

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE NICARAGUA.
UNAN-LEÓN.
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.wsd**



CARRERA: DERECHO.

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIATURA EN DERECHO

TEMA:

**LEGÍTIMA DEFENSA:
“CAUSA DE JUSTIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
PENAL”**

AUTORES:

Br. Eduardo José Moradel Niño.

Br. Denilson José Palacios Hernández.

TUTOR:

LIC. JUAN PABLO MEDINA ROJAS.

¡A LA LIBERTAD POR LA UNIVERSIDAD!

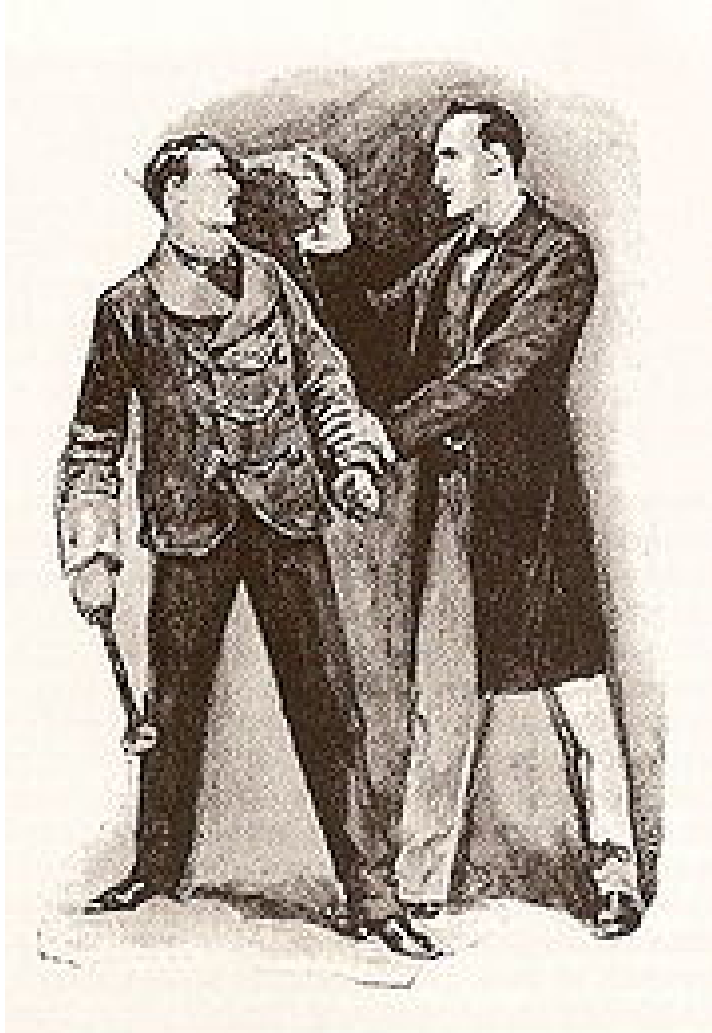


ÍNDICE.

	<u>PAG.</u>
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I Antecedentes de la Legítima Defensa.....	3
1. Pueblos Orientales.....	6
2. Derecho Romano.....	7
3. Derecho Germánico.....	8
4. Derecho Canónico.....	9
5. Época Moderna.....	9
6. Legítima Defensa en la Legislación Nicaragüense Actual.....	10
CAPITULO II Contenido General de la Legítima Defensa.....	13
1. Principios Fundamentales del Derecho de Legítima Defensa...	13
2. Conceptos de la Legítima Defensa.....	15
3. Naturaleza y Fundamento de la Legítima Defensa.....	18
4. Sujetos de la Legítima Defensa.....	21
4.1 Sujeto Activo.....	21
4.2 Sujeto Pasivo.....	22
5. Tipos de Legítima Defensa.....	23
5.1 Legítima Defensa Simple.....	24
5.2 Legítima Defensa de Terceros.....	24
5.3 Legítima Defensa Putativa.....	24



6. Bienes Objeto de Defensa.....	28
CAPITULO III Requisitos de la Legítima Defensa.....	34
1. Agresión Ilegítima.....	35
2. Necesidad Racional del Medio Empleado para Impedirla o Repelerla.....	39
3. Falta de Provocación Suficiente por Parte del que se Defiende..	45
CAPITULO IV Breve Reseña de las Demás Causas de Justificación de La Responsabilidad Penal.....	49
1. Estado de Necesidad.....	52
2. Cumplimiento de un Deber Jurídico o en el Ejercicio Legítimo de un Derecho, Oficio o Cargo.....	55
3. Obediencia Debida.....	58
4. Consentimiento de la Víctima.....	61
CAPITULO V La Legítima Defensa en el Derecho Comparado.....	63
1. Derecho Penal Mexicano.....	64
2. Derecho Penal Chileno.....	66
3. Derecho Penal Costarricense.....	67
4. Derecho Penal Español.....	69
CONCLUSION.....	72
BIBLIOGRAFÍA.	



“El Derecho No Necesita Ceder Ante Lo Ilícito”.

E. Bacigalupo.



AGRADECIMIENTO.

A Dios por la fortaleza y paciencia que nos ha dado para seguir adelante en nuestro transcurso universitario.

A Nuestras Madres por habernos apoyados en nuestros estudios.

A Nuestro Tutor por habernos ayudado en nuestro trabajo monográfico.

A Nuestros Amigos pero sobre a todos aquellos que estuvieron dándonos apoyos.

A Nuestros Maestros pero en especial mención a la profesora Sonia Ruiz y al profesor Boanerge Cantillo por haber contribuido en nuestro desarrollo académico de una forma especial.

Y a todo el Personal Administrativo de la Biblioteca por su apoyo y facilitación de los medios para la realización de nuestro trabajo monográfico.



INTRODUCCION.

Al escoger como tema para la elaboración del trabajo monográfico la legítima defensa, como causa de justificación, es ciertamente, apropiado para la discusión de los arduos problemas que han consumido los esfuerzos de grandes juristas, Pero si al menos se logra una interpretación de la legislación vigente acorde con la doctrina que en la actualidad goza de mejor aceptación.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente dicho, trataremos mediante el estudio breve de su contenido, requisitos, importancia y la realización de una breve reseña de las demás causas de justificación, puesto que un análisis más profundo sobre el tema propiciaría mayor conocimiento sobre este.

En Nicaragua la Legítima Defensa es una eximente de responsabilidad penal que se encuentra en el ordenamiento jurídico, código penal vigente conceptualizándola en forma expresa en el art. 34 inc 4, pero al respecto, este art. 34 del Código Penal junto con las causas que excluyen la pena, la culpabilidad y la imputabilidad enumera las siguientes causas de justificación:

1. cumplimiento de un deber;
2. legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo;
3. estado de necesidad;
4. legítima defensa.



Y siguiendo con la Legítima Defensa o Defensa Propia es, en Derecho Penal, una causa que justifica la realización de una conducta sancionada penalmente, eximiendo de responsabilidad a su autor, y que en caso de no cumplirse todos sus requisitos, permite reducir la pena aplicable a este último. En otras palabras, es una situación que permite eximir, o eventualmente reducir, la sanción ante la realización de una conducta generalmente prohibida.

La legítima defensa como causa de justificación es definida como aquella circunstancia que, conforme a la ley, hace desaparecer la antijuricidad de un acto típico.

Es este tal vez uno de los institutos del derecho más polémicos, aun para el profano, tanto es así que aun no existe un concepto unívoco o una respuesta única al respecto.



CAPITULO I.

ANTECEDENTES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

No es posible determinar el momento histórico o el lugar del surgimiento de la legítima defensa, únicamente se puede afirmar que nace con la aparición misma de la humanidad, pues solo las personas pueden defenderse legítimamente.

Sin embargo, en tanto figura jurídica tuteladora de derechos, si se puede afirmar que nace de forma posterior al estado, ya este es el responsable de garantizar el ejercicio de los derechos a las personas y, es por tanto hasta después de su formación puede hablarse de la legítima defensa como derecho, objeto de regulación y garantía estatal.

De allí que no existen datos sobre la legítima defensa en la comunidad primitiva ante la ausencia del Estado. En esta etapa de desarrollo de la humanidad la defensa ante la agresión se daba sin ninguna restricción.

Encontramos antecedentes de disposiciones que regulaban la legítima defensa en diferentes cuerpos legales en la época del cristianismo, en las leyes del manu de la india, en Egipto, Israel, etc. En la que se establecía la legítima defensa como un derecho y, en algunos casos, también como un deber.



Sin embargo haremos referencia de estos antecedentes a partir de la legislación romana por ser esta una de las bases del derecho.

En el derecho germano y especialmente en el derecho canónico se desfigura la legítima defensa de cómo fue al principio y como debe ser hoy.

En roma las doce (12) tablas hablaron de la legítima defensa contra el ladrón nocturno, es así que la justificación de la legítima defensa cuando encontramos dentro de la casa a un hombre, sujeto que sospechamos sea un ladrón; lo encontramos de noche y opone alguna resistencia.

Esto llega de las doce (12) tablas, luego pasa al Digesto y se ratifica por Justiniano y a otros tantos libros jurídicos de roma.

Ulpiano y sobre todo Gallo es de donde aparece aquel principio que después se ha extendido como es el principio que significa que la legítima defensa, es el principio de repeler la fuerza con la fuerza, es lícito.

Más tarde en el derecho de roma se preocupa y encuentra algo esencial y que muchos de los modernos desconocieron que es la regla para determinar la agresión, el peligro que el sujeto corre, esto nos lleva a determinar la agresión esta tiene que ser objetiva y es la norma que se ha de tener en cuenta y en roma esto ya se veía venir.



Para los romanos la legítima defensa era subsidiaria pero es un error ha como se explicaba en roma y que hoy no puede existir. Fue Cicerón el que hablo de legítima defensa como un principio de la ley natural no del derecho natural a como se diría en roma, el hablo que es ley natural la de defenderse.

En el derecho germano la legítima defensa no es más que una venganza anticipada, En el derecho canónico no hay que olvidar las ideas cristianas, por eso que los cristianos no establecían resistencia al mal con violencia y por eso veían a la legítima defensa como un mal necesario pero no una ley natural como decía Cicerón.

Por todo esto interesa hacer constar que desde el siglo XVIII los criminalistas alemanes hablaban ya, que era forzoso situar la legítima defensa en la parte general, especialmente Anselmo Von Furbach, ya al comienzo del siglo XIX colocaron a la legítima defensa en la parte general y lo mismo hicieron Rossi en Francia, el propio Carrara en Italia(A ellos se le debe la nueva dogmatica y que la legítima defensa se situé en la parte general).

La actual tendencia de los penalistas modernos es extender la legítima defensa a todos los bienes jurídicamente protegidos.

La legítima defensa las ha ejercitado siempre el hombre a través de las diversas etapas por las que han evolucionado en su marcha ascendente la humanidad, pues, siempre han sido un principio reconocido por todos los pueblos.



Así desde las épocas más remotas se han considerado la defensa privada no solo como un hecho impune sino como un acto ilícito. Aunque a través de los tiempos, esta afirmada no se legislo de igual modo en unas y otras épocas debido a las costumbres e idiosincrasia de cada uno de los pueblos en que se aplica este derecho.

