

La Legítima Defensa en la Doctrina y en el Código Penal Peruano (*)

Vim vi repellere licet

- 1) Síntesis de la historia de la institución, A) En Roma, B) En el Derecho germánico, C) En el Derecho canónico, D) En el Derecho intermedio. —
- 2) Los fundamentos de la Legítima Defensa. — 3) Los requisitos de la legítima defensa, A) Peligro inminente, B) Ilegitimidad de la agresión, a) Los casos de riña, b) La legítima defensa recíproca, c) Defensa contra actos conformes a derecho, C) Necesidad racional del medio empleado, a) El exceso en la legítima Defensa, D) Falta de provocación del ofendido, a) El derecho de defensa del provocador. — 4) Los bienes tutelados, a) Defensa de terceros. — 5) La Legítima Defensa Putativa. — 6) La responsabilidad en la Legítima Defensa.

- 1) Síntesis de la historia de la institución.

Entre todas las causas de justificación la legítima defensa es la que ofrece los antecedentes históricos más remotos, la primera en adquirir vida autónoma en los Códigos y la más estudiada por los tratadistas que le han dado el más amplio desarrollo y las más extensas proyecciones.

“En todos los tiempos se ha reconocido —escribe Von Liszt (1)— si bien con diferente amplitud, que la legítima defensa, no sólo es un acto no punible, sino un acto conforme al derecho”.

A) En Roma.

Este mismo autor, coincidiendo con la mayor parte de los penalistas que se han ocupado de la historia de la legítima defen-

(*) Capítulo de la tesis —que mereció el Premio “Javier Prado” en el Concurso de Fomento a la Cultura de 1951— intitulada “La antijuridicidad y las causas de justificación en la doctrina y en el Código Penal Peruano”, presentada para optar el grado de Bachiller en Derecho, por el ex-alumno D. Alberto V. Sommaruga.

(1) Liszt, Franz von.—Tratado de Derecho Penal, T. 1º, pág. 331.

sa (2), señala el Derecho romano como el primer ordenamiento jurídico en el que aparece reconocida y desarrollada en forma científica esta institución (3).

Las referencias que se encuentran en las legislaciones anteriores a la romana no contemplan la legítima defensa individual, tal como se entiende en los sistemas jurídicos modernos. Se ofrece sólo en los casos de defensa pública o de reacción colectiva contra determinadas formas de bandolerismo o de delincuencia especialmente grave (4).

Las únicas excepciones —que hemos registrado al revisar los materiales y la información de que disponíamos— se encontrarían en las Sagradas Escrituras y más concretamente en los siguientes pasajes del Antiguo Testamento : Exodo, XXI, 18-19; Levítico, XIX, 16; Exodo, II, 11-12 (5).

Empero prescindiendo de estos casos debemos acudir al Derecho romano para encontrar las primeras manifestaciones de la existencia y funcionamiento de la legítima defensa.

Aun cuando en este Derecho el instituto no llegó a alcanzar una formulación clara y bien definida (6) no se puede negar que la legítima defensa fué reconocida, por los romanos, en sus aspectos esenciales. (7).

Las primeras referencias acerca de la legítima defensa se encuentran en la Ley de las Doce Tabas, que constituye uno de los más remotos documentos de la legislación Romana. En esta

(2) Cfr.: Manzini, Tratado de Derecho Penal, T. III, pág. 60 y sigs.; Florián, Trattato di Diritto Penale, P. Generale, T. Iº, págs. 531; Floretti y Zerboglio, Sobre la Legítima defensa, pág. 31 y sigs.; Corsonello, Teoría delle Cause oggettive di cessazione del reato, págs. 6 y sigs.

(3) Por cierto el desarrollo de esta institución en el Derecho romano es todavía incipiente e incompleto.

(4) El profesor Gatti, en su "L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei secoli xii - xvi", se ocupa de esta forma de reacción defensiva que vendría en cierto modo a encontrarse emparentada con la legítima defensa, y señala la existencia de antecedentes legales de este instituto —que alcanza su más completo desarrollo en la etapa medioeval de vigencia de los estatutos— en el Código de Hammurabi y en el derecho hebreico. Al respecto cita el Exodo, XXXII, 15-20; Deuteronomio XIII, 1-10; ibid. XVII, 7; ibid. XCI, 20-21; el Levítico XXIV, 14-16; algunos pasajes de los libros de Daniel, de los Evangelios, de las actas de los Apóstoles; así como del Manava Dharma Sastra. Cfr. Gatti, ob. cit. pág. 183.

(5) Gatti, ob. cit. pág. 152.

(6) Esta es la opinión de la mayoría de los autores.

(7).—Floretti y Zerboglio quienes han dedicado a la materia un extenso estudio, coincidiendo con los numerosos autores que se han preocupado por investigar la historia de este instituto, afirman que en Roma "los jurisconsultos no sólo señalaron puntualmente sino sistemáticamente todos sus elementos psicológicos. Cfr. ob. cit. pág. 34 in fine.

ley se autoriza la muerte del ladrón si, cuando es sorprendido robando, se defiende con armas (8).

Las investigaciones que Geyer ha hecho sobre esta materia y que han sido dadas a publicidad en la monografía intitulada "Die lehre von der nothwer" (9), han permitido descubrir que los diversos elementos integrantes de la legítima defensa ya habían sido reconocidos por los romanos y que en la legislación de este pueblo estaban presentes los mismos requisitos que nosotros exigimos hoy. En efecto se precisaba: "la injusticia de la ofensa" así como la existencia de una verdadera "dificultad de librarse del agresor de otro modo que con su muerte o hiriéndole" (10).

En forma menos explícita se exigía también cierta proporción entre la agresión y la reacción. Las fuentes de que se dispone no llegan a establecer normas rigurosas o matemáticas cuando aluden al "*arma armis*" o al "*vim vi repellere*" pero en algunos textos se han encontrado referencias a la "*inculpatae tutelae moderatio*" o sea a la necesidad de cierta proporción entre la agresión y la reacción que, después la jurisprudencia medioeval había de elevar a la categoría de requisito de primera importancia. (11).

Aun cuando casi todas estas referencias a los requisitos de la legítima defensa se encuentran en los textos legales se pueden señalar como fundamentos doctrinarios del instituto algunos pasajes de la obra de Cicerón que lo considera como la expresión de una ley natural. "*Non scripta sed nata lex quem ex natura ipsa arripuimus*" (12).

También en las constituciones imperiales se encuentran atisbos de fundamentación teórica de este instituto (13).

Según Geyer la legítima defensa en Roma no se limitaba tan sólo a los casos de atentados contra la vida sino también a la protección de los bienes patrimoniales y aun de aquellos bienes que no eran de carácter patrimonial como el honor, por ejemplo.

(8) Cfr. Floretti y Zerboglio, ob. cit. pág. 35: *Lex duodecim tabularum furem noctu deprehensum permittit occidere interdum autem deprehensum si telo se defendat.* (C. 4 par. 1 ad. leg. Aquil.)

(9) Floretti y Zerboglio, ob. cit. pág. 36.

(10) Cfr. Floretti y Zerboglio que mencionan la Leg. Corn "*Furem nocturno si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.*" ob. cit.

(11) Floretti y Zerboglio, ob. cit. pág. 37: "*confestim non ex intervallo, sed ex continenti.*"

(12) Florian se refiere a un pasaje del Pro Milone. Cfr. ob. cit. pág. 531 del tomo 1º.

(13) La institución sin embargo debe su desarrollo y sus perfiles más a la sagacidad y al sentido práctico de los romanos que a sus preocupaciones y desvelos por dilucidar problemas de índole teórica.

Se llegaba también a reconocer el derecho de ejercer la legítima defensa para proteger a los terceros cuando eran objeto de agresión injusta (14).

B) En el Derecho germánico.

La evolución de este instituto, está estrechamente vinculada al grado de civilización de los diversos pueblos que lo invocan y lo utilizan. Por este motivo experimenta, durante las primeras centurias de dominación germana un manifiesto retroceso que llega por momentos a comprometer su misma subsistencia. Corsonello señala como ejemplo la suerte que experimentó esta institución durante el reinado de los longobardos y afirma que la legítima defensa llega a degradar hasta tal punto que es confundida con la "faida", la venganza privada (15).

Sin embargo, pasado el primer momento de conmoción social, económica y política, las toscas instituciones de los bárbaros se van refinando y experimentan un proceso de pulimentación. Al burdo objetivismo de los dos primeros siglos sucede un nuevo modo de captación del derecho en el que se llega a admitir la presencia del factor espiritual y de la responsabilidad individual.

Encontramos allí nuevamente el embrión de la legítima defensa que había desaparecido junto con el armazón político y jurídico del mundo romano, bajo el empuje de los invasores que dos siglos antes se habían extendido sobre casi todo el imperio.

Primero aparecen en algunos textos legales referencias a determinadas categorías de hombres "*qui sine compositione occidi possunt*" (16). Si bien en estos casos no se puede hablar todavía de legítima defensa —ni siquiera en el sentido o con los alcances de los romanos —pues se trata de formas de reacción contra los casos de rapiña, incendio, latrocinio, etc., sin embargo estas disposiciones contienen ya el germen del instituto. En ellas se empieza a prestar cuidado a la intención que durante muchos siglos había sido desatendida por completo, para reparar tan sólo

(14) Cfr. Hungría, Nelson. Comentarios al Código Penal, T. 1º pág. 445, quien reconoce el desarrollo "casi completo" que había alcanzado este instituto en Roma. Según este autor las condiciones de la licitud de la defensa privada eran: "agressio injusta", "periculum praesens" y "moderatio inculpatae tutelae".

(15) Cfr. Corsonello ob. cit. pág. 8: "In tale periodo di conseguenza decade la elaborazione delle cause di esclusione del reato, anzi si smarrisce addirittura".

(16) Fioretti y Zerboglio ob., cit. pág. 45.

en las consecuencias de los hechos, y con esto se da el primer paso de verdadera importancia para alcanzar una nueva configuración del instituto.

En la *Lex Wisigothorum* y en las legislaciones de los Ostrogodos no se establece aun la necesidad de una reacción subitánea para que se configure la legítima defensa. Sólo se limitan estos textos a establecer el requisito de “la reacción inmediata a la muerte de la víctima” con lo cual se llegaría a tener una especie de venganza que, para quedar impune, debió consumarse, como decían Fioretti y Zerboglio (17) “al pié de la víctima o a la vista de su cadáver” y que en realidad implica una compensación o trueque de vidas.

Todavía mientras estuvo en vigencia entre los germanos la *Friedlosigkeit* —la privación de la paz— la legítima defensa quedó absorbida por este instituto que consagraba una especie de “derecho de muerte” en favor de la víctima o de sus deudos (18).

