

INCIDENCIA DE LA LEGITIMA DEFENSA EN NUESTRA
LEGISLACION PENAL

JOSE NEFTALI LARA LARA
JOSE ANTONIO LLANOS MOLINA

Trabajo de Grado presentado como requisito
parcial para optar al título de Abogado

ASESOR. Dr. FERMIN UTRIA MENDOZA

BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO
SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

1991

RENAL



Señores
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
ATTE. Dr. CARLOS LLANOS SANCHEZ
DECANO FACULTAD DE DERECHO
E. S. D.

Apreciado Doctor.

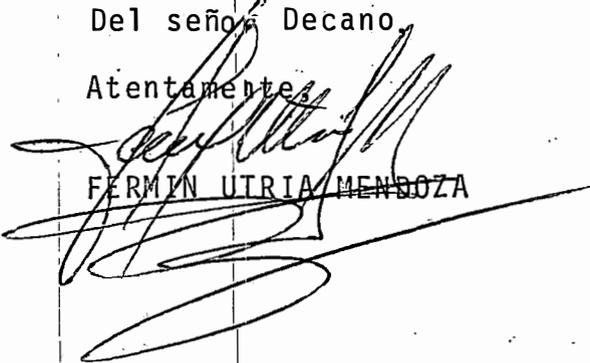
Por medio de la presente me permito emitir concepto favorable sobre el trabajo de Investigación presentado por los egresados: JOSE NEFTALI LARA LARA y JOSE ANTONIO LLANOS MOLINA, como requisito parcial para optar al título de Abogado titulado: "Incidencia de la Legítima Defensa en nuestra legislación penal.

El trabajo investigado constituye una recopilación de los aspectos doctrinales y jurisprudenciales de la legítima defensa.

Por cumplir satisfactoriamente con los requisitos exigidos por la Decanatura y reglamentos de la Universidad, imparto su aprobación.

Del señor Decano

Atentamente



FERMIN UTRIA MENDOZA

DEDICATORIA

Dedico este triunfo a:

Mi esposa MONICA DEL SOCORRO FLOREZ DE LARA.

A mis queridas hijas. YORLEY y SAKIA LARA FLOREZ.

Ya que en todo momento fueron mi punto de apoyo material y espiritual para seguir adelante y para superar los momentos de flaqueza que encontré en los caminos para llegar a culminar esta carrera y deseo que este ejemplo de superación sea para ellas imperecederos.

JOSE NEFTALI

DEDICATORIA

Dedico este nuevo triunfo a mi esposa:

FLOR MARIA DE LA CRUZ.

a mis hijos:

SUGEY Y JAIR

Por quienes siempre sentí el deseo de complacencia de ver en su esposo y padre un profesional del Derecho.

Y quienes siempre me apoyaron en el momento que necesité de ellos para poder culminar con éxito esta carrera.

JOSE ANTONIO

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

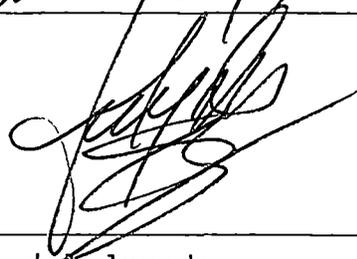
PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR	: Dr. JOSE CONSUEGRA HIGGINS
DECANO	: Dr. LUIS C. LLANOS SANCHEZ
DIRECTOR C. JURIDICO	: Dr. ANTONIO SPIRKO CORTES
SECRETARIO GENERAL	: Dr. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA
ASESOR	: Dr. FERMIN UTRIA MENDOZA

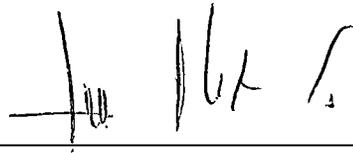
NOTA DE ACEPTACION

Aprobado

Julio, 23/92



Présidente del Jurado



Jurado



TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCION	10
1. MARCO HISTORICO	12
1.1. DESARROLLO HISTORICO	12
1.2. DERECHO ROMANO	13
1.3. DERECHO GERMANICO	14
1.4. DERECHO CANONICO	15
1.5. DERECHO HISTORICO ESPAÑOL	17
2. MARCO LEGAL	19
2.1. CONCEPTO	19
2.2. FUNDAMENTO	20
2.3. TEORIA DE LA IMPUNIDAD	21
2.3.1. Tesis de la acción injusta pero no punible	21
2.3.2. Tesis de la coacción síquica	22
2.3.3. Tesis de la retribución de mal con mal	23
2.3.4. Tesis de la colisión de derecho	23

2.4.	TEORIA DE LA JUSTIFICACION	24
2.4.1.	Tesis del derecho de necesidad	24
2.4.2.	Tesis de la defensa pública subsidiaria	25
2.4.3.	Tesis de la legítima absoluta	26
2.5.	TEORIAS POSITIVAS	26
2.6.	TEORIA MIXTA	28
3.	MARCO ANALITICO	29
3.1.	REQUISITOS	29
3.2.	AGRESION ACTUAL E INJUSTA	29
3.3.	ACTUALIDAD DE LA AGRESION	30
3.4.	INJUSTICIA DE LA AGRESION	32
3.5.	AGRESION INIMPUTABLE	33
3.6.	AGRESION DE AUTORIDAD	35
3.7.	AGRESION SEXUAL DEL CONYUGE	36
3.8.	EL FENOMENO DE LA PROVOCACION	38
3.9.	EL FENOMENO DE LA RIÑA	39
3.10.	ATAQUE A UN DERECHO PERSONAL PROPIO O AJENO	41
3.10.1.	Derechos defensables	41
3.10.2.	El bien jurídico de la vida e integridad personal	41

3.10.3.	El bien jurídico de la propiedad	42
3.10.4.	El bien jurídico del honor	43
3.10.5.	La honra	45
3.11.	EL PUDOR	45
3.12.	LA LIBERTAD SEXUAL	46
3.13.	EL HONOR CONYUGAL	47
3.14.	DEFENSA DE TERCEROS	49
3.15.	AGRESION AL FETO	51
3.16.	AGRESION A PERSONA JURIDICA	52
3.17.	EL CASO DEL TERCERO NEUTRAL	53
3.18.	NECESIDAD DE LA DEFENSA	58
3.18.1.	El animus defendi	58
3.19.	TITULARIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA	60
3.20.	LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	61
3.21.	EL PROBLEMA DE LA FUGA	62
3.22.	PROPORCIONALIDAD ENTRE AGRESION Y REACCION	63
3.23.	LEGITIMA DEFENSA PRIVILEGIADA	65
3.24.	LA LEGITIMA DEFENSA PUTATIVA	67
3.25.	DEFENSA RECIPROCA	69
	CONCLUSION	71
	BIBLIOGRAFIA	78

INTRODUCCION

Desde el momento en que entró al estudio de las Ciencias Jurídicas, comencé a sentir una inclinación especial por la rama del Derecho penal, puesto que es esta materia la que toca una parte muy esencial del hombre. Es por eso que en el trabajo de investigación que corresponde realizar para poder optar por el título de abogado he escogido el tema de la legítima defensa como causal de justificación del hecho.

En este trabajo de investigación procedí a organizarlo de la siguiente manera: tres capítulos determinados así: Un marco histórico, un marco legal, y un marco analítico.

En el marco histórico haré un estudio pormenorizado del comienzo de la legítima defensa y su inicio en las diferentes legislaciones como en el Derecho Romano, en Germano, en el Canónico y en el Derecho histórico español.

En el marco legal estableceré los diferentes conceptos que

han dado diversos autores acerca de la legítima defensa, su fundamento o bases que sirven para sustentar la legítima defensa; las teorías de la impunidad en las cuales se estudiará el por qué no debe castigarse a quien actúa reaccionando violentamente contra agresión violenta e injusta, las diferentes teorías que existen acerca de la justificación del hecho punible.

En el marco analítico estará incluido los requisitos de la legítima defensa como consecuencia de que todo ordenamiento en la ley debe cumplir con ciertas exigencias, agresión de autoridad, donde será motivo de estudio si se puede reaccionar ante la agresión injusta de la autoridad cuando se sale de los límites de la misma. Agresión sexual del cónyuge; el fenómeno de la provocación, donde analizaremos también si con su actitud provocativa el agente provocador pueda alegar legítima defensa; el fenómeno de la riña donde veremos si los que riñen pueden alegar esta causal; analizaremos también los derechos defensables como sería: la vida, los bienes, el honor, etc. El caso del tercero neutral, donde también veremos las diferentes facetas de quien no tiene que ver nada ni en la agresión ni en la defensa; y las distintas clases de legítima defensa como es la legítima defensa privilegiada, la putativa, y la recíproca.

1. MARCO HISTORICO

1.1. DESARROLLO HISTORICO

La legítima defensa es muy antigua y es tan antigua que podríamos ubicarla desde el inicio mismo de la humanidad. Pero tenemos que diferenciar lo que es la legítima defensa con el hecho de la defensa. El hecho de la defensa contra el ataque próximo es de tiempo antiguo, y es tan antiguo como el hombre mismo; pero hasta cuando no aparece el Estado diferenciándose del individuo y el derecho, dictando normas, haciendo diferencias de lo justo o injusto no ha podido aparecer la legítima defensa.

