

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

LA LEGITIMA DEFENSA

TESIS

Presentada al Consejo de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Rafael Landívar

Por

RICARDO PAOLO MOSQUERA MAIELLO

Al conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, OCTUBRE DE 1992

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

Rector	Lic. Gabriel Medrano Valenzuela
Vice-Rector General	Licda. Guillermina Herrera Peña
Vice-Rector Académico	Lic. Luis Achaerandio Zuazo, S.J.
Secretario de la Universidad	Lic. Jorge Arauz Aguilar
Director Financiero	Lic. Luis Felipe Cabrera Franco
Director Administrativo	Lic. Tomás Martínez Cáceres

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Decano	Licda. Carmen María Gutiérrez de Colmenares
Vice-Decano	Lic. Carlos Enrique Luna Villacorta
Secretario	Lic. Alvaro Rodrigo Castellanos Howell
Jefe de Area Pública	Lic. Carlos Enrique Estrada Arizpe
Jefe de Area Derecho Procesal	Lic. Angel Alfredo Figueroa
Jefe de Area Derecho Privado	Lic. Ricardo Sagastume Vidaurre
Jefe de Area Humana	Lic. Fernando Rosales Méndez-Ruiz
Representantes del Claustro de Catedráticos	Lic. Ramón Francisco González Pineda Lic. Rolando Escobar Menaldo
Representante Estudiantil	Br. José Mauricio López Guevara

TRIBUNALES QUE PRACTICARON EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

AREA DE DERECHO SUSTANTIVO

Presidente	Lic. José Fernando Rosales Méndez Ruiz
Secretario	Licda. Gladys Chacón Corado
Miembro del Tribunal	Lic. Ulfredo García Galán

AREA DE DERECHO PROCESAL

Presidente	Lic. Raúl Alfredo Pimentel Afre
Secretario	Lic. Fernando Ramón Marín Amaya
Miembro del Tribunal	Lic. Ricardo Umaña Aragón

AREA DE DERECHO NOTARIAL Y CONTRATACION

Presidente	Licda. Carmen María Gutiérrez de Colmenares
Secretario	Lic. Alfredo Rodríguez Mahuad
Miembro del Tribunal	Lic. Víctor Hugo Rocha González

ALFREDO CACERES PEREZ-GUISASOLA

ABOGADO Y NOTARIO

6a. Av. 9-41, Zona 10 - Tel. 323692

Ciudad de Guatemala,

Guatemala, C. A.

Guatemala, 13 de julio de 1992.

Licenciada
Carmen María de Colmenares
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad

Señora Decano:

Tengo la honra de dirigirme a usted, para informarle que atendiendo a la solicitud que se me hizo por parte de la Secretaría de esa casa de estudios, he tenido el agrado de asesorar al Bachiller Ricardo Paolo Mosquera Maiello en la elaboración de su tesis titulada "LA LEGITIMA DEFENSA".

Después de haber convenido con el Bachiller Mosquera en relación al contenido de su trabajo y de su distribución en capítulos, se trató lo referente a la bibliografía, la que el autor ya tenía preparada y le era conocida.

El Bachiller Mosquera se dedicó a la elaboración de su tesis, desarrollándola dentro de las bases aprobadas y me la presentó para mi consideración, habiéndosele hecho muy pocas observaciones en relación a su trabajo, por lo que en conclusión puedo manifestarle:

- A) Que el tema es de interés y está desarrollado en forma breve y sencilla, lo que da claridad a la exposición;
- B) Que el trabajo fué desarrollado con bastante precisión y los comentarios del mismo reflejan el criterio del autor;
- C) La bibliografía fué acertadamente escogida, usada y citada;
- D) Que las conclusiones del trabajo reflejan la dedicación por el estudio y el interés manifiesto en el punto de tesis.

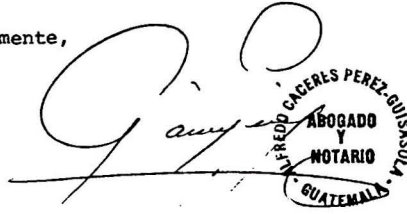
Por las razones expuestas, soy de la opinión de que se acepte el trabajo realizado por el Bachiller Ricardo Paolo Mosquera - Maiello, como tesis para su graduación profesional.

...2/

...2/

Sin otro particular, reitero a la Señora Decano, mi respetuosa consideración y aprecio.

Atentamente,



The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to be 'F. Pérez-Guisola'. To the right of the signature is a circular notary stamp. The text within the stamp reads: 'F. PÉREZ-GUISOLA' around the top inner edge, 'ABOGADO Y NOTARIO' in the center, and 'GUATEMALA' around the bottom inner edge.

ACPG/mch
c.c. Archivo

Ramón Francisco González Pineda
Ena Virginia Porras Bravo
ABOGADOS Y NOTARIOS

Guatemala.
26 de agosto de 1992.

Licenciado
Alvaro Castellanos H.
Secretario de la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Rafael Landívar.
Presente.

Señor Secretario:

Atentamente me dirijo a usted y por su medio al Honorable Consejo de esa Facultad, con el objeto de informar que en cumplimiento del nombramiento en mi recaído he procedido a revisar el Trabajo de Tesis del alumno RICARDO PAOLO MOSQUERA MAIELLO, intitulado LA LEGITIMA DEFENSA.

Habiendo leído detenidamente dicho trabajo de Tesis, sostenido varias reuniones con el autor e intercambiado ideas sobre el tema, formulando las observaciones que estime procedentes y que fueron aceptadas por el Bachiller Mosquera Maiello, estimo que su trabajo llena los requisitos que una Tesis de Graduación debe de reunir, por lo que me permito proponer que el mismo sea aceptado como tal.

Sin otro particular quedo como su seguro y deferente servidor,


Lic. Ramón Fco. González Pineda.



UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR

VISTA HERMOSA III ZONA, 16 APARTADO POSTAL 38 C.
TELE. 692151 AL 55 - 692621 AL 25 - 692751 AL 55
GUATEMALA, C. A. 01016 CABLE: UNILAND

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Reg. No. D-668-92
11 de septiembre de 1992

Señor
Ricardo Mosquera
Presente

Estimado Señor Mosquera:

A continuación transcribo a usted el punto UNICO de la resolución de Decanatura de fecha 10 de septiembre de 1992, que copiado literalmente dice así:

PUNTO UNICO: Habiéndose cumplido con todos los requisitos establecidos para el efecto se autorizó la impresión de la tesis titulada "LA LEGITIMA DEFENSA" presentada por el alumno RICARDO PAOLO MOSQUERA.

Sin otro particular, me suscribo de usted,

Atentamente,

LIC. ALVARO CASTELLANOS HOWELL
SECRETARIO

mq
c.c. Archivo

DEDICATORIA

A MIS PADRES

Y

A MIS HERMANOS

Reglamento de Trabajo de Tesis de Graduación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar:

“Artículo 4o.: RESPONSABILIDAD: Los autores de los trabajos de tesis de graduación son los únicos responsables por el contenido del mismo.”

INDICE

	Página
Introducción	1
Capítulo I	
Concepto e historia de la Legítima Defensa.	5
A. Concepto	
1. La Defensa	
2. La Legítima Defensa	
B. Historia de la Legítima Defensa	
Capítulo II	
Requisitos que integran la Legítima Defensa.	11
A. Agresión Ilegítima	
1. Agresión	
a. Concepto	
b. Modalidades de la Agresión	
2. Ilegitimidad de la Agresión	
a. Ser Ilegítima	
b. Ser actual o inminente	
c. Ser inesperada	
B. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.	
C. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.	
Capítulo III	
Fundamento de impunidad de la Legítima Defensa. 17	
A. La Legítima Defensa como una excusa	
B. La Legítima Defensa como un caso del estado de necesidad	
C. La Legítima Defensa como retribución	
D. La Legítima Defensa como componente esencial de los derechos individuales básicos	
E. Una fundamentación compleja	
1. El alcance de los derechos individuales básicos	
2. La minimización del daño social	
3. Los derechos del destinatario de la acción defensiva y la responsabilidad por la generación de la situación de peligro	

- 4. La función preventiva de la legítima defensa
- 5. Las excusas

Capítulo IV	
Los derechos defendibles.....	31
Capítulo V	
Defensas especiales	35
A. Defensas de terceros	
1. Legítima Defensa de Parientes	
2. Legítima Defensa de extraños	
B. La Legítima Defensa mediante artefactos mecánicos predispuestos (offendicula)	
C. La defensa privilegiada.	
Capítulo VI	
Conclusiones y Recomendaciones	41
A. Conclusiones	
B. Recomendaciones	
Bibliografía.....	43

INTRODUCCION

La Legítima Defensa es una figura de implicaciones serias y puede determinar de un mismo hecho un acto anti-jurídico o un acto conforme a derecho.

