

343.07
ch 512 n
1968
F. J. y C. S.
Ej. 4

072680

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



NOTAS SOBRE LA LEGITIMA DEFENSA

TESIS

PRESENTADA POR

JOSE RAUL CHAVEZ

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES



SAN SALVADOR

— ABRIL DE 1968 —

EL SALVADOR, C. A.



MFN 16249

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Rector:

Doctor Angel Góchez Marín

Secretario General:

Doctor Gustavo Adolfo Noyola

Fiscal:

Doctor Carlos Ganuza Morán

=====

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano:

Doctor René Fortín Magaña

Secretario:

Doctor Fabic Hércules Pineda

=====

JURADOS QUE PRACTICARON LOS EXAMENES

GENERALES PRIVADOS Y APROBARON ESTA TESIS DOCTORAL

MATERIAS CIVILES, PENALES Y MERCANTILES

Presidente: Doctor Manuel René Villacorta
Primer Vocal: Doctor Francisco Guillermo Pérez
Segundo Vocal: Doctor Manuel Arrieta Gallegos

MATERIAS PROCESALES Y LEYES ADMINISTRATIVAS

Presidente: Doctor Francisco Arrieta Gallegos
Primer Vocal: Doctor Julio Díaz Sol
Segundo Vocal: Doctor Roberto Antonio Zavaleta

CIENCIAS SOCIALES, CONSTITUCION Y LEGISLACION LABORAL

Presidente: Doctor José Antonio Morales Erhlich
Primer Vocal: Doctor Francisco Bertrand Galindo
Segundo Vocal: Doctor Javier Angel

ASESOR DE TESIS

Doctor Marcel Orestes Posada

EXAMEN DE TESIS

Presidente: Doctor José Enrique Silva
Primer Vocal: Doctor Manuel Atilio Hasbún
Segundo Vocal: Doctor José Antonio Morales Erhlich

DEDICATORIA:

No por costumbre, sino por necesidad espiritual y como un imperativo de conciencia y agradecimiento, dedico de todo corazón esta tesis a mis dos madres muertas: María Luisa - Chávez, quien me dió la vida y María Luisa de Gallardo, quien forjó mi personalidad. Ambas me prodigaron amor y fueron para mí como dos estrellas que iluminaron mi camino.

Asímismo la dedico a mi esposa Ana - Leticia Henríquez de Chávez, a quien le pertenece por entero mi triunfo, porque élla y yo formamos una sola carne, un solo corazón, una misma persona unida en vida por el amor y la comprensión.

A mis adorados hijos José Roberto, - Yanira Ivón y Alma Ruth, que constituyen la razón de mi existencia, con todo el cariño de un padre que cada día los quiere más.

A mi hermano, Juan Rodolfo Chávez, - ejemplo vivo de abnegación y sacrificio, a -- quién estaré agradecido mientras viva.

A mis demás parientes y amigos, que siempre tuvieron fé en mí.-

I N D I C E

CAPITULO I

PRELIMINARES

A) Introducción	1
B) Concepto	7

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS

A) En la India	10
B) En Egipto	10
C) En los Hebreos	11
D) En Atenas	11
E) Derecho Romano	11
F) Derecho Germánico	12
G) Derecho Canónico	12
H) Edad Media	13

CAPITULO III

TEORIAS DE JUSTIFICACION

A) Primer Grupo (Excusa, causa de impunidad o de inimputabilidad)	17
B) Segundo Grupo (Colisión de intereses).....	19
C) Tercer Grupo (Causa de justificación)	20
D) Cuarto Grupo (Aspecto Subjetivo)	22

CAPITULO IV

1) La Legítima Defensa en el Código Penal Salvadoreño	25
2) Enumeración de los Elementos de la Legítima - Defensa	28

CAPITULO V

LA AGRESION ILEGITIMA

A) Primer requisito: Agresión	31
B) Segundo requisito: Ilegitimidad	34
C) Tercer requisito: Actual o inminente	37

CAPITULO VI

LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO

A) Animo de Defensa	43
B) Pretexto de Legítima Defensa	46
C) Necesidad de la Defensa	47
D) Proporcionalidad de la Defensa	50
E) La Defensa por medio de aparatos mecánicos ..	54

CAPITULO VII

LA FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE

A) Provocación	57
B) Suficiente	58
C) Opinión de Autores y Jurisprudencia	59
D) Problema Jurídico Procesal de la Prueba	61

CAPITULO VIII

LA LEGITIMA DEFENSA PRESUNTA O PRIVILEGIADA

A)	Enumeración de los Requisitos Legales	63
B)	Que sea de noche	64
C)	Que se produzca escalamiento o fractura de -- cercados, paredes o entradas	65
D)	Que se trate de una casa o departamento habi- tado o de sus dependencias	66
E)	Que lo rechazado sea el escalamiento o la -- fractura	67

CAPITULO IX

EL EXCESO DE LEGITIMA DEFENSA 69

CAPITULO X

DEFENSA DE BIENES Y DERECHOS

A)	Generalidades	75
B)	Defensa del Pudor	77
C)	Defensa del Honor	79
D)	Defensa del Honor Conyugal	81
E)	Defensa de la Libertad	83
F)	Defensa de la Propiedad	86

CAPITULO XI

LA LEGITIMA DEFENSA DE PARIENTES - 89

CAPITULO XII

<u>LA LEGITIMA DEFENSA DE EXTRAÑOS</u>	95
--	----

CAPITULO XIII

<u>LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA</u>	100
-------------------------------------	-----

CAPITULO XIV

<u>JURISPRUDENCIA</u>	106
-----------------------	-----

===

CAPITULO I

PRELIMINARES

A) Introducción

Antes de comenzar el desarrollo del tema escogido como punto de tesis, nos parece conveniente y necesario, extendernos sobre algunos asuntos que consideramos básicos para la mejor comprensión y una ubicación más o menos exacta de la materia o instituto jurídico que trataremos de desarrollar.

El tema que hemos elegido nos parece de sumo interés y presenta gran atracción para aquellas personas, que como nosotros, esperan que la plena vigencia del derecho sea el estado de naturaleza de un mundo civilizado, que día a día pretende vivir en paz, libertad, justicia y armonía.

Para dar un concepto de legítima defensa debemos comenzar -- por establecer como primer punto, su situación dentro del complicado engranaje jurídico de las Ciencias Penales. Dentro de todo ordenamiento jurídico, cualquiera que sea la ideología o sistema político que se siga, existen disposiciones que penan toda acción u omisión que lesione, menoscabe o prive el derecho de otra persona. Existe para ello un Código Penal que contiene una escala de penas, las que se aplican de acuerdo con la conducta delictuosa observada por la persona que delinque. Sin embargo, no toda conducta que objetivamente esté descrita por el Código Penal como delito o falta es castigada por el mismo; ello se debe a que existen también contempladas ciertas situaciones o causas que el legisla-

dor ha considerado, por diferentes motivos, excluyen la responsabilidad penal.

Actualmente el Capítulo II del Título I Libro Primero de --- nuestro Código se llama "De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal", denominación poco acertada y nada técnica, porque en verdad no se trata de simples "circunstancias" ni que éstas "eximen". Una circunstancia es algo accesorio, no es lo medular de un hecho, no se refiere a la cosa sustancial sino a un accidente, que poco dice de su propia naturaleza. Además la palabra "eximen", de conformidad al Diccionario de la Real Academia Española, significa "libertad desembarazar de cargos, de obligaciones, cuidados, culpas, etc.", lo que está significando que el hecho es típico, es decir adecuado a las disposiciones legales, pero a pesar de ello no se castiga, no se pena. La verdad, sin embargo, es que las "circunstancias" que el capítulo enumera, excluyen totalmente toda responsabilidad penal, vale decir, que la conducta del sujeto no es punible, aún cuando algunas de las "Circunstancias" dejan subsistente la responsabilidad civil, como sucede con las causales de inimputabilidad.

Con el propósito de corregir la falta de técnica que contiene el nombre del capítulo a que nos estamos refiriendo, la Comisión formada por los doctores Enrique Córdova, Manuel Castro Ramírez h. y Julio Fausto Fernández, presentó el 7 de diciembre de 1959 un proyecto de Código Penal en el que propuso el cambio de nombre del Capítulo en estudio, titulándolo "De las Causas que Excluyen la Responsabilidad Penal". Nuestro Código Penal vigente contiene

en su Art. 8o. todas las eximentes sin ninguna clasificación, con fundiendo entre sí causas de irresponsabilidad por ausencia de ac to voluntario, de justificación, de inimputabilidad y de inculpa- bilidad. Por eso nos parece más acertado el criterio de la Comi- sión antes dicha, que propone una división del Capítulo II en Sec ciones, clasificando las causas que excluyen la responsabilidad pe nal, de acuerdo a la doctrina moderna que analiza los caracteres- positivos del delito, comprendiendo como tales causas de exclu- sión de responsabilidad las que vienen a constituir los caracte- res negativos del delito.

La Sección I, titulada "Irresponsabilidad por Ausencia del - Acto Voluntario", comprende la ausencia de voluntad, la que se da en los siguientes casos:

1o.- El que actúa durante el sueño natural o provocado, sin que pueda atribuírsele negligencia.

2o.- El que actua en estado hipnótico, no buscado de propósi to para delinquir.

3o.- El que actúa u omite violentado por una fuerza física irresistible a la que no haya podido sustraerse."

Las causas anteriores se consideran como excluyentes de toda responsabilidad penal, porque uno de los elementos esencialísimos del acto, como acción u omisión, constitutivo del delito, es una manifestación de voluntad que "produce un cambio en el mundo exte- rior o que lo deja inerte cuando su mutación se aguarda" (1), por lo que si falta esa manifestación de voluntad, elemento fundamen- tal del delito, estamos necesariamente frente a un acto que se --

considera no delictivo, y en consecuencia entra a la esfera de la exención de responsabilidad penal.

La Sección II, trata de la "Irresponsabilidad por justificación", comprendiendo:

1o.- Realización del Acto lícito.

El que ejecuta un acto en estricto cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo, sin traspasar -- los límites legales.

2o.- Legítima Defensa.

El que obra en defensa de un bien jurídico, propio o ajeno, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Agresión ilegítima, actual o inminente.

b) Necesidad racional de la defensa y proporcionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión; y

c) Falta de provocación suficiente por parte de quien ejerce la defensa.

3o.- Estado de Necesidad.

El que, en un conflicto de bienes jurídicos desiguales, obra lesionando uno de ellos, contriñid. por la necesidad de proteger al otro, sea propio o ajeno, con tal que hubiere racional proporcionalidad entre los bienes en conflicto y el autor no tuviere -- por su cargo, oficio o actividad, el deber jurídico de sufrir el peligro y sus consecuencias".

Las anteriores causas excluyen la responsabilidad penal porque se presentan situaciones de hecho que eliminan la antijuricidad - del acto, por lo que la conducta, formal o aparentemente delictuo

sa, es, sin embargo, lícita, autorizada por la Ley. En estas causas el acto es lícito, lo que se borra o desaparece no es sólo la responsabilidad, tanto penal como civil, sino la existencia misma del delito, o dicho en otras palabras, su ilicitud; por lo anterior podemos decir que quién causa un daño a tercera persona en su vida o propiedades por la realización de un hecho lícito por legítima defensa o en estado de necesidad, no comete ninguna violación a la ley, sino todo lo contrario, la cumple.

La Sección III, trata de la "Irresponsabilidad por Inimputabilidad" y entre ellas comprende:

1o.- Minoridad.

El que al consumir el acto no hubiere cumplido dieciocho años.

2o.- Incapacidad Mental.

El que al tiempo de cometer el delito fuere incapaz de comprender la naturaleza ética de sus actos o de inhibir sus impulsos delictivos:

a) Por estar enajenado o hallarse en estado de trastorno mental transitorio;

b) Por encontrarse en estado de embriaguez plena, puramente fortuita; y

c) Por ingestión, absorción o inyección, fortuita debida a fuerza mayor de sustancias narcóticas o estupefacientes.

3o.- Sordomudez.

El sordomudo de nacimiento y el que hubiere caído en estado de sordomudez antes de los doce años; siempre que no supiere leer

ni escribir, o sabiendo careciere de educación suficiente; y

4o.- Idiotez o Imbecilidad.

El que al tiempo de cometer el delito fuere incapaz de comprender lo ilícito de su acto, debido a desenvolvimiento mental - incompleto o retardado".

La razón por la que las anteriores son causas que excluyen la responsabilidad penal es la falta de capacidad mental del agente para comprender lo ilícito de su acto. En estas causas sí existe antijuricidad y tipicidad, es decir que el acto jurídicamente sí es delito, pero por faltar un nexo entre la voluntad y el resultado, el sujeto se vuelve irresponsable penalmente, subsistiendo, sin embargo, la responsabilidad civil.

La Sección IV trata de la "Irresponsabilidad por Inculpadad", y contiene las causas siguientes:

"1o.- 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 a que la ley castigue el hecho como delito culposo;

b) El que actúa u omite por obediencia legítima y debida a una orden emanada de un superior jerárquico y que revista las formalidades legales; y

c) El que en la creencia racional de que existe una agresión injusta contra su persona, reacciona contra el supuesto agresor, siempre que la reacción sea proporcionada al riesgo supuesto.

2o.- No Exigibilidad de otra Conducta.

a) El que actúa impulsado por miedo insuperable de un mal inminente y tan grave que basta para atemorizar a un hombre normalmente sereno.

b) El que excede los límites de la legítima defensa o del estado de necesidad, sino se le puede reprochar el exceso, por ocasionarlo el miedo e el terror;

c) El que comete un acto antijurídico para salvarse a sí mismo o a una persona estrechamente vinculada a él, de un peligro inminente no evitable de otro modo, contra la vida o la integridad personal, si habida cuenta de las circunstancias excepcionales en que se hallaba, no le era racionalmente exigible una conducta distinta a la realizada.

d) El que omite estando físicamente impedido por enfermedad, fatiga o extenuación graves o por otra causa a que no haya podido resistir ni sustraerse, sin que pueda atribuirsele negligencia."

En las causas anteriores el autor de un hecho estará excluido de responsabilidad penal por concurrir en su realización circunstancias extrañas a su capacidad de conocer y de querer; el agente es imputable, pero por tal concurrencia de circunstancias no es culpable.

B Concepto

El propósito que hemos tenido al referirnos a la forma como el Proyecto de Código Penal trata las causas que excluyen la responsabilidad penal, no ha sido otro que el de dar una ligera idea de las mismas, para poder determinar, con alguna precisión, el lu-

gar que ocupa entre las mismas, la legítima defensa, tema de nuestro trabajo.

Para dar un concepto de legítima defensa, no una definición, cosa distinta, creemos que es necesario, indispensable, estudiar el instituto en todo su conjunto, para luego con estos elementos de juicio, emitir nuestra propia opinión al respecto. En el desarrollo del tema analizaremos su historia, sus elementos, sus diferentes clases y la jurisprudencia.

A través del tiempo, los autores del Derecho Penal han estudiado, con más o menos profundidad, la naturaleza, características y consecuencias que en la vida del derecho tiene este apasionante tema, y han sido, en consecuencia, muchas y variadas sus definiciones, por lo que hemos escogido de entre ellas aquéllas que nos parecen más significativas e importantes, ellas son:

"" Es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente por el atacado 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 repeler la (2) "" (Luis Jiménez de Asúa)

"" 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 (2) "" (Eusebio Gómez)

"" Es la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesiona bienes jurídicos

cos del agresor (2) """"""(Eugenio Cuello Calón).

"""" Es la reacción necesaria contra una agresión injusta, ac
tual y no provocada (2) """""" (Sebastián Soler).

"""" Consiste en impedir por el empleo de la fuerza la viola--
ción de un derecho que se haya amenazado (2) """""" (Garraud).

"""" 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 su protección (2) """"""(Kohler).

"""" Es la repulsa racional contra un ataque injusto, llevado
contra un bien propio o ajeno jurídicamente defendible (2) """"""
(Luis P. Sisco).

(1) Luis Jiménez de Asúa.- LA LEY Y EL DELITO.- 2a. Edición.- --
Editorial Hermes, México-Buenos Aires.- Pag. 227.

(2) Luis Salmán Cortés.- LA LEGITIMA DEFENSA.- Tesis Doctoral-Octu
bre 1963.- Pag. 2 y 3.-

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS

Aunque a través del tiempo y en todas las legislaciones se haya reconocido la existencia de la legítima defensa, no se ha legislado en igual forma en las distintas épocas y países, por eso es de capital importancia estudiar las principales etapas de su evolución, cuestión indispensable para una buena interpretación teleológica del derecho vigente.

A) En la India.

Es en las leyes de Manu, según la obra de Thonissen, en donde se encuentra regulada, el derecho de legítima defensa.

"Por propia seguridad en una guerra interpuesta para defender sagrados derechos, y para proteger a una mujer o a un brahman, - el que mata justamente no es culpable" (Leyes de Manu VIII 349). "Un hombre debe matar, sin dudas, a cualquiera que se arroje sobre él, para asesinarle, si no hay medio de evitarlo, incluso si el atacante es su jefe, o un niño o un viejo o un anciano versadísimo en la Santa Escritura" (Leyes de Manu VIII 350). "Matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato, en público o en privado, de modo alguno hace culpable al homicida: es el furor en lucha con el furor" (Leyes de Manu VIII-351). (1).

B) En Egipto.

Aquí la defensa del atacado se halla impuesta por las mismas leyes, que castigaban, incluso con la muerte, a quienes pudiendo no auxiliaban a un hombre que fuere agredido. De esta forma los ciudadanos venían a constituirse en guardianes recíprocos que --

los unía contra los malhechores (1).

C) En los Hebreos.

Es en este pueblo donde se encuentra el antecedente de la presunción de legítima defensa contra el ladrón nocturno.

En Israel era lícita la muerte del individuo que era sorprendido de noche abriéndose paso a través de un muro o la puerta de una casa. Pero si el ladrón era sorprendido de día y se le daba muerte, se consideraba como homicidio. (1).

D) En Atenas.

Aquí se amplió el concepto de legítima defensa, aplicándose a la propia, a la ajena, e incluso se protegió el pudor. La defensa contra el ladrón, se aplicó, asimismo, al diurno que al nocturno (1).

E) Derecho Romano:

Los romanos, como visionarios del derecho, construyeron un concepto más avanzado de legítima defensa, comprendiendo como tal no sólo la defensa personal, sino de la protección de los bienes y el pudor, cuando aquello implicaba peligro para las personas atacadas. También era lícita la defensa del honor sexual. Son los romanos quienes primero estudiaron los requisitos que necesariamente deben concurrir para considerar como tal la legítima defensa, y así dijeron: En primer lugar, la agresión del atacante debe ser injusta; en segundo término era necesario la existencia del peligro, no siendo preciso que éste estuviera comenzado, bastaba que fuera inminente. El derecho de defensa cesa cuando desaparece el

peligro al ataque, y si el que supuestamente se defiende, mata a la otra persona, su acto sería de simple venganza y no podría en tal caso ampararse en la excluyente de responsabilidad penal de legítima defensa (1).

F) Derecho Germánico.