La palabra misma "legítima" nos da la idea de existencia del derecho y calificando la reacción defensiva.

Los pueblos primitivos justificaban la defensa para justificar esa reacción, para quienes no tienen que ver ni en la defensa ni en el ataque. En los pueblos de origen primitivo no había ni el mínimo vestigio de la legítima defensa.

Analizaré cómo se fue desarrollando la legítima defensa a través de las diferentes legislaciones como: en Derecho Romano, el Germánico, en el Canónico y en el Derecho Histórico Español.

1.2. DERECHO ROMANO

En el Derecho Romano ya se encuentra esta institución formada quedando a oscuras el proceso del nacimiento de esta importante figura.

Las investigaciones realizadas en la legislación de Roma, muestran a la legítima defensa, ya como un concepto jurídico por lo que ya había aparecido la sociedad y el derecho.

(La Ley de las doce tablas permite dar muerte al ladrón sorprendido durante la noche; y (lo mismo) sorprendido durante el día si se defiende con arma). Para los romanos la violencia podía ser de cualquier forma ya sea levantando la voz, o poniendo la mano, o impidiendo arrojar la piedra.

Sisco dice: "que en esta idea expresa la condición para que se dé o adquiera la legítima defensa como tal". La agresión injusta que se puede presentar de varias maneras.

Una ley cornelia establece para que se dé esta figura que la reacción sea tal que parezca la indispensable, o que de no tener lugar quedará en peligro la vida del que se defiende. Esta misma ley dice: "que si alguno da muerte a un ladrón nocturno se le considera impune en caso que no haya podido perdonar la vida del ladrón, sin peligro de su propia vida.

El derecho romano exige que el ataque y la defensa sean simultáneos, o sea, que no se produzca después de un tiempo.

1.3. DERECHO GERMANICO

En el Derecho Germánico no hay situación muy clara de legítima defensa, pero que se podría considerar el paso para llegar a ella. En el Derecho Germánico queda impune la venganza inmediata, o sea, matar a quien ha matado a otro.

La ley del talión es la que da origen a esta forma de composición, alguien que mata a un hombre, eso solo hecho justifico para matarlo.

Para algunos autores como Fioretti y Carrara, la composición aquí se va transformando en legítima defensa.

En el derecho germano se dio la compensación simbólica que consistía en que cuando entraba a su casa un ladrón, el dueño de casa podía matarlo, y arrojar el cadáver a la vía pública, colocándole unas monedas o una cabeza de gallo. Y esto equivalía a justificar la muerte en defensa del domicilio o de la vida.

También se acostumbró condenar a muerte al que actuaba en legítima defensa, pero en seguida se le concedía la libertad en virtud de los motivos que tuvo para matar.

1.4. DERECHO CANONICO

Según Fioretti, el Derecho Canónico es un retroceso de esta figura.

Según Sisco, "el Derecho Canónico ha enfocado esta figura con mayor amplitud"¹.

En la obra "La teología moral" de José Morán se plantea lo siguiente: ¿es lícito matar al injusto invasor de la vida?, y responde que cuando no hay otro medio para evitar la muer-

¹SISCO, Luis. La defensa justa. p. 51.

te es justo quitar la vida al injusto invasor, porque esta doctrina es común de los teólogos.

En el "significasti" capítulo del Derecho, se lee que el que repele la violencia con violencia está amparado por todas las leyes.

En el diccionario de ciencias eclesiásticas dice: "en cuanto al derecho en virtud del cual la defensa natural tiene lugar, según el cual la muerte del ladrón de noche es legítima".

Podemos deducir que en el Derecho Canónico se plantea la defensa de terceros. Es así como los salmaticenses opinan que cuando un asesino va a matar a un indefenso o inocente, "debe" matarse al primero en defensa del segundo.

San Alfonso considera que no hay obligación de hacerlo así. Aunque dice que no hay obligación de matar a quien atenta injustamente contra derecho de otro, pero sin embargo admite qué se debe hacer cuando: 1) la persona invadida es necesaria al bien común; 2) la persona invadida estuviere ebria o en pecado mortal; 3) la persona invadida fuera la esposa, el padre, la madre, o el hermano del tercero que sale en defensa de la vida del atacado.

El Derecho Canónico plantea: ¿si al adúltero sorprendido en adulterio por el marido de la adúltera, puede matar lícitamente a éste, en caso de que el adúltero sea atacado?

Los canonistas resuelven que sí, que el adúltero no hace más que defenderse y es un derecho que le asiste.

Según estos comentarios y doctrinas puede verse claramente en el derecho canónico una visión muy clara de la legítima defensa.

1.5. DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

Aquí se reglamenta la defensa privada de la persona y de los bienes. Sin embargo no se encuentra todavía un principio general, ni la institución puede estudiarse en forma ordenada, o sistematizada como otras instituciones (por ejemplo, el matrimonio).

Las disposiciones de la legítima defensa permite afirmar que se reconocía este derecho; aunque no existe el principio general del que se desprenda por aplicación en la práctica o en la teoría de los casos particulares.

El liber iudiciorum declara impune al que mata al ladrón nocturno, y también al que roba durante el día y se defiende.

Cosa análoga se advierte en las partidas.

Podemos concluir que el Derecho Histórico Español tenía normas que aunque no lo consagraron sí lo consagraron.

2. MARCO LEGAL

2.1. CONCEPTO

La legítima defensa está enmarcada en el artículo 29 numeral 4 de nuestro código penal, y que define esta figura de causal de justificación del hecho de la siguiente manera:

"por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcional a la agresión"²,

Se presume legítima defensa en quien rechaza al extraño, que indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediata, cualquiera sea el daño que le ocasione.

Algunos tratadistas definen la legítima defensa de la siguiente manera:

²ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal. p.21.

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

Sebastián Soler define la legítima defensa como: "la reacción necesaria contra una agresión injusta actual y no provocada".

Alfonso Reyes Echandía la define así: "es la reacción tempestiva y adecuada a una agresión actual e injusta".

De las definiciones emitidas por los tratadistas en mención llego a la conclusión de los siguientes elementos: reacción ante una agresión actual o inminente, no provocada por el agente que la ejecuta en defensa de un bien propio o ajeno.

2.2. FUNDAMENTO

Ha sido preocupación constante de los estudiosos del derecho fundamentar las razones del por qué no se debe sancionar penalmente al que actúa en legítima defensa, razón por el cual se han formado varias teorías de las cuales se hablará de las más importantes como son;

2.3. TEORIA DE LA IMPUNIDAD

De acuerdo con esta teoría quien actúa en legítima defensa realiza comportamiento antijurídico, que sin embargo debe quedar impune.

En lo que respecta a la impunidad de esta teoría se han dado diversos criterios que subdivide esta teoría:

2.3.1. Tesis de la acción injusta pero no punible. Se atribuye a Kant quien considera que la muerte del agresor en manos del agredido tiene su origen en la necesidad de defenderse, pero sin embargo considera que ninguna necesidad puede transformar lo injusto en justo. "Lo que sucede es que no pudiendo actuar la ley en el momento en que la agresión se manifiesta, el acto agresivo debe quedar impune porque la pena pierde su eficacia que experimenta el agredido de sufrir daño eminente".

Según algunos tratadistas, Kant se contradice en esta teoría en relación a su pensamiento, en torno a la pena, porque en este caso se plega a consideración de oportunidad, y que lleva a pensar en forma equivocada que la legítima defensa cobija únicamente a quien sienta la inminente agresión, consideración que sacrificaría en forma injusta a quien sienta temor al peligro inminente o al daño actual

que implica la agresión que al mal futuro de la pena,

2.3.2. Tesis de la coacción síquica Esta tesis es defendida por Puffendor para quien la legítima defensa debe quedar impune en razón de que la persona que actúa en legítima defensa sufre una perturbación síquica al momento de la agresión.

Algunos tratadistas consideran criticable esta teoría debido a que sólo favorece a quienes sufran perturbación síquica al ser atacados, y excluyendo a quien con sangre fría, y sin perturbación repele el ataque de que es víctima, o de quien actúa en legítima defensa de terceros.

Según esta teoría se puede observar que el autor de esta tesis no tiene en cuenta la proporcionalidad sino que basta únicamente que quien actúa en legítima defensa sufra una perturbación síquica como único requisito. Es criticable también la teoría de la impunidad porque considera como antijurídica a quien actúa en legítima defensa, y si lo analizamos desde el punto de vista dogmático del delito, por lo menos en nuestra legislación para que sea considerada como tal debe ser típica, antijurídica, y culpable; y por mandato expreso del legislador quien actúa en legítima defensa, adopta un comportamiento legal por lo tanto quien reacciona no realiza comportamiento antijurídico.