1. PUEBLOS ORIENTALES.

En Egipto: Tierra de viejos misterios que aun confunden a la humanidad, encontramos que la defensa del atacado se encontraba impuesta por las propias leyes, las que penaban con la muerte a quienes pudiendo no prestaban auxilio a un hombre agredido; de esto se desprende que un ciudadano era vigilante de otro, reciprocidad que los unía contra los perversos.

En el Pueblo Hebreo: De profundos sentimientos religiosos y respeto al honor y a la vida ajena; El éxodo, de manera terminante admitía la defensa y autorizaba a matar al ladrón que fuese hallado forzando de noche o socavando una casa, pero no eximia de responsabilidad al que lo mataba después de la salida del sol.

En la India: Ellos consagran el principio de que el que mata justamente no es culpable. En las antiguas leyes de manu decía; "Matar a un hombre que comete una tentativa de asesinato, sea en público en privado, en modo alguno hace culpable al homicida; es el furor en la lucha contra el furor".¹

¹ *Díaz Palos, F. La Legítima Defensa Pág. 13 y 14.*



2. EN EL DERECHO ROMANO.

La legislación romana, base de donde parte toda la ley contemporánea, admitía el principio de la legítima defensa y eximia de toda la pena con tal que no se traspasaran los límites racionales.

Los romanos hicieron la observación etimológica de la legítima defensa, considerando como defensa el ejercicio de una violencia impuestas por la necesidad de tutelar la vida, los bienes, y el honor, pero no por tecnicismo jurídico unen la palabra defensa al epíteto de legítima.

El derecho de la legítima defensa está escrito con grandes caracteres en las Doce Tablas y en el Digesto²; o sea en la fe de nacimiento y la de muerte del

Derecho romano, estos encontraron un doble fundamento en la legítima defensa: **LA NATURALIS RATIO Y EL RECONOCIMIENTO UNIVERSAL**, en roma se reconoce una verdadera teoría sobre la materia diseminada en las fuentes admitiendo como bienes definibles la vida e integridad personal, el pudor e incluso la propiedad cuando el ataque a la misma va acompañado de peligro para la persona.

Es lícita la defensa de los demás incluso la de los parientes pero se limita este derecho de defensa y como condiciones se señala la injusticia, la actualidad de ataque y la imposibilidad de evitarlo de otra manera.

Los romanos ya tuvieron conciencia de la naturaleza justificante de la legítima defensa, puesto que la ley Aquilina³ eximia también de responsabilidad civil al defensor.

² Fioretti Julio. *Sobre La Legítima Defensa* Pág. 34.

³ Díaz Palo, F. Ob, Cit. Pág. 15.



Los romanos no supieron formularlo claramente pero reconocieron en toda su extensión el derecho a la legítima defensa, se admitía a la defensa no solo para salvaguardar la vida y la integridad corporal, sino también para la protección del pudor y la de los bienes, cuando el ataque contra ellos se acompañe de peligro para la persona.

3. DERECHO GERMANICO.

En el derecho germánico pertenecían principalmente a esta categoría muertes que no constituyen ejercicio de la legítima defensa y por el contrario queda excluida en la mayor parte de los casos en los que realmente debería haber sido reconocida; pero más tarde las varias instituciones jurídicas diferenciaron, ya que en ellas están comprendidas justamente al reo de rapiña, el ladrón y el incendiario, acerca de los cuales es más vivo el interés que sentía la sociedad por ver realizada su eliminación.

En algunas de las legislaciones germánicas se referían a la venganza privada lo que el derecho posterior más perfeccionado lo llamo legítima defensa.

Otro centro de información de la institución de la legítima defensa en el derecho germánico es, la recompensa simbólica. Se establece que aquel que ha dado muerte en su casa a un intruso, lo lleve después fuera y abandonar el cadáver en la vía pública y ponga sobre su herida una o tres monedas y también una cabeza de gallo cortada, costumbre que demuestra que más adelante la muerte del ladrón y el asesino hicieron nacer la



Obligación de la composición y se acercaba mas al concepto de una verdadera legítima defensa.⁴

4. DERECHO CANONICO.

La esencia era que la legítima defensa fuese un derecho natural del hombre primitivo, a la obra de la justicia, que debía ceder y ser restringida en estrechos Límites ante las necesidades de la vida social.

En este derecho se admitió necesaria contra una agresión injusta y actual, así la doctrina la diferenciaba en las necesidades inevitables que autorizaban la

Defensa en cualquier circunstancia y las necesidades evitables que no concedían esa facultad, cuando el ataque se podía evitar de otro modo con la huida por ejemplo, aunque solo se impuso este deber a los que podían huir sin deshonra.

5. ÉPOCA MODERNA.

Francisco de Vitoria⁵ decía, que la legítima defensa no solo cabe en relación a la vida y a la integridad corporal, sino también a defender los bienes propios, y decía: **siempre es licito repeler la fuerza con la fuerza.**

En cuanto a las condiciones de la legítima defensa importa que la propia defensa se realice en el momento de un peligro actual, la defensa para ser Legítima debía estar proporcionada a la calidad y magnitud de la agresión.

⁴ Arroyo de las Heras, Alfonso, *Manual de Derecho Penal. El Delito* pág. 338.

⁵ Ruiz Calderón Salvadora. *La Legítima Defensa. Monografía para Optar al Título de Lic. En Derecho UNAN-León.*



Hugo Grocio se ocupó de la legítima defensa y más tarde Pufendorf indagaron no solo acerca de su fundamento, sino que también en lo tocante a la presencia o inminencia del ataque.

Para usar el derecho de defenderse decía Pufendorf; *“que es preciso que el peligro sea presente y como encerrado como en un punto indivisible”*. La agresión debe ser presente, no pasada, ni futura.

Luego se consideró la defensa privada como subsidiaria de la defensa pública, manifiesta todo el privilegio de los ciudadanos se reduce a un simple permiso de rechazar, por ellos mismos el peligro presente. La legítima defensa también se justifica cuando el ataque es inminente y sin esperar al defensor a ser acometido.

La ciencia analítica alemana, mediante los estudios de Globig, Huster, Erhard, Titman y especialmente Ludwig Fuerbach que se logró ya antes del siglo XVIII, desligar la legítima defensa del homicidio y hacerla general⁶.

6. LEGITIMA DEFENSA EN LA LEGISLACION NICARAGUENSE ACTUAL.

En nuestro código penal vigente aparece la legítima defensa en su artículo 34 inciso 4 y dice: Actué en legítima defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes;

- 1- Agresión ilegítima; en caso de defensa de los bienes se considerará agresión ilegítima, el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes.

⁶ Arroyo de las Heras, Alfonso. Ob. Cit. Pag.339



En caso de agresión ilegítima a la morada y sus dependencias, se considerará la entrada indebida en una u otras.

- 2- Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión.
- 3- Falta de provocación suficiente por parte del defensor⁷.

La legítima defensa se acredita para establecer que la conducta no es contraria al orden jurídico, siempre y cuando concurren los tres requisitos fundamentales en caso de no concurrir, se estará ante una eximente incompleta.

El fundamento de la legítima defensa se encuentra en el principio jurídico de que nadie está obligado a soportar lo injusto, de la cual se trata que el individuo se ve obligado a defender sus bienes ya que el estado no puede concurrir a tiempo a protegerlo.

La trascendencia de la legítima defensa va más allá de los meros ejercicio de defensa frente a ataques ilegítimos de otros ciudadanos, sino también de los mismos agentes del poder público.

El legislador pretendió crear una herramienta ágil para el ciudadano funcionario o no, a fin que sirviera de protección de sus bienes jurídicos y por supuesto cumple con el tipo permisivo esa función cuando hay que responder a los actos ilegítimos, exagerados y arbitrarios de las autoridades públicas que en el ejercicio de sus funciones ponen en peligro esos bienes jurídicos, debe ser el juez quien reconozca la existencia de una causa de justificación.

⁷ Código Penal de Nicaragua Artículo 34 Inciso 4.



El estado de derecho para mantener la racionalidad debe reconocer esta misión del tipo permisivo legítima defensa, no solo porque esto contribuye a su legitimidad, sino porque también le permite darse cuenta que en no todos los casos podrá acudir oportunamente a defender los derechos de aquellos que reciben agresiones ilegítimas, incluso de las agresiones de aquellas personas que han sido designadas para protegerlos.



CAPITULO II

CONTENIDO GENERAL DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

1. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA.

El derecho a la legítima defensa actualmente vigente se basa en dos principios: La protección individual y El prevalecimiento del derecho. Es decir en primer lugar la justificación por legítima defensa presume siempre que la acción típica sea necesaria para impedir o repeler una agresión antijurídica a un bien jurídico individual; la legítima defensa es para el “particular un derecho protector duro y enraizado en la convicción jurídica del pueblo⁸”. De ello se puede derivar ya diversas consecuencias que son importantes para la interpretación del derecho de legítima defensa.

Ahora bien el legislador, al permitir toda defensa necesaria para la protección particular, persigue simultáneamente un fin de prevención general; pues considera deseable que el orden legal se afirme frente a agresiones a bienes jurídicos individuales aunque no estén presentes los órganos estatales que estarían en condiciones de realizar la defensa, pues toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico.

⁸ Así la *Fundamentación del P. 1962 BT-Drunks IV/650,157.*



A esa intención preventivo general es a lo que se alude cuando se habla de “prevalcimiento del Derecho” o de la “afirmación del Derecho” como idea rectora del derecho de legítima defensa.

“Por último, las agresiones contra bienes jurídico menos valiosos también constituyen simultáneamente⁹ agresiones contra el ordenamiento jurídico como tal, que el que actúa en legítima defensa co-defiende simultáneamente”; sin embargo, las necesidades preventivo generales tienen una intensidad muy diversas según el tipo de agresión.

Así pues, en toda justificación por legítima defensa deben operar conjuntamente los principios de protección individual y del prevalcimiento del derecho a cuyo efecto las diversas necesidades del prevalcimiento del derecho influyen de modo distinto en la configuración de las facultades de protección.

⁹ *BT- Drunks. IV/650,157.*



2. CONCEPTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

En materia de dar definiciones de lo que se entiende por legítima defensa como causa de justificación se encuentra un concepto claro y preciso de este, que es brindado por: **Luzón Peña**; y la define como eximentes que por determinadas razones excluyen la antijuricidad o ilicitud de la conducta en principio típica.

Pero en cuanto a las definiciones de legítima defensa está la gran variedad que ofrece la doctrina, tomamos las siguientes:

Según El Maestro Fontán Balestra: Puede definirse como la reacción necesaria para evitar la agresión ilegítima y no provocada de un bien jurídico actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano.

Para Núñez: La legítima defensa es la que se lleva a cabo empleando un medio racionalmente necesario para impedir o repeler una agresión ilegítima y sin que medie provocación suficiente, ocasionando un perjuicio a la persona o derechos del agresor.

Según Maurach: Desde un punto de vista constructivo señala la legítima defensa como un ataque actual antijurídico que implica una acción de defensa necesaria para rechazar un ataque.

