

EL ERROR Y LA DEFENSA PUTATIVA

Por R. DARIO RESTREPO LONDOÑO

PREAMBULO

Qué se entiende en Derecho Penal por **conducta**?

El primer requisito exigible para la configuración del delito es el acto que lo convirtió de idea en realidad perceptible como dañosa o perturbadora del orden jurídico. Esa acción o actividad, en el lenguaje común de los escritores de esta ciencia, se traduce por la expresión "conducta humana". Algunos tratadistas alemanes llegan a declarar que "lo único que interesa al jurista es la conducta humana valorizada por el Derecho". (1)

Es que el Derecho tiene que matricular dentro de sus normas la exigibilidad de esa conducta, de esa determinación, mejor dicho, para estructurar el tipo del delito, porque sin acción, positiva o negativa, no puede haber violación de la norma legal, que es lo que constituye el hecho delictuoso. (2)

Consecuente con estas ideas algún autor, dice que para la consideración sociológico-criminal que trata de entender el delito, primero que todo como un accidente o fenómeno del cuerpo social, no obstante, el delito continúa siendo al unísono, un acontecimiento en la vida del **singular** individuo. Ese análisis singular que exige de la personalidad no es otra cosa que el reconocimiento de un modo de operar de la personalidad en el "momento" delictual. (3)

Antes de entrar en la definición del delito, los satélites de la nueva corriente de la tipicidad, bajo la batuta del gigante del de-

(1)—Rashbaud, "Filosofía del Derecho" y Roldschmidt, "Metodología Jurídica".

(2)—Para Meager, si bien la acción o la omisión se relacionan con conceptos diversos, no son sino manifestaciones también diversas de la conducta.

(3)—Exner de modo maestro ha logrado la unión de la investigación individual psicológica con la investigación sociológica en un programa de monografías criminalistas dirigidas por él y en sus conferencias sobre la criminalidad de la guerra.

cho penal alemán, Carlos Binding, sienta este hecho incuestionable como fundamento para sus posteriores exposiciones: "El delito, en primer término, es una conducta humana". Dentro de esta fórmula amplia, por demás, de la "conducta humana" se encierran tanto los hechos o movimientos físicos, como los hechos psíquicos, aquella gama de fenómenos que en la mente del sujeto activo se mueven en la época predelictual. De esta manera se considera la "conducta humana" como el fundamento primero, la columna central de toda la teoría del delito.

"La conducta" se transparenta en el Derecho Penal ora como un obrar positivo, como una acción muscular, con lo cual se configuran los delitos por acción. Tal acción positiva es la que se necesita para disparar el revólver que produce la muerte, para hendir el puñal o para colocar el veneno que tendrán idénticas consecuencias. En este caso, como lo dice Mezger, hace el autor algo que no debe hacer, infringiendo, por lo mismo, una norma prohibitiva. En el polo opuesto encontramos una inactividad, una inacción, una apatía para practicar deberes inherentes a determinada situación jurídica que sirven de base para la penalidad, estructurándose así los delitos de omisión o delitos negativos. En situaciones jurídicas de esta clase, la imputación que se asigna al sujeto de la omisión es porque no ha hecho algo que debía hacer, violando por tanto, una norma legal.

En las nuevas tendencias del Derecho Penal, ya no es la individualidad humana la única fuente o la única productora del delito. Se ha hecho extensiva la potencialidad delictiva a las sociedades o personas morales, contrariando los ancestrales aforismos romanos de "societas delinquere non potest" y "universitas non delinquant". Contra las concepciones de la ficción propugnadas por Savigny, que ejercieron notable influjo no solo en el Derecho Civil sino también en el Derecho Penal, considerándose como doctrina tradicional en el derecho de las penas la de la incapacidad penal de las personas morales. Pessina decía que solamente en la persona individual se podía encontrar el sujeto del delito, porque sólo en ella se daba el binomio de conciencia y voluntad, base de la imputabilidad. Al frente de esta tesis, Gierke y Aquiles Mestre, parten de la base de que las personas morales poseen una existencia real, pues no son seres ficticios, sino entes dotados de conciencia y voluntad individuales distintas de las de los miembros que las forman, afirmando la íntegra responsabilidad penal de las corporaciones. El segundo de los autores citados dice que si las personas morales se hallan reguladas por el Derecho Comercial, Mercantil, Administrativo, etc., cuál es el extraño sortilegio que extrae sus abusos del Derecho Penal?