Este derecho no tuvo una noción clara y exacta de la legítima defensa, pero ello, no obsta para que excluyera de sanción penal al que mataba a quién le atacaba injustamente. Algo verdaderamente curioso de este derecho es que la persona que dentro de su casa mataba a un intruso, lo tenía que sacar a la calle y poner sobre la herida una o tres monedas, y a veces, una cabeza de gallo. Esta costumbre, según Rée, demuestra que aún la muerte del asesino o del ladrón, hacía nacer la necesidad de la composición, lo que está demostrando lo atrasado de tal derecho en materia de legítima defensa, puesto de un acto justo y lícito no podía nacer ninguna responsabilidad, tal como acontece en el derecho moderno. Posteriormente el derecho germánico estableció reglas y principios limitativos para el ejercicio de tal facultad de defensa, debiendo probar quien invoca la legítima defensa personal que ha recibido alguna lesión en alguna parte del cuerpo, y en el Espejo de Suabia debía probarse que el matador había retrocedido un cierto número de pasos antes de dar muerte a su ofensor (1).

G) Derecho Canónico.

Este derecho, de acuerdo con las ideas del cristianismo, no fue favorable a la defensa privada, pues aceptaba y recomendaba -

el principio de ofrecer al ofensor "La Otra Mejía". Sin embargo, posteriormente, la reconoció en el Derecho de Graciano "" "Jus naturale est..... violentae per vim repulsio"". En definitiva el Derecho Canónico se vió en la necesidad de reconocer la defensa contra la agresión injusta y actual. La más antigua doctrina diferenciaba la necesitas inevitabilis, que autorizaba la defensa en cualquier circunstancia, y la necesitas evitabilis, que no aceptaba la defensa cuando podía evitarse el ataque de cualquier modo, por ejemplo con la huida, aunque posteriormente sólo se impuso este deber a aquellos que pudieran huír sin deshonra. Hay que reconocer que el número de limitaciones impuesta al ejercicio de este derecho, lo volvieron inoperante en la práctica. Este derecho no admitió la defensa de los bienes patrimoniales, aún cuando sí reconoció la defensa de terceros por no ser una manifestación egoísta, y sí de acuerdo a las enseñanzas cristianas, imponiéndola como un deber (1).

H) La Edad Media.

La legislación de la Edad Media se desarrolló a base de elementos germánicos y canónicos, razón por la cual aquella legislación se vió notablemente influida por estos derechos. A pesar de la influencia germánica, que apenas si diferenció la venganza con el derecho de matar, la ciencia Medieval de Italia y Alemania, elaboró un concepto de legítima defensa que excede en cuanto a perfecciones, a los restantes institutos jurídicos penales. Fué la Constitución Italiana Carolina, monumento jurídico que después de las Partidas, mejor reguló la legítima defensa en los Artícu--

los 139-145 y 150.

El Artículo 139, considera la legítima defensa como justa y-
quién obra conforme ella de modo alguno será considerado culpable,

El siguiente artículo nos dice en qué consiste esa justificación: "Cuando un hombre agredido, perseguido o alcanzado por ar--
mas mortales y no pudiendo huir sin peligro de su cuerpo, y de su
vida, de su honor, de su reputación, mata a su agresor y así sal-
vaguarda su cuerpo y su vida con una justa defensa".

La anterior amplitud de legítima defensa, se desvirtúa en las
Leyes del Siglo XVIII, que con criterio restrictivo impusieron condi
ciones tales como la falta de previsión del ataque por parte --
del que se defiende, la ausencia de auxilio de la autoridad, la -
imposibilidad de la fuga etc.. Estas modificaciones en el curso -
de la historia tuvieron su origen en la "Tradición Cistiana", a -
la "idea de que quién comete un acto delictuoso, en estado de le-
gítima defensa, ha faltado al deber de caridad". No sería castigado
do, pero será culpable. Debe solicitar al Rey, carta de gracia o_
de remisión (1).

Las notas anteriores nos parecen suficientes para dar una --
idea del desarrollo del concepto de legítima defensa, a través del
tiempo, en las diferentes etapas de la historia.

(1) Luis Jiménez de Asúa.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo IV. -
Editorial Losada, S.A., Buenos Aires.- Pag. 27 y sig..-

CAPITULO III

TEORIAS DE JUSTIFICACION

Sobre el desarrollo de este punto seguiremos a don Luis Jiménez de Asúa (1), quien nos parece que mejor y más completamente lo estudia.

Nos dice don Luis Jiménez de Asúa que el fundamento o justificación de la existencia y reconocimiento de la legítima defensa no es específico sino el que tiene toda causa de justificación, a saber, el imperio del interés preponderante, debiéndose proteger el interés legítimo del atacado al interés ilegítimo del atacante, cuando aquél se defiende necesaria y proporcionalmente. Por lo anterior es que en esa colisión de derechos tiene la preferencia el agredido injustamente.

Dos son en verdad, básicamente, las teorías para justificar la impunidad de la legítima defensa: la que sostiene que no se castiga porque dice que es el ejercicio de un derecho natural; y la que la hizo concebir como una simple excusa, tomando esta palabra como disculpa, inculpabilidad, y, por consiguiente impunidad. Esta última tesis parte o toma como fundamento la inimputabilidad del sujeto que hace uso de la legítima defensa, posición a la que Kant (2) dirige su crítica en la forma siguiente: "" decir que el homicidio en legítima defensa es un delito, pero que por su "Causa" - no se pena es un "Juego de Palabras" que "peca de petición de principio" y es un error "intolerable" dar a la legítima defensa el "nombre de excusa" "Verdadero solecismo que no puede encontrar raíces más que en los que piensan que si no se condena a muerte a

todos los culpables es efecto de una generosa misericordia de la autoridad. Delirio feroz que tiene como contenido propio la negación del derecho. Cuando he defendido mi vida y la de otro de un mal injusto, grave e inevitable de otro modo, que amenazaba la persona humana, no he tenido necesidad de una excusa; he ejercitado un derecho, un verdadero sagrado derecho, mejor dicho, un verdadero y sagrado deber, porque tal es la conservación de la propia persona. Sería un delito horrible castigarme; sería un insulto nacido de la ignorancia y de la crueldad, decirme que se me otorga una excusa".

Resulta entonces que el derecho de la legítima defensa es, -- pues, la preponderancia del interés legítimo del agredido sobre el interés ilegítimo del atacante.

Tanto filósofos como juristas están totalmente de acuerdo en que quién ejercita la legítima defensa no debe ser castigado; en lo que hasta hoy no hay un criterio uniforme es en la razón o causa de esa inmunidad, por lo que se han formulado diversas teorías justificativas de dicho instituto jurídico penal.

Para estudiar estas diversas teorías seguiremos la siguiente clasificación:

A) Teorías que estiman la legítima defensa como una excusa, -- como una mera causa de impunidad a pesar de su injusticia, o como motivo de inimputabilidad.

B) Teoría intermedia de la mera colisión de intereses.

C) Teoría que se basa en la consideración de la legítima defensa como una causa de justificación.

D) Teoría de los positivistas italianos, tratando de poner en relieve el aspecto subjetivo.

A) Primer Grupo (como excusa, causa de impunidad o inimputabilidad)

Dentro de este grupo ocupa un primer lugar, Kant (3), con su fórmula de "Impunidad de la Acción por la necesidad inminente en que se halla el agredido". La tesis de Kant puede resumirse así: quién se defiende haciendo uso de la legítima defensa realiza un acto necesario, y como la necesidad no tiene ley, es innecesario penar tal acto porque aunque así fuere siempre se realizaría por ser una necesidad. El acto en sí sería culpable pero no punible, aún cuando reconoció que ninguna necesidad puede transformar en injusticia la injusticia. No se debe hablar, pues, de acción inculpa ble, sino de acción simplemente no punible (4). Para Kant, el necesitado no obedecería nunca a la ley que le amenaza con un mal todavía inseguro (la muerte por sentencia de Juez) ante el temor del mal seguro y presente (5)

Es Alimena (3) quién critica la tesis anterior alegando que Kant se contradice consigo mismo por cuanto había dicho sobre el derecho a castigar, sosteniendo que la pena es una necesidad absoluta, un imperativo categórico, que no puede por ninguna circunstancia acomodarse a razones de necesidad o de oportunidad.

Otro tratadista que pertenece a este grupo es Geyer (3), --- quién desarrolla su teoría en 1857, fundando la defensa privada en una retribución del mal con el mal. Sostiene dicho autor que si se acepta que sólo el Estado corresponde la represión de las

acciones delictuosas, la fórmula anterior había que sustituirla por la de "yo debo retribuir el mal con el mal", por lo que si la defensa es injusta (un mal) siempre lo será porque no es comprensible que "la necesidad pueda convertir un derecho lo que sin ella sería una injusticia". Por lo anterior, sostiene, que el acto aunque no se castigue, no puede decirse por ello que no sea punible, sino simplemente impune, en razón de la "completa igualdad de la agresión y de la reacción", la retribución del "mal por el mal", por lo que la aplicación de una pena no sería más que un nuevo mal agregado al anterior, lo que es injusto e inhumano. La restauración del orden jurídico se ha verificado ya de facto (6).

La tesis de Geyer es criticada por Fioretti (3), quien afirma que no puede equipararse la agresión cuando sólo consiste en una amenaza con la reacción de quien se defiende, cuando resulta la muerte del atacante o agresor. Pero aunque se aceptara lo anterior como equivalente no podría fundarse la impunidad de la legítima defensa en el principio de la retribución pues la pena sigue al delito y la defensa privada la precede. Si se aceptara la tesis de Geyer en forma absoluta se llegaría al absurdo de que si el que ilegítimamente ataca a otra persona resulta herida levemente por ésta, no podría posteriormente imponérsele ninguna pena porque ya su acción delictuosa ya ha recibido su retribución. Esta sola objeción nos parece suficiente para destruir todo lo artificioso de tal concepción.

El mismo Geyer al conocer la anterior objeción responde afir-

mando que es necesario establecer una diferencia, con lo que destruye el punto de partida de su doctrina, entre el mal individual y el mal social, debiendo corresponder al primero la reacción privada y al segundo la pena impuesta por el Estado.

Dentro de este mismo grupo de doctrinas pertenece la de Pufendorf, llamada de la violencia moral, que estudia la defensa privada como causa de inimputabilidad. Esta tesis se fundamenta en que la persona que es atacada sufre en el acto de defenderse de perturbación en su ánimo que le impide comprender, analizar y valorar serenamente, las consecuencias de su acto, razón por la que no es imputable y como consecuencia no es punible. La defensa individual, pues, se apoya en la fórmula propter perturbationem animi, que constituye en realidad una especie de causa de inimputabilidad basada en el temor (5).

Al igual que las doctrinas anteriores ésta ha sido objeto de fuertes críticas, pues basta pensar que una persona de ánimo frío y calmado se defiende de una agresión ilegítima para decir que no le favorecería la excluyente de legítima defensa por no haber actuado en un estado de perturbación psicológica. Además como muy acertadamente dice Alimena (3), aceptando dicha teoría, quedaría descartada la legítima defensa de extraños, que es la más noble por no mediar el egoísmo de la propia.

B Segundo Grupo (Colisión de intereses)

Afirma don Luis Jiménez de Asúa, que la colisión de intereses más que un fundamento propio o especial de la defensa privada, es aplicable a toda causa de justificación por cuanto la ra-

zón de ser de las justificantes reside en la salvaguarda del interés preponderante ora por ser el de mayor importancia, ora por -- ser el legítimo.

Tomando como base la colisión de intereses, Von Buri (7), elabora su teoría de la impunidad de la legítima defensa, exponiendo la en la forma siguiente: "Entre dos intereses que están en colisión y en conflicto, de tal modo que uno no puede ser conservado sin la destrucción del otro, el Estado sacrificará el menos importante. Así, cuando hay agresión injusta y en presencia de ella un agresor y una persona atacada, el derecho del agresor, por el solo hecho de la agresión, desaparece o disminuye, y, encontrándose en conflicto con el derecho opuesto y superior de la víctima de la agresión, debe ser sacrificado".

Carrara (7), critica la doctrina anterior por cuanto contradice la inalienabilidad de los derechos innatos, ya que de aceptarse se llegaría a extremos realmente absurdos, y pone como ejemplo el caso del ladrón que roba a alguien, perdiendo por ello el derecho al respeto del derecho que ha violado, la propiedad, pudiendo ser robado impunemente por su víctima, cosa totalmente --- inaudita.

C Tercer Grupo (Causa de Justificación)

Tratando de fundamentar jurídicamente la legítima defensa -- Hegel (8) formula su doctrina así: ""el que ejerce la legítima defensa afirma el derecho, porque siendo el delito y la agresión injusta la negación del derecho, la defensa legítima es la negación de esta negación y tiende a anular la injusticia"". Esta posición



se le llama Doctrina de la absoluta nulidad de lo injusto. Hegel encabeza el grupo, típicamente alemán, de los que sostienen que la legítima defensa se basa en el "derecho de necesidad". Dentro de este mismo grupo figura el Maestro Carrara (9), quien fundamenta la legitimidad de la defensa en la cesación del derecho de penar diciendo que: "la defensa pública ha sido organizada para suplir la insuficiencia de la defensa privada, y para refrenar los excesos. Pero cuando, por el contrario, por impotencia momentánea de la defensa pública, la defensa privada es por sí sola suficiente y no puede producir excesos, la defensa pública no tiene ya fundamento alguno, y ya no puede intervenir, ni como fuerza supletoria, ni como fuerza moderatriz".

Tomando como base el concepto capital de Carrara, Pessina -- (8), afirma la legitimidad de la defensa del modo siguiente: "Cuando una agresión ilegítima se presenta de tal modo que a la Sociedad le es imposible acudir en defensa del individuo, cualquiera persona que trate de defender al injustamente agredido, no puede por aquella situación de necesidad y de colisión de derechos, -- ser considerada y penada como voluntaria transgresora de la Ley".

Rodolfo Von Ihering (8), considera la legítima defensa como legitimidad absoluta, presentándola como un derecho y un deber, -- así dice: "En la personalidad se revela la primera aplicación de la fuerza necesaria para el fin de la existencia humana. Amenazado en su existencia, en su cuerpo, en su vida, por un ataque del exterior, el individuo se pone en estado de defensa, rechaza la fuerza con la fuerza (Coacción propulsiva). La naturaleza que ha

creado al hombre, que le ha dotado del instinto de conservación, ha querido, ella misma, esta lucha; todo ser creado por ella, debe mantenerse por su propia energía, el animal lo mismo que el hombre. Mero hecho físico en el animal, este acto reviste para el hombre un carácter moral. El hombre no solamente se defiende sino que siente y debe defenderse. Constituye un derecho y un deber: - es un derecho en tanto que el sujeto existe por sí mismo, y es un deber en cuanto existe para el mundo".

Dentro de este grupo, Sebastián Soler (9) hace la clasificación siguiente: a) Teorías del derecho de necesidad (Hegel); b) Teorías de la cesación del derecho de punir (Carrara); y c) Teorías de la legitimidad absoluta (Von Ihering).

D Cuarto Grupo (aspecto subjetivo)

Los positivistas en general tienen en común el considerar la legítima defensa como un derecho, sosteniendo el criterio de que la agresión injusta revela la temibilidad, el carácter antisocial del agresor, por lo que concluyen que todo aquello que tienda a eliminar las fuerzas criminales se hace en interés de la sociedad (10).

Fué Fioretti (11), quien mejor desarrolló la doctrina positivista en relación con la defensa privada, diciendo: "el ejercicio de la legítima defensa representa, pues, una función eminentemente social, en cuyo cumplimiento tiene interés, no sabría decir si mayor la sociedad, o el individuo agredido en sus derechos... Es un derecho, tanto en el sentido objetivo como en el subjetivo. Es derecho en sentido objetivo, porque, como se ha visto, es una nor

ma que representa una condición necesaria para la existencia de la sociedad humana. Y es derecho en el sentido subjetivo, porque otro nombre no se le sabría dar a la facultad que tiene toda persona de obrar conforme al interés social y el propio"".

Zerboglio (11) critica la doctrina anterior porque considera que no se adapta a las doctrinas penales positivas, ya que para él la tesis que se conforma y adapta a tales teorías es la de que ""la defensa acto objetivamente antijurídico, no supone punición alguna, y es, por consecuencia, legítima, siempre que por ella no se manifieste ninguna calidad, más o menos antisocial, en el individuo que la consumó"". Afirma éste autor que el problema de la defensa individual se ha tratado sin un debido enfoque de la realidad, pues se le ha dado mayor importancia al hecho en sí y se ha olvidado la conducta del individuo que la ejerce.

Zerboglio llegó a un subjetivismo extremo en la legítima de fensa que destruye como objetiva la causa de justificación. Opues to a él, aparece Francesco De Luca (11), quién desde su especial ángulo positivista afirma una nueva teoría que se opone a los extremos de la anterior, Comienza por preferir entre las positivistas la teoría de Fioretti, tomando de ésta la parte que afirma -- que la defensa privada es una función social, un derecho en su -- más amplio significado. En lo que no está de acuerdo es en que só lo se preocupa por el aspecto subjetivo, olvidando lo que tiene de objetivo. Contradiciendo las ideas de Zerboglio, concluye ""_ que la defensa privada necesaria no es un acto objetivamente anti jurídico... y que, por tanto, debe hablarse, no de defensa impune

sino de legítima defensa, constitutiva de un instituto jurídico"".

Para el gran positivista Enrico Ferri, la legítima defensa - es un caso de justificación positiva, ya que quien se defiende es sólo aparentemente delictuoso, porque en realidad el que así obra, obra secundum jus, hace algo objetivamente lícito (12).

-
- (1) Luis Jiménez de Asúa.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo IV.- - Editorial Losada, S.A. Buenos Aires.- Pag. 55.
 - (2) Luis Jiménez de Asúa.- Obra citada.- Pag. 56
 - (3) " " " " " " " 58 y 59.
 - (4) Federico Puig Peña.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte General.- Cuarta Edición.- Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. Pag. 363.
 - (5) Sebastián Soler.- DERECHO PENAL ARGENTINO.- Tomo I.- Tipografía Editora Argentina-Buenos Aires.- 1951.- Pag. 395.
 - (6) Federico Puig Peña.- obra citada.- Pag. 364.-
 - (7) Luis Jiménez de Asúa.- obra citada.- Pags. 60 y 61.-
 - (8) " " " " " " " 61 y sigs.
 - (10) Federico Puig Peña.- obra citada.- Pag. 366.-
 - (9) Sebastián Soler.- obra citada.- Pag. 397
 - (11) Luis Jiménez de Asúa.- obra citada.- Pag. 68 y sigs.-
 - (12) Sebastián Soler.- obra citada.- Pag. 399.-
-

CAPITULO IV

1) LA LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL SALVADOREÑO

Como ya vimos en el primer capítulo del presente trabajo, -- nuestro Código Penal desarrolla este instituto jurídico penal en el Capítulo II del Título I del Libro Primero, que se titula --- ""De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal"". Todo este Capítulo comprende un solo artículo, el 8o., que contiene sin ninguna clasificación las causas que, según la ley, excluyen de responsabilidad penal, tales como ausencia de acto (No.--9o.), causas de justificación (Nos. 4o.-5o.-6o.-7o.-11o.), de -- inimputabilidad (Nos. 1o.-2o.-3o.-) y de inculpabilidad (Nos.8o. 10o.-12o.-13o.).

