

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



## LEGITIMA DEFENSA Y DEFENSA PUTATIVA

*Lic. Freddy Gmo. Segura Salazar*

### DEFENSA PUTATIVA

#### PLANTEAMIENTO DEL TEMA:

La presente disertación (\*) tiene como objetivo fundamental determinar en qué consiste la defensa putativa, cuál es su campo de análisis tanto doctrinal como jurisprudencial, es decir, si debe considerarse como causa de justificación o causa de inculpabilidad, o sea su ubicación dentro de la teoría del delito y la legislación costarricense.

Para tal fin, se hace un análisis del fundamento de las causas de justificación y en particular

de la legítima defensa, pues precisamente de ella se derivan la defensa putativa o conforme a la doctrina tradicional, la legítima defensa putativa.

Asimismo se analizan las causas de exculpación en general, su fundamento y en particular el error, sea de hecho o de derecho.

Con ese marco teórico, se pretende definir en qué consiste la defensa putativa, cuál es su ubicación dentro de la doctrina, la legislación y su campo de acción en la jurisprudencia costarricense.

### CAUSAS DE JUSTIFICACION

#### CONCEPTO Y NATURALEZA:

Se denominan causas de justificación aquellas que excluyen, borran, eliminan la antijuridicidad de la conducta humana, desde un punto de vista objetivo. En ese sentido Ricardo Núñez, afirma que son "esas circunstancias particulares que transforman el hecho jurídicamente perjudicial por ofender un interés prevaleciente, en un hecho be-

neficioso, porque a costa del daño que ocasiona se resguarda otro interés más valioso que el de evitar ese daño" (1). Mientras que para la doctrina finalista son "disposiciones permisivas que impiden que la norma abstracta (general) se convierta en deber jurídico concreto y que permiten por eso, la realización típica" (2). Es decir, que son determinados actos que el Derecho prevé o permite para

(\*) N. DE A: La charla sobre el tema, constituye el trabajo de incorporación al Centro de Estudios Jurídicos J. Francisco Chaverri Rodríguez, formado por un valioso grupo de juristas nacionales, que se reúne los días lunes de cada semana en el Colegio de Abogados, para discutir temas de interés jurídico nacional.

(1) Núñez, Ricardo C.: "Derecho Penal Argentino", Tomo I, parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, pág. 308.

(2) Véase entre otros: Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán y Derecho Penal*, parte General y Zaffaronni, Eugenio: *Manual de Derecho Penal*, parte general.

la realización de sus fines, que precisamente por ello tienen la virtud de hacer desaparecer la antijuridicidad del hecho, de modo tal que aún cuando la acción es típica, le falta uno de sus elementos más importantes la antijuridicidad, entiéndese por tal, el resultado del juicio valorativo de naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre la conducta típica y la norma jurídica reconocida por el Estado. Es importante determinar esa adecuación entre conducta y resultado, a fin de establecer si es acorde con el tipo penal descrito, porque precisamente la antijuridicidad exige que la acción sea acorde con el tipo penal y en consecuencia contrario al ordenamiento jurídico en su totalidad, en cuanto este señala cuáles son los principios generales. Así por ejemplo la Constitución Política establece el principio general: la vida humana es inviolable, mientras que el Código Penal establece concretamente la conducta: "...el que matare a otro", con lo cual cada persona para ser sancionado, debe adecuar su conducta a la norma descrita, violando así el orden jurídico, en su conjunto, mediante la realización del tipo. En suma, las causas de justificación son actos realizados conforme al derecho, pues únicamente puede hablarse de ella, en tanto que el acto realizado se encuadre en una figura penal y además que reúna los requisitos establecidos en la causa de justificación, por ende, es un acto justo, ajustado a derecho. En ese sentido Soler afirma: "un hecho solo del derecho puede recibir justificación" (3). Esas conductas lícitas que el ordenamiento jurídico prevé de una manera objetiva, son acciones conforme al derecho, excluyendo el injusto penal que se deriva de la tipicidad y la antijuridicidad y teniendo como efecto que también se excluye además la obligación de resarcir civilmente el daño.