2.3.3. Tesis de la retribución de mal con mal. El autor de esta teoría es Geyer, para quien la legítima defensa no pasa de ser una excusa.

Geyer considera que la represión del delito es una función social que no puede ejercitarse por el individuo, sino por alguien que lo represente; y que sería dentro de su concepción, el Estado. Cuando un individuo comete un acto delictivo, el Estado aparece para castigar; cuando un individuo se defiende de un ataque retribuye él por sí mismo, el mal de que iba a ser objeto, se produce entonces la sustitución de la fórmula "hay que retribuir el mal con el mal". Aquí aparece para Geyer la antijuridicidad del acto del que se defiende, acto que debe quedar impune por razones especiales que luego da pero que en nada modifica ni transforma su antijuridicidad.

Luis Sisco considera curiosa la posición de Geyer, al darle a un acto el carácter de antijuridicidad, y al mismo tiempo sostener que no debe ser penado. Geyer considera que la legítima defensa no es un derecho sino una acción en sí misma punible, pero que en determinadas condiciones es excusable.

2.3.4. Tesis de la colisión de derecho. Es sostenida por Von Burf, quien dice: "entre dos intereses en pugna, en colisión,

sión, que uno de ellos no puede conservarse sin la destrucción del otro, el Estado opta por el sacrificio del menos importante, y es menos importante el derecho del agresor en virtud de la ilegitimidad de su ataque".

Esta tesis es muy criticada debido a que predica que el Estado opta por el derecho del menos importante, y el menos importante es el agresor, por el solo hecho de ser el agresor y no mira la importancia desde el punto de vista social, objetivo, porque no es igual un científico a un lustrabotas, por el solo hecho de ser el científico el agresor.

2.4. TEORIAS DE LA JUSTIFICACION

Estas teorías se caracterizan porque consideran la legítima defensa como causal de justificación y existen varias posiciones que se diferencian al precisar la causa del fenómeno. Veremos las más importantes:

2.4.1. Tesis del derecho de necesidad. Su protagonista es Hegel quien considera que la vida es la máxima expresión del ser humano. Y para protegerla puede sacrificar el bien jurídico ajeno, en tal caso ejerce un verdadero derecho de necesidad.

Considera Hegel que si al hombre que está en peligro de muer-

te, no se le permite actuar para defender su derecho a la vida, hay que considerarlo como carente de derecho. Y por lo tanto sentenciado a muerte y considera que el delito es la negación del derecho. La defensa privada es la negación de la negación del derecho y por lo tanto es justa.

Hay que tener en cuenta que Hegel parte del supuesto de que la agresión es delictuosa, posición algo criticada debido a que sólo se exige que el ataque sea injusto y un acto puede ser injusto sin ser delictuoso.

2.4.2. Tesis de la defensa pública subsidiaria. Su máximo representante es Carrara quien dice: "que el fundamento de la ilegitimidad es la cesación del derecho de castigar en la sociedad".

Se confiere a la sociedad la defensa pública cuando la autoridad falla en la defensa de los intereses jurídicamente tutelados. La defensa pública tiene, pues, un carácter subsidiario de lo que se puede deducir que cuando la defensa privada puede ser eficaz, y la defensa pública no es, aquella recobra su derecho y ésta lo pierde.

Esta teoría es muy acertada en cuanto al Estado es a quien le corresponde impartir justicia, pero en virtud de su ine-

ficacia, en ese momento, es apenas lógico aceptar que la persona agredida emplee los medios a su alcance para defender su propia vida, en virtud de la falta del Estado para impartirla.

2.4.3. Tesis de la legítima absoluta. Esta tesis es defendida por Ihering quien la resume de la siguiente manera: "el que se ve atacado en su derecho debe resistir; es un deber consigo mismo. La conservación de la existencia es la propia vida y así se manifiesta en la creación de todas las criaturas; pero la vida material no es la vida del hombre, debe defender además su existencia moral, que tienen condición necesaria el derecho".

Esta tesis es criticada debido a que quien se ve atacado en su derecho debe resistir; pero no explica el porqué debe resistir, y más que resistir necesita es una reacción contra el ataque.

2.5. TEORIAS POSITIVAS

En relación con la no punibilidad de quien actúa en legítima defensa se dan varias corrientes dentro de la escuela positivista:

Para Enrique Ferri, el carácter jurídico y social de los motivos y la calidad del fin que se propuso el agente, le sirven de fundamento a la defensa, ya que ese fin no fue el de ofender a otro, sino el de defenderse y, por lo tanto ese hombre no es temible.

Ferri justifica lo anterior al decir que es el resultado de condiciones de carácter jurídicas y psicológicas que no pueden separarse. La condición objetiva está en la colisión jurídica; la condición psicológica se halla en los motivos determinantes que han de ser conforme a derecho y no antisociales.

Julio Fioretti, sostiene: que el agresor es sujeto peligroso, de tal manera que quien lo rechaza cumple una función social.

Según esta teoría se puede concluir que quien actúa en legítima defensa, cumple una doble función; como es el de defender su propio derecho y al mismo tiempo cumplir con una función social al fallar la defensa pública que corresponde al Estado.

Adolfo Zerboglio, para quien la defensa es legítima "siempre que con ella no se demuestra ninguna cualidad más o menos an-

antisocial en el individuo que la consuma".

Se critica esta teoría porque limita el derecho de defensa, a quien por cualquier motivo tenga alguna cualidad antisocial, y que sin embargo se vea atacado en su derecho por una situación a la cual el agente que se defiende no ha dado origen y tiene razón el tratadista Enrique Labedan al decir: "que esta tesis se apoya en el falso prejuicio de que el agresor es más peligroso que el ofendido".

2.6. TEORIA MIXTA

Según esta teoría la legítima defensa se justifica por las siguientes razones: porque quien reacciona para defenderse o proteger a otro, no es perverso y no debe ser sancionado; que aunque el hombre no debe hacerse justicia por sí mismo y que es la sociedad a quien corresponde, también es cierto que cuando alguien es atacado se prueba que la tutela social falló, y el individuo recobra el derecho a defenderse. Porque cuando una persona es atacada hay en conflicto dos intereses, según el interés social la víctima es preferida al agresor.

3. MARCO ANALITICO

3.1. REQUISITOS

Son requisitos indispensables para que se dé la legítima defensa los siguientes:

- Agresión contra un derecho propio o ajeno.
- Injusticia de la agresión.
- Actualidad o inminencia del ataque.
- Proporcionalidad entre el ataque y la reacción defensiva.

3.2. AGRESION ACTUAL E INJUSTA

La agresión según Francisco Pacheco, tratadista español, la define de la siguiente forma: "agresión quiere decir tanto como acometimiento y para que ésta se verifique no es necesario que ésta se haya consumado pero sí que se haya inventado el mal.

El concepto de agresión supone un comportamiento humano le-

sivo de intereses ajenos, lo que descarta el ataque de animales, o el peligro proveniente de cosas inanimadas, caso en el cual quien la repele se desplaza al ámbito del estado de necesidad.

Se discute si la agresión sólo puede darse por acto positivo, o si es posible también mediante simple omisión. Aunque es muy visible que la ofensa se constituye por acción más o menos violenta, nada se opone a considerar como agresión la conducta omisiva capaz de producir daño, y lleve esa intención, se citan como ejemplos: Pedro, quien sufre enfermedad infecto contagiosa, se niega a salir de la habitación de Juan con la pretensión de contagiarlo, ante lo cual éste lo expulsa violentamente.

Podemos concluir que la agresión es todo acto violento realizado por acción u omisión con la intención de proferir daño a otro.

3.3. ACTUALIDAD DE LA AGRESION

Segun el parecer de algunos tratadistas (Carrara, Soler, Florián Ferri, Pessina). Para que la agresión justifique la defensa debe ser actual. Con lo cual se quiere decir que debe haber contemporaneidad entre el hecho de la defensa y el ataque.

La agresión y la defensa debe producirse sin solución de continuidad.

Existe unanimidad en los tratadistas al considerar que la agresión debe ser inminente o haber comenzado ya.

La actualidad de la agresión hay que entenderla como la que ya ha empezado y no ha concluido, aún la que se concretó en daño real y persiste todavía.

Por agresión inminente hay que entender cualquier gesto, actitud o amenaza que evidencien daño inmediato a la persona. Es esta la forma más común de agresión, y la que con mayor lógica explica la reacción defensiva, ya que la víctima impide que el ataque se consuma. De lo cual se puede deducir que no es necesario esperar a que el ataque que se produzca para repelerlo cuando es posible rechazarla desde su comienzo.