Nuestro legislador ha tratado la legítima defensa en los numerales 4o., 5o. y 6o. del artículo 8o. antes dicho, correspondiendo al primero la legítima defensa propia o personal; al se--gundo, la de parientes; y, al 3o., la de extraños. Nos parece a no sotros que esta forma de tratar nuestro legislador la materia, objeto del presente trabajo, es poco técnica y arcaica, por cuanto de los tres requisitos o elementos que la ley exige para que se perfeccione, dos son comunes a las diversas especies de legítima defensa, y el tercero, aunque con pequeñas variantes, viene a -- ser en esencia lo mismo. Para corregir esta falla, la Comisión --elaboradora del nuevo Código Penal, a que antes nos referimos, - ha propuesto que en un sólo numeral queden comprendidas la legítima defensa propia, de parientes y de extraños, proposición con la cual estamos totalmente de acuerdo.

El actual Código Penal Salvadoreño, regula la legítima defensa en la forma siguiente: "Art. 8o. No delinquen y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal:.....

4o. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. Agresión Ilegítima:

Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla:

Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del quese defiende.

Se entenderá 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 ocasione al agresor.

5o. 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 precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en - ella el defensor.

6o.- El que obra en defensa de la persona o derechos de un -extraño, siempre que concurren la primera y la segunda circunstantan

cias prescritas en el número 4o., y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento, u otro motivo ilegítimo."

Sin perjuicio de extendernos con la debida amplitud, en los capítulos correspondientes, nos parece oportuno hacer algunas -- consideraciones de carácter general sobre la forma en que nuestra ley estudia la legítima defensa.

1o.- Comprende ésta no sólo la defensa propia o la de otros, sino también en forma amplia los demás "derechos", vocablo que significa que todos los bienes jurídicamente tutelados pueden ser objeto de defensa. Dentro de éstos cabrían los bienes patrimoniales, el honor, la honra, el pudor, la libertad sexual, la salud, etc.

2o.- Para que se dé o se aplique la legítima defensa deben concurrir necesariamente todos los elementos o requisitos que la constituyen. Cuando sólo concorra un requisito se aplicará la atenuante del Art. 9o., que dice: "Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos". Cuando de los tres requisitos concurren dos, se aplicará el inciso final del Art. 58 que dice: "Se aplicará asimismo, con el aumento o disminución que corresponda, 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 concurren el mayor número de ellos".

3o.- El primer requisito, "Agresión ilegítima", nos parece incompleto por cuanto debería agregársele "actual e inminente",

ya que el segundo requisito nos habla de necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo (la agresión), y es sabido que se impide lo inminente y se repela lo actual.

4o.- El numeral 5o. que trata de la legítima defensa de parientes, contiene una escala de los mismos que nos parece arbitraria e injusta ya que restringe, sin base jurídica, su aplicación. Esto se presta a las peores injusticias, por lo que es necesario y urgente su total derogación.

5o.- Al igual que la crítica 4a. nos parece que el último requisito exigido en el numeral 6o., que se refiere a la legítima defensa de extraños, debe derogarse por que limita la más bella y noble de las defensas.

2) ENUMERACION DE LOS ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

Después de haber estudiado los antecedentes históricos de la legítima defensa, y de haber transcrito las disposiciones que en nuestro Código Penal la regulan, nos toca en este punto enunciar los elementos que la integran, para luego analizar en detalle cada uno de ellos.

Sobre este punto poco o nada habrá que comentar, por cuanto, en todas o la mayor parte de las legislaciones vigentes los requisitos o elementos son semejantes. Por ello nos limitaremos a enunciarlos, ellos son:

- 1) Agresión Ilegítima;
- 2) Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo;
- 3) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Los anteriores son requisitos que se exigen para considerar como legítima la defensa personal o propia. Pero, como ya vimos, nuestro Código Penal considera también por separado la legítima defensa de parientes y de extraños. Para la legítima defensa de parientes, la ley exige los dos primeros requisitos o elementos de la propia, o sean: "1o. Agresión ilegítima, 2o. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y

3o.- La de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor".

Para la justa defensa de extraños, se exige: "1o. Agresión ilegítima, 2o. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y

3o. La de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo".

Los tres requisitos deben concurrir necesariamente, según el caso, para que se perfeccione cualquiera de las especies de legítima defensa, y que en consecuencia, el autor de ella quede excluido de toda responsabilidad penal por causa de justificación.

Para explicar en una forma gráfica la necesidad de la concurrencia de los tres elementos, en una sentencia del Tribunal Supremo de España (1), se dijo: "La circunstancia 4a. del Art. 8o. del texto refundido del Código Penal, es como un triángulo que tiene por base la agresión ilegítima y por lados, la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende y la necesi

dad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, y si cualquiera de esas dos líneas laterales aparece desdibujada o no destaca su perfil, queda imperfecta esta figura geométrica y no se producen los efectos liberatorios de la responsabilidad inherente a las transgresiones del orden penal"".

(1) Luis Jiménez de Asúa.- Tratado de Derecho Penal.- Tomo IV - Editorial Losada, S.A., Buenos Aires.- Pag. 156

CAPITULO V

LA AGRESION ILEGITIMA

A) Primer Requisito: Agresión.

El principalelemento o requisito de la legítima defensa es, indudablemente, la agresión ilegítima, por cuanto sin ella no podemos concebir defensa alguna. Puede faltar cualquiera de los -- otros requisitos y siempre habrá legítima defensa aún cuando no sea excluyente de responsabilidad penal. Para que exista defensa es forzoso que la preceda una agresión, pero para legitimar aquélla es además necesario que ésta sea ilegítima (1).

La palabra "agresión", ha sido a través del tiempo, tomada con diferentes significados, de acuerdo al desarrollo político-penal de la época. En una primera etapa del derecho penal, la palabra agresión, significó acto de fuerza, vale decir acometimiento material, efectivo, contra la vida y la integridad personal. Sólo en el caso de que peligrara la vida y la integridad personal podía considerarse que había agresión, y en consecuencia, -- era permitido defenderse en cualquier forma sin importar el resultado de dicha acción. Este concepto, como puede apreciarse, -- corresponde a la época más primitiva del derecho, y ahora no es más que un recuerdo histórico que gracias al progreso de las --- ciencias jurídicas, ha sido notablemente mejorado.

Posteriormente el concepto de agresión alcanzó un campo más amplio de aplicación ya que se consideró como tal toda fuerza material aún cuando no se atentara contra la vida y la integridad personal, estimándose como agresión, cualquier ataque material a

todos los derechos, de cualquier clase que éstos fueren. Labatut Glena (2) conforme esta corriente, sostiene que la palabra agresión debe entenderse, no solamente en sentido estricto como el acometimiento material o físico (vías de hecho), sino toda acción encaminada a lesionar o poner en peligro el patrimonio jurídico de una persona.

Modernamente se concibe la agresión, ya no solo como "acto de fuerza" o "fuerza material", sino también como fuerza moral ejercida sobre una persona, que la obliga a defenderse legítimamente contra quien atenta contra sus derechos.

El calificativo de "ilegítima" de la agresión no ha sido aceptado por la totalidad de los tratadistas. Algunos han propuesto otros adjetivos como "injusta", "ilegal", "sin derecho", "contra derecho", etc.. Nos parece que el término "ilegítima" es más exacto para calificar la idea a que se refiere. Por ilegítima o ilegítimo, de acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Española (3) se entiende "lo que no es conforme a las leyes", "no es lo mismo -- ilegítimo que ilegal. El primero de estos dos adjetivos tiene mayor extensión de significado que el segundo, no sólo porque la ilegitimidad dice relación a toda clase de leyes, preceptos o cánones, y no únicamente, como la ilegalidad, o las leyes jurídicas o disposiciones del poder público, sino también porque el concepto de disconformidad con la ley, que caracteriza lo ilegítimo, es de suyo más amplio que el de contrariedad que entraña todo hecho o acto ilegal. De todo esto se sigue que todo lo ilegal es ilegítimo, pero no que todo lo ilegítimo sea necesariamen

te ilegal". Lo anterior es suficiente para descartar como impropio el adjetivo ilegal que algunos pretenden, ya que sería necesario que el ataque o agresión constituyera un delito para que aquél o aquélla se configurara como elemento de la defensa legítima.

El calificativo de "injusta", no parece tampoco apropiado, porque la injusticia es un término excesivamente jurídico, de hondas raíces filosófico-jurídicas, cuya aplicación no siempre se ajustaría al propósito de la legítima defensa. Los términos "sin derecho" y "contra derecho" son menos valorativos y más vinculados al lenguaje corriente, razón por la que su adopción se prestara a muchas dificultades.

La agresión, aunque generalmente consistirá en una acción, puede también perfectamente consistir en una omisión, siempre que de la omisión misma derive la situación de necesidad (4)

Puig Peña (5) considera que la agresión para que se considere como tal es preciso que reúna los requisitos siguientes: 1) que se trate de un acto humano. Si el acometimiento lo realiza un animal su defensa será un estado de necesidad; 2) que el acto sea positivo, nunca una omisión; 3) que parta de la persona contra quién el defensor dirija su reacción.

Definiendo la agresión, don Luis Jiménez de Asúa (6) dice:- "Es todo acto que vulnere o ponga en peligro cualquiera de los derechos subjetivos de la persona". Este es uno de los conceptos más amplios y comprensivos, ya que abarca toda clase de acto (material y moral), y toda clase de derecho (la vida, la integridad

personal, la honra, el honor, el pudor, el patrimonio, etc. etc).

Eusebio Gómez (6) dice: "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 a punta con un arma".

Pacheco (6) sostiene que: "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"

Tócanos ahora estudiar, aunque sea brevemente, los requisitos que conforme nuestro Código Penal, debe reunir "la agresión". Ellos son ilegitimidad, actualidad e inminencia. El primer requisito de la agresiónse comprende fácilmente por cuanto la ley, en una forma expresa, se refiere a la "agresión ilegítima". Los -- otros dos requisitos legales no aparecen expresamente en el texto de la ley, pero se deducen de la misma, porque ella dice que para que haya legítima defensa se requiere: "segunda : Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla" (se refiere a la agresión). De esto se deduce, como ya anteriormente lo dijimos, que se está exigiendo que la agresión sea actual o inminente, porque se impide lo inminente, se repele lo actual.

B) Segundo Requisito: Ilegitimidad.

Este es a nuestro parecer, el principal entre los requisitos legales de la agresión, porque la misma ley, en forma clara y categórica exige este requisito. Como ya anteriormente vimos, - nuestro legislador, en forma sabia, consideró que este califica-

tivo era el que mejor significaba las diferentes situaciones de hecho en que se considera que hay una legítima defensa. Por su amplia significación (ilegitimidad dice relación a toda clase de leyes, preceptos o cánones), este término comprende la violación o quebrantamiento a toda clase de leyes, ya sean éstas jurídicas, sociales, morales, religiosas, etc.. Sólo así puede comprenderse por qué ciertos casos, que no son violación a las leyes jurídicas, se consideran como agresiones ilegítimas, y por ende aplicable la figura de legítima defensa. Pueden citarse como casos los siguientes: el de la esposa que lesiona o mata si es necesario a su esposo, porque éste la obliga a realizar relaciones sexuales contra natura; el del hijo que golpea a su padre, porque éste -- ebrio y trastornado lo golpea excediéndose en el límite de su facultad de corrección; el del individuo que hiere o mata a un agente de la autoridad que abusa notablemente contra él, excediéndose de los límites de su autoridad; el de la secretaria que le propina una fuerte bofetada a su jefe porque éste pretende acariciar impudicamente alguna parte de su cuerpo, etc. En todos estos casos podemos decir que hubo agresión ilegítima, y mal haríamos -- en decir agresión ilegal o injusta como algunos pretenden.

Manzini (7) prefiere usar el término injusta y así nos dice: "Puesto que la ley aquí exige solamente el requisito de la injusticia de la ofensa (agresión), basta que esta sea contraria a un derecho subjetivo, en sentido amplio --individual o colectivo--, -- reconocido por cualquier rama del derecho objetivo; y por eso no

es necesario que la ofensa constituya o pueda constituir delito".

Un caso sumamente discutido es el que si actúa en legítima defensa el amante que lesiona o mata al hombre que lo descubre en el preciso momento de cometer adulterio con la mujer de éste. Al respecto habría que estudiar cada caso concreto, y mal haríamos endecir sí o no con anterioridad sin conocer todas las circunstancias del hecho. Creemos que el amante actuaría en legítima defensa lesionando o matando al marido en el caso siguiente:

Una mujer separada y abandonada por su legítimo cónyuge, mantiene relaciones íntimas en forma secreta con otro hombre, fuera de la casa conyugal. El esposo "ciego de celos" vigila constantemente a la pareja, hasta que un día irrumpe violentamente la puerta de la pieza que ocupan los amantes y pistola en mano apunta y -- les dispara. El amante en tal situación reacciona disparando también contra el esposo su arma de fuego, a quién mata al instante. En este caso, creemos nosotros, que sí le asiste al amante la excluyente de legítima defensa porque consideramos que sí hubo agresión ilegítima y los demás elementos propios de la justa defensa. Creemos que hubo agresión ilegítima porque el marido no tenía ningún derecho para reclamar de su mujer una conducta honesta, por cuanto él la abandonó, dejándola completamente sola sin ninguna protección moral o económica; además no debe olvidarse que la mujer es una persona y no un objeto susceptible de propiedad como cualquier cosa.

Como la misma ley establece que la agresión debe ser ilegítima, es decir contraria a todo derecho o ley, surge la discusión

entre los tratadistas de si los niños, los locos y demás personas inimputables legalmente, pueden cometer una agresión ilegítima. La duda surge por que se estima que sólo las personas imputables, moralmente capaces, pueden distinguir un acto legítimo de un ilegítimo, y si esto es cierto un inimputable no podría nunca cometer una agresión ilegítima y en consecuencia sus actos no podrían rechazarse amparándose en la legítima defensa; esta corriente, pues, considera la ilegitimidad de la agresión, desde el punto de vista subjetivo, es decir, en cuanto a la capacidad del sujeto que la realiza.

Existe, en cambio, otra corriente que, sin desconocer que hay personas imputables e inimputables, sostiene que siempre habría en ambos casos, agresión ilegítima, ya que ésta se califica así en consideración al acto en sí y no en consideración a la capacidad de los sujetos. Esta doctrina estudia al problema desde el punto de vista objetivo.

Nosotros aceptamos y participamos del criterio subjetivo, primero porque nos parece más acertado y lógico, y segundo, porque si no atendemos a la capacidad del sujeto que lo realiza, podríamos también incluir como agresión ilegítima la de los animales, lo que nos parece sumamente ridículo. Lo que habría sería una causa de justificación por estado de necesidad.

C) Tercer Requisito: Actual o inminente.

En España, en donde nuestro legislador tomó modelo, era necesario el reconocimiento de que no sólo nos podemos defender -- contra un ataque actual, sino también contra el inminente. Al --

respecto Pacheco (8) nos dice: "Basta para autorizar el ejercicio de este derecho, que sea inminente la acción que de hecho se nos amague, que haya en realidad contra nosotros..... que se haya in tentado el mal". Por su parte Viada (8) agrega que la palabra -- "impedir", indica que no es menester que la agresión se haya con sumado para que sea legítima y racional la defensa, basta que -- sea inminente o amague la acción de herir o matar.

"La actualidad del peligro -dice Bernardino Alimena- (9) -- hay que entenderla, en su fatal realidad, tal como se presenta en la mente del agredido; por consiguiente es posible que el peligro comience antes que la agresión haya comenzado, y si se espera que la agresión comience sería demasiado tarde".

Los juristas alemanes también participan de la tesis que -- la actualidad de la agresión lleva comprendida asimismo la inminencia de la misma, y así dice Von Liszt (9) "no es necesario -- esperar, por una parte el comienzo de la agresión, mientras que, por otra, también puede ser repelida la agresión comenzada, en cuanto continúa".

De lo dicho anteriormente se deduce que es bastante diffi- cil en la práctica diferenciar con alguna claridad cuando estamos en presencia de una agresión actual, de una agresión inminen te, pues resulta problemático establecer o señalar con exactitud, el "punto de arranque" y el "punto de término". No obstante lo anterior, nosotros nos permitimos definir ambas situaciones de la manera siguiente: Existe agresión inminente cuando el sujeto agresor da principio a su acción ilegítima, de manera que en su

ánimo y en el del agredido no existe ninguna duda de la realidad del ataque o daño, próximo inmediato, aunque no se consuma al -- instante. Agresión actual es el daño o ataque real y verdadero - del ofensor que lesiona o vulnera cualquier derecho subjetivo del ofendido. Por eso decimos que la inminencia es daño en potencia, y actualidad es daño real. Es necesario insistir que la inminencia precede inmediatamente al daño causado, sin que haya ninguna posibilidad de evitar de otro modo el daño al ofender. De la aplicación exacta del principio anterior se deduce que no cabría posibilidad alguna de alegar legítima defensa por los daños causados a una persona que nos ha amenazado de palabra o por escrito, porque en tal caso bien se puede ocurrir a las autoridades - en busca de auxilios o ayuda, para prevenir la consumación de un hecho delictivo futuro. Asimismo no puede hablarse con propiedad de legítima defensa de un hecho pasado, es decir consumado, porque eso sería pura y simplemente un acto de venganza, sin ningún amparo o protección de la ley.

Además de los anteriores requisitos legales de la agresión, en doctrina se han añadido otros, a saber: Debe ser real, grave, imprevista o inesperada, inmotivada o no buscada. Tales requisitos, a pesar de los argumentos de sus autores, no nos convencen que deben concurrir necesariamente para considerar como ilegítima una agresión, y nos basamos para tal afirmación en el hecho de que la ley es clara cuando sólo exige para su existencia, -- los elementos a que ella se refiere. Añadir otro requisito no -- sería sino excederse en su interpretación.

Otro de los problemas relativos a la agresión ilegítima es el que se refiere a que si ésta puede consistir tanto en una acción como en una omisión. Muchos autores consideran que la agresión sólo puede consistir en una acción, un hacer, un hecho positivo, negando en consecuencia la hipótesis de una omisión como constitutiva de agresión. Sin embargo otros tratadistas no ven el inconveniente de que mediante una omisión o abstención se lesione ó vulnere un derecho reconocido y sancionado por la ley. Por nuestra parte creemos más ajustada a la realidad jurídica penal esta última doctrina. Basta pensar en algunos casos para aceptar tal teoría. Partimos para ello de la premisa ya aceptada por la casi totalidad de autores, que todos los derechos subjetivos de la persona pueden ser defendidos por medio de la legítima defensa. Entre dichos derechos están, entre otros, el de la libertad individual, la salud, la inviolabilidad de la correspondencia. Pues bien, los casos son los siguientes: El de una persona que golpea o hiere al carcelero, que con la orden de libertad en sus manos, se niega a darle cumplimiento al mandamiento judicial que así lo ordena. El reo actuaría en legítima defensa de su libertad individual porque el carcelero con su inacción, con su omisión en hacer algo que la ley le ordena, estaría causando al reo una agresión ilegítima.

Otro caso: una persona o un grupo de personas golpea o hiere al encargado de abrir las válvulas de las bombas que abastecen de agua a una ciudad, porque dicho encargado, sin motivo se niega a abrir tales válvulas causando con ello un grave peligro

para la salud de la población por la falta de tan precioso líquido. La persona o grupo de personas que ha golpeado o herido al encargado de la bomba de agua, ha actuado en legítima defensa -- frente a la agresión ilegítima de dicho encargado que con su omisión puso en peligro la vida o la salud de todo un pueblo.