Las fuentes de justificación son dos: la ley y la necesidad: en cuanto a la primera no puede negarse que quien actúa conforme a la ley, en cumplimiento de lo prescrito por el derecho, no puede realizar de manera alguna un acto que se considere antijurídico (ej. ejercicio legítimo de un derecho, cumplimiento de la ley). Mientras que la necesi-

dad no puede considerarse por sí y ante sí, una fuente autónoma de justificación, sino en tanto que esa necesidad es reconocida por el derecho, en tanto que esa opción, ya sea por la preponderancia de intereses en que se actúa, ya sea mediante la colindancia de intereses, en cualesquiera forma, la misma ha sido previamente reconocida por el Ordenamiento Jurídico y por ende no le es extraña, sino que es una conducta permisiva, que debe reunir los requisitos establecidos en el fundamento de la justificación (legítima defensa y estado de necesidad). De ahí que como afirma Graf Zu Dohna: "una acción jurídicamente impuesta no puede, al mismo tiempo ser jurídicamente prohibida, ni tampoco una acción jurídicamente permitida no puede ser al mismo tiempo prohibida por el derecho" (4). Ahora bien, estas causas de justificación son de índole objetivo y su análisis debe realizarse exclusivamente sobre el comportamiento extremo del individuo, con estricto apego al acto realizado.

Dentro de las causas de justificación tenemos:

- a. cumplimiento de la ley,
- b. ejercicio legítimo de un derecho,
- c. consentimiento del derecho habiente,
- d. estado de necesidad, y;
- e. legítima defensa.

## LEGITIMA DEFENSA

**CONCEPTO:** La legítima defensa, que es la causa de justificación más antigua, por ello, no es extraña la frase de Geib que dice que "la legítima defensa no tiene historia", ha sido definida por todos los autores, pero sin embargo, es la conceptualización de Jiménez de Asúa la que me parece más acertada. Este autor afirma: "repulsa de la agresión ilegítima, actual e inminente por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirle o repelerla" (5). En esta definición, se

(3) Soler Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1976, pág. 314.

(4) Graf Zu Dohna, Alexander: *"La estructura de la teoría del delito"* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

(5) Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, 3 edición, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, 1965, pág. 26.



establece con claridad cuál es la extensión y condiciones que debe contener tanto la agresión como la defensa, a las que nos referiremos al analizar los elementos de esta figura. Soler por su parte afirma que la "reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada" (6). Por su parte, Zaffaroni dice: "es una afirmación del derecho. Nadie está 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" (7).

### NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURIDICO:

La doctrina considera la legítima defensa como un verdadero estado de necesidad, en el cual, una persona se ve agredida ilegítimamente, poniendo en peligro los bienes jurídicos que le son propios, por lo que ante esa situación, el Estado le da al individuo la posibilidad de defenderse ante el ataque de que está siendo objeto, bien porque el derecho no puede obligar a nadie a tolerar la ofensa o violación a su derecho, bien por la colindancia de interés, bien por la preponderancia de intereses jurídicos que el derecho da. En este último supuesto la lesión al bien jurídico solamente puede evitarse mediante la lesión de otro bien jurídico, aunque debe existir proporcionalidad entre el bien jurídico atacado y el defendido, porque no es posible, como lo afirma Mezguer, en un caso práctico, que una persona inválida que tiene un frutal, pueda dispararle a un menor que está sustrayendo frutas, porque si bien existe la violación o quebranto de una norma jurídica, también es cierto que no existe proporción necesaria para matar al menor. Es evidente que la legítima defensa, debe ser estudiada como causa de justificación (que excluye la antijuridicidad), en contra de las tesis sostenidas que ven la legítima defensa como una excusa o sea como motivo de inimputabilidad (Kant) o como mera colisión de intereses (Von Buró que afirma que entre dos intereses que están en colisión y en conflicto, de tal modo que uno no puede ser conservado sin la destrucción del otro,

el Estado sacrificará el menos importante). A ese respecto cabe destacar que el que se defiende ejercita, como ha quedado dicho, un acto justo y conforme a derecho, en base a la preponderancia del interés jurídicamente atacado, aunque ambos bienes: sean de igual jerarquía, la vida en la agresión donde resulta muerta una persona al ejercitar la defensa. Ello constituye fundamentalmente la crisis de la tesis de la colisión de intereses, en los cuales siempre debe existir un bien jurídico de mayor jerarquía que el otro.

