

T
345.077
A. 189

LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSAL DE JUSTIFICACION

MAGOLA ESTHER ACUÑA POLO

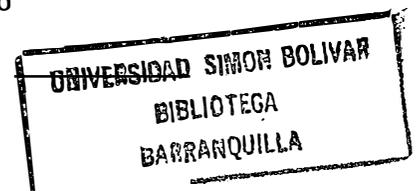
Tesis de grado presentada
como requisito parcial para
optar al título de Abogada.

Directora: SONIA MARIA SANCHEZ
PEREZ, Abogada

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, JULIO DE 1986



T.

Barranquilla Abril, 18 de 1.986

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
Decano de la Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.

Apreciado doctor Llanos:

MAGOLA ESTHER ACUÑA POLO, mayor de edad identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.696.508 expedida en Suán Atlántico, egresada de la Facultad de Derecho, promoción de Julio de 1.984, respetuosamente me dirijo a usted, con el fin de solicitarle me asigne Director de Tesis para optar el título de ABogado.

De usted, muy cordialmente,


MAGOLA E. ACUÑA POLO
C.C.# 22.696.508 de Suán

NOTA DE ACEPTACION

PRESIDENTE DEL JURADO.

JURADO:

JURADO:

Barranquilla, junio 27 de 1986



Barranquilla, junio 27 de 1986

Doctor
CARLOS LLANOS SANCHEZ
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE
LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
E. S. D.

En mi condición de director de tesis de la egresada MAGOLA ACUÑA POLO, y en cumplimiento de los reglamentos internos de la Universidad Simón Bolívar, me permito rendir el siguiente concepto:

La señorita ACUÑA POLO, tomó como tema de investigación dirigida "LA LEGITIMA DEFENSA COMO CAUSAL DE JUSTIFICACION" analizados cada uno de los tres capítulos en que dividió su trabajo se aprecia que reúne los requisitos metodológicos mínimos, y, que dicha investigación abarca tanto el marco hitórico-evolutivo de esta figura jurídica, como el análisis científico de los presupuestos fundamentales de la misma

Es de destacar el exámen que efectúa la egresada, de la llamada -doctrinalmente-, legítima defensa subjetiva y las implicaciones en el campo del derecho, ya no como causal de justificación del hecho sino como causal de inculpabilidad consagrada en el actual código penal

en el artículo 40 numeral 3º, los cuales clarifica de manera precisa con ejemplos.

Evidenciando como el Estado permite excluir o negar la antijuridicidad de un hecho cuando éste es el resultado o la respuesta o la reacción a un ataque o a un peligro actual e inminente de un derecho tutelado por ese mismo Estado. Tocando igualmente la figura del exceso en la legítima defensa y la manera como se sanciona al sujeto que no sólo se defiende sino que actúa excediéndose en esa defensa.

En el mencionado trabajo se observa una claridad meridiana en los planteamientos que son enfocados con un criterio jurídico del cual se colige una comprensión y dominio del tema. En este orden de ideas el trabajo presentado por la señorita MAGOLA ESTHER ACUÑA POLO, colma las exigencias legales y reglamentarias para ser aprobado y así lo manifiesto a las Directivas Universitarias.

Cordialmente,



~~SONIA MARIA SANCHEZ PEREZ~~

DEDICATORIA

al concluir satisfactoriamente mis estudios universitarios, en donde realicé grandes esfuerzos para entender a cabalidad todas las normas del derecho, quiero expresar a mis señores padres AMPARO POLO VALENCIA y JUAN ACUÑA MARTINEZ, mis profundos agradecimientos por todo lo positivo que constituye para mí no solo el apoyo económico sino el moral que con buenos y amantísimos padres supieron brindarme en todos los años transcurridos; espero que todo lo hecho por ellos en mi beneficio lo sigan haciendo para con mis demás hermanos, quienes tienen grandes aspiraciones de convertirse en útiles profesionales que por sus ejecutorias constituyan un timbre de orgullo para ellos....!

MAGOLA ESTHER ACUÑA POLO

TABLA DE CONTENIDO

	pág
INTRODUCCION	1
EXPLICACION DE LA ESCOGENCIA DEL TEMA	4
OBJETIVOS	6
MARCO HISTORICO	7
1. ANTECEDENTES HSITORICOS.....	9
1.1 EN EL DERECHO ROMANO	10
1.2 DERECHO GERMANICO	12
1.3 EN EL DERECHO CANONICO	13
1.4 EN EL DERECHO ESPAÑOL	16
2. LA LEGITIMA DEFENSA	21
2.1 ELEMENTOS	23
2.2 LA REACCION. ACTUAL O CONCOMITANTE	29
2.3 PROPORCIONALIDAD	33

3. EXCESO EN LA DEFENSA	37
4. LA DEFENSA DE LOS BIENES Y DE LOS DERECHOS	46
5. LEGITIMA DEFENSA DE TERCEROS.....	56
6. LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA O SUBJETIVA	67
7. LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA	84
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFIA	98

INTRODUCCION

La defensa justa o legitima defensa como se conoce en todos los medios jurídicos populares, es la figura que mas trajín, en el acontecer permanente de la vida tiene, por cuanto, a ella recurren con ella se amparan unas veces justamente, otras, normas para tratar de resguardarse con ella y dejar en la impunidad un hecho que no tiene medio alguno para justificarse.

La defensa justa hace parte no solo del acervo cultural y jurídico de los pueblos, sino, también de la misma naturaleza humana, porque permanece activamente en la parte instintiva que posee todo animal, con la sola diferencia que los hombres por su característica racional le han dado nombre y con excepción de él, no hay animal alguno que le haya otro y sepa siquiera que eso está regulado por normas penales; lo curioso es, que ellos (los animales) son objetos de aplicación de normas jurídicas como si ellos estuviesen en la obligación de acatarlas, tanto esto es así, que se dió recientemente en los E.E.U.U. de Norte América en que un perro fue sentenciado a muerte porque ladraba mu

cho.

Esta reacción protectora del individuo para consigo mismo y para con los demás constituye un reconocimiento de las normas jurídicas al estado de conservación y al instinto psicofísico de querer perpetuar el hombre su existencia biológica; que dicho sea de paso, casa el planteamiento ideológico con el biológico y el espiritual haciendo una trilogía que otorga al humano la credencial para justificar y hacer en nombre de un derecho y actor reflejo o no que asegure el derecho o aquella reacción existencia-vida.

No mataras, no hurtarás, No son entre ellos los mandatos sacros con que la Ley regula o trata de controlar la conducta patológica o el asesinato, no dice cómo si lo hacen claramente las normas humanas al establecer el derecho a la defensa, pero, si bien es cierto que lo dice claramente, tampoco es menor cierto que lo desautoriza y menos lo reprocha, lo que se entiende que lo protege.

No pretendo con este ensayo ser original, porque, ni el tema ni las circunstancias, cualesquiera que ellas sean, lo son por lo que el instinto animal de conservación permanece en el hombre desde su cuna o su tumba y a través de la vida sino lo activa en un momento determinado por lo menos vive y permanece con él.

En este tema apasionante y rico en reacciones como rica y motivada es la vida misma y en ella, EL HOMBRE CON SUS PASIONES Y SUTILEZA.

EXPLICACION DE LA ESCOGENCIA DEL TEMA

A través de los años de los cuales se enmarcó el estudio de mi carrera de derecho, siempre me incliné por el estudio de la doctrina penal, al transcurrir de los años esa inclinación se fué depurando hasta lograr una precisa compenetración entre la legislación penal y el marco en el cual se desarrollaron mis años de estudio de las Ciencias Jurídicas, las cuales me han otorgado los elementos necesarios para plasmar en este trabajo una de las figuras de mayor relevancia en el inmenso mundo que regula la doctrina jurídica, cual es el de la LEGITIMA DEFENSA.

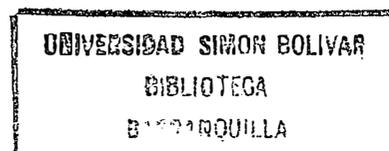
Siempre la conducta humana ha sido dada a encaminarse por la senda demarcada por sus congeneres, pero en este caso el interés que ha marcado mi existencia por la Legislación Penal, a primado en forma palmaria sobre cualquier argumentación esgrimida por conocedores de esta doctrina, es mi deseo recalcar que el estudio realizado para plasmar la presente, conlleva inmerso el conocimiento otorgado por los años de estudio y de afecto que me han ligado a la Doctrina Penal, no es mi gesto signo de preponderancia, pero si el símbolo

otorgado por el conocimiento y la investigación del tema tratado, es por ello que al culminar la presente monografía me asistió la íntima satisfacción de haber logrado plasmar a través de ella, un sueño dorado, tanto como estudiante de Derecho, amante y conocedora de nuestro ordenamiento penal, síntesis armoniosa donde concluyen estudio y dedicación como elemento supremo de una vida crisol donde se funden los elementos sustanciales que motivan la existencia misma de las personas.

OBJETIVOS

Es indudable que la Doctrina del Derecho Penal está enmarcada por el interés coasociados en preservar dicho ordenamiento, del conocimiento claro y preciso que de dichas normas tengan los estudiosos del Derecho y de la interpretación misma dada por aquellos que han de aplicarla, se derivará la correcta aplicación de dichos principios. Es fundamental establecer el objetivo primordial que ha marcado nuestro estudio al sentar claridades en el tratamiento concerniente al tema de la Legítima Defensa, objetivo que está enmarcado dentro del deseo de contribuir a sentar bases concretas que permitan un manejo adecuado de dicho tema.

Nuestro objetivo no se ha limitado a describir los elementos constitutivos de la Legítima Defensa, por el contrario hemos ahondado en ellos la verdadera esencia de la misma y tratando de llevar a través de dicho estudio la verdadera penetración en el espacio y el tiempo que permita establecer una concepción precisa de las normas legales que rigen dicha conducta y la adecuación de la misma a los actos que regulan nuestra existencia.

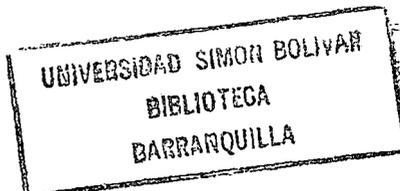


MARCO HISTORICO

Antes de entrar a sentar los parámetros históricos en los cuales se desenvuelven nuestros trabajos, es necesario establecer el marco legal en el cual se desenvuelven los mismos, es decir adecuándolo a nuestra época, pues es bien sabido que en los albores de nuestra civilización dicha figura se concibió como un hecho, pues es claro establecer que las primeras organizaciones sociales no gozaron de un régimen que regulasen en forma efectiva dicha figura, encontrándose así en presencia de la llamada retaliación primitiva, figura que tuvo un auge en las organizaciones sociales que tuvieron su florecimiento en épocas preteritas.

Es la Legalización Romana donde se perciben los prestigios iniciales de la figura constitutivas de la legítima defensa, sin llegar a determinarla en forma taxativa, similar situación se percibe en la Legislación Germánica y en los pueblos Anglosajones, donde dada la multiplicación de los casos presentados se hizo necesaria a la regulación de los principios legales incipientes que regulasen dicha conducta.

No es el ser humano el que ha determinado la existencia de la legítima defensa, es el conglomerado social existente el que ha determinado la sujeción a un ordenamiento que regule en forma real y efectiva dicha conducta y evita el desbordamiento de la misma en beneficio de unos y el detrimento de otros.



1. ANTECEDENTES HISTORICOS

La legítima defensa encuentra su justificación en una reacción del organismo que halla su causa en el instinto de conservación. La defensa contra el peligro parece ser, más que otra cosa, un impulso instintivo innato del que el hombre no puede resguardarse sin violar las leyes biológicas elementales.

Todas las leyes y todos los derechos permiten defenderse contra el peligro, hasta el punto de que la misma naturaleza nos impulsa a rechazar con ímpetu la ofensa del agresor, ímpetu que resulta incontenible a causa de la excitación, que constituye un motivo no menor que los precedentes para litigar la pena en aquél que se defiende. Esta teoría está aproximada a la violencia moral sostenida por varios tratadistas.

La legítima defensa, en cuanto al hecho, es de antigua data, no siendo así en cuanto a derecho.

Cuando aparece el Estado diferenciándose del individuo, y el

Derecho dictando normas y estableciendo diferencias del individuo entre lo justo es el momento en que aparece la legítima defensa.

Por eso se dice que Derecho y Estado son términos desconocidos para los pueblos primitivos; la defensa para ellos era una reacción opuestas a una acción teniendo éstas muchas veces carácter de venganza y se entiende más allá de los sujetos intervinientes.

En el lento y laborioso desarrollo de la humanidad, en que el hombre ha buscado afanosamente lo justo, lo bueno y lo malo, han ido apareciendo con intervalos las ideas del derecho de las sociedades y del estado.

1.1 EN EL DERECHO ROMANO

En los pueblos primitivos no se encuentran vestigios de legítima defensa. Al pasar al derecho romano encontramos la institución formada. Muchos documentos hablan de la legítima defensa, entre ellos la ley de las doce tablas mediante la cual se permite dar muerte al ladrón sorprendido durante la noche lo mismo a los sorprendidos durante la noche lo mismo que a los sorprendidos durante el día si se defiende con armas.

Los Romanos no supieron formularla claramente porque no en contraban en su vocabulario la exacta forma para definirla, pero sí tenían bien formado el concepto. En el derecho Romano con Cicerón afirma que la legítima defensa es una Ley no escrita sino grabada en la mente de todos los hombres de razón normal, pero nosotros agregaríamos que aún en los seres que acusan alteraciones de su personalidad, es factible obrar en situación de legítima defensa pues se ha afirmado que es un fenómeno, que se encuentra anclado más en el mundo del instinto que en el de las lucubraciones jurídicas que además, de no aceptarse este planteamiento se llegaría al absurdo de sostener que el anormal que actúa en esas precisas circunstancias sería reo del delito y, de consiguiente, sujeto sometido a sanciones, precisamente por su anormalidad y no por su conducta pudiera aparecer, con caracteres de anti juricidad, sino todo lo contrario: justificada.