También podemos afirmar que la amenaza constituye agresión inminente, cuando se efectúa con arma y la reacción es simultánea. Y según concepto de Gaitán Maecha: "es obvio que el ademán de sacar el arma, acompañada de manifestaciones dirigidas a intimidar para el que se defiende es objetivamente una agresión; con mayor razón si al además sigue efectivamente la prestación del arma contra la persona amenazada";

3.4. INJUSTICIA DE LA AGRESION

Es común equiparar los términos "injusticia" e "ilegitimidad" como calificativos de la agresión. La equiparación no es muy correcta. Los redactores del proyecto de 1974 se decidieron por la injusticia. Contra la ilegitimidad se dijo que esta entraña un concepto eminentemente jurídico, y lleva a restringir el ámbito de la agresión a los comportamientos descritos como hechos posibles, excluyendo otra clase de ataque susceptible de reacción legítima. Se cita como ejemplo: el caso del juez que dicta un injusto auto de detención y captura a quien no merece esta medida.

La reacción defensiva del perseguido no sería justificable, porque aunque se dirigió contra una decisión injusta, era legítima, pues provenía de un funcionario competente.

También se tiene por ilegítimo, para el caso de la esposa frente al marido que quiere accederla carnalmente contra natura. En este caso dicen algunos tratadistas que el marido no está procediendo injustamente sino ilegítimamente.

El concepto injusto debe prevalecer, porque injusto es todo aquello que es contrario a derecho, mientras que ilegítimo es todo aquello que es contra la ley, y una conducta puede ser ilegítima pero no injusta.

3.5. AGRESION INIMPUTABLE

La agresión de imputable ha sido tema de gran preocupación entre los tratadistas en el cual surge el interrogante de ¿si el comportamiento agresivo de un inimputable (menor de edad, enfermo mental, intoxicado), constituye violencia injusta de la cual es lícita defenderse?

Algunos tratadistas consideran que la legítima defensa puede emplearse contra todos los imputables, aun cuando sean semiimputables. Esto no quiere decir que hay que dejarse matar por los no imputables sino que la acción de éstos no es justa ni injusta.

Respuesta ésta que es un poco vacía porque no explica el porqué no es justa ni injusta.

Otros tratadistas consideran que cuando la agresión es realizada por un irresponsable, el agredido no está obligado a dejarse lesionar, pero su reacción deja de ser justa para convertirse en acto necesario como de quien se defiende del ataque de un animal.

Vicente Arena dice:

Si la violencia ha de ser injusta debe proceder de una persona capaz de obrar con justicia. Si proviene de un impúber o de un enajenado mental no se puede hablar de violencia injusta, lo cual no quiere decir que la persona no tiene derecho a defenderse del ataque de un menor o de un loco³.

Si lo tiene pero a título de estado de necesidad.

Para otros tratadistas la agresión es injusta desde que sea amenazado sin causa legla, un bien o interés jurídicamente tutelado. Por lo tanto es admisible la legítima defensa contra ataque proveniente de inimputable (loco, inmaduro).

Como puede verse en los criterios antes expuestos existe diversidad de conceptos, donde para algunos, el que se defiende de un ataque injusto de in inimputable lo hace en estado de necesidad, y quienes consideran que actúa en legítima defensa.

Considero que el que se defiende de una agresión de un inimputable lo hace a título de legítima defensa, ya que los requisitos de la legítima defensa son de carácter objetivo; mientras que la inimputabilidad es de orden subjetivo.

³ ARENAS, Antonio Vicente. Derecho penal general. p.209.

3.6. AGRESION DE AUTORIDAD

La legítima defensa procede cuando se está ante una agresión injusta e ilegítima. Por lo que no sería procedente ante la violencia legal que en algunas ocasiones ejerce la autoridad para poder cumplir su forma eficaz su misión, ya que su actuación no es injusta sino que actúa en ejercicio de un derecho legítimo, y cumplimiento de un deber legal, y dentro de este marco legal no es dado al particular reaccionar en virtud de la causal en mención.

¿Pero qué sucede cuando el acto violento de la autoridad no corresponde a la naturaleza propia de sus funciones?

Algunos tratadistas se han pronunciado al respecto.

Rodolfo Moreno distingue dos situaciones según que el funcionario actúe dentro de sus atribuciones, aunque abuse de las mismas o por fuera de ellas; cuando el funcionario procede como autoridad y dentro de las facultades que tiene "no puede considerarse que incurre en agresión". Y cuando actúa por fuera de las atribuciones que tiene se sale de las mismas "actúa como particular y cae en la esfera común del derecho".

Otros tratadistas consideran que "el ejercicio de autoridad

cuando se lleva a cabo dentro de los límites requeridos puede considerarse, legítimo, y cuando excede estos límites degenera en abuso, y la reacción defensiva es legítima.

Podemos concluir que existe unanimidad de criterios al aceptar que si se puede actuar en legítima defensa, ante el ataque injusto e ilegal de autoridad cuando excede los límites dentro del cual puede actuar. Porque cuando actúa abusando de sus funciones no obstante siendo autoridad, con este comportamiento se vuelve en contra de la misma autoridad, y realizando un acto contrario a sus deberes.

3.7. AGRESION SEXUAL DEL CONYUGE

El matrimonio como contrato que es crear obligaciones entre los cónyuges, creando entre otros la obligación mutua de la prestación sexual, ya sea con fines de procrear o de satisfacción erótica. Pero qué sucede cuando uno de los cónyuges pretende violentamente ejercer tal derecho; podrá el otro legítimamente rechazarlo?

Luis Jiménez de Asúa considera que:

La mujer no puede actuar en legítima defensa negando al marido el debito conyugal, puesto que éste tiene derechos personales sobre la mujer, concedido por el

matrimonio; pero si debe defenderse violentamente de actos contra natura que le quieran ser impuestos por el marido, así como cuando se hallan enfermo o embriagado, para evitar el contagio y la fecundación nefasta para la prole⁴.

Alfonso Reyes considera que "la agresión utilizada por uno de los cónyuges para lograr del otro satisfacción libidinoso normal o anormal, entraña agresión ilegítima que justifica la reacción del cónyuge".

Si bien es cierto que con el matrimonio se crean obligaciones y entre ellas la prestación mutua sexual; también es cierto que no puede permitirse el cumplimiento de dicha obligación, cuando ella es contraria a las relaciones legalmente permitidas, como cuando el marido quiere accederla contranatura o cuando pretende también dicha relación con perjuicio para la salud del otro cónyuge; porque si bien es cierto que hay obligación entre los cónyuges no puede aceptarse que se emplee la violencia para exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el matrimonio, ya que para esto existen las leyes civiles.

⁴REYES ECHANDIA, Alfonso. La antijuridicidad. p.166.

3.8. EL FENOMENO DE LA PROVOCACION

Vamos a analizar si el provocador puede actuar en legítima defensa y si cualquier provocación puede dar lugar a ella.

El diccionario de la lengua castellana acerca de la palabra provocación dice que por tal debe entenderse: "irritar o estimular a otro para que se enoje". (Diccionario enciclopédico hispanoamericano. t. xvii).

Para Enrique Ferri "si alguien con un acto antijurídico provoca el ataque del ofendido, no puede contra él alegar la legítima defensa".

Vicente Arena dice que "no es injusta la violencia cuando la ha provocado la persona que dice defenderse de agresión".

Se encuentra dividida la opinión al respecto de la defensa del provocador, ya que alguno no admite en ninguna forma el actuar en legítima defensa, a quien con su actuar con provocación, ha dado lugar a la agresión del que luego quiere rechazarla en forma legítima.

Otros tratadistas no se identifican con las concepciones an-

teriores, ya que consideran que no se puede dejar sin medio de defensa al que con su actuar ha provocado la reacción del provocado, y por lo tanto el provocador también puede actuar en legítima defensa; pero si el provocador ha creado la situación de hallarse en la necesidad de reaccionar contra el provocado para matarlo, no puede invocar a su favor legítima defensa.

Algunas legislaciones extranjeras como la Argentina, permiten la provocación como excusa de poder actuar en la figura estudiada. Caso contrario a nuestra legislación en la que la simple provocación no da lugar a la justificante ya que la jurisprudencia exige que la provocación sea grave, que tenga la capacidad de colocar al ofendido en estado de ira e intenso dolor que excuse su estado pasional, podrá tenerse como provocación grave.

3.9. EL FENOMENO DE LA RIÑA

Existe consenso general en la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera, en cuanto no admite la legítima defensa en el fenómeno de la riña salvo alguna excepción.

Edmundo Mezger sostiene que la riña y la legítima defensa se

excluyen, porque la violencia que emplean los contrincantes es "recíprocamente injusta".

Federico Estrada Vélez sostiene que "la riña es un combate en el cual los contendientes procuran ante todo causarse daño el uno al otro. Colocándose en circunstancias antijurídicas, puesto que todos tratan de hacerse daño.

Según la jurisprudencia nacional "la riña es un acometimiento recíproco por vía de hecho entre dos o más personas con la intención mutua de inferirse daño; es un cruce de golpes o violencia.

Siendo la riña una confrontación entre dos o más personas en la que cada una de ellas actúa con la intención de hacerse daño, y al mismo tiempo acepta que a ellos se lo hagan, es claro que no procede la legítima defensa debido a que no se dan los requisitos establecidos para alegar esta causante como sería la faltante de la agresión injusta; ya que los que riñen asumen la conducta de lesionar y ser lesionados.