Según Prisco: La legítima defensa es un principio de causalidad aplicado al orden moral y jurídico según el cual el que causa una acción dañosa debe sufrir las consecuencias.



Según Manzini y Garuad: La legítima defensa es impune perfectamente justa y legal porque el estado delega hipotética y condicionalmente la función de policía en el agredido o su defensor ante la inminencia del peligro.

Para Hegel: Dice que la defensa privativa es legítima fundándose en la nulidad de la injusticia (señala el que la agresión injusta es la negación del derecho y la defensa es su afirmación del mismo).

Fernando Castellanos: Considera que la legítima defensa: es la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente por el atacante o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para la protección.

De acuerdo con Cuello Calón: Es legítima la defensa necesaria para rechazar una agresión actual o inminente e injusta, mediante un acto que lesione bienes jurídicos del agresor.

Kohler¹⁰: Definió la legítima defensa que es la repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercero persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla.

Según el autor Carrara: La legítima defensa es un acto subsidiario del hombre.

¹⁰ Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal. Legítima Defensa. Pág. 190.*



Franz Von Liszt: Es repeler una agresión actual y contraria al derecho mediante una agresión contra el atacante.

Jiménez de Asúa: Define a la legítima defensa como la repulsa de una agresión antijurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racionalidad y proporcionalidad de los medios.

Manuel Pavón Vasconcelos: La define como repulsa inmediata, necesaria y proporcionada a una agresión actual e injusta de la cual se deriva un peligro inminente para los bienes tutelados por el derecho.

Se tiene la definición de Orlando Gómez: Que dice así ``la legítima defensa o defensa justa, es la acción requerida para impedir o apartar de si o de otro una agresión actual o ilegítima contra un bien jurídico, como conducta encaminada a repeler un injusto, la acción defensiva busca evitar la negación de la negación del derecho, de allí que ella sea intrínsecamente justa, pues no es una venganza contra el injusto realizado, sino el acto que quiere anticiparse a la consumación del ilícito, la acción que se opone aun a la aparición misma del delito y que antes de vengar busca evitar.``

La Legítima Defensa o Defensa Propia: Es en Derecho Penal, una causa que justifica la realización de una conducta sancionada penalmente, eximiendo de responsabilidad a su autor, y que en caso de no cumplirse todos sus requisitos, permite reducir la pena aplicable a este último.



En otras palabras, es una situación que permite eximir, o eventualmente reducir, la sanción ante la realización de una conducta generalmente prohibida.

Una definición más concreta revela que la defensa propia es: El contra-ataque o repulsa de una agresión actual, inminente e inmediata con el fin de proteger bienes jurídicos propios o ajenos.

En nuestra legislación, ley numero 641 Código Penal de la República en su artículo 34 inciso 4 dice que hay legítima defensa de la persona o sus derechos propios o ajenos siempre que concurren los requisitos los cuales son agresión ilegítima, necesidad racional del medio para impedir o repeler la agresión, y por ultimo falta de provocación suficiente por parte del defensor.

3. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Desde muy antiguo ha sido reconocido la legítima defensa e inclusive el derecho canónico se ocupó de ella al establecer: *vim vi repellere omnes leges et omnia jura permitunt* :(todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza).

Pero aun se discute en la actualidad el verdadero fundamento de esta justificación.



Para la escuela clásica, la defensa legítima descansa en la necesidad; ante la imposibilidad de que un momento dado el Estado acuda en auxilio del injustamente atacado, para evitar la consumación de la agresión, es lícito y justo que el que se defiende; así, la defensa privada es sustitutiva de la república.

Según los positivistas, si el agresor muestra temibilidad al atacar injustamente, resulta lícito cuando se haga para rechazarlo, por tratarse de un acto de justicia social; el sujeto que se defiende no es peligroso.

Se reconoce únicamente la naturaleza de justificación de la legítima defensa, a partir de Hegel, quien la explica igual que la pena (la negación del delito, que es la negación del derecho, luego la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa es la afirmación del derecho.

En la actualidad se reconoce unánimemente la naturaleza de justificante de la legítima defensa: la legítima defensa es una afirmación del derecho. El fundamento se ve en el principio según el cual "el derecho no necesita ceder ante lo ilícito."Según doctrinas en cuanto a la legítima defensa la teoría más importante es la teoría Hegeliana porque en ella la colisión de intereses asume la presencia de una colisión que suele desenlazarse de la manera más grave y por esto se afirma la naturaleza justificada de la defensa necesaria.



Sostiene Zaffaroni "se define el fundamento por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos." El fundamento de la legítima defensa, reiteramos, se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos o mejor dicho la protección de sus bienes jurídicos.

A lo largo del tiempo, la legítima defensa ha sido objeto de estudio de multitud de juristas, que trataban de encontrar una justificación que explicara ¿por qué surgió el concepto? y ¿por qué se ha mantenido?

Especialmente Descartes, Hart, Bobbio, Kelsen y Monroy Cabra, se han puesto en la tarea de dar fundamentos de normas presupuestas dentro del sistema jurídico internacional, dando normas fúndantes indispensables para la creación de constituciones y derechos adquiridos propios de cada una de las personas que conforman la colectividad nacional e internacional, en contraposición a la *opinio iuris* y a la integración del contradictorio.

Para finalizar diremos que no debe asignársele a la legítima defensa un fundamento específico sino el que tiene toda causa de justificación que se basa en el imperio del interés preponderante siendo este el legítimo del agredido que ha de imperar sobre el ilegítimo del agresor cuando aquel se defiende necesaria y proporcionalmente.



Este criterio que exponemos es del tratadista Jiménez de Asúa que dice que en la colisión de derecho tiene la preferencia el agredido injustamente¹¹.

4. SUJETOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

4.1 Sujeto Activo.

Para el italiano Manzini el sujeto activo de la legítima defensa es "una persona provista de capacidad de derecho penal e imputable", en virtud de esta concepción los locos y menores de edad o bien, aquellas personas que en razón de su cargo no son imputables, no podrían ser sujetos activos de Legítima defensa, lo cual es un error en tanto no se le puede negar a todo ser humano su derecho a defenderse de un peligro inminente, sobre todo si es contra su integridad física. En seguida se echa de ver lo injusto de tal consecuencia como piensan Jiménez de Asúa y Quintan Ripolles.¹² La defensa del patrimonio podría ciertamente estar fuera de la aplicación de la legítima defensa de los locos y menores de edad, quienes podrían excederse en la respuesta a ese tipo de agresión.

¹¹ Ruiz Calderón Salvadora. *Ob. Cit.* Pag.8

¹² Jiménez de Asúa, *Tratado t, IV, pag.93.Quintano Comentario, t. I pag., 107-108, id 2^aed. Pág. 110-111.*



Respecto a las personas morales, podemos decir que en tanto en función legal éstas no pueden ser sujetos activos de la legítima defensa, pero si pueden a causa del patrimonio que representan, ser sujetos de defensa de una persona física. El sujeto activo de la legítima defensa es siempre una persona y sólo frente a otra persona puede realizarse la legítima defensa, pues contra los animales y las cosas lo que cabe es el estado de necesidad. El sujeto activo es quien puede defender a otro y quien puede defenderse a sí mismo.

4.2 Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo es quien agrede ilegítimamente al que se defiende, es decir, al sujeto activo de la legítima defensa.

Dado que cualquier persona puede ser sujeto activo de la legítima defensa, también es aplicable este criterio con relación al sujeto pasivo. Cualquier persona que sea capaz de inferir una agresión ilegítima en contra de otra que se defiende puede ser también sujeto pasivo de esta respuesta, sin importar que la agresión original haya sido realizada por una persona inimputable.



5. TIPOS DE LEGÍTIMA DEFENSA.

Los tipos de legítima defensa son; La Legítima Defensa Simple, legítima Defensa Putativa, La Legítima Defensa de Terceros y La Legítima Defensa Privilegiada, siendo esta última la más reciente en ser aprobada, en todos los casos la “Legítima Defensa” solo exime de responsabilidad criminal, es decir si por defenderte, el delincuente muere, queda herido de gravedad, o con lesiones permanentes no tienes responsabilidad Criminal, no obstante siempre se encuentra latente la posibilidad de las “demandas Civiles” que podrían perseguir alguna indemnización económica a favor del delincuente y en contra del particular que se defendió haciendo uso de los medios legítimos de los cuales está provisto.

Pero. . .NUNCA HA OCURRIDO, en nuestro país, las escasas veces que el delincuente o su derecho habientes (familia) han intentado pedir indemnización de tipo alguno (daño moral, lucro cesante, daños y perjuicios) los tribunales se han apoyado del principio Jurídico “In dubio Pro Reo”. . . que quiere decir. que la justicia debe “fallar a favor del más débil”, entendiendo según la misma norma que el más débil es quien se defiende, para estos efectos se deberá considerar que la defensa debe hacerse con un adecuado uso de los medios, es decir evitando la premeditación y el ensañamiento.



A continuación se explicara de forma simple en qué consiste cada tipo de “Legítima Defensa”:

5.1 Legítima Defensa Simple: Es aquella que se aplica a aquel que obra en defensa de su persona o derechos (o sea también por darle protección a sus bienes).

Ejemplo 1: El que defiende su integridad frente a agresión; Ejemplo 2: Aquel que en el estacionamiento fuera de su casa sorprenda a un individuo forzando la chapa del vehículo y haga uso de los medios disponibles provocando grave daño; Ejemplo 3: El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus padres o hijos.

5.2 Legítima Defensa de Terceros: El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que exista *Agresión Ilegítima*, y *Necesidad Racional del medio empleado* para impedir la o repelerla y que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

5.3 Legítima Defensa Putativa: La legítima defensa putativa es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente.

Resulta en el caso que el sujeto que se defiende lo hace en función de creer que está actuando en legítima defensa. En esta circunstancia se genera un error en la creencia de la situación.



Para salir sin culpa del evento debe probarse que el error en que se incurrió es esencial y no negligente (este error debe ser invencible, esto es, el sujeto tuvo que poner toda la diligencia y prudencia que tuvo a su alcance para poder evitar la situación de error en ese momento.) Se ha dicho que *“hay defensa putativa cuando un sujeto obra contra otro que cree su agresor, el que, en verdad, no le ataca ilícita, grave o inminentemente, siendo en consecuencia, el agredido imaginario el verdadero agresor”*.

Se trata aquí de un caso de error, originado en una equivocada estructuración de los datos sensibles, y que el error para ser tal, ha de ser siempre inconsciente.

Al respecto, Zaffaroni se refiere al delito putativo expresando que: *“Se llama a todos los casos de error al revés, en que el sujeto cree que existe lo delictivo objetivo y en realidad falta”*. También lo llama delito imaginario o ilusorio. *“Hay delito imaginario cuando alguien supone que hay elementos del tipo objetivo que no existen, como cuando alguien ignora que tiene permiso para defenderse legítimamente”*.

La verdadera legítima defensa es objetiva o real, es decir, se ejercita para repeler una violencia grave e injusta que materialmente existe. Al lado de la legítima defensa ha elaborado la doctrina la institución de la legítima defensa putativa o subjetiva, acogida por la jurisprudencia.