Un último ejemplo de agresión por medios omisivos sería el siguiente: El de una persona que golpea a quien teniendo en sus manos una carta dirigida a la primera se niega a entregársela a su legítimo destinatario. Esta última persona con su omisión de entregar la carta realiza un acto de agresión que atenta contra el derecho del destinatario de la inviolabilidad de la correspondencia.

Los casos anteriores son claros para dejar establecido que sí se puede dar la agresión ilegítima por medios omisivos, por eso estamos totalmente de acuerdo con Mezger cuando dice: "el no hacer nada, un omitir, puede representar un ataque en intereses ajenos, si el que omite tiene la obligación de actuar".

- (1) Antonio Quintano Ripollés.- COMENTARIOS AL CODIGO PENAL.- - Vol. 1.- Editorial Revista de Derecho Privado Madrid.-Pag.95.
- (2) Gustavo Labatut Glens.-DERECHO PENAL.- Tomo I.- parte gneral, Cuarta Edición.- Editorial Jurídica de Chile 1963.-Pag.295.
- (3) Enciclopedia Jurídica Española.- Tomo XVIII.- Francisco --- Seix, Editor.- Barcelona.- Pag. 452.-
- (4) Sebastián Soler.- DERECHO PENAL ARGENTINO.- Tomo I.- Tipogra

- fía Editora Argentina Buenos Aires 1951.-Pag.406.-
- (5) Federico Puig Peña.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte General.
Cuarta Edición.- Editorial Revista de Derecho Privado. Ma---
drid. Pag. 368.-
- (6) Luis Salmán Cortes.- LA LEGITIMA DEFENSA.- Tesis Doctoral.-
Octubre 1963.- Pag. 19.-
- (7) Vincenzo Manzini.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo 3.- Prime
ra parte.- Teorías Generales.- Ediar Soc. Anon. Editores.- -
Buenos Aires.- Pag. 76.-
- (8) Luis Jiménez de Asúa.- PRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo IV.-
Editorial Losada, S.A. Buenos Aires, Pag. 177.-
- (9) Luis Jiménez de Asúa.- Obra citada.- pag. 176.-

CAPITULO VI

LA NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO

A) Animo de Defensa.

Inversamente a la agresión, que requiere necesariamente el concurso de ciertos requisitos para considerarse ilegítima, la defensa exige la concurrencia de determinados requisitos o condiciones para considerarse legítima. Ambas figuras, agresión ilegítima y defensa legítima, son indispensables para dar nacimiento a la excluyente de responsabilidad de legítima defensa. Al igual que la agresión, la defensa puede asumir tan variadas formas como las del ataque que la motiva, y así puede asumir aspectos de violencia física o moral que se traducen generalmente en dominar al agresor, incluso mediante fuerza que lesione su integridad corporal, heridas, muerte, etc., o simplemente inutilizando sus medios de ataque.

Para que la defensa sea legítima es necesario que reúna estos dos requisitos o características: necesidad y proporción. La primera es condición sine qua non de la defensa, puesto que sin ella no podemos concebir que exista verdadera defensa. Una cuestión previa a dilucidar en este tema, es el relativo a si hay o no necesidad que concurra en la persona que se defiende, el ánimo de defensa. Este punto es muy debatido entre los autores de derecho penal. Binding (1) sostuvo que quien se defiende debe tener conciencia de su situación y voluntad de salvar, mediante la repulsa, los bienes jurídicos amenazados o puestos en peligro. - Por su parte Frank (1), dice que no practica una defensa neces-

ria, quién no tiene voluntad de defenderse. Contrariamente a lo anterior, otros autores no exigen que concurra en el ofendido esa voluntad de defensa.

Existen, pues, sobre este punto, dos corrientes doctrinarias bien definidas: las que exigen el ánimo o voluntad de defensa, y quienes niegan la existencia de tal voluntad. Cada una de ellas expone sus puntos de vista, sosteniendo tener la razón de su parte. Entre los primeros ya vimos lo que sostienen Binding y Frank, teniendo que agregar a Van Calker (2), que considera como decisiva la tendencia de la voluntad del agente. G. Sebastini (2), dice: "Fin y medio de la acción deben ser únicamente los de rechazar la violencia con la violencia". Eugenio Cuello Calón (2) sostiene "que el defensor debe actuar frente al peligro con la exclusiva finalidad de evitarlo o repelerlo".

Entre los autores que niegan la voluntad de la defensa, está, como antes dijimos, Edmundo Mezger (3), que sostiene: "En realidad lo que importa es el fin objetivo de la acción, no el fin subjetivo del agente. Si un cazador en la montaña mata a su enemigo con un tiro de fusil y posteriormente se demuestra que en el momento en que lo hizo se disponía el que resultó muerto a disparar sobre él, será aplicable la legítima defensa, y lo mismo ocurre en los casos en el que se defiende en situación de legítima defensa, persigue al hacerlo otros fines completamente distintos que el específico de defenderse. Por tanto, lo que decide es la situación objetiva de legítima defensa y la defensa objetivamente dirigida contra la agresión". También dentro de esta co--

rriente está José Arturo Rodríguez Muñoz (4), que dice: "En lo que concierne a la existencia de un elemento subjetivo de exclusión del injusto en la legítima defensa, la contestación debe ser negativa. No puede percibirse en la fórmula legal un asidero lo bastante claro y terminante para permitirnos afirmar la existencia de un tal elemento subjetivo. Ciertamente que podría, ante todo, objetarse que la exigencia que la ley contiene en el último requisito del número 6o. de dicho artículo (legítima defensa de un extraño), no constituye un argumento sólido para demostrar que en la legítima defensa propia (y lo mismo en la de parientes) no se ha exigido por el legislador un elemento subjetivo".

Después de haber expuesto, a grandes rasgos, las dos corrientes o doctrinas que explican el punto que tratamos, nos corresponde a nosotros adherirnos a una u otra, según nuestro particular modo de pensar.

Al igual que lo sostenido al tratar de la agresión ilegítima, somos de opinión que tienen razón quienes sostienen que en el caso de defensa debe concurrir en el agente el ánimo o voluntad de defensa y debemos rechazar la doctrina de la defensa objetiva, porque su aceptación nos llevaría a afirmar que habría legítima defensa en casos parecidos al relatado anteriormente por Mezger, el cual nos parece totalmente inaceptable, aun cuando participamos de la impunidad del cazador, pero no por legítima defensa sino por la aplicación de cualquier otra excluyente de responsabilidad penal, criterio que creemos más técnico y justo.

Con la expresión "necesidad racional del medio empleado" se

quiere significar no sólo que la agresión tiene que haber creado un estado de necesidad, sino además que la reacción de quien se defiende debe ser el medio o la forma en que el peligro puede -- efectivamente evitarse; o ser la reacción que el sujeto podía racionalmente suponer que a tal efecto sería (5)

B) Pretexto de Legítima Defensa.

Los autores antiguos llamaron pretexto de legítima defensa a aquella en que faltaba la ilegitimidad de la agresión. Se trataba de una defensa en que el ofendido había provocado previamente al ofensor. Cuando el que luego aparece en la necesidad de defenderse, había provocado con artificio el ataque de su antagonista que así se presentaba con apariencias de agresor injusto, nos hallamos ante el pretexto de legítima defensa, llamado así porque quien aparece externamente como necesitado de evitar el peligro, había hecho la habilidosa maniobra para justificar sus violencias, que incluso pueden llegar hasta la muerte del incitado agresor. Por lo dicho es que algunos autores, no están de acuerdo en que el autor de tal especie de legítima defensa goce de la impunidad atribuida a dicha excluyente de responsabilidad penal.

Además, debe observarse, que por la forma en que se desarrolla tal "legítima defensa", no es sino un medio o forma de darle escape a las más bajas y violentas pasiones: la venganza, el resentimiento, el odio, la envidia, los celos, entre otras, por cuanto la supuesta víctima, ha buscado expreso ser agredido, usando de ardidés para provocar a su supuesto agresor, y así poderse defender "legítimamente" de tal ataque, aun con la propia muerte del provoca

do. Es necesario advertir que esta provocación es oculta, secreta, disimulada, llevada a cabo con inteligencia maligna, en forma tal que pocos o nadie la advierta. Decimos lo anterior porque uno de los requisitos para que se dé la auténtica legítima defensa es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, es decir, que según nuestro Código puede haber legítima defensa aún cuando el que se defiende haya provocado a quién lo ataca, toda vez que ésta no sea suficiente, vale decir necesaria para enojarlo o exitarlo, según su temperamento o conducta. Pero esta última provocación es pública, clara, notoria, indubitable, en cambio la provocación del pretexto de legítima defensa es callada, artera, silenciosa, disimulada, privada.

Hemos tratado este punto porque consideramos que en el pretexto de legítima defensa no existe la "Voluntad de Defensa", -- elemento subjetivo, que como antes sostuvimos, es necesario para configurar la auténtica excluyente de responsabilidad. Esta figura, el pretexto, nos da una razón más para considerar que estamos en lo correcto al aceptar la teoría subjetiva de la defensa y para rechazar, como lo hicimos, la teoría objetiva de la misma. Dijimos al principio del desarrollo de este tema que los requisitos de la defensa son dos: necesidad y proporcionalidad. -- Trataremos cada uno por separado.

C) Necesidad de la Defensa.

Aun cuando antes dijimos que la necesidad era la principal característica de la defensa, no existe total acuerdo entre los autores sobre lo que debe entenderse por "necesidad", por lo que

expondremos las diferentes opiniones al respecto, dando por último nuestro particular punto de vista.

Según Novoa Monreal (6) que el medio empleado sea "necesario", quiere decir: a) que no haya otra manera o forma de proteger el bien jurídico agredido, y b) que entre los medios posibles elija el defensor aquél que sea suficiente, desechando el superfluo.

Algunos franceses, estudiando este punto, han sido penetrantes. Trebutien (7) expresa: "la defensa es legítima durante el tiempo y en el límite en que es necesaria". Este autor estima la necesidad como oportunidad en el tiempo: la defensa no ha de ser pasada, ni proseguir después que el agresor esté reducido a la impotencia. Chaveau (7) y Hélio (7) identifican la necesidad con la proporción de la medida de la existencia. Vidal-Magnol (7), dicen: "La condición de necesidad ha conducido a exigir igualmente que el mal con que se amenaza a la víctima sea irreparable y que los medios empleados para la defensa sean proporcionados a la naturaleza y a la gravedad de los medios empleados para el ataque: moderamen inculpatae tutelae. Así no estará justificado quien mata a un niño porque se lleva frutas, incluso para aquellos que admiten la defensa de la propiedad. Dado el poco valor de los objetos robados, el homicida no obró, en efecto, con la intención de proteger su propiedad, sino bajo el imperio de un instinto reprobable, cólera o venganza. Lo mismo ocurriría con un homicidio cometido para repeler un ataque que no hubiese causado más que una lesión insignificante, en orden

a la integridad física, la salud o el pudor".

Pacheco (7) estima que existe necesidad en la defensa cuando el agredido no tiene más alternativa que sustituir la acción de la autoridad por sus medios particulares. Cuello Calón (7), participa del criterio de que la necesidad de la defensa es subjetiva, es decir, que debe ser apreciada por la persona que se defiende. Sebastián Soler (8) afirma que la necesidad de la defensa no debe referirse solamente a la gravedad del ataque, si no también a la naturaleza o importancia del bien que se tutela.

Para los tratadistas alemanes la necesidad y proporción de la defensa sólo se juzgan en orden a la gravedad del ataque y a la imposibilidad de recurrir a otro procedimiento, por lo que cualquier bien jurídico, por insignificante que sea, puede ser defendido aún con la muerte con agresor si no hay otro medio de tutelarlos. Aplicando este criterio se justificaría la muerte -- del niño que roba una fruta y es muerto en el acto por no haber otro medio para evitarlo.

La jurisprudencia española, con mejor criterio, a nuestro parecer, estableció que la necesidad de la defensa de los bienes patrimoniales, cuando resultada la muerte del agresor, sólo era justificable cuando había estado en peligro la vida del ofendido. Asimismo dice que la necesidad no exige igualdad de armas empleadas por el agresor y el agredido, sino la responsabilidad entre los bienes jurídicos amenazados, y el sacrificio de un interés particular.

Luis Jiménez de Asúa (9), tomando lo que de cierto hay en -

las tesis o doctrinas anteriores, elabora un concepto de necesidad, y así dice: "Supone oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción". Esta definición como puede apreciarse dice mucho, pero no expresa en forma clara cuál es la esencia o característica principal de la necesidad. Por ello, no nosotros nos atrevemos tímidamente a elaborar nuestro propio concepto: Existe necesidad en la defensa cuando para impedir o repeler una agresión injusta el agredido hace uso de los medios que menos daño causa a su agresor pero que sean suficientes para proteger sus derechos subjetivos atentados. Este concepto, - creemos nosotros, reúne los elementos indispensables para configurar una defensa perfecta. La esencia del concepto está en la suficiencia de los medios empleados para defenderse sin causar un daño innecesario al agresor. Esta suficiencia estará condicionada en cada caso a circunstancia de lugar, bien jurídico lesionado, personas, armas, tiempo, y otras muchas más.

El autor español Quintano Ripollés (10), estima que la "necesidad racional del medio ha de medirse generalmente por la -- eficiencia o idoneidad del empleado para impedir o repeler el - ataque.

D) Proporcionalidad de la Defensa.

Sobre este punto hay cierta divergencia entre los Códigos_

Penales, ya que en algunos, el español y en general todos los -- hispanoamericanos, por ejemplo, se halla expresamente exigida la racional proporcionalidad de los medios empleados para impedir_ o repeler la agresión ilegítima. En cambio otros Códigos han silenciado el tema, permitiendo que los intérpretes razonen en -- uno u otro sentido, sosteniendo que debe exigirse la proporción, o sosteniendo lo contrario. Por eso es de tanta trascendencia - doctrinaria el tema que hoy nos corresponde desarrollar.

Nótese, dice Novoa Monreal, (11) que la ley no exige una - proporcionalidad entre los recursos del agresor y los medios de que el defensor se vale, no se trata de repeler piedra con piedra, puñal con puñal, revólver con revólver.

En Alemania sostienen que no se precisa la proporción bastan do la necesidad, opinión que es compartida desde los más anti-- guos a los más modernos autores, quienes dicen que la proporcio_ nalidad no se exige como regla. Actualmente, sin embargo, se in_ siste en poner algún límite a la defensa. Hans Welzel (12), es_ quién mejor representa la nueva corriente alemana cuando dice:_"Sin embargo debe la legítima defensa tener su límite cuando la gravedad de la lesión, en referencia a la insignificancia del - ataque, sería socialmente intolerable, como, por ejemplo, en el caso de homicidio del agresor, a causa del apoderamiento de un pedazo de pan".

En Francia, aunque no se coloca como requisito expreso en_ la ley, existe la necesidad de una cierta proporción, lo cual - se valoraba, desde antiguo, subjetivamente, por eso Chaveau (12)

y Hélie (12), afirman: "No es en efecto, el peligro tal como puede existir a los ojos del juez lo que constituye el estado de legítima defensa, sino que es el peligro, tal como puede existir a los ojos de la persona atacada."

En Italia, el Código de 1889 no exige la proporción de la defensa, sino la necesidad de rechazar una violencia actual e injusta, y el Código de 1930 dice igualmente necesidad de defender Alimena (12), Sabatini (12 y Ferri (12) aceptan la proporcionalidad desde un punto de vista del todo subjetivo. Manzini (12) cree que ha de atenderse a las circunstancias propias del agredido y a sus fuerzas físicas en referencia a las del atacante. Es Florian (12), quién mejor comprende la proporción cuando dice: "Los medios con los cuales la defensa se ejerce y en los que la defensa consiste, pueden ser variadísimos. La multiplicidad de los medios es correlativa a la amplitud de los derechos que se defienden. Pero los medios deben converger todos al fin esencial de repeler la inminente ofensa. Entre el acto defensivo y este fin, debe existir una relación de proporción".

Los autores españoles se refieren a la proporción deducida de la racionalidad, adjetivo legal de la necesidad, distinguiendo claramente proporción y necesidad. El gran penalista Pacheco, dice: "necesidad racional, con su mezcla de vaguedad y de fijeza, es una palabra que satisface a todas las condiciones apetecibles. Consigna el principio y encomienda al prudencial arbitrio de los tribunales, lo que sólo ellos pueden oportunamente calificar". -- Quintano Ripollés participa de la idea de que la racionalidad no

debe imperar en criterio de pura objetividad; Cuello Calón (13) - pide que se adapte " a normas de sana crítica", Juan del Rosal -- (13) cree que la proporcionalidad debe estudiarse objetiva y subje- tivamente. Antón (13) escribe: "La flexibilidad del término "ra- cional" utilizada por la ley permite una interpretación individua- lizada, según las circunstancias del caso, pues la inminencia y - gravedad del ataque restan al agredido plena libertad de elección".

Nelson Hungría (13) expresa que la apreciación debe ser he- cha objetivamente pero siempre, en cada caso, siguiendo un crite- rio de relatividad o un cálculo aproximado. No se trata de pesa- das en una balanza, sino de una estimación ajustada a las condi- ciones de hecho del caso enjuiciado. No se trata, pues, de respon- der, tiros a tiros, trompada por trompada, puntapié por puntapié. No es proporción material, de hecho, sino de medios adecuados, por eso opinamos que la necesidad racional de la defensa o proporcio- nalidad, debe verse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, solo así creemos se resolverían satisfactoriamente muchos casos - de la vida real.

Supuesta la necesidad de la defensa, dice Labatut Glens - (14), el medio empleado para impedir o repeler el ataque ha de - ser racional. Un elemento que puede servir de índice para apre- ciar dicha racionalidad en ningún caso una pauta única, una medi- da invariable, es una cierta proporcionalidad, no una igualdad - matemática, de los medios empleados por una y otra parte.

Bettioli (15) sostiene que: "La teleología no supone un ba- lance mecánico- cuantitativo entre los diversos fines, sino una - valoración de ellos sobre la base de las concepciones éticas ---

dominantes. Así, será lícito matar para tutelar el honor sexual, que para una mujer joven y honesta representa un valor superior al de la vida. Será lícito matar para defender la integridad propia o la libertad personal, pero antes de admitir una proporción entre el derecho a la vida y el derecho de propiedad sobre un perro, será necesario andar con mucha cautela".

E) La Defensa por medio de Aparatos Mecánicos.

Toda persona en uso de su legítimo derecho de la propiedad, tiene derecho de proteger sus bienes patrimoniales por cualquier medio, ya sea este personal, o ya sea por medio de aparatos mecánicos. Estos pueden consistir desde los más simples recursos tales como cercos de vidrios cortantes, puntas de lanzas en el coronamiento de los muros, hasta los aparatos más mortíferos, como las armas de fuego que se disparan automáticamente al accionar ciertos dispositivos, corrientes de alto voltaje, trampas ocultas que se abren solas al paso del ladrón, etc., que pueden incluso causar la muerte al supuesto agresor. Todos estos aparatos o medios mecánicos de defensa, se conocen con el nombre de ofendículas.

Sobre el uso legítimo de tales aparatos no todos los autores están de acuerdo, porque unos aceptan la defensa por ese medio, si bien exigen que la acción del mecanismo protector no funcionen hasta que tenga lugar el ataque, y que no traspase el límite de la necesidad. En cambio otro grupo de autores niegan tal legitimidad.