En forma muy excepcional se podrá admitir la legítima defensa en el fenómeno de la riña, cuando no concurra la continuidad de actos, que son uno de los requisitos de la riña, y, co-

mo ejemplo se cita; quienes riñen con las manos, hasta que al momento en que uno de ellos saca arma blanca y se abalanza contra su contendor, quien contra el cambio de instrumento reacciona con arma diversa (arma de fuego) y le da muerte.

3.10. ATAQUE A UN DERECHO PERSONAL PROPIO O AJENO

La legítima defensa puede alegarse ante la agresión a la cual hemos venido haciendo referencia, cuando ataca a un bien jurídicamente protegido ya sea propio o ajeno.

3.10.1. Derechos defensables. No existe limitación en la doctrina universal en cuanto a la defensa de los bienes personales. Aunque por lo general la legítima defensa se refiere a la vida, también es cierto que ella comprende otros bienes que sin ellos es posible que la vida carezca de valor alguno ¿de qué sirve la vida si se vive sin dignidad, sin honor, sin libertad, que son bienes personales inherentes al individuo mismo? y que por lo tanto admiten también la defensa de tales derechos.

3.10.2. El bien jurídico de la vida e integridad personal. La vida que es el máximo bien de cualquier ser humano por cuanto de ella se deriva todos los demás derechos personales

ha sido motivo de preocupación constante su protección. Desde el inicio mismo de la humanidad y fue así como surgió la legítima defensa en relación con la vida; pero también con la integridad personal, ya que un ataque a la integridad personal, puede poner fin a la vida.

3.10.3. El bien jurídico de la propiedad. La legítima defensa abarca la defensa de la persona y de los bienes. Respecto a la defensa del patrimonio, es universalmente admitida por la doctrina.

Algunos tratadistas como Carrara sostienen que debe haber proporcionalidad entre la defensa y el bien hurtado; y que debe aceptarse la legítima defensa en este caso cuando lo hurtado constituye la ruina o el porvenir de una familia, y no cuando es algo insignificante.

Existen algunos tratadistas que consideran que la legítima defensa de los bienes sólo es aceptada para los bienes muebles, ya que los inmuebles están sujetos a registro. Otros tratadistas como Vicente Arena aceptan la legítima defensa para los muebles como los inmuebles cuando la violencia pone en inminente peligro el bien inmueble como la usurpación el daño en cosa ajena.

En mi parecer considero que la legítima defensa se puede ejercer tanto para los muebles como los inmuebles, pero teniendo en cuenta la proporcionalidad entre la defensa del bien y la agresión al mismo bien.

3.10.4. El bien jurídico del honor. Por la expresión "honor" ha de interpretarse, en sentido amplio, y comprende por lo mismo las más concretas como son: la honra, pudor y la libertad sexual.

El honor según la Academia "es la buena reputación que sigue a la virtud y al mérito", la cual trasciende a la familia".

Eugenio Florián distingue entre el honor interno y el honor externo. Honor interno "resulta equivalente al sentimiento de la propia dignidad". Honor externo corresponde a la "buena opinión que los demás tienen de nosotros".

Podemos decir que el honor es la buena reputación y dignidad, que tenemos de nosotros mismos, y que los demás tienen de nosotros.

10. El honor. Siendo el honor un interés personal y jurídicamente tutelado, es susceptible de agresión y por lo tanto de

defensa.

Se ataca al honor de una persona cuando se injuria o calumnia privadamente a una persona.

Existe diversidad de criterios en cuanto a admitir la legítima defensa cuando se ataca el honor.

Sisco dice que "no es procedente la legítima defensa extrema, cuando se ataca el honor, y la forma de defenderlo es acudir a la ley"⁵.

Jiménez de Asúa sostiene que "cuando la lesión a nuestra honradez es irreparable, el medio defensivo puede adoptar la forma más drástica".

Es muy acertada la posición de Sisco, ya que no debe actuar-se en legítima defensa en forma extrema cuando se lesiona el honor, ya que la ley tiene mecanismos para hacer justicia, y la sentencia condenatoria prueba la falsedad de la misma.

⁵SISCO, Luis. La defensa es justa. p.284.

3.10.5. La honra. Es definida como: "la buena opinión y fama que el conglomerado tiene de nosotros en razón de nuestros méritos y virtudes".

Se ataca a la honra cuando la injuria o calumnia se hace públicamente a través de cualquier medio de propagación (Prensa, radio, televisión).

A este respecto no existe unanimidad de criterios ya que algunos tratadistas consideran que es válido cualquier medio de defensa para impedir que se propague la injuria o la calumnia.

Otros consideran que el único medio de defensa es el de recurrir a la ley para que se pronuncie al respecto.

En este caso consiero que es aceptable actuar en legítima defensa, siempre que el hecho que se piensa divulgar sea falso.

3.11. EL PUDOR

Es definido como el sentimiento de honestidad, modestia y recato que orienta y guía el comportamiento cotidiano.

Se considera que se ataca al pudor cuando en forma abusiva

se realiza tocamientos libidinosos sobre otra persona, o ataque a su honestidad.

La mujer que golpea a quien intenta acariciarle los senos en forma abusiva, o el hombre que golpea al homosexual que le acaricia lo hace en legítima defensa, ya que en este caso de no hacerlo así, la conducta del atacante logra su objetivo.

3.12. LA LIBERTAD SEXUAL

El "ser humano" goza de una serie de derechos, siendo entre otros el de la "libertad", y entre éste el de la libertad sexual.

La libertad sexual es: "la facultad del ser humano para disponer libremente de su cuerpo con fines eróticos sexuales"

Siendo un derecho inherente al ser humano como es la libertad sexual es propio que pueda disponer de su cuerpo para tales fines y con la persona que le parezca; pero cuando por la fuerza se intenta accederla carnalmente, existe una violación a la libertad sexual. Situación ante la cual el sujeto pasivo puede actuar violentamente en legítima defensa de su libertad.

sexual.

Algunos tratadistas consideran que en este caso la persona actúa defendiendo su honor y libertad sexual siempre que la persona atacada es honesta; y si no es honesta existe sólo violación a su libertad sexual.

3.13. EL HONOR CONYUGAL

En concepto del tratadista Alfonso Reyes Echandía, el honor conyugal es "el cumplimiento mutuo de los deberes de fidelidad que marido y mujer adquieren a partir del matrimonio, y la buena opinión del conglomerado social tiene de ellos en la medida en que cumplan sus obligaciones"⁶.

Surge el interrogante de ¿si el cónyuge que reacciona violentamente contra su consorte, contra el amante de ésta o contra ambos, actúa en legítima defensa del honor conyugal?

Algunos autores como Jiménez de Asua, Luis Sisco rechazan en forma tajante la legítima defensa del honor conyugal, porque consideran que el honor del marido reside en su proceder, y

⁶REYES ECHANDIA, Alfonso. La antijuridicidad. p.183.

nunca en la conducta del cónyuge. También porque la legítima defensa consiste en repeler una agresión actual o inminente y no se puede alegar cuando es pasada.

Se discute si el adúltero sorprendido in fraganti puede actuar en legítima defensa ante ataque del marido de la adúltera.

Algunos autores como Jiménez Huerta consideran que el adúltero que ha sido sorprendido en adulterio por el marido de la adúltera no puede actuar en legítima defensa, porque el adúltero con su conducta ha provocado la reacción del marido.

Otros autores consideran que el adúltero si puede actuar en legítima defensa cuando es sorprendido en flagrante adulterio, siempre que sea sorprendido en lugar diferente al lecho conyugal.

En mi concepto es inaceptable el hecho de que no pueda defenderse quien haya sido sorprendido en flagrante adulterio, porque el hecho de que pueda ser provocador la conducta del adúltero, ello no obliga para quedarse con las manos atadas ante el ataque que podría acabar con su bien jurídico de la vida.

Y la conducta del que mata por haber sorprendido a su cónyuge en adulterio, no puede aceptarse como legítima defensa del honor conyugal. Cuando mucho puede ser un atenuante.

3.14. DEFENSA DE TERCEROS

La legítima defensa no sólo se concreta a la agresión actual e injusta del atacado, sino se extiende también a un tercero que se encuentra en dicha situación.

Existe unanimidad en la doctrina en aceptar la legítima defensa, tanto de la vida, como en los bienes de terceros.

En concepto de algunos tratadistas como Alimena, al igual que Mancini, sostienen que la legítima defensa puede ejercitarse a favor de un tercero, dada su naturaleza, la solución no puede ser otra, ella puede ejercerse incluso, en favor de un no 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 ejercitarse para evitar que otro lo ofenda.

Enrique 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.

Creo que de esta manera queda demostrado el consenso unánime de los tratadistas en la defensa de terceros, y que el legislador en forma muy sabia consagró en nuestra legislación. Considero también que de no aceptarse la defensa de tercero sería la violación a un derecho, también atentar contra el sentimiento de solidaridad, de humanidad y del instinto mismo de conservación.