La palabra putativa deriva del latín “*Putate*”, que significa pensar, creer, suponer o juzgar acerca de algo. La defensa putativa se presenta cuando por un error sustancial de hecho, por una equivocada interpretación de una circunstancia, el sujeto cree hallarse en la necesidad de defenderse, sin que exista realmente ningún peligro. Se obra de buena fe, en la errónea opinión de que un mal amenaza y que se está ejerciendo una reacción proporcionada a él y en las condiciones de justificación.

La defensa putativa, explica Jiménez de Asúa “*es la creencia en que nos hallamos atacados y que, subjetivamente nos hace pensar que es necesario la defensa*”.

Es decir que cuando alguien imagina (racionalmente) que le amenaza un peligro grave e inminente, y reacciona con medios adecuados para evitar el perjuicio que le seguirá de esta amenaza; pero tal peligro no existió en la realidad, existiendo puntualmente legítima defensa putativa.

Desde luego que para que exista este tipo permisivo, es necesario que el error del agente encuentre un justificativo racional, que puede ser determinado por las circunstancias de hecho que configuran el caso, y aún por las especiales circunstancias subjetivas del seudo atacado.

Analicemos ahora sumariamente un tema de suma importancia, cual es el error en la legítima defensa putativa.



Error en la legítima defensa putativa.

Una aproximación sobre la palabra "error" nos indica que es el falso conocimiento que se tiene acerca de un objeto. Como afirma Zaffaroni: *“resultará que todo falso conocimiento que recaiga sobre los elementos del tipo o bien sobre la comprensión de la antijuridicidad nos enfrentará con el problema del error en general”*.

En este contexto es importante distinguir el error de tipo del error de prohibición; ya que el error de tipo versa sobre los elementos constitutivos del tipo penal, mientras que el de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta.

En el error de tipo el autor no sabe lo que hace, en el de prohibición sabe lo que hace pero no lo considera contrario a derecho. Un ejemplo común entre los autores es el del cazador que dispara a un hombre creyendo que apunta su arma a un oso, como no sabe que se trata de un hombre y, por lo tanto, no tiene la finalidad de matarlo, esto es el error de tipo; pero en cambio si la víctima de una agresión que dispara su arma contra la persona que considera la autor del ataque, sabe que se trata de un hombre y quiere dirigir su conducta contra este hombre, pero considera que lo hace legítimamente o de forma no contraria a derecho porque no se da cuenta de que en realidad no es su agresor; esto es el error de prohibición.



Frías Caballero enseña que: *"el error es una representación falsa del objeto, un conocimiento equivocado. Es un estado positivo"*. Para Ricardo Núñez *"es la falsa noción del autor respecto de un hecho cometido"*.

El error es un estado cognoscitivo. Es un conocimiento positivo distinto (equivocado) en relación a algo, o supone ausencia de conocimiento de ese algo.

6. BIENES OBJETO DE DEFENSA.

Históricamente, la legítima defensa nació unida a los delitos de homicidio y lesiones, y permanece así en los códigos antiguos, pero en todas las legislaciones contemporáneas se acepta la posibilidad de que justifique la defensa de cualquier bien jurídico, incluso aunque no se halle penalmente tutelado. Ésta extensión y generalización es fruto del industrialismo, es el resultado de la necesidad de asegurar la riqueza que se concentraba en las ciudades de la amenaza de las masas que también se concentraban en ellas, Desde entonces ha parecido normalmente aceptable la defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor.

Al "revaluarse" notoriamente la vida humana en los documentos de Derechos Humanos de la post guerra que expresamente incluyen el "derecho a la vida", surge la duda acerca de si es posible admitir en nuestro derecho positivo la defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor.

El problema ya se planteó en Europa con motivo del art. 2 de la Convención de Roma, que establece expresamente que sólo se admite



Cuando es resultado de un recurso de fuerza absolutamente necesaria para "asegurar la defensa de cualquier persona contra la violencia ilegal".

El Código Penal nicaragüense declara exento de responsabilidad al que **obra en defensa de su persona o derechos o de la persona o derechos de otro.**

Al hablar de "derechos", no cabe duda de que la voluntad de la ley es amplia en cuanto a los bienes susceptibles de defensa. Pueden defenderse, pues, no sólo la vida y la integridad corporal sino también la propiedad, la libertad, el honor, etc.

Especial atención merece la defensa de los bienes patrimoniales, que puede generar un conflicto entre bienes muy desiguales como son la propiedad de un hombre y la vida de otro. Sobre este punto, las opiniones de los tratadistas pueden dividirse en tres grupos:

- a- Los que niegan el derecho a defender el patrimonio hasta llegar a la muerte del agresor excepto cuando el ataque a los bienes venga acompañado de peligro para la persona: En el fondo, esta teoría niega en forma absoluta la posibilidad de defender los bienes con la muerte del agresor, pues cuando existe riesgo para la persona es ésta la que se defiende y no los bienes.



Esta postura, sostenida por **Carrara**, permitiría que se castigue como homicida a quien dispara en el momento de la persecución contra el ladrón que ha robado una parte importante de su capital o un documento del que depende el porvenir de su familia.

- b- Los que creen que todos los bienes jurídicos pueden defenderse por cualquier medio, incluyendo la muerte del atacante. Esta es la opinión dominante entre los autores alemanes.

Franz Von Liszt señala que el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor.

- c- - **Ihering**, quien por su parte considera que la legítima defensa es a la vez un derecho y un deber, en su obra ***El fin en el Derecho*** dice: « *Esta protección que el individuo se debe a sí mismo no se refiere sólo a lo que es, sino también a lo que tiene, porque tener es existir de más completo modo*».

Esta última solución al problema de la defensa patrimonial se debe al aporte hispánico y sobra decir que es la más justa.

En cuanto al momento de la defensa patrimonial debe tenerse en cuenta la actualidad de la agresión. La defensa debe ser *in continenti, non ex intervallo*. Pero, ¿hasta qué momento dura la agresión?



La opinión común de los autores es que el ataque dura hasta que el ladrón se pone a salvo, de modo que puede haber reacción defensiva contra el que huye pero no contra el que ha comenzado a detentar la cosa robada o hurtada. Nuestra opinión es que, en el caso de la defensa patrimonial, resulta más acertado conceder la causa de justificación mientras el ladrón esté *infraganti*, y, en tal sentido, en Nicaragua no es necesario entrar en elucubraciones tales como la duración de la *invasio rei* o el inicio de la *detentatio rei*, toda vez que el Código de Instrucción Criminal ofrecía una definición precisa de la flagrancia:

Se entenderá, delincuente infraganti el que fuere hallado en el acto mismo de estar preparando el delito o de acabar de cometerlo, o fuere perseguido por el clamor público como autor o cómplice del delito o se le sorprendiere con las armas instrumentos, efectos o papeles que hicieren presumir ser tal. Pero no se tendrá por infraganti, si hubieren pasado veinticuatro horas desde la perpetración del delito.

Esta última parte establece el límite temporal de la flagrancia: transcurridas veinticuatro horas desde la comisión del hecho punible el infractor se ha puesto a salvo y su captura sólo es posible por medios legales, quedando sólo la vía judicial para la restitución de la cosa. A contrario sensu, durante la flagrancia el delincuente puede ser capturado por cualquier ciudadano y perseguírsele para tal fin, de modo que el despojado podrá dar persecución al ladrón en el término de veinticuatro horas después de cometido el delito, y procurarse, durante ese tiempo, el reintegro de su propiedad por cualquier medio, en tanto sea necesario y proporcional.



Otro tema controvertido en la defensa patrimonial es el de los llamados *offendícula*, que son defensas preventivas de la propiedad mediante dispositivos mecánicos o electromecánicos que pueden resultar letales para el Invasor: armas, electrificación de cercados, trampas, etc. Al respecto se han elaborado tres teorías:

- a-** La que niega la legítima defensa cuando no exista riesgo para las personas. Esta no hace más que reproducir los argumentos ya conocidos de que la defensa de los bienes materiales no puede dirigirse contra la vida del agresor.
- b-** La que admite la legítima defensa si se cumplen las condiciones de realidad de la agresión y necesidad y proporcionalidad del medio empleado para repelerla.
- c-** La que considera que se trata del ejercicio legítimo de un derecho derivado del dominio.

El derecho de propiedad confiere al propietario el derecho de usar y abusar de la cosa de modo absoluto y con exclusión de los demás, de modo que puede preparar los medios de defensa que estime convenientes para repeler un eventual ataque, y si el invasor muere o resulta gravemente herido, su actuación es la causa eficiente del resultado sufrido. Sin embargo, hay que recordar que el ejercicio de un derecho no puede ser ilimitado.



En el campo del Derecho Privado se ha desarrollado la teoría del «abuso del derecho», de acuerdo con la cual el carácter absoluto de la propiedad sufre excepciones cuando se ejercita abusivamente, sin beneficio para su titular y con perjuicio para un tercero. En ese sentido, el ejercicio del derecho de defensa de la propiedad no puede extenderse ilimitadamente al empleo de medios que pongan en peligro la vida de las personas.

Ahora bien; los límites de la defensa patrimonial están dados por el Derecho Público, que establece como requisitos de cualquier defensa la realidad de la agresión y la necesidad racional del medio empleado.

Resumiendo: las defensas patrimoniales predispuestas son una forma *sui generis* de la legítima defensa, siempre que se cumplan las condiciones generales de la misma, de modo que sin necesidad y proporción no puede haber eximente.

Ambos requisitos deben examinarse en cada caso concreto, pues las posibilidades que abre la moderna tecnología pueden ser empleadas no sólo en la defensa sino en la agresión, y así lo demuestra la práctica.

Para concluir el tema de los bienes defendibles, el autor desea expresar su desacuerdo con la tesis de que en la repulsa de una violación el bien jurídico que se defiende es el honor, como lo creen **Jiménez de Asúa, Díaz Palos, Alimena, Manzini** y otros.



CAPITULO III

REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.

Como ya sabemos que los dos polos entre lo que se mueve la justificante en estudio son la agresión y la defensa.

Los requisitos de una y otra vienen dado desde el plano dogmatico con mayor a menor detalle. Tomando del texto legal español complementado por la exegesis, la agresión por un lado, ha de ser actual o inminente, y por otra parte, ilegítima, y la defensa ha de ser necesaria y proporcionada. La falta de provocación exigida también por la ley ha de reputarse común ha agresión y defensa.

Todos estos requisitos anteriores deben concurrir para que pueda hablarse de legítima defensa completada o perfecta. Se acostumbra a decir que el requisito de la agresión es esencial, y ello es cierto, pero no es menos cierto que la necesidad de la defensa es igualmente básica, y sobre ello habremos de incurrir a lo largo de este trabajo.

Lo que si puede faltar es la proporción del medio empleado o puede estar presente la provocación del que se defiende, y entonces habrá una justificante incompleta dando paso al exceso defensivo, exceso que aun podrá ampararse, como veremos, en una causa de inculpabilidad,



Finalmente puede suceder que incluso los requisitos basilares de agresión y de necesidad defensiva falten en la realidad. De esta forma hemos trazado la sistemática de las ideas que se desarrollan a continuación;

1. **AGRESION ILEGITIMA**: Con respecto, a agresión se entiende cualquier movimiento corporal hecho por el atacante que lesione o hubiere lesionado la integridad personal del agredido, que implican necesariamente movimientos de este para repeler aquella.