Esta última opinión tiene su resonancia práctica en los delitos cometidos por quien tiene la representación de la colectividad. Si un gerente, en su persona representa la empresa y se compromete, la empresa es la responsable de ese compromiso, de la negociación hecha por quien lleva su vocería. Si tal compañía es responsable de un hecho ilícito, sancionado en el Código Penal, por qué se va a escapar a su acción? Por qué se va a diluir su acción penal? No hay una voluntad en la persona moral? Si esa voluntad se aprovecha para los actos que le convienen o que le reporten algún interés pecuniario, comercial o social, por qué no se aprovecha la ley penal de la voluntad delictiva para sancionar el ilícito?

Gierke manifiesta que la pena impuesta a la sociedad excluye toda pena individual para sus miembros; Mestre opina que tal pena colectiva no es comparable con la individual, que deberá recaer sobre cada uno de los miembros integrantes de la corporación que hubiere realizado el hecho. Si no se procediere así, habría campo a la injusticia, pues sería la igualación de inocentes y culpables. (4)

Pessina admite que en las personas morales hay la misma unidad de conciencia que en las personas individuales. Pero solamente cuando hay unidad entre los miembros todos, en cuyo caso ya hay responsabilidad individual porque cada uno quiere lo mismo que los demás en general. En caso de que se presente la división, la responsabilidad no puede extenderse.

Al afirmar el mismo tratadista que la responsabilidad de las personas morales es meramente civil, deja una válvula abierta a la penalidad de estas entidades, pues sólo admite la responsabilidad penal en las antiguas y modernas "societas sceleris". Pero la persona jurídica que se ocupa de negocios comerciales, al proceder dolosamente, abusando de su actividad social, no se convierte en una "societas sceleris"? Es cierto que la constitución de sociedades para delinquir está penada en el Código y es suceptible de posteriores sanciones, pero es el mismo hecho, evidente y posible, por demás, de que sea susceptible de sanción penal la persona jurídica que delinque.

El concepto de que la conducta se presenta en el Derecho Penal como fundamento exclusivo de la teoría delictual, es de tal importancia que representa el soporte físico de todo el sistema. "La conducta humana, dice Mariano Jiménez Huerta, es un concepto esencialmente descriptivo, natural, sin color ni sabor, libre de valorizaciones jurídicas. Y, sobre esta superestructura deberá apoyarse toda la doctrina del delito".

Quedándonos así divisado el amplio panorama que nos ofrece en la ciencia penal este concepto, veremos más adelante como un factor determinante, esa misma conducta, operando en casos de justificación y de inimputabilidad.



EL ERROR

Generalidades.

El Código Penal colombiano en su libro I, capítulo II, "De la Responsabilidad", agrupa diversas causales de inimputabilidad, de justificación y de atenuación de la pena. Entre ellas están estas dos, colocadas en admirable orden lógico, las cuales examinaremos con algún detenimiento: las que se refieren al error o ignorancia como causal de irresponsabilidad y las que se refieren a la defensa legítima como causal de justificación.

(4)—Esta teoría la defienden Adolfo Prins, Von Liszt, Haecker, Lilienthal y Saldaña. En contra de tal responsabilidad están Toux, Ettinger, Alimena, Pessina, Florián, etc.

El Código iguala en sus efectos jurídicos la ignorancia y el error. Si bien es cierto que en la práctica son dos conceptos diametralmente opuestos, pues el error es un conocimiento torcido, falso; al paso que la ignorancia es una negación completa del conocimiento. En el primero hay conocimiento, pero por carecer de las facultades psicológicas necesarias, no se acomoda al conocimiento cierto; en la ignorancia no cabe la noción de conocimiento porque la excluye. En la ignorancia hay una idea reflejada en el conocimiento; en el error hay una idea, pero falsa; una representación errónea de un objeto cierto. El primero es un estado positivo, al paso que la segunda es un estado negativo.

La distinción establecida anteriormente, en la práctica carece de importancia, pues la legislación positiva suele unificar sus efectos como sucede con la mayoría de los códigos modernos, los cuales si de una manera explícita no lo dicen, tienen sus disposiciones que indirectamente lo admiten.

Desde un punto de vista metafísico, la ignorancia y el error son muy distintos entre sí. Pero psicológicamente, Carrara construye su distinción diciendo que "la ignorancia consiste en la ausencia de cualquier noción con respecto a un objeto; el error es una noción falsa acerca de un objeto; la ignorancia es un estado negativo del ánimo, el error un estado positivo". (1) Afirma luego el gran maestro de Pisa que el criminalista no tiene por qué encaminar sus observaciones hacia la ignorancia sino hacia el error.

