendido, tres de ellas mortales, no desvirtúa el medio racional empleado como elemento necesario de la legítima defensa, si no hay prueba de que las lesiones mortales fueron las primeras que sufrió aparte de que no es justo exigir al que se defiende gran serenidad para medir exactamente el grado de defensa.--

Hay legítima defensa en la ejecución de un homicidio en una persona-

y lesiones en otra, si estas dos personas han llegado de noche a la casa de su ofensor y sin mediar palabras una de ellas disparó dos tiros de revólver sobre el procesado lesionándolo en el pecho, quien por tal motivo tomó una escopeta y disparó contra cada uno de los agresores hiriendo a uno y otro - y acto continuo atacaron éstos con sus corvos a su contrincante siguiéndose riña la cual dio por resultado la muerte de uno de los agresores y las lesiones de los otros dos.-

Si una persona es agredida por otra con machete corvo, y de esa agresión se sigue riña entre ellas durante la cual es herida la primera, por lo que ésta, para repeler la agresión, ataca con su corvo al agresor causándole una lesión que le produjo la muerte; concurren en este caso todas las circunstancias de la legítima defensa y procede la absolución del procesado.-

Entra un individuo a la casa de otro, a quien injuria gravemente, -- contestándole de la misma manera el injuriado; después aquel individuo comenzó a machetear algunos objetos que había en el interior de la casa, y -- porque le previno su dueño que no le perjudicara sus cosas, se lanzó contra él arrojándole machetazos con un corvo que portaba y entonces el agredido -- tomando un corvo que tenía se defendió con él, siguiéndose entre ellos riña encarnizada, en la cual el agredido de un tajo cercenó la cabeza de su contrincante, quien murió instantáneamente.-

Concurren en este caso las tres circunstancias de la legítima defensa y debe ser absuelto el reo de la acusación fiscal, no debiendo exigirse a dicho reo la fuga para evitar la riña, como pretende la acusación.

C A P I T U L O V I I

CONSIDERACIONES FINALES

Después del breve estudio que he realizado sobre la legítima defensa, el cual ha estado basado en la doctrina de los expositores del Derecho Penal, en algunas consideraciones personales y en la jurisprudencia nacional y extranjera, creo que en consideración a la extensión reducida del tema me queda muy poco que expresar y como el objeto es aportar algo que pueda servir tanto a los funcionarios encargados de aplicar la ley como a los estudiosos del derecho, insisto en que nuestra ley penal en lo que se refiere a la legítima defensa debe ser reformada, pero para ello se debe adoptar una forma sencilla y comprensible, estableciendo en un mismo artículo la defensa propia, de parientes y de extraños, suprimiendo el requisito anticuado que actualmente usa nuestro código de exigir para esta última que el defensor de terceros no haya obrado por resentimientos, venganza u otros motivos ilegítimos.-

A pesar de que la necesidad de la defensa es un elemento que actualmente se encuentra en los requisitos legales, en la reforma propuesta, se debe incluir en una forma clara y expresa para evitar equívocos .-

La presunción de legítima defensa debe desaparecer del texto legal, pero antes se debe reglamentar en forma concreta la función de los cuerpos de seguridad para que en realidad cumplan con su cometido, se deben hacer verdaderos Centros de Educación y Readaptación de delincuentes y de menores

desamparados, con lo que se resolvería el problema que actualmente han planteado aquellas personas que por las autoridades policíacas han sido consideradas como "ladrones fichados" y en fin se deben tomar todas las medidas sociales necesarias para evitar los ataques constantes a la propiedad.-