Es importante mencionar que el tema es tan extenso que sería imposible agotarlo en un sólo trabajo. En tal virtud, no se pretende por este medio hacer un tratado al respecto sino simplemente crear un documento teórico con fines didácticos, en el cual se valoren circunstancias concretas desde el punto de vista jurídico, moral y social.

A. Planteamiento del problema.

La presente investigación no se encuadró exclusivamente en Guatemala sino se analizó la figura de la Legítima Defensa como una institución de la ciencia del Derecho. Esto no implica que las conclusiones a que aquí se llegaron no sean aplicables a Guatemala; por el contrario, se pretendió que se aplicara en nuestro medio y en aquellos en los cuales se reconociera la Legítima Defensa.

Se excluyó el análisis de la figura desde el punto de vista procesal, dejándose abierta la posibilidad para que se desarrolle en otro trabajo de tesis.

Se trató, entre otras cosas, sobre las defensas especiales, analizando temas que han sido motivo de polémica, como la Legítima Defensa contra el intruso dentro del hogar o la defensa mediante la colocación de artefactos mecánicos predispuestos.

Sin embargo, el punto más importante desarrollado fue demostrar que el fundamento de impunidad de la Legítima Defensa no se basa en un principio único sino en una integración de valores y principios que erróneamente se les ha considerado como excluyentes.

B. Importancia de la investigación

Se puede definir el delito como una acción típicamente antijurídica, culpable y sancionada con una pena. El delito está pues, compuesto por tres elementos esenciales. LA ANTIJURICIDAD, LA CULPABILIDAD, y la PUNIBILIDAD: Si no hay antijuricidad no hay delito, si no hay culpabilidad no hay delincuente y si no hay punibilidad no hay pena.

Cuando falta la antijuricidad, es decir, cuando hay ausencia de antijuricidad, falta uno de esos elementos esenciales que componen al delito. El agente obra en condiciones normales de imputabilidad pero el acto no es reprochable, no es antijurídico y como consecuencia se ajusta a derecho. Estas son las llamadas CAUSAS DE JUSTIFICACION.

En principio se debe presumir que toda acción humana que se subsuma dentro de algún artículo de la parte especial del Código Penal es antijurídico, sin embargo, puede ser que al momento de suceder el hecho concorra alguna causa de justificación que excluya dicha característica. Según la ley penal de Guatemala, estas causas de justificación son: La Legítima Defensa, el Estado de Necesidad y el Legítimo Ejercicio de un Derecho y siendo la Legítima Defensa la más atrayente de ellas se justificó la investigación realizada.

C. Organización de la investigación.

El presente trabajo se compone de seis capítulos y la enumeración de la bibliografía utilizada al final de ellos. El contenido de los mismos es a saber:

- Capítulo I: En él se expone el concepto y la historia de la Legítima Defensa.
- Capítulo II: Requisitos que integran la Legítima Defensa, se explican detalladamente.
- Capítulo III: Se expone el fundamento de la impunidad de la Legítima Defensa.

- Capítulo IV: Se exponen los derechos defendibles.
- Capítulo V: Defensas especiales. Se analizan algunas de ellas.
- Capítulo VI: Se exponen las conclusiones y recomendaciones que el trabajo aporta.
- Bibliografía: Aparecen ordenadas, alfabéticamente, las obras consultadas por el nombre del autor.

CAPITULO I

CONCEPTO E HISTORIA DE LA LEGITIMA DEFENSA

A. Concepto. 1. La Defensa: Antes de conceptualizar la Legítima Defensa, se ha analizado el significado de la palabra “defensa”.

Dentro del lenguaje corriente, con el vocablo “defensa” se ha designado un concepto que hace relación a un ataque. Se defiende lo que es o puede ser atacado. Etimológicamente, “defender” posee el significado de evitar, alejar, apartar los golpes y proviene del latín **de-fendere**, compuesto del prefijo **de** con el significado de apartamiento, alejamiento, separación, etc., y **fend-ere** (antiguo), que se deriva de la raíz **fend-**, correspondiente a la primitiva **dhan-d**, ampliada de **dhan-**, pegar, golpear.

En la doctrina no se han encontrado muchas divergencias para conceptualizar **la defensa**. Carrara (1926) caracterizó la defensa como una reacción, por medio de la cual se repele al mismo que nos amenaza, con un peligro inminente, no limitándose el defensor al simple rechazo, sino que procede también a la ofensa del agresor.

Mezger dijo: *La defensa es la acción de repeler el ataque* (Mezger) citado por Cuello Calón, en Derecho penal, España, Bosch, V:1, 1980, pag. 375.

Jiménez de Asúa (1964) indicó que “la defensa es la repulsa violenta contra la agresión. (Jiménez de Asúa, 1964, pag. 25).”

Una vez dados estos conceptos, es importante tener presente que cuando el hecho **defensa** es regulado por el derecho, éste debe respetar su naturaleza, su estructura. La actividad humana representa una realidad con

una forma determinada previamente a su regulación por el derecho; los conceptos jurídicos no importan una transformación de un material amorfo sino una descripción, un reflejo de un “ser” ya conformado, que no puede ser modificado. La esencia, la estructura ontológica de la defensa no puede ser mutuada: el ser no puede perder algo de lo que le pertenece, la estructura ontológica tiene un carácter “vinculatorio” para el legislador. No le es dado al Derecho hacer que lo negro sea blanco o que lo blanco sea negro. Existiendo una dependencia del orden jurídico frente a las estructuras de la realidad objeto de sus regulaciones. En suma, existe una dependencia del orden jurídico frente a la naturaleza de las cosas.

El acto denominado “defensa” es una realidad “objetiva” que sólo puede ser descrita por el Derecho, al margen de las consecuencias jurídicas que le quiera asignar. Todos los conceptos jurídicos del material de la vida constituyen descripciones, ya que el concepto, como todo conocimiento, no constituye un crear el objeto sino un aprehender algo que existe previa e independientemente de todo conocimiento.

El Derecho, conoce una defensa que según la doctrina prevaleciente tiene la virtud de **justificar** un hecho penalmente típico; esta defensa, **la legítima defensa** ha sido conceptualizada según la doctrina de distintas formas.

2. La Legítima Defensa. Para Von Liszt, legítima defensa *‘es aquella que se estima necesaria para repeler una agresión actual y contraria al derecho por medio de una lesión contra el agresor’* (Von Liszt) citado por Puig Peña, en Derecho Penal, España, Ediciones Nauta, 1957, pag. 367.

Graf zu Dohna dijo: *‘Defensa Legítima es la defensa contra una agresión antijurídica actual’* (Graf zu Donha) citado por Cuello Calón en Derecho Penal, España,

Bosch Casa Editorial, V:1, 1980, pag. 367.

Jiménez de Asúa (1964) afirmó: “La legítima defensa es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”. (Jiménez de Asúa, 1964, pag. 26).

Cuello Calón (1980) dijo: “La defensa necesaria para rechazar una agresión actual e injusta mediante un acto que lesiona bienes jurídicos del agresor.” (Cuello Calón, 1980, pag. 372).

La legislación comparada presenta también las mismas características puestas de resalto precedentemente: la ilegitimidad del interés del atacante contrapuesta a la legitimidad del interés del sujeto agredido; el carácter de reacción que asume la conducta de este último y las dañosas resultas de esa reacción respecto del agresor ilegítimo.