Los nuevos escritores que siguiendo las huellas de Carrara han desarrollado estos temas, entre los cuales se cuentan Manzini y Florián, están acordes en afirmar que la ignorancia comprende el error; "aquella, dice Manzini, se reduce siempre en sus efectos al error, mientras que todo error deriva de ignorancia".

Un coterráneo del gran maestro, Carnelutti, afirma que la anomalía del juicio puede derivar de un conocimiento incompleto o de falso conocimiento del dato o de la regla: es la diferencia que hay entre no ver y ver mal. Para precisar más, se diría que en el primer caso tiene lugar una diferencia cuantitativa, y en el segundo, cualitativa, pero ya entre la realidad y la representación. En el primer caso no existe en la mente del sujeto ninguno de los elementos que existen en la realidad; en el segundo caso, existen los elementos pero desfigurados. La primera de estas hipótesis se suele llamar ignorancia; en este límite se mantiene la diferencia entre error e ignorancia. La diferencia es primera y esencialmente lógica. (2)

El célebre escritor germano, Carlos Binding, constructor de la gran escuela de la tipicidad, afirma que todo conocimiento falso significa precisamente un no conocimiento, y, a su vez, todo no conocimiento un conocimiento erróneo. Falta, por consiguiente, base para distinguir técnicamente el error y la ignorancia, aunque también es cierto que puede ser razonable emplear de preferencia ya una, ya otra de esas expresiones. (3)

Los últimos tratadistas de Derecho Penal en la Argentina iden-

(1)—Carrara, "Programa de Derecho Criminal". T. I, Pág. 179.

(2)—Francesco Carnelutti, "Teoría General del Delito". Pág. 132.

(3)—Luis Jiménez de Asúa, "El error de Derecho en materia penal".

tifican los efectos de la ignorancia y el error y se niegan a hacer ninguna distinción en la práctica. Von Bar, discrepa de este sentir unánime y dice que "la ignorancia es la falta de toda representación concerniente a una o varias condiciones de un hecho determinado. El error es el remplazo de una representación real por otra que no concuerda con la primera. El error excusa el hecho más que la simple ignorancia, cuando el resultado dañoso proviene de tales circunstancias. En caso de error, el agente está convencido de que el efecto perjudicial no tendrá lugar, mientras en la ignorancia no piensa para nada en su resultado antijurídico". De ahí se infiere, como lo afirma Cuello Calón en su reciente explicación del Código Penal español, que estando excluido el dolo de la ignorancia, con mayor razón lo debe estar el error. Pero según la opinión de ciertos escritores alemanes, el error no excluye el dolo cuando el agente no atribuye su hecho al concepto de delito de que se ha de hacer aplicación. Por ejemplo: alguien roba haciendo violencia a las personas y a las cosas y cree que su acción ilícita es un hurto, cuando en la vida legal es un caso típico y preciso de robo.

Divisiones del error.

Esa comunidad de efectos jurídicos que las modernas legislaciones penales conceden al error y a la ignorancia, como que son negación del dolo pues falta el conocimiento preciso de infringir la ley, pueden ser de hecho o de derecho. El primero nace de un vínculo causal que resulta entre el movimiento del sujeto que ejecuta la acción y el evento, resultante de dicha acción u omisión; el segundo, de la comparación entre el evento previsto y la ley. Cuando la comparación desfavorece al derecho por una deficiente apreciación, surge el error de esta naturaleza. Ambos excusan, pues denotan falta de voluntad con relación al resultado.

Corriente científica que unifica el error de hecho y el error de derecho.

La escuela alemana se encuentra a la cabeza de este movimiento que tiene hondas repercusiones en la vida jurídica de la penalidad.

El hecho cometido siendo el sujeto víctima de error, es contrario a derecho, pero ante su imaginación aparece como un acto corriente, legítimo. Al hombre que haciendo un acto loable de filantropía procura a su amigo enfermo una droga y se confunde con otro medicamento tóxico, el cual produce un efecto contrario, le queda impune su hecho por falta de culpabilidad, aunque el hecho resultante sea antijurídico. La moderna técnica quiere destruir esta distinción entre error de hecho y de derecho, basada en la concepción romana del error, en la cual el de derecho no adquiriría ninguna aplicación práctica, pues se tenía presuntamente establecido que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, al propio tiempo que el error de hecho constituía una fuerte barrera de inculpabilidad.