Otros centros de formación de este instituto —según los autores ya citados— sería la *Scheinbusse* —recompensa simbólica— consistente en la costumbre consagrada por los *Patainding* o estatutos locales, que autorizan la muerte del intruso sorprendido en la casa, con la única obligación de colocar tres pequeñas monedas en la boca del cadáver que luego era dejado en el medio de la calle.

Es sin embargo en las Leyes de Liutprando donde se encuentra netamente definido el concepto de legítima defensa y se diferencia la muerte causada en estas circunstancias de todos los demás casos de homicidio. Con todo aun en este ordenamiento existe una obligación de indemnizar, con el 50% de la recompensa que se fijaba para los casos de homicidio común, a los familiares de la persona que había dado lugar al ejercicio de este derecho (19).

Habría finalmente otro núcleo de formación de la legítima defensa en la costumbre, muy generalizada en la Edad Media, de condenar al que mataba en estado de legítima defensa y de perdonarle luego la pena por obra de la gracia soberana.

(17) Fioretti y Zerboglio, ob. cit. pág. 47.

(18) De este concepto de la *Friedlosigkeit* se desprende la facultad de repeler las agresiones personales y el derecho de defenderse contra las violaciones de domicilio.

(19) Con lo cual queda evidenciada la supervivencia en este sistema legal de principios y prácticas jurídicas pretéritos.

C) En el Derecho canónico.

La influencia cristiana en el derecho penal no parece haber sido muy propicia para el desarrollo de este instituto. Lejos de avivar los tenues gérmenes de la institución germana o de perfeccionar las características de la romana habría entorpecido su evolución (20).

La concepción estoica greco-romana que constituye uno de los fundamentos del cristianismo habría influido en el espíritu de los hombres de la Edad Media para que sobrellevaran resignadamente los contrastes y las adversidades de la vida y se acostumbraran a no reaccionar frente a los peligros y a las agresiones.

Tenemos en efecto el *Decretum Gratiani* que, al igual que el *Corpus Iuris*, comienza reconociendo la legítima defensa, pero cuando se trata de justificar cada uno de los casos particulares —que en teoría acepta— establece tal cantidad de restricciones, requisitos y cortapisas que el funcionamiento del instituto queda reducido a mera teoría.

Este espíritu pacifista de los jurisconsultos cristianos se manifiesta especialmente en la atención que prestan a la institución del “*moderamen inculpatæ tutelæ*” que es sin duda alguna la más acabada y cuidadosa construcción del derecho canónico y que, evidencia “la intención manifiesta de preocuparse mucho más de los límites a imponer que de los derechos de protección al agredido” (21).

A este respecto Santo Tomás de Aquino uno de los más poderosos pensadores de la Iglesia escribía “*Si aliquis ad defendendam propriam vitam utatur maiori violentia quam oporteat, erit illicitum; si vero moderate violentiam repellat, erit licita defensio. Nam secundum iura, vim vi repellere licet cum moderamine inculpatæ tutelæ*” (22).

En el ordenamiento jurídico de la Iglesia este instituto, para funcionar, precisaba el concurso de los siguientes requisitos : agresión injusta, reacción inmediata, proporcionalidad en la reacción e imposibilidad de recurrir a otros medios para salvar los bienes amenazados (23).

(20) Cfr. Floretti y Zerboglio, ob. cit. pág. 55. Estos mismos autores sostienen — pág. 62 — que el advenimiento del derecho canónico “hace descender la legítima defensa desde el grado de derecho hasta el de delito atenuado”.

(21) Floretti y Zerboglio, ob. cit. 57.

(22) Hungría, ob. cit., vol. I, pág. 446.

(23) Manzini, ob. cit. vol. III, pág. 62.

Se admitía en cambio la defensa de los terceros, llegándose en algunos casos a prescribirla en forma expresa (24).

Por otra parte se prohibió la defensa de los bienes patrimoniales a menos que el ataque no implicara al mismo tiempo un grave peligro personal (25).

De todo lo que venimos exponiendo resulta evidente que el pacifismo cristiano debilitó el sentimiento jurídico individual. En efecto en las primeras legislaciones que experimentan influencias cristianas aparecen disposiciones que obligan al que mató en estado de legítima defensa en el interior de un templo a pagar una suma como compensación y a someterse a un juicio canónico por el "*facinus*" cometido.

Algo más, las graves penitencias que se imponían a quien se había visto obligado a invocar la legítima defensa contribuyeron a dar un carácter inmoral al ejercicio de este derecho, enervando su sentido jurídico. De otro lado la obligación de huir que se imponía en un gran número de ocasiones, para evitar el recurso de la defensa, y que era consecuencia del *moderamen inculpatae tutelae*, hacía casi ilusorio el reconocimiento de este derecho. En efecto como apuntan Zerboglio y Fioretti "son muy raros los casos en los cuales, después de su acaecimiento —se refieren al ejercicio de la legítima defensa— no pueda pretenderse que la fuga era cosa posible y factible" (26).

D) En el Derecho intermedio.

Sin embargo en la baja Edad Media la institución de la legítima defensa recobra la importancia y los perfiles que había tenido en el ordenamiento jurídico romano.

Los bienes tutelados en esta época son en primer término la integridad física del agredido (27). Además se protege la inviolabilidad del domicilio, la integridad sexual y no faltaron tampoco los ensayos para extender el ejercicio de este derecho a la defensa

(24) Sobre el particular Fioretti y Zerboglio, no sin acierto, manifiestan que esa prescripción de defender a los demás evidenciaba una falta de penetración psicológica pues mal podría defender lo ajeno quien no está acostumbrado a defender lo propio. ob. cit. págs. 57 y 58.

(25) Manzini cita una disposición contenida en el *Canones Wallici*, libro penitencial inglés del siglo VI. Esta disposición reza así: *Fur per noctem occidi licet, per diem non licet; qui occiderit in nocte nullam habeat*. Cfr. Manzini, ob. cit., pág. 62, nota 15.

(26) Fioretti y Zerboglio, ob. cit. pág. 61.

(27) Es permitida también la tutela de la vida e integridad de los parientes más cercanos, de acuerdo con prescripciones previamente fijadas. Cfr. Albertus de Gandinus, *Tractatus de maleficiis, de poenis reorum*. rub. 3. "*vel ob tutelam filii, patris, fratris, uxoris*". Citado por Gatti, ob. cit. pag. 155.

del honor, entendido como decoro personal o pública reputación. Desde luego estos ensayos merecieron las críticas de algunos autorizados tratadistas de la época, entre los cuales podemos recordar a Farinacius (28). Sin embargo en algunos estatutos, verbi-gracia en los Stat. Tridenti y Aviani, se reconoce la legitimidad de la defensa del honor y las disposiciones de otros estatutos —de Parma, de Reggio, de Ferrara y aun los Stat. Aviani, Casalis y Lugi— refrendan la validez de la legítima defensa empleada para impedir las violaciones de domicilio (29).

El fundamento de esta institución habría sido de carácter psicológico según lo que se desprende de la lectura del *Tractatus de maleficiis* de Gandino y en especial de un pasaje referente a la defensa de la mujer, que reza así: "*Sed quid si aliquis ob tutelam uxoris suae fecerit dic quod excusatur quia sunt duo in carne una* (30).

Los requisitos de la legítima defensa en estos tiempos son la actualidad de la agresión (31) y la inevitabilidad del peligro, que no debe ser confundida con el tercer requisito, que es *moderamen inculpatae tutelae*.

Una abundante documentación legal, que ha sido prolijamente estudiada y clasificada por Gatti (32), acredita las exigencias de los juristas de la época a este respecto y ofrece al interesado la relación de los textos en los que se ha encontrado expresa referencia de cada uno de estos requisitos.

Para no hacer más largo este recuento histórico de la legítima defensa nos limitaremos a recordar que, siguiendo su evolución y a pesar de los frecuentes ensayos que se registran para restringir sus alcances, sus perfiles quedan definitivamente fijados gracias a los aportes de Farinaccio y de Giulio Claro y luego en virtud de las contribuciones de Grocio y de Puffendorf (33).

Si se examina la Carolina, que durante mucho tiempo informó todas las legislaciones europeas, se encuentra que la legítima defensa se ha limitado a la persona del agredido y se colocó en la parte especial de los códigos como si se tratara de una causa de

(28) Gatti, ob. cit., pág. 129. Esta autor cita a Farinacius "*Praxis et theoriae criminalis*", quaest. 125, 42.

(29) Gatti, ob. cit. págs. 160 y 161.

(30) Gatti, ob. cit. pág. 156.

(31) Este requisito de la actualidad de la agresión se ha fraccionado en dos sub-requisitos que son la reacción inmediata desde el punto de vista cronológico y desde el punto de vista psicológico.

(32) Gatti ob. cit. págs. 162 y sgs.

(33) Manzini, ob. cit. T.III, págs. 63 y 64.

justificación que funcionaba sólo en los casos de delitos de sangre (34).

No han faltado en estos tiempos autores —como Carzovius— que asumiendo la defensa de la institución llegaron a declarar que era, más que un derecho, casi un deber. Sin embargo aun los que se empeñaron en fundamentar la amplitud de este derecho— verbigracia Puffendorf o Hugo Grocio— en realidad lo limitaron, prohibiendo la defensa de los bienes patrimoniales y estableciendo su procedencia sólo en los casos en que la fuga era imposible.

La legítima defensa llega casi hasta el siglo XIX reducida al papel de causa de justificación que funciona sólo en los casos de delitos de homicidio y de lesiones (35) y tan sólo con Feuerbach comienza la labor de estructuración del instituto que se perfecciona y alcanza el perfil que hoy ostenta gracias a los aportes del siglo pasado (36).

2) Los fundamentos de la Legítima Defensa.

La búsqueda del fundamento doctrinario de esta institución ha servido para probar, una vez más, que el derecho es el campo propicio para las más diversas y opuestas teorías.

Entre los numerosos ensayos que se han hecho con este objeto Florian señala (37) tres que a su criterio se destacan como los más importantes. El primero es el de Francesco Carrara en virtud del cual “La función social de la pena tendría un carácter meramente subsidiario”, pues “en primer término valdría el derecho originario de defensa individual; en consecuencia, cuando “la defensa social no puede ejercitarse, la defensa individual recobra plenamente su vigencia”. En otras palabras nos encontramos frente al ejercicio de una especie de derecho natural que originalmente correspondió al individuo quien en una época posterior lo delegó al Estado, el que a su vez, cuando no se encuentra

(34) Fioretti y Zerboglio, ob. cit. pág. 62.

(35) En realidad es a fines del siglo XVIII cuando se incorpora a la parte general del sistema penal este instituto. Los primeros autores que lo toman en cuenta en este sentido son Globing y Huster en 1783; Erhard en 1789 y Tittman en 1798, empero en última instancia como dice von Liszt, es “a la autoridad de Feuerbach” que se debe el triunfo de esta forma de entender la legítima defensa.