Cicerón definía el derecho de defensa así : Non Scripta Sed nata lex quam ex natura opsa arripuimus (Ley innata, no es crita, que recibimos de la naturaleza misma). Los juristas romanos lo hacían descansar bien la condición de que correspondía a la simple razón natural, o a un, consentimiento universal que le quitaba ilicitud a la acción, o simplemente que era manifestación de derecho natural, desde el principio abarcó el derecho de la vida, del honor de la integridad personal y hasta los bienes; siempre que en este último caso

guardara relación de causalidad con la situación del peligro que pudiera correr la presunta víctima.

1.2 DERECHO GERMANICO

En este derecho encontramos situaciones que se consideran como un caso previo para llegar a ella (legítima defensa).

Aquí se consagra lo siguiente: "La muerte de una persona puede efectuarse sin lugar a la composición". La Ley del Talión hacía excepciones en algunos casos. Podría matarse al ladrón incendiarios, adúltero, pero, no es legítima defensa.

Se reconoce la impunidad para quien realice la venganza in mediata. Como ejemplo claro de la hipótesis anterior tenemos: Que un hombre mata a otro y aquel es muerto al par de la víctima y en las mismas circunstancias de tiempo y lugar. La ley del Talión es la que consagra esta forma de composición.

Según Fioretti este es el momento en que la composición se convierte en legítima defensa. Pero si el hecho no ha sucedido realmente, ¿qué sucederá? Se presentaría el caso de una anticipación la venganza?

Algunos autores consideran que este no es el origen de la legítima defensa, sino la consagración del derecho a la muerte

puesta dada es que cuando no hay remedio para evitar la muerte es lícito quitar la vida al injusto invasor. Es permitido matar a otro hombre cuando tiene por objeto la defensa de la vida.

Hay ciertas condiciones esenciales para justificar la defensa privada:

1. El que mata ha de ejecutar el hecho. Con esto no se quiere decir que es un obstáculo al desarrollo de la legítima defensa. El derecho romano también lo admitía. Nuestro Código tiene presente este concepto, cuando se exige proporcionalidad racional en el medio empleado.
2. Que la intención directa del que mata ha de ser la defensa de su propia vida. Según esta condición ha de tratarse de la defensa de la propia vida, aunque esta condición no excluye la defensa de otros valores.

Estas condiciones no son un obstáculo a la legítima defensa, antes bien, son los requisitos mínimos que se exigen para admitir la defensa privada. Si no existen estas condiciones no podrá hablarse de defensa privada, sino de homicidio.

El derecho canónico trata de diferenciar ambas situaciones, estableciendo condiciones esenciales, sin cuya presencia no

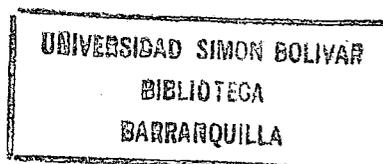
habrá posibilidad de justificar el acto defensivo del agredido.

Tanto el diccionario de ciencias eclesiásticas, como la moral coinciden en establecer que pudiendo evitar la muerte, la agresión debe evitarse. De esta forma amplía la defensa de la vida. Pero no solo protege la vida, sino los bienes.

De tal manera que se presenta un interrogatorio: es lícito matar al ladrón que quiere hurtar una cosa de valor? Algunos tratadistas están por la afirmativa, tales como Suarez, Santo Tomás de Aquino, etc., San Alonso dice que solo es lícito matar a aquel que huye con la cosa robada, sino también a aquella persona que impide la entrada del dueño de la cosa, al lugar donde ésta se encuentra.

Respecto a lo anteriormente anunciado, se formula una pregunta: Si un rico es atacado para robarle una cosa de poco valor, podría el rico lícitamente darle muerte al ladrón? Algunos comentaristas están de acuerdo con éste, como Roncaglia, etc.

San Alfonso opina que la muerte producida en estas condiciones no lícitas. El derecho Canónico contempla la legítima defensa de tercero, así tenemos: cuando un asesino va a matar a un inocente, debe matarse al primero en defensa de la



vida del segundo. También se plantea una cuestión importante y es saber, si es permitido matar al que injustamente invade los bienes de terceros, San Alonso y otros comentaristas opinan que sí está permitido, y dicen que es lícito hacerlo como si fueran bienes propios.

El derecho canónico tiene disposiciones que se ocupan de este tema. Así tenemos que trata de la imputabilidad del delito, las causas que lo agravan o atenúan, la legítima defensa, etc.

De esta forma vemos como trata el derecho canónico la legítima defensa.

1.4 EN EL DERECHO ESPAÑOL

En esta legislación se reglamentó la defensa privada de la persona y de los bienes. No se encuentran principios generales ni la institución puede en forma ordenada estudiarse exactamente, habían disposiciones que permitían afirmar que el reconocimiento de este derecho estaba consagrado.

El Liber Sudiciorum declara al que mata al ladrón nocturno y también al que roba durante el día y se defiende.

De esta forma se comprueba que el derecho español admitió

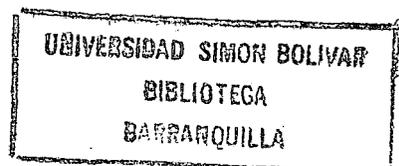
la legítima defensa dictando normas expresas que la consagración.

El estado de necesidad ha sido ampliamente estudiado por los tratadistas del Derecho Penal y al efecto se han referido a él clasificando la necesidad con sentido absoluto y relativo.

Al entenderse la necesidad en sentido absoluto se han hecho algunas consideraciones como la de estimarse que ella es causa para que un hecho no pueda producirse, es decir que determine un acto necesario que no puede impedirse y si presenta signos de delito entonces este puede considerarse como inevitable.

Al ser clasificada la necesidad en sentido relativo se tiene en cuenta que un acto se ha hecho necesario para salvaguardar un bien y con ello se cometido un acto delictuoso.

En la necesidad con sentido absoluto un homicidio que se cometa en estado de inconciencia por hipnotismo o porque su mano hubiese sido generada por la mano de una tercera persona encontrándose imposibilitada para evitarlo tiene el carácter de necesario para esa necesidad no es objeto de consideración cuando se ha cometido para defender o proteger un derecho propio o ajeno en las circunstancias contenidas en el



numeral 4o. y 5o. art. 29 C.P.

En cuanto a la necesidad en sentido relativo se tiene muy en cuenta la salvaguardia de la vida en sí y cuando para protegerla se comete un acto ilícito que bien pudo abstenerse de ejecutarla pero que hubiere evitado la propia muerte del agente que la comete se considera entonces que era necesario. Es el caso entonces de los pasajeros que se accidentaron en un avión en territorio boliviano y de los cuales unos sobrevivieron durante muchos días, pero cuando se agotaron los víveres y el hambre los acosó para poder seguir subsistiendo tuvieron la imprescindible necesidad de sacrificar a una de ellas y comer sus carnes hasta cruda. Este acto salvaje e inhumano alarmó al mundo. En este caso ese acto no constituye un delito necesario en el sentido de la necesidad absoluta, pues ellos pudieron abstenerse de ejecutarlo y en tal caso el delito no era inevitable pero no es delito en el sentido de la necesidad relativa por cuanto no haberlo hecho así hubieran muerto todos de hambre.

De los bienes que posee el ser humano y que primordialmente debe ser salvaguardado es la vida; es por ello que la ley ha dictado normas para protegerla por todos los medios medidas de seguridad social, amparo policivo etc. y en la ley penal se sustituye el derecho de legítima defensa de la vida.

El estado de legítima defensa ha sido considerado por algunos tratadistas de diversa forma para algunos ha sido considerado como un estado de necesidad teniendo en cuenta que cuando una persona ataca a otra, de hecho entran en conflicto dos vidas y si ocurre la muerte del agresor es en consecuencia una necesidad para la vida del atacado.

En nuestro ordenamiento penal la legítima defensa se toma primero que el estado de necesidad aún cuando algunos lo consideran lo contrario, al existir la consideración de que la sociedad no puede quitar a nadie el derecho a hacer justicia por su propia cuenta y riesgos siempre y cuando haya ausencia de la fuerza pública que lo evita, entonces hay una obligación de asumir la legítima defensa ante el ataque de que se ha sido víctima; en este caso la acción defensoria legítimamente ejercida es de considerarse como una acción penalmente lícita en tal virtud. La legítima defensa al tenor del artículo 29 del Código Penal es considerada como una justificación.

Si una acción no contradice específicamente una norma penal no puede revestir el carácter de delito, de allí que la antijuricidad penal consiste en la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico penal. En la legítima defensa hay no solo un derecho a defender en relación al agredido sino que existe un deber de imposición con relación al agresor,

en tanto en "El Estado de Necesidad" sólo hay un derecho a defender y ello como es obvio cuando se tiene en cuenta que mientras en la legítima defensa encontramos una acción lícita que no viola ningún precepto, ni de índole general (jurídica), ni de índole especial (penal). En el estado de necesidad queda eliminada la punibilidad por circunstancias de exclusión de la antijuridicidad Penal pero si permanece la tipicidad del hecho; (había hambre y se sacrificó un hombre para no morir ello de hambre), fué un hecho necesario pero evitable.

2. LA LEGITIMA DEFENSA

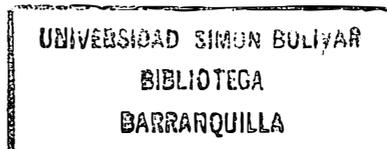
Se ha comprobado que la legítima defensa es una de las instituciones más antiguas y elaboradas del derecho penal.

Sobre ella se han presentado una serie de definiciones como son: Augusto Kohler, citado por Carrara, define la legítima defensa así: "E la repulsa de una agresión antijurídica y actual, por el atacado o por terceras personas, contra el agresor cuando no se traspasa la medida necesaria para la protección".

Edmundo Mezger, define esta institución de la siguiente manera: "Legítima defensa, es aquella necesaria para rechazar un ataque antijurídico y actual dirigido contra al que se defiende, o contra un tercero.

Von Liszt, la define diciendo que "es aquel a que se estima necesaria al derecho por medio de una lesión contra el agresor".

Muy a pesar de que las definiciones presentan variantes que



la particularizan, éstas encierran un mismo concepto general. Algunas de ellas parecen reducir el alcance de este instituto, a la defensa de la persona del atacado, como se ve en la definición que nos da Von Liszt; otras en cambio como la de Mezger, la de Kohler, etc., incluye en ella la defensa de terceros, que trataba en forma más amplia, permite extender la institución a la legítima defensa de los derechos mientras que la hay que pareciera circunscribirla solamente a la defensa de la vida.

Se ha presentado otra definición dada en forma breve y comprender todos los elementos que la integran, ella es: "La repulsa racional contra un ataque injusto, llevado contra un bien propio o ajeno, jurídicamente defendible".

Para hablar de repulsa racional queremos significar que la respuesta al ataque debe estar delimitada por la necesidad de defenderse y no sobrepasarla deliberadamente. Si existe la racionalidad es decir, la proporcionalidad que debe mediar entre el ataque y la defensa, se dice que se cumple el primer requisito de la legítima defensa.

Contra un ataque injusto, esto es, que el ataque que se repelle debe ser de los que se realizan sin derecho.

Llevado a un bien propio o ajeno: Con esto se ampara no so

lamente la defensa de la vida sino de otro bien jurídicamente defendible como por ejemplo, la libertad sexual. Propio o ajeno para amparar de esta forma los bienes de terceros.

Esta definición coincide con la disposición presentada por nuestro Código en su artículo 29.

Al recopilar todos los elementos adoptados por la doctrina colombiana se puede definir la legítima defensa de la siguiente forma: Es la facultad jurídica que se funda en la necesidad de proteger mediante un contraataque, un derecho propio o ajeno, amenazado por la violencia actual o injusta de otra persona.

De acuerdo con esta definición, para que haya legítima defensa se requiere las siguientes condiciones:

- Que exista una agresión injusta actual o inminente
- Que sea para defender un derecho propio o ajeno
- Que la defensa sea necesaria y proporcionada a la agresión.

2.1 ELEMENTOS

Agresión actual o inminente, agresión es todo ataque por hecho contra intereses jurídicamente protegidos.

Estas palabras pueden crear un estado de ira e intenso dolor que constituyen un atenuante de hecho, contemplado en el Código Penal vigente (art. 60).

Para los más insignes expositores con Carrara a la Cabeza (considera a la legítima defensa como causal de inculpabilidad pues la tiene como una forma de coacción propia), a tres pueden ser reducidos sus elementos. En efecto, afirma:

Es en todos los casos necesarios, como regla absoluta, que en el mal amenazado se encuentran estos tres requisitos:

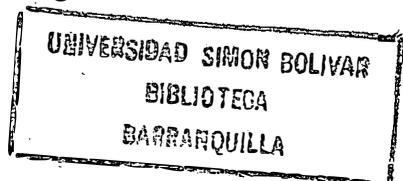
1. Injusticia
2. Gravedad
3. Inevitabilidad

El mal amenazado debe ser:

- a) Imprevisto
- b) Presente
- c) Absoluto

Mal absoluto significa que el mismo momento del peligro no pueda éste declinarse con otros medios (programa) lo de la "gravedad" apuntamos vosotros es presupuesto que expresamente no se requiere, si no que se le relaciona, por estar íncito en ella, con la proporcionalidad; de lo contrario frente a una no grave agresión, el injusto atacado no podría reaccionar conforme a derecho, esto es su repulsa no quedaría justificada a los ojos de la ley, lo que ciertamente no parece correcto, ni jurídico. El mismo Carrara entiende por mal grave, el que es irreparable, que será aquél que se refiere a los atentados contra la vida, el cuerpo, el pudor; pero no los ataques contra bienes, salvo que se trate de reacción correlativa.