Otros tratadistas, aun cuando aceptan el uso de tales apa-

ratos, no están de acuerdo en que sea una especie de legítima defensa, sino el ejercicio legítimo de un derecho, partiendo del -- principio de que cada uno puede tener en su casa lo que se le antoje.

Al respecto participamos de la idea de que el uso de tales aparatos mecánicos defensivos es legítimo por ser el ejercicio de un derecho, y no una especie de legítima defensa, porque para que ésta se de es necesario la concurrencia de determinados requisitos que no aparecen en el funcionamiento de tales aparatos. Falta principalmente, en la mayoría de los casos, la necesidad racional de la defensa. No es humano, justo o legítimo que un aparato de esos dé muerte a una persona porque pretende robarse una fruta, -- una gallina, o cualquier objeto de poco valor. La protección de la propiedad no puede ser tanta que atente en esa forma contra la vida misma.

- (1) Luis Jiménez de Asúa.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo IV.- - Editorial Losada, S.A., Buenos Aires.- Pag. 195.-
- (2) Luis Jiménez de Asúa,- Obra citada.- Pag. 196.-
- (3) " " " " " " " 197.-
- (4) " " " " " " " 198.-
- (5) Sebastian Soler,- DERECHO PENAL ARGENTINO.- Tomo I.- Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1951.- Pag. 409.-
- (6) Eduardo Novoa Monreal. CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO.- Tomo I.- Parte General.- Editorial Juridica de Chile.- Pag. 362.-
- (7) Luis Jiménez de Asúa.- Obra citada.- Pag. 205.-

- (9) Luis Jiménez de Asúa. Obra citada, Pag. 213,-
- (10) Antonio Quintano Ripolles.- COMENTARIOS AL CODIGO PENAL.- --
Vol. 1.- Editorial Revista de Derecho Privado,- Madrid.-Pag.
101.-
- (11) Luis Jiménez de Asúa.- Obra citada.- Pags. 314 y 315.-
- (12) " " " " " " " 316.-
- (13) " " " " " " " 317.-
- (14) Gustavo Labatut Glana.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte Gene-
ral:- Cuarta Edición.- Editorial Juridica de Chile 1963.- --
Pag. 301.-
- (15) Guiseppe Bettiol.- DERECHO PENAL.- Parte General.- Editorial
Temis Bogotá.- 1965.-

CAPITULO VII

LA FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE

A) Provocación:

La falta de provocación suficiente por parte del que se defiende es el tercero y último requisito legal que se exige para que exista la legítima defensa, requisito, que a diferencia de los dos primeros solamente actúa cuando se trata de la legítima defensa propia o de sus derechos, ya que la de extraños y parientes tiene cierta modificación, según el caso. Esta característica tiene como modalidad propia la de contener un aspecto negativo, en cuanto dice "que no haya habido provocación suficiente por parte del que se defiende", es decir que el agresor no haya dado lugar a la agresión con su conducta o comportamiento injusto o ilegítimo, exitando o provocando a su agresor.

Antes de continuar creemos necesario determinar primero, en forma más o menos clara, qué debe entenderse por "provocación" y qué por "suficiente". La definición de ambos términos nos dará la razón de ser de tal requisito.

Provocar, dice Novoa Monreal (1), significa incitar o estimular a otro para que adopte una actitud agresiva. En cambio, conforme la definición del diccionario de la lengua castellana (2), provocar significa "incitar o estimular a otro para que se enoje". De lo anterior se comprende que no es lo mismo provocar a alguien que dar motivo u ocasión de una reacción determinada. Olvidándonos, por el momento, del adjetivo "suficiente", que califica legalmente a la provocación, diremos que ésta por definición, es todo

acto, palabra o ademán que irrita o enoja a una persona. Por eso podemos decir que la provocación, lisa y llanamente, puede consistir en palabras ofensivas, burlas, risas, sarcasmos, retos, -- etc., etc. En razón de lo anterior es que negamos como algunos autores piensan, que la provocación signifique necesariamente una agresión injusta o ilegítima.

B) Suficiente.

Suficiente, no significa otra cosa, que lo que basta para conseguir un fin o resultado. Según definición del mismo diccionario a que nos referimos anteriormente, suficiente significa -- "Bastante para lo que se necesita, apto o idoneo". Nosotros creemos que la suficiencia absoluta no existe, ya que lo que para una persona puede ser suficiente, para otra, en cambio, puede ser insuficiente. Por ello es que nosotros consideramos que tal concepto es subjetivo, y difícil de determinar con exactitud matemática. Debemos aclarar que nos estamos refiriendo a la provocación suficiente, como requisito de la legítima defensa, porque claro está, que la suficiencia física, real o conmensurable, sí es absoluta y objetiva. Nadie se atreveía a decir que es subjetiva la cantidad necesaria de alguna cosa para llenar una vasija o recipiente determinado. En cambio no puede determinarse con precisión cuál sería una provocación suficiente, capaz de irritar o enojar a alguien si no se conoce el carácter de la persona "provocada", sus relaciones con el "provocador", el grado de cultura, el estado anímico en que se encuentre, etc., etc., elementos todos estos necesarios para establecer si hubo o no provocación suficiente.

Tan cierta es nuestra afirmación que los autores de derecho penal y la variadísima jurisprudencia, no se ponen de acuerdo ante un mismo caso, si hay o no provocación suficiente, porque lo juzgan según sus propias ideas y sentimientos. Estos ejemplos son numerosos.

C) Opinión de autores y jurisprudencia.

De acuerdo a lo dicho, expondremos la opinión de algunos tratadistas, y lo sostenido por la jurisprudencia en lo que se refiere a la suficiencia de la provocación.

Gustavo Labatut Glens (3), dice: "Provocación suficiente es aquella de tal naturaleza, atendidas las circunstancias, (el subrayado es nuestro) que pueda ser estimada bastante o idónea para explicar de modo satisfactorio la reacción del provocado". Esta definición confirma nuestra tesis, de la subjetividad de la suficiencia, cuando dice "atendidas las circunstancias".

Para don Luis Jiménez de Asúa (4), la provocación es suficiente cuando explica en forma cumplida el ataque; cuando es adecuada, bastante y proporcionada a la agresión que genera.

Sebastián Soler (5), refiriéndose a la provocación suficiente escribe el siguiente párrafo: "Ello no significa que siempre que haya agresión deba juzgarse que no puede haber legítima defensa; será necesario que, como dice la ley, élla sea suficiente, no para justificar la reacción sino para excusarla, pues si bien se sabe en la teoría de los delitos de ímpetu que la provocación excusante debe ser de cierta entidad y que la reacción absolutamente desproporcionada no es excusable. El que provocó, --

pues, no puede invocar la legítima defensa, aun cuando la reacción motivada sea injusta, siempre que esta sea excusable".

José Antón Oneca (4), sostiene que: "Provocación suficientes es algo más que la condición que dió motivo o pretexto para la agresión: ha de ser proporcionada, equivalente a la respuesta agresora. Cuando esta exceda la proporción, entonces el provocador se encuentra ya autorizado para la defensa".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, ha considerado que hay provocación suficiente en los casos siguientes: -- Cuando se propina una bofetada, y hasta cuando sólo se amenaza -- con abofetear; las simples injurias; el pronunciar palabras groseras y amenazantes; las relaciones ilícitas con la mujer del agresor; el reto formal y la repetición de conceptos ofensivos; el decir que el hijo del agresor había robado un perro "porque tal manifestación es afrentosa".

La jurisprudencia Argentina ha sostenido que la suficiencia o insuficiencia de la provocación depende de la calidad de -- las personas, del medio en que actúan, de las circunstancias anteriores o concomitantes del suceso; un hombre culto, decente, moralmente disciplinado, no reacciona violentamente como un sujeto ignorante, ordinario, frecuentador de bares y prostíbulos. En una sentencia de la Suprema Corte de Buenos Aires se dijo: "Cualquier provocación no será óbice para admitir la existente, puesto que la ley emplea el vocablo "suficiente" y ello significa que aquélla -- debe ser eficaz, adecuada, bastante para producir, dentro orden lógico normal en que se realizan los actos humanos, la reacción ---

violenta, la agresión del provocado". Agrega el mismo fallo que: "No es indispensable que la reacción sea inmediata, basta que -- sea próxima, que exista un nexo de causalidad entre la provocación y la agresión consiguiente, que no resulte destruído por el transcurso prolongado del tiempo (6)".

Una simple provocación de palabras no puede, dice Quintano Ripollés (7), invalidar el derecho de defensa, ha de ser "suficiente". En buenos términos de derecho penal, una agresión solamente puede justificarse mediante otra, cuando tiene los requisitos de legítima defensa. La suficiencia en la provocación que -- nuestro Código exige para que se dé la legítima defensa como excluyente de responsabilidad penal parece ser de naturaleza moral, psicológica y relativa.

D) Problema Jurídico Procesal de la Prueba.

Restáanos, para termina con este punto, referirnos al problema jurídico- procesal de la prueba de este requisito. Tomando como fundamento el principio universalmente aceptado en la ley y en la doctrina, de que los hechos negativos no se prueban, somos de parecer que quien se ampara en la legítima defensa no está obligado a probar que no provocó suficientemente a su agresor. Será en todo caso éste quien tendría que establecer plenamente que sí hubo provocación suficiente que lo impulsó a reaccionar violentamente, probado este extremo, aunque existieran los dos primeros requisitos, no estaríamos frente a una legítima defensa auténtica, sino en presencia de una defensa legítima incompleta y por lo con siguiente no favorecería al supuesto agredido la eximente sino --

que simple y llanamente la disminuyente contemplada en el inciso último del Art. 58 de nuestro Código Penal vigente.

- (1) Eduardo Novoa Monreal.- CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO.- Tomo I.- Parte General.- Editorial Jurídica de Chile.- Pag.367.-
- (2) Real Academia Española.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.- Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa-Calpe,S.A.-Madrid 1956.- Pag. 1077.-
- (3) Gustavo Labatut Glens.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte General. Cuarta Edición.- Editorial Jurídica de Chile.- 1963.- Pag.364.
- (4) Luis Jiménez de Asúa.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo IV.--- Editorial Losada, S.A.- Buenos Aires.- Pag. 238.-
- (5) Sebastián Soler.- DERECHO PENAL ARGENTINO.- Tomo I.- Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires.- 1951.-Pag. 414.-
- (6) Luis Jiménez de Asúa.- Obra citada.- Pag. 239.-
- (7) Antonio Quintano Ripollés.- COMENTARIOS DEL CODIGO PENAL.- - Vol. 1.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid. --- Pag. 103.-

CAPITULO VIII

LEGITIMA DEFENSA PRESUNTA O PRIVILEGIADA

La presunción de legítima defensa está regulada al final del No.4 del Artículo 8 de nuestro Código Penal, y dice:

"Se entenderan 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 un de-- partamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el -- daño que se ocasione al agresor".

A) Enumeración de los requisitos legales.

Esta figura jurídica se conoce también con el nombre de legítima defensa privilegiada, por cuanto la ley presume la concurrencia de los requisitos que integran la eximente, lo que invierte la carga de la prueba. Esta presunción es, pues, una presunción legal porque admite prueba en contrario. Si la ley ha establecido esta presunción, es por la razón de que al supuesto atacado le resultaría sumamente difícil, sino imposible, lograr establecer plenamente la concurrencia de los tres requisitos necesarios de la plena legítima defensa, cuando en tales circunstancias lo que el supuesto agresor busca, es precisamente la ausencia de testigos o la imposibilidad de que éstos declaren. Hay que considerar que conforme la letra de la disposición legal se necesita, para que se tipifique la verdadera legítima defensa presunta, que se den estos requisitos:

- 1) Que sea de noche;
- 2) Que se produzca escalamiento o fractura de cercados, paredes o entradas;
- 3) Que se trate de casa o departamenu

to habitado o de sus dependencias; y 4) Que lo rechazado sean el escalamiento o la fractura (1). Estudiaremos cada uno de estos requisitos por separado.

B) Que sea de noche:

La razón que posiblemente tuvo el legislador para poner tal requisito, fué la de que de noche es más difícil pedir auxilio y ser protegido por autoridades o particulares. A esas horas la gente duerme y las autoridades encargadas de la vigilancia y protección personal resultan insuficientes para amparar a todos y cada uno de los habitantes de una población. Resulta, entonces, que es la indefensión o la imposibilidad de ser auxiliado, la causa o fundamento de dicho requisito. Si ésta, y no otra razón es el motivo de tal exigencia legal, creemos oportuno exponer nuestro particular criterio al respecto. Suponer que sólo de noche hay indefensión es desconocer que pueden darse otras situaciones, en que sin ser de noche, resulta difícil o imposible pedir auxilio o protección. El ejemplo típico sería el asalto a "medio día" de una casa solitaria en el campo, en la que sólo se encuentra en ella "la señora de la casa". En tal caso creemos que debería haber una presunción de legítima defensa, si el supuesto ladrón o asaltante resulte herido o muerto, aunque fuere de día y no de noche como exige la ley. Otro ejemplo, es el de la persona que reside en una Colonia u otro lugar apartado del centro de una ciudad, que por razones de vacaciones, todos o la mayor parte de los vecinos se han ido de sus casas, dejándolas solas, y se ve obligada dicha persona a defenderse a tiros del supuesto ladrón que está escalando el tapial de su casa. En es

te caso, también opinamos que debía amparar a dicha persona la presunción en estudio. Estos dos ejemplos, creemos, son suficientes para justificar nuestra tesis de que debería haber presunción de legítima defensa siempre que el agredido esté imposibilitado de pedir ayuda, o de ser socorrido de otros, no importando, en consecuencia que sea de día o de noche.

C) Que se produzca escalamiento o fractura de cercados, paredes o entradas.

Hay escalamiento, conforme al No. 19 del Art. 10 del Código Penal Salvadoreño, cuando se entra por una vía que no sea la destinada al efecto. Se requiere, pues, de acuerdo con la definición legal, que el sujeto agresor entre o penetre a nuestra casa o a sus dependencias por los lugares no ordinarios ni adecuados para hacerlo, es decir saltando un tapial, entrando por el tejado, saltando una verja, etc.. En todos estos casos no se daña la propiedad, sino que simplemente se escala, es decir se entra por esa "Vía".

Fractura, en cambio, es rotura hecha con algún esfuerzo, por eso la ley habla de ella refiriéndose a los cercados, paredes o entradas. Se necesita, pues, para que se dé esta parte del requisito, que haya rotura, quebradura, daño material. La diferencia entre escalamiento y fractura es, pues, que en el primero no hay daño material a la propiedad, en el segundo sí.

Consecuentemente con lo dicho, no se verificaría esta parte del requisito si el ladrón entrara a una casa usando la puerta haciendo uso de llaves falsas, porque no habría ni escalamiento ni fractura. Podría suceder en estas circunstancias que el propie-

tario encontrando a media noche a un ladrón dentro de su casa, y - mal haría en preguntarle primero, antes de reaccionar, si entró -- por escalamiento o fractura para poder así defenderse contra tal - intruso. Ante dicha situación lo lógico y humano es reaccionar sin importarle si se hace o no uso de la legítima defensa presunta. -- Por lo dicho somos de opinión que debería desaparecer tal exigencia - el escalamiento o la fractura - ya que como lo hemos tratado de_ demostrar en la práctica resulta ser una injusta limitación a la de_ fensa del patrimonio, o aún, de la vida misma del que se defiende.

D) Que se trate de una casa o departamento habitado o de sus de-- pendencies.

Por casa o departamento habitado se entiende el lugar, don- de una persona o familia vive, es decir en donde duerme, descansa_ y come; por eso es que no se entiende por tal los locales para ofi- cinas, centros de recreo, iglesias, almacenes, cafeterías, restau- rantes y demás análogos. Por dependencias de una casa habitada, se consideran según el inciso segundo del Art.464 del Código Penal -- Salvadoreño, sus patios, corrales, bodegas, cuadras y demás depar- tamentos cercados y contiguos al edificio y en comunicación inte- rior con el mismo.

Sobre este punto nos parece oportuno hacer una observación_ que estimamos de singular importancia. La ley establece que:"Se en- tenderá que concurren estas tres de una casa o de un depar- tamento..... "La observación consiste en que la ley nos dice - "de una casa" y no de "su casa", como debiera ser, según nuestro entender, como lo trataremos de demostrar. Así como está redactado

el Código, cualquier persona, que al transitar de noche por la calle viera a una persona que trata de saltar un tapial para introducirse a una casa, puede, perfectamente, dispararle y matarlo en el acto, amparándose en la legítima defensa presunta. Pero tal acto de altruista vigilancia puede causar un daño o mal irreparable, cuando se tratara del propietario o habitante de esa casa que por haber perdido sus llaves pretende entrar a su propia casa en esa forma "tan sospechosa". Piénsese también en el caso de una persona que mata a alguien, con quién tenía alguna diferencia, y luego coloca el cadáver al pie de un cerco o tapial, para poder alegar -- posteriormente que lo hizo porque tal persona pretendía escalar -- dicho cerco o tapial, protegiéndose en consecuencia, este homicida vulgar, en la legítima defensa presunta. Se nos podrá criticar, diciéndonos que por eso dice la ley "se entenderá", pero, como hemos visto ya, ésta es una presunción legal, que mientras no se -- pruebe lo contrario, protege y ampara al autor.

No obstante nuestro criterio, que dicha legítima defensa debe desaparecer del Código, estimamos que si se mantiene bien se haría en reformarlo en el sentido de que se refiera a "su casa" y no a "una casa", y que se suprima el requisito que sea de noche, como actualmente aparece, porque su mantenimiento da o puede dar origen a los hechos a que nos hemos referido.

E) Rechazo del escalamiento o fractura

Esto significa que la acción debe ejercitarse en el preciso instante en que el supuesto ladrón o asaltante está escalando

o fracturando las cercas, paredes o entradas de una casa habitada. Nos parece también que esto es un rigorismo exagerado, porque obligaría al dueño o habitante de una casa a que pasara en vela vigilando el momento preciso en que el ladrón intentara penetrar a su casa por cualquiera de estos dos medios: escalamiento o fractura. E tendido así este extremo nada podría hacerse si se encontrara en un dormitorio a un ladrón, limitándose a dar de gritos pidiendo -- auxilio, y corriendo el riesgo de perder la vida por una acción -- tan imprudente.

La última parte del inciso en comento prescribe de manera clara, "cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor", facultad, que no obstante todo lo dicho, estimamos sumamente exagerada, por cuanto da base o fundamento aún para matar al intruso. Ello es así porque nuestras leyes otorgan una protección desmedida al derecho de propiedad, más que a la vida misma. Después del estudio analítico que hemos hecho de la legítima defensa presunta, no nos queda más alternativa que opinar su derogación o una completa modificación tomando en cuenta todo lo anteriormente expuesto.

- (1) Eduardo Novoa Monreal.- CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO.- Tomo I.- Parte General.- Editorial Jurídica de Chile.- Pag. 375.