(36) Análogo desarrollo histórico sufre esta institución en los fueros y en las disposiciones legales de la península ibérica. Los requisitos de injusticia de la agresión, reacción inmediata y equilibrio entre ésta y el ataque así como sus alcances (defensa de la vida, de la integridad física, del honor sexual y de los bienes) prueban que la legítima defensa ha seguido una trayectoria casi uniforme en toda Europa.

(37) Florian, ob. cit. T. I., pág. 532.

en condiciones de ejercerlo en forma eficaz, lo devuelve al ciudadano. El mismo Carrara decía que, cuando la justicia de la sociedad se demora o es insuficiente, surge la justicia privada cuya legitimidad se encuentra en la cesación del derecho de defensa de la sociedad.

No es necesario profundizar mucho para descubrir como lo ha hecho Sabatini (38) que esta teoría es equivocada. El ciudadano que ejerce la legítima defensa no recobra una supuesta libertad natural que, en virtud de un también supuesto contrato social, habrían enajenado en favor del Estado sus antepasados. Es por el contrario este último el que concede al ciudadano el derecho a defenderse autorizándolo en forma previa y expresa para que reaccione cuando se viene a encontrar en determinadas circunstancias. Por otra parte es sabido y reconocido por todos en nuestros días que no son las relaciones individuales, sino las sociales, las que se dieron antes en las agrupaciones humanas. Los derechos individuales surgen siempre después que se ha registrado el ordenamiento de la vida colectiva y valen solo en tanto son reconocidos por el derecho objetivo.

La otra corriente que encuentra Florian es la alemana que considera las situaciones de legítima defensa como casos típicos de falta de antijuridicidad. Se sabe, sostienen los partidarios de esta tesis, que un hecho para considerarse delictuoso debe ser contrario al derecho y la acción de defenderse contra una agresión injusta, si se ejecuta en las circunstancias que prescribe la ley penal, no es contraria al derecho. En consecuencia no se registra uno de los requisitos que es indispensable para la aparición del delito.

En esta última línea doctrinaria vendrían a encontrarse, numerosos tratadistas alemanes entre los cuales figura Ihering, para quien la "*executio iuris non habet iniuriam*", von Listz, Binding, Oether, Hold von Ferneck, Bar, Stoos, Allfeld-Meyer, Gerland, von Hippel, etc.

Una tercera orientación —la última que pone de relieve el citado jurista italiano— considera que el acto cumplido en estado de legítima defensa está justificado por la calidad del fin que se ha impuesto el agente y que es el de defenderse a si mismo y no el de ofender a los demás.

Para otros juristas el fundamento de la legítima defensa tiene una raíz psicológica. Se encuentra en las perturbaciones

(38) Sabatini, Istituzioni di Diritto Penale, Parte Generale, T. II, pág. 69.

de ánimo que sufriría quien es objeto de un ataque injusto. El agredido se vendría a encontrar a la merced de un impulso irresistible que le lleva a cometer un acto que en circunstancias normales se consideraría delictuoso. Esta perturbación de ánimo y la falta de dolo que aducen como razón de la justificación otros autores, entre los que recordaremos a Puccioni, Iareke, von Temme, etc. (39) no son tampoco, como salta a la vista, argumentos convincentes para fundamentar la legítima defensa. En efecto en este caso se registra una burda confusión entre el elemento subjetivo del delito y una causa de justificación que tiene naturaleza objetiva. Quien actúa en estado de legítima defensa no merece sanción aún cuando tenga plena conciencia de la forma en que va a proceder. Por el contrario, en la mayor parte de los casos, suele tener una idea bien clara de la clase de comportamiento que adopta y de que va a lesionar un derecho ajeno. Sin embargo esto no influye en nada en la validez de la defensa que ha ejercido.

Manzini ensaya otra explicación que, si bien no suscribimos incondicionalmente, llegamos a compartir en algunos aspectos. Dice el maestro italiano que la esencia jurídica de la facultad de defensa se encuentra en "una simple autorización eventual" o, en otras palabras, en "una delegación hipotética y condicionada de la potestad de policía, que el Estado hace al particular por razón de necesidad, cuando reconoce no poder prestar eficazmente a él o a otros su protección oportuna" (40).

Endeble es en cambio la tesis preconizada por Geyer para quien un mal debe ser eliminado con otro mal. En efecto nunca se elimina un mal causando otro nuevo. Igualmente inaceptable es la teoría de Hegel quien habla de la legítima defensa como "una negación de la negación del derecho".

Estimamos nosotros que el fundamento de este instituto debe buscarse por otros caminos, procurando establecer cuáles son los fines del ordenamiento jurídico y cuáles son los objetivos que se persiguen con la legítima defensa.

El derecho como es evidente procura asegurar la tutela de los bienes y de los intereses del individuo y de la sociedad, reprimiendo con la amenaza o reprimiendo con la pena los desbordes de quienes no respetan los bienes o intereses ajenos. Cuando el derecho no puede cumplir esta finalidad porque carece, en de-

(39) Sabatini, ob. cit. T. II, pág. 69.

(40) Manzini, ob. cit. T. III, pág. 65.

terminado momento y lugar, de los órganos que están encargados de defender los intereses particulares, se impone en forma instintiva la reacción contra lo injusto.

Esta reacción que no guarda relación alguna con la venganza, puesto que se produce antes o al tiempo de la lesión y no con posterioridad a ella, no puede ser prohibida por el Estado, porqué implicaría imponer al agredido la obligación de padecer pasivamente el ataque y esto sería la consagración, en aras de la justicia, de una verdadera y gravísima injusticia.

Como acertadamente pone de relieve Bettiol (41) el mandato cristiano de soportar con resignación las ofensas que nos infligen los demás requiere una dosis de heroísmo que los códigos no pueden exigir a la generalidad de las gentes.

Ahora bien, en los casos en que el Estado prevé que le es imposible intervenir, autoriza la actuación del individuo, reconociendo de esta manera que no se puede constreñir al hombre a sacrificar los bienes o los intereses más hondamente arraigados en su ser. Esta autorización que el Estado concede no es en realidad —en nuestra opinión— una delegación de una “potestad de policía” como afirma el eminente penalista italiano, sino el simple reconocimiento de que en determinadas circunstancias, en las que los órganos estatales no pueden intervenir oportunamente, no es posible exigir una renuncia a bienes que, como la vida propia o la ajena, la integridad física o el patrimonio, ocupan lugares preferenciales en la escala de los valores de cada individuo.

Desde luego en estos casos el individuo procede, más que como delegado del poder público, en “*nomine proprio*” como afirma Nelson Hungria (42). Sin embargo su facultad para actuar no es ilimitada. Por el contrario sujeta a las condiciones que el Estado impone para que pueda ejercitarse la legítima defensa.

3) Los requisitos de la legítima defensa.

Iniciamos aquí el estudio de la legítima defensa haciendo, al mismo tiempo el examen de las disposiciones de nuestro derecho positivo y de los principales ordenamientos jurídicos europeos y americanos a la luz de las orientaciones de la doctrina contemporánea.

(41) Bettiol, Diritto Penale, pág. 211.

(42) Hungria, ob. cit. T. I, pág. 448.

Nuestro Código reglamenta este instituto en el inciso segundo del artículo 85, en el que, con una técnica defectuosa, se han entremezclado las causas de justificación con algunas causas de inimputabilidad (43).

El código emplea la expresión "Están exentos de penas" para referirse a las personas que pueden invocar una de las causas de justificación. Este giro, que parece derivar de una fuente común a todos los códigos ibero-americanos, como lo es el Código Penal Español (44), ha inducido en error a algunos prestigiosos penalistas que, ciñéndose a las disposiciones de la ley penal con un criterio extremadamente legalista, aun cuando con fines dogmáticos—consideraron que la legítima defensa, el estado de necesidad y los demás institutos que nosotros reputamos como causas de justificación, eran causas de exclusión de la pena (45), sin tomar en cuenta que esa expresión verbal pone de relieve la consecuencia de un hecho, que es el que tiene verdadera importancia para el teórico : "*el no haberse producido el delito*" (46).

Por esta razón consideramos más ajustada a la técnica moderna la expresión adoptada por el reciente CP. brasileño (47), que enumera las causas de justificación en el artículo 19 señalando específicamente que en estos casos no hay delito, lo cual es muy distinto de la simple afirmación de que no hay pena o responsabilidad criminal (48).

Pasemos ahora a examinar los requisitos de esta causa de justificación en nuestro código.

El legislador del '24 al tratar de esta materia no ha seguido fielmente la fórmula española en cuanto establece una distinción entre "defensa propia", "defensa de parientes" y "defensas de

(43) En este artículo se encuentra reglamentada la Legítima Defensa — inc. 2º —; el Estado de Necesidad — inc. 3º, 2ª parte —; el Cumplimiento de un acto permitido por la ley; el Ejercicio de un Derecho — inc. 4º —; y finalmente la Obediencia debida o Cumplimiento de los Deberes de Función —inc. 5.

Así mismo se establece la exención de pena para las personas que adolezcan de enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia que les impida, en el momento de obrar, discernir el carácter delictuoso de sus actos — inc. 1º — así como para los que obran bajo el impulso de una fuerza física irresistible — inc. 3º, primera parte.

(44) Cfr. CP. Argentino, art. 34 : "No son punibles"; CP. Chileno art. 10 : "Están exentos de pena"; CP. de Costa Rica, art. 26 : "Están exentos de responsabilidad"; etc.

(45) Cfr. Battaglini, Diritto Penale, págs. 300 y sgs.

(46) Este hecho es el antecedente lógico y cronológico de la "no aplicación de la pena" o de la "no existencia de responsabilidad criminal".

(47) El CP. Brasileño ha sido promulgado el 3 de octubre de 1941 y entró en vigencia el 1º de enero del año siguiente.

(48) El art. 19 del CP. Br. reza así : "No existe delito cuando el autor practica el hecho : I) en estado de necesidad; II) en legítima defensa; III) en estricto cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio regular de un derecho.

extraños" que podemos encontrar si examinamos los incisos 4, 5 y 6 del art. 8 del CP. español. Por el contrario nuestra ley se acerca al modelo argentino que si bien en su esencia no difiere del español, refunde en un solo inciso la defensa de los parientes y de los extraños, que separa la ley de la península. Empero en la ley peruana se va más allá y en un solo rubro, en un único inciso, se contempla la defensa propia y la de los extraños, sean ellos parientes o no lo sean.