Gramaticalmente significa tanto como ataque o acción de acometimiento. Jurídicamente es amenaza actual o inminente para un bien jurídico.

Este requisito es el presupuesto de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación (por ejemplo, del estado de necesidad), la jurisprudencia y algún sector doctrinal suelen interpretar el término “agresión” en el sentido de “acometimiento”, acto de fuerza.

Jiménez de Asúa la considera como el acto con el que el agente tiende a poner en peligro o a lesionar un interés jurídicamente tutelado¹³.

Una de las características de la legítima defensa es que la situación de peligro del bien jurídico debe ser la consecuencia de un obrar humano, es decir, su conducta pero esta conducta debe ser antijurídica sin que interese que sea típica.

¹³ *Liszt, F. Von, Tratado, t. II, Pag.332; Jiménez de Asúa, Tratado, t. II, Pág. 160.*



La conducta debe ser agresiva, se desea reafirmar que la conducta debe de estar dirigida a la producción de una lesión a un bien jurídico. Es posible que la agresión provenga de una omisión, la doctrina opina que la agresión puede provenir tanto de una omisión propia como de una impropia.

El sujeto que está obligado a prestar ayuda o auxilio debido y se niega a hacerlo, está realizando una agresión ilegítima contra la víctima de esas circunstancias incapacitantes y si este último decide obligarlo con amenazas para que lo auxilie la conducta estaría plenamente justificada en una legítima defensa, ahora bien, tanto la acción como la omisión deben ser agresiones dolosas, es decir, el ataque al bien jurídico debe ser intencional; frente a lesiones o puestas en peligro simplemente imprudentes, no cabe legítima defensa, aunque sí estado de necesidad.

La agresión debe ser actual o inminente, No puede oponerse legítima defensa al ataque futuro que aun puede ser evitado por otros medios, ni al ya cumplido cuando el peligro ha pasado. Pero siempre que se impide la agresión se actúa ante un ataque futuro que no puede evitarse por otros medios.

Si cabe la defensa contra ataque inminente es obvio que incluso puede impedirse una injerencia en nuestro derecho aun antes de que la intromisión reúna las condiciones necesarias para ser calificadas de tentativas de un delito.



La agresión también debe ser ilegítima, quiere decir que debe reunir los caracteres de una conducta prohibida por el derecho penal, por consiguiente debe tratarse de una conducta antijurídica (prevista por la ley como delito) es decir antijurídica pero esto no significaría que debe constituir un delito(pero si un peligro para nuestro interés), sino que esté justificada por el derecho aunque no esté expresamente autorizada por el ordenamiento jurídico, sea a través del ejercicio legítimo de una facultad expresamente otorgada por este o del cumplimiento de un deber, si la agresión está justificada no cabe defenderse legítimamente de ella.

La agresión ilegítima debe ser una acción con todos sus elementos, es decir el sujeto que actúa debe ostentar voluntad y conocimiento de lo que hace. El individuo debe actuar de forma intencional conociendo y queriendo el resultado posible de su proceder.

No es requisito del tipo permisivo que la agresión ilegítima se inicie, basta que exista el peligro al momento de la reacción.

Por lo que se refiere a la defensa frente a ataques contra la propiedad, el legislador reproduce las características generales referidas al delito y faltas en cuanto generen un grave peligro de deterioro o pérdida inminente de los bienes propios.



En cuanto a la inminencia de la agresión esta es la característica de la acción de verificarse en cualquier momento, pero de acuerdo a la inminencia esta se trata de una situación de indudable peligro, sobre el sujeto o bienes del

Atacado, de manera que este no pueda adoptar otra actitud que repelerla legítimamente anticipándose al mal anunciado.

El vocablo inminencia alude a algo que puede suceder “en cualquier momento” o que amenaza con suceder prontamente. En nuestro código penal vigente artículo 34 inciso 4 párrafo primero referido a la agresión ilegítima dice; que en caso de defensa de los bienes se considerara agresión ilegítima, el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes, y en caso que la agresión se situara en la morada y dependencias, se considerara la entrada indebida en una u otras.



2. NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO PARA IMPEDIR O REPELER LA ACCION.

Este requisito supone dos extremos distintos:

- ❖ La Necesidad de Defensa, que solo se da cuando es contemporánea a la agresión y que persiste mientras la agresión dura, siempre que sea, además, la única vía posible para repelerla o impedirla.
- ❖ La Racionalidad del Medio Empleado que exige la proporcionalidad, tanto en la especie como en la medida, la entidad de la defensa una vez que esta sea necesaria, es preciso que se adecue a la entidad de la agresión, de lo contrario no habría justificación plena y, todo lo demás, se volvería una eximente incompleta¹⁴.

Pero además debemos de afirmar que la defensa además de ser necesaria y proporcionada requisitos de corte objetivo, cabe exigir uno de índole subjetiva: el ánimo de defensa, que viene a trasfundir toda la acción defensiva (tema estudiado en el capítulo segundo en lo referente a las condiciones de la legítima defensa).

Necesidad: Este es el requisito básico y sustancial a la defensa, hasta el punto de que ha podido decir Manzini que “no es un simple requisito, sino que constituye el fundamento jurídico del instituto que examinamos”.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Óp. Cit.* Pág. 79.



Pero que ya dijimos que sea *conditio sine qua non* no quiere decir que sea fundamento, el cual sigue siendo el principio del interés preponderante.

La necesidad debe ser requisito de la defensa, pero no una condición de la que podamos prescindir y sin la cual habría defensa excesiva, sino auténtica condición sine qua non. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad.

Para la doctrina germana basta la inevitabilidad del peligro (a semejanza del estado necesario) para llenar este requisito, esto es que no haya otro medio de evitar el ataque. La consecuencia inadmisibles es que si no hay otro procedimiento de salvaguardar por ejemplo la propiedad que sea el interés patrimonial afectado, puede llegarse hasta la muerte del agresor.

La doctrina latina es más precavida, pero además de no ser concorde, no siempre llega a conclusiones correctas. Carrara exigió, muy acertadamente, además de la inevitabilidad del mal la gravedad o irreparabilidad, pero no estimo que su falta invaliden la defensa, sino que tan solo conducen a un exceso defensivo.

Como ya hemos dicho, la necesidad está en la base misma de la defensa: si la defensa no puede calificarse de necesaria por traspasar los límites del principio del interés preponderante, fundamento de la justificación, no puede hablarse de eximente completa o incompleta.



Dentro del campo latino corresponde a Jiménez de Asúa el merito de esta depuración de ideas en torno a la necesidad de la defensa merito que ha de reputarse universal. La necesidad dice el maestro hispano no es imposibilidad de usar otros medios, como se afirma en Alemania, sino necesidad de usar otros cuando fueran eficaces. Ahora bien la necesidad es todo esto *supone oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza.*

Como ya sabemos la agresión debe ser necesaria en lo que se refiere a la actualidad como a la entidad. Primero se exige que mediante la acción defensiva se esté protegiendo un valor jurídico de un ataque inminente o que persista, pero si el sujeto ya fue agredido, su réplica no va a lograr nada que el derecho valore positivamente, ya que el daño ya está hecho.

De lo que se trata es de evitar un daño pero no de contestar a él provocando otro al injusto agresor. Cuando esto sucede, la jurisprudencia entiende que el sujeto no actúa para proteger nada sino para vengarse del atacante lo cual es distinto, entonces se habla de **exceso extensivo**.

Proporcionalidad: por lo ya dicho, viene a ser requisito complementario de la necesidad. En primer lugar el pensamiento de la proporción es típicamente latino y viene expresado de antiguo con la fórmula del *moderamen inculpatae tutelae*.



Por ello, ya sea consignado de manera expresa en los códigos como ya lo hace el código español al hablar de la necesidad racional del medio empleado para la defensa ya se considera implícito en el texto legal como creen los comentaristas franceses e italianos, la exigencia de la proporcionalidad no suele faltar.

En segundo lugar, el ordenamiento obliga al sujeto agredido a responder razonablemente y no de cualquier manera. Hay quienes hablan aquí de una exigencia de “proporcionalidad” lo que puede admitirse pero matizando el alcance de la expresión, ya que no se trata en lo absoluto de comparar las armas utilizadas por el agresor y defendido, sino de valorar hasta que punto, dada la situación se encontraba este último, si existía la posibilidad de evitar la agresión del primero de un modo menos lesivo.

De ahí que quepa perfectamente responder mediante un arma de fuego a una agresión realizada con un palo, si el agredido se vio en la obligación de utilizarla so pena de perder la vida o de sufrir un daño grave.

Lo que no cabe es responder con una excesiva intensidad, como ocurriría si ante un ataque a puñetazos el autor saca inmediatamente un arma el fuego, o si pudiendo evitar el robo del ciclomotor sujetando simplemente al ladrón le apuñalamos en una pierna. En estos casos se habla, de **exceso intensivo**.



La valoración de este exceso es diferente a la del extensivo porque en este último puede decirse sin temor a equívocos que la agresión no existía ya cuando se respondió, de manera que, ante la ausencia del requisito fundamental de la legítima defensa, no cabra aplicar siquiera la eximente incompleta. Por el contrario, en caso del exceso intensivo, el presupuesto si está presente en el momento en que el agredido responde de manera innecesaria, y aunque no quepa justificar semejante acción, si puede atenuarse la pena recurriendo a la eximente incompleta.

El Ánimo de Defensa: El llamado pretexto de la legítima defensa. Tal exigencia es disputada en doctrina controvertida en la dogmática interpretación de la ley positiva. La cuestión ha de ser resuelta con vista del derecho positivo, por lo que volvemos sobre ella al enfrentar el texto del código penal español, pero podemos anticipar que la tesis que distinguen entre voluntad y motivo es para nosotros la correcta.

A la general voluntad de defensa, presente en las tres modalidades de la justificante se añade esa mayor pureza en la motivación, tratándose de la de defensa de extraños, no atreviéndose el legislador a exigir tal asepsia ética psicológica en la autodefensa, que anularía los casos más agudos de conflicto a los que acabamos de referirnos.



Como hemos de ver, se critica por la doctrina tales exigencias psicológicas en la defensa de terceros y se postula la refundación de esta modalidad en los requisitos de la defensa propia con lo que bastaría la genérica voluntad de defender, sin importar los móviles que impulsaron al defensor.

Digamos, para terminar, que en el caso puesto por Mezger del que se anticipa a la acción de su enemigo, ignorando que este se disponía realmente a atacarle, falta evidentemente toda voluntad de defensa, y por esa falta total de ánimo defensivo nos repugna conceder la primacía de la justificación.

Hemos dicho que la voluntad de defensa falta en los casos de provocación del ataque, dando así origen al llamado pretexto de legítima defensa. Esto quiere decir que si el derecho positivo exige aquel animo defensivo, el pretexto defensivo impedirá la eximente en todo.



3. FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE POR PARTE DEL DEFENSOR.

Este requisito consiste en quien pretenda garantizar la legítima defensa nunca debe de provocar la agresión, la persona debe de ser un sujeto totalmente pasivo ante la agresión.