I. La defensa debe ser legítima en su fundamento, no puede tener por tutela inculpable la de aquel que se haya puesto con su acción legítima en la con



dición de ser ofendido y resista a la justa violencia.

II. La necesidad debe ser actual es decir, nacer de la urgente presencia de una agresión que constituye inmediatamente un peligro personal.

III. La defensa debe enderezarse solamente a rechazar la injusta agresión. Todo exceso constituye un delito, si bien el estado de defensa en general lo atenúa. 1

Para Eugenio Cuello Calón:

Las condiciones generales admitidas para que la defensa se repute legítima son:

- a. Una agresión o amenaza.
- b. Actual o inminente, pues antes de que el peligro empiece no es necesario y después de que el peligro cese es superflua.
- c. Injusta, es decir, que se amenace o cometa sin derecho, ilícitamente.
- d. Necesaria, lo que equivale a decir que no haya otro medio de evitar el mal contenido en la agresión o amenaza. 2

Para Aliménia :

Es necesaria que el bien jurídico sea atacado o amenazado mediante una violencia debe ser actual. El ciudadano no debe defenderse por sí mismo; la defensa social está confiada al Estado y el ciudadano la ejerce por sí mismo, sólo cuando el Estado no puede ejercerla. La defensa privada es, por lo tanto, legítima mientras dura la actualidad del peligro, no antes ni después. No antes porque primero que el delito surja no es necesaria; no después, porque cesado el peligro puede hablarse tan solo de venganza y no ya de defensa no pudiéndose impedir

lo que ya sucedió. 3

Eugenio Florián. En la violencia la ley requiere el concurso de dos requisitos esenciales; la violencia debe ser actual e injusta.

1. La actualidad de la violencia consiste en que ella debe seguir inmediatamente la reacción defensiva, pues de otro modo no podría hablarse de defensa, porque en ella está implícita la contemporaneidad, si el mal se ha sufrido ya hay venganza; si se presenta como amenaza futura, admite preparación de defensa, puede recurrirse a la anterioridad pública para la indemnización, para la sanción o para la protección; en tal caso se trataría de cautela exorbitante contra un peligro futuro ⁴.

La violencia debe ser actual, es decir, presente inevitable, concreta que haya comenzado real y efectivamente. Resumiendo, significa ataque en acción. Si la violencia es pasada, no cabe la legítima defensa, y cualquiera reacción tardía sería venganza, por no ser necesaria. Si el mal se presenta como una posibilidad futura, tampoco sería actual, y la reacción precipitada carecería de legitimidad, como el que remotamente ha amenazado, tratando de evadir el peligro, por medio distintos de la violencia implora la protección de las autoridades para evitar la consumición.

No es necesaria la lesión del derecho de quien se defiende se basta que el mal aparezca inminente, muy próximo e ineludible en la conciencia del sujeto y que éste sienta la necesidad imperiosa de ejercer la defensa. El mal rechazado debe ser presente e inminente.

Para nosotros es indudable que la persecución fuera del lugar del delito subsiste como legítima, siempre que no se pierda la vista a la gente, rompiendo así la continuidad de la defensa.

La simple amenaza no da cabida a la justificante, sí puede reconocerse cuando se efectúa con armas, si la reacción es simultánea.

Hecho Punible: es obvio que la amenaza de sacar el arma, acompañado de manifestaciones dirigidas a intimidar, para el que se defiende es objetivamente una agresión; con mucha más razón si sigue inmediatamente la presentación del arma contra la persona que es amenazada.

Afírmase de la misma manera que obra en legítima defensa el banco o la institución que electriza sus cajas o depósitos a fin de garantizar mejor la custodia del dinero y otros valores, de manera que la muerte del que intente sustraerlos está justificado de antemano.

Sin embargo la jurisprudencia extranjera y algunos autores consideran que existe la justificante, porque la actualidad es permanente y solo mueve el aparato defensivo ante los ataques injustos del otro.

Violencia Injusta. Este es la que se ejerce sin ningún motivo jurídico, sin título legal alguno, es decir la que contraría al derecho.

Es suficiente que exista la agresión, aunque quien la ejerce ignore que ella va contra el derecho.

No podría aceptarse la causal de la legítima defensa en quien repele por ejemplo en una actuación regular de la actualidad pública. Así, quien es legalmente detenido no puede ser amparado con la excluyente de responsabilidad de que se trata por la muerte causada al carcelero en orden de recobrar la libertad; tampoco podría oponerse al morador de una casa a que ésta sea revisada mediante orden judicial, ni quien intentase impedir con violencia una requisita personal.

Se ha discutido si tiene el derecho de defensa quien se pone en peligro de correr la agresión, o el da motivo para ella, como el amante de la mujer adulterada que es sorprendido por el marido cuando yacía con ella, o en los actos preparatorios. Al respecto hay dos soluciones presentadas por la doctrina :

1. Carrara y Ferri, niegan la legitimidad de la defensa, ya que ellos aducen que el peligro ha sido originado por el amante.

2. Impallomeni, rechaza este punto de vista. Ante todo Carrara incurre en error cuando cree que la injusticia, por parte del amenazado excluye la injusticia de la agresión. Injusticia, es la actuación siempre contraria al derecho. El que agrede, cualquiera que sea el motivo que le ha impulsado a la acción, comete un acto injusto solo porque la ley reprueba la violencia. La ley no admite que un hombre atente contra un bien de otro, y por eso siempre castiga la violencia aún cuando estuviera determinada por la ofensa más grave.

Siendo así, aquel que con su comportamiento reprobable haya sido causa de la violencia ajena se encuentra precisamente en los términos de la legítima defensa.

2.2 LA REACCION. ACTUAL O CONCOMITANTE

Es otro de los elementos de la legítima defensa que se encuentra en forma implícita en la proporcionalidad que debe existir entre la agresión y la defensa. Podemos definirla como la actitud que toma la persona al sentirse amenazada ya sea en los bienes, en la integridad corporal.

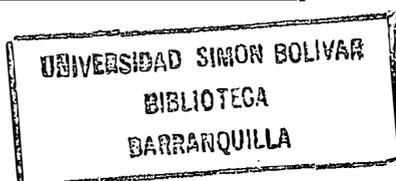
El contra ataque debe sobrevenir o materializarse simultáneamente con la violencia injustamente desencadenada, o con la inminencia de serlo.

En otros términos la violencia y la reacción o repulsa deben ser presente, actuales, esto es el contraataque no puede ser pasado ni futuro. No lo primero, pues si el ataque ya sea cumplido, el peligro ha desaparecido, ha cesado, no existe ya bien jurídico vulnerable, por eso toda reacción que se cumpla en tales condiciones, antes que conducta justificada, aparecerá como venganza, desquite o retaliación.

No lo segundo (futuro), pues si la violencia y con ella el peligro aún no existen, carece de un principio de exteriorización, el bien jurídico no es susceptible de sufrir daño o, al menos, de ser puesto en condiciones de soportarlo; por lo cual el contraataque no resulta ni siquiera anticipado, encaminado a evitar la lesión, sino precipitado, inusitado, pues en marcha sin la presencia de agresión alguna.

Hablando de la actualidad del peligro y por ende, de la reacción, anota Samuel Pufendorff:

Para usar del derecho de defenderse, es necesario que el peligro esté presente, y como encerrado dentro de un punto indivisible... Este punto es el momento en que el agresor comienza su ataque Eum Igitur qui cum armis venit possumus armis repellere,



sed ha con festim, nom es intervalo... Esas palabras necesidad actual, prueban que no se trata si no del momento mismo en que uno se ve obligado a rechazar la fuerza. Así las amenazas aún de muerte no autorizan el homicidio, porque ellas no hacen nacer, sino un peligro lejano y que no existe una defensa actual. Ahora bien, ni sospecha ni temor de un peligro todavía incierto, bastan para otorgar el derecho de adelantarse a aquel de quien se teme alguna cosa... El peligro nace en el momento en que el agresor avanza contra vos, con armas, o dando testimonio de su designio; entonces no es necesario esperarlo. Si quia percussarem ad se venientem gladio repulsent, non ut homicida tenetur, quia defensor propriae solutis in nullo peccasse videtur. 5

El jurista Colombiano continúa presentando el pensamiento de Pufendorff matizándolo con personales comentarios así:

Pufenforff desarrolla esta norma: "si yo veo, dice un hombre que viene a caer sobre mí, con la espada en la mano y un aire que permite suficientemente conocer que viene a pasármela al través del cuerpo, mientras que de otra parte no encuentre recinto o lugar donde refugiarme, puedo descargarle un tiro de pistola, antes de que esté cerca de mí y en capacidad de tocarme con su espada, por el temor de que si avanza demasiado, ya no quedo en capacidad de servirme de mi arma. 6

En este sentido que debe entenderse esta ley romana Molius est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare. No son, en efecto, los golpes ni las heridas los que hacen la defensa legítima: es el peligro que hace de la agresión. El punto que debe comprobarse es, pues, la existencia y el carácter amenazante de esta agresión... (1328). Si el ataque ha sido rechazado, el derecho de defensa expira inmediatamente, porque ella ya no es necesaria; el peligro ha cesado: la ley

autoriza la defensa cuando tiene por objeto proteger la vida. No cumplir una venganza; es a la justicia y no a la persona ofendida que se confía el de castigar.

Bettiol. Expone así su pensamiento.

Por otro lado el peligro debe ser actual, y en ello una de las razones de justificación de la reacción. Si el peligro ha pasado; ya no es tal. El individuo ya no puede actuar para eliminarlo, porque en ese caso estaríamos ante un acto de venganza debe ser penalmente reprimido.

En cambio, si el peligro es futuro el sujeto amenazado de agresión puede disponer los medios necesarios para la defensa, pero debe recurrir a la autoridad pública que debe intervenir en tiempo útil para que no se produzca una lesión efectiva.

Generalmente la actualidad de la acción-reacción se considera desde el punto de vista temporal o cronológico. Sucede, empero, que existen algunos casos en que sea actualidad debe ser considerada en sentido más amplio o mejor jurídico. Se habla entonces de defensas anticipadas o mecánicas son los llamados offendiculae. En efecto, se trata de ciertos aparatos mecánicos, electrónicos o de cualquiera otra especie colocados anteladamente por el dueño del bien, a efecto de que

entren a funcionar en el preciso momento en que el agresor pretenda lesionar su derecho, sin que, por lo general, ninguna fuerza humana lo impulse o manipule. Entre los aparatos mencionados pueden citarse las trampas, redes, cargas electrónicas, armas de fuego, etc.

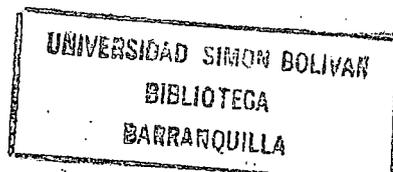
2.3 PROPORCIONALIDAD

La mayoría de los autores hacen referencia en lo que respecta a la legítima defensa, a los medios usados para reaccionar (Manzini, Massari, Maggiore y otros).

El doctor Luis Carlos Pérez se acoge a las tesis de Manzini al respecto, haciéndose de ella la correspondiente transcripción liberal y en lo pertinente.⁷

El doctor Luis Zafra, sitúa el problema en un campo jurídico diferente y se descarta la proporcionalidad en los medios para ubicarla sino directamente en los bienes, sí por lo menos dentro de un campo psicológico que lleva, dado el estado anímico del agente, a ejercer el derecho de defensa y en virtud de este estado, sin reparar en la escogencia de la calidad del recurso que tiene a su alcance o el arma empleada para proceder a dicho ejercicio.

Para nosotros la proporcionalidad debe existir en el "grado"



de la ofensa acusada y en el medio empleado, el cual a nuestro modo de ver tiene escaso valor al respecto.

Basta considerar cómo en el mismo medio se pueden realizar reacciones de gravedad muy diferente (con un arma de fuego se puede intimidar, herir levemente o hacerlo en forma grave y aún dar muerte; y lo mismo puede decirse con respecto a un puñal, un garrote, y aún con las manos si la persona es un esforzado levantador de pesas o un connotado púgil), todo ello da cuenta de cómo el medio, por sí mismo no puede servir para determinar la proporcionalidad de la defensa. Por el contrario, se repite, a través de una arma en sí, se juzgaría grave, se puede producir una ofensa tenue o leve, mientras tanto que se pueden producir consecuencias en extremo dañosas con un medio de poca importancia (se puede causar la muerte de un niño recién nacido hundiéndole a éste en la fontanela un mondadientes o un alfiler, como por el contrario, con un fusil, se puede infundir pavor solamente.

No quiere decir que para que haya proporcionalidad, es necesario que tenga las armas iguales. Debe valorarse en forma racional teniendo en cuenta las circunstancias concretas que se presentan en momento del ataque y la necesidad de quien se ve en la obligación o necesidad de pelear echando a mano a los únicos medios que pueda tener a su alcance en ese preciso momento.

Para juzgar si existe proporción o exceso, se debe, además, tener consideración las consideraciones personales del agredido y en relación con el agresor. Ejemplo, si un boxeador, aún cuando esté desarmado, amenaza a una persona de capacidad física inferior a la de él, esta persona está facultada para emplear las armas, las cuales están hechas precisamente, para compensar la inferioridad física.