El Código Penal guatemalteco (1973) siguiendo el mismo sentido estableció en su artículo 24: “Son causas de justificación: LEGÍTIMA DEFENSA: 1o. Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del defensor. Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o haya entrado en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores. El requisito previsto en el literal c) no es necesario cuando se trata de la defensa de sus parientes dentro de los grados de ley, de su cónyuge o concubinario, de sus padres, o hijos adoptivos, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

(Decreto 17-73 del Congreso de la República, 1973)”

B. Historia de la Legítima Defensa. Ha resultado difícil establecer desde cuando se conoce la legítima defensa como tal dentro de las ciencias jurídicas; pero ya en el Derecho Romano se la encontraba en las XII Tablas y aunque en la evolución sucesiva no llegara a edificarse una teoría sistemática de la misma en ese Derecho yacen principios de suma trascendencia a ella contraídos. La ley de las XII tablas decía: *‘Todas las leyes y todos los derechos permiten rechazar la fuerza con la fuerza’*. (Ley de las XII Tablas) citada por la Enciclopedia Jurídica Omeba, 1986, pag. 134.; Cicerón la defendió así: *‘nom scripta, sed nata lex, qum ex natura ipsa arripuimus (ley innata, no escrita que recibimos de la propia naturaleza)’*. (Cicerón), citado por Puig Peña, en Derecho Penla, España, Ediciones Nauta, V:1, 1957, pag. 367. En cuanto a las condiciones en que podía darse, los jurisconsultos romanos destacaron la injusticia del ataque a repeler, su inminencia, la existencia del riesgo y el carácter necesario de la reacción defensiva por no poder salvarse de otro modo. Se tuvo además conciencia de la naturaleza excluyente de la antijuricidad.

El Derecho germánico se encontraba retrasado en comparación al romano en esta materia, imponiéndole a la legítima defensa ciertos límites y restricciones impertinentes, como el probar haber recibido lesión en alguna parte del cuerpo el que la alegase o haber retrocedido cierto número de pasos antes de repeler la agresión de que se le hizo víctima.

Por su parte, el derecho canónico entendía como un Derecho natural el repeler la violencia con la violencia, pero sólo cuando se revelaba como necesario y ejercido con moderación. La aceptaba sólo cuando se trataba de la defensa de la vida o del pudor, pero no de la propiedad, por el desprecio que le inspiran los bienes terrenales. Estos conceptos supusieron muchas veces limita-

también exaltó la defensa del tercero, y la instituyó incluso como un deber. En ese sentido, expresaba que el hombre que pudiese librar a otro de la muerte y no lo hiciese, es como si lo hubiese matado. La Enciclopedia Jurídica Omeba (1986) cita (qui potuit hominem, liberare a morte, et non liberavit, aum occidit) (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1986, pag. 136).

En la Edad Media se encontraba ya, tanto en el derecho italiano como en el alemán, una exposición de la legítima defensa completa y acabada. Sin embargo, fue hasta mediados del siglo XVIII cuando adoptó las particularidades esenciales con las que se conoce hasta ahora y se le asigna un lugar en la Parte General de las legislaciones penales.

CAPITULO II

REQUISITOS QUE INTEGRAN LA LEGITIMA DEFENSA

Basados en la definición que da el Código Penal de Guatemala (1973), se pueden deducir perfectamente los tres requisitos necesarios para que el acto de legítima defensa sea tal: A) Agresión ilegítima; B) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; C) Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

A. Agresión Ilegítima. Para analizar este requisito, es importante que estudiemos los dos elementos de que consta: 1) La Agresión y 2) La Ilegitimidad de esa agresión.

1. Agresión. a) Concepto. Según el Diccionario de la Real Academia Española (1984) "Agresión" significa: "un acto de acometer a alguno para matarlo, herirlo o hacerle daño, especialmente sin justificación (Diccionario de la Real Academia Española, 1984, pag. 40)." La agresión debe ser, por lo tanto:

a.1) Un acto humano. Si este acometimiento lo realizara un animal, no se obraría en Legítima Defensa sino que posiblemente, por la necesidad de salvarse, se provocaría un mal en el propio animal que es propiedad de otra persona. En este caso se estaría frente a otra causa de justificación: EL ESTADO DE NECESIDAD (Artículo 24, inciso 2do. del Código Penal de Guatemala, 1973). Claro está, que si el animal realiza la agresión azuzado por un hombre, el primero está siendo utilizado como un instrumento del segundo y por lo tanto la defensa realizada sería un acto de Legítima Defensa.

a.2) Un acto positivo. No puede ser un no hacer nada, un omitir. No puede concebirse una agre-

sión con una inactividad. No puede por ejemplo un enfermo, alegar Legítima Defensa y agredir a un médico que no utilizó todos sus conocimientos científicos para curarlo. Esto no implica que el caso no sea moralmente y legalmente discutible.

b) Modalidades de la agresión. La agresión puede adoptar distintas modalidades, lo que puede provocar dificultades en la aplicación de la Legítima Defensa.

b.1) Agresión consumada. Se dice que la agresión se ha consumado cuando una persona ocasiona propiamente el menoscabo en la persona o derechos del que se defiende.

b.2) Agresión iniciada. Explica la doctrina que se da cuando un persona realiza el acto inicial del acometimiento. ¿Pero qué se comprende por acto inicial?. Un caso concreto podría ser el ademán de sacar un arma. El caso se torna difícil, pues para que el ademán sea tomado como agresión, deben concurrir circunstancias muy especiales que revelen el riesgo inminente de que se convertirá en un acometimiento. En realidad, hay que tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso para determinar si el acto de la víctima implica un comienzo de ataque capaz de llegar a ser consumado. Sin embargo, una cosa es cierta y es que no hay razón para sacar un arma y apuntarla hacia una persona, pues si esto ocurre, es lógico pensar que el amenazado reaccionará de alguna forma para protegerse, ya que no conoce las ulteriores intenciones del agente.

b.3) Agresión temida. Esta modalidad es todavía más difícil de precisar por lo sutil de la apreciación, pero se ha mantenido que la agresión,

aunque no haya llegado a realizarse, es preciso que ostensiblemente se exteriorice, bien por las actitudes, bien por las frases que revelen la inminencia de una agresión y que coloquen en trance al que se ve amenazado o bien de sufrir un daño en su persona o en la necesidad racional de evitarlo, defendiéndose por medio de la violencia.

b.4) Agresión creída. En principio, en este caso no debe apreciarse la Legítima Defensa, porque la certeza de la agresión debe ser un requisito necesario. No se puede defender algo que no es objeto de una agresión; en ese caso la defensa no sería una reacción sino una mera acción.

2) Ilegitimidad de la Agresión. a) Ser ilegítima. La ilegitimidad no ha de considerarse como contraria a derecho (que es lo que a primera vista parece); entonces, no cabría la legítima defensa contra un loco, ya que los actos de este último, por ser inimputable, no son ni contra ni según la ley. La ilegitimidad debe entenderse como la actuación sin causa, sin razón, motivo o fundamento que la justifique o autorice.

Entendida la ilegitimidad de esta forma, se abre grandemente el campo de acción de la Legítima Defensa y se autoriza perfectamente su aplicación contra imputables e inimputables.

b) Ser actual o inminente. Esta actualidad o inminencia significa que la agresión debe haber comenzado a verificarse o tome realidad por hechos, frases o actitudes del agresor. De esto se deduce también que contra un peligro ya pasado o terminado, no cabe la legítima defensa. No procedería estimarla en el caso de que la reacción defensiva se produjera cuando el agresor huía rápidamente; porque el mal ya había cesado.

En virtud de que se habla de la actualidad e inminencia de la agresión es oportuno destacar que en los delitos permanentes se debe entender que la actualidad de la agresión dura mientras dura la permanencia.

Finalmente, se infiere de estos requisitos que cuando la agresión se espera para lo futuro, no cabe la legítima defensa; porque hay tiempo para acudir a la autoridad.

El requisito de actualidad e inmediatez ha planteado divergencias en la doctrina sobre ataques futuros. Es claro que tales medidas sólo entrarían en actividad cuando la agresión se produzca realmente y no habría duda respecto de la exigencia del ataque actual. El problema estaría en su licitud; mas la cuestión debe estar relacionada con el requisito de la proporcionalidad, debiéndose resolver con arreglo al mismo.

c) Ser inesperada. A este requisito se le ha denominado según Puig Peña (1957) como "Impetus inopinatus", que implica que si se previó el hecho y por lo tanto el peligro, hubo culpa en afrontarlo y exponerse a dar muerte o a sufrirla.