Del carácter objetivo que contiene la defensa legítima, como causa de justificación que es, se derivan tres consecuencias que son anotadas por Díaz Palos y Jiménez de Asúa en idéntica forma: "a) no cabe la defensa contra el que a su vez se defiende legítimamente, esto es, no puede hablarse de legítima defensa recíproca, b) como causa de justificación que es, ampara a todos los partícipes en ella, posibilitando la legítima defensa de un tercero; c) al no haber antijuridicidad no puede haber responsabilidad civil alguna" (8).

### BIENES DEFENDIBLES:

Conforme a la doctrina y la legislación nacional, cualquier bien jurídico puede ser defendido mediante la legítima defensa, pues aún cuando en los primeros tiempos fue entendida referida única y exclusivamente a la integridad personal, en la actualidad, pueden ser objeto de defensa, toda clase de bienes jurídicos, como por ejemplo: la vida, la propiedad, el honor o el patrimonio.

### SUJETOS:

**Activo:** puede ser cualquier persona humana. Todo sujeto, con independencia de su capacidad o imputabilidad, aún el menor o el enfermo mental puede ser sujeto de la defensa, porque aún en estos casos, la persona puede ser atacada o agredida y por ende, se hace necesario la defensa. Ahora bien, si existiere exceso en la defensa o la creencia errónea en tratándose de un menor o de un incapaz, una vez realizado el juicio crítico

(6) Soler Sebastián, *op cit.*, pág. 344.

(7) Zaffaroni, Eugenio, *op. cit.*, pág. 419.

(8) Ver obras citadas de dichos autores.

de antijuridicidad, el autor de tal acto se ubicará dentro de las causas de inimputabilidad, (en razón de edad o capacidad mental), con lo que su acto sería antijurídico, pero no culpable. No puede considerarse sujeto activo de una legítima defensa, una persona jurídica representada por su apoderado, pues éstas aún cuando pueden sufrir la lesión, no pueden defenderse y en todo caso ello se referirá no a una defensa propia, sino a la defensa de un tercero.

**SUJETO PASIVO:** Cualquier persona humana que realice la agresión, puede ser sujeto pasivo, incluyendo como ha quedado dicho, al menor, al ebrio o al enfermo mental.

### REQUISITOS:

La legítima defensa, contiene dos requisitos esenciales que se encuentran previstos en el artículo 28 del Código Penal, a saber:

**a. AGRESION:** Jiménez de Asúa dice: "es el acto con el que el agente tiene a poner en peligro o lesionar un interés jurídicamente tutelado" (9). Asimismo Fontán Balestra dice: "es la amenaza actual o inminente para un bien jurídico" (10). De tales definiciones pueden derivarse algunas consideraciones:

1. Existe agresión aún cuando la misma solamente represente un peligro para los bienes jurídicos y no solamente cuando la agresión es actual.
2. Solamente puede referirse a la violación o presunta violación de un bien jurídico, pero con un carácter actual; no puede considerarse incluida en ella la amenaza verbal, lo que sería aceptar la posibilidad de defensa de un peligro de peligro.
3. La agresión tiene que ser ilegítima, pues a contrario sensu cuando la misma es legítima, por ejemplo, el funcionario judicial que realiza un embargo, la policía que practica un allanamiento o una detención, en estos casos, al no ser la agresión ilegítima no puede estarse en presencia de esta justificante.

4. Si la agresión consiste en un hecho pasado, futuro o incierto no existirá la legítima defensa, pues en ese evento, tal hecho podría considerarse abusivo o de venganza, por carecer el ataque de la inminencia necesaria.

5. La agresión debe ser real, debe existir objetivamente dentro del plano de los fenómenos del mundo, con realidad física y no puramente imaginada, porque lo contrario sería caer en la defensa putativa.