La jurisprudencia argentina tiene establecido que: La racionalidad del medio empleado debe ser contemplado, no de modo abstracto y objetivo, sino teniendo en cuenta las modalidades del ataque y el concepto de su peligrosidad, puede haberse formado el agredido, los recursos que tenía a la mano para hacerlo cesar, la edad, contextura física y demás condiciones personales del agredido y del agresor.

Entre nosotros, en la legítima defensa no exige equivalencia objetiva matemática de armas. Al que reacciona defendiéndose legítimamente, le basta hallarse ante un mal grave e inminente, cualquiera que sea el instrumento de que se valga el agresor. Lo importante es que ese instrumento sea capaz de causar un daño en el físico de las personas. La diferencia y la desproporción de los medios empleados, por consiguiente el ejercicio de ese derecho. "La proporcionalidad entre la reacción y la defensa se refiere a los medios a que dispone el que se defiende y a la intensidad con que se hace sentido

el peligro del que lo amenaza".

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

3. EXCESO EN LA DEFENSA

El exceso en la defensa está consagrado en nuestro Código Penal Colombiano, en el artículo 30, cuyo tenor literal es el siguiente:

"EXCESO: El que excede los límites propios de cualquiera de las causas de justificación precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la pena señalada para el hecho punible".

El artículo 29 del C.P. establece las causales de justificación, estricto cumplimiento de un deber legal, en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público, por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión, por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente no evitable de otra manera, pueden ser excedidos por el agente, es decir, puede ocurrir que los medios empleados no hayan si

do adecuados para el fin propuesto. En estos casos, la justificante se configura pero la ley solo impone una manera de sanción por el cálculo erróneo en la escogencia de los medios indispensables para actuar.

A diferencia de otras legislaciones, en la nuestra no existe distinción legal sancionando el exceso a título de culpa, pues, la figura se circunscribe a aquellos ilícitos que admiten esta segunda forma de culpabilidad relacionándolo con las causales de justificación, pero, sin que se guarde el Moderamen Inculpatæ, es decir, lo que llamaron los clásicos, falta o de moderación, determinado por el temor en la mayoría de los casos.

Los antiguos jurisconsultos, tratando de esclarecer la materia, clasificaban el exceso en la defensa por la causa, el modo y el tiempo y entraban hacer prolijas ejemplificaciones y distinciones. Respecto de la causa se decía que había exceso cuando el que dió el primer golpe, vista la reacción de la víctima reaccionaba a su turno, o cuando el agredido al reaccionar le daba a una persona distinta del agresor, o cuando la reacción se fundaba en simples amenazas y sospechas, o en ataques a los bienes o a la buena fama.

Carrara con lógica poderosa, rechaza todas estas hipótesis, que pueden representar excusas pero no las del exceso en la

legítima defensa. Respecto del modo, tenemos que las del primer agresor, o al recibir una simple bofetada; o los del que se abstiene de huir pudiendo hacerlo útilmente, o inflige un mal mayor de aquel que habría sido necesario para salvarse. Respecto del tiempo se admitía el exceso cuando se reaccionaba después del peligro.

También rechazaba Carrara estos últimos ejemplos porque no coinciden con las varias especies de la realidad y resultan antijurídicos. Otros autores trataron de hacer una diferenciación basada en lo llamaron falta o defecto de moderación y exceso en la defensa. Se presentaría el primer caso cuando el agente, por una exageración del criterio personal, aummente la gravedad del peligro que corría sin hallarse dentro de las condiciones de la dirimente, pero obrando subjetivamente con el sincero fin de defenderse.

Se presentaría el segundo caso, cuando concurrido esto inicialmente las condiciones verdaderas de la figura jurídica, se hubiera continuado el ataque sin necesidad, una vez cesado el peligro por cólera o resentimiento. Esta última hipótesis no lo acepta Carrara puesto que aquel que se cegue golpeando, por estos últimos motivos cuando ya no hay peligro, puede merecer la excusante de provocación, pero, no la de legítima defensa, que supone actos encaminados a rechazar o a evitar el mal, pero no ataqueo nuevas agresiones.

Solo cuando una actitud procede de un justo error, cuando honestamente se sigue temiendo por la vida, debido a una perturbación del criterio, cabe el exceso.

Para Carrara el concepto esencial del exceso de defensa es: Una aberración culposa en el cálculo del propio peligro y de los medios pertinentes para salvarse de él. Esto se aplica tanto para los casos dudosos como a aquellas circunstancias que generan estado de necesidad.

Carrara dice que la aberración culposa, es la que depende de la culpa, de equivocación, de imprudencia y no de dolo o arrebató vengativo. Si el agente creyó de buena fé en la gravedad o la continuación de peligro, o si creyó de buena fe en la gravedad de la amenaza, o que no tenía otra vía de escape, se presentará la hipótesis del exceso.

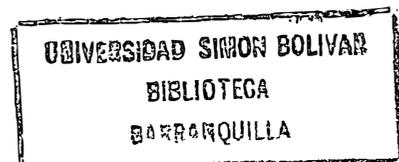
En cambio si las circunstancias del caso particular indican una falta de coincidencia entre los supuestos de una creencia más o menos exagerada pero admisible, y la verdad de los hechos, no cabe hablar de exceso, porque no hubo sino mala fe o anomalía síquica o transitoria y entonces rigen otros principios.

Impollomeni completa la fórmula de Carrara pero en forma más elaborada y clara. Lo que configura el exceso es la identi

dad del fin dentro de una exageración de la sección. Mientras el agente obre dentro de la finalidad de la defensa o del estado de necesidad, es decir para defenderse o salvarse, aunque se halla equivocado en uso de los medios o en la apreciación de las circunstancias, habrá exceso. Pero cuando la finalidad sea otra, como la venganza o la satisfacción del resentimiento, no habrá exceso en la defensa. Cuando se hiere, o sea le causa la muerte a otro que esté maniatado o desarmado, estamos en presencia de una venganza. En el caso de naufragio, si uno de los náufragos está provisto de un salvavidas o pretende despojar a otro de su tabla de salvación tampoco estamos en presencia de exceso, sino actúa cualquiera otro sentimiento como odio, envidia.

Así vemos como los criterios expuestos por Carrara e Impalomeni se integral, esclarecen y permiten resolver todos los casos dudosos. Cuando de obediencia se trata debemos analizar si hubo aberración culposa al juzgar la competencia de la autoridad para dar la orden o la obligación de la misma orden, tendremos exceso. De otra manera es delito común. El agente que tenía la finalidad de cumplir lo que de buena fe creyó su deber, no constituye exceso.

Pero si buscó maltratar al prisionero sin necesidad ha cometido delito de lesiones personales.



De esto concluimos que el exceso debe ser en los medios no en el fin.

Luis Eduardo Meza Velásquez, penalista colombiano, dice, que la defensa es legítima y exonera totalmente la responsabilidad en cuanto sea necesaria. Si, a pesar de la existencia de una agresión injusta la reacción se ejerce en forma desproporcionada, bien porque se empleen medios razonablemente innecesarios o porque éstos se utilicen más allá del peligro, después de haber cesado el ataque, aparece entonces el fenómeno del exceso de la legítima defensa, que es antijurídico y punible conforme a lo establecido en el art. 30 del Código Penal Colombiano.

En el exceso en la legítima defensa deben concurrir inicialmente todos los elementos de la causal de justificación, el estado inicial tiene que ser de legítima defensa, simplemente que se emplean medios defensivos desproporcionados y subjetivamente la reacción se prolonga después de haber cesado objetivamente la situación de peligro.

También existe exceso en la legítima defensa, cuando el bien o interés protegido no guarda relación o correspondencia con el daño causado para la guarda de aquel.

La doctrina distingue el exceso intensivo y el exceso en la

causa el primero se tiene cuando el sujeto emplea para repeler la violencia medios irracionales, exagerados, o cuando aún siendo racionales los instrumentos de defensa se usan más allá del límite necesario.

El segundo se presenta cuando no hay correlación entre el mal que amenaza y el que se produce en la repulsa. Al respecto se expresa Soler de este modo "cuando el exceso consiste en una superabundancia de medios defensivos con relación al ataque, decimos que existe exceso propiamente dicho o exceso intensivo".

Pero cuando existe cierta desproporción relativa entre el bien ofendido y el mal causado, decimos que hay exceso en la causa.

El exceso, es intencional o culposo? La culpa frente a la ley colombiana nada tiene que hacer frente a este terreno, ya que el exceso es punible como acto doloso.

La actividad culposa sólo se acepta cuando la ley lo quiere, y no es precisamente aquí donde le da cabida. Acogió el legislador colombiano la tesis de Impallomeni, seguida por Goyna y otros autores, según la cual en la legítima defensa hay conciencia y voluntad de ejecutar la acción o reacción,

y estos factores hacen intencional todo exceso, siempre que el agente lo haya ejecutado luego de advertir que ha cesado el peligro o cuando hubiere elegido medios extremos o irracionales de defensa, habiendo dispuesto de otros menos destructores y que hubieran sido insuficientemente.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de Septiembre de 1950 expuso "El exceso en la defensa no se reprimó en nuestra legislación a título de culpa; únicamente una atenuante especial de la responsabilidad y de la sanción que corresponde a la infracción en caso de no haberse realizado en tales circunstancias.

Es decir, que en esos casos, la disposición penal aplicable se determina con presencia de los supuestos de la legítima defensa y se relaciona con la norma que consagra la atenuación de responsabilidad, para deducir de ella la pena básica aplicable. Y esto es así, porque en tales eventos el hecho se ejecuta por persona normal, que tiene el propósito de obtener el resultado que se produce y obra voluntariamente, en su producción, o sea, con concurrencia de las condiciones que caracterizan los hechos dolosos.

Para que el exceso en la legítima defensa sea punible no basta que exista objetivamente, es indispensable que de él hubiere teniendo conciencia el agente, conciencia en la cual

radica el dolo de esta figura. Si por el temor despertado por la agresión, o por la perturbación de ánimo, el sujeto erró involuntariamente en la elección de los medios o en la apreciación del peligro, de tal manera que subjetivamente no puede afirmarse exceso, no hay responsabilidad por ese concepto, al menos en nuestra legislación y en las que acoguen el criterio de la punibilidad del exceso por dolo y no por mera culpa.

El fenómeno del exceso está reservado a la legítima defensa. Se puede presentar también en el cumplimiento de la ley, en el obedecimiento a la orden de autoridad y en el estado de necesidad como ya se ha dicho.

Es importante observar que el artículo 30 del Código Penal Colombiano autoriza en casos especialmente favorables para el sindicado, el otorgamiento de la condena condicional cuando hubiera obrado excediendo los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad. La condena condicional consiste en la suspensión de la sentencia por un período de prueba de dos a cinco años, en los términos y condiciones establecidos en los artículos 68 a 71 del Código Penal Colombiano.

4. LA DEFENSA DE LOS BIENES Y DE LOS

DERECHOS

El Artículo 34 del Código Penal Argentino, estableció que no son punibles, los que obran en defensa propia y de sus derechos. El Código se refiere pues sin hacer distinción alguna, a la defensa de la persona y de los derechos, lo que permite que el interprete no haga tampoco ninguna distinción.

El Código Penal Venezolano en el artículo 65 establece que no es punible el que obre en defensa de su propia persona o derecho; y el Dr. Jiménez de Asua hace el siguiente comentario: "Al hablar de persona o derecho se hace posible la defensa de toda clase de derecho vida, integridad corporal, libertad. No hay duda de que estos derechos, sean objeto de legítima defensa, aún con los más extremados medios, puesto que su pérdida sería irreparable.

En doctrina, la opinión es prácticamente unánime, estableciendo la afirmación general de que todo bien jurídico es legítimamente defendible, esto también lo afirma Soler.

Es pues errado restringir la defensa de determinados bienes o derechos que estos bienes son defendibles solamente cuando exista peligro para la persona. La defensa de un derecho no puede declararse ilícita, en principio, sin decretar el triunfo de la injusticia.

Al admitir la legitimidad de la defensa de los bienes, vemos que no hay diferencia sustancial con la vida que permita hacer distinciones o establecer diferencias. La vida es un bien, pero no es el único ni el más importante: el honor, la dignidad, el patrimonio, etc., son bienes que en la vida y en el sentido más amplio del vocablo, y mucho de ellos valen más que la vida misma en la valoración subjetiva que cada individuo se formula, la libertad es un bien importantísimo por que a su amparo generoso todos los bienes humanos fructifican, y este conjunto de bienes sin los cuales la personalidad humana descendería hasta nivelarse con los individuos inferiores de la especie animal.

Según la Escuela Alemana, nadie tiene derecho a inferior un ataque a los bienes propios, no interesa la calidad de este bien, ni la importancia que pueda tener la persona, basta saber que es de mi propiedad y nadie puede legítimamente perturbármelo, si en defensa de ese bien que puede ser todo lo in-significante que se quiera debo atacar a mi contrincante, mi acción será legítima. Explica lo anteriormente expuesto, me

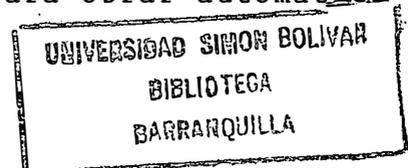
diante el siguiente ejemplo: un individuo pretende quitarme un bien de valor insignificante; un fósforo yo puedo hacer todo lo necesario para que el sujeto no me quite el fósforo, incluso matarlo; y si para defender el fósforo ha sido necesario producir la muerte del agresor, el agredido está amparado por la eximente de la legítima defensa.

Aclarando el concepto, dice Soler, entiéndese bien que no se trata de que yo pegue un tiro a quien pretenda mi objeto sino que oponga resistencia a las acciones del agresor que pueden llegar hasta la muerte si es necesario.