Consideramos que la técnica de nuestro legislador es correcta y que las distinciones que se hacen en los Códigos argentino y español no responden a ninguna finalidad práctica ni teórica. En efecto el CP. A., al igual que el español mantiene para todos los casos los requisitos de "agresión ilegítima", y "necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla" que contempla nuestra ley (49) y sólo en la tercera de estas exigencias —en la "falta de provocación suficiente por parte del que se defiende"— no hay una coincidencia absoluta en los textos. En el CP. Es. este requisito es sustituido, cuando se trata de la defensa de los parientes, por otro que reza así: "en caso de haber precedido la provocación del acometido y no hubiere tenido participación en ella el defensor"; y en la hipótesis de defensa a los extraños por la que prescribe: "que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo". (50).

En el CP. A., inc. 7, se dispone "El que obra en defensa de la persona o derecho de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior (51) y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, de la que haya participado el tercero agresor".

Salta a la vista que en el CP. A. se mantienen los tres requisitos que se exigen en la defensa propia y que son los mismos que prescribe nuestro código, para todos los casos. En cuanto concierne al CP. Es. se puede decir lo mismo con respecto a la ligera variante que introduce en la defensa de los allegados. En efecto, tanto el que se defiende como el actúa en defensa de sus allegados no debe ser provocador del ataque. Por lo que corresponde al tercer caso previsto por este Código —defensa de extraños— resulta evidente que no podrá considerarse que actúa

(49) Cfr. CP. Es. art. 8, inc. 4, 5 y 6; CP. Ar., art. 34, inc. 6; CP. P., art. 85, inc. 3

(50) Cfr. CP. Es. art. 8, inc. 6.

(51) El inc. 6º del art. 8 del CP. Es. establece los requisitos de: a) Agresión ilegítima y b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

en defensa de un extraño el que aprovecha de las circunstancias para cobrarse en el agresor antiguos agravios o para satisfacer venganzas, resentimientos o cualquier otro "motivo ilegítimo". Sin embargo podemos agregar que es un poco difícil comprobar la existencia de estos móviles innobles pues, aun cuando entre el agresor y el que interviene para defender la víctima pueden existir antiguos y conocidos rencores, si la agresión ha sido ilegítima, y si ni la víctima ni el defensor la han provocado y finalmente si, para repelerla se emplea un medio racional, a pesar de que el defensor pueda obrar impulsado más por el resentimiento y por el encono que por el espíritu de solidaridad humana que justifica la defensa de los terceros, su actuación se debe considerar legítima pues en estos casos se debe prestar mayor atención a los resultados comprobados, a las circunstancias objetivas que a las especulaciones, difíciles o imposible de probar, acerca de los sentimientos y móviles subjetivos del que actúa.

Es por esto que consideramos acertada la disposición del CP. P que establece que en todos los casos de legítima defensa (52) los requisitos esenciales que se deben tomar en cuenta son los de : a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y c) falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa.

A) Peligro inminente.

Aun cuando hemos sostenido que la técnica de nuestro Código Penal es superior o más moderna que la del CP. A. o del CP. Es., en cuanto concierne a la reglamentación de la defensa propia, de los parientes y de los extraños, consideramos que el inciso sub examine, lejos de ser perfecto, acusa una grave deficiencia que, si bien ha sido salvada por nuestra jurisprudencia (53), debe ser señalada por el teórico y subsanada por el legislador que reforme este código.

La omisión a que nos referimos es la del requisito de la "actualidad o inminencia del peligro" que los códigos modernos,

(52) Tanto la legítima defensa propia como la de los parientes.

(53) De la escasa jurisprudencia de nuestros tribunales podemos sin embargo aprovechar una Ejecutoria de 12 de Mayo de 1938 cuya sumilla reza "No puede considerarse que hubo legítima defensa si se tiene en cuenta que la agresión del acusado al agraviado, se produjo no simultáneamente con la que recibió este último sino momentos después". Este caso que es precisamente opuesto al que estamos comentando sirve sin embargo para poner de relieve que nuestros magistrados se han preocupado, a pesar del silencio del CP. P., por exigir la "inminencia del peligro" como requisito necesario para la configuración de la legítima defensa. Cfr. Anales Judiciales T. XXXIV.

como el brasileño, han contemplado (54) y que encontramos también entre las exigencias que establecen las leyes penales colombiana y ecuatoriana (55).

No consideramos con Jiménez de Asúa que este requisito es redundante dentro de la estructura del instituto (56). Por el contrario estimamos, de acuerdo con la más autorizada doctrina italiana, que debe ser considerado en la enumeración de los requisitos que debe fijar el legislador cuando señala las condiciones indispensables para el funcionamiento de la legítima defensa (57).

El peligro, como acabamos de apuntar, debe ser actual o sea debe librarse sobre la víctima con tales características que hagan esperar la inminencia del ataque. En otras palabras por peligro inminente se entenderá la situación en que se encuentre quien, aun cuando no ha experimentado todavía una lesión concreta, puede suponer que el ataque no demorará en comenzar.

No es necesario, y por el contrario sería inaceptable, que la reacción se produjera solo cuando el ataque ha comenzado. Manzini a este respecto dice que la ley penal se refiere al *peligro* actual de una ofensa y no a la ofensa misma "porque sería absurdo pretender que uno se defendiera solamente de la prosecución y no también del inicio de la violencia, siendo así que en muchos casos el sufrir la ofensa ajena equivaldría a reducirse en un estado de no poderse ya defender" (58).

En efecto ¿qué clase de defensa podríamos ejercer contra un sujeto armado de revólver o de cuchillo, si esperamos que nos

(54) El CP. Br. en su art. 21 prescribe: "Obra en legítima defensa quien, usando moderadamente de los medios necesarios, repele una agresión injusta, actual o inminente, al derecho propio o ajeno. El CP. Ecuatoriano de 1938, entre las circunstancias previstas en su art. 19 para no cometer infracción cuando se obra en "defensa necesaria", exige el requisito de la "actual agresión".

(55) El CP. Col. de 1936 establece en el inc. 2º del art. 25 "la necesidad de defenderse o de defender a otro de una violencia actual o injusta . . ."

(56) Jiménez de Asúa en el estudio de legislación comparada que hace preceder a la recopilación de Códigos Penales americanos hecha con la colaboración de Francisco Carsi Zacarés (Códigos Penales Iberoamericanos | Según los textos oficiales | Estudio de Legislación Comparada por Luis Jiménez de Asúa | Ordenación de los textos y vocabulario analítico por Francisco Carsi Zacarés | Editorial Andrés Bello | Caracas, 1946) al referirse — cfr. vol. 1º pág. 255 — al CP. del Paraguay dice "su redacción mucho menos correcta que la española toma de ella los requisitos de agresión ilegítima y de necesidad racional del medio empleado y añade con redundancia el peligro inminente . . ."

(57) Manzini, ob. cit. T. III, pág. 75; Sabatini, Istituzioni. T. II, págs. 71 y 72; Florián, ob. cit. T. I., págs. 534 y 535; Bettiol, ob. cit., pág. 212; Battaglini, ob. cit., págs. 232 y 233; etc.

(58) Cfr. Manzini, ob. cit., T. III, págs. 75 y 76. Este autor afianza sus puntos de vista citando casos fallados por el Tribunal Supremo de su país, que ha sentado jurisprudencia sobre esta materia de acuerdo con la máxima "Nemo tenetur expectare donec percutiatur".

dispare el primer tiro o que nos infiera la primera herida— que pueden ser mortales— para emprender la reacción?

El peligro, para que pueda justificar una reacción violenta debe ser concreto y objetivo. No puede quedar librado a la opinión subjetiva del que sufre la agresión pues entonces no existiría un criterio válido para determinar cuándo procede la legítima defensa. Una persona medrosa, asustadiza podría matar o malherir impunemente a quien a todas luces, no abrigaba ningún *animus laedendi o necandi*. Algo más, y esto sería muy grave, tal argumento podría ser invocado con propósitos criminales por quien deseara deshacerse de un enemigo, pretextando una supuesta agresión.

Por estos motivos la agresión debe implicar una situación de peligro que pueda ser considerada como tal, no sólo por el agredido, sino por cualquier otra persona que hubiese podido encontrarse en las mismas circunstancias o que, habiendo presenciado el ataque, hubiese podido reconocer que entrañaba un peligro.

Este peligro debe ser, como es lógico, de cierta gravedad. No cabe, como puede imaginarse y, como con muy buen criterio lo pone de relieve Battaglini (59) hablar de peligro para un hombre joven y vigoroso, cuando el atacante es un niño o un anciano inerte. Tampoco se puede hablar de peligro, siguiendo al mencionado autor, cuando en realidad se trata de una simple amenaza que no está acompañada por ninguna de las circunstancias que permiten vislumbrar su inminente y real ejecución. Cuando alguien nos dice que la semana entrante nos matará o nos propinará garrotazos, no tenemos ningún motivo para proceder contra él, pues, si consideramos que quien nos amenaza es capaz de convertir en realidad sus palabras, tenemos todo el tiempo necesario para tomar las precauciones que el caso puede requerir. En efecto podemos tranquilamente acudir a las dependencias policiales a fin de que nos protejan o adoptar las medidas que la prudencia estime necesarias para evitar la realización del ataque. En cambio si frente a esta amenaza, de un peligro futuro, procedemos como si éste hubiera estado a punto de descargarse sobre nosotros, no actuamos en estado de legítima defensa. Por el contrario estamos delinquiendo, cometiendo un acto ilícito que, en la más benigna de las hipótesis, podrá contar con la atenuante de la provocación.

(59) Battaglini, ob. cit., pág. 323.

Queda finalmente por hacer una última atinencia antes de dar por agotada esta materia. La situación de peligro que venimos analizando se registra solamente antes de que el ataque se haya desencadenado o mientras este dura. En efecto no puede invocar la legítima defensa quien ya ha sido agredido y ha sufrido las lesiones. Si en este caso reaccionara, su reacción sería a posteriori y su acto tendría el carácter de una venganza. No podría en consecuencia ampararse en la causa de justificación y sólo le quedaría la posibilidad de acogerse a la atenuante de la provocación en el caso de que hiriera o matara a su agresor.

Se puede en cambio iniciar la defensa cuando, después de haber recibido los primeros golpes sin responder, y pasada la primera sorpresa, reaccionamos contra el agresor que todavía prosigue el ataque.

Para algunos autores esta posibilidad de reaccionar subsiste, en determinados casos, aun después de la consumación del delito. Uno de estos casos sería, según von Hippel, el del propietario que, al darse cuenta de que ha sido víctima de un robo, persigue al ladrón y le arrebatara lo que le ha sustraído, antes de que haya tenido la posesión temporánea y no disputada de la cosa, o sea antes de que haya podido establecer una nueva relación de posesión (60).

B) Ilegitimidad de la agresión.

El primero de los requisitos que establece nuestro Código Penal es el de la ilegitimidad de la agresión.

El ataque que amenaza a una persona (61) debe ser injusto, habrá de entrañar una lesión para el derecho ajeno o deberá ser —como dice Nelson Hungria (62)— el resultado de una conducta prohibida.