- B. Necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerle.** El acto de defensa debe ser NECESARIO para poder neutralizar el ataque de que es objeto el agente y debe guardar cierta proporcionalidad en relación a la agresión. No actúa justificadamente quien para defenderse de una agresión de golpes inciertos de un borracho responde disparando con una ametralladora. En estos casos queda excluida la legítima defensa, porque la conducta realizada no era necesaria para neutralizar la agresión. La ley se refiere a este requisito requiriendo la "necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerle". Si bien en la Legítima Defensa no es necesario paragonar los bienes jurídicos

en juego, el criterio de la necesidad de la defensa y racionalidad del medio nos conduce a incluir en ella un concepto de proporcionalidad o equidistancia, que, en general, podría expresarse diciendo que no puede caber en la legítima defensa el acto vulneratorio de bienes muy importantes como defensa contra ataques de bienes de escaso valor. No puede haber una desproporción tan enorme entre la conducta defensiva y la del agresor, en forma que la primera cause un mal inmensamente superior al que hubiese producido la agresión.

- C. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.** La Legítima Defensa no cabe cuando se ha provocado suficientemente la agresión.

La provocación suficiente por parte del titular del bien agredido es una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho en forma tal que hace cesar el principio fundamentador de la legítima defensa (nadie está obligado a soportar lo injusto). Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero siempre y cuando no haya dado lugar a ese injusto con una conducta inadecuada para la coexistencia. La coexistencia impone la evitación de las conductas motivadoras de situaciones conflictivas extremas, como son las que se dan cuando tiene lugar la tipicidad permisiva de legítima defensa, dado el carácter meramente permisivo y no fomentado de esas conductas.

Para que la conducta sea suficientemente provocadora, esta debe de operar como un motivo decisivo para la conducta antijurídica agresiva. Si el agresor ha ignorado la conducta del agredido, no puede hablarse de provocación, pues no ha sido ella la que ha provocado la agresión. Así pues, de todas las posibles conductas provocadoras, son desvaloradas como elemento negativo del tipo permisivo sólo las que presentan el carácter de suficientemente provocadoras. Lo suficiente de la provocación (de la conducta anterior motivadora) presenta un carácter positivo y uno negativo. Como carácter positivo se

halla la previsibilidad, es decir, que la posibilidad de provocar la agresión sea al menos previsible, en forma que las reglas de elemental prudencia indicasen la abstención de una conducta semejante en la circunstancia dada. Zaffaroni (1,988) indica "Quien en medio de una violenta disputa se burla de uno de los participantes, puede prever que el burlado le injuriará o le agredirá de hecho" (Zaffaroni, 1988, pág. 526). En este caso el provocador no podrá ampararse en la legítima defensa.

La suficiencia es un criterio ético-jurídico que excluye del ámbito de la justificante a la conducta que se muestra inadecuada para la coexistencia, en forma tal que hace cesar la equidad del principio de que a nadie se le puede obligar a soportar lo injusto. Por consiguiente, presenta también un carácter negativo, como es que no pueden computarse a los efectos de la suficiencia de la provocación, los caracteres personales del agresor que lo hacen poco apto para la coexistencia (agresividad, hábitos pendencieros, etc). No habrá provocación suficiente, por muy previsible que fuere la agresión, en conductas simples como caminar por una esquina en donde se para una persona a la que no le gusta el paso de la gente por ese lugar y que lo motiva a agredir.

Se puede decir entonces que la provocación es la conducta anterior, que da motivo a la agresión, y que jurídicamente se desvalora convirtiéndose en suficiente cuando hace previsible una agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales antisociales del agresor.

CAPITULO III

FUNDAMENTO DE IMPUNIDAD DE LA LEGITIMA DEFENSA

Durante mucho tiempo se ha reconocido, como una convicción válida para la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la exclusión de la punibilidad cuando se produce un acto delictivo como consecuencia de una legítima defensa. Sin embargo, al momento de determinarse en forma concreta cuál es el fundamento de esa causal de impunidad, es fácil encontrarse muchas veces ante prejuicios que carecen de sustento racional o de principios, que por si solos no cumplen con dicha función, pues no son capaces de abarcar todas las circunstancias de las cuales puede estar envuelta una de las situaciones que la institución estudiada implica.

En ese sentido, siguiendo a Nino (1982), se han analizado ciertas propuestas serias de fundamentación que se han sostenido sobre la impunidad de la defensa y aunque, por sí solas, todas deberían descartarse por insatisfacer el cúmulo de exigencias necesarias para constituir una fundamentación aceptable, ellas representan y nos guían a través del camino por el que habrá de conducirse para llegar a la conclusión más acertada posible.

Las propuestas de fundamentación analizadas fueron: A) La que basa la impunidad de la defensa considerándola como una excusa; B) la que considera a la legítima defensa como un caso del estado de necesidad; C) la que considera la legítima defensa como una retribución y D) la que la considera como componente esencial de los derechos individuales básicos.

A. La legítima defensa como una excusa. Algunas tesis han sostenido que la legítima defensa provee una excusa, mientras que otras han afirmado que se trata de una justificación.

Para diferenciarlas, Nino (1982) utilizó los ejemplos de: "Yo no hice nada de malo al no devolver ese libro; su

dueño me autorizó a retenerlo” y “Sé que estuvo mal que no devolviera ese libro, pero creí sinceramente habérselo devuelto ya a su dueño junto con otros”. (Nino, 1982, pág. 31) Si estas defensas son aceptadas, se dirá que en el primer caso, la conducta en cuestión está justificada, mientras que en el segundo, el agente resulta excusado por su proceder incorrecto. En ambos casos el éxito de la defensa implica la descalificación del reproche que se le pudiera dirigir por su acto. Pero las razones para excluir el reproche son diferentes.

La excusa como se comprende aquí, tiende a exonerar de Responsabilidad Penal al agente, sobre la base de que la acción cometida fue realizada sin su consentimiento, lo que implica tanto la involuntariedad como el desconocimiento de las consecuencias perniciosas de su acción. Sin embargo, para que una persona actúe bajo esas circunstancias, es necesario que concurren situaciones especiales que sean motivadoras de tal reacción. Se puede pensar como tales motivaciones al miedo o posiblemente al hecho de que para la generalidad de las personas, la preservación de ciertos bienes o derechos básicos, propios o de terceros, sea una situación suficientemente motivadora.

Analizando el miedo. El miedo, para los efectos de este trabajo, se ha de comprender como un estado de perturbación anímica que acompaña a la previsión de algo desagradable. Cuando el individuo está aterrorizado puede llegar a perder el control de sus actos y encontrarse subsumido en un trastorno mental transitorio. En este caso, el agente debe ser excusado, pues no hubiera actuado de esa forma si se hubiese encontrado en un estado emocional normal; estado en el que no buscó encontrarse sino le fue provocado. Es más, se entiende que cualquier persona normal hubiera actuado de igual forma. Al hablar de persona, se hace referencia a una persona normal, ya que no se puede tomar en cuenta la actitud que tendría un héroe frente a circunstancias similares. Ahora bien, no en todos los casos de acciones

defensivas se da esta perturbación anímica que conduce a perder el control de los actos; que se presente o no tal perturbación dependerá del temperamento del individuo, de la naturaleza de la agresión y de quien es víctima potencial de ella.

Se puede advertir fácilmente que la fundamentación analizada no es absolutamente satisfactoria para fundamentar la impunidad de la legítima defensa. En primer lugar, es claro que sólo en casos de peligro inminente para la vida o integridad corporal y excepcionalmente para algún otro bien, se puede concebir racionalmente que el individuo esté imposibilitado de abstenerse de actuar, lo que excluye inmediatamente la impunidad de la defensa de los restantes intereses o aún a favor de terceros. Además y muy importante, es el hecho de que si la legítima defensa es sólo una excusa del agente y no una justificación de su acto, éste puede ser legítimamente impedido y el propio agresor podría defenderse impunemente contra él.

La fundamentación de la impunidad de la legítima defensa como una excusa no es la respuesta al problema, pero esto no implica que dicha argumentación deba descartarse totalmente.