CAPITULO IX

EL EXCESO DE LEGITIMA DEFENSA

De conformidad al Diccionario de la Real Academia Española (1), exceso es la parte que excede y pasa más allá de la medida o regla, y exceder es propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable. Estas dos ideas nos serán básicas para poder comprender mejor el punto que trataremos de desarrollar en este capítulo.-

Para comenzar, recordemos los tres requisitos que se exigen para que se verifique la legítima defensa completa o perfecta. Dijimos que la agresión es condición sine qua non para que se dé cualquier clase de defensa, porque sin agresión, lógico y natural es pensarlo, no puede haber ninguna clase de defensa. La falta de provocación por parte del que se defiende es el tercer requisito de la legítima defensa, si falta, estaremos en presencia del pretexto de la defensa, y cuando falta el segundo requisito, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión, nos encontramos frente al exceso de legítima defensa. Sostenemos, pues, que se dará el exceso de defensa cuando los medios empleados pasan más allá de la medida necesaria para repeler la agresión, es decir, que la defensa se propase, va más allá de lo lícito o razonable.

Debido a lo antijurídico de dicho exceso, todos los autores son unánimes en considerar que no opera como causa de justificación; en lo que no han podido ponerse de acuerdo es sobre su propia naturaleza, unos opinan que es una causa de inculpabilidad, -- otros, una excusa absolutoria, y no han faltado quienes sostengan

que es una causa de inimputabilidad.

El exceso en la defensa puede darse por dolo o culpa, es - decir intencionado o no. Al primero creemos nosotros no cabría ninguna eximente, considerando el hecho como un simple delito, que: acaso pudiera a lo más, aplicarse una atenuante o quizá una disminuyente, según el caso. En cambio, en la segunda situación, el exceso por culpa, sí consideramos que el autor merece impunidad, por haber incurrido en error de cálculo debido al exceso emocional en el momento de defenderse. La mayoría de los autores están de acuerdo que la persona que sufre perturbación, debida a miedo o terror, no puede medir con exactitud y serenidad, la intensidad o proporción necesaria para repeler una agresión injusta. Esta es la causa o razón por la que debe considerarse exento de pena a quien se excede en la defensa. Si falta tal perturbación, no podemos considerar que concurra en favor del autor de la defensa ninguna excluyente de responsabilidad.

Con lo dicho hasta ahora podemos tratar de construir nuestro propio concepto de exceso de legítima defensa, haciéndolo en los siguientes términos: Hay exceso de legítima defensa cuando el autor al defenderse, debido a emoción violenta, emplea medios, por error de cálculo, que van más allá de la medida necesaria para repeler la agresión ilegítima de que es objeto.

Modernamente ya no hay discusión en que el exceso en la defensa es causa de exclusión de responsabilidad penal por inculpabilidad, ya que concurren en su realización circunstancias extrañas a la capacidad de conocer y de querer, aun-

cuando el agente sea imputable. Atendiendo a dicha doctrina, el proyecto de nuestro Código Penal, establece en el Art. 23, lo siguiente:

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.

Actualmente nuestro Código Penal no regula esta especie de defensa, aplicando cuando se da, ya la atenuante No 1, del Art. 9 Pn., o ya el inciso final del Art. 58 Pn., según si concurrieren -- uno o dos de los requisitos señalados en el No. 4 del Art. 8 Pn., -- porque si se dan los tres requisitos exigidos en este último artículo, se configuraría la legítima defensa plena.

Hemos visto que existe exceso de legítima defensa cuando la persona que se defiende no emplea medios proporcionados a los que usa su agresor, pero debemos advertir que esta proporción no debe medirse con exactitud matemática, es decir aplicando la vieja regla de justicia: "Diente por diente, ojo por ojo", sino en forma racional como prescribe nuestra ley. Al estudiar la racionalidad dijimos que ésta debía contemplarse desde un punto de vista objetivo -subjetivo, posición que ahora ratificamos. El término "Racional", ha de entenderse tomando en cuenta la persona del agresor y del agredido, el lugar, forma y demás circunstancias del hecho. Nadie pensaría -- que era un exceso, la defensa del pequeño y débil David contra el -

gigante Goliat, sólo porque éste estaba desarmado y aquél tenía una honda y una piedra. Tampoco habría exceso si una mujer disparara su arma de fuego contra un sujeto salvaje que la ataca con una navaja, así como tampoco la hay si un niño lanza una piedra a una mujer que se dispone a golpearlo con sus manos. Estos ejemplos son suficientes para establecer que puede no haber proporción real, material, entre los medios que usen ofensor y ofendido y no por eso decir que hay -- exceso en la defensa.

Apetamos y compartimos la opinión de Manzini (2) quien sostiene que para juzgar si existe proporción o exceso en la legítima defensa se debe tener en consideración las condiciones personales del agredido en relación a las del agresor.

Por eso habría exceso en la defensa cuando un hombre joven y fuerte fuera atacado con un palo por otro, viejo y débil, y aquél respondiera a tal ataque descargando su revólver en el cuerpo del "peligroso" agresor.

Otro caso se daría en la siguiente situación, si una mujer es tocada o acariciada impudicamente por un hombre, aquélla en defensa le introduce un cuchillo en el estómago; el caso típico el hombre que dispara a un niño porque éste le está robando una fruta o una flor; otro caso pudiera ser del sujeto que ha desarmado y reducido a la impotencia a su ofensor, y le sigue disparando o golpeando. En todos estos casos es indudable que hay exceso en la defensa, lo que habría que determinar, estudiando las circunstancias de cada uno, es cuál exceso sería exento de pena, y cual no. Para tal determinación dijimos que habría de considerarse si existía o no una ---

emoción violenta que causara un trastorno mental que le impidiera darse cuenta de su acción por disminución o pérdida de su facultad de querer o conocer lo ilícito de su conducta.

A Labatut Glena (3) le parece sin embargo que cuando la agresión produzca en el ánimo del ofendido un miedo insuperable, el exceso se convertiría o vendría a constituir una causal de inculpabilidad.

Finalmente, Mariano Jiménez Huerta (4), considera, "contra el sentir de destacados autores que no puede haber legítima defensa contra quien realiza una defensa excesiva, pues aunque es exacto que la defensa excesiva es siempre antijurídica, exítese para su configuración la presencia de una agresión ilegítima creadora de un peligro actual; por consiguiente, quién empieza siendo un injusto agresor dando causa inmediata y suficiente a la defensa excesiva, provoca la agresión que en su contra pudiera verse en la conducta del agente que ejerce una defensa excesiva".

(1) Real Academia Española.- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.- - Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa-Calpe, S.A.- Madrid 1956.- Pag. 596.-

(2) Vincenzo Manzini.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo 3 Primera -- Parte. Teorías Generales.- Ediar Soc. Anón Editores-Buenos --- Aires.- Pag. 105.-

(3) Gustavo Labatut Glena.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte General

Cuarta Edición.- Editorial Jurídica de Chile.- 1963.Pag.308.-

- (4) Mariano Jiménez Huerta.- LA ANTIJURICIDAD.- Imprenta Universi
taria.- México.- 1952.- Pag. 299.-

CAPITULO X

DEFENSA DE BIENES Y DERECHOS

A) Generalidades

De la propia definición de legítima defensa se colige que la ley concede, además de la defensa de la persona, la facultad de defender sus derechos. El problema consistirá en determinar si son defendibles o no todos los derechos subjetivos de la persona. Esto será el objeto del desarrollo del presente punto. Debido a la idea generalizada de que siempre que se habla de legítima defensa, la - referimos casí exclusivamente a los ataques contra la vida o la integridad personal, pensamos de inmediato en la repulsa violenta, - aunque proporcionada, a la agresión de que somos víctimas. Por eso, algunos autores entienden que la legítima defensa no puede ser tan amplia como para proteger cualquier derecho, máxime cuando éste sea de poca o relativa importancia. Así, niegan la defensa legítima de las palabras injuriosas que atentan contra el honor de las personas derecho nomenos importante, por cuanto para muchos el honor es aún más valioso que la vida misma. Otros autores, sin embargo, no du-- dan que todos los derechos subjetivos pueden ser perfectamente de-- fendibles, toda vez que la repulsa sea necesaria y proporcionada - al bien que se defiende de la agresión.

Manzini (1) opina que la palabra "derechos" usada por el - legislador es "Asumida en sentido lato, comprensiva de toda facul-- tad jurídica reconocida al sujeto, y, por consiguiente, también de los simples intereses protectivos, que sea necesario defender del_

peligro actual de una ofensa injusta."

Consecuente con lo anterior, en Alemania, Edmundo Mezgar - (2) escribió: "Es indiferente la índole del interés jurídicamente protegido contra el que el ataque se dirige; puede ser el cuerpo y la vida, la libertad, el honor, la honestidad, la inviolabilidad - del domicilio, la situación jurídica familiar, el patrimonio, la posesión, etc. "Es decir, pues, que conforme el pensamiento de tan ilustre penalista, todo bien es defendible. En cambio, en Italia, Carrara (2) sustentó un criterio relativamente restrictivo, porque exigió como condición necesaria para que se legitime la defensa, - que el mal o agresión del ofensor debe ser grave, considerando como tal "el mal que amenaza la vida, el cuerpo o el pudor, pero no el que ataca la propiedad, ni el que lesiona la reputación", añadiendo más tarde "salvo en el caso en que la reacción sea correlativa". Por correlatividad, Carrara (2) entiende un aspecto de la - necesidad.

Para terminar con el grupo de los partidarios de la extensión de la legítima defensa, copiamos a continuación la opinión del ilustre Joaquín Francisco Pacheco (3) en cuanto al alcance que debe darse a la palabra "derechos" que emplea el texto legal: "comprende - multitud de cosas, unas más, otras menos importantes. En nuestro derecho se designan los bienes más preciosos y los menos preciosos que poseemos: los fueros más respetables del decoro y de la honra, y los más fútiles prerrogativas de convencional distinción. Todo - entra en nuestro derecho porque todos son derechos que nos pertenecen o nos asisten".

En Francia, se pronuncian en sentido restringido y así refiriéndose a la propiedad, dicen que ésta sólo es defendible cuando la agresión envuelve un riesgo para la persona, y que el honor sólo se protege cuando nos hallamos frente a un ultraje irreparable. Otro criterio más restringido aún sostiene que la legítima de fensa se admite en protección de la vida, del cuerpo y del pudor; del honor, no, pues su ataque, si se reacciona violentamente, sólo da lugar, a una atenuante. Sebastián Soler (4) considera errado res tringir la defensa a determinados bienes, o declara que esos bienes son defendibles solamente cuando existe peligro para la vida.

Como puede apreciarse de lo dicho, es casi unánime el criterio amplio de la legítima defensa de todos los derechos, el quid radica en la necesidad de la defensa. Ese es el problema.

A continuación trataremos sobre la legítima defensa de algunos derechos.

B) Defensa del Pudor.

Ya que, en nuestra opinión, todos los bienes jurídicamente protegidos pueden ser defendidos legítimamente, hemos de aceptar - que se puede defender el honor, entendiendo por éste no sólo la bue na reputación y dignidad, sino también, en sentido amplio, la honra sexual, una de cuyas más características formas es el pudor.

La típica defensa del pudor es la reacción violenta ante - la inminencia de una violación. Nadie podría negar el derecho de - una mujer ante el ataque de un energúmeno que pretende violarla, - cualquiera que sea el mal que le causara, no olvidando sin embargo, la debida necesidad de su defensa. Algunos autores niegan la legíti-

tima defensa de un simple ultraje al pudor, caso en el que sólo debe admitirse una simple excusante. Alimena (5) se opuso a tal diferencia, diciendo: "Basta notar que esa distinción jamás puede tener valor práctico, porque no puede pensarse que una mujer abrazada y besada pueda leer en el corazón de quien la abraza y la besa, para saber si aquél se detendrá o si querrá además violarla; ni se puede pretender que sufra una injuria que siempre empañará su reputación, porque en tanto las leyes se hagan para los hombres que viven en la tierra y no para los que pudieran vivir en el mundo de la luna, se debe reconocer que el pudor puede perderse irreparablemente incluso antes de que se pierda la virginidad física, ni se pueda pretender que se deje abrazar y besar, esperando tranquilamente para iniciar su defensa a que la intención del agresor se haga manifiesta, cuando para ello sería demasiado tarde..... "Estamos absolutamente de acuerdo con la tesis de Alimena.

Hay que advertir además que así como la mujer tiene derecho a defender su honra sexual, así también cabe perfectamente la legítima defensa de un hombre a quien se trata de obligar a realizar un acto contra natura. No debe olvidarse tampoco que por reformas introducidas en nuestro Código Penal, publicadas en el Diario Oficial del 20 de Noviembre de 1957, se puede cometer violación, en personas de uno y otro sexo (Art. 392 Pn.). Conforme esta reforma se puede, incluso, violar a una prostituta, ello se debe a que se ha considerado que dicho delito atenta contra la libertad sexual, bien jurídico protegido.

Sería necesaria y perfecta la legítima defensa del pudor - si una mujer en una camioneta repleta de pasajeros, abofetea, o empuja bruscamente al individuo que en forma impúdica le toca su cuerpo con la intención positiva y cierta de irrespetarla. En cambio no sería legítima la defensa si esta misma mujer respondiera al tocamiento, asentándole una cuchillada a su agresor; no lo sería porque faltaría el elemento necesidad.

C) Defensa del Honor.

Decimos que una persona tiene honor cuando goza del crédito y respeto de sus semejantes, cuando goza de fama, estimación y buen nombre, es decir, en pocas palabras, tiene buena reputación como persona honorable. Esta cualidad que todos deseáramos para nosotros, constituye un bien tan apreciable como la vida misma, por lo que la ley la protege creando penas para quien trata de negárnosla. Esa es la razón por la que en todos los Códigos Penales se eleva a la categoría de delitos las acciones que en una u otra forma atentan contra tal bien. Nuestro Código Penal en el Libro Segundo, Título X trata de Los Delitos Contra el Honor, conteniendo los delitos de calumnia, injurias y difamación.

El término honor tiene dos aspectos: el objetivo, por el primero se entiende la suma de valores reales que a cada uno se atribuye, y es lo que se conoce con el nombre de reputación; por el segundo se comprende la estimación que cada uno tiene de sí mismo y es lo que constituye el honor propiamente dicho. Generalmente la calumnia y la difamación atentan contra el honor en su primer aspecto, y la injuria, contra el segundo.

Aunque, como decimos, la ley protege el honor de las personas, dicha protección es a posteriori, es decir, cuando el daño - ya se ha causado, cuando el mal ya está hecho, y la acción de la ley se reduce a castigar al culpable, dejando la vergüenza, el escándalo y el bochorno de la injuria, la calumnia y la difamación. Para evitar estas consecuencias, es que, la misma ley, ha establecido el instituto de la legítima defensa de los "derechos", entre los cuales está, como ya vimos, el honor. El problema de la defensa de éste, como de los demás derechos, consiste en saber, en cada caso concreto, cuál es la medida de la necesidad de la defensa. - Es por esto que algunos autores niegan que pueda darse la legítima defensa del honor; al respecto dice el penalista francés Faure (5) "El ciudadano que rechaza un ultraje grave no está como aquél de que habla este artículo (legítima defensa en relación con el homicidio y las lesiones), en la necesidad de oponer la fuerza a la fuerza; si golpea, si hiere, si mata, no es más que para vengar una injuria y penar al hombre que le ha ofendido. Entonces el derecho de penar sólo puede ser confiado a la autoridad pública y, - en todo caso, sería contra todas las reglas dejar que el ofendido se constituyera Juez de su propia causa. Los Tribunales le están abiertos; es allí donde debe pedir la reparación que le es debida". La teoría anterior es exacta en cuanto se está refiriendo a la injuria, calumnia o difamación ya efectuada, es decir que el daño - ya ha producido su efecto, y en verdad la pretendida "Defensa" no sería sino un simple acto de venganza, para penar el daño o la pena causados si existen los Tribunales de Justicia. Sin embargo, -

todo lo expuesto resulta inútil cuando se trata de impedir la inminencia de una ofensa, de un insulto. Por ello sí estimamos correcto el criterio de Von Buri (6), cuando dice: "Si un padre sabe que su adversario va a pronunciar una palabra que revelará la deshonra de su hija, deshonor que se ha ocultado a todos, ¿No tendrá el derecho de impedir, hasta con el homicidio, que se consuma un hecho gravísimo e irreparable? Yo creo que sí".

Alimena, (7), por su parte dice: "Si la defensa al honor -- puede ocasionar un mal irreparable cuando, por ejemplo, se revela un secreto terrible o se digan cosas que no puedan ser borradas -- con un proceso es completamente lícita la defensa proporcionada, para impedir que se pronuncien tales palabras y que se les preste fé". Estas palabras se refieren a un ataque inminente del honor -- ya que habla de impedir; en cambio ante una agresión actual es dificil si no imposible imaginarse la defensa, porque si no se han pronunciado las palabras que nos ofenden estaríamos frente a la inminencia, y si ya se han pronunciado, la acción no sería sino -- un acto de venganza.

Al igual que lo dicho en la defensa del pudor, repetimos en este punto que el medio, en razón del bien defendido, justificará la existencia o negación de la necesidad, y en consecuencia, la justificación de legítima defensa.

D) Defensa del Honor Conyugal.

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico penal, la excluyente de responsabilidad de la legítima defensa es un instituto de aplicación general, ya que se encuentra ubicado precisamente en --

el Libro Primero que comprende las "Disposiciones Generales sobre los Delitos y Faltas. Las Personas Responsables y las Penas". En cambio el homicidio y lesiones causadas in rebus veneris, están contenidos en el Libro Segundo, de los Delitos y las Penas, Título VIII, Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal, Capítulo VII, Disposición General Art. 378, que literalmente dice: "El marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a ésta o al adúltero, o les causara alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de seis meses de prisión mayor. - Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de la pena".

De lo anterior aparece que en nuestro medio la defensa del honor cónyugal no se considera legítima, puesto que hay sanción cuando se causare la muerte o lesiones graves, sanción que está sumamente disminuída atendiendo a las circunstancias en que se cometió el hecho, configurándose lo que en doctrina se ha dado en llamar homicidio privilegiado. Sin embargo del hecho de que la ley declare exento de pena al marido que causare a la adúltera o al adúltero lesiones menos graves, no podemos concluir jurídicamente que sea en virtud de la aplicación de la legítima defensa; en este caso lo que hay se conoce en doctrina penal como excusa absolutoria, porque a pesar de que el acto es delictuoso y de que el agente se encuentra en las condiciones normales de imputabilidad, la ley no castiga el hecho por razones de política social y de utilidad práctica.

Es por todo lo dicho que nosotros opinamos que en nuestro medio no puede darse la legítima defensa del honor cónyugal, en--

tendiendo éste, claro está, como la fidelidad que ambos cónyuges se deben legal y moralmente entre sí.

E) Defensa de la Libertad.

La libertad individual, al igual que todos los otros derechos subjetivos del individuo, puede ser objeto de legítima defensa. Decimos que existe libertad individual cuando el sujeto puede decidir por su propia voluntad cómo, dónde y cuándo actuar, conforme las limitaciones establecidas por la ley, el orden público y las buenas costumbres. Son especies de libertad individual, la libertad de tránsito, de expresión, de pensamiento, de religión, etc. De éstas la que más nos interesa es la de tránsito, y a ella nos referiremos especialmente en esta parte.