La injusticia de la agresión será apreciada desde un punto de vista objetivo. No puede ser el mismo lesionado el que habrá de juzgar si la agresión que experimenta es justa o no lo es, porque entonces todas las agresiones serían consideradas injustas. El ladrón que va a ser apresado por el guardia o el asesino que

(60) Hippel von, R., *Manuale di Diritto Penale*, pág. 160.

(61) Decimos "ataque que amenaza a una persona" como podríamos decir "peligro que se cierne sobre una persona" porque si hubiéramos de ceñirnos a la letra del CP. con un criterio estrictamente legalista la legítima defensa funcionaría sólo en la primera de las dos hipótesis arriba mencionadas o sea cuando ya ha comenzado el ataque, lo cual es inexacto pues también es posible defenderse de una agresión inminente.

(62) Hungria, ob. cit., T. I, pág. 458.

está a punto de ser ejecutado por el verdugo podrían, si primara este criterio, considerar que son víctimas de una agresión injusta y en consecuencia pretenderían invocar la legítima defensa.

Veamos en cambio, con un criterio objetivo y siguiendo las pautas que ha señalado Manzini en su "Tratado", como se debe hacer para descubrir cuándo la agresión es injusta (63).

La injusticia de una agresión se da tan sólo como una relación entre dos personas. No cabe en consecuencia hablar de una agresión injusta cuando la lesión ha sido producida por una fuerza natural —un rayo o una avalancha— o por un animal, verbigracia un toro bravo. No existe tampoco agresión injusta cuando el que ataca no tiene capacidad penal, porque es un menor de edad o un loco, o cuando la víctima se ve obligada a hacer frente a la acometida de una multitud. En estos casos las reacciones defensivas pueden acogerse a la justificante del estado de necesidad.

En consecuencia agresión injusta será sólo la que sufre una persona que es víctima del ataque de un sujeto capaz, o para decirlo con otros términos, la injusticia de una relación no puede establecerse sino teniendo en cuenta la capacidad del agresor.

A este respecto debemos anotar, recordando la certera observación de Sabatini (64) que en algunas circunstancias el responsable de la agresión ilegítima puede ser el titular del bien amenazado. Este caso se presenta cuando una persona para defender un bien de escaso valor pretende sacrificar otro de una jerarquía superior, verbigracia cuando alguien sorprendiendo a un intruso en su propiedad, para impedir la violación de domicilio dispara sobre él y lo mata. Como apunta Sabatini en esta hipótesis la provocación del intruso no elimina la injusticia de la ofensa de quien reacciona en forma exagerada contra el que viola nuestro domicilio. En cambio la injusticia puede ser excluida por una provocación que tiene relación directa e inmediata con el hecho como podría suceder cuando el intruso, además de haberse introducido en la propiedad ajena, asume un comportamiento amenazante o agresivo.

a) Los casos de riña.

Los casos de riña no dan lugar a la legítima defensa porque en ellos cada uno de los participantes concurre con su actuación

(63) Manzini, ob. cit., pág. 76 y sigs. del T. III.

(64) Sabatini, ob. cit., pág. 75.

a determinar el peligro para su propio derecho. Sólo en el caso de que alguien desistiera de la riña y que otro lo amenazara, injustamente, con proseguir la agresión, frente a este peligro podría permitirse la legítima defensa (65).

b) La legítima defensa recíproca.

La legítima defensa recíproca, que por lo general es inadmisibile, procede cuando las dos partes creen de buena fe (66) ser víctimas de una ofensa injusta. Esta hipótesis se puede registrar cuando coincide un caso de legítima defensa auténtica con otro de legítima defensa putativa (67).

c) Defensa contra actos conforme a derecho.

No procede en cambio la legítima defensa cuando ésta se pretende oponer contra las personas que actúan de acuerdo con el derecho.

Entre estas hipótesis figuran las situaciones de quienes quieren resistirse a los actos de los funcionarios públicos que proceden dentro de los límites fijados por las facultades de sus cargos. Es evidente que no cabe invocar la legítima defensa en semejante caso. Por el contrario si se registrara oposición en tales circunstancias, podría configurarse el delito de "Resistencia a la autoridad" que aparece inscrito en el numeral 322 del CP. P, junto al de desobediencia. En cambio cabe invocar la legítima defensa cuando el funcionario se excede en el ejercicio de sus funciones.

También los particulares pueden, en determinadas circunstancias, realizar algunos actos que en condiciones normales serían considerados ilegítimos y que en cambio, a veces, no asumen ese carácter. El ejemplo típico de estas hipótesis es el de la detención del delincuente que es sorprendido in fraganti. Este malhechor no podría invocar la legítima defensa para justificar

(65) Es sin embargo indispensable probar que se ha roto toda relación entre los actos anteriores y el nuevo peligro lo cual no deja de ser muy difícil de probar.

(66) Deben, desde luego, haber motivos suficientes como para dar crédito a las afirmaciones de ambas partes.

(67) Ejemplo: Juan cree que Pedro quiere herirlo, mientras que Pedro está defendiéndose de la acometida de un ladrón. Creyéndose atacado Juan hace fuego sobre Pedro y éste, frente al peligro inminente, reacciona disparando a su vez sobre Juan. En este caso Juan actúa por error — la suya es una legítima defensa putativa — mientras que Pedro reacciona para defenderse de un verdadero peligro.

las agresiones ocasionadas al transeunte que lo sorprende y que intenta detenerlo (68).

La doctrina señala también el caso de la agresión imputable a los parientes. Al respecto dice Manzini (69) que las relaciones que deben existir entre parientes en general y en especial entre ascendientes y descendientes dependen en gran parte de las costumbres del país así como del nivel cultural de las personas que actúan. No se puede, según el citado maestro, establecer al respecto un límite forzoso al derecho de corrección. Al contrario el juez en cada caso deberá determinar sus alcances y establecer cuando se han registrado excesos que pueden dar origen a una reacción defensiva.

Sobre esta materia existe la regla fijada por el artículo 184 del CP. vigente que sanciona el abuso en los medios de corrección cuando una persona que "teniendo a su cargo la crianza, educación o guarda de un menor lo maltratare de manera que perjudique su salud"

Es evidente que si los padres, tutores o los ascendientes en general ejercen el derecho de corrección dentro de los límites que aconseja la prudencia, los hijos o los pupilos no podrán reaccionar invocando la legítima defensa. En cambio si se registra uno de aquellos casos de abuso en el ejercicio de las facultades de corrección habrá margen para la legítima defensa.

Algunos tratadistas contemplan el caso de las relaciones conyugales y sostienen que al marido corresponden derechos especiales sobre la persona de la mujer y se preocupan, como consecuencia, por establecer los límites de las violencias que el esposo puede ejercer sobre la cónyuge.

Consideramos que es inútil profundizar esta materia y buscar justificantes de la sanción física que se pretende aplicar a la mujer por razones disciplinarias o correctivas. Al esposo no corresponde ninguna facultad correctiva sobre la persona de la cónyuge y en consecuencia su agresión es injusta y por ende susceptible de provocar una reacción que daría lugar a un verdadero caso de legítima defensa (70).

(68) Al respecto existen en el CPP. I los artículos 235 y 242 que prevén el caso.

(69) Manzini, ob. cit., págs. 82 y 83, vol. III.

(70) En nuestra opinión la concepción de estos autores sería consecuencia de un velado y tenue, pero aun perceptible, rezago del exagerado derecho que sobre todos los miembros de la familia ejerció el pater romano y que las tradiciones, sobre todo en ciertos medios rurales del sur de Italia, han mantenido aún en cierto modo.

Queda por mencionar el caso de la sujeción violenta a un tratamiento médico que se hace necesario cuando el facultativo tiene que acudir, con fines terapéuticos, al empleo de la fuerza. En estas hipótesis no hay agresión injusta pues los fines que persigue el médico son atendibles y además cuenta con el consentimiento del mismo paciente que no podría invocar la legítima defensa contra la acción del facultativo si ha ingresado espontáneamente a la clínica o de las personas que lo han tomado a su cuidado, si por disposición de ellas ha sido internado en el nosocomio.

Cabe todavía una última posibilidad de ejercer la violencia sin que pueda ser considerada ilegítima. Se trata de la intervención de terceros para impedir las autolesiones. El individuo no puede disponer libremente de su cuerpo, pues la moderna doctrina reconoce al Estado como titular del derecho a la vida de los ciudadanos. Luego cuando uno de estos atenta contra su vida o contra su integridad física se puede impedir, utilizando la fuerza, que se cause daño, sin que este comportamiento configure una agresión. Por el contrario el tercero que intervenga para impedir estos atentados viene a ejercer la legítima defensa contra el que pretende autolesionarse, cometiendo una agresión injusta. Tan injusta es esta agresión que la legislación militar de algunos países sanciona a quienes pretenden eludir las obligaciones que ella impone mutilándose.

Recapitulando, la agresión para ser ilegítima es preciso que sea antijurídica, injusta o sea contraria al derecho y también es indispensable que provenga de un sujeto capaz, dotado del discernimiento suficiente como para comprender el carácter antijurídico de su comportamiento.

C) Necesidad racional del medio empleado.

Estrechamente vinculado con el requisito que acabamos de examinar aparece el de la "necesidad racional del medio empleado" para impedir o repeler la agresión que uno sufre.

Es este en realidad el núcleo del instituto y el elemento que exige la más cuidadosa verificación a fin de determinar si ha sido cumplido fielmente para que pueda funcionar la causa justificación (71).

(71) Manzini no vacila en considerar este requisito como el fundamento jurídico del instituto.

Para poder saber si se ha dado cumplimiento a este requisito, sin el cual no cabe hablar de legítima defensa, es preciso establecer la magnitud del peligro que amenazaba al agredido y la clase de medios que éste utilizó para hacer frente o impedir la agresión.

Es indispensable adelantar, que no hay posibilidad alguna de formular reglas generales válidas para todos los casos y a las que se pueda rendir el más completo y obsecuente acatamiento. Tan sólo se podrán dar algunas pautas de carácter general, que servirán para informar el juicio que de cada caso particular se hará el magistrado. Con tal objeto el juez debe tomar en cuenta una serie de circunstancias, que dependen de factores tan diversos como lo son el sexo, la edad, el nivel intelectual de una persona, su cultura, las condiciones en que actuó, su medio social, etc.

En un tiempo la legítima defensa se encontraba limitada a los casos en que el daño, que amenazaba a un bien, era irreparable. Hoy con un criterio más acertado se acepta la legítima defensa aún cuando la agresión sea mínima, siempre que la reacción se adecúe a la magnitud del ataque.

Más difícil es, en cambio, el problema que se presenta para establecer si el peligro que nos amenaza es en realidad evitable o inevitable.