Para el código argentino no solamente tiene importancia la agresión al bien, sino el CUANTUM de este bien, en la valoración personal del sujeto atacado. La ley argentina establece que quien ha matado para impedir que le robasen un fósforo, no ha matado en legítima defensa de un bien o de un derecho porque no hay racional proporcionalidad entre la repulsa y el valor del bien defendido.

Luis Eduardo Mesa Velásquez, establece que entre los bienes defendibles se encuentra el patrimonio económico y el domicilio.

Para su tutela se suelen emplear preventivos, conocidos en doctrina como OFENDICULOS, preparados para obrar automáticamente.



mente al tiempo de la agresión, como son las armas montadas y dispuestas a asesinar a una persona, abrir una cerradura o tirar una puerta, las alambradas electrizadas, los vidrios colocados sobre muros, los alimentos envenenados, etc.

La mayoría de los autores, entre ellos Maggiore, Vannini y Massari, sostienen que en tales casos no hay razón para negar la justificación por la legítima defensa, ya que para valorar la conducta se debe atender, no al momento en que se preparó o dispuso la defensa, sino a aquel en que actúa el medio defensivo, momento en el cual es necesaria la reacción para evitar el peligro actual e inminente que corroen los bienes jurídicos.

Luis Carlos Pérez, confirma la tesis expuesta por tratadistas extranjeros, y consagra la fórmula, de que la defensa no se limita a la sola vida, ni siquiera la sola integridad personal, sino que se extiende también al honor y a los bienes de los ciudadanos.

Pero aún esta fórmula quedó corta, porque derechos de las personas no solamente son aquellos que de manera expresa se enunciaron en el párrafo anterior, esto es la vida, la integridad corporal, el honor y los bienes, sino todos los que asisten por el hecho del nacimiento y de existir en el seno de un conglomerado cualquiera. Son por lo tanto derechos

susceptibles de defensa legítima: la integridad física, la integridad moral, el patrimonio económico, la libertad en todas sus formas: política, religiosa, económica, moral, física, de opinión, de profesión, de organización gremial, de trabajo, de prensa, de sufragio, de comunicación, de reunión, de pensamiento, de expresión, de enseñanza, de donar.

También son susceptibles de defensa las instituciones naturales, como la familia y las que constitucionalmente se permiten. El derecho defendible no es el rigurosamente individual, sino el que ejerce el hombre asociado a otros hombres.

Existe igualmente una defensa colectiva contra la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad, que es base tanto para imputar los delitos políticos como para beneficiarse con la justificante de que se está tratando. La violencia oficial contra los ciudadanos está fuera de esta norma y cabe defenderse contra ella destruyendo la organización política dominante. Si se aplaude la reacción privada contra el atacante, mayormente debe justificarse cuando los organismos de dictar leyes y de cumplirlas, unidos a cada uno en su esfera, son responsables de lesiones a la libertad, la dignidad, la salud o el trabajo de los asociados. De nada sirve una justificación individual si públicamente se ejercen contra todos políticas que condenan al desamparo, al hombre o a la cárcel por hechos normalmente legítimos.

Algunos tratadistas aceptan la legítima defensa del estado contra los delincuentes políticos extralimitando la teoría, y en el ejercicio de la justificación las autoridades cometen grandes abusos; pues bien: mucho más recomendable es la defensa jurídica y social contra el despotismo, toda vez que la autoridad viene del pueblo y es el único dueño de sus destinos.

La autoridad carece del derecho de defensa contra la acción de las mayorías. En cambio, las mayorías están asistidas por la justificante cuando el régimen no responde a la finalidad que se le recomendó, o cuando sale de ellas o cuando niega las libertades, inclusive la de no estar de acuerdo con él.

En cuanto a las garantías particulares, debemos decir, si alguien se hace violencia física o moral para que vote en una elección por candidatos que no son de su simpatía, puede defenderse con una violencia y estar en lo jurídico, lo mismo ocurre a quien repele la corrección para asistir a un oficio religioso, a quien se lo presiona para que no concurra a la asociación laboral de que forma parte, etc.

Por lo general todos estos constreñimientos afectan materialmente a la persona, antes de afectarla en sus intereses culturales o meramente religiosos o psicológicos, y no pueden

enfrentarse sino mediante contraataque de la misma índole. Lo cual no elimina los casos de violencia física.

El bien jurídico fundamental susceptible de defensa es la vida y en sentido más amplio la integridad física. La vida comprende una serie de atributos, cada uno de los cuales debe defenderse aún a costa de la exigencia ajena.

Nansine agrega: "Como la justificante está prevista para todos los delitos, la gravedad del peligro debe ser entendida en relación con el hecho cometido para defenderse y a los medios que estaban a disposición del que reacciona".

Es indudable que la propiedad también puede defenderse si es amenazada. Pero surge la cuestión de si podrá ser defendida con medios preventivos listos a obrar automáticamente en el momento en que la agresión se verifique. Tales serían las trampas, las cerraduras que hacen funcionar armas, etc., todos estos medios se designan con la palabra latina Offendícula. Algunos dicen que en estos casos no puede hablarse de legítima defensa, por faltar actualidad en el peligro en el momento en que se prepara el medio preventivo y la necesidad.

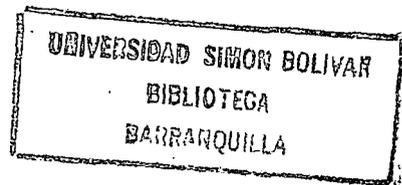
Nosotros creemos que en este caso del ejercicio no hay ningún motivo para rechazar la aplicación de la dirimente de la

legítima defensa.

No importa que el ofendido se haya preparado para actuar u obrar en tiempo futuro. La ley no considera el momento en que se dispone la defensa, sino el momento en que se ejerce ya que este momento debe referirse la necesidad. Y no puede ser discutida la necesidad de defender las cosas propias cuando el propietario está, lejos, ante bien, hay mayor necesidad. Hay que hablar en este caso de exceso de defensa, pues tratándose de un delincuente desconocido, cuya conducta agresiva no puede preverse, la reacción no puede proporcionarse a la ofensa.

Pero cuando se ha previsto el ataque a los bienes muebles, y ha sido factible solicitar el amparo de las autoridades y no se hizo; haya habido o no proporcionalidad entre la lesión patrimonial que amenaza y la lesión corporal que puede causar defendiéndose la presunta víctima, hay exceso de legítima defensa, pues la necesidad de ella ha podido por el medio inocente de la aprehensión del culpable.

Esta afirmación no es axiomática, ni podría serlo, puesto que previniendo la agresión patrimonial, en estos eventos y resistiendo a su consumación en forma inocua sobre cualquier otra razón jurídica.



La legítima defensa de la propiedad, opera tanto para evitar la pérdida de la posesión del objeto, como recuperar su posesión una vez perdida; sin que este último caso, se requiera siempre intervención judicial, pues consabido es que esta la mayor de las veces, es impotente (con sujeción al caso concreto), para procurar el reintegro del objeto, materia de la ilicitud, al patrimonio injustamente mermado.

La legítima defensa de los bienes, ejercitada con posterioridad al hecho delictivo nos depara una vez más aquella afirmación de cada legítima defensa es una situación de hecho.

El derecho objetivo podría resentirse por ausencia del elemento actualidad, pero en verdad son los hechos, en la medida común de los justos, lo que nos presenta esta institución en estudio. Habíamos dicho, que en nuestro concepto la legítima defensa de los bienes se haya delimitada por la racionalidad del medio empleado, del que es tributario en justas proporciones al valor del objeto defendido. Queremos expresar con ésto que la proporcionalidad guardada entre la defensa ejercitada y el bien patrimonial que se defiende, no puede en materia de defensa de los bienes constituir otras figuras delictivas que la del exceso en la defensa.

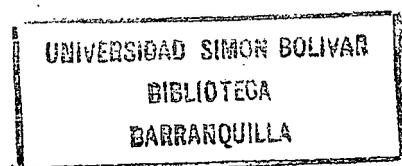
Por ejemplo: Si yo con un golpe en la cabeza, trato de quitar de las manos de un ladrón mi pulsera de oro, no seré cul

pable de homicidio preterintencional, si a consecuencia de ese golpe cae el ladrón con el cráneo fracturado y muete, tampoco habrá exceso en la defensa de los bienes.

Así pues, tenemos que la proporcionalidad, debida en la defensa, se mide en función del resultado lesivo ocasionado, habida consideración entre el objeto defendido y el resultado nocivo propinado en su defensa. Si con el tiro del revólver hiero la mano del ladrón sobra averiguar si tengo la puntería o no; si por el contrario, lo mato, habrá exceso en la defensa y no homicidio simple, sino cometido en exceso de la legítima defensa, puesto que la defensa de los bienes está garantizada por la ley, y si renunció a ella puede ser un acto de prodigalidad forzada, pero jamás un deber legal de caridad cristiana.

Si nada sucede al ladrón con el disparo, ninguna acción delictiva ha cometido por ausencia, precisamente, de resultado.

La falta de proporción en materia de defensa de los bienes, no cercena la legitimidad sino en la medida en que se hace excesiva, habida confrontación del objeto defendido y el resultado causado, pues nadie tiene el deber legal de renunciar por fuerza, el derecho más íntimo.



5. LEGITIMA DEFENSA DE TERCEROS

Observa Carrera que si se legitimara la defensa PROPIA y no la AJENA "Se santificaría el egoísmo y se proscibiría la caridad", y que "renegar de la legitimidad de la defensa ajena es tanto como renegar del evangelio". A renglón seguido agrega: "La ley natural, de la cual emana el derecho de penar que corresponde a la sociedad, no puede contradecir a la ley natural que nos obliga a auxiliar a nuestros semejantes. Prohibir a los ciudadanos que acuden en socorro de un inocente agredido no es defender los derechos del hombre, sino sus injusticias; no es servir al orden, sino al desorden".

Lo anterior es verdad, pero no es menos cierta la enseñanza de Fioretti: "No hay que hacer ilusiones -dice- sobre la frecuencia de este generoso instinto que impulsa a los hombres a socorrer a su semejante. Precisamente porque este es un sentimiento nobilísimo y propio de las naturalezas superiores, conviene andar con cautela al reconocer sus manifestaciones".

Los factores que permiten inclinar el ánimo en favor de la aceptación de la legítima defensa de terceros son, entre otros, la relación de parentesco entre la persona injustamente agredida y quien la defiende (padre e hijo, por ejemplo); la solidaridad que une a los cónyuges o a las personas que hacen vida marital ilegítima; la amistad íntima cuyos nobles impulsos son con frecuencia más fuertes que los del parentesco; el deber especial de protección que unas personas tienen en relación con otras, como el tutor con su pupilo, el maestro con su discípulo, el patrón con su trabajador y viceversa.

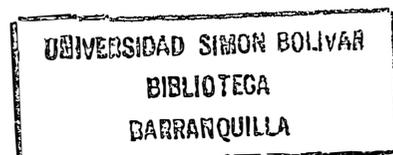
En cuanto al objeto de la defensa de terceras personas observamos que esta palabra no debe tomarse con las restricciones del artículo 90 del Código Civil. También debe considerarse persona, para efectos de la legítima defensa, el feto cuando la mujer va a ser sometida a un aborto no necesario, con o sin consentimiento. Manzini y Alimena van hasta admitir la legítima defensa de un cadáver para impedir los actos que puedan profanarlo.

Consecuencia del anterior principio es que el tercero no puede ser obstaculizado por otras personas para ejercitar la defensa: quien obstaculiza la intervención podría de considerarse según el caso de complicidad (si la ofensa constituye un ilícito penal) en el delito cometido por el agresor

(complicidad doñosa o culposa, según el caso), su relación con el agredido, y de la violencia o eventualmente de cualquier otro delito en relación con el tercero que había intervenido para llevar a cabo la defensa. Si la persona se ha opuesto a la reacción porque el peligro supuesto por la persona era en realidad inexistente, estaría eximido de pena por legítima defensa ejercida en favor de la persona contra el cual el individuo consideraba erróneamente el deber de reaccionar. Si el tercero se ha interpuesto "erróneamente" consideró él que no existía el peligro, se aplicaría la eximente de la legítima defensa putativa o subjetiva.

Por lo general puede ser afirmado el que los elementos a los cuales está subordinada la licitud del comportamiento típico del tercero son los mismos que condicionan la impunidad del agresor que reacciona. El hecho de que el mismo peligro pueda ser neutralizado por la acción de dos personas diferentes, y entre sí autónomas, suscita sin embargo algunas consideraciones especiales.

La primera, común a la legítima defensa y el estado de necesidad: si las dos eximentes son aplicables al tercero que presta el auxilio o el socorro cuando el titular del derecho objeto de la amenaza hubiera manifestado un parecer contrario.



Una segunda característica se tiene en el caso del artículo 29 (N. 5o.) o sea si el tercero puede invocar la justificante cuando la persona a favor de la cual obra, hubiere producido voluntariamente el peligro o bien sea una persona que tiene un deber especial de exponerse al mismo.

El primer problema que se debe afrontar en consecuencia si la causa de justificación es aplicable a la persona que defiende el derecho o el bien ajeno contra la voluntad del amenazado.

Examinado primeramente lo relacionado con la legítima defensa. Como se sabe, la eficiencia de la causal de justificación está subordinada a la circunstancia de que el peligro sea imputable a una agresión antijurídica. Ello en consecuencia significa que el tercero no podrá ciertamente intervenir en defensa ajena todas aquellas veces en las cuales estos hayan manifestado una voluntad contraria tal de excluir la ilicitud de la ofensa: todas aquellas veces en las cuales, precisamente estos hayan válidamente permitido al agresor la lesión de un derecho propio que a su vez puede ser sujeto de disposición.