B. La legítima defensa como un caso del Estado de Necesidad.

El Estado de Necesidad por sí, constituye una causal de justificación para actos que en situaciones normales se deberían considerar delictivos. El Código Penal guatemalteco (1973) de acuerdo a lo reconocido por la doctrina, indica que para ello se requiere que el mal provocado sea menor que el que se pretende evitar y que no haya otro medio practicable ni menos perjudicial para impedirlo. La fundamentación de esta causa de justificación se ha basado en la minimización del perjuicio social neto, que significa que cualquier curso de acción aparece como legítimo si, como consecuencia de él, el conjun-

to social sufre un daño menor que el que de otro modo, padecería. Es preferible un estado de la sociedad en la que un individuo A salva su vida a costa de que B sufra algún detrimento en su propiedad, en comparación con un estado en que la propiedad de B queda incólume, pero a costa de la vida de A. De esta forma se adentra en la concepción moral utilitarista. Sin embargo, la protección de la sociedad, en términos de minimización de los daños que sufre el conjunto de ésta, no puede ser la única consideración a tomar en cuenta para justificar una medida o acción; de lo contrario, sería siempre admisible el sacrificio de ciertos individuos en aras de un beneficio mayor de otros. Malamud Goti (1977) explicó esto con claridad indicando que desde un punto de vista objetivo, no cabe duda de que el interés general y la salvación de un valor superior a través de la lesión de un bien de menor jerarquía coinciden. Pero que no puede desconocerse que, también hace al interés general la seguridad de los ciudadanos y la posibilidad de estos de defender una posición ajustada a derecho. Desde este ángulo, resulta que la seguridad y el ejercicio de derechos individuales deben ser reputados bienes jerarquizados por el derecho y estos se ven afectados precisamente por estas acciones de necesidad. Un Estado no puede obligar así a sus ciudadanos a someterse a situaciones objetivamente reputadas provechosas para la generalidad. Se adentra así en los problemas analizados por la filosofía política como el de los límites hasta los cuales se puede perseguir objetivos sociales colectivos en desmedro de derechos individuales.

Si por un lado se sostiene que el bienestar colectivo debe prevalecer siempre sobre los derechos individuales, entonces éstos serían superfluos y los hombres pasarían a ser instrumentos al servicio de la colectividad, en fin, de otros hombres. Pero si se dice que los derechos individuales deben prevalecer siempre sobre el bienestar colectivo, sería imposible constituir una sociedad.

En lo que respecta a este trabajo, cabe suponer que el

bienestar colectivo tiene cierto peso frente a por lo menos algunos derechos individuales y por lo tanto hay razones para no infligir una pena a ciertos casos de conductas realizadas en estado de necesidad. Ahora bien, se encuentra el problema que en la legítima defensa sí se admiten como legítimas ciertas acciones defensivas, en contra de la observancia del principio de economía necesario en el Estado de Necesidad (que el mal evitado sea mayor que el provocado).

Se ha considerado que se puede resolver el problema sustentando la tesis que los intereses del agresor resultan desvalorizados en la medida de la magnitud de la agresión y de la culpabilidad del agente. Esto permitiría admitir la lesión de intereses aparentemente más importantes del agresor en aras de los de la víctima, ya que no puede asignársele a los intereses de aquel el mismo valor que a los de una persona inocente.

Para analizar más profundamente este asunto, hay que combinar la concepción que fundamenta la legítima defensa como estado de necesidad y la que se basa en la retribución.

En esta última no se trata de apreciar el bienestar colectivo sino qué intereses deben ser satisfechos o frustrados.

Antes de entrar a este punto es necesario comentar que la concepción de la legítima defensa como estado de necesidad nos provee de ciertas soluciones para la fundamentación de su impunidad. Sin embargo, ésta, al igual que la que la considera una excusa, no es suficiente para resolver el problema. ¿Qué sucede en los casos en que el mal causado al agresor es moderadamente mayor al que éste se proponía provocar?

- C. La legítima defensa como retribución.** No sería justo comparar los intereses del agresor y su víctima al momento del enfrentamiento con independencia del con-

texto en que dicho enfrentamiento se produce y del mérito de los protagonistas. En otras palabras, una agresión ilegítima debe tener como consecuencia una desvalorización de los intereses del agresor en comparación con los de su víctima. El agresor no merece que se protejan sus intereses en la misma medida que lo merece una persona respetuosa de la ley.

La presente concepción se ha basado en la adjudicación de beneficios y perjuicios, según la contribución de cada uno a generar la situación de enfrentamiento; no se trata de comparar los intereses en juego para dar prioridad al más importante.

La razón que justifica el mal que se causa al agresor es que es moralmente adecuado que quien ha despreciado los intereses de otros, sea pagado con la misma moneda y vea sacrificado los suyos.

Esta asimilación de la Legítima Defensa a una pena retributiva tiene antecedentes como por ejemplo Geyer, quien adoptó esta posición basándose en que cuando el agredido se defiende, 'los males de la agresión y la defensa se equilibran recíprocamente', por lo que si se castigara al agresor se rompería ese equilibrio. (Geyer) citado por Luzón Pena, 1978, pág. 29. Es importante indicar que según esta concepción, el grado en que el agresor merece el sacrificio de sus intereses está determinado por el grado de menosprecio de los derechos ajenos que su conducta ha puesto de manifiesto. Así, si se considera a la legítima defensa como una retribución, se resuelven ciertos problemas que no se habían logrado por medio de las fundamentaciones anteriores, porque otorga la posibilidad de que quien se defiende, cause a su agresor culpable un daño mayor al involucrado en su ataque, sin que por ello deje de lado la exigencia de proporcionalidad que está implícita en toda idea de retribución.

Ahora bien, quienes defienden esta concepción retribu-

cionista, no han podido expresar más que como una intuición básica, que es bueno en sí mismo, cualesquiera que sean las consecuencias para la sociedad y los individuos involucrados, que quien haya hecho algo malo, padezca de algún sufrimiento. Por otro lado, si bien la retribución asegura la exigencia de proporcionalidad, no hace lo propio respecto del requisito de necesidad, puesto que, el mal que el agresor merece y obtiene puede no ser el imprescindible para detener una agresión. Estas consideraciones son suficientes para descartar a esta concepción como la fundamentación de la impunidad de la legítima defensa, sin embargo al igual que las anteriores, incluye ciertas consideraciones que son muy útiles para llegar a una solución satisfactoria.

D. La legítima defensa como componente esencial de los derechos individuales básicos. Cuando se analiza la concepción de la legítima defensa como un estado de necesidad se parte de la hipótesis de que el bienestar tiene cierto peso sobre algunos derechos individuales. Aquí toca examinar la otra cara de la moneda y considerar qué papel juega la legítima defensa cuando se parte de la base de que hay derechos individuales que no pueden ser sacrificados en aras del interés colectivo. Cuando se habla de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida o a la integridad corporal, se comprende que son derechos que el hombre tiene independientemente de su reconocimiento por el derecho positivo y son diferentes a ciertos derechos como el de recibir una compensación por un daño sufrido, que están condicionados a circunstancias que se presentan en diversos grados.

Así, una fundamentación simple de la legítima defensa consiste en sostener que si ella no fuera reconocida y se intentara disuadir las acciones defensivas por medio de la pena, se estaría imponiendo un sacrificio a los individuos que tengan la mala suerte de ser atacados en forma ilegítima.

Muchos han creído que la fundamentación de la legítima defensa es tan simple que no requiere estudio, ya que ella deriva del mero reconocimiento de que los hombres tienen ciertos derechos que no están supeditados a la persecución de objetivos sociales colectivos. Hobbes (1940) dijo que no se puede suponer que hombre alguno haya abandonado el derecho de defender su vida e integridad física para constituir la sociedad civil.

Sin embargo, esta fundamentación de la legítima defensa enfrenta también serias dificultades para considerársele como la solución al problema. En efecto, de acuerdo a esta concepción, nada excluiría el privilegio del propio agresor, a defender sus bienes fundamentales contra acciones defensivas que los ponen en peligro. De esta forma se estaría aceptando la legítima defensa contra la legítima defensa.

E. Una fundamentación compleja. De acuerdo a lo analizado, ninguna de todas las concepciones estudiadas es suficiente para fundamentar las acciones defensivas si se consideran aisladamente. Sin embargo, si no se las considera excluyentes sino como elementos de juicio para una fundamentación compleja, se puede llegar a una solución aceptable al problema. En ese sentido, el fundamento que se propone para la fundamentación de la legítima defensa debería de tomar en cuenta los siguientes aspectos: 1. El alcance que tienen los derechos individuales básicos; 2. La minimización del daño social; 3. Los derechos del agresor y la responsabilidad por la generación de la situación de peligro; 4. La función preventiva de la legítima defensa y 5. Las excusas.

1. El alcance de los derechos individuales básicos. Para determinar el alcance que deben tener los derechos individuales básicos es necesario tener presente dos principios fundamentales: El principio de la inviolabilidad de la persona humana y el principio de la autonomía de la persona humana.