Se entenderá por peligro inevitable aquel que, además de ser concreto, se presenta con caracteres de gravedad e inminencia. En estas circunstancias no se puede exigir al agredido que se exponga a la violencia del atacante, si el Estado no se encuentra en la posibilidad de intervenir en forma oportuna.

Al respecto se presenta el problema relativo a la fuga. La concepción cristiana aconsejaba la fuga y aún llegó a imponer el deber de huir, dándosele en algunos textos legales de la Edad Media, el carácter de una obligación jurídica (72). En este sentido se manifiesta también Grocio quien, en su "*De iure belli ac pacis*", exalta a los que huyen ante una agresión injusta, pues aun cuando incurran en el desprecio de la comunidad, ganan en la estimación de los elegidos, de los sabios.

Sin embargo la línea predominante de la doctrina se ha inclinado siempre en el sentido contrario, considerando que no se

(72) Esta obligación llegó a imponerse en forma forzosa para cierta clase de personas, como los sacerdotes o los siervos, mientras que para otras — los nobles y los militares — tuvo el carácter de una simple recomendación.

puede exigir a la mayoría de los hombres que huyan. Los más autorizados tratadistas consideran que un hombre puede reaccionar de acuerdo con su idiosincracia, bien sea huyendo, bien sea arrojando el peligro, y si hace esto último no se le puede negar la justificación de la legítima defensa pues sería, como dice Manzini (73), dispensar a los criminales una inmerecida protección, ya que siempre podrían contar con la obligación que tendrían sus víctimas de huir en todos los casos.

Sólo será reprochable (74) la conducta de aquel individuo que frente a la amenaza de un peligro, aun cuando tiene la posibilidad de evitarlo, sin pasar por cobarde, lo enfrenta atacando su adversario. En otras palabras, cuando existe la posibilidad de ese "*commodus discessus*" —que no debe ser confundido con una fuga ignominiosa— el agredido tiene la obligación de evitar las vías de hecho (75).

Siempre a propósito de esta obligación de huir o de la facultad de hacer frente al peligro, Conti, citado por Hungría (76), sostiene que "il diritto dunque no deve mai piegarsi alla prepotenza, e quindi all'agredito no può imporsi la fuga ad evitare "il pericolo".

Una vez concluida esta averiguación preliminar acerca de la evitabilidad del peligro podemos entrar en materia para determinar como se puede establecer "la necesidad racional" del medio que se emplea para rechazarlo.

Al igual que con respecto a la inevitabilidad del peligro es muy difícil, o prácticamente imposible, fijar reglas de carácter universal. La reacción de cada persona debe ser aquilatada de acuerdo con una serie de factores, como lo son —ya lo hemos dicho— el sexo, la edad, el nivel cultural, las relaciones que existen entre el agresor y la víctima, el grado de inteligencia de esta, etc., que según los casos pueden tener importancia decisiva.

Bettiol sostiene que se debe tomar en cuenta la situación concreta en la que se encontraron los agentes, prescindiendo por completo de cualquier pauta prefijada a base de principios abstractos (77).

(73) Manzini, ob. cit., pág. 96.

(74) En consecuencia no podrá ampararse en la justificante de la legítima defensa.

(75) Es el caso de quien se encuentra a bordo de un automóvil en marcha y que, al ser amenazado por un transeunte, detiene el coche, se apea y lo ataca hiriéndolo o matándolo.

(76) Hungría, ob. cit., vol. I, pág. 456.

(77) Bettiol, ob. cit., pág. 215.

Sabatini, por su parte, insiste en la necesidad de apreciar la situación psicológica en que se viene a encontrar el agredido y sostiene que esta debe examinarse de acuerdo con un criterio individual (78).

En realidad la necesidad racional del medio empleado, de que habla nuestro Código Penal, no puede fijarse solamente teniendo en cuenta la clase de peligro que amenaza a una persona y la magnitud del daño que ésta causa con su reacción. Por el contrario, como lo sostienen autorizados tratadistas, hay que recordar que la proporción entre el ataque y la reacción debe establecerse teniendo en cuenta los *medios* de que dispuso la víctima para hacer frente a la agresión (79), sin por esto olvidar la calidad de los bienes que están en juego (80).

En efecto esta tesis no puede llegar a coincidir con extremos tan individualistas como los que preconiza Vannini, quien, sosteniendo que la necesidad va referida a los medios y no al peligro, admite el homicidio para salvar la vida de un perro, cuando no se tiene a la mano otra cosa que una escopeta o un revólver, para impedir que el ladrón nocturno envenene al dogo.

De otro lado tampoco podemos incurrir en el extremo opuesto y acudir a la balanza del boticario, de que habla Hungría, pues como, con mucho acierto, sostiene este autor "es imposible "exigir una perfecta equivalencia entre el quantum de la reacción "y la intensidad del ataque" (81).

En consecuencia la necesidad racional del medio empleado será determinada por la proporción que existe entre el daño que se iba a recibir y el que se causó, tomando en cuenta la clase de medios de que dispuso la víctima así como todos aquellos factores, subjetivos y objetivos, que puedan haber intervenido en su resolución.

α) El exceso en la legítima Defensa.

En algunos casos el que sufre la agresión no reacciona en la forma exigida en el inciso sub esame, o sea de una manera adecuada a la clase de ataque que se encuentra expuesto a sufrir, sino en forma excesiva, exagerada. Estamos entonces frente a un caso de exceso en la legítima defensa que en consecuencia no puede acogerse a la causal de justificación.

(78) Sabatini, ob. cit., pág. 77.

(79) Sabatini, ob. cit., pág. 78.

(80) Bettiol, ob. cit., pág. 216.

(81) Hungría, ob. cit., pág. 462.

Los códigos han previsto esta posibilidad y, aun cuando reconocen la responsabilidad del que actúa en esta forma, lo reprimen con sanciones de menor gravedad (82).

Nuestro Código contempla esta posibilidad en el artículo 90 que establece, para los casos del art. 85, en los que no concurren "los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad", una reducción de la sanción que, a criterio del juez, podrá llegar "hasta límites inferiores al *mínimum legal*".

La disposición del art. 90 de nuestra ley es flexible y acertada.

En efecto, si bien de una parte ofrece la posibilidad de evitar una sanción severa a quien, bajo la impresión que le causa el ataque, no sabe medir la magnitud y los alcances de su reacción, de otro lado faculta al juez para averiguar hasta qué punto es grave y sancionable esta acción (83) y lo autoriza para disminuir en forma prudencial el monto de la pena.

Por ende dentro de los alcances de este artículo se vienen a encontrar todos aquellos que no han sabido medir, las consecuencias de su comportamiento y que se han excedido en alguna forma de aquellos límites de "necesidad racional" que fija el inciso 2º del art. 85.

Es preciso tener en cuenta que para configurar el exceso es necesaria la presencia de todos los elementos que se exigen en la legítima defensa, menos uno que debe presentarse en forma incompleta. En consecuencia debe darse peligro inminente, agresión ilegítima, falta de provocación por parte de la víctima y tan sólo la reacción deberá ser —en vez de adecuada a los medios que se requieren para repelerla— exagerada o excesiva.

A este propósito conviene recordar que el exceso se determina, más que por la magnitud del daño inferido —comparado con el que iba a sufrir la víctima— en relación con los medios de que se dispuso para rechazar el ataque. Dice al respecto Manzini que

(82) El CP. Ar. en su art. 35 sanciona el exceso con "la pena fijada por los delitos de culpa o imprudencia"; el CP. Br. en el parágrafo único que cierra el título IIº de la Parte General establece que "Quien por culpa o negligencia excede los límites de la legítima defensa, responde por el hecho, si éste es punible, como delito por imprudencia"; el CP. C. en el art. 27 se ocupa del exceso sin referirse a las causas que puedan haberlo motivado reduciendo la pena; también el CP. I., en el art. 55, prevé la posibilidad del exceso atenuando la represión.

(83) La omisión de este requisito o de los otros que intervienen en la configuración del instituto, pues los dispositivos del art. 90 se refieren indistintamente a "todos los requisitos necesarios".

si el medio empleado era el único que estaba al alcance de quien reacciona no habrá ningún exceso culpable por más que sea grave el daño sufrido por el agresor. Coincidiendo con esta afirmación Sabatini sostiene que cuando se comete un acto que la ley ha previsto como delito, la proporción se debe establecer entre la ofensa y la defensa, sin tomar en cuenta la entidad del bien que se desea defender (84).

Suscribimos esta tesis, pero consideramos que no debe ser forzada hasta sus últimas consecuencias, pues en ningún caso, como ya lo hemos apuntado más arriba, podrá servir para amparar tan censurables manifestaciones de individualismo como las del famoso ejemplo de Vannini.

Para finalizar podemos decir que habrá exceso cuando una persona disponiendo de otros medios para evitar o repeler una agresión, acude a los extremos, lesionando o victimando a su atacante. Tenemos así que si un hombre de débil contextura dispara y mata a su fornido agresor porque no disponía sino de un revólver para rechazar el ataque que pudo comprometer o extinguir su vida, no se habrá registrado un caso de exceso. Empero si el agresor no era tan robusto como para herir o matar a la víctima o si ésta pudo rechazar el ataque bien sea acudiendo a una forma de "*commodus discessus*", bien sea empleando otro medio de reacción menos mortífero que el revólver, y no lo hizo, estaríamos frente a un caso de exceso en la legítima defensa que deberá ser sancionado con la pena que el juez habrá de fijar de acuerdo con su prudente arbitrio.

D) Falta de provocación del ofendido.

No es necesario detenerse en muchas disquisiciones para comentar el último de los requisitos que nuestros códigos suelen establecer o sea la "falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa".

Resulta evidente que no se puede admitir la justificante de la legítima defensa en favor de una persona que ha dado motivo, con sus actos o con sus palabras amenazantes, a una agresión que luego se ve obligado a repeler.

De admitirse esta posibilidad sería muy fácil para muchos inescrupulosos, provocar a sus adversarios, exasperarlos hasta el

(84) En este sentido se ha pronunciado el Supremo Tribunal Italiano sentando jurisprudencia.

Cfr. También Néelson Hungría y Battaglini quienes se manifiestan en el mismo sentido.

punto de obligarlos a asumir una actitud amenazante o a acudir a las vías de hecho y después, fría y deliberadamente, atacarlos contando con la ventaja de la premeditación y con la seguridad de la impunidad.

El espíritu de este instituto reconoce, en aras a un principio de justicia, la facultad de defenderse cuando no hay la posibilidad que esta defensa sea ejecutada por el Estado, como sucede en la mayor parte de los casos. Empero sería absurdo permitir, que, mediante esta institución quedaran en la impunidad crímenes premeditados o se franqueara un camino fácil para ejecutar actos de provocación que podrían dar lugar a atentados y agresiones. Por esto el profesor italiano, Vincenzo Manzini, declara que una persona puede invocar con justa razón la legítima defensa sólo cuando se ve obligada a repeler con la fuerza una agresión que surge por una "causa independiente a su voluntad".