El que actúa en legítima defensa de tercero cumple una doble función, impide que se cometa un acto injusto, ilegal, y cumple una función social.

Es importante dejar en forma clara que cuando el tercero ha participado en la provocación que dio lugar a la agresión no da lugar a la justificante; ya que de aceptarse podría darse un crimen premeditado, con la intención de disfrazarlo bajo la defensa de un tercero.

Rodolfo Moreno, tratadista, dice al respecto: la reacción generosa del tercero que viendo en peligro la vida o los bienes de otros individuos, acude en su defensa, deja de ser tal reacción generosa, cuando la reacción tiene origen en un hecho suyo, no se pone de manifiesto en su actitud esa noble y bella defensa" de que habla Alimena, sino una

reacción bastarda.

3.15. AGRESION AL FETO

Existe diversidad en la doctrina de si el feto es titular de algún derecho digno de tutela.

Para algunos tratadistas como Jiménez de Asúa, responden en forma tajante que no, que el no nacido no puede ser sujeto pasivo de la infracción penal; aunque acepta que podemos impedir violentamente que la mujer embarazada tome sustancia abortiva, en tal caso sólo estamos defendiendo nuestro interés de prolongarnos en el descendiente.

De manera parecida se pronuncia Mancini al decir que el caso sólo tiene interés cuando la maniobra abortiva implica lesión para la madre y afirma que el feto no es persona, acepta sin embargo que cabe legítima defensa de tercero que impide la muerte del feto mediante violencia a la mujer que intenta abortar, en razón de que el aborto es un delito contra la integridad de la estirpe, y quien actúa defiende el derecho que el Estado tiene en ese interés jurídico.

Otros tratadistas como Vicente Arena, teniendo un carácter amplio de persona, considera que para efecto de la legítima de-

fensa tiene tal carácter el feto "cuando la mujer ya a ser sometida a un aborto no necesario con o sin su consentimiento".

Considero que para quienes tenemos un concepto amplio del respeto a la vida aceptamos lógica la defensa del feto, ya que en nuestra legislación civil no es persona el no nacido, aquí se está protegiendo el derecho a la vida y vemos también como nuestra legislación protege la vida del que está por nacer, castigando a la mujer, o a quien participe en el aborto de una mujer, ya sea con su consentimiento o sin él. Y deja de lado la tesis de que no procede la legítima defensa para impedir un aborto, cuando éste se haga con el consentimiento de la mujer.

3.16. AGRESION A PERSONA JURIDICA

De conformidad con el Código Civil, persona jurídica es un ente ficticio capaz de ejercer derecho y contraer obligaciones.

Puede alguien actuar en legítima defensa de una persona jurídica?

Existe consenso general en aceptar que una persona puede actuar en legítima defensa de una persona jurídica.

Jiménez de Asúa responde positivamente diciendo "que no cabe duda de que hay un honor colectivo y una propiedad colectiva, y el honor y la propiedad son derechos que pueden defenderse".

En igual forma es aceptada en nuestra legislación debido a que siendo titular del derecho ofendido, cualquier persona dentro de este concepto cabe la natural o jurídica.

Creo que si podemos hablar de legítima defensa de una persona jurídica, no obstante de ser ésta un ente ficticio pero que de conformidad a la ley puede tener "existencia" propia, es así como un empleado de una sociedad anónima encargado de velar por bienes almacenados mata al que indebidamente entra para robar dichos bienes, actuando así en legítima defensa de un derecho patrimonial de la sociedad para quien trabaja.

3.17. EL CASO DEL TERCERO NEUTRAL

En el estudio que he venido realizando acerca de la legítima defensa me he encontrado ante un importante tema que se-

ría casi imposible que pueda pasar desapercibido como es el caso del tercero neutral y del cual surge el siguiente interrogante: ¿qué sucede cuando alguien al repeler una agresión injusta lesiona a un tercero que no tiene nada que ver con el ataque?

Al respecto no existe respuesta uniforme en la doctrina a este interrogante como lo veremos inmediatamente al conocer el parecer de algunos tratadistas.

Edmundo Mezger considera que los ataques en bienes jurídicos de terceros neutrales, producidos con ocasión de legítima defensa no deben regirse por las especiales reglas jurídicas establecidas para ésta, sino exclusivamente por los principios básicos generales, entre los cuales cita el estado de necesidad supralegal.

Giuseppe Maggiore y Manzini consideran el caso como legítima defensa, porque la reacción ha de entenderse realizada sobre la persona contra la cual iba dirigida.

Sebastián Soler entiende que la "circunstancia de que un tercero resulte lesionado deja subsistente la legítima defensa, sólo cuando aquel resultado provenga del error no culpable de quien se defendió.

Este caso del tercero neutral genera diversas situaciones, en la cual se trata de dar diversas soluciones por eso haré el enfoque que realiza Jiménez de Asúa cuando hace varias hipótesis que analizaré de la siguiente manera:

1o. Cuando la lesión se causa en los bienes de un tercero neutral, que el agresor utilizó como medio de ataque (el perro de un extraño ajeno a todo asuzado por nuestro adversario); la destrucción de ese medio agresivo entra en la legítima defensa.

En este caso existe unanimidad en la doctrina al considerar que al igual que en el ataque de animales si se reacciona contra el que asuza al animal, actuaremos en legítima defensa, pero si la reacción ante el ataque se realiza al animal estaremos ante un estado de necesidad.

2o. "Cuando la lesión se causa en el medio defensivo utilizado por el atacado (el bastón que se arranca a un tercero neutral para defenderse), la destrucción de ese medio ha de ampararse en el estado de la necesidad".

Considero acertada la posición anterior debido a que el que se defiende causa daño a un bien patrimonial, de quien no tie-

ne nada que ver en los hechos, para evitar un grave e inminente peligro.

Aunque en este caso hay en conflicto dos bienes uno patrimonial legítimamente protegido, y otro que también es protegido y muy importante como es la vida. El agredido ha actuado para salvar un bien mayor que el patrimonio como es su integridad física.

30."Cuando la lesión se causa a un tercero que fatalmente ha de ser herido (como el caso de que el agresor se ampare como en un escudo, tras del tercero inocente avanzando a su espalda, y sacando sólo un brazo con la pistola mientras lo empuja para obligarle a marchar), la muerte o las heridas que se causen a éste se justifican por el estado de necesidad.

Algunos tratadistas considera muy acertada esta posición siempre que el daño causado al tercero hubiere sido absolutamente inevitable.

Considero que en este caso debe ser absolutamente necesario para que el agredido se escudara del tercero, o sea que no tuviera otro medio de defensa a su alcance, porque de haberlo

y habiendo podido utilizarlo no lo hizo, podríamos estar entonces ya no en un estado de necesidad sino en un delito de homicidio.

4o. "Lesión a tercero neutral de carácter imprevisible (como cuando nuestro disparo al que nos ataca armado, atraviesa el cuerpo del agresor y la bala vuelve a herir o matar a un tercero inocente), en cuyo caso el nuevo hecho luctuoso nada tiene que ver con la legítima defensa y se juzgará como caso fortuito".

Considero acertada también esta posición de que el tercero lesionado como caso fortuito y que el que se defendió lo hizo a título de legítima defensa; porque la legítima defensa está sujeta a elementos de carácter objetivo como es la agresión actual o inminente y que en nada está sujeta a determinada circunstancia, ya que de estarlo como sería el caso de prohibirle a quien es atacado que se defienda por temor de herir a quien ocasionalmente esté por ahí, sería tanto como prohibirle que se defienda.

5o. "Lesión en el supuesto de aberration ictus (es decir, cuando queriendo tirar sobre el agresor erramos la puntería y damos muerte o herimos a un transeunte, tercero neutral, y también cuando nuestro golpe o disparo alcanza al que se in-

terpone entre el atacante y nosotros incluso con el fin de ampararlo). Aquí han de aplicarse los principios que rigen la culpa".

En este caso considero que es casi igual al caso anterior, y por lo tanto no estoy de acuerdo que deba aplicarse los principios de la culpa, por el hecho de haber fallado en la puntería con la cual dirigía al que intentaba lesionarlo y dando en la humanidad de un tercero neutral, y por lo tanto debe juzgarse como caso fortuito.

3.18. NECESIDAD DE LA DEFENSA

La necesidad de la defensa debemos entenderla como aquella acción indispensable para repeler, anular o rehuir el peligro para el derecho afectado dirigido contra la persona que la provocó.

3.18.1. El animus defendi. Según la doctrina exige que quien es atacado injustamente reaccione únicamente con el ánimo de defenderse, y según algunos autores considera el agente debe obrar con el fin de evitar o repeler el ataque; otros autores consideran que basta un preponderante ánimo defensivo lo que no excluye simultánea motivación de venganza.

