

Escaneado por la Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA LEGÍTIMA DEFENSA EN EL DERECHO PENAL COSTARRICENSE*

JUAN GERARDO QUESADA MORA

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

- a) Agresión ilegítima; y
- b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión.

Se entenderá que concurre 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 Ley Nº 5743 de 4 de agosto de 1975).

Legítima defensa es aquella requerida para repeler de otro una agresión actual o ilegítima. Su pensamiento fundamental es que el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto. La defensa puede llegar hasta donde sea requerida para defensa efectiva inmediata, pero no debe llegar más allá de lo estrictamente necesario para el fin expuesto. Es por eso que el agredido ha de emplear el medio más leve que, sin embargo, puede llegar, según el caso, hasta la muerte del agresor, siempre que éste sea el

medio de defensa eficaz, menos grave de los que tenga a disposición el que defiende.¹

Es por esto que la doctrina dominante ha dicho que la legítima defensa se funda en un ataque, el cual puede ser considerado como toda amenaza de agresión, provocada por el hombre, de bienes o de intereses jurídicamente protegidos. Debemos tener presente que el ataque es actual cuando es inminente, es decir que está comenzando, que ha comenzado o dura todavía. Susceptible de legítima defensa será entonces, cualquier bien perteneciente al agredido o a un tercero y cualquier interés reconocido jurídicamente.²

En la legítima defensa no se tienen, como algunos opinan, dos intereses en oposición y en conflicto, de los cuales uno prevalece sobre el otro, como sería el caso del estado de necesidad, sino un solo interés, el del agredido, que es protegido por el Derecho, ya que el ordenamiento jurídico, sólo a él le atribuye valor y le concede protección directamente a aquel a quien ese interés pertenece, porque no podría ser defendido sin su reacción.³

AGRESIÓN ILEGÍTIMA

Por agresión debe entenderse la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana. Esta agresión perdura aún después de la

consumación formal de un delito, mientras se mantenga intensivamente la lesión del bien jurídico; de ahí que es admisible la legítima defensa en contra del ladrón que huye con el botín.⁴

* Este artículo es dedicado a los magistrados José Alberto Gamboa Salazar y Luis Paulino Mora Mora, por sus sentencias y consejos que han sido para mí fuente de sabiduría.

1. Hans Weizel, *Derecho Penal alemán*, págs. 122, 125.
2. Johannes Wessels, *Derecho Penal*, Parte General, pág. 94.
3. Silvio Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, pág. 212.
4. Hans Weizel, *Derecho Penal alemán*, pág. 123.

Por otra parte la agresión puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión). En cuanto a este punto la jurisprudencia española exige que la agresión sea de carácter violento. Ahora el problema es saber si se puede considerar agresión, la acción de un incapaz de culpabilidad o inimputable, o del que obra por error. En cuanto a esto un sector minoritario de la doctrina piensa que en estos casos falta ya la agresión, mientras que otro sector piensa que en caso de un enfermo mental, o de un niño, etc., se restringe la amplitud de la defensa (cf... Jescheck, pág. 277). Toda agresión además requiere que sea inminente, es decir, debe existir en la conciencia del autor, la decisión irrevocable, de dar comienzo a la agresión, de manera que ésta será siempre equivalente a la actualidad. Entonces la agresión es ilegítima cuando es antijurídica.⁵

Un sector de la doctrina define la antijuridicidad de la agresión sosteniendo que cumple con este requisito toda acción que recayendo sobre los bienes de otro, éste no tiene la obligación de tolerar (Binding). Desde otro punto de vista se sostiene que es antijurídica la agresión, en la medida en que este-

mos ante una acción no autorizada (justificada) por el Ordenamiento jurídico (Welzel, Jescheck, Sanson).⁶

Si aceptamos que la agresión es ilegítima, por el hecho de no haber sido autorizada por la ley, entonces deberán tener cabida dentro de la legítima defensa no sólo los casos tradicionales contemplados, de acciones humanas dolosas o culposas que infringen el orden jurídico, sino que también deben incorporarse a esta categoría todos los casos en que el bien sacrificado es el que ha generado un peligro o menoscabo de un interés propio del que se defiende.⁷

La doctrina italiana, hablando del peligro, ha dicho que es necesario que este esté en curso, o sea probable o inminente, de modo que hay legítima defensa según esta corriente, si la agresión ya está consumada, porque de otro modo la reacción se transforma en venganza. También el caso de que el peligro sea futuro, pues en este caso se puede acudir a la autoridad administrativa.⁸ (En mi criterio ésta ha sido la tesis seguida por la Sala Tercera, ver al respecto la jurisprudencia).

NECESIDAD RAZONABLE DE LA DEFENSA PARA REPELER O IMPEDIR LA AGRESIÓN

La acción de defensa es necesaria cuando puede esperarse con seguridad la conclusión inmediata del ataque y garantizar de la mejor manera la eliminación definitiva del peligro. Lo que debe tenerse presente es que entre varias posibilidades de defensa igualmente eficaces, debe elegirse aquella que causa el daño menor.⁹

La doctrina mayoritaria se ha inclinado en decir que la acción de defensa debe ser adecuada para impedir y repeler la agresión. La relación entre agresión y la acción necesaria para impedirla o repelerla debe ser tal, que se pueda afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción

concreta de defensa era adecuada para repeler o impedir la agresión concreta. Es por esto que no se debe confundir la relación que existe entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que causaría la agresión y el causado por la defensa.¹⁰

Lo que se trata de explicar en este punto, es que el sujeto no podría comportarse de otra manera para oponerse a la ofensa, es por esto que la proporción entre defensa y ofensa, se refiere a la proporción entre el medio que se usó y el medio que pudo el agente haber usado y no lo usó. Así por ejemplo no es medio proporcionado para el dueño de una finca que dispara un tiro contra un muchacho

5. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, págs. 124, 125.

6. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, pág. 125.

7. Jaime Malamud Goti, *Legítima defensa y estado de necesidad*, págs. 42 y 43.

8. Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, pág. 213.

9. Wessels, *Derecho Penal*, pág. 97.

10. Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal*, págs. 125 y 126.

que se roba unas frutas, cuando pudo haber disparado al aire, o simplemente intimidarlo. A esta tesis complementa una parte de la doctrina que sostiene con apego a la ley, que la proporción debe ser entre la defensa y la ofensa, es decir, entre la gravedad de la reacción y la gravedad de la agresión, (la reacción debe ser proporcional a la agresión).¹¹

Para estar ante una legítima defensa es indispensable que el sujeto pasivo (el que recibe la agresión ilegítima) no haya provocado el hecho. Así por ejemplo si A es agredido por B en un restaurante y A se defiende contra B arrojándole una silla que lesiona a B y también a C que está junto a él, A puede alegar legítima defensa respecto de la lesión de

B, pero respecto de la lesión de C hay estado de necesidad, con la importante consecuencia de que C habría estado autorizado para ejercer legítima defensa en contra de A, ya que no precisaba soportar la lesión por parte de A. Por esto la doctrina a dicho que se pierde el derecho de legítima defensa respecto de una agresión que se ha provocado intencionalmente, para poder lesionar al agresor bajo las apariencias de legítima defensa. Así, si se enfrentan dos individuos decididos a pelear, ninguno de ellos puede invocar la legítima defensa respecto del otro, pues cada uno de los agentes tenía la voluntad de agresión. Diferente es el caso cuando uno se excede del marco presupuesto por ambos, sacando por ejemplo un cuchillo.¹²

LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA

Esta defensa está contenida en el último párrafo de este artículo, en la cual se reconoce una situación de privilegio, pues a través de ella se justifica "cualquier daño ocasionado al agresor" o contra aquel individuo que mediante escalamiento o fractura logra introducirse dentro de una edificación representando un peligro para las personas.¹³

Para Zaffaroni en esta situación se presume que hay legítima defensa *iuris tantum* es decir, mientras no se pruebe lo contrario. En una palabra la presencia del agredido extraño dentro de una edificación siempre representa un peligro para los habitantes u ocupantes, mientras no se pruebe lo contrario.¹⁴

LEGÍTIMA DEFENSA PUTATIVA

En la legítima defensa putativa existe según JESCHEK "...o bien un error de permisión (error de prohibición indirecto) o bien un error de tipo permisivo". Lo que hay que tener presente en la legítima defensa putativa es que existe lo que se ha llamado en doctrina *error de tipo* y *error de prohibición*, que el error de tipo excluye la tipicidad y que el error de prohibición excluye la culpabilidad. Por lo que se debe concluir que cuando el agente realiza una acción pensando que está justificada cuando en realidad no lo está, estamos ante un error de prohibición y no de tipo. Dice Zaffaroni que en el error de tipo el hombre no sabe lo que hace, mientras que en el

error de prohibición sabe lo que hace, pero cree que no es antijurídico. Ahora para que el error de prohibición excluya la culpabilidad, es necesario que el error sea invencible, ya que si es vencible da lugar a culpa. Por ejemplo el que cree ser agredido por una persona y contesta con arma de fuego dirigiendo su proyectil a una parte mortal del hombre, no se defiende legítimamente, sino en forma putativa, por error de prohibición. (Ver al respecto sentencia del Tribunal Superior Segundo Penal, Sección Primera, de las 17 horas 45 minutos del 30 de agosto de 1988, Nº 157-88, confirmada por la Sala Tercera Penal, V. 70-F de las 9,50 del 12 de mayo de 1989).

11. Ranieri, *Manual de Derecho Penal*, t.I., págs. 215 y 216.

12. Hans Welzel, *Derecho Penal alemán, Parte General*, págs. 127 y 128.

13. SOLER, *Derecho Penal argentino*, tomo I, pág. 357, ed. 1976.

14. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Argentina, pág. 479, ed. 1985.

JURISPRUDENCIA

No procede la legítima defensa:

Si para que exista legítima defensa es menester que quien la alegue haya estado en situación de peligro de perder la vida o de ser lesionado en el mismo momento o inmediatamente antes de sufrir la agresión y que la reacción defensiva sea la respuesta a tal acontecimiento y si en la especie, después de haber sido agredido el imputado por el ofendido, el primero, bajo los efectos de la emoción sufrida al darse cuenta que había sido atacado repentinamente por un enemigo, reaccionó violentamente y disparó al perjudicado, a razón de lo cual éste falleció, para vengar ese ataque y no para repeler la agresión pues ésta ya se había consumado, lo que se pone en evidencia porque el agresor ya huía, entonces se concluye que no concurren los elementos de la legítima defensa, ni tampoco medió exceso en la misma

como lo alega el recurrente (Sala Tercera Penal, 1981, 97-F).

Sí procede la legítima defensa:

Si el ofendido en estado de ebriedad, se presentó en el domicilio del imputado, donde éste se encontraba con una mujer y dos niños, violentando la puerta de tal forma que logró introducirse en la vivienda y propinarle un puntapié al segundo, situación que obligó al último a repeler el ataque con un cuchillo que era lo único que tenía en la mano; no puede jamás considerarse como ilegítima su actuación, sino legalmente permitida y razonable al medio empleado, pues la racionalidad no significa equiparación, sino que quien es agredido puede defenderse legalmente con cualquier medio que tenga a su alcance (Sala Tercera Penal, 1-F, 1982).

* * *