**b. DEFENSA:** La defensa es justamente la repulsa contra la agresión que se sufre y será el complemento para considerar la legítima defensa, cuando reúne ciertas condiciones a saber:

1. Debe existir un ánimo de defensa en la persona que la utiliza, no se puede estimar que exista en el caso de que A ve a B su enemigo que viene en su busca armado y entonces A decide darle muerte; porque como ha quedado dicho, es necesario que de parte del sujeto activo exista esa intención de defenderse. Ahora bien, dicho ánimo es indispensable que exista, aunque puede concurrir con otro, pues solamente se invalida la legítima defensa cuando el ánimo es ilegítimo.
2. La defensa debe ser necesaria, porque cuando dicha necesidad no existe, tampoco existe la defensa que se opone a la agresión o no es al menos justificada.
3. La necesidad debe ser considerada en forma relativa y no absoluta, en el tanto que no existen otros medios posibles de salvación. La ley no obliga a la fuga, aunque puede considerarse un medio de salvación en muchos casos e inclusive, nadie puede afirmar que huir puede hacer cesar la agresión, pues en el caso de un ebrio, ello es perfectamente factible, pero no en el caso de un enfermo mental o de un enemigo, que puede sentir más bien furor por la huida.
4. Como afirma Jiménez de Asúa, la necesidad no es imposibilidad de usar otros medios, sino necesidad de usar otros cuando fueran eficaces.

(9) Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, pág. 160.

(10) Fontán Balestra, Carlos: "Derecho Penal", 9 edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 288.



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, a la entidad del bien jurídico que directamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción.

5. La defensa ha de ser racional al ataque, entendiéndose por tal, que sea racionalmente proporcionada a la amenaza que la agresión entraña.

6. Que tal racionalidad debe ser valorada en cada caso concreto, en forma individual y objetiva del hombre, en el momento preciso en que es agredido.

7. La defensa debe ser necesariamente la respuesta a una agresión ilegítima, inminente y actual, no a una agresión buscada previamente por el individuo que quiere defenderse, es lo que se llama pretexto de legítima defensa, por lo que se hace necesario que exista realmente el ánimo de defensa de parte del sujeto activo.

#### **LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD: EL ERROR FUNDAMENTO DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD:**

La culpabilidad en nuestro derecho penal, se encuentra prevista como otro elemento de la definición del delito y manifestado principalmente en el dolo (intención directa o eventual) o en la culpa en cualesquiera de sus modalidades (imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes y reglamentos) o en su modalidad de preterintención, que se produce por un inicio de acción dolosa y un resultado culposo no querido por el agente (teoría mixta). Ahora bien, existen ciertas circunstancias en las cuales no existe la culpabilidad, así por ejemplo el caso fortuito o fuerza mayor, considerado el límite interior de la culpa. Una vez delimitados someramente los alcances y límites de la culpabilidad, existen ciertas circunstancias que pese a que la acción se ha considerado típica y antijurídica, no puede hacerse el juicio de reproche al individuo, por ende no puede ser declarado culpable. A estas se les ha denominado causas de inculpabilidad, causas de exculpación o

causas de exclusión de la culpabilidad y pertenecen a estas el error, la coacción y la osedencia debida. Estas causas son de índole subjetiva, personal e intransitivas. Su fundamento radica en que el acto realizado ha sido anormal o irregularmente motivado, ora porque el agente creía erróneamente de modo invencible que actuaba conforme a derecho, cuando en verdad no era así, ora porque el sujeto se vio obligado a obrar de manera antijurídica (coacción).

#### **ERROR:**

El error significa de una manera simplista, una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto, es un estado positivo, es decir un conocimiento falso de la realidad. Es decir, supone como afirma Soler la presencia de nociones falsas, equivocadas o disparatadas. El error se ha diferenciado precisamente de la ignorancia en que en esta última simplemente no se conoce, falta absolutamente el conocimiento, la representación y la falta de noción. Aún cuando como afirma Jiménez de Asúa, no existen razones de índole práctica para tal diferencia.