Quedan por tanto las hipótesis en las cuales el derecho atacado no sea o no pueda ser objeto de disposición por la persona agredida. En éstas, nos parece que las respuestas debe

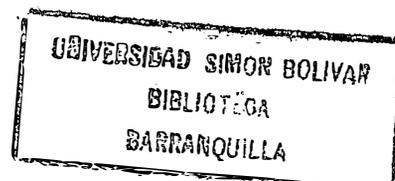
ser sin más negativa la voluntad no conforme de la víctima no puede excluir la aplicabilidad de la causal de justificación a quien interviene en su favor.

En primer lugar en su apoyo se puede invocar el tenor literal mismo de la ley, la cual no hace mención de un límite a la eficacia de la eximente o su aplicación por parte de terceros.

Alimena al igual de Manzine sostiene que la legítima defensa puede ejercitarse a favor de terceros, dada su naturaleza, ejercitarse incluso, a favor de un recién nacido, con consentimiento de la madre, y, con mayor razón, cuando no hay tal consentimiento, porque en tal caso, la violencia contra el no nacido es contra la madre.

Y puede aún ejercitarse con respecto a un cadáver para evitar que otro lo ofenda. Enrico Ferri, opina que debe darse tanto para la propia conservación como la de un tercero, por razones de solidaridad humana, que la ley debe siempre alentar.

Joaquín Franco Pacheco, opina que en este mismo sentido: El instinto de la propia conservación, el sentimiento de la personalidad obliga al hombre a defenderse a sí mismo sus derechos; el amor de la familia arrastrará a defender a sus pa



rientes, la generosidad, el amor de los justos, la suble-
vación natural contra la opresión que el fuerte ejercita con-
tra el débil, le impele a su vez, a defender a los extraños.
Si la ley no puede menos de respetar las primeras causas,
también debe complacerse en la segunda y fomentar y estimar
las terceras.

Maggiore dice que el titular del derecho agraviado puede ser
en ocasiones no solo es autor de la violencia sino un terce-
ro.

Como si alguno, para escarpar a la persecución de una perso-
na armada, penetra en casa ajena violando el domicilio.

La defensa puede extenderse por disposición expresa de la
ley al derecho ajeno, en vista de la solidaridad humana que
es fundamental del derecho.

Surge un interrogante que es el siguiente: se podrá defen-
der a un tercero que quiere usar la violencia contra el mis-
mo? Dejando de lado en que la violencia contra el propio
cuerpo es un delito verdadero y propio como ejemplo el abor-
to probado, debemos considerar legítimo impedir la ofensa que
uno infiere a un bien propio del que no puede disponer, como
la vida, el honor, etc.

Luego puede intervenir con la fuerza para detener la mano del suicida. Naturalmente, las reglas expuestas no tienen aplicación cuando la ofensa a uno mismo está permitida por la ley o la costumbre, por ejemplo, el corte de cabello.

Lo que ofrece alguna novedad es el relevo o la relativa a la necesidad que el tercero defensor no haya participado en la provocación en caso de haber existido.

Esta citación nos pone frente a dos afirmaciones:

1. Es necesario que el tercero defensor sea extraño a la provocación del agredido.
2. En el caso de la defensa de los terceros puede haber existido provocación suficiente por parte del agredido.

Analizando estas situaciones tenemos: En el primer caso la ley exige que el tercero defensor, no haya participado en la provocación de que ha sido víctima el agresor.

Tenemos como conclusión que si hay provocación suficiente, la agresión es legítima, o lo que es lo mismo, si hay provocación suficiente no hay agresión ilegítima siempre que sea racional la respuesta a la agresión o provocación.

La participación próxima es aquella que tiene lugar en el mismo instante que la provocación es producida sin que exista solución de continuidad entre la participación y la provocación. (El término provocar significa incitar a otro con palabras o actos para que se enoje).

La participación remota es aquella en que el tercero que sea luego defensor ha incitado a los otros a la provocación, pero ésta no se produce en el momento mismo de la incitación, sino algún tiempo después, ejemplo, Juan camina con Pedro por un puente, y ve venir en dirección opuesta a Marcos, Juan tiene conocimiento de que Pedro y Marcos tienen problemas anteriores, y al ver venir a Marcos, le insiste para que lo provoque: Pedro ofuscado por las palabras de Juan y tal vez envalentonado con ellas, provoca a Pedro en presencia de Juan. Este es un caso de participación próxima en la provocación.

En el caso de participación remota en la provocación, tenemos el siguiente ejemplo: Juan tiene conocimiento de que Pedro y Marcos han tenido diferencias por cuestiones personales, Juan concurre a casa de Pedro, ventilando deliberadamente esas diferencias lo incita con toda clase de argumentos que provoque a Marcos, con sus palabras crea en el ánimo de Pedro una verdadera confusión de ideas y conceptos y le deja predispuesto, tan penetrante ha sido su influencia, a provocar a Marcos en cualquier lugar que lo encuentre.

El encuentro se produce a los dos días; en cuanto a Pedro advierte la presencia de Marcos, acude a sus recuerdos, la palabra de Juan, y obrando bajo la influencia de ese recuerdo provoca en forma airada a Marcos.

Como hemos visto la ley no hace la distinción que se ha presentado, por lo tanto se refiere a ambas ya que la ley tiene por objeto, estudiar una situación que se da en la práctica.

La reacción generosa del tercero teniendo en peligro la vida a los bienes de otro individuo, acude en su defensa deja de ser tal generosa cuando la agresión tiene origen en un hecho suyo; no se supone de manifiesto esa actitud, esa noble y bella defensa de que hace mención Alimena, sino una reacción bastarda que más próxima al crimen que a la generosidad.

Indudablemente, cualquier participación que tenga el tercero en la provocación, anula la justa defensa del tercero en la provocación, ya se trate de una participación próxima o remota es decir, sea o no contemporánea al hecho de la provocación donde la ley no distingue nosotros no debemos distinguir.

Nuestro Código Penal legitima no solo la defensa personal,

sino también la defensa ajena. Los autores están acordes en admitir que el fundamento de la consagración de la defensa de otro estaba precisamente en la solidaridad humana que es el fundamento del derecho.

Ferri dice: "Que la defensa por razones de la solidaridad humana es legítima tanto para la conservación propia como de otro.

Los hombres jamás han sido solidarios, al egolatría ha sido la suprema religión de la humanidad, de los hombres en general que lejos de compenetrarse en lo que para el mismo Duguit era el ideal motor de nuestras aspiraciones, se ensañan más en dovorarse los unos a los otros. Los hombres no son solidarios.

La solidaridad como un todo articulado, no ha existido jamás a lo sumo han existido fuerzas al logro de predomnios exclusivistas; pero si en el seno de la sociedad humana encontramos la solidaridad parcelada, significando de alguna manera la destrucción del vecino, esta jamás puede ser fundamento del derecho, como tampoco la idea fertilizadora de la legítima defensa de terceros.

La experiencia no revela que haya una ley constante en la sociedad, considerada en conjunto, que sirva de presupuesto al

derecho positivo y mucho menos que esa ley sea de la solidaridad. O lo que demuestra esa experiencia es la lucha incesante por la sujeción vasallaje de dominio y exterminio de unos grupos por otro.

Pero en verdad, la piedra angular de la legítima defensa de otro, se hace ostensible en lo que Manzini llamada la delegación hipotética de la facultad de policía en el ciudadano. Si el fundamento gravitara en la sociedad social, cual sería la situación de todo aquel que se abstuviera por múltiples motivos, de cumplir con el deber de defender al prójimo inocente? A no realizar la solidaridad social no estaría atentando flagrantemente contra ella? La mayoría de los hombres permanecerían estáticos ante la agresión injusta por no verse, envueltos en problemas judiciales, no sacrificar, por otro lado un patrimonio que a toda costa necesita conservarse, sacrificios que se conducen en la búsqueda del abogado.

Luego hay que concluir materializaría que ante la cotidiana existencia del egoísmo de los hombres desmienten enfáticamente el principio de la solidaridad.

6. LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA O SUBJETIVA

La verdadera legítima defensa es objetiva o real, es decir, se ejercita siempre para repelar una violencia grave o injusta que materialmente existe. A esa defensa, provocada por la necesidad real de rechazar un peligro cierto es la que se refiere al artículo 29 de nuestra ley penal en su numeral 4a.

Al lado de la legítima defensa real, ha elaborado la doctrina la institución de la legítima defensa putativa o subjetiva, reconocida por la jurisprudencia con la palabra putativa derivada del latín Putare que significa pensar, creer, suponer o juzgar acerca de algo. La defensa putativa se presenta cuando por un error sustancial de hecho, por equivocada interpretación de una circunstancia, el sujeto cree hallarse en necesidad de defenderse, sin que realmente exista ningún peligro.

Se obra de buena fé en la errónea opinión de que un mal le amenaza y que está ejerciendo una reacción proporcionada a él y en las condiciones de justificación.

Mientras que la defensa legítima objetiva rechaza un peligro real en legítima defensa putativa se rechaza un peligro imaginario.

La defensa putativa, explica Jiménez de Asúa es la creencia que nos hallamos de ser atacados y que subjetivamente nos hace pensar que sea necesaria la defensa.

Sisco dice que existe legítima defensa putativa, cuando alguien imagina racionalmente que lo amenaza un peligro grave e inminente y reacciona con medios adecuados para evitar el perjuicio que se seguiría de esta amenaza, pero tal peligro no existió en la realidad, el agente creyó que existía pero una equivocada estimación de los hechos.

Más adelante agrega el autor; desde luego que para que exista legítima defensa putativa, es menester que el error del agente encuentre un justificante racional que puede ser determinado por las circunstancias de hechos que configuran el caso, y aún por las especiales circunstancias subjetivas del pseudo atacado.

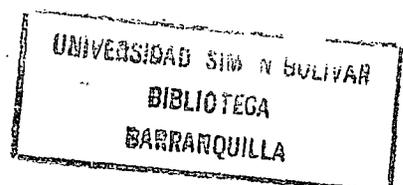
El que ha recibido amenazas de muerte, y ve entrar en su domicilio a un sujeto con el rostro cubierto y amenazándolo con un revólver debe racionalmente creer que se encuentra frente a un mal grave e inminente, y que no es objeto de una

broma pesada por parte de un amigo, como ocurriría en la hipótesis.

Si el amenazado a su vez reacciona y dispara su revólver contra el invasor, ha procedido conforme a las exigencias de la legítima defensa, y si bien es verdad que en el hecho concreto no existió sino un remedo de ataque contra su vida, también es verdad que el pudo racionalmente creer que se trataba de un ataque verdadero.

La ignorancia de la inocuidad de la acción del pseudo agresor y la creencia verosímil de ataque real justifican la repulsa y crean el estado de la defensa putativa.

No solo hay legítima defensa putativa cuando por error de hecho el agente imagina inculpablemente que es víctima de una agresión inminente, que no existe efectivamente, como en el caso muy manido del que cree que su enemigo mortal va a hacer uso de su revólver cuando lleva la mano al bolsillo del pantalón para extraer el pañuelo, sino también cuando se supone disculpablemente que hay agresión injusta, tratándose en realidad de una actuación legítima, como ocurriría en la resistencia a la captura que realiza un detective que no se identifica ni muestra la orden de arresto y a quien se confunde con un atracador.



Las mismas razones que militan para exonerar la responsabilidad a quien procede por error acerca de la agresión en sí obran en favor de quien racionalmente yerra al pensar que una agresión es ilegítima siendo legítima.

Para que haya legítima defensa putativa se necesitan los mismos requisitos exigidos para la legítima defensa real, con la diferencia de que en aquella la violencia apenas existe en la mente del sujeto, por un error de hecho imputable en la interpretación de un gesto, actitud, movimiento o circunstancia inofensiva. En la verdadera legítima defensa la necesidad defensiva es real en tanto que la legítima defensa putativa es supuesta o presunta.

Se podría preguntar que si en la legítima defensa putativa no hay violencia a agresión real, como puede haber proporción entre un ataque inexistente y la defensa? Este elemento de correlación se valora en la defensa putativa en consideración al peligro imaginario, teniendo a éste como si hubiera sido real, pues al fin y al cabo es una realidad psíquica. La repulsa, en este caso, anota Sixco, deberá estar condicionada al hecho hipotético, como si fuera este real; la proporcionalidad deberá establecerse pues, entre el medio utilizado para defenderse y la gravedad del ataque tal como pudo racionalmente imaginar a este último. Así, por una falta estimación de la realidad, una persona que se le

va agredir a golpes de puños (y tal agresión no existe) y para repeler tal agresión hipotética que él cree real, dispara su revólver y mata al presunto agresor, no habrá legítima defensa putativa, por faltar uno de los requisitos esenciales de la necesidad de defensa y proporcionalidad. Podremos decir pues, a este respecto, que no habrá defensa putativa, por falta de algunos de los elementos que la configuran.

Siendo que la necesidad en la legítima defensa hoy que valorarla siempre con referencia al factor subjetivo, y que lo mismo valen, como bien dice Maggiore, la necesidad real que la supuesta o presunta, nada se opone a que pueda haber exceso en la defensa putativa del mismo modo que en la real.

Si razonablemente yo creo que voy a ser acometido con un bastón, no se ve que pueden presentarse ese fenómeno cuando se rechaza en la misma forma a quien equivocadamente se tiene como inminente agresión por haber levantado inocentemente su bastón. Si el peligro imaginario equivale al real, se concibe perfectamente que puede haber exceso en la legítima defensa putativa.

La legítima defensa putativa puede presentarse también con respecto a terceros, como el caso citado por Pecos del hijo que engañado sobre el peligro inminente que corre su madre

de ser objeto de una violación, mata al supuesto violador en defensa de la honra de su progenitora.

Por lo que se ha visto, se colige que la llamada legítima defensa putativa no es conceptualmente otra cosa que un error esencial se encuentra o habrá de pasar.