La doctrina establece elementos que permiten valorar la falta de provocación suficiente:

- Que la conducta sea suficientemente provocadora.
- Que haga previsible un ataque por parte de aquel que es provocado.

No hay que tomar en cuenta las característica personales como (hábitos pendencieros, matonismo, etc.) para valorar la provocación suficiente¹⁵.

El código habla de (provocación suficiente) y de acuerdo con una correcta interpretación de este término, habrá que entender que solo cuando la agresión es la reacción inmediata a la provocación de que fue objeto el agresor, acción-reacción, se podrá alegar la legítima defensa.

¹⁵ Chirino y Salas Toman esta Definición de Balestra, Fontán. *La Legítima Defensa* .Pág. 64.



No debe apreciarse legítima defensa, sin embargo, cuando la agresión fue provocada intencionalmente para luego invocar legítima defensa (actio ilícita in causa) porque más que de un derecho se trata de un abuso del derecho y de una manipulación del agresor.

La falta de provocación es el requisito que mira tanto a la agresión como a la defensa, ya que puede hablarse en términos equivalentes de agresión no provocada como de defensa no viciada por la provocación.

La provocación bastante vicia la legítima defensa en su causa y por tanto quien provoca suficientemente no puede alegar la legítima defensa perfecta cuando reacciona violentamente contra el ataque que provocó. Ordinariamente, quien así se defiende solo puede invocar en su favor una atenuante privilegiada.

En otros términos, la provocación es un estímulo que parte del defensor y que tiene como destinatario el agresor. Y justamente lo que se exige es la ausencia de un tal circuito psicológico para la pureza y perfección de la legítima defensa. Por lo mismo se enuncia en forma negativa, poniéndolo a cargo del defensor. Así lo hace el código español: *La falta de provocación suficiente por parte del que se defiende*. Formulado en forma positiva, quiere que el agredido con su obrar anterior o concomitante causa o da lugar al ataque.



Esta causalidad de la provocación viene expresada por el código español en el que es requisito típico y explícito trasfundido luego a los códigos de estirpe hispánica con el calificativo de suficiente, esto es, bastante adecuado para originar la agresión. En consecuencia si la provocación no es bastante, vale decir suficiente, para determinar el ataque aun podríamos hablar de legítima defensa por parte del que la repele.

Esta correcta postura se ve contradicha una vez más por la doctrina alemana, para la que no cuenta que el agredido haya dado o no causa a la agresión.

Lo dice muy taxativamente Von Liszt “Es indiferente para el derecho actual que la lesión haya sido o no prevista, y que fuera o no culpable de ella el agredido.

La provocación de la agresión no es idónea para excluir la legítima defensa, a no ser que el defensor haya provocado no solo la agresión, sino la situación de defensa, es decir que haya buscado esta situación de propósito para cometer el hecho punible.

Cuando nos referimos, por tanto, a causalidad de la provocación respecto del ataque, nos referimos en primer lugar a una causalidad proporcionada adecuada (suficiente), y en segundo término involuntaria, que no busco ni quiso la reacción agresiva.



Si de algún modo se exige, por tanto la equivalencia entre provocación y ataque, es evidente que hacemos superfluo el requisito que ahora estudiamos al quedar refundido dentro del concepto de agresión. Si queremos por consiguiente dar sustantividad a dicho requisito por exigirlo así la ley (ley española), entonces habremos de distinguir entre provocación dolosa y culposa, de modo que si de la primera, desaparecerá la legítima defensa al faltar su fundamental requisito de necesaria, suplantado por el pretexto de legítima defensa en tanto que si la provocación fuera meramente culposa o como dice Sebastián Soler “temeraria imprudente, reprensible”, entonces aun habrá defensa siquiera excesiva por haber exceso en la causa o “**exceso extensivo**”.



CAPITULO IV

BREVE RESEÑA DE LAS DEMAS CAUSAS DE JUSTIFICACION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

El ordenamiento jurídico no solo se compone de prohibiciones, sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio prohibido. En derecho penal la existencia de un hecho típico supone la realización de un hecho prohibido, por cuanto el tipo constituye o describe la materia de prohibición, es decir, aquel o aquellos hechos que el legislador quiere evitar que realicen los ciudadanos. Pero en algún caso concreto ese hecho típico, en cuanto hay razones políticas, sociales y jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio de la antijuricidad que supone la tipicidad queda desvirtuado por la presencia de una causa de justificación,

Es decir por una causa de exclusión de la antijuricidad que convierte el hecho, en si típico, en un hecho perfectamente licito y aprobado por el ordenamiento.

La doctrina se ha esforzado por reconducir las causas de justificación a una serie de principios generales que informan su regulación jurídica concreta. Las teorías monistas pretenden reducir todas las causas de justificación a un principio único que algunos ven en la idea de “empleo de medios adecuados para un fin licito”, otros en la de la “ponderación de bienes”.



Sin embargo, estas teorías han sido abandonadas, por cuanto utilizan conceptos vagos e indeterminados, incapaces de explicar unitariamente la naturaleza de cada causa de justificación en concreto ya que cada una responde a ideas diferentes o a la combinación de varias de ellas.

La doctrina dominante actualmente atiende a varios principios generales reguladores, comunes a diversos grupos de causa de justificación de la misma especie o similares en su punto de partida, y las clasifica luego en función de estos principios. De acuerdo con ellos las causas de justificación se suelen clasificar según predomine en ellas el principio de la ausencia del interés o el principio del interés preponderante. En las primeras el hecho queda justificado porque el titular del bien jurídico afectado por el hecho renuncia a la protección jurídica en el caso concreto (caso del consentimiento). En las segundas el hecho queda justificado porque la lesión de un bien jurídico se produce para salvar otro bien de mayor valor (estado de necesidad).

Sin embargo., no son estos principios los únicos informadores de las causas de justificación ya que junto a ellos juegan también un papel importante otros como el de la prevalencia del derecho, el de proporcionalidad necesidad que no son siempre reconducibles a los otros dos¹⁶.

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco. *Óp. Cit.* Pág. 281-284.



Las causas de justificación en particular básicamente son las siguientes:

- Legítima defensa (ya antes estudiada).
- Estado de necesidad.
- El actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un legítimo derecho, oficio o cargo.
- La Obediencia debida.
- Consentimiento de la víctima.



1. ESTADO DE NECESIDAD.

En la doctrina española se ha definido el estado de necesidad como *una situación en la que existe, para un determinado bien, el peligro de un quebranto grave que solamente puede ser evitado mediante el sacrificio de bienes jurídicos ajenos*¹⁷. Así estado de necesidad representa una situación de conflicto entre bienes, en la cual el ordenamiento jurídico estima conforme a derecho o, cuando menos, tolera la lesión o la puesta en peligro de alguno de algunos de ellos.

La doctrina dominante considera que la eximente del artº 34 inciso 5 que regula conjuntamente el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exculpación. En lo referido a causa de justificación el estado de necesidad surge de la colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor; caso contrario en la causa de exculpación, esta surge cuando los bienes jurídicos en conflicto son del mismo valor.

Que nos solo es cuestión de ponderación de intereses en juego lo que demuestra también el hecho de que en el artº 34 inciso 5 el requisito el estado de necesidad no alude a una comparación de los bienes en conflicto, sino entre los males causados y evitados.

¹⁷ Así por ejemplo Antón Oneca, *J. Derecho Penal, Cit, Pág., 263. Vid. Así mismo, Baldo Lavilla, Estado de Necesidad y Legítima Defensa, Barcelona, 1994. Pág. 123 y ss.*



Pero según nuestro código el estado de necesidad es una situación de peligro actual o inminente para intereses protegidos por el derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de intereses jurídicamente protegidos de otro.

Este estado de necesidad se puede presentar dos formas distintas: por un lado la colisión de bienes y, por el otro, una colisión de deberes. Este estado presenta una colisión de intereses jurídicos en donde existen el inminente riesgo de pérdida de uno de ellos y la posibilidad de salvar otro de mayor valor.

El código penal establece tres requisitos que se deben acreditar para que exista la causa de justificación, en caso de que no se acrediten, se está en presencia de una eximente incompleta y se deberá aplicar una pena atenuada.

Los requisitos son:

Primero; Que el mal causado no sea mayor al que trate de evitar. En este el estado de necesidad puede darse tanto en el caso de conflicto entre bienes desiguales (daños para salvar la vida) como entre bienes iguales (matar a otro para salvar la vida) caso contrario en la legítima defensa no hay un interés preponderante en los bienes jurídicos.

Segundo; La situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. La provocación de una situación de necesidad impide que el que la provoco pueda después ampararse en ella. En este sentido, vale aquí lo dicho con la diferencia que en la legítima defensa la provocación debe ser “suficiente”, así lo dice el código penal.



Tercero; El necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. El estado de necesidad, como causa de justificación, se supone que el que actúa en esta situación no está obligado a soportarla. Pero si la situación es normal dentro del ámbito de su profesión entonces esta, en principio, obligado a soportarla.

A diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, la situación generadora del estado de necesidad no tiene por qué provenir en todo caso de un tercero, sino que puede surgir por el propio devenir de la vida, catástrofe natural, o incluso el ataque de un animal, así también que en la legítima defensa hay agresión y en el estado de necesidad hay ausencia de ella, por último la legítima defensa crea una línea de situación de choque entre un interés ilegítimo y uno lícito y en el estado de necesidad no existe tal lucha sino un conflictos de intereses legítimos.

Para finalizar con el estado de necesidad podríamos decir que a diferencia de lo que sucede con la legítima defensa este tiene un ámbito de aplicación más amplio, no solo porque no requiere una previa agresión antijurídica, sino porque responde a un principio general de proporcionalidad y ponderación que continuamente rige la conducta humana en todas las situaciones. La elección del mal menor, el sacrificio de los intereses menos importante a favor de los mas importante, etc. no son más que pautas o principios ordenadores de la convivencia humana que deben ser consideradas en el caso concreto para valorar globalmente si la acción realizada estuvo dentro de los márgenes correctos jurídicamente.



2. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURIDICO O EN EL EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO, OFICIO O CARGO.

Los deberes jurídicos son causas de justificación, pues en ellos la conducta del autor es jurídicamente aprobada cuando existe un deber jurídico de realizar la conducta penalmente típica, o sea que el ordenamiento jurídico no solo le permite sino que le obliga al agente a infringir una prohibición, estos deberes jurídicos surgen de una posición de garante del agente¹⁸.

No cabe desde luego mayor justificación que la de cumplir un deber o ejercer legítimamente un derecho, oficio o cargo. Lógicamente, el cumplimiento del deber o el ejercicio del derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a derecho.

El cumplimiento de un deber el que realiza una conducta jurídicamente obligatoria no puede quedar sometido a responsabilidad criminal alguna, por la sencilla y obvia razón de que su actuar no puede ser calificado de antijurídico, cuando se refiere al cumplimiento de deberes lo hace exclusivamente solo a los deberes jurídicos¹⁹.