Es prudente considerar que no todos los derechos de los que los individuos gozan constituyen una barrera contra la utilización de los individuos en beneficio de otros. Los derechos que revisten ese carácter son aquellos que se refieren a bienes tan intrínsecamente asociados con la persona humana, que su privación implica degradar a esa persona convirtiéndola en un instrumento para fines ajenos a ella misma. Esto constituye el principio de la inviolabilidad de la persona humana.

Por otro lado, el principio de autonomía del ser humano, significa que el Estado debe permanecer neutral respecto de planes individuales de vida e ideales de excelencia humana, interfiriendo solamente para maximizar la posibilidad de todos de materializar tales planes e ideales.

De esto se infiere que hay ciertos bienes que tienen un status privilegiado frente a otros y que son necesarios para la elección de planes de vida, como por ejemplo: La vida, la integridad corporal, la libertad de movimiento, la libertad de expresión, etcétera, mas, solamente frente a algunos de ellos se puede admitir como permisible una acción defensiva que tenga mayores consecuencias perjudiciales para el conjunto social que la propia agresión. La solución ha de encontrarse en el hecho de si la pérdida del bien que es objeto de defensa es irreversible o irreparable. Es muy distinto perder la vida que perder el derecho a transitar, por ejemplo, por el Boulevard Liberación.

Una vez hechas estas consideraciones, se puede entender la permisibilidad de acciones defensivas que generan perjuicios mayores que los que tiende a prevenir, con más claridad. Solamente cuando se trata de la defensa de derechos intrínsecos a la persona humana, en el sentido de que son esenciales para la elección y realización de planes de vida, que

pueden ser efectivamente defendidos y cuya pérdida es irreparable a través de los procedimientos jurídicos disponibles, es admisible que se sobrepongan los intereses de un individuo a los del conjunto de la comunidad, causándose más daño que el que la acción defensiva evita.

- 2. La minimización del daño social.** ¿Qué sucede en el caso que el daño implícito en la agresión puede ser evitado a través de una acción defensiva menos nociva?

El recurso a procedimientos jurídicos para restaurar o resarcir la pérdida de ciertos derechos también tiene un costo que hay que sopesar. El poner en movimiento la maquinaria judicial. Este costo debe ser comparado con el costo inherente a toda defensa privada. En ocasiones el primero será superior al segundo y la acción defensiva será el curso de acción que maximiza la satisfacción de los intereses de los miembros del grupo social, aún cuando el derecho defendido sea restaurable o resarcible. En ese sentido, resulta claro que el objeto de defensa por un medio eficiente puede ser cualquier derecho y no sólo los que son esenciales para la elección y realización de planes de vida.

- 3. Los derechos del destinatario de la acción defensiva y la responsabilidad por la generación de la situación de peligro.** De acuerdo a lo analizado, los derechos de la víctima de la acción defensiva, o sea del agresor, deberían tener un tratamiento idéntico respecto de los del autor de tal acción.

Cuando la acción defensiva lesiona un derecho básico no restituible o sustituible parecería que ella no es permisible en tanto y en cuanto está dirigida a preservar derechos que o bien no son básicos o, si lo son, cuya pérdida puede ser subsanada a través de los procedimientos jurídicos disponibles; en cambio,

si la acción defensiva afecta a derechos primarios no restituibles en aras de la preservación de derechos del mismo carácter parecería que no hay más solución que admitir que son legítimas, tanto esa acción defensiva, como cualquier acción de su destinatario que se oponga a ella en protección de sus propios derechos.

Para solucionar estas dificultades es necesario considerar la responsabilidad de cada uno de los protagonistas en la generación de la situación de peligro.

Cabe preguntarse si no es posible fundar un tratamiento discriminatorio entre el autor y la víctima inocente de una agresión, extendiendo a la legítima defensa el mismo principio de distribución que permite justificar la pena. Lo que justifica la imposición a un individuo de una pena, es el consentimiento de ese individuo de asumir la respectiva responsabilidad penal. Ese consentimiento está dado por la realización voluntaria de un acto, a sabiendas de que él tiene como consecuencia normativa necesaria la pérdida de la inmunidad de una pena.

De este modo, se podría plantear la hipótesis que la realización voluntaria de un acto delictivo con conocimiento de que él genera el privilegio de la víctima de defender sus bienes en peligro, implica (al igual que con relación a la pena) el consentimiento del agente a perder la protección jurídica contra lesiones a sus bienes que sean necesarias y eficaces para neutralizar la agresión. Este enfoque permite que, en defensa de derechos básicos e irrestituibles, se cause al agresor un daño mayor que el que él intenga provocar, pudiéndose afectar sus propios derechos básicos, sin posibilidad de legítima defensa de su parte y estando exento el defensor de afrontar el resarcimiento por el daño causado.

4. La función preventiva de la legítima defensa. Un

importante factor que se debe agregar a esta fundamentación de la legítima defensa deriva de la consideración que a veces puede haber un beneficio neto para el conjunto social, aunque el bien lesionado sea algo más valioso que el que se salva; tal beneficio está dado por la función de prevención general que toda defensa privada exitosa cumple.

Una acción defensiva puede lesionar un bien mayor del que consigue preservar y, a pesar de todo, ser socialmente beneficiosa porque forma parte de una práctica general que de desaparecer o ser restringida daría lugar a que se produjeran mayores perjuicios para los bienes de los individuos que los que su preservación acarrea. Es cierto que si se mata a un agresor para evitar ser seriamente lesionado, el resultado neto de esa situación, aisladamente considerada, implica un déficit para la sociedad en conjunto; pero si la gente estuviera impedida de defender su integridad corporal cuando ello sólo puede hacerse a costa de dar muerte al agresor, desaparecería uno de los obstáculos más grandes para que se emprendieran agresiones y es muy posible que el conjunto de la sociedad se vería a la larga seriamente perjudicado por un incremento considerable de tales agresiones. En suma, debe agregarse entre las ventajas que la práctica de la defensa privada aporta para la sociedad, no sólo los daños que quienes efectivamente se defienden logran impedir sino también los perjuicios que se previenen en los casos en que potenciales agresores desisten de su intento por temor a la reacción de las víctimas. Este es un excedente de beneficio para el conjunto social que bien puede compensar el perjuicio que se genera cuando se lesiona un interés más importante que el defendido. A pesar de ello, cuando la diferencia de valor entre el bien salvado y el bien lesionado es muy grande, el daño social resultante sobrepasará el beneficio generado por la función de prevención general de la práctica de la defensa privada.

Esta es la base más firme para justificar la exigencia de proporcionalidad entre defensa y agresión, ya que la hace compatible con la permisibilidad de que se exceda moderadamente los límites del estado de necesidad.

- 5. Las excusas.** A pesar que la combinación de las diferentes consideraciones analizadas otorgan una justificación extensa de la legítima defensa quedan algunos casos de acciones defensivas que no están cubiertas por aquellas consideraciones y que deberían quedar impunes.

Si el autor de la agresión es inimputable o actuó por error y el que se defiende de esa agresión lesiona un bien primario de aquél. Según lo que se ha analizado, esta acción defensiva no está justificada. Sin embargo, en estos casos son aprovechables las consideraciones sobre la concepción de la defensa como una excusa. Si bien, como se apuntó, esta fundamentación sólo permite derivar la impunidad de un conjunto muy restringido de acciones defensivas y se ve desplazada por concepciones que fundamentan la legitimidad de muchas de tales acciones, ella vuelve a adquirir relevancia en los casos no cubiertos por las concepciones aludidas.

En consecuencia, la fundamentación de la impunidad de las acciones defensivas, debe basarse no en un único principio, sino en la aplicación y combinación de varios de ellos entrelazados. Es un error considerarlas excluyentes.

CAPITULO IV LOS DERECHOS DEFENDIBLES

Históricamente, la legítima defensa nació unida a los delitos de homicidio y lesiones, actualmente permanece así en los códigos antiguos. A pesar de ello, en las legislaciones contemporáneas se acepta con mucha más extensión esta figura hasta el punto de incluirse como legítimamente defendibles los bienes que no estén penalmente tutelados. Así, la doctrina actual considera que todos los bienes e intereses jurídicos, materiales o inmateriales, desde los más preciosos a los de ínfimo valor, son legítimamente defendibles.