#### **ERROR DE HECHO Y DE DERECHO:**

El error de hecho versa sobre hechos jurídicos, es decir sobre las condiciones exigidas en cada caso para la aplicación de una regla jurídica mientras que el error de derecho recae sobre una regla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo. El error de hecho, es que impide al sujeto activo lograr la representación real del acontecimiento, se refiere a la representación de las características objetivas esenciales sin atender a su significado jurídico, es decir, estrictamente fácticas, que han de hallarse en correspondencia con el núcleo o las exigencias determinantes al objeto o los sujetos expresado en el tipo penal. Por lo que se ha considerado que es un error que incide sobre la materialidad del hecho ejecutado. "El error sobre el hecho es el error que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la adecuación del hecho que ejecuta al hecho abstractamente formulado en el precepto legal". (Vannini, citado por Jiménez de Asúa) (11). Mientras que el error de derecho se da cuando el sujeto

(11) Jiménez de Asúa, *op cit.*

conociendo las características de hecho del acto que ejecuta, desconoce la obligación de respetar la norma por ignorancia de la antijuridicidad de su conducta, basada en el desconocimiento de la ley penal que prohíbe o que ordena obrar o sin ignorarla absolutamente solo tiene de ella noticia imperfecta que le conduce a una apreciación falsa. Ambos institutos error de hecho o error de derecho, tienen los mismos efectos: eliminar la culpabilidad, ya sea el efecto más frecuente o bien trasladar del dolo a la culpa cuando era un error vencible. Con posterioridad surge la tesis de Bindign que pretende unificar ambos institutos en uno solo: hechos con significación jurídica por ende, aunque el que no produzca modificación alguna en el derecho no debe tomarse en cuenta.

#### **ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICION:**

La nomenclatura tradicional, ha sido sustituida por la doctrina en error de tipo y error de prohibición, asimilándolo a los errores de hecho y de derecho respectivamente. Ahora bien, tal similitud, solamente es inicial, porque existen casos en los cuales el error de prohibición debe ser considerado como un auténtico error de hecho. Ahora bien, Welzel, afirma que el error de tipo es un error sobre las circunstancias objetivas del hecho de tipo penal y tiene la virtud de excluir el dolo de la realización típica, mientras que el error de prohibición consiste no en la falta de representación del

hecho, sino también en la falta de representación de la antijuridicidad y excluye la culpabilidad (12). Este error, permite cuando es invencible, elimina la culpabilidad pero si es vencible elimina el dolo para caer en la culpa. Para Maurach, este error puede contener tres formas: "1.—desconocimiento del mandato general de la norma; 2.—como error sobre las excepciones de la norma (cree estar autorizado para obrar) y 3.—falta de fuerza determinante en la norma" (13).

#### **CLASES DE ERROR:**

**ESENCIAL:** Cuando versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva, sobre una circunstancia agravante de la calificación o sobre la antijuridicidad del hecho y **ACCIDENTAL** cuando versa sobre circunstancias que rodean el hecho, pero que no modifican su esencia o calificación (error en persona o en objeto).

**INVENCIBLE O VENCIBLE:** Es invencible cuando no puede atribuírsele a título de negligencia, mientras que el vencible sí. Es decir, que el primero se hubiera podido evitar obrando el sujeto con la diligencia exigible, dadas las personales circunstancias, mientras que el primero era inevitable aún obrando con la máxima diligencia. Precisamente cuando el error es esencial y vencible desaparece el dolo, aunque subsiste la culpa.

## **DEFENSA PUTATIVA**

#### **CONCEPTO:**

Por defensa putativa, se entiende la creencia errónea del autor de que se dan los presupuestos objetivos de la legítima defensa. Se da cuando el sujeto cree estar siendo objeto de una agresión que realmente no existe, habida cuenta que la agresión no es real sino imaginada.

#### **UBICACION:**

La defensa putativa se deriva de la legítima defensa. Esta contiene como requisitos la agresión ilegítima actual o inminente susceptible de poner en peligro o lesionar a un bien jurídicamente tutelado. Mientras que en aquella solo existe la apariencia de la agresión, que en concepto del supues-

(12) Welzel, Hans, *op. cit.*, pág. 13.