Si tomada como debe ser la legítima defensa subjetiva o putativa como un error esencial de hecho, debemos tener primeramente en cuenta que ella se basa en una falsa noción que por la persona se tiene de algo, una representación equivocada de un objeto o hecho cierto, es decir, un estado positivo de ánimo que concibe falsamente los hechos y que tiene el carácter de esencial porque impide el que la persona que dentro de dicha situación anímica actúa tenga la representación de hecho exigida para poderle imputar criminalmente el hecho de que se trata, o para imputárselo a un hecho más grave.

Se trata pues de un hecho erróneo, también llamado error facti, porque, se repite, recae sobre las cosas o personas, o el que abarca todas las situaciones de conocimiento equivocado sobre las circunstancias fácticas, pero que tengan relevancia jurídica, error de hecho que cuando es inimputable produce la imputabilidad, tanto a título de dolo como de culpa, pero si es imputable el autor, excluye el dolo, pero no

la culpa.

Scipione Piacensa al referirse a la noción psicológica del error de hecho se expresa de la siguiente manera: "Con base a los datos suministrados por la psicología podemos considerar el error como una desviación de la imaginación del objeto externo representado como una desviación a través del objeto intelectual, del objeto pensado, del objeto externo hacia el cual se ha dirigido la actividad perceptiva del sujeto, como una desviación del proceso de identificación del objeto característico propio del acto perceptivo en forma tal que el objeto se represente a la ciencia diferente de aquello que aparece en la realidad exterior bien por la falsedad de la imagen respecto a la realidad, como podría darse en el caso de una alucinación en el cual el proceso sensorial no encuentra correspondencia en un concomitante estímulo externo, bien porque, no obstante ser la sensación verdadera los datos relativos aparecen integrándose en una representación falsa, en relación al proceso psíquico de la ilusión, por lo cual un espantapájaros aparece desde lejos como un hombre, o en la oscuridad un movimiento inocuo del compañero de viaje parece semejante a aquel".

Suele hablarse de legítima defensa subjetiva (o putativa) cuando la persona, por error, se defiende de una violencia

injusta que realmente no existía. En el presente caso el temor de quien supuesta o presuntamente se cree agredido debe ser razonable en atención a los antecedentes y a las circunstancias reales o personales que lo acompañen. En estricto derecho no hay aquí legítima defensa sino una causa excluyente de culpabilidad; la de haber obrado con la convicción de estar amparado por una causal de justificación (art. 40 ord. 3o.).

No porque se estime en modo alguno la legítima defensa subjetiva como una subespecie de la legítima defensa, o se asimile erradamente como por algunos autores se hace, la legítima defensa común y corriente, sino porque la consideración del elemento subjetivo que nos ocupa en relación a la defensa, nos ha conducido a su examen que jurídicamente habría hallado su verdadera oportunidad o sede al tratar el error esencial de hecho, que excluye la culpabilidad.

El que se diga que se da la legítima defensa putativa cuando alguien erradamente considera que está frente a una agresión inminente o actual e injusta y por tanto, legalmente autorizada a la reacción que emprende, marca las diferencias de la legítima defensa subjetiva o putativa tiene con relación a las otras causales de justificación excluyentes estas de la antijuridicidad.

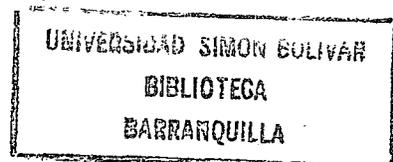
Y no constituye la legítima defensa subjetiva o putativa una excepción si se tiene en cuenta que de la misma manera que se habla de una legítima defensa subjetiva o putativa, puede así mismo hablarse de una serie de eximentes putativas tales como el estado de necesidad putativo, el putativo cumplimiento de un deber legal, y el putativo ejercicio regular del derecho, etc.

Presenta la legítima defensa subjetiva o putativa diferencias con la legítima defensa objetiva común y corriente por cuanto que como se dijo, la legítima defensa objetiva es una causa excluyente de la antijuridicidad objetiva, en cambio la legítima defensa subjetiva es una causa de exclusión de la culpabilidad., Se diferencia así mismo la legítima defensa subjetiva del exceso en la legítima defensa objetiva en que en ésta existe en realidad un peligro contra el cual en forma desproporcionada se reacciona, en cambio en la legítima defensa subjetiva el peligro no existe en realidad sino en la imaginación de quien se defiende, así se considera que en la legítima defensa subjetiva deba existir una base objetiva, pero se trata de elementos objetivos inocuos que la imaginación, se repite, del presunto ofendido transformado en algo constitutivo del peligro para su vida, sus bienes, etc.

No es posible tampoco confundir la legítima defensa subje

tiva con un pretexto de legítima defensa. Quien obra bajo pretexto de legítima defensa tiene de antemano el efectivo conocimiento de que aquello que habrá de alegar mentirosamente como una amenaza para su vida, no ha existido nunca, ni antes, ni después del hecho dentro del cual alega haber obrado en legítima defensa. Cuestión ésta del pretexto de legítima defensa perfectamente diferente no solo de la legítima defensa subjetiva o putativa sino de la llamada legítima defensa prevenida, actitud ésta prudente de defensa asumida por aquella persona injustamente amenazada por su adversario de causarle un mal futuro a su vida, integridad personal o sus bienes.

La consecuencia de esto es, indudablemente, que quien por las causas anteriormente dichas previene su defensa, puede en un momento dado obrar en legítima defensa subjetiva o putativa al observar que su enemigo realiza un acto como el llevarse las manos al sitio en que se acostumbra portar armas, en el momento en que, con éste y de manera súbita se encuentra, situación más explicable y justificable si se tiene en cuenta el permanente estado de zozobra que en el presunto amenazado han creado las anteriores amenazas contra él proferidas por su enemigo o dada la alta peligrosidad de éste, siempre y cuando realice además como el anteriormente puntualizado, ya que, de otra manera, y como antes se dijo, ni la legítima defensa obje



tiva como tampoco la legítima defensa subjetiva se estructurarían en el caso de aquella persona que por el hecho de haber sido amenazada y nada más que por ello, dispara contra su enemigo que despreocupadamente da un paseo o desprevenidamente se halla en un determinado sitio tomando un descanso y por donde la persona amenazada ocasionalmente se encuentra o habrá de pasar.

Tomada como debe serlo la legítima defensa subjetiva o putativa, como un error esencial de hecho, debemos tener primeramente en cuenta que ella se basa en una falta noción que la persona que la alega tiene de algo; una representación equivocada de un objeto o hecho cierto. Es decir, un estado positivo de ánimo en virtud del cual concibe falsamente la realidad y que tiene el carácter esencial porque impide que la persona, -que dentro de dicha situación anímica actúa-, tenga la representación real de la situación lo que no permite atribuirle o imputarle criminalmente el hecho realizado o imputárselo a un título más grave.

Se trata pues de un error de hecho también llamado "error factis" porque recae sobre las cosas o sobre las personas, o el que abarca todas las situaciones de conocimiento equivocado sobre las circunstancias fácticas, pero que tengan relevancia jurídica.

Es de advertir primeramente que tanto en el caso de legítima defensa real, como en el caso de legítima defensa putativa, idéntico es el estado de ánimo en el cual la persona actúa; es decir, la conciencia de encontrarse en la necesidad de defenderse de un peligro actual proveniente de una ofensa.

La diferencia entre las dos situaciones está únicamente en la causal que hace surgir tal estado de ánimo, porque mientras en el primer caso la necesidad de defenderse está determinada por un peligro objetivamente existente, en el segundo caso ella nace de la errónea, pero razonable persuasión del agente, de encontrarse en una situación de peligro.

Pero tanto, siempre que se considere que tiene ocurrencia la eximente de la legítima defensa putativa, es necesario que se demuestre: si la víctima de la reacción ejecutó un hecho, el cual por sus características intrínsecas sea idónea para crear un peligro actual, y que éste se presente en el momento en que la reacción sucede; con relación al estado de ánimo del agente justificación se da al formarse el sujeto inmediatamente el convencimiento de encontrarse frente a un peligro real.

El exceso puede darse también con relación a la legítima

defensa putativa; tiene con ésta un elemento común: el error sobre la actualdiad de un peligro contra el cual se reacciona.

Así en consecuencia puede decirse que se tiene la legítima defensa subjetiva o putativa, cuando quiera que se reaccione a una ofensa presunta que no tiene respaldo alguno en la realidad. En verdad aquello que caracteriza esta defensa no es tanto la "defensa putativa" ya que la defensa es por el contrario muy "real" cuanto la "ofensa putativa"! porque en tal caso el agente es inducido a obrar ante un peligro imaginario, no existente en la realidad. Como ya se ha dicho la legítima defensa subjetiva constituye precisamente lo contrario, lo opuesto a la legítima defensa objetiva, en el sentido de que, mientras esta asume un carácter exclusivamente objetivo, no teniendo al respecto, valor alguno o influencia la actitud psíquica del agente, la legítima defensa putativa asume por el contrario valor exclusivamente subjetivo, no teniendo al respecto mucho valor o influencia la situación real.

La defensa putativa está constituida, en consecuencia por una errónea suposición de la existencia de una circunstancia eximente, la cual en donde quiera que existiese dejaría inexistente la punibilidad del hecho. Los efectos penales únicamente se asimila a la defensa ordinaria de que habla

el artículo 29 (N. 4o.) del C. P.

En la legítima defensa putativa se aplican las exigencias de que se habla en la legítima defensa objetiva, hecha la advertencia sobre el error esencial de hecho, de que se ha hablado, por cuanto que supuesta la errónea valoración del agente no obstante no existir la circunstancia dada se le tiene como real, hay pues en el agente la convicción de la existencia de la misma. Ello en razón de la dificultad que tiene el agente para valorar la realidad objetiva de las condiciones dadas allí que al no hacerse uso o no darse aplicación a la legítima defensa subjetiva o putativa se estaría obligando al agente a defenderse solamente en aquellos casos en los cuales llegare a tener la absoluta certeza de la efectiva legitimidad de su acción o más propiamente de su reacción, lo cual haría imposible o muy difícil su aplicación, poniendo así al agredido o al tercero, que quisiere reaccionar, en una situación de embarazo que no respondería a los propósitos en virtud de los cuales es admitida para los particulares la defensa legítima de sus derechos o intereses cuando a dicha defensa realizar el Estado o acudirse a éste por el particular o por el tercero.

El elemento objetivo de la legítima defensa subjetiva no existe obviamente ya que como antes se dijo en la hipó

tesis materia de nuestra consideración la necesidad de la defensa no tiene vida, no existe sino en la imaginación del agente.

Precisamente es por ello que se afirma el que ésta circunstancia está integrada pura y simplemente por un elemento subjetivo. Con todo un elemento objetivo en la legítima defensa subjetiva no puede faltar ya que debe estar constituido por una situación real con base en la cual el agente supone fundadamente la presencia de los elementos que desde el punto de vista objetivo informan la legítima defensa común y corriente, mientras que en realidad dichos elementos en todo o en parte no existen.

Por lo tanto, si el "peligro" no existe, sino que el agente lo considera existente, con valoración que no puede llegar a ser considerada morbosa o patológica, se configura entonces la legítima defensa putativa.

Así en consecuencia, si el fusil o el revólver con el cual mi enemigo me amenaza está descargado, pero yo considero que está cargado y no tengo motivo poderoso alguno para pensar que efectivamente no lo está, mi reacción es excusable por legítima defensa putativa. Y lo mismo puede decirse si el peligro no es actual, más sin embargo, yo lo considero así.

que es contra quien va dirigido el ataque lo rechaza creyendo que realmente se trata de una agresión y siente la necesidad de defenderse, por lo tanto reacciona violentamente, disparando su pistola (en nuestro Código Penal es de inculpabilidad por error de una causal de una justificación) esa reacción constitutiva de un peligro cierto para Juan que es protagonista de la broma sitúa a éste en los marcos de la legítima defensa real.

En términos generales se puede decir que cuando una persona actúa en legítima putativa, crea las circunstancias de la legítima defensa objetiva de una acción violenta.

7. LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA

Opera este fenómeno de la legítima defensa, cuando en la mente de los sujetos o contrincantes, hay o existe la creencia ideal o subjetiva de que existe un ataque considerado por ellos inminente o actual o injusto, y, consecuentemente cada uno opone una defensa objetiva a la presente agresión que siente esperar de su agresor.

Este es el fenómeno que se conoce con el nombre de legítima defensa recíproca.

Ferri fue quien sostuvo por primera vez exitosamente la legítima defensa recíproca, en una de sus célebres defensas, ante el tribunal de San Miguel de Ravona, en 1883, como abogado defensor de un grupo de jóvenes políticos.

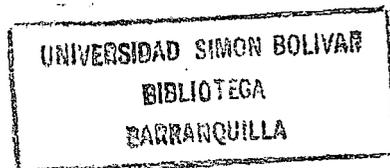
El gran maestro de la escuela positivista en sus principios de Derecho Criminal trata el tema de la siguiente forma: pero cuando se dan las circunstancias plausibles, del hecho y la sinceridad del fin de defensa en el agredido, la legítima defensa debe ser concedida con arreglo al

criterio del Estado psicológico de los contendientes.

En párrafo inmediato, expresa su actuación ante el Tribunal de San Miguel de Ravona, así; por ello obtuvo por primera vez el reconocimiento en un grave proceso de la legítima defensa recíproca que desde entonces adquirió derecho de ciudadanía en la doctrina y la jurisprudencia.

Dos grupos de jóvenes de la taberna simultáneamente se acometieron y la riña, terminada gracias a la intervención de dos carabineros, que no recibieron lesión alguna, dejó sobre el terreno cinco muertos y siete heridos.