De conformidad al Art. 154 de nuestra Constitución Política, "Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establece. Nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale....." y el inciso primero del Art. 166 de la misma Carta Magna agrega: "Ningún Poder, Autoridad o funcionario podrá dictar órdenes de detención o prisión si no es de conformidad con la ley y estas órdenes deberán ser siempre escritas. Cuando un delincuente sea sorprendido infraganti, puede ser detenido por cualquier persona, para entregarlo inmediatamente a la autoridad competente". El propósito que hemos tenido al transcribir las disposiciones constitucionales no es sino el de hacer notar que el derecho de libre --

tránsito es de tanta importancia, que el legislador consideró necesario elevarlo a la categoría de derecho constitucional, lo que significa que ninguna ley secundaria ni autoridad podrá contrariarlo. Creemos que así debió haber sido y no de otra manera, por que ningún ciudadano puede desenvolverse libremente si tal derecho no es reconocido.

Al estudiar la agresión ilegítima dijimos que una de sus formas es la actuación de las autoridades cuando ejercen su poder extralimitándose de sus funciones. Un ejemplo claro de esta agresión ilegítima es la captura, muchas veces violenta, de un individuo por parte de Agentes de la Policía o Guardia Nacional sin ninguna orden de autoridad competente. Los casos más frecuentes de estas agresiones ilegítimas se dan preferentemente por motivos políticos: persecuciones, detenciones, expulsiones del territorio, etc.

En las circunstancias anteriores, creemos nosotros, en estricto derecho naturalmente, que el individuo que se opone a tales "agentes de autoridad" no sólo puede golpear sino incluso matar al agresor, defendiendo su derecho de libertad, siendo impune su acción por la aplicación de la legítima defensa de la libertad. Claro está que no todos los autores estiman que en los casos anteriores opera la legítima defensa, mas nosotros somos de opinión que sí se dá el instituto jurídico en estudio, fundamentando nuestra tesis en los puntos siguientes: 1o. Para que exista la legítima defensa debe reunir los tres requisitos señalados por la ley: 2o. Existe agresión ilegítima porque no otra cosa es la actuación

de la autoridad cuando abusa de poder, lesionando un derecho reconocido en nuestra Constitución Política; 3o. En la mayoría de las veces, o siempre, según el caso, habrá necesidad racional en los medios empleados para impedir o repeler la agresión ilegítima; 4o. Habría también falta de provocación suficiente por parte de quién se deliende; y 5o. Toda conducta defensiva que reúna los requisitos legales de la legítima defensa, no tiene más calificativo jurídico que ese.

Los autores que niegan la legítima defensa contra actos de la autoridad, parten de la base de que es peligroso y perjudicial para la vida jurídica de un país que todos o cada uno de sus habitantes estén facultados de calificar la legalidad o ilegalidad de tales actos. Estamos de acuerdo a tal doctrina, toda vez que el acto tenga la apariencia de legal; pero estimamos que en aquellos actos en que ostensiblemente ante la opinión de legos y entendidos es manifiestamente injusto tal proceder, opera plenamente su reacción por medio de la legítima defensa.

Insistimos en este punto, como lo hemos hecho en otros anteriores, que el aspecto medular en esta cuestión es el relativo a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión injusta. Naturalmente en esto cabe el criterio más o menos estrecho o amplio del Juez que le tocara conocer del caso.

Lo dicho anteriormente con respecto a los actos ilegales o ilegítimos de las autoridades se aplica igualmente, con más razón, a los actos realizados por los particulares que atenten contra la libertad de las personas. Por lo expuesto estimamos nosotros que

no hay duda alguna que puede impedirse o repelerse una agresión - ilegítima que vulnera en una u otra forma nuestro sagrado derecho de la libertad.

F) Defensa de la Propiedad.

La defensa que trataremos en esta parte no se refiere a la defensa presunta de la propiedad contemplada en el inciso final - del No. 4 del Art. 8 del Código Penal Salvadoreño. La Defensa de - que nos ocuparemos en esta parte es la de los bienes patrimoniales cuando alguien con violencia o sin ella pretende arrebatarlos.

Como antes vimos han habido autores (8) que niegan la legítima defensa de la propiedad, reconociéndola sólo en aquellos casos en que peligra la vida del propietario. Sin embargo la doctrina moderna es más amplia en este sentido y ha reconocido la defensa legítima de la propiedad. Alimena (8) sostiene que los bienes - patrimoniales merecen ser tutelados por sí mismo y que no se puede obligar al despojado a que asista impasible a la pérdida de -- ellos.

Es necesario advertir que la legítima defensa de la propiedad que nosotros consideramos no supone que siempre habrá de ocasionar una lesión o la muerte del ofensor. Esta idea es sumamente estrecha y limitada, y es, posiblemente por ella que algunos autores la niegan, Pero en nuestra opinión, toda acción o proceder - que trate de impedir la consumación de un delito contra la propiedad puede y debe considerarse legítimo, toda vez, naturalmente, - que se observen los requisitos legales.

De acuerdo a nuestro modo de pensar sostenemos que nos pare

ce sumamente injusto e inhumano el sacrificio de una vida por la conservación de un bien patrimonial, so pretexto de la legítima defensa de la propiedad. Lo anterior no se opone a que pensemos que en algunos casos, muy limitados, sí se puede matar para conservar la propiedad de bienes, toda vez que estos bienes signifiquen el medio adecuado y necesario para la subsistencia del propietario, como cuando un ladrón trata de apoderarse de unos documentos que representan el único patrimonio de una familia. Resulta evidente que un mismo bien no significa lo mismo para el miserable que nada tiene, que para el rico que lo posee sólo para aumentar su vanidad y orgullo. Para el primero, el bien es necesario, indispensable para su propia vida; para el segundo, no es sino algo accesorio, supérfluo. En tales supuestos, el humilde o miserable sí puede defender su propiedad incluso matando al agresor, en cambio el rico no puede alegar legítima defensa de la propiedad cuando mata al ladrón que pretendió robarle.

- (1) Vincenzo Manzini.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo #.- Primera Parte. Teorías Generales.- Ediar Soc. Anón Editores. Buenos Aires.- Pag. 70.-
- (2) Luis Jiménez de Asúa.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo IV.- Editorial Losada, S.A.- Buenos Aires.- Pag. 124
- (3) Eduardo Novoa Monreal.- CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO.- Tomo I.- Parte General.- Editorial Jurídica de Chile.- Pag. 352.-
- (4) Sebastián Soler.- DERECHO PENAL ARGENTINO.- Tomo I.- Tipogra

fía Editora Argentina.- Buenos Aires.- 1951.- Pag. 403.-

(5) Luis Jiménez de Asúa.- Obra citada Pag. 132.-

(6) " " " " " " " 136.-

(7) " " " " " " " 135.-

(8) Federico Puig Peña.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte General.-
Cuarta Edición.- Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
Pag. 381.-

CAPITULO XI

LA LEGITIMA DEFENSA DE PARIENTES

Nuestro Código Penal inmediatamente después de haber señalado las condiciones o requisitos necesarios para que se configure la legítima defensa propia, trata de la legítima defensa de parientes en el numeral 5o. del Art. 8o., que literalmente dice:

"5o.- 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 circunstancia prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación por parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor."

Llama la atención, en primer lugar, que la ley penal haya sido tan casuística, al enumerar a aquéllos parientes a quienes se puedan defender, por lo que, a contrario sensu, se colige que aquéllos que no aparecen en dicha lista por más vínculos de afecto que a ellos nos una, la ley niega el derecho de defenderlos legítimamente. Esta institución más parece de derecho civil que penal, por cuanto exige el conocimiento exacto del parentesco por consanguinidad, afinidad y grados en línea recta o transversal, la legitimidad o ilegitimidad. Sería necesario, pues, remitirse a las definiciones legales contenidas en el Código Civil, para poder --

comprender con claridad esta especie de defensa. (Arts. 27 a 33 - del Código Civil).

De acuerdo con la ley, es indispensable, para que se considere legítima la defensa de parientes, que el defensor, ante una agresión injusta a un pariente, haga uso de sus conocimientos jurídicos para realizar el cómputo genealógico, y determinar si la persona atacada cae dentro del grupo contemplado en el numeral en estudio. Esta exigencia nos parece sumamente irracional, propia de una legislación caduca. Es tomando en cuenta lo anterior, que el proyecto de nuestro Código Penal, a que nos referimos en el Capítulo I, siguiendo la corriente moderna ha regulado en una sola disposición la legítima defensa propia, de parientes y extraños, abandonando tan irracional enumeración de parientes como lo hace el actual Código Penal Salvadoreño.

Opinamos que si se hubiera querido tratar en especial la defensa de parientes, lo razonable hubiera sido que se refiriera a la defensa de los parientes en general, porque el fundamento y razón de ser de dicha defensa no debe ser sino el vínculo de sangre o afinidad que une a ofendido y defensor. No debe olvidarse, además, que hay casos en que nos une más a un pariente de quinto o sexto grado, que con quien estamos en un grado más próximo de parentesco sin ningún vínculo de afecto. Negarles la defensa a aquellos a quienes más queremos sólo por el número de grado que nos separa, nos parece inhumano y cruel, máxime que la misma ley estatuye aún la defensa de personas extrañas.

Comienza diciendo el numeral en comento que hay legítima de

fensa, el que obra en defensa de la persona o derechos, lo que es tá significando claramente que todos los derechos subjetivos del pariente son defendibles, entre ellos la vida, la integridad física, la honra, el honor, el patrimonio, el pudor, el decoro, etc., etc.. En esta parte no hay diferencia alguna entre la defensa propia y la de parientes. La diferencia la establece el mismo numeral cuando dice:"..... siempre que concurran la primera y segunda circunstancia prescritas en el numero anterior, y la que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiera tenido participación en ella el defensor".

La última parte es la diferencia específica de la defensa propia y la de parientes, por que los dos primeros requisitos, -- agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para -- impedirla o repelerla, son idénticos en ambas defensas; en cambio el tercero es modificado, ya que en la propia se establece: "3o.- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

Para que la defensa del pariente sea una causa de justificación por legítima defensa, se requiere, en primer lugar, que dicho pariente haya sido objeto de una agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión y la de que, en caso haya precedido provocación de parte del ofendido, no haya tenido participación en ella el defensor. Lo que la ley quiere decir es que el acto del defensor sea eminentemente defensivo, sin que tenga que haber intervenido para nada el defensor en provocar en forma alguna al ofensor, por que si aquél ha intervenido, dando motivo a la reacción o ataque de éste, se des-

virtuaría su defensa, y si lesiona o mata al tercero respondería de homicidio o asesinato, según el caso.

Es necesario tener cuidado no confundir la figura de la -- legítima defensa de parientes con el hecho de tomar parte en su favor en una riña o pelea, expresamente sancionado como delito -- por la ley (1).

La agresión ilegítima es un requisito que no debe faltar, -- por cuanto si éste no existe no podríamos hablar de ninguna clase de defensa, sea legítima o ilegítima, ya que faltaría su razón o fundamento. Por eso si el pariente, fue el primero en agredir (no en provocar, sino en cometer una agresión ilegítima), la defensa del pariente se invalidaría, así como cuando el hijo comete un homicidio en defensa de su padre, cuando partió de éste la agresión; y en general, cuando hubo riña y participó en ella el pariente.

Un contrasentido que contiene la legítima defensa de parientes es el que no obstante no poderse defender legítimamente -- por sí quién provocó suficientemente a su agresor, pueda ser defendido por un pariente, toda vez que éste no haya tenido participación en la provocación. Resulta injusto que defendamos a quién con su conducta provocó suficientemente la agresión, privilegio -- concedido al defensor de sus parientes que consideró ilógico Rivarola (2), por lo que escribió: "La situación que resultaría es ésta: que A, autor de la provocación, no tendría por este motivo, -- derecho a repeler la agresión de B, motivada por la provocación, -- pero estaría justificada la defensa que C, hiciera de la persona o derechos de A, por ser su pariente. Lo que parece anómalo en es

ta conclusión, es el que otro tenga mayor derecho de defender --- nuestra persona o nuestros derechos, cuando hemos provocado la agresión, que nosotros mismos. Tal conclusión parece injusta con relación a los derechos del autor de la agresión provocada, para quien la provocación es una circunstancia atenuante de su acción. Supóngase que A, profiere una injuria atroz contra B, y que éste levanta la mano para aplicarle una bofetada al injuriante; si en esa actitud de B, A, le dá un golpe con un bastón y le hiere en el brazo, esta lesión no será justificada; pero sí lo será si --- quien aplicara el golpe a B, es C, su pariente afín dentro del -- cuarto grado civil".

Don Luis Jiménez de Asúa (3) estima que si el pariente dió motivo a la agresión, ésta deja de ser ilegítima, y faltando ésta no puede hablarse con propiedad de legítima defensa, y en consecuencia, la defensa que de tal agresión hiciera un pariente no sería una causa de justificación, aun cuando dicho pariente siempre estaría exento de pena, pero no por legítima defensa, sino por una causa de inculpabilidad denominada no exigibilidad de otra conducta, porque no se puede exigir que el hijo permanezca impasible ante el ataque dirigido a su padre o madre sólo porque éste o ésta haya dado motivo, con su provocación, a una reacción violenta del agresor. Esta situación es análoga a la del pariente que no puede negársele el derecho de dar refugio en su casa al pariente o familiar que es buscado por las autoridades por ser autor de un delito (Inciso final Art. 15. Pn.)

- (1) Gustavo Labatut Gléna.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte General.
Cuarta Edición.- Editorial Jurídica de Chile.- Pag. 305.-
- (2) Luis Jiménez de Asúa.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo IV.- -
Editorial Losada, S.A., Buenos Aires.- Pag. 248.-
- (3) Luis Jiménez de Asúa. Obra citada.- Pag. 249.-

CAPITULO XII

LEGITIMA DEFENSA DE EXTRAÑOS

Al igual que la legítima defensa de los bienes y de los parientes, la de extraños es también una extensión de la legítima defensa. Nuestro Código Penal, lo mismo que el Español y todos los que siguieron su plan, estudia, como ya hemos visto, la legítima defensa propia, la de parientes y de extraños, en forma separada, exigiendo en las tres, la agresión ilegítima y la necesidad racional de los medios empleados para impedir la o repelerla, variando el último requisito.

Tratando la legítima defensa de extraños, nuestro Código Penal en el Art. 8 No. 6. dice:

"El que obre 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, resentimiento u otro motivo ilegítimo".

Es de advertir que, nuestra ley, contempla no sólo la legítima defensa de la persona de un extraño, sino también la de los "derechos" del mismo, por lo que resulta aplicable en esta defensa todo lo dicho anteriormente en relación con la legítima defensa de bienes o derechos.

La diferencia entre la legítima defensa de extraños, y la de parientes y propia radica en la última parte que dice: la del que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento y otro motivo ilegítimo. Podemos también hacer la diferencia entre las diferentes especies de defensa, atendiendo el móvil que impul

sa al agente a actuar. Así en la legítima defensa propia se actúa por egoísmo, por defenderse a sí mismo o a sus derechos; en la de parientes, por el cariño familiar, por el llamado de la sangre; - en la de extraños, la más bella y hermosa de las defensas, se actúa por altruísmo, por amor al prójimo. Refiriéndose a este instituto, el maestro Carrara (1) dice 'negar la legítimidad de la - defensa ajena es como negar el Evangelio".

Aunque el legislador pretendió que la legítima defensa de extraños fuera ejercida exenta de venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, la verdad es que, aunque noble el propósito, en la realidad su aplicación nos lleva a negar la defensa de extraños en determinadas situaciones. Por lo dicho es que participamos totalmente del criterio de Cuello Calón (2) que sostiene que le - "parece más justo y más útil que un extraño, por odio y resentimiento contra el agresor, defienda al acometido, que se abstenga y permanezca inactivo por miedo de que la defensa se atribuya a impulsos de la venganza o de otro motivo ilícito".

Imaginemos que una persona A, está resentida con otra B, por asuntos políticos, económicos o de negocios. Dado tal antecedente A, ve que B, golpea bárbaramente a un niño, A, no puede legalmente por mucha indignación que le cause tal acto, intervenir en la defensa del menor amparándose en la legítima defensa de un extraño, porque en tal caso B, acusaría a A, de haber aprovechado la ocasión para manifestar su resentimiento. Ante este caso - tan duro y cruel, la ley en forma clara, dice que a tal defensor no lo ampara la excluyente de responsabilidad que estamos estudiando. Podría agregar al anterior, otros casos en que, de ma---

nera indubitable aparece lo artificioso y falta de razón de la exigencia legal en comento, por cuanto lo criticable, lo inmoral y censurable no debe ser que el defensor actúe por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo, sino que actúa tan sólo por el móvil ilegítimo y no por el ánimo de defender a quien se encuentre agredido.

¿Cabría la legítima defensa de un extraño que provocó voluntariamente la violencia por la cual se encuentra actualmente atacado?. Creemos que habrían de distinguirse dos situaciones: - que el defensor sabía o conocía la provocación previa, y que no lo sabía o conocía. En el primer caso ~~creemos~~ que no habría legitimidad en la defensa por que la ley exige para que se dé que ha ya agresión ilegítima, y en el caso propuesto la agresión sería una justa reacción a la provocación realizada. En el segundo caso estimamos que el defensor sí pudiera ampararse en la excluyente de mérito, por cuanto a nadie puede exigírsele que al ver que una persona es atacada, peligrando su propia vida, inquiera primero, para defenderla, quién fue el culpable de tal agresión. -- Mientras esto se averigua puede ser que la defensa resulte demasiado tarde. Novoa Monreal (3) sobre este punto estima que exigir un ánimo de defensa al tercero, cuando no se exigió al pa---riente del mal que se defiende a sí mismo parece velocidad legislativa.

Estamos, además, totalmente de acuerdo con quienes opinan que en la defensa del extraño, el defensor no debe haber intervenido previamente en ninguna forma en el ataque del agresor, por

que entonces ya no sería propiamente una defensa altruista, desinteresada, noble como ha pretendido el legislador que lo fuera.

Comentando el móvil contenido en la legítima defensa de extraños, Manzini (4) dice: "No obstante, pudiendo la generosidad estar limitada, y la acción dirigida en realidad a fines innobles, será conveniente que el Juez indague diligentemente los verdaderos motivos que pueden haber impulsado al imputado a la defensa del tercero". Creemos que Manzini tiene sobrada razón, porque será necesario que en cada caso en concreto sea el Juez aplicando todo género de averiguaciones quien determine si el defensor actuó como tal, con fines nobles, o si se valió del acto para satisfacer su venganza, su odio, resentimiento u otro motivo ilegítimo. En el primer supuesto nadie dudaría que ampara al defensor la excluyente de responsabilidad penal en estudio, en el segundo, negamos categóricamente la legitimidad de la defensa.

Por lo dicho es que insistimos, por ser más técnico y apegado a nuestra realidad, que la ley regule en una misma disposición la legítima defensa, sin hacer ninguna diferencia que no hace sino crear problemas en la práctica.