El criterio general de los tratadistas germanos se unifica al decir que la distinción carece de importancia, postulando a la vez, una teoría unificadora, consecuentes con Savigny, quien decía que el error

de derecho "es un error de hecho, pues siempre resulta de una percepción inmediata de los hechos".

Carrara vislumbró el problema antes que los alemanes. En su "Programa" se lee: "El error recae sobre las relaciones de los propios actos con la ley, tanto si conociéndose la ley, se yerra sobre las condiciones que acompañan al hecho, como si conociéndose bien las condiciones del hecho, se yerra acerca de la existencia de la ley prohibitiva del hecho mismo. De este modo, el error, mirado en orden al objeto sobre el cual recae, puede ser de hecho o de derecho".

Este criterio unificador, más robusto que el propio de los alemanes, pues estableció nexos más sutiles, encierra en cierta forma una primacía del error de hecho sobre el de derecho.

Y tiene que ser así. El error de derecho, en muchísimas circunstancias, permanece indiferente al operar sobre la suerte de quien padece o está por padecer una pena, ya que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, estando como está consagrada por todas las legislaciones modernas la presunción de que todo el mundo conoce la ley, presunción esta de un grandísimo alcance social y con profundos cimientos de orden público.

Continuaremos exponiendo someramente las bases de la teoría alemana sobre la unificación de los errores. Franz von Liszt apunta: "No tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error, que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto por la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre el error de hecho y el error de derecho no encuentra fundamento en la ley. Y es completamente erróneo distinguir, además, dentro del error de derecho, el error referente a las reglas del Derecho Penal, del error relativo a otras reglas jurídicas, y colocar este último —es decir, el error de derecho extrapenal— en el mismo plano que el error de hecho... Esta distinción fracasa ya, puesto que no hay conceptos jurídico-penales, el Derecho Penal como derecho protector toma más bien sus conceptos de las restantes ramas jurídicas". (4)

Es Carlos Binding quien le ha dedicado más atención al problema y con más argumentos y más poder convincente ha desarrollado esta teoría de unificación. Critica la teoría errónea que en todos los tiempos ha aportado la dogmática jurídica en desconocimiento e imprecisión de la doctrina del error, complicando sus argumentos. Cree que para abarcar el problema con visión clara, el punto de partida ha de ser el de considerar no acertada y sí muy falsa la división general, hecha ley por el "Strafgesetzbuch für der Deutsche Reich" en error de hecho y error de derecho, proclamando que la supuesta eficacia distinta de estas dos pretendidas clases de error, contradice todo sentimiento justiciero. Razona así: Conocimiento falso, erróneo, puede tenerse sólo sobre aquello que puede ser conocido. Para el primer estadio, es decir de lo que puede ser conocido, existe una sola palabra: hechos. Únicamente los hechos se pueden conocer y sobre ellos se puede equivocar. "Es evidente que un error con relevancia para el derecho sólo puede estribar en un hecho de trascendencia jurídica". Los hechos o acontecimientos que no tengan alguna importancia en la vida jurídica

(4)—Franz Von Liszt, "Tratado de Derecho Penal". Tomo II.

no tienen oficio en esta cuestión, siendo indiferente que en la psiquis del hombre se cultive una idea equivocada. Eso no trasciende al Derecho, luego queda fuera de su órbita normalizadora. Estos hechos los llama el autor alemán "hechos desnudos" para poder afirmar que tales hechos no operan en el derecho. Hay otros hechos que él llama "hechos jurídicos significativos" los cuales son los preceptos jurídicos de todo género, de carácter general como de excepción, las normas permisivas, disposiciones afirmativas y negativas, como también toda clase de obligaciones y derechos y con todas sus características. La equivocada apreciación sobre un precepto jurídico o sobre su existencia, de la misma manera que el error sobre un determinado delito y sus consecuencias, sobre la existencia de determinada norma legal, no son más que "errores sobre hechos jurídicamente relevantes", expresión que usa para calificar lo que en el campo jurídico es error. De lo anterior concluye la imposibilidad de sustentar dogmáticamente la división del "error jurídicamente relevante", en error de hecho y de derecho, puesto que todo error de la clase general es necesariamente de derecho y un error "relevante" sobre "hechos desnudos" no puede considerarse. (5)

Finger (6) escribió: "Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el Derecho y comportarse en consonancia con éste, y que el Derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos conocidos, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cual sea el elemento en que el error se funde. Agréguese a ello que es imposible una distinción suficiente entre el error de derecho y el error de hecho, por cuanto el derecho, en sus disposiciones se refiere a hechos y con ello transforma las cuestiones de hecho en cuestiones de Derecho".