¹⁸ Luzón Peña, Diego Manuel/ Mir Puig, Santiago. *Causas de Justificación y Atipicidad en el Derecho Penal*. Editorial Aranzadi. Primera Edición Pamplona. 1995.

¹⁹ Cuerna Arnau M. L. *Comentarios*.



Aunque a diferencia de la legítima defensa esta causa es aplicable a cualquier persona, su radio de acción alcanza sobre todos a los funcionarios públicos y, más en particular a aquellos, que están legalmente autorizados a ejercer la violencia sobre los particulares, es decir; la policía, etc.

Pero el modo de realizar esta labor coactiva violenta no queda al albur de la conciencia y prudencia del funcionario, sino que se halla estrictamente reglada (Ley de la Policía Nacional Ley No 228).

En el cumplimiento de un deber de estos funcionarios solo se permite la utilización de la violencia bajo los principios de congruencia, oportunidad, y proporcionalidad en la utilización de las armas, en situación de riesgos racionalmente grave para la vida o integridad física del sujeto o de terceras personas, en otros casos, los límites de actuación justificada vendrá determinados por la legislación concretamente aplicable, que servirá siempre de criterio al juez para valorar la actuación del acusado como merecedora de exención completa o incompleta.

En esta justificante conviene aclarar el uso de la violencia por parte de la autoridad. Especialmente se encuentra interesante el problema del empleo de la violencia de los agentes que puede provocar lesiones e, inclusive, la muerte.

Es innegable que para ser efectivo el cumplimiento de un deber, en ciertos casos, la autoridad pública tendrá que recurrir al uso de la fuerza para hacer imperar el ejercicio legítimo de un derecho, pero esta fuerza o violencia debe ser regulada por los límites de la necesidad racional de la violencia y su adecuación proporcional al hecho que lo motiva.



Ejercicio legítimo de un derecho, oficio, o cargo. La práctica de determinadas profesiones puede conllevar en algún caso la realización de conductas lesivas para bienes jurídicos penalmente tipificados.

Lógicamente, el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho que se justifica es el que se realiza dentro de los límites legales y conforme a derecho.

Este requisito de la conformidad a derecho del que actúa al amparo de esta eximente, plantea dificultades interpretativas que casi siempre remiten a otras ramas del ordenamiento jurídicos. Es por eso que para saber cuando un medico, un funcionario, un policía, etc. dentro de sus respectivas competencias o atribuciones jurídicas, es necesario conocer cuál es contenido de la regulación jurídica que rige dicha actuación. Piénsese en la labor del abogado, en el ejercicio de su profesión, esta no tiene más remedio en muchos casos que ofender a acusados, testigos e incluso compañeros, cumpliendo con su cometido de defender los intereses de su cliente. Ello le permite extralimitarse en sus opiniones como no podría hacerlo otra persona cualquiera. Pero tiene que tratarse, en cualquier caso, de un ejercicio legítimo, esto es amparado por el ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, si el sujeto se dedica a informar a su cliente de referencias personales de algún policía con el fin de que aquel proyecte con sus compinches un atentado terrorista, es evidente que si se le acusa de colaboración con banda armada no podría invocar la eximente de ejercicio legítimo de oficio de abogado, precisamente porque no tiene nada que ver con su profesión la colaboración con armas.



3. OBEDIENCIA DEBIDA.

La doctrina la califica como una causa de justificación en la que el sujeto actúa de forma antijurídica, pero se encuentra amparado al cumplimiento de obediencia de una orden superior.

La obediencia debida no es más que la negativa a cumplir órdenes superiores salvo que constituyan una infracción manifiesta, clara, terminante de un precepto legal o cualquier otro de carácter general. No siendo la infracción tan evidente, el funcionario tiene obligación de cumplirla, con lo que posiblemente esté cometiendo un delito, es entonces donde entraría en juego la eximente de obediencia debida, que operaría como causa de justificación de la conducta del funcionario.

Al igual a las otras causas de justificación en diferencias con la legítima defensa que aquí también su punto de diferencia es una persona que se haya en subordinación a otra.

Se entiende por obediencia debida siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1- Que la orden de la autoridad competente para expedirla este revestida de las formalidades exigidas por la ley.
- 2- Que el agente este jerárquicamente subordinado a quien expida la orden.
- 3- Que la orden no revista el carácter de una evidente infracción punible.



Según la doctrina para que una orden sea vinculante y pueda dar lugar al cumplimiento de un deber y, por tanto, la obediencia pueda estar amparada en esta causa de justificación tienen que darse los siguientes prepuestos.

- 1- Relación jerárquica: esta solo puede darse en el ámbito del derecho público y del derecho militar, que se basan precisamente en la idea de subordinación y del sometimiento del inferior al superior. No cabe apreciar esta, aunque si otras en el ámbito familiar y laboral.
- 2- Competencia abstracta del que da la orden para dictarlas dentro de sus facultades. Por ejemplo: un notario no puede dar una orden de detención.
- 3- Competencia del subordinado para ejecutar el acto, ordenado por el superior.
- 4- Que la orden sea expresa y aparezca revestida de las formalidades legales.

Si se dan estos requisitos, el subordinado debe, en principio, cumplir la orden aunque sea antijurídica. De hecho sino se cumplen las ordenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de sus respectivas competencias y revestidas de las formalidades legales, se comete el delito de desobediencia, salvo que este mandato, constituya una infracción clara y manifiesta de un precepto legal o de cualquier otra disposición en general.



Lo importante es que la orden aparezca dictada dentro de los límites de la respectiva competencia y revestida de las formalidades legales, pero si infringe una manifiesta y claro precepto legal no habrá obligación de obedecerla y por lo tanto el que la cumple no podrá alegar el cumplimiento de un deber como causa de justificación.

Esto no deja claro quién debe juzgar si la orden infringe clara y terminantemente la ley. Lógicamente la ley le concede al funcionario un cierto margen para la apreciación del carácter vinculante de la orden que se imparta; pero este margen no puede llegar hasta el punto de dejar totalmente a su arbitrio la apreciación de tal carácter. Como ya hemos visto que la competencia abstracta y las formalidades legales deben ser suficientes para que el subordinado confíe en la legalidad de la orden que se le dé.



4. CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA.

El código penal no recoge expresamente esta causa de justificación, sin embargo esta se trata de una potestad del titular individual sobre el bien jurídico, ya ha considerar como lesiva o no una determinada conducta. Así tradicionalmente se ha vinculado al delito de lesiones, entendiéndose que cada persona puede decidir si quiere ser lesionada o no, sin que el estado tenga que intervenir (masoquismo).

El consentimiento juega un papel importante, vinculándose su ejercicio a toda serie de bienes jurídicos personales entre ellos; cabe destacar la libertad, libertad sexual (aquí el consentimiento sirve de pauta para que pueda hablarse de agresión o abuso o tratarse de una conducta perfectamente lícita, siempre que quien otorgue el consentimiento se mayor de edad), intimidad.

El consentimiento del titular del bien jurídico debe quedar claramente manifestado aunque no siempre ha de ser expreso ya que cabe el consentimiento tácito en aquellos casos en los que una previa relación de confianza, basada en gestión de negocios o relación de vecindad, etc., permita pensar que el titular del bien jurídico admite la realización del hecho por lo cual no hay que recurrir al consentimiento para justificar, por ejemplo, la acción del que entra en una morada ajena para apagar un incendio, cerrar la llave ante el peligro de una inundación.



Para que el consentimiento pueda actuar como causa de justificación es necesario que se den determinados requisitos:

- 1- Facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a una persona para disponer válidamente de determinados bienes jurídicos propios.
Esta facultad es cuestionable respecto de determinados bienes jurídicos como la vida o la integridad física.
- 2- Capacidad para disponer, que no tiene que coincidir necesariamente con la capacidad civil, pero, igual que esta, exige unas facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por parte de quien consiente.
- 3- Ausencia de vicios: cualquier vicio esencial de la voluntad del que consiente (error, coacción, engaño, etc.) invalida el consentimiento.
- 4- El consentimiento ha de ser dado antes de la comisión de hecho y hade ser conocido por quien actúa a su amparo.

El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física, ninguna relevancia tiene el consentimiento cuando la persona no está facultada para disponer de sus bienes.



CAPITULO V.

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO COMPARADO.

La legítima defensa, la más importante causa de justificación, justificante por excelencia, desde el momento que él se defiende legítimamente afirma el derecho frente al agresor, quien por ser tal, queda automáticamente excluido de la órbita jurídica; teniendo esta tanta importancia practica ya que suele ser la vida la que se defiende viniendo a ser ello, la primera causa de exclusión del injusto. Desde el punto de vista constructivo supone un ataque antijurídico e implica una acción de defensa necesaria, practicada para rechazar el ataque; es en puridad, tan antigua como el hombre mismo; por ir anclada a uno de sus más fundamentales instintos como son: el de conservación y supervivencia. A su vez el esencial carácter jurídico de la legítima defensa progresivamente se le ha ido reconociendo, en las legislaciones; pues la legítima defensa la ha ejercitado el hombre a través de diferentes etapas por las que ha evolucionado en su marcha ascendente, reconocida por todos los países del mundo.



1. EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

El Art. 15, fracción III, párrafo, primero del código penal mexicano del distrito federal expresa en cuanto a la legítima defensa es: repeler el acusado una agresión real, actualmente o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien lo defienda.”

La reformada fracción III del Art. 15 del código ya no alude a que la agresión sea violenta, pues como explica el maestro carranca y Trujillo la sola idea de agresión encierra la de violencia.

Pero no basta una agresión real, o inminente precisa también que sea injusta, esto es antijurídica contraria a las normas objetivas dictadas por el Estado. Si la agresión es justa, la reacción defensiva no puede quedar legalmente amparada; por ello no opera la justificante contra actos de autoridad, a menos que la reacción sea contra el abuso, el cual, para constituir un delito, da lugar a la defensa legítima.

Dicha agresión ha de amenazar bienes jurídicamente tutelados pertenecientes al que se defiende o a terceros quienes se defienden para aludir la ley a bienes jurídicos propios o ajenos.



Antes de la última reforma, en el precepto se aludía a la defensa de la persona, del honor o de los bienes del que se defiende, Actualmente se alude en forma genérica a la defensa de bienes propios o ajenos, como se había indicado.

De acuerdo con la legislación del distrito federal en vigor (código penal de 1931) el cónyuge que mate o lesione a su cónyuge o a quien con el realice adulterio o a ambos (defensa contra el honor), se halla amparado por la causa de justificación de la defensa legítima; solo se beneficia con una pena atenuada (sin quedar por supuesto excluido de responsabilidad penal), si se llenan los requisitos señalados por el Art.310" se impondrá de tres días a tres años de prisión al que sorprendiendo a su cónyuge en el acto carnal próximo a su consumación, mate o lesione a cualquiera de los culpables o a ambos , salvo el caso de que el matador haya atribuido a la corrupción de su cónyuge. En este último caso se impondrá al homicida de cinco años de prisión.



2. DERECHO PENAL CHILENO.

El código penal de Chile declara exento de responsabilidad criminal en el artículo 10 inciso 4: El que obrare en defensa de su persona o derechos, siempre, que concurren las siguientes circunstancias:

1. Agresión ilegítima.
2. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.
3. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

En la legislación nicaragüense lo podemos encontrar reflejado de la misma manera en el artículo 34 inciso 4 del código penal vigente ley n° 641.