Edmundo Mezger se muestra en desacuerdo con las anteriores teorías al considerar que lo que interesa es el fin objetivo de la acción, no el subjetivo del agente, de tal manera que, a su juicio es suficiente que en un plano estrictamente objetivo exista una agresión para que se legitime la defensa, aunque el titular de la misma no se haya enterado del ataque y pone el ejemplo de un cazador que mata en la montaña a su enemigo con un tiro de fusil y posteriormente se demuestra que en el momento en que lo hizo, aquel se disponía a disparar sobre su cuerpo; y dice que hay que reconocer legítima defensa porque lo que vale es la situación externa y no la interna del sujeto.

Considero que es una posición errónea la establecida por el ilustre tratadista arriba mencionado y con el cual trata de sustentar con el ejemplo expuesto; y la considero errónea porque parto del hecho de quien actúa en legítima defensa lo hace reaccionando ante una agresión actual o injusta, y lo que conlleva en forma implícita al conocimiento mismo de la agresión y según el ejemplo expuesto a pesar de que se estaba preparando la agresión contra el que sin saberlo se adelantó y agredió al que momentos antes pretendía hacer lo mismo, no se puede afirmar que lo hizo a título de legítima defensa porque su comportamiento fue una acción y no una reac-

ción con lo que prueba que no hubo ánimo de defensa.

3.19. TITULARIDAD DEL DERECHO DE DEFENSA

Son titulares legítimos del derecho de defensa todas las personas naturales y algunos autores dicen que aunque la agresión recaiga sobre persona jurídica, la defensa la hace es un ser humano quien actúa en defensa de aquella.

Existe división en la doctrina en cuanto de si un inimputable puede actuar en legítima defensa ante violencia injusta.

Algunos tratadistas como Bernardino Alimena y Maggiori consideran que no, que el inimputable que reacciona ante una agresión injusta lo hace en estado de necesidad.

Otros tratadistas como Jiménez de Asúa y Alfonso Reyes consideran que la reacción de un inimputable ante violencia injusta es a título de legítima defensa.

Partiendo del hecho de que el inimputable es un ser humano aunque con algunos trastornos mentales, o problemas sicosomáticos, no por eso puede dejarse de considerarlo como tal y por lo tanto su reacción ante una agresión injusta consi-

dero que es en legítima defensa; porque como dice el ilustre tratadista Alfonso Reyes que colocar al inimputable a nivel de animal, aunque sólo sea para efectos jurídicos es algo que no admite la más mínima atención. Y también porque aceptar que el inimputable actuó en estado de necesidad sería perjudicial porque el estado de necesidad deja viva la acción civil, lo que no ocurre con la legítima defensa.

3.20. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Para que la defensa sea necesaria es indispensable que el agente que se defiende de la violencia injusta, no se le exija una conducta diversa a la realizada y con la que repeló la agresión.

Al respecto Carrara dice: "si al mal que nos amenaza podemos sustraernos de una manera distinta a la violación de la ley, esta violación debe ser punible, porque nuestro arbitrio no estaba ya limitado a elegir entre dos males igualmente graves, y porque la ley del orden podía ser observada si hubieramos elegido el medio inofensivo con que se habría evitado tanto el daño propio como ajeno".

De esta manera se explica la necesidad de la defensa con la

teoría de la no exigibilidad de otra conducta, o sea, que quien actúa en legítima defensa, lo haga por ser absolutamente necesario para salvar su vida y que la conducta del que se defendió hubiera sido la de cualquier otra persona que se encontrare en la misma circunstancia.

3.21. EL PROBLEMA DE LA FUGA

Vamos a considerar el siguiente caso particular que ha sido doctrinariamente debatido, como es si ante violencia actual e injusta debe exigírsele la fuga del agredido.

Según Carrara, tiene la obligación de huir, en razón de que al poder hacerlo, el peligro no revestiría el carácter de inevitable. Si por el medio inocente de la fuga se podría eludir el peligro de la agresión, éste es fácilmente evitable y todo el peligro evitable desautoriza la defensa privada.

Puffendorf, considera que debe exigirse la fuga con el argumento de quien así actúa lo hace porque lo considera que no es valiente quien mata a un ciudadano de cuyas agresiones el magistrado puede ponerlo a cubierto.

Sisco, considera que no puede exigírsele al agredido que huya,

para evitar el peligro grave que lo amenaza.

Maggiore dice: "el agredido no está obligado a huir, no solamente porque ninguna ley puede hacer obligatoria la cobardía, sino porque su deber es luchar por el derecho y reaccionar contra el delito.

Como podemos ver existen opiniones encontradas al decidir si se debe huir ante la agresión violenta; pero sin embargo en relación a este tema considero que no se le puede exigir en forma absoluta a quien es agredido violentamente que huya, y que el hecho de huir queda circunscrita al lugar, tiempo y modo donde ocurrieron los hechos, también porque la fuga no es un medio seguro de evitar la agresión y porque la ley no pone al atacado la obligación de huir sino de defenderse.

3.22. PROPORCIONALIDAD ENTRE AGRESION Y REACCION

Para que se reconozca la justificante de legítima defensa debe haber proporcionalidad entre la defensa y la agresión.

Para algunos autores como (Mayer, y Von Litz), la proporcionalidad no constituye requisito de la legítima defensa, pues,

basta que alguien ataque mi derecho para que la reacción se justifique, de tal manera que si alguien me quita un fósforo, y para defender ese derecho de mi propiedad tengo que matar al ladrón, habré matado en legítima defensa.

Otros autores piensan en forma contraria a la tesis anterior y consideran que debe tenerse en cuenta la proporcionalidad.

Considero que debe exigirse la proporcionalidad entre la agresión y la reacción, porque de lo contrario si aceptamos la tesis sostenida por Mayer y Von Litz, se cometerían muchos delitos que quedarían impunes mediante la justificación de legítima defensa. Y por lo menos en nuestra legislación es requisito la proporcionalidad entre la defensa y el ataque.

Los criterios para valorar la proporción entre la defensa y el ataque son de carácter objetivo, subjetivo e individualizadores.

Son objetivos cuando se comparan pragmáticamente los bienes en conflicto y los bienes empleados para ofender y defender.

Son subjetivos cuando está supeditada al ánimo del atacado

frente a su agresor.

Son individualizadores cuando el problema debe resolverse frente al caso concreto y teniendo en cuenta no sólo las características de la agresión sino la personalidad del agredido y las especiales circunstancias que rodearon el hecho.

3.23. LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA

La legítima defensa privilegiada o presunta es aquella que se reconoce en ciertos casos excepcionales a quien reacciona de cualquier manera ante conducta ajena y supuestamente agresiva.

Mucho se ha discutido sobre el fundamento de esta figura. La tesis más extendida es la de que ante la concreta imposibilidad de conocer el designio de quien asalta nuestra morada o se encuentra en ella, resulta legítima la reacción del afectado cualquiera sea su intensidad.

Se habla de defensa presunta porque las normas legales que la describen establecen una presunción de legítima defensa a quien actúa en la forma señalada en el precepto. Se llama

también privilegiada porque consagra ciertamente un privilegio a favor del actor.

La defensa presunta ha sido objeto de fuertes críticas. Algunos autores consideran que la presunción responde a conceptos fundados en el egoísmo individualista del rígido sistema correspondiente a la propiedad; también consideran esta presunción innecesaria y debe desaparecer de los textos legales si quien se defiende del asaltante nocturno o diurno ya está en ejercicio de la legítima defensa; también porque no mide la proporcionalidad entre la conducta del extraño y quien la rechaza.

Otros autores defendiendo la defensa presunta consideran que valdrían las objeciones referentes al individualismo, si los hombres y los pueblos hubieran llegado a un grado de cultura y de responsabilidad colectiva, fundados en principios diferentes de los que cultivan las instituciones actuales; tampoco consideran intrascendente la crítica fundada en lo innecesario de la presunción, porque no se trata de reacomientos absolutos sin rectificación ni regreso.

Con esta figura de la defensa presunta o privilegiada, puede dar lugar a realizar actos injustos como sería el caso de al-

guien que está ilícitamente en la dependencia inmediata de alguien con fines distintos al de atentar contra derecho ajeno. También porque desconoce la proporcionalidad.

3.24. LA LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA

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

Hay legítima defensa putativa, cuando el agente, obrando bajo influencia de un error de hecho, reacciona con medios que serían idóneos para repeler un peligro que, equivocadamente se pensó que existía. Es aquella que "tiene origen en un error de hecho, y en la cual el medio se proporciona al peligro imaginario".

Algunos autores como Luis Carlos Pérez consideran desacertado hablar de legítima "defensa subjetiva", pues, lo subjetivo pertenece a nuestra manera de pensar y de sentir y no al objetivo considerado.

El profesor Soler dice: "en tal caso, el sujeto conoce toda la circunstancia de hecho que integra la figura, pero se de-

termina porque "además" erróneamente cree que existen otras circunstancias que le autorizan u obligan en efecto, a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza, que si realmente hubiere existido habrían justificado su conducta. Esos son los casos de legítima defensa putativa, y en general, de justificación".

Para que exista legítima defensa putativa, es menester que el error del agente, encuentre un justificativo racional que pueda ser determinado por las circunstancias de hecho que configuran el caso, y aún por las especiales circunstancias subjetivas del pseudo atacado.