En consecuencia el requisito fijado por la ley —de que no haya mediado provocación suficiente por parte del que va a defenderse— es una disposición oportuna para impedir que el derecho de defensa permita censurables abusos, así como es también conveniente que se exija el *moderamen inculpatae tutelae* de que hablaban los canonistas.

α) El derecho de defensa del provocador.

Relacionado con este último requisito se presenta el problema de la violencia ajena motivada por el mismo provocador.

Al respecto no se debe entender que, por el hecho de haber provocado de alguna manera a la persona que reacciona no tiene el provocador el derecho de defenderse cuando se ve expuesto a sufrir un ataque que no guarda relación con la magnitud de su falta.

Si una persona ha abofeteado a otra, no tiene por esto la obligación de permanecer inerte y frente a un ataque dejarse matar a puñaladas o a tiros, pues la gravedad de la falta que ha cometido el provocador no guarda esa relación de proporción "entre la causa y el efecto" que en opinión de Manzini (85) debe existir para que se le pueda justificar. Aun en los casos en que la provocación asume la gravedad de un atentado contra el honor sexual las legislaciones modernas niegan al esposo ofendido

(85) Manzini ob. cit., pág. 99. vol. III.

el derecho a lavar la afrenta matando la adúltera y el amante y en el caso de que el afrentado se aprestara a victimarlos podrían los ofensores reaccionar invocando válidamente la legítima defensa (86).

Por lo general en estos casos los códigos reservan para el esposo agraviado la atenuante que nuestro CP ha inscrito en el numeral 153, que reduce notablemente la pena cuando el homicidio se perpetra "bajo el imperio de una emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable".

De acuerdo con esta orientación se ha venido sentando jurisprudencia en casi todos los países. En Italia por ejemplo la Corte de Cassación en reiteradas oportunidades se ha pronunciado en este sentido (87).

En conclusión aun cuando el conceder al provocador la facultad de defenderse pueda parecer una justicia, como dice Zerboglio (88) "un poco injusta", —que llega a repugnar a la moral popular siempre dispuesta a invocar el "*chi é causa del suo mal pianga se stesso*" o el Eclesiastés donde reza "*qui amat periculum peribit in illo*";—es un hecho indiscutible que al provocador le asiste el derecho de defenderse.

Es evidente, desde luego, que esta facultad que se le concede funciona sólo cuando la provocación no estaba subordinada a una oculta intención de ponerse a sí mismo en circunstancias que le permitiesen, bajo la apariencia de defensa legítima, victimar a un enemigo o vengan impunemente antiguas afrentas (89).

(86) Una de las contadas excepciones a esta regla, aceptada por casi todos los códigos del mundo, es el antiguo CP chileno —promulgado el 11-11-1874 que en el inciso 11 del art. 10 establece: "Están exentos de responsabilidad criminal . . . El marido que en el acto de sorprender a su mujer in fraganti delicto de adulterio da muerte, hiere o maltrata a ella y a su cómplice; con tal que la conducta de aquel no haga excusable la falta de ésta.

(87) En la Rivista Penale, vol. V (III serie), pág. 25 se comenta — por Zerboglio — un fallo cuya sumilla reza así: "No puede negarse la eximente de la legítima defensa a quien se ha encontrado en la necesidad de defenderse contra la agresión, aún cuando haya sido provocada por su mismo comportamiento delictuoso". Es este el caso del amante de una muchacha que, sorprendido de noche en el cuarto de ésta por el padre, lo hiere repetidas veces para impedir que éste lo mate con un hacha.

Cfr. los casos de jurisprudencia citados por Manzini en la nota 91 de la pág. 99 del T. III de su Tratado.

(88) Cfr. Riv. Penale, vol. V, pág. 27.

(89) El hecho de proveerse de armas en previsión de un ataque de parte de la persona que se va a ofender —el amante de la hija que carga un cuchillo para defenderse del padre de la muchacha, en el caso de que éste lo sorprendiera — aún cuando en algunas hipótesis no hace desaparecer la eximente, por lo general es índice de los propósitos del provocador y es circunstancia suficiente para que se le niegue la justificación de la legítima defensa,

4) Los bienes tutelados.

Veamos ahora cuáles son los bienes que pueden ser protegidos en ejercicio del derecho de legítima defensa.

Anotaremos en primer término que a propósito de los bienes tutelables se puede registrar fácilmente, como lo indica Bettiol (90), la evolución que ha experimentado el instituto de la legítima defensa y el paulatino ensanche de su esfera de acción. Desde los tiempos más remotos en que no se admitía la reacción sino para salvar la vida, hasta la época actual, las posibilidades de la defensa se han ido ampliando para llegar a abarcar todos los bienes y todos los derechos.

En cuanto concierne a nuestro código su fórmula es concisa y adecuada.

Dice la primera parte del inc. 2, del art. 85, "El que obra en defensa de su persona o derecho o en defensa de la persona o derechos de otro".

A tenor del texto del código el titular de este derecho de defensa, que es cualquier persona que se encuentre en las circunstancias previstas en el inciso segundo del art. 85, puede repeler los ataques que amenazan su vida o su integridad física. En consecuencia es lícito rechazar la acometida del asesino o el ataque de quien nos quiere herir. Es lícita también la reacción de la mujer que se opone a un atentado contra su honor sexual. Se extiende además este derecho de defensa a todos los casos en los que se comprometen los derechos del titular o sea cuando resultan en peligro sus bienes patrimoniales y, haciendo la misma interpretación extensiva que Manzini ha hecho con "los derechos" del CP. I (91), la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el pudor, el honor, etc.

Prácticamente no se ponen limitaciones a los derechos defendibles de acuerdo con la fórmula de nuestro código. Resulta así posible defender válidamente aun el más modesto de los bienes amenazados, siempre que se guarden las prescripciones que impone el CP. para los casos de legítima defensa (92).

(90) Bettiol, ob. cit., pág. 201.

(91) Manzini, ob. cit., T. III, pág. 70.

(92) Esto no sucede en todos los países ni con todos los códigos. Subsisten aún legislaciones americanas que, en vez de emplear la fórmula sintética y elástica del CP. Es., del que derivan las leyes penales de la mayor parte de los países del continente, han preferido acudir a la enumeración, que por más detallada, tiene siempre el defecto de incurrir en omisiones.

Así por ejemplo el CP. Bol. en el art. 497. Esta ley de filiación napoleónica no contempla la legítima defensa en la parte general sino en el título de los delitos contra la per-

α) La defensa de los terceros.

También sujeto activo de este derecho puede ser, además de la persona agredida, el extraño que presencia la agresión, desde el momento que el CP.P autoriza la defensa de "la persona o de los derechos de otro".

Este es otro de los puntos que permiten apreciar la evolución experimentada por este instituto.

La facultad que en las etapas más remotas de la historia de la legítima defensa se reservó solamente al sujeto que sufría la agresión, se ha extendido más tarde a los que tienen con él un vínculo de sangre y, finalmente ha llegado a reconocerse su funcionamiento para proteger a cualquier persona que se encontrara necesitada, sin hacer ninguna clase de discriminaciones (93).

Para Sabatini (94) la defensa de los bienes ajenos injustamente agredidos, más que un "derecho debe considerarse como el cumplimiento de un deber cívico".

Sin embargo este derecho no puede ejercerse indiscriminadamente. Existen casos en los que no procede y otros en que se registran taxativas que subordinan y condicionan su actuación.

Manzini con mucho acierto señala cuándo este derecho procede y cuándo no puede ser invocado (95).

Para que pueda funcionar la legítima defensa de un tercero es preciso —dice el maestro italiano— que el titular de los bienes

sona y señala en forma taxativa que la legítima defensa procede en los casos en que: a) pelagra la vida propia o ajena; b) es necesario defenderse del agresor nocturno que invade, trata de incendiar o asaltar nuestra casa; c) cuando la casa, la familia o la propiedad son amenazadas por el salteador o ladrón "que abierta y violentamente trata de robar, incendiar o invadir"; d) cuando pelagra la libertad personal y e) cuando está amenazado el pudor de la mujer honesta.

Cfr. CP. Dominicano que también en la parte especial—Título de los crímenes y delitos contra las personas—art. 328, establece que "no hay crimen ni delito cuando el homicidio, las heridas y los golpes se infieren por la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro"; art. 329: el homicidio, las heridas y golpes causados de noche rechazando el escalamiento o rompimiento de casas, paredes o cercas . . . o cuando el hecho se ejecuta "en defensa de la agresión de los autores del robo o pillaje cometido con violencia". Otros códigos que incurrir en estas enumeraciones inconvenientes son el de Haití y el de Puerto Rico.

En otros países la ley penal enumera algunos bienes pero concluye con una fórmula que deja cierta libertad para una interpretación más amplia. Por ejemplo el CP. venezolano que enumera determinados bienes defendibles, en la parte especial, pero habla de "derechos" en la parte general.

(93) Nelson Hungria dice que la legítima defensa, al igual que el estado de necesidad se han socializado y en consecuencia pueden ser invocadas para proteger aún a los terceros que son extraños.

(94) Sabatini, ob. cit., pág. 76.

(95) Manzini, ob. cit., Vol. III^o, págs. 72 y sigs.

amenazados no pueda defenderlos y que al mismo tiempo desee hacerlo. En efecto si el dueño de una cosa expuesta a peligro, a pesar de que no hay ningún obstáculo que le impida defender sus bienes, no lo hace, no podrá intervenir un tercero para defenderlos.

Desde luego queda bien entendido que esta imposibilidad de intervenir se limita a los casos en que el sujeto que sufre la lesión o el ataque deja sacrificar un bien patrimonial o un derecho subjetivo, como el honor o la libertad, cuya libre disposición autoriza el Estado. En efecto si alguien presenciara un intento de homicidio o de lesiones e interviene, en este caso su defensa será plenamente válida aún cuando el titular hubiese estado dispuesto a padecer el ataque sin reaccionar. Esto por la simple razón de que nadie tiene el derecho de libre disposición sobre su vida o su integridad física (96).

La ley peruana no pone vallas ni restricciones para la defensa de terceros. En consecuencia, a pesar de que si nos limitáramos a hacer una interpretación de carácter literal sólo se podría autorizar la intervención para la defensa de personas físicas, creemos que, sin faltar al espíritu de la ley, y sólo haciendo uso de la interpretación extensiva, se puede conceder esta facultad aún para defender las personas jurídicas. Nos asiste, al hacer esta afirmación, todo el peso de la autoridad y del prestigio de Manzini quien considera que es lícita la defensa que se ejerce en favor de las personas morales (97). Algo más, este tratadista, insiste en que es justo conceder esta autorización, máxime si se considera que una persona jurídica no se encuentra en muchos casos, en condiciones de poderse defender.