El Código penal brasileño (1830) y el español (1848) abrieron el camino que introdujo en el campo legislativo la concepción que hoy domina en la doctrina, al establecer la expresión "persona y derechos", para determinar el área de lo susceptible de defensa legítima.

Esta ha sido recogida por algunos ordenamientos punitivos de hispanoamérica como se citó claramente en la Enciclopedia Jurídica Omeba (1986): Costa Rica, Cuba, Honduras, Perú, El Salvador, Uruguay, Argentina y Guatemala. Otros, enumeran taxativamente estos derechos, lo que se considera menos certero pues restringe el ámbito de aplicación.

En ese sentido, la Enciclopedia Jurídica Omeba (1986, pág. 52) citó varios cuerpos legales latinoamericanos como el Boliviano, que afirmó en su artículo 497 la defensa de la propia vida o de la de otro; del rechazo de invasión violenta, o del intento de asalto o incendio de casa, habitación o heredad, o rotura de puertas, escalo de pared o cerca durante la noche; de la defensa de la propia casa, familia o propiedad contra el salteador, ladrón u otro agresor injusto que abierta y violentamente trata de robar, incendiar, invadir o hacer algún daño a las personas, aunque sea de día; de la defensa de la libertad propia o ajena; y de la que de su pudor realice mujer honesta; el del Ecuador consciente la defensa de sí y

de otro, la del patrimonio propio y de tercero y a la mujer que le fuere gravemente amenazado su pudor; el del Paraguay, que autoriza la salvaguarda de la vida, la libertad personal, el pudor, la propiedad y, en último término el domicilio y sus dependencias inmediatas contra su indebida violación.

A diferencia de los anteriores, los Códigos Penales de Guatemala (1973) y Cuba (1987) establecieron lo siguiente: El Código Penal de Guatemala (1973) en su parte conducente del artículo 24 indicó: "Quien obra en defensa de su persona, bienes o derechos, o en defensa de la persona, bienes o derechos de otra...(Decreto Ley 17-73, 1973)"; y el de Cuba (1987) en su artículo 21: "1. Está exento de responsabilidad penal el que obra en legítima defensa de su persona o derechos... 3. Está igualmente exento de responsabilidad penal el que defiende a un tercero en las condiciones y con los requisitos exigidos en el apartado 2, ...(Ley número 62, 1987)".

En realidad, la defensa propia o de sus derechos debe abarcar la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico por un medio racional siempre que exista una cierta proporcionalidad entre la acción defensiva y la agresiva. Así, como apuntó Zaffaroni (1988) puede defenderse legítimamente hasta el derecho de preferencia en el estacionamiento; pero, por supuesto, no matando al conductor de otro vehículo, aunque sí atravesándole el propio vehículo en forma que le impida estacionar. Puede defenderse hasta el derecho a descansar sin ruidos contra el borracho bullanguero, pero con un baldaso de agua.

La base de esta argumentación consiste en que un bien es defendible por medio de una acción privada cuando está protegido por derechos-pretensiones, derechos que son correlativos de deberes jurídicos de otras personas. Si se tiene derecho de sentarse en una banca del parque, muchas veces ese derecho se va a ver obstaculizado por otras personas que ya hacen uso de esa banca. En ese caso, no se puede sacar con violencia a esas personas para ejercer el

derecho a sentarse; porque se está afectando algo más que la posibilidad de realizar una conducta autorizada. Se está afectando un derecho que es correlativo a un deber de los demás. En el caso establecido, quien se encuentra sentado en la banca debe encontrarse en la posibilidad de defender legítimamente su derecho.

Según este análisis, efectivamente una conducta debe estar jurídicamente prohibida para constituir una agresión ilegítima, esto no implica que la prohibición tenga que ser de índole penal.

CAPITULO V DEFENSAS ESPECIALES

La legítima defensa es una figura jurídica que se puede aplicar a una infinidad de acciones del hombre y encontrarse envuelta bajo muchas circunstancias diversas, por lo que sería imposible hacer mención de todas ellas. Sin embargo, en este capítulo estudiaremos algunas defensas que revisten algunas particularidades especiales que son muy importantes y no se puede excluir de este estudio.

A. Defensas de terceros. La legítima defensa de tercero fue proclamada por Alimena como 'la más notable y hermosa de las defensas'. (Alimena) citado por Antón Onega y De Miguel Garcilopez, en Derecho Penal, 1940, pág. 198.

Al hablar de legítima defensa de un tercero es importante diferenciar si el tercero es un pariente o un simple extraño, porque es claro que el legislador tomó en cuenta esta circunstancia en el Código Penal guatemalteco en vigencia (1973).

1. Legítima defensa de parientes. El último párrafo del artículo 24 del Código Penal guatemalteco (1973) excluye la necesidad del requisito de "falta de provocación suficiente por parte del defensor" cuando se trata de la defensa de parientes dentro del grado de ley, siempre que el defensor no haya tomado parte en la provocación.

Al imaginar un caso en el que A, autor de la provocación, no tendría por este motivo, derecho de repeler legítimamente la agresión de B, pero si estaría justificada la defensa que C hiciera de la persona o de los derechos de A, por ser su pariente. En realidad, no parece lógico que una persona tenga derecho a defender a otra persona o sus bienes, cuando ésta última ha provocado la agresión. Si A injuria fuertemente a B y éste levanta la mano para golpear

a A, pero A se adelanta y le pega con un palo y le hiere el brazo, esta lesión no estaría justificada; más, si lo será si quien aplicara el golpe a B es C, quien es su pariente. Es absolutamente cierto que al padre, al hijo, al cónyuge o al hermano no se puede exigir que permita el sacrificio de su pariente, aunque sepan que fue provocador, del mismo modo que no se puede sancionar a esos parientes que brinden refugio en su casa y sustraigan así a la autoridad a su familiar autor de un crimen, como lo estableció el artículo 476 del Código Penal guatemalteco (1973). Pero la absolución de aquel acto nada tiene que ver con los fundamentos y características de la legítima defensa. En tal virtud, consideramos que el pariente debe realizar su acto de defensa cuando sea necesario, pero también creemos que su acción debe ser castigada si hubo provocación por parte del defendido.

2. Legítima defensa de extraños: La legítima defensa de terceros extraños se rige en nuestra legislación de igual forma que la legítima defensa personal, de manera que para que exista se necesita que concurren los mismos requisitos que para esta última.

B. La legítima defensa mediante artefactos mecánicos predispuestos (Offendicula). La legitimidad del empleo de aparatos mecánicos predispuestos para la defensa de toda clase de bienes personales, como se llaman doctrinariamente **Offendicula**, tiene íntima relación con el problema de la racionalidad y proporcionalidad entre los medios utilizados en la defensa y el peligro que el ataque injusto supone.

Los **offendicula** primitivos consistían en puntas de lanzas, clavos, vidrios, etc., colocados sobre las paredes para impedir el acceso al interior de las propiedades privadas de ladrones o asaltantes. Luego, el hecho de que se crearan dispositivos más peligrosos como los que disparan proyectiles automáticamente o que provocan des-

cargas eléctricas le han dado la importancia necesaria para ser considerados al estudiarse la legítima defensa.

Existen autores que niegan la legítima defensa mediante los **offendicula** que puedan acarrear la muerte o graves lesiones; mientras que otros como Impallomeni han opinado que la instalación de estos en la propiedad de uno, no constituye una forma de legítima defensa sino el ejercicio de un derecho, puesto que si la ley no prohíbe hacerlo, todos pueden libremente colocarlos en los lugares de que son dueños. (Impallomeni) citado por Nino en La Legítima Defensa, 1982, pág. 143. Soler aceptó este criterio pero únicamente para justificar las lesiones y daños causados que oponen una resistencia normal, conocida y notoria, que advierte al que intenta violar el derecho ajeno, pero no acepta las lesiones causadas fuera de estos límites, debiendo aplicarse en estos casos la legítima defensa, pero únicamente cuando las condiciones de esta se cumplan (Soler) citado por Nino en la Legítima Defensa, 1982, pág. 143. Jiménez de Asúa (1964) compartió tal opinión y aclaró que estos aparatos se instalan en previsión de un ataque futuro e incierto. He aquí por qué el mecanismo debe hallarse graduado de forma que no empiece a funcionar más que en caso de ataque presente y de acuerdo a la naturaleza de este. Siguiendo este pensamiento, el empleo de tales medios que acarrear la muerte, carecen del requisito de necesidad, que es absolutamente indispensable para que pueda hablarse de legítima defensa y definitivamente no existe cuando el bien sacrificado es notoriamente superior a aquel que se defiende.