Ante el tribunal, yo sostuve -dice Ferri- que el conflicto surge porque dada la excitación y recelo de todos, alguno creyó ver que por la otra parte se iniciaba el ataque, y provocó de esta parte la reacción defensiva de sus compañeros mientras que los otros, viéndose atacados, se defendieron a su vez. Y presentó, sigue el ejemplo del ciudadano pacífico que al entrar a su casa por la noche ve parado al fondo del pasillo, casi obscuro, a un sujeto y pensando que es un ladrón, saca el revólver; a consecuencia de ello el otro que tal vez está allí con propósitos amorosos, viéndose en peligro se apercibe de la defensa y si equivoco no se elimina rápidamente, uno y otro pueden encontrarse en estado subjetivo de legítima defensa.



Para concluir dice Ferri : "Pero nótese que estos casos y en otros semejantes la putativa equivale a la real, ebido a que determinan la creencia sincera y razonable de que es preciso defenderse". Criticando a Manzini dice el maestro Ferri: "También en este punto el jurista técnico que no quiere oír hablar de motivos determinantes, ni de la personalidad del delincuente se ve forzado a invocar el criterio antropológico". Y dice la buena fe y la racionalización de la opinión errónea, pueden deducirse de las condiciones de lugar y tiempo, de la modalidad del supuesto agresor y del que reacción, de la intelectual, del estado de ánimo psíquico normal del segundo, en que se encuentra sin su culpa en el momento del hecho, de las relaciones que eventualmente existieron entre ambos Manzini.

Fioretti y Zerboglio dicen: "Yo quiero también mantener una tesis que creo nueva y que los jurados han aceptado para la mayor parte de los acusados, admitiendo para los otros la falta de prueba.

El delito colectivo de ímpetu, eso es cometido por muchas personas en el acaloramiento de una riña o refriega, se desenvuelve en condiciones objetivas y subjetivas tan excepcionales, que deben regularse por normas completamente especiales.

Los criminalistas clásicos, por el contrario, no se han ocupado de esto, y, aún en la teoría de la complicidad, o del concurso de muchas personas en un delito, han atendido solamente a la forma preordenada y fría del delito colectivo y han dado después de responsabilidad de los copartícipes más bien medidas aritméticas que medios proporcionales.

En el caso del dueño de la casa que el agresor ha violado su morada y aquello encuentre en la misma porque aquel hombre ha ido en busca de su amante, y al tomarle por único ladrón le enseña y lo encañona, hay por parte del que obra así una defensa putativa, que por no ser legítima causa de justificación, no impide al amante, defender su vida amenazada de modo injusto.

En suma, no hay en esa colisión legítima defensa recíproca, sino una defensa putativa por parte del dueño del hogar, y una legítima defensa por parte del amante.

Es absurdo que Manzini diga lo contrario, es decir, que es al patrón y no al aturdido amante, a quien corresponde la legítima defensa, lo que equivale a trastocar el concepto de defensa putativa.

El eminente penalista Dr. Pedro Pacheco Osorio, en el

tomo No. 11, páginas 128-129 se expresa en estos términos al tratar la legítima defensa recíproca: se ha dicho por el señor fiscal de primer grado que si Arias disparó, como aparece demostrado, lo hizo en legítima defensa. Y yo lo acepto.

Porque al confundir a Alberto con Abelardo Cure, al ver en la persona de aquel agresor, de unos instantes y sabiendo armado, tenía fundadas razones para temer que se reiniciara el ataque.

Sobre el delito colectivo la escuela positiva ha dado ya las dos teorías especiales de la dificultad de la prueba y de la condición psicológica de cada individuo en la muchedumbre delincuente.

Pero el proceso de Módena ha demostrado que una tercera teoría, puramente jurídica, toma su origen en las especiales condiciones de hecho del delito colectivo, esto es, la teoría de la simultaneidad de la legítima defensa.

Luis Jiménez de Asúa está en contra de la teoría de Ferri y sus seguidores, al efecto, en su tratado de Derecho Penal, tomo IV, página 88, dice : En verdad quienes mantuvieran la legitimidad de la legítima defensa recíproca sufrieron un fenómeno de espejismo, o mejor dicho, se

contentaron con ver superficialmente el episodio sin parar y sin ver lo que había en el fondo del problema.

Hemos de partir del axioma, ya sentado, de que no existe legítima defensa contra legítima defensa, sin perjuicio de reconocer la ausencia del dolo y aún de culpas en quien cree defenderse contra un ataque imaginario.

Y nadie hubiese podido exigirle que esperara a que comenzara de nuevo para verlo, porque la reacción podía resultar tardía. La defensa en este caso meramente subjetiva, era legítima desde su punto de vista. Porque con toda justeza lo observa Carrara y lo repite Ferri, en la legítima defensa, lo putativo equivale a lo real.

Pero si la defensa de Arias era legítima por el aspecto subjetivo la de Alberto Cure también lo fué desde el punto de vista objetivo. Porque al propio tiempo que aquel creía rechazar un ataque que fundamentalmente es subjetivo y considerado inminente, grave e injusto, mi representado repelía una agresión real, que tenía además las características de actual, por cuanto ya había comenzado y aún no había concluido, grave porque ponía en serio peligro su vida, e injusta desde luego que él no había provocado ni sabía que la hubiese provocado su hermano.

En esta circunstancia surge con toda nitidez el fenómeno jurídico de la legítima defensa recíproca, enunciada por primera vez por Ferri y aceptada hoy por todos los tratadistas de Derecho Penal y los tribunales del mundo civilizado.

Esta tesis es compartida por nuestros tratadistas, porque en estos casos hay que tener en cuenta el estado de ánimo en que se encuentran los sujetos contendientes, o sea, que mientras el no forma su presupuesto subjetivo en su mente, el otro, ya ha formado está también actúa objetivamente.

Llevando lo anterior a las disposiciones penales del Decreto 100/80, encontramos que se conjuga una legítima defensa objetiva frente a una legítima defensa subjetiva (causal de inculpabilidad).

Analícemos de que manera: si la persona que en la oscuridad ve a un sujeto, el cual sorprende con un ladrón y al creerse atacado para repeler una agresión imaginaria saca su arma; el presunto agresor se enfrenta aquí a un peligro actual e inminente y a su vez, saca otra arma se hieren mutuamente. Ambos están amparados por una causal de justificación y por una inculpabilidad respectivamente.

En la legítima defensa recíproca. Un problema que ha suscitado polémicas al respecto, muy caro a los seguidores entre nosotros y a pie juntilla de la enseñanzas de Ferri, concierne a la relevancia de la llamada "Legítima defensa recíproca", tesis que fuera esbozada y desarrollada por éste y que se concreta en la consideración de que es posible darse legítima defensa contra legítima. Dos personas, obrando una contra otra pueden encontrarse en legítima defensa?

Estimamos que no hay legitimidad defensa contra legítima defensa.

Si A se encuentra en legítima defensa con relación a B es porque la conducta de B constituye una agresión injusta. Y si el comportamiento de B es ilícito, no puede al mismo tiempo ser lícito. Es una axioma de lógica jurídica que ninguna conducta puede hallarse al propio tiempo, jurídica mente prohibida y jurídicamente permitida, y en cuando A si su conducta está permitida no puede al propio tiempo estar prohibida. Quien tiene el derecho de ejercitar su defensa, no puede al propio tiempo estar jurídicamente obligado a no ejercitarla.

Al respecto se expresa así Carlos F. Grosso: "En general se ha negado el que en las situaciones en las cuales se

plantea dicho problema sea posible considerar aplicable el artículo 52 del C. P. a entrambos ofensores y defensores en contraposición. Ello es razonable".

"Tratemos sin embargo de precisar los términos en que la problemática exactamente se desenvuelve:

Plantearse o preguntarse si sea posible una defensa legítima recíproca, significa plantearse el problema de que si dentro de una hipótesis de ofensas mutuas entre dos sujetos puedan entre ambos apoyarse en la eximente.

Como ya ha sido exactamente observado el admitir que ambos agentes puedan estar excusados por el artículo 52 del C.P. significa no tener en cuenta la ley.

Esta establece, como bien lo sabemos, que la justificante de qua puede ser únicamente invocada por alguien que es constreñido a reaccionar ante el peligro de una ofensa "injusta".

Ahora bien la ofensa que se causa por legítima defensa es sin duda lícita: por tanto si la eximente debiese ser aplicada entre ambos ofensores recíprocos, se llegaría con ello a admitir la eficacia de dicha eximente con relación a personas que reaccionan a un hecho lícito, por

lo cual sería evidentemente "contrarius".

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

CONCLUSIONES

La Legítima Defensa, es un derecho que tienen las personas para defenderse cuando es lesionado, como puede ser la vida en un bien presionado, el honor, la integridad, el patrimonio económico, etc.

PRIMERO : Entre los pueblos primitivos, aunque existiera el hecho de defensa contra una agresión, no podía existir la Legítima Defensa.

Sólo puede encontrarse los orígenes de esta institución cuando se ha logrado la noción, estado, aunque sea en la forma más rudimentaria y consiguiente, en la noción del derecho.

SEGUNDO : En el Derecho Romano la Legítima Defensa, existe aunque en forma muy primitiva embrionaria y no evolucionada.

TERCERO : El Derecho Germanico, como fuente histórica , nos muestra el momento en el espíritu del legislador se abre para admitir una profunda diferencia entre el homicidio doloso el acto de pactar para defender la propia vida.

CUARTO : En el Derecho Canónico a pesar de la opinión de muchos en el contrario de legítima defensa, no sufre un estancamiento, antes bien, en las concepciones de los Teólogos y Canonistas, encontramos ampliamente desenvuelta la Doctrina de la Legítima Defensa. Derecho Canónico admitió la Legítima Defensa en la vida de los bienes, del honor de terceros, etc. con una amplitud extraordinaria, si se mide como debe hacerse, comparativamente del estado general del derecho de la época.

QUINTO : La Legítima Defensa no es una manera crimínente, si no un acto legítimo en si mismo y la disposición de la Ley que exime de pena al que obra en Legítima Defensa de un derecho o de un bien, debe hacerlo no a merito de circunstancias accidentales, sino reconociendo que el acto del que se defiende, es justo y es lícito en si mismo.

Al decir el Código que todo bien jurídico es defendible, no sólo quiere decir o referirse a la vida, sino a todos los demás bienes y lo determina el valor del bien es la apreciación subjetiva del titular del derecho.

No debe confundirse la Legítima Defensa putativa, porque entre ambas figuras existe una diferencia fundamental y objeto que caracteriza cada uno de ellos.

La diferencia es la siguiente :

En la Legítima Defensa debe haber agresión y además ser ésta legal e ilegal, en la Defensa Putativa, no existe agresión, pero debe haber una creencia razonable que en tal agresión exista, y actuar imputado o impulsado por dicha creencia, por lo tanto se llega a la conclusión que la defensa putativa tiene su origen en un error de hecho y en ella la repulsa se adecua al peligro imaginario.

Pero si uno de los participantes de la Defensa putativa, es civilmente responsable por las consecuencias de un acto , aún cuando sea absoluto en juicio criminal.

Por lo tanto la Legítima Defensa es una institución que ha existido y debe conservarse a través de los tiempos, por que por medio de ella, podemos lograr que no se condene a una persona que ha actuado en situación inesperada a su voluntad y en defensa a sus derechos porque éstos deben ser respetados por los que lo rodean. Pero para que ésta pueda proponerse o alegrarse, es necesario que existan los elementos que lo contribuyan, como son :

PRIMERA : LEGITIMA DEFENSA

SEGUNDA : AGRESION ACTUAL E INMINENTE

TERCERA : PROPORCIONALIDAD ENTRE LOS MEDIOS EM
PLEADOS Y LA AGRESION, a falta de uno
de estos elementos, como causal de
justificación.

BIBLIOGRAFIA

- ALIMENA, Bernardillo. Principios de Derecho Penal. Traduc. Eugenio Cuello Callón. Madrid, Librería General de Victoria, 1966.
- ALIMENA, Francesco. I Limiti e i modificatori dell'imputabilità.
- ARENAS, Antonio Vicente. Derecho Penal Colombiano. Bogotá, Universidad Nacional, 1964.
- . Compendio de Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1982.
- ALTAVILLA, F. Voce Difesa Leggtiva en "Nuovo Digesto Italia no". 1968
- BERNAL, Pinzón. Jesús. El Homicidio. Comentarios al Código Penal Colombiano. Bogotá, Temis, 1971.
- CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal General. Bogotá, Temis, 1956.
- CALDERON. Eugenio. Derecho Penal. Mexico, Nacional, 1953.
- CIVOLI. Legittima Difesa e stato di necessita.
- D'ANINIELLO. Ligittima Difesa ed Attentati al diritto di propieta.
- DIAZ PALOS, F. Legítima Defensa.
- ESCIBA, Gregorio J.M. La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal.
- FERRI, Enrico. Principios de Derecho Criminal. Madrid, Rous 1933.
- FIORETTI, Zerboglio.. Su la legittima difesa.

GAITAN MAHECHA, Bernardo. Cursos de Derecho Penal Colombia
no.

LOZANO y LOZANO, Carlos. Defensas Penales. Bogotá, Lerner,
1961.

MAGGIORE, Guissepe. Derecho Penal. Bogotá, Temis, 1954

PEREZ, Luis Carlos. Nuevas Bases del Derecho Criminal.
Bogotá, Universidad Nacional, 1947.

SISCO, Luis P. La Defensa Justa. Bogotá, Florida, 1969/.

034431

112.00

DE 100

70889

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
BIBLIOTECA JURÍDICA
FRANCISCA DE PAULA SANTANDER
FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

BIBLIOTECA

4034439

No. de inventario 218

FECHA 25 FEB. 2008

GATJE DESCRIPCION