También von Hippel se pronuncia en este sentido y recuerda que la Corte Suprema alemana ha reconocido la procedencia de la legítima defensa del Estado (98).

Siempre con relación a este tema, y teniendo en cuenta el laconismo de la ley, se puede sostener que la defensa puede ser ejercida tanto para proteger al hombre capaz como al incapaz, al adulto como al menor de edad. Manzini agrega que la defensa puede ejercerse en favor del que no ha nacido, del *nasciturus*,

(96) Este derecho lo reclama para sí el Estado.

Al respecto se puede ver lo que hemos dicho más arriba a propósito de la legítima defensa contra la auto-agresión que funciona perfectamente para impedir el suicidio.

(97) Manzini, ob. cit., T. II, pág. 74.

(98) Von Hippel, ob. cit., pág. 158.

cuando se atenta contra él mediante el aborto, o del cadáver, para evitar que quede expuesto a profanaciones (99).

La trascendencia de esta institución y la extensión que en nuestra época se concede a sus alcances se medirá mejor si se tiene en cuenta que en algunos casos el derecho de defender a los demás llega a asumir la categoría de una obligación que emana de la ley, la que prevé sanciones en caso de no ser cumplida como se exige.

Uno de los ejemplos que se pueden ofrecer al respecto es el de la prescripción del CP. P. en virtud de la cual la persona que encontrare a un niño o a un adulto incapaz de valerse por sus propios medios, a un herido o en general a quien quiera se encontrare en estado de peligro y no cumpliera con prestar el auxilio oportuno o con dar parte a la autoridad, será sancionada (100).

Sobre el particular debemos advertir que se establece un requisito especial para que surja la obligación de prestar ayuda. Esta condición, que en realidad no está expresada con mucha claridad en nuestro código, es la de no correr riesgo alguno al prestar esta ayuda (101).

5) La Legítima Defensa Putativa.

La legítima defensa putativa es una modalidad que se registra cuando el sujeto pasivo cree ser víctima de una agresión que en realidad no existe y actúa como si estuviera frente a un auténtico peligro.

Su reacción en casos semejantes responde a una equivocada apreciación de una situación de peligro que por cierto no se presenta.

En consecuencia el que reacciona creyendo encontrarse en peligro no es sancionado porque no hubo antijuridicidad en su comportamiento sino falta de culpabilidad (102).

(99) En verdad en estos casos se defiende el derecho que reclama para sí el Estado sobre todas las vidas de la colectividad y los sentimientos de piedad de los deudos de los fallecidos.

(100) Cfr. CP. B. arts. 182 y 183.

(101) Nuestro CP. usa la expresión poco precisa: "aunque no lo exponga a daño o a peligro personal". Mucho más clara es la disposición del CP. Ar. en el que parece haberse inspirado nuestro legislador que sin embargo no supo conservar esa redacción que es mucho más inteligible.

(102) Como dice Sabatini, ob. cit. pág. 80 y 81; las circunstancias que excluyen la pena, a diferencia de las agravantes o de las atenuantes, son tomadas en cuenta siempre en favor del agente, aún en los casos en que éste haya creído por error que existían.

Se trata de una situación que da origen a una excluyente de la pena que es de carácter subjetivo —el error— y no del tipo objetivo como lo son las causas de justificación en las que no existe el delito por falta de antijuridicidad.

Para que pueda funcionar la excluyente del error es indispensable que concurran todos los requisitos necesarios para la legítima defensa (103), menos el del peligro (104).

Queda desde luego entendido que el funcionamiento de esta excluyente está supeditado a la forma de reacción de quien se viene a encontrar en el supuesto peligro. Si actúa con ponderación y cautela en circunstancias en que no era lógico esperar otro comportamiento, la exclusión de la pena será completa. Empero si su reacción es consecuencia de la ligereza y precipitación con que procedió podrá responder a título de culpa y, si las circunstancias lo demostraran, aun por dolo.

Es innecesario recordar que la legítima defensa putativa y el exceso en la legítima defensa no deben ser confundidos.

En un caso —en el primero— hay error en la apreciación de un peligro que no existe, mientras que en el otro existe el peligro pero la reacción es exagerada, no está de acuerdo con los medios de que se dispuso para evitarlo. En la primera hipótesis puede excluirse por completo la pena, pues puede tratarse de una situación de error excusable, mientras que en la otra sólo podrá mediar la atenuante pero nunca la eximente.

6) La responsabilidad en la Legítima Defensa.

La persona que ha sufrido la reacción de su víctima ¿puede reclamar alguna indemnización?

Esta materia ha promovido debates entre los tratadistas pero en la actualidad no existen dudas ni problemas al respecto pues la doctrina en forma casi unánime se ha pronunciado categóricamente negando toda indemnización al agresor que ha sido rechazado en forma violenta.

(103) Sabatini, ob. cit., págs. 80 y 81.

(104) El ejemplo clásico es el de los amigos que deciden asustar a un compañero. Se disfrazan de maleantes, provistos de armas —que desde luego están descargadas— le esperan en la calle oscura por la cual debe pasar y simulan un atraco. Concurren, en apariencias en este caso, todas las circunstancias de la legítima defensa, hay una agresión ilegítima, que no ha sido, ni mucho menos provocada, hay también la necesidad de rechazarla empero el peligro que parece tan actual e inminente y la presunta agresión no existen pues los amigos disfrazados no abrigan ninguna intención criminal. Pero esta circunstancia no puede ser humanamente percibida por quien se viene a encontrar en esa situación. Luego si reacciona desenfundando un revólver y matando a sus agresores no puede ser sancionado porque no hubo culpabilidad sino error de su parte.

No podía ser de otro modo. La defensa que —como dice Manzini (105)— está autorizada por el derecho objetivo no puede constituir un hecho antijurídico con relación a ninguna ley ni el daño que ella origina puede dar lugar a ninguna clase de indemnización.

Por el contrario —sostiene el citado tratadista— es la persona que reaccionó la que puede pedir una indemnización si la agresión o la defensa le han causado algún perjuicio patrimonial; y agrega que ni aún en el caso de haberse producido un exceso culpable se puede admitir por parte del agresor una demanda de indemnización civil.

En efecto quien emprende una aventura delictuosa, de cualquier naturaleza ella sea —atentado contra la vida, amenaza contra la propiedad o el patrimonio ajenos, etc.— debe aceptar, como consecuencia de su acto o como “riesgo de su oficio” los daños personales o los perjuicios patrimoniales que puede sufrir por obra de la víctima que reacciona.

Solidarizándonos con los puntos de vista expresados por Manzini consideramos que, aún cuando el exceso es culpable, este hecho no es suficiente para invalidar nuestras anteriores afirmaciones. En efecto el exceso es sancionado porque constituye una extralimitación en la facultad que el Estado concede al particular para defenderse pero —a menos que en la reacción de la víctima no haya mediado dolo— no puede admitirse, con posibilidad de éxito, una demanda civil.

Solamente puede proceder la indemnización en los casos ya citados de la legítima defensa putativa, en que no ha mediado ningún *animus laedendi* por parte del supuesto agresor, sino el propósito de hacer una broma, tal vez exagerada o de mal gusto.

Evidentemente no sería justo que, por una jugada que no podía tener más trascendencia que un simple susto, su autor sufriera lesiones personales o patrimoniales sin tener opción a ser indemnizado.

Desde luego esta posibilidad no puede ser siquiera discutida cuando la broma tenía manifiestamente un carácter inofensivo (106) y la reacción exagerada por parte de la víctima reveló ligereza, o precipitación en el actuar.

ALBERTO V. SOMMARUGA.

(105) Cfr. Manzini, ob. cit., pág. 117.

(106) Tendría este carácter la broma en la que los amigos se disfrazan de fantasmas o de diablos o en el caso en que hubieran esgrimido toscos simulacros de armas.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia.**—Año Judicial de 1938, Tomo XXXIV.— 457 pp. Imprenta Americana, Lima, 1938.
- Battaglini, Giulio.**—Diritto Penale, Parte Generale, III ed. interamente riveduta, aggiornata e accresciuta. 724 pp. Cedam, Padova, 1945.
- Bettiol, Giuseppe.**—Diritto Penale. Parte Generale. 599 pp. G. Priulla Editore. Palermo, 1945.
- Codice Penale e Codice di Procedimento Penale.** Con le relazioni Ministeriali a S. M. il Re. III edizione stereotipa del Testo Ufficiale. Istituto Poligrafico dello Stato, 896 pp. Roma, 1932.
- Código Penal.**—Edición Oficial.— 182 pp. Imp. Americana, Lima, 1939.
- Códigos Penales Iberoamericanos.**—Con un estudio de legislación comparada por Luis Jiménez de Asúa. Ordenación de los textos y vocabulario analítico por Francisco Carsi Zacarés. 2 vols. (1414 y 1296 pp.). Editorial Andrés Bello, Caracas, 1944.
- Corsonello, Carlo.**—Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato. 208 pp. Cedam. Padova, 1941.
- Fioretti, Julio y Zerboglio, Adolfo.**—Sobre la legítima defensa. Estudio jurídico. Trad. de la II ed. italiana por Julio Chabás, 236 pp. Reus. Madrid, 1936.
- Florián Eugenio.**—Trattato di diritto Penale. Parte Generale. Tomo 1º, IV Ed., 672 pp. Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1934.
- Gatti, Tancredi.**—L'imputabilità, i moventi del reato e la prevenzione criminale negli statuti italiani dei secoli XII-XVI. 820 pp. Cedam, Padova, 1933.
- Hippel, Roberto von.**—Manuale di Diritto penale (Lehrbuch des strafrechts), Trad. Italiana de Roberto Vozzi, 331 pp. Eugenio Jovene, Napoli, 1936.
- Hungria, Nelson.**—Comentarios ao Código Penal. (Decreto-Ley Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Vol. I, Arts. 1 a 27. 659 pp., Ed. Revista Forense Rio de Janeiro, 1949.
- Leyes Penales de España.**—Conforme a los textos oficiales. Por León Molina y Manuel Marañón. 1 vol. que contiene Código Penal, Ley de Enjuiciamiento Criminal, del Jurado y del Orden Público, Código de Justicia Militar, Código Penal de la Marina de Guerra, etc. Instituto Editorial Reus, Madrid, s/f.
- Liszt, Franz von.**—Tratado de Derecho Penal.—Trad. de la 18 edición alemana y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, Tomo I. 575 pp. Ed. Reus, Madrid, 1937.
- Manzini, Vincenzo.**—Tratado de Derecho Penal. Primera Parte. Teorías Generales. Tomo III. Trad. de Santiago Sentís Melendo. 299 pp. Bs. As. 1949.