- (1) Sebastián Soler.- DERECHO PENAL ARGENTINO.- Tomo I.- Tipografía Editoria Argentina Buenos Aires.- 1951.- Pag. 418.-
- (2) Eugenio Cuello Calón.- DERECHO PENAL.- Tomo I.- Parte General. Duodécima Edición.- Bosch, Casa Editorial Urgel. 51 Bis.- Barcelona 1956.- Pag. 361.-

- (3) Eduardo Novoa Monreal.- CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO.- Tomo I.- Parte General.- Editorial Jurídica de Chile.- Pag.373.
- (4) Vincenzo Manzini.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo 3.- Primera Parte Teorías Generales.- Ediar Soc. Anón Ditores.- Buenos Aires.- Pag. 73.-
-

CAPITULO XIII

LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA

Como una idea preliminar podemos decir que existe legítima defensa putativa cuando no hay en realidad agresión ilegítima o dicho en otras palabras, cuando no hay en el sujeto agresor el ánimo de causar un daño, un mal, y no obstante esa ausencia de intención, el supuesto "agredido" reacciona violentamente "defendiéndose" del "ataque". Un solo ejemplo ilustrará mejor esta figura: Un estudiante se encuentra solo a altas horas de la noche preparando sus exámenes, cuando de pronto, intempestivamente, dos sujetos disfrazados lo amenazan con sendos revólveres, manifestándole que lo van a matar; en tal situación, el estudiante más rápido que sus "adversarios" toma y dispara un arma de fuego, logrando herir de gravedad al "Asaltante". Posteriormente se descubre que todo no es sino una broma peligrosa de sus amigos que han tratado de asustarle.

Labatut Glens (1) dice que la legítima defensa putativa "tiene lugar cuando una persona reacciona violentamente; creyéndose víctima de una agresión ilegítima actual o inminente, siendo que en realidad se halla ante un simulacro o un desgraciado concurso de circunstancias que reproducen exactamente una situación real. Estamos aquí en presencia de un error de hecho esencial en orden a la antijuricidad de la conducta, que es causal de inculpabilidad si fue a la vez racionalmente invencible. Si fue invencible o evitable excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa".

Si aceptamos que no existe realmente agresión, debemos deducir lógicamente que no existe tampoco defensa, ya que ésta presupone a aquélla. Por otra parte, si no existe agresión ilegítima, el primer elemento o requisito necesario para que se dé la legítima defensa, mal haríamos en pensar que el autor de una defensa putativa está amparado por tal causa de justificación.

La base o fundamento de la defensa putativa es el error de hecho que sufre el "agredido", al suponer que hay agresión, cuando todo es mera ilusión, creencia, suposición. Objetivamente el acto tiene todas las características de un ataque inminente, subjetivamente el agredido así lo cree también, razón por lo cual reacciona defendiéndose.

Por prevenir de un error de hecho insuperable, la legítima defensa putativa no puede cometerse nunca por dolo, ya que éste es la intención positiva y cierta de inferir injuria (daño) a la persona o propiedad de otro. Es decir, pues, que el dolo, por definición, siempre implica intención, ánimo de causar daño; en cambio el error de hecho es la falsa representación de una cosa independientemente de la buena o mala intención del sujeto. Por eso decimos que hay error de hecho cuando una persona supone o cree que será atacada cuando otra la amenaza con un puñal o un revólver, siendo en verdad un puñal de hule o un revólver descargado. Es necesario distinguir cuando se trate de un error de hecho superable o insuperable. Decimos que es superable cuando el agente, con mediano cuidado e inteligencia, puede distinguir la fantasía de la realidad, lo falso de lo verdadero. Un ejemplo expli

cará mejor el caso: Si en el mismo ejemplo del joven estudioso, éste conoce perfectamente, por vivir juntos, al bromista asaltante, distinguiéndolo por el color de su pelo, su voz, su altura, su complexión y demás características, no podría, creemos nosotros, ampararse en la legítima defensa putativa por cuanto su error es superable. En cambio si quien lo "ataca" es una persona desconocida que sólo quiere bromear, el error del "agredido" sería insuperable y por tanto su defensa putativa.

Cuello Calón (2) estima que si la errónea creencia no tuviere serio fundamento y proviniera de imprudencia o negligencia del agente este podría ser responsable de un delito culposo.

A la legítima defensa putativa se le ha llamado así porque quien se defiende cree honestamente que hace uso de la auténtica legítima defensa, ya que se da la agresión ilegítima (imaginaria), la necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelela, y la falta de provocación por parte del que se defiende. Manzini en su tratado de Derecho Penal (3), transcribe un fallo de casación que sostiene que: "La legítima defensa putativa debe tener un fundamento objetivo, esto es, debe tener su apoyo en elementos de hecho que sean erróneamente interpretados por el agente, como ofensa contra la cual sea necesario reaccionar para defenderse".

Putativa, conforme al Diccionario de la Lengua Española - editado por la Real Academia Española, quiere decir "pensar- reputar", (4)

Nuestro Código Penal no regula el instituto en estudio, y

ante un caso que se presentara en la práctica creemos, como opina el doctor Luis Salmán Cortés (5) que habría que distinguirse si quien actuó lo hizo impulsado por un error de hecho invencible o insuperable o por uno vencible o superable. En el primero supuesto, el Juez tendría que sobreseer sin restricción porque el caso no sería delito, de conformidad al Art. 10. Pn. que dice: - "Delito es toda acción u omisión voluntaria penada con anterioridad por la ley", porque el término "voluntariedad", significa libertad, inteligencia y culpabilidad, elementos que faltarían en la acción ejecutada por quien se defiende. En cambio en el segundo supuesto el error de hecho vencible o superable, el sujeto actuaría por culpa, y en consecuencia su acción sería castigada como delito culposo.

De acuerdo con lo dicho resulta que la defensa putativa es una excluyente de responsabilidad por causa de inculpabilidad debido a haber incurrido el agente en error al cometer el hecho. A ello se debe que el proyecto de nuestro Código Penal a que nos hemos referido, aludiendo a las excluyentes de responsabilidad penal dice en el Art. 23:

"No es responsable por inculpabilidad

10. Error y sus variedades.

- a) El que comete un acto punible por error de hecho que versare sobre los elementos constitutivos y esenciales del tipo, salvo que el error se deba a negligencia o a que la ley castigue el hecho como delito culposo.
- c) El que en la creencia racional de que existe una agre

sión injusta contra su persona, reaccione contra el supuesto agresor siempre que la reacción sea proporcionada al riesgo supuesto".

Por último se nos ocurre pensar si cabría la legítima defensa contra el ataque real y efectivo del agredido que reacciona violentamente ante un ataque imaginario, supuesto o pensado, -- es decir si habría legítima defensa de la reacción de la defensa putativa. Hemos dicho ya que el sujeto agresor en la agresión putativa, no tiene en absoluto ánimo de ofender, de causar daño o mal, pero tal ánimo, como tal es subjetivo, y en la realidad el acto aparece objetivamente como un verdadero ataque, como agresión ilegítima, por eso es precisamente que se habla de una legítima defensa putativa. El supuesto agredido cree sinceramente -- que está siendo víctima de una agresión ilegítima, que no ha provocado en ninguna forma a su agresor, y ha hecho uso de medios proporcionales de defensa, por lo que supone que su reacción es legítima, amparada por la ley. Ante la reacción del supuesto agredido, el agresor (bromista) se defiende a su vez, matando al primero. Nosotros creemos que en tal situación no podría alegar el bromista o supuesto agresor que actuó en legítima defensa; -- las razones que nos inclinan a dicha afirmación son las siguientes: 1o.)-La agresión o reacción del agredido convertido en agresor sería legítima, por cuanto, como ya lo dijimos, cree defenderse de una agresión ilegítima; su reacción sería, pues, legítima 2o.) Habría provocación suficiente a la persona del agredido por parte del bromista, aun cuando tal provocación no exista en el ánimo de éste, pero en verdad, objetivamente sí la hay pa-

ra el agredido. 3o.) Por que faltando la agresión ilegítima, no_ habría legítima defensa, ya que faltarían dos de las circunstancias o requisitos necesarios para que ésta exista.

- (1) Gustavo Labatut Glens.- DERECHO PENAL.- Parte General.-Cuarta Edición.- Editorial Jurídica de Chile.- 1963.- Pag. 308
- (2) Eugenio Cuello Calón.- DERECHO PENAL.- Tomo I,- Parte General Deudécima Edición.- Bosch, Casa Editorial-Temis, Bogotá.- - 1965 Pag. 362.-
- (3) Vincenzo Manzini.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Tomo 3.- Primera Parte. Teorías Generales.- Ediar Soc. Anón Editores-Buenos Aires.- Pag. 91.-
- (4) Real Academia Española.- Diccionario de la Lengua Española.- Talleres Tipográficos de la Editorial Espasa-Calpe, S.A.- - Madrid 1956.- Pag. 1087.-
- (5) Luis Salmán Cortés.- LA LEGITIMA DEFENSA.- Tesis Doctoral.-- Octubre 1963.- Pag. 37.-

CAPITULO XIV

JURISPRUDENCIA

Cuando de la prueba testimonial que corrobora la confesión del encausado y de las contestaciones del Jurado aparecen establecidas las circunstancias de la legítima defensa, como son: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para repe--
lerla y falta de provocación suficiente por parte del que se de--
fiende, es procedente absolver al indiciado por estar exento de -
responsabilidad criminal. Art. 8. No. 4o. Pn.

(Revista Judicial, Tomo XXXV, 23 de diciembre de 1930, pági
na 396).

I.- 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 a-
preciados.

II.- Si en un delito de homicidio precede inmediatamente - al hecho, de parte del ofendido, la amenaza consistente en haberle dicho al reo, armado de un revólver, en tono colérico: "dame mi - pisto porque te voy a matar", refiriéndose a cincuenta colones -- que pocas horas antes le había ganado en el juego dicho reo, queda bien caracterizada la atenuante a que se refiere el Art. 9 No. 3o. Pn.

III.- No puede existir la legítima defensa, aun 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.

(Revista Judicial, Tomo XXXVII, 23 de julio de 1932, Pag.- 534).

I.- La concurrencia de dos de las circunstancias de legítima defensa (agresión ilegítima y falta de provocación suficiente de parte del que se defiende), constituye una atenuación especial que hace reducir la pena de nueve años de presidio señalada al delito de homicidio cometido a una tercera parte de ella, la cual se transforma en prisión mayor conforme al Art. 17 Pn.

II.- La necesidad racional del medio empleado para repeler una agresión, no se toma en cuenta como circunstancia de legítima defensa, cuando falta prueba de que el reo hubiese estado en condición de no poder evitar el peligro acudiendo a otro recurso que el de dar muerte a su agresor.

(Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 16 de febrero 1933, página 100).

I.- No existe ninguna de las circunstancias de legítima - defensa atribuidas a un tercero, que interviene en favor de un -- hermano suyo que riñe con otro individuo, armados ambos, peleando en planos iguales, sin que conste que está en peligro inminente - la vida del hermano contrincante, que haga necesaria la ayuda del tercero, y sin que resulte prueba de que aquél ha sido agredido - ilegítimamente. Por lo mismo, no concurre la atenuante que en este caso invoca la defensa a favor del tercero sobre la necesidad_

del medio racional empleado para repeler la supuesta agresión ilegítima a su referido hermano.

II.- Hay abuso de superioridad en la ejecución de un delito de homicidio, cuando dos hombres armados atacan a otro, que resulta con ocho lesiones producidas con arma cortante.

III.- Concorre la atenuante de confesión sincera de un delito, aunque el reo alegue que procedió en legítima defensa, sin probarlo, con tal que dicho reo no haya desvirtuado su confesión ni exista prueba plena en contrario.

(Revista Judicial, TomoXXXVIII, 20 de julio 1933, páginas 236-237).

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 concorra 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, aun cuando el ofendido hubiese sido el primero en herir al procesado.

(Revista Judicial, Tomo XXXVIII, 10 de agosto 1933, página 246).

II.- La falta de provocación suficiente como elemento de legítima defensa, no queda desvirtuada por las circunstancias de que existían ciertos disgustos entre ofensor y ofendido y de que un semoviente del encausado había ocasionado perjuicios en un terreno del occiso.

(Revista Judicial, Tomo XXXIX, 23 de febrero 1934, página 198).

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

II.- La compensación racional de la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave con la agravante de arma prohibida, produce el efecto de disminuir la pena en una doceava parte.

(Revista Judicial, Tomo XXXIX, 19 de marzo 1934, página -- 207).

I.- Para que haya legítima defensa, completa o incompleta, debe constar de manera evidente que el agredido hizo el contra-ataque antes de que la agresión cesara.

II.- 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. Esta circunstancia constituye la atenuante de vindicación próxima de una ofensa grave.

(Revista Judicial, Tomo XLI, 7 de septiembre 1936, páginas 417-418).

Hay legítima defensa en la ejecución de un delito de homicidio, cuando el reo es atacado por una persona que le dió un terciazo con un revólver, y después huye por haberle causado aquél - a su vez, un golpe con el revólver que portaba; pero regresa el agresor armado de un machete, poco tiempo después, al mismo lugar, donde todavía se hallaba el reo, sin que éste ya desarmado 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.

(Revista Judicial, Tomo XLII, mayo 20 de 1937, página 203).

Si en la ejecución de un delito de homicidio ha habido defensa incompleta de parte del reo, concurriendo sólo las circunstancias de agresión ilegítima del occiso y falta de provocación del que se defiende, procede reducir a una tercera parte la pena señalada al delito, cambiando la naturaleza de ella.

(Revista Judicial, Tomo XLIII, 28 de mayo de 1938, páginas 182-183).

Hay legítima defensa en la ejecución de un delito de homicidio, si el ofendido, sin motivo alguno, atacó al reo con un machete corvo arrojándole machetazos, por lo que el agredido se corrió, pero habiéndose caído se lanzó nuevamente su agresor contra él, quien para detenerlo puso su corvo de punta, siendo tan fuerte el ímpetu del referido agresor que se le introdujo el arma en el estómago, produciéndose la herida que le causó la muerte.

(Revista Judicial, Tomo XLIII, 25 de julio 1938, página -- 422).

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, quién 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.

(Revista Judicial, Tomo XLIII, 25 de julio de 1938, página 424).

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 dió por resultado la muerte de uno de los agresores y las lesiones de los otros dos.

(Revista Judicial, Tomo XLIII, 27 de julio 1938, página 431).

I.- Cuando un reo procesado por el delito de lesiones graves en una persona ha sido absuelto por el tribunal del jurado, pero ha confesado el hecho de modo claro, espontáneo y terminante, procede resolver el caso conforme su confesión, considerando ésta como indivisible.

II.- Si el reo, en el caso expuesto, declara que ejecutó -

el hecho, en la noche, para rechazar el escalamiento que hacía el ofendido en su casa de habitación, está exento de toda responsabilidad criminal.

(Revista Judicial, Tomo XLIII, 22 de agosto 1938, página - 438).

En un camino público caminaba un individuo a pie, armado de un cuchillo, y en un lugar determinado se encontró con otro individuo que iba a caballo, armado de un revólver, el primero, sin hablar palabra, atacó al segundo arrojándole de cuchilladas, por lo que éste se desmontó de la bestia, y en el preciso momento que lo hacía fué herido en una nalga, y entonces el herido, con el revólver que portaba, le disparó al agresor varios balazos matándolo. En este caso no hay legítima defensa completa, faltando la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión; siendo de notar que el occiso era un anciano y el reo una persona todavía llena de vida. El fallo debe ser condenatorio.

(Revista Judicial, Tomo XLV, 25 de enero de 1940, página - 470).

Entra un individuo a la casa de otro, a quien injuria gravemente, contestándole de la misma manera el injuriado; después aquél individuo comenzó a machetear algunos objetos que habían 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 cernó la cabeza de su con--

trincante, quién 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.

(Revista Judicial, Tomo XLV, 20 de febrero 1940, página -- 477).

Si una persona acude en defensa de otra, que ha sido agredida ilegítimamente, sin que haya habido provocación suficiente - de su parte, pero el defensor se excede en la defensa, faltando - la 2a. circunstancia del No. 4o. del art. 8 Pn., y dá muerte al - agresor, favorecen al expresado defensor aquellas dos circunstan- cias para reducir la pena legal a una tercera parte, Art. 58 inc. 6o. Pn.

(Revista Judicial, Tomo XLV, 9 de octubre 1940, página 574)

La agresión ilegítima como elemento de legítima defensa, -- para su existencia es indispensable que sea actual para que pue- da repelerse o evitarse por el agredido mismo o por un extraño; - sin esa circunstancia, no puede invocarse una agresión como ate- nuante, a menos que proceda, en su caso, comprenderla en alguna - de las atenuantes, vindicación próxima de una ofensa grave, o pro vocación o amenaza proporcionada precedente e inmediata al delito; pero en estos casos tales atenuantes no favorecen a un extraño -- que pretende defender a otro, sino a éste directamente ofendido.

(Revista Judicial, Tomo XLVI, 17 de septiembre 1941, pági-- na 552).

Cuando concurren dos circunstancias de legítima defensa, -

esta es agresión ilegítima y falta de provocación del que se defiende, en un delito de lesiones graves, deberá imponerse al reo la tercera parte de la pena que la ley señala al delito.

(Revista Judicial, Tomo XLVI, 10 de octubre 1941 página 565).

Cuando una persona ataca a otra con un machete corvo, de modo continuo, sin que el ofendido haya provocado el suceso, y entonces el agredido saca su revólver y dispara a su agresor, para repeler su agresión, y lo hiere y mata, sin tomar en cuenta la mayor o menor distancia que entre ellos había, pero sí el actual peligro inminente de su vida, concurren las tres circunstancias de legítima defensa reconocidas por el Jurado, y procede la absolución del reo.

(Revista Judicial, Tomo XLVII, 16 de mayo de 1942, página 363).

Si concurren en la ejecución de un homicidio las tres circunstancias de legítima defensa establecidas por la ley, las cuales han sido reconocidas por el Jurado en su veredicto, procede la absolución del reo declarándolo libre de la acusación fiscal. La necesidad racional del medio empleado por el reo para repeler la agresión, no se desvirtúa por el hecho de que después de una encarnizada lucha, cae el agresor herido en el suelo, aparentemente inmóvil, pero con el machete en la mano, y en esa posición le ejecuta el reo algunos machetazos, impulsado sólo por la inercia del acto defensivo.

(Revista Judicial, Tomo XLVIII, 5 de marzo de 1943, página 648).

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.

(Revista Judicial, Tomo XLVIII, 16 de julio de 1943, página 678).

En un delito de homicidio no hay agresión ilegítima contra el reo de parte del ofendido, si ambos siendo enemigos, se encuentran y enfrentan en un camino en actitud de riña, aunque el occiso haya agredido primero al ofensor arrojándole una pedrada y varias puñaladas, y después el reo con su arma ejecutó a su contrincante varias lesiones que le produjeron la muerte.

(Revista Judicial, Tomo XLIX, enero 19 de 1944, Pág.849).

No puede haber legítima defensa, completa o incompleta, si no existe agresión ilegítima. Si hubo riña y de ella resultó muerto uno de los contendientes, se ha cometido delito de homicidio simple.

(Revista Judicial, Tomo L, 30 de julio de 1945, páginas -- 309-310).

Si en la ejecución de un homicidio concurren dos de las circunstancias de la legítima defensa, debe imponerse al reo la tercera parte de la pena señalada por la ley; y concurren agresión ilegítima y necesidad racional del medio empleado para repelerla, si el ofendido las lesiones que le ocasionan la muerte.

(Revista Judicial, Tomo LI, octubre 11 de 1946, Pág.494).

I.- Es lícita la defensa de un hermano; pero si hubo exceso en ella no cabe la absolución.

II.- Como concurren agresión ILEGITIMA y falta de provocación se A.PRECIAN dos de las circunstancias señaladas en el número 5o. del Art. 8 Pn..

(Revista Judicial, Tomo LIV, diciembre 7 de 1947, Página 343).