- C. La defensa privilegiada.** La mayoría de los códigos de hispanoamérica han establecido una presunción de legítima defensa a favor del que repele la intrusión de un extraño al hogar. Esta defensa, llamada "defensa privilegiada" se encuentra establecida en el Código Penal guatemalteco (1973) en su artículo 24 así: "...Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquel que rechaza al que pretende entrar o haya entrado

en morada ajena o en sus dependencias, si su actitud denota la inminencia de un peligro para la vida, bienes o derechos de los moradores." (Decreto 17-73, 1973)

Los casos de legítima defensa presunta o privilegiada han dado lugar a problemas diversos en su aplicación, existiendo criterios a favor y en contra.

Históricamente, ya era considerada en la ley de las XII tablas al establecerse en ella la impunidad de quien matara dentro del hogar al ladrón o intruso nocturno. La ley de las doce tablas decía: 'si noctu furtum fiat, furem autem aliquis occiderit impune esto.' (Ley de las XII Tablas) citada por la Enciclopedia Jurídica Omeba, 1986, pág. 180.; el emperador Valentiniano sólo reconoció el derecho de matar al ladrón nocturno a los habitantes del campo; (Valentino) citado por Enciclopedia Jurídica Omeba, 1986, pág. 180. Los ordenamientos medievales desconocieron los límites que el Derecho romano pusiera a la facultad examinada como un medio más de hacer frente, sin duda, al vandolerismo que florecía en las ciudades.

Algunos autores sólo la han mencionado, sin expresar su acuerdo o rechazo: Zaffaroni (1988), Carlos Creus (1990); mientras otros como Puig Peña (1959), le dan un sentido amplio a su aplicación.

En realidad, es una circunstancia muy delicada que el legislador debe analizar cuidadosamente al momento de aplicarla. Para ello es conveniente recordar el famoso caso de las damas de Jefousse recordado por Bouchardon (Les dames de Jeufosse) y citado por la enciclopedia Jurídica Omeba (1986): En 1857 la señora de Jeufosse, propietaria de un palacio (chateau) en la campiña, enterada de que su joven vecino Guillot escalaba todas las noches el muro del parque que rodeaba la señorial casa para depositar cartas amorosas bajo la ventana de la señorita Jeufosse; ordenó a su guardabosques Crépel, le esperase emboscado una noche y dispa-

rased contra él. Guillot resultó muerto de un tiro. La señora de Jeufosse y el guarda comparecieron ante la corte de Assises y fueron absueltos.

A primera vista, esta norma se muestra desconcertante, pues parece prescindir de todos los requisitos de la legítima defensa cuando hay intrusión en el hogar. La verdad es que el hecho de que se introduzca al hogar una persona extraña que por sus actitudes demuestre un peligro para ésta o sus bienes resulta atemorizante y por eso se considera que hasta una acción defensiva exagerada o innecesaria, en estos casos se hace más excusable debido al miedo o error. Sin embargo, como indicaba Soler, esta disposición legal sólo establece una presunción, que admite prueba en contrario, de que se dan las tres condiciones para acción defensiva legítima. En palabras de su autor: 'En tales casos, pues, el que reaccionó podrá válidamente simplificar sus excusas y pruebas, acreditando el escalamiento y la nocturnidad, y aunque no conste la existencia de tan extremo peligro que autorizarse a matar, dicho peligro será presumido' (Soler) citado por Nino en la Legítima Defensa, 1982, pág. 146. De ese modo, esta norma constituye una regla probatoria, porque dadas las circunstancias de tiempo y lugar, puede resultar difícil al que se defiende, probar que se han reunido los extremos de la legítima defensa, aunque estos se hayan efectivamente dado.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A. Conclusiones.

- 1.- Las legislaciones de la mayoría de países han determinado muy acertadamente que la legítima defensa es una causa justificable que exime de responsabilidad penal. Pero el fundamento de esta afirmación no se puede basar en un principio simple sino en una serie de consideraciones morales y sociales.
- 2.- La legítima defensa es justificable porque: I) tiende a la preservación de los derechos individuales básicos de los individuos; II) busca la minimización del daño que se pueda causar a la sociedad; III) da la posibilidad de adscribir a los individuos que emprenden conscientemente actos de agresión, la pérdida de la inmunidad de lesiones a sus derechos porque así lo quisieron; IV) no sólo evita daños que pudiesen provocarse a las personas sino contribuye a que potenciales agresores desistan de sus intentos por temor a la reacción de las víctimas; y V) porque el ser humano, por serlo, es susceptible de ser empujado a estados de ánimo que excedan del límite de la racionalidad.
- 3.- La legítima defensa debe abarcar la posibilidad de defender cualquier bien jurídico, siempre que exista un derecho correlativo de deberes jurídicos de otras personas.
- 4.- La legítima defensa de un tercero es un acto notable porque despierta la nobleza del ser humano y conduce a la preservación de la vida en comunidad, que resulta en beneficio de él mismo.
- 5.- La legítima defensa de un pariente es una actitud natural del hombre, pero este debe ser castigado si hubo provocación suficiente por parte del defendido.

- 6.- Los offencicula son medios útiles de defensa, pero no son justificables cuando el bien sacrificado es notoriamente superior a aquel que se defiende.
- 7.- Las defensas privilegiadas no implican que se da la legítima defensa sin necesidad de que concurren los requisitos necesarios para que exista, sino que constituyen una presunción Juris tantum, o sea salvo prueba en contrario, de que efectivamente se dieron estas condiciones.
- 8.- Corresponde al juzgador determinar cuidadosamente en los casos concretos si: 1) Para que exista agresión esta debe ser consumada, o podrá ser iniciada o temida, excluyendo definitivamente a la creída; 2) entre la conducta del defensor y del agresor no existe una desproporción que cause a este último un mal inmensamente mayor que lo que se hubiera producido al primero; 3) la provocación es suficiente para hacer previsible una agresión, sin que a este efecto se pueda tomar en cuenta las características personales antisociales del agresor.

B. Recomendación.

En virtud que en el presente trabajo se excluye el análisis de la Legítima Defensa desde el punto de vista del Derecho Procesal, se sugiere la realización de otros estudios enfocados en ese sentido.

BIBLIOGRAFIA

- Antón Oneca, J. y de Miguel Garcilopez, A. Derecho penal. España, Reus, 1940.
- Carrara, F. Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito, España, Centro Editorial de Góngora, 1926.
- Código Penal de Cuba, Ley número 62, 1987.
- Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73 del Congreso de la República, 1973.
- Creus, C. Derecho penal, Argentina, Segunda Edición, Astrea, 1990.
- Cuello Calón, E. Derecho penal, España, Tomo I, Décimoctava Edición, Bosch, 1980.
- De Mata Vela, J. F. Curso de derecho penal guatemalteco, Guatemala, Offset Imprenta y Encuadernación Centroamericana, 1992.
- Donna, E. El Exceso en las causas de justificación, Argentina, Astrea, 1985.
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Argentina, Tomo 11, Editorial Driskill, S.A., 1986.
- Exposición de Motivos de la Comisión Específica que elaboró el Código Penal vigente, 1961.
- Fontana, R. Legítima defensa y lesión de bienes de terceros, Argentina, Depalma, 1970.
- Hobbes, T. Leviatan, México, Fondo de Cultura Económica, 1940.
- Jiménez de Asúa, L. Tratado de derecho penal, Argentina, Losado, S.A., 1953.

- Malamud Goti, J. Legítima defensa y estado de necesidad. Argentina, Depalma, 1977.
- Moguillanes Mendía, A. Standards axiológicos en materia penal, Argentina, Depalma, 1976.
- Nino, C. S., La legítima defensa, Argentina, Astrea, 1982.
- Puig Peña, F. Derecho penal, España, Quinta Edición, Tomo I. Nauta, S.A., 1957.
- Sauer, G. Derecho penal, España, Bosch, 1956.
- Tissot, C. J. El derecho penal, España, Tomo 18, Nueva Biblioteca Universal, Sección Jurídica, 1880.
- Zaffaroni, E. R. Manual de derecho penal, México, Segunda Edición, Cárdenas, 1988.