Se debe regular como causas de inculpabilidad la Defensa Putativa y el Exceso en la defensa, tomando en cuenta que la primera es ocasionada por un error, puesto que se actúa en la creencia de que existe una agresión ilegítima, la cual es imaginaria, pero debida a un error sustancial e invencible, lo cual excluye la ilicitud del acto porque se está en presencia de un hecho que no sería doloso ni culposo, por ser un estado en que se supone una falta de conocimiento de la realidad, pero para que esta causa que excluye de responsabilidad favorezca al supuesto agredido se le debe exigir que reúna los demás requisitos que integran la legítima defensa; esta situación a pesar de no estar regulada actualmente en nuestra ley considero que si se presentara un caso práctico se debe sobreseer de conformidad con el artículo 181 No. 1o. I.C. por no constituir delito el hecho delictivo tal como lo he expuesto.-

El exceso en la defensa se debe considerar como causa de inculpabilidad cuando éste es ocasionado por el miedo o el terror que al agredido le ocasionó el ataque.-

En vista de que las consideraciones hechas solamente podrían servir para el futuro y ningún aporte darían al presente es necesario hacer notar algunas situaciones que nuestra ley penal, en cuanto se refiere a la legítima defensa, plantea:

Protege la vida y todos los derechos subjetivos de la persona tales como la Integridad corporal, libertad, pudor, honra, patrimonio, etc.,

Comprende en diversos Incisos la legítima defensa propia, de parientes y de extraños estableciendo para cada una de ellas las variaciones que ya he mencionado, lo cual está fuera de técnica y no es más que un resablon que heredamos del viejo Código Español.-

En cuanto a los requisitos que exige, está la agresión ilegítima y debemos entender que para que ésta se dé no es necesario que el ataque se haya consumado basta la presunción que forme en el atacado la convicción de que el hecho definitivo y concreto del ataque va a producirse si no actúa repeliendo o impidiendo la agresión, todo esto se debe notar en las circunstancias especiales en que el ataque se verifica, lo cual en un caso dado se tiene que ver a través de la prueba vertida en el juicio.-

La ilegitimidad de la agresión solamente es aquélla que no está autorizada por la ley, ni por ningún derecho.-

En la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla se encuentran dos requisitos, la necesidad de la defensa que en ningún caso puede faltar y que debe apreciarse en relación con el bien jurídico que se protege y la racionalidad del medio empleado, siendo este último confundido en ciertas ocasiones por nuestra jurisprudencia, con la necesidad de la defensa y mal apreciado al pretender una proporción analizada en forma serena y con una igualdad que podríamos llamar casi matemática; cuando la diferencia objetiva del medio empleado en ningún caso puede ser el dato que lo determine porque puede suceder que las demás circunstancias del hecho ni

velen la desproporción que aparentemente y con dicho criterio se podría --- apreciar. Para poder comprender la proporción racional que nuestra ley exige hay que tomar en cuenta la perturbación del espíritu que en el momento - de la agresión sufre el atacado y las demás circunstancias que rodean el ca so concreto, tomando en cuenta la apreciación que haría un hombre razonable en el momento en que se sufre la agresión injusta.-

B I B L I O G R A F I A

TRATADO DE DERECHO PENAL

Luis Jiménez de Asúa

EL CRIMINALISTA

Luis Jiménez de Asúa

CODIGOS PENALES IBEROAMERICANOS

Luis Jiménez de Asúa

DERECHO PENAL ARGENTINO

Sebastián Soler

DERECHO PENAL

Eugenio Cuello Calón

DERECHO PENAL MEXICANO

Raúl Carrancá y Trujillo

CODIGO PENAL ANOTADO

Raúl Carrancá y Trujillo

LA DEFENSA JUSTA

Luis P. Sisco

PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL

Francisco Carrara

MANUAL DE DERECHO PENAL

Francesco Antonicelli

LEGISLACION SOVIETICA MODERNA

Traducida por Miguel Lubán

ESTUDIOS PENALES

Enrique Córdova

PROYECTO DEL CODIGO PENAL ARGENTINO

Sebastián Soler

CODIGO DE DERECHO CANONICO Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA.

PROYECTO Y EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO PENAL SALVADOREÑO.