Como podemos observar las circunstancias establecidas en la legislación chilena son idénticas a las circunstancias actuales nuestras con las siguientes divergencias:

- ❖ En lo que se refiere a la redacción del inciso 4°, artículo 10. Nuestro código penal en su artículo 34, inciso 4, habla de la defensa de su persona o derechos, o de la persona o derechos de otro.
- ❖ El código chileno habla de la defensa de su persona o derechos de otro (extraño), en el inciso 6° del mismo artículo. Establecido para concurrencia de la misma, primera y segunda circunstancia del artículo 10 inciso 4. Y el defensor no sea impulsado por venganza o cualquier otro motivo ilegítimo.



- ❖ En el inciso 5° del artículo en mención regula la defensa del cónyuge, parientes, padres o hijos naturales o ilegítimos, siempre y cuando concurren la 1° y 2° circunstancias prescritas en el número anterior.

3. DERECHO PENAL DE COSTA RICA.

Sección IV. Causas de justificación.

Arto 28 legítima defensa: No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1. Agresión Ilegítima.
2. Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

Se entenderá que concurren esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso (así reformado por la ley n° 5743 del 4 de agosto de 1975).



El código de Costa Rica considera como una de las causas de justificación, la legítima defensa. Ha bastado al legislador sustituir la frase “en defensa de su persona o derechos, propios o ajenos” para encuadrar en una única fórmula las diversas manifestaciones de defensa legítima.

A diferencia de nuestro código penal, el código de costa rica establece para la concurrencia de esta causal de justificación dos circunstancias; la de agresión ilegítima y la necesidad razonable del medio de defensa no haciendo mención como lo hace nuestro código penal como es el tercer requisito referido a la falta de provocación suficiente por parte del defensor.

En cuanto a palabra razonable empleada por el código de costa rica, parece indicar lo lógico, sensato y en un último término lo racional en la necesidad de defensa empleada por el que pretende la legítima defensa.



4. DERECHO PENAL ESPAÑOL.

Así en el código español en su Art. 20, inciso 4 dispone que están exentos de responsabilidad criminal:

4º) El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o éstas.
- Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo.
- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

Aquí se afirma que la legítima defensa consta de los mismos requisitos que tiene nuestra legislación nicaragüense que hace alusión de los bienes patrimoniales.

En la legislación española constituye un requisito específico de la defensa legítima, la falta de provocación suficiente.



De este modo viene a colación el pensamiento de Luzón Peña, quien afirma, *“concorre provocación suficiente cuando la misma hace desaparecer la necesidad de defensa del derecho por el provocador, lo que a juicio del autor, solo puede acaecer en la riña mutuamente aceptada o el duelo en tal caso los participantes renuncian a la protección del orden jurídico por lo que no pueden aparecer legitimados para defenderlo.”*

Consecuentemente de los casos que cita el autor está ausente tanto la provocación suficiente, tanto como la necesidad de defensa.

Asimismo entendemos que cualquier interpretación de esta regla excluiría de la defensa necesaria la llamada provocación intencional, es decir la que produce el sujeto con el fin de determinar a la agresión de parte del provocado y así actuar en defensa propia, en casos como el reseñado la doctrina alemana excluye la posibilidad de legítima defensa justificante.

Esta y otras cuestiones, que merecerían un tratamiento pormenorizado que excede con creces el objetivo propuesto en el presente trabajo, nos llevan a considerar que el termino provocación suficiente podría sin desmedro de los textos legales ser reemplazado por **provocación adecuada**.

Se recurre en ayuda del Tribunal Supremo Español, cuando se exige la adecuación de la provocación en orden a explicar la reacción mediante la agresión.



En este sentido un sector de la doctrina científica sostiene que la provocación excluye la defensa legítima si es justa la reacción, es decir debe resultar una agresión ilegítima que habilite como defensa necesaria la reacción del provocado.

En España se rechaza la defensa necesaria si la provocación es imprudente. En el caso de ser intencional se niega la eximente incompleta.

Muñoz Conde refiere al tema en análisis de esta forma respecto de la falta de provocación suficiente de parte del defensor, una interpretación estricta del requisito puede llevar a la injusta conclusión de que cuando la agresión es consecuencia de una previa provocación del que luego se defiende de ella, en ningún caso cabe apreciar legítima defensa. Juzga el autor citado, que tal interpretación podrá conducir a una pura responsabilidad por el resultado, si se niega toda posibilidad de defenderse a quien ciertamente provocó la agresión. Continúa diciendo, el Código habla de provocación suficiente, y de acuerdo con una correcta interpretación de este término, habrá que entender que solo cuando la agresión es la reacción normal a la provocación de que fue objeto el agresor se podrá denegar la legítima defensa

En conclusión sustentamos nuestro argumento en que el derecho de defensa necesaria, para repeler un ataque antijurídico, no se le debe negar al autor por el solo hecho de haber provocado el ataque, Si bien en este caso sus medios de defensa resultan estrictamente limitados, corresponde se adopten medidas estrictas a fin de evaluar la necesidad del medio empleado cuando el ataque resulta provocado por el propio autor.



CONCLUSIÓN.

La legítima defensa es una causa de justificación, un permiso, constituye un ejercicio de derechos. Es la acción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada. Es la de más arraigo en el derecho penal y la menos discutida en teoría.

Como es de saber la legítima defensa, tuvo un temprano reconocimiento; históricamente como sabemos, se remonta desde las viejas leyes orientales, de manera que ha venido evolucionando a través del tiempo, acogiéndose a los diversos códigos penales hasta nuestra legislación vigente.

En cuanto al fundamento y naturaleza jurídica de la legítima defensa, no debe asignarse uno en especial sino el que tiene toda causa de justificación que se basa en el interés preponderante.

Podemos decir que la legítima defensa es una respuesta a una agresión ilegal, y se determina a través de la agresión y la defensa.

Pero este derecho no se concede ilimitadamente, su existencia como derecho está sujeta a la concurrencia de requisitos

En cuanto a la agresión esta ha de ser actual, inminente e ilegítima y así la defensa ha de ser necesaria y proporcionada además sin faltar la falta de provocación suficiente.



Jiménez de Asúa define la agresión como el acto con que el agente tiende a poner el peligro o lesionar un interés jurídicamente tutelado.

En lo referente a la defensa, es considerada como repulsa violenta contra la agresión y se califica de legítima cuando reúne ciertas condiciones.

El requisito de la falta de provocación que se refiere a la agresión (esta no ha de ser provocada) como la defensa (corresponde solo legítimamente al que no provoco) es decir que la agresión no ha de ser provocada y la defensa no debe ser ajena a la provocación.

Evidentemente la legítima defensa versa no solo sobre el sujeto activo de la defensa, sino que puede ejercerse a favor de la persona y derechos de otros bien sean parientes del defensor o extraños a este pasando por la exigencia de los requisitos establecidos, a excepción de la falta de provocación, la cual se da siempre que el defensor sea ajeno a dicha provocación en caso que la hubiese.

Particularmente, en referencia al requisito temporal de la legítima defensa, podemos afirmar: es una cuestión que aun no ha sido debidamente precisada. No hay acuerdo unánime en cuanto a su determinación, y prueba de lo ello son las diferentes posturas y teorías que se han esgrimido en la doctrina científica sobre el tema.



No obstante lo dicho precedentemente, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

- En nuestro derecho el acto de la legítima defensa está sujeto a dos límites temporales:
 1. Impedir la afectación jurídica del bien que aun no se concretó pero que es de inminente realización, y
 2. Repeler la afectación al bien jurídico ya existente, que puede asumir la forma de peligro o lesión.
- Desaparece el derecho de defensa cuando desaparece la agresión
Con respecto al peligro ya pasado, es unánime la doctrina en negar carácter lícito de defensa a la acción cumplida en esa oportunidad.
- Una agresión antijurídica es actual cuando crea un estado de afectación del bien jurídico que ya se ha concretado en lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sin haber concluido tal afectación, o crea un estado que procede a esa afectación.
- La jurisprudencia y doctrina nacional requieren la inminencia, pero nuestro texto legal no emplea la voz inminente.
- La inminencia, refiere la cercanía respecto del momento en que da comienzo la acción. Debe entenderse como inmediato signo de peligro para el bien jurídico.



- Existe peligro inminente cuando la afectación aun no se produjo pero es de inmediata producción. La afectación del bien jurídico puede darse bajo la forma de lesión o puesta en peligro.

Para concluir debemos señalar que en la actualidad la legítima defensa se encuentra señalada en nuestro código penal vigente en su artículo 34 inciso 4° con tres requisitos relativos a la agresión, defensa y falta de provocación de las cuales debemos señalar: Agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla y falta de provocación suficiente del que hace la defensa.



BIBLIOGRAFIA.

- *Arroyo de las Heras, Alfonso, Manual de Derecho Penal. El Delito. Editorial Aranzandi. 1986.*
- *Castellanos, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. "Causa de Justificación Parte Uno". Editorial Porrúa México. 2007.*
- *Claus Roxin. Derecho Penal Parte General/ Claus Roxin; Traducción de la 2da ed. Alemana y Notas de Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Tomo I, Editorial Civitas. 1999.*
- *Código Penal de la Republica de Nicaragua. Editorial Jurídica. 2008.*
- *Comentario al Nuevo Código Penal de la República de Nicaragua. Parte General. Coordinador Aguilar García, Marvin Ramiro. Managua, Nicaragua. USAID. 2008.*
- *Conde Muñoz, Francisco, Derecho Penal Parte General/ 7ma Edición. Editorial Tirant Blanch. 2007.*
- *Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal: Conforme al Nuevo Código Penal, Texto Reformado de 1994/ Eugenio Cuello Calón 7ª ed. Editorial Barcelona Bosch. 1994.*



- *Díaz Palos, Fernando. La Legítima Defensa. Estudio Técnico Jurídico/ Editorial Barcelona Bosch. 1971.*
- *Fioretti Julio, Sobre la Legítima Defensa. Estudio Jurídico, Traducido de la 2da ed. Italiana y Adicionado con Notas y Prologo por Juan Chevez- Madrid. Editorial Barcelona Bosch. 1971.*
- *Jiménez de Asúa. Luis, Tratado de Derecho Penal. Tomo IV El delito. Editorial Losada Buenos Aires. 1992.*
- *Jiménez de Asúa, Luis Lecciones de Derecho Penal. Colección Clásicos del Derecho. Obra Compilada y Editada Capítulo 26 Legítima Defensa. Compilación y Adaptación. Enrique Figueroa Alfonso. Editorial Pedagógica Iberoamericana. 2006.*
- *Mayorga Saavedra, Claudia Esperanza, La Legítima Defensa, Monografía Para Optar a Título de Lic. en Derecho UNAN León 2000.*
- *Pessoa, Nelson. Legítima Defensa, Editorial Mario A. Viera. 2001.*
- *Ruiz Moncada, Carol, La Legítima Defensa como Eximente de Responsabilidad Criminal, Monografía para Optar a Título de Lic. en Derecho UNAN León 1996.*