(13) Maurach, citado por Graf Zu Dohnna, *op. cit.*, págs. 79 y ss.



to agredido interfiere en un derecho subjetivo propio o de un tercero. Con base en esos hechos, se hace importante fijar su ubicación, es decir, si realmente debe ser considerada una causa de justificación o de inculpabilidad. Así Battaglini considera que en la legítima defensa putativa, cuando se produce la agresión con un arma de fuego, nos encontramos en presencia de una legítima defensa, porque "el Juez debe tener en cuenta el aspecto objetivo de la cosa en el momento del hecho y admitir la legitimidad verdadera y real siempre que objetivamente se haya presentado una situación de peligro, como el que amenaza con una arma de fuego descargada. Pues para él, lo que debe subsistir es la existencia del peligro, no su subsistencia real, en cuyo caso no existe defensa putativa, sino legítima defensa.

En ese sentido, es interesante la definición de defensa putativa que nos da Maggiore: "si creo por error y sin culpa de mi parte que corro un peligro actual que es necesario defenderme, tengo derecho a invocar la causa justificativa de legítima defensa, aunque efectivamente la necesidad no existiera. Tal es el caso de la llamada legítima defensa putativa. Si procedo por culpa, seré eventualmente responsable del delito culposo. En ese mismo sentido, citada por Maggiore, la Casación Penal italiana dijo: "la legítima defensa putativa, cuando la hubiere, equivale a la real" Casación, sección 2, 31 enero de 1941, en *Giustizia Penal* (14). Aún así, la mayor parte de la doctrina, se ha inclinado por lo que a mí parecer constituye la tesis correcta: la defensa putativa constituye una causa de inculpabilidad, es decir una eximente putativa y no justificante putativa como afirma la teoría alemana. Como tal, ha de ser estudiada en nuestro ordenamiento jurídico, pues en el párrafo 2 del artículo 34 del Código Penal, se establece como tal. La defensa putativa, debe ser estudiada como un error de hecho y no como un error de derecho, pues precisamente incide sobre los extremos fácticos, haciendo pensar al sujeto activo que se está ante la presencia de una agresión real. La diferencia de enfoque se encuentra precisamente en que mientras la legítima defensa, debe ser estudiada objetivamente, en forma individual

para caso concreto, como todas las causas de justificación, pues su análisis incide sobre la antijuridicidad del hecho, la defensa putativa, constituye una causa de inculpabilidad, que se fundamenta en el plano subjetivo. La doctrina asimila la defensa putativa con el error en la doctrina alemana (Welzel y Maurach) sería un error de prohibición, mientras que con fundamento en el Código Penal de Costa Rica, se asimila al error de hecho; en ese sentido Núñez afirma: La sola creencia del autor de que obra para impedir o repeler una agresión que en realidad no existe, basta para darle el carácter de defensivo. No solo lleva la mano al bolsillo del saco, como para sacar armas, sino desde el bolsillo lo apunta como si tuviera revólver (15). Puig Peña, afirma: "el sujeto cree que se encuentra en una situación de defensa, pero este supuesto desplaza la cuestión pues estaríamos en presencia de un caso de error" (16). Welzel al referirse a ella dice: "si el autor supone erróneamente que se dan los supuestos de la legítima defensa —sea que suponga erróneamente que se dan los presupuestos objetivos de la legítima defensa o la antijuridicidad de la agresión— el hecho será antijurídico (17).

Considero que la defensa putativa debe ser analizada, como ha quedado dicho, como un error de prohibición (error en las causas de justificación) que con base en nuestra terminología como error de hecho, pues incide sobre la creencia errónea que el sujeto se encuentra ante una situación de agresión ilegítima, inminente o actual y que se hace necesaria la defensa racional y proporcionada, la cual no es real sino simulada. Esta concepción, elimina la terminología simplista que pretende equiparar al error de prohibición con el error de derecho y al error de tipo con el error de hecho.

Así analizada, el error para que surta efectos jurídicos debe ser un error esencial, ya sea vencible o invencible; pues depende de si el autor con un obrar cuidadoso hubiere podido evitar la acción (vencible) en cuyo evento desaparece el dolo pero queda subsistente la culpa, como ocurre en el mayor número de casos o si es invencible o sea que no se hubiera podido evitar aún actuando con mayor diligencia, en cuyo caso se elimina la culpa-

(14) Maggiore, Giuseppe: "*Derecho Penal*" Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, 1971, pág. 412.

(15) Núñez Ricardo, *op cit.* pág. 378.