La doctrina pone el ejemplo de: el que ha recibido amenaza de muerte, y ve entrar en su domicilio a un sujeto con el rostro cubierto y amenazándole con un revólver, debe racionalmente creer que se encuentra ante un mal grave, inminente y no que es una broma pesada de un amigo, como ocurriría en la hipótesis. Si el amenazado reacciona y dispara su revólver contra el invasor, ha procedido conforme a las exigencias de la legítima defensa.

La mayor parte de la doctrina sostiene que la legítima defensa por faltarle uno de los requisitos como es la agresión. La

agresión y que en tal caso se está en frente a una causal de inculpabilidad originada en el error en que incurre el agente al interpretar equivocadamente la realidad.

Es muy acertada esta posición debido a que el caso que estudiamos no estamos ante una agresión real, sino, ante una conducta humana erróneamente interpretada y que no procede realmente legítima defensa, sino causal de inculpabilidad.

3.25. DEFENSA RECIPROCA

Esta figura fue planteada por Ferri y la resume así: "dos grupos de jóvenes adversarios políticos, se encontraron una tarde en la explanada delante la taberna. Simultáneamente se acometieron, y la riña, terminada gracias a la intervención de dos "carabinieri" que no recibieron lesión alguna, dejó sobre el terreno cinco muertos y siete heridos. Ante la excitación y recelo de todos, alguna creyó ver que por la otra parte se iniciaba ataque y provocó de esta suerte la reacción defensiva de sus compañeros, mientras que los otros, viéndose atacados se defendieron a la vez.

Como podemos observar del siguiente ejemplo, Ferri parte del supuesto de que ambos contrincantes actúan en legítima defen-

sa subjetiva, pero considera que en tal caso se debe reconocer legítima defensa pura y simple "porque lo putativo equivale a lo real".

La mayoría de los doctrinantes no aceptan la legítima defensa recíproca por considerar que la legítima defensa es una reacción, ante una agresión injusta y por lo tanto resulta contradictorio decir que al mismo tiempo dos personas se defienden.

Considero que es casi imposible hablar de legítima defensa recíproca ya que en legítima defensa siempre se responde a una agresión injusta, actual o inminente, y en este caso no hay sino una agresividad simultánea por parte de los contrincentes, y por lo tanto no puede existir legítima defensa.

CONCLUSION

Después de haber realizado un trabajo de investigación sobre la figura jurídica de la legítima defensa y haber hecho todo lo posible para obtener todos los informes posibles y utilizando los medios a mi alcance he llegado a las siguientes conclusiones: que no hay que confundir el hecho de la defensa con la legítima defensa, que el hecho de defenderse es tan antiguo como el hombre mismo, mientras que cuando hablamos de la legítima defensa y estamos hablando de una forma de organización de la sociedad, y en la cual ya ha hecho su aparición el Estado.

Esta figura fue tomando auge en el derecho romano, en el germánico, el canónico y en el derecho histórico español.

En el derecho romano ya esta institución estaba formada dejando a oscuras el nacimiento de esta figura, y muestran la legítima defensa como concepto jurídico, probando que ya había aparecido la sociedad y el derecho (aquí se dio la ley de las doce tablas).

En el derecho germano tampoco hay situaciones muy claras de la legítima defensa, pero se considera un paso para llegar a ella. Aquí se dio la ley del Tailón y la compensación, también se acostumbró que se condenaba a muerte al que actuaba en legítima defensa, pero enseguida se le concedía la libertad.

En el derecho canónico algunos autores consideran un retroceso, mientras que otros, consideran que aquí esta figura tuvo su mayor amplitud. Aquí ya se plantea la defensa de terceros y en efecto en esta legislación es donde se dio una mayor importancia a esta figura en relación con los demás estados antes estudiados.

En el derecho histórico español no se encuentra un principio general aunque se reglamenta la defensa de la persona y los bienes.

En cuanto al concepto a pesar de los diversos criterios emitidos por diferentes autores sobre la legítima defensa se llega a la conclusión que es la reacción contra una agresión actual e injusta y no provocada por el que se defiende.

Para fundamentar la punibilidad del que actúa en legítima

defensa se han dado la teoría de la impunidad, que aunque considera que el que actúa en legítima defensa comete acto antijurídico, debe quedar impune y se subdivide en otras teorías, pero que tienden también a explicar el porqué no debe castigarse al que actúa en legítima defensa.

Dentro de las teorías de la no punibilidad se encuentra la teoría positiva que considera que no se debe castigar debido a la calidad y motivos que se propuso el agente y que son fundamentos para su defensa. La teoría mixta considera que no debe castigarse porque el que se defiende a otro no puede ser peligroso, y porque si fue atacado es porque la tutela social falló, y cuando alguien es atacado hay en conflicto dos intereses.

En las teorías de la justificación se trata de justificar el hecho de quien actúa en legítima defensa y se dan algunas tesis como son: tesis del derecho de necesidad; tesis de la defensa pública subsidiaria y tesis de la legítima absoluta. Aunque existe alguna diferencia entre las diversas teorías, todas convergen a justificar el hecho.

Para que se dé la legítima defensa debe cumplir algunos requisitos como son: agresión contra un derecho propio o ajeno

injusticia de la agresión; actualidad o inminencia del ataque; proporcionalidad entre el ataque y la defensa.

Ante agresión de un inimputable, algunos tratadistas consideran que no puede actuarse en legítima defensa. Otros consideran que sí, pero ya no es legítima defensa sino estado de necesidad; y otros tratadistas consideran que si se puede actuar en legítima defensa contra ataque de un inimputable.

Ante la agresión de autoridad es unánime la doctrina en aceptar que se puede actuar en legítima defensa cuando ésta excede los límites dentro del cual puede actuar.

La legítima defensa puede emplearse ante el cónyuge que pretende acceder a la mujer violentamente o contra natura. En este caso es unánime la doctrina.

Se considera que quien provoca la reacción no puede invocar legítima defensa y quien actúa ante la provocación de otro debe ser tal la provocación que se considere grave.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes en no aceptar la legítima defensa en el fenómeno de la riña, por-

que la violencia de los contrincantes recíprocamente injusta. Salvo excepción como cuando se interrumpe la continuidad de la riña, o uno de los contendientes cambia de arma.

La legítima defensa procede para defender cualquier bien propio o ajeno, y por lo tanto son defendibles la vida o integridad personal, los bienes patrimoniales, el honor, la honra, el pudor y la libertad sexual.

El honor conyugal es entendido como la obligación de mutuo respeto entre marido y mujer y la opinión que los demás tienen de ellos.

Algunos autores rechazan la legítima defensa del honor conyugal, otros si aceptan que el adúltero sorprendido in fraganti se defiende siempre que no sea sorprendido en el lecho conyugal.

La legítima defensa se extiende también tanto en la vida como en los bienes de un tercero, por razón de solidaridad humana. Dentro del caso de tercero se encuentra la agresión al feto. Aquí, hay quienes comparten que se puede actuar en defensa de éste, y quienes considera que no, por no ser el feto titular en ningún derecho. Dentro del tercero está la per-

sona jurídica y se acepta la defensa de ésta.

En la defensa del tercero neutral hay diversos planteamientos, en los cuales se llega a la conclusión que en algunos casos se actúa en legítima defensa, y en otros en estado de necesidad.

Son titulares del derecho de defensa tanto las personas naturales como jurídicas. Para que se pueda considerar legítima defensa es necesario que el que se defiende de violencia injusta no se le pueda exigir una conducta diversa a la que realizó.

Algunos doctrinantes exigen ante la agresión violenta la fuga al atacado, mientras que otros sostienen que el atacado no tiene la obligación de huir, sino de defenderse por mandato expreso de la ley.

La mayoría de los autores sostienen que debe existir proporcionalidad entre la defensa y la agresión.

En las diversas clases de legítima defensa encontramos la privilegiada, la defensa putativa y la recíproca.

Defensa privilegiada es aquella que se reconoce en ciertos casos excepcionales dando la facultad de reaccionar de cualquier forma ante conducta ajena y supuestamente agresiva.

Defensa putativa es cuando alguien bajo la influencia de un error de hecho reacciona con medios que serían idóneos para repeler un peligro, que equivocadamente se pensó que existía. Aquí algunos tratadistas consideran que es legítima defensa, mientras otros consideran que es una causal de inculpabilidad.

Defensa recíproca, la podríamos definir como la agresión y defensa simultánea entre persona que se creen atacadas al mismo tiempo.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al código penal colombiano.

ESTRADA VELEZ, Federico. Derecho penal, parte general.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código penal colombiano.

PÁEZ POLO, Esteban. Derecho penal general. (Comentario sobre el libro primero del Código Penal).

PEREZ, Luis Carlos. Derecho penal, parte general y especial.

ROMERO S., Julio. Causales de justificación.

REYES ECHANDIA, Alfonso. La antijuricidad.

SISCO, Luis. La defensa justa.