(16) Puig Peña, Federico: "*Derecho Penal*", parte general, tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 57.

(17) Welzel, Hans, *op. cit.*, pág. 129.



bilidad. En ese sentido Díaz Palos afirma: "la invencibilidad del error en la defensa putativa da paso a la inculpabilidad, la vencibilidad del error sobre cualquiera de los requisitos de la agresión o la defensa genera culpa" (18).

De lo expuesto deben derivarse algunas consecuencias:

- a. La defensa putativa, en cuanto el agente considera que se encuentra ante una agresión imaginada, puede hacer surgir para la persona que sufre la defensa ante ese ataque imaginado, una legítima defensa, en el tanto que estaría sufriendo una agresión ilegítima y actual.
- b. En virtud de ella, al autor puede hacerse únicamente el juicio de reproche por delito culposo, cuando subsiste esta modalidad o bien, se elimina la culpabilidad del hecho.
- c. La responsabilidad civil queda vigente, aunque la responsabilidad penal no exista.
- d. Solamente ampara al sujeto que se encuentra ante una agresión imaginada no ampara a los partícipes del hecho, únicamente en cuanto los cobija la misma situación o error.

En nuestro país, la jurisprudencia no ha aceptado la defensa putativa, pues mientras que la ha considerado como legítima defensa acogiendo la tesis de Battaglini, cuando ha dicho: "se ha admitido que en casos especiales y debidamente analizadas las circunstancias antecedentes y concomitantes en que la actitud del ofendido puede haber dado al procesado la impresión de un ataque peligroso para su seguridad personal, es dable a los jueces conceder la eximente de legítima defensa del procesado" (19). "el riesgo o peligro tal como se ha presentado a los ojos y a la imaginación del

agente del hecho es lo que constituye el estado de legítima defensa, hay que respetar pues hasta el terror del ofendido, su debilidad y cualesquiera otras circunstancias naturales y legítima que lo hayan precipitado a defenderse" (20). Lo ha considerado también como causa de atenuación de la pena: "la legítima defensa puede ser incompleta cuando solamente existe alguna o algunas de las circunstancias que la ley exige caso en el cual no es eximente sino atenuante" (21). Y por último la jurisprudencia ha mantenido en forma constante la tesis de que si no hay agresión actual o inminente no puede existir legítima defensa, pues es indispensable la acción que revista las características de un ataque actual o inminente capaz de crear una situación de peligro, véase entre otras: "no se ha producido la situación de riesgo efectivo para un indiciado, característica de la legítima defensa, si las heridas que este proporcionó se produjeron cuando el lesionado no lo estaba agrediendo en forma alguna y si fuera cierto que lo hirió por sospecha de que se iba a abalanzar contra él, ese temor no puede tenerse por justificado si el agraviado ni hizo siquiera ademán de acometerlo, que diera pábulo a tal creencia" (22). Lo anterior, se denota del estudio de la jurisprudencia, que parte de ese extremo, dada la dificultad probatoria que tiene la misma y que su aceptación, pura y simple puede desequilibrar el ordenamiento jurídico, pues siendo la defensa putativa de índole subjetiva, ello implica que la generalidad de las personas, ante esos hechos, trate de evitar el juicio de reproche, alegando que se consideró injustamente agredido y que debía defenderse, por lo que su aceptación debe hacerse de una manera científica, metódica y exhaustiva, analizando cada caso concreto de manera individual, a fin de determinar la versión subjetiva con las circunstancias objetivas que rodean el hecho, a fin de determinar si nos encontramos ante esta eximente.

(18) Díaz Palos, *op. cit.*, pág. 82.

(19) Véase Casación número 81 de 1962. Murillo Alfaro vs. González Arias, I semestre, I tomo Colección, pág. 250.

(20) Véase Casación de las 16 horas del 3 de octubre de 1950, segundo tomo, pág. 1030.

(21) Véase Casación número 18 de 1958, I semestre, I tomo, pág. 357.

(22) Véase entre otras Casación 27 de 1952, I semestre tomo único, pág. 274; Casación 29 de 1968, I semestre, I tomo, pág. 497 y Casación de las diez horas del 14 de julio de 1977 de la Sala Segunda Penal, número 43-F.