Von Hippel, sobre este mismo problema, afirma que el error de hecho es no sólo error sobre los hechos sino una especie de mala apreciación de las características del tipo y el error sobre la antijuridicidad. Pero la palabra o expresión "error de hecho" conduce fácilmente a la representación de que necesariamente debe tratarse aquí de un error sobre los hechos. Esto es completamente desacertado. No excluye el dolo el error sobre los hechos, sino, según las expresiones del precepto legal, el desconocimiento de "las situaciones de hecho que pertenecen al tipo legal o que aumentan la penalidad"; es decir, el desconocimiento de las características del tipo que fundamenta y eleva la pena. Y esto no es una redacción casual, sino la consecuencia lógica de la esencia del dolo como ejecución querida del tipo de delito. En algunos casos en que el Código alemán usa conceptos jurídicos en tipos concretos de delito, "la penalidad del acto se basa sobre la apreciación jurídica correcta de esa particularidad. Puesto que entonces el concepto jurídico es una característica del tipo, como cualquier otra y el error sobre ella excluye el dolo". Posteriormente vuelve a decir que "el error de hecho se refiere, pues, al error sobre las características del tipo, igual si es de especie fáctica que

(5)—Luis Jiménez de Asúa, "Problemas de Derecho Penal". Buenos Aires, 1944.

(6)—Luis Jiménez de Asúa, "Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal". Buenos Aires, 1942.

jurídica, y el "error de derecho", al error sobre la prohibición jurídica del tipo dolosamente ejecutado (7).

En la Argentina, el profesor José Faco, al presentar el proyecto de reforma del Código Penal, dice: "Barrer todo distinción entre error de hecho y de derecho. Si bien los postulados de la defensa social llevan a la obligatoriedad de la ley penal, sin parar mientes en la ignorancia de la misma, no es menos cierto que la peligrosidad es nula cuando el autor de un delito por ausencia prolongada, enfermedad grave o condición de extranjero revela plena buena fe..."

El error en la ley colombiana.

Conforme al criterio expuesto por los autores atrás nombrados, todo error, tanto de hecho como de derecho, cuando demuestre su naturaleza sin que pueda ser vulnerada por ningún aspecto, es decir, cuando haya plena comprobación de que el acto consecuencia del error fue cometido por una apreciación equivocada de las circunstancias o de la norma, o lo que es lo mismo, que no procede de culpa, constituye causa plena de inculpabilidad.

Otro fenómeno bien diverso sucede, si por ejemplo, el error es "vencible" y no fue vencido por culpa o negligencia del sujeto activo del delito. No aparece por parte alguna el dolo pero queda en vigor la culpa, único asidero para castigar el hecho.

El profesor Jiménez de Asúa sugiere que se puede unificar el efecto penal de los errores, apreciando las circunstancias personales del sujeto ante el conocimiento de la ley, lo que crearía innumerables problemas en la hermenéutica de la legislación punitiva.

Pero al tenor del ordinal 2º del Art. 23 de nuestro Código Penal, que Jiménez critica con benevolencia por estar entre las disposiciones correctas en las nuevas legislaciones penales del mundo, el problema es bien diferente. La legislación colombiana admite la ignorancia de la ley penal, después de admitir una "ignorancia invencible". Pero esa ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal tiene que depender de fuerza mayor para que sea causal de irresponsabilidad.

"También es, hasta cierto punto, indiferente el origen del error, en cuanto se trate de falsa percepción o de falsa valoración" (8). El artículo 47 del Código Penal italiano dispone que "el error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del agente". Lo mismo es el error sobre el hecho, la falsa percepción que nos hace ver el objeto diferente y que no permite hacer uso de la regla de experiencia necesaria para definirlo, "que la falsa valoración fundada sobre el defecto de conocimiento de aquella regla". Es un paso más que da en en la novísima teoría del error el connotado civilista y nuevo penalista italiano, Carnelutti.

El Código colombiano unifica los efectos del error iuris y del error facti. Pero si se estructuran de modo uniforme los efectos, no se podrían aglutinar también la modalidades generadoras de tales errores?

Para el hombre que obra dolosamente, es decir, con intención de-

(7)—Cita de Jiménez de Asúa, ob. cit.

(8)—Francesco Carnelutti, "Teoría General del Delito". Pág. 133.

terminada, con dolo específico de violar la ley violentando el derecho ajeno, considerando el hecho dentro de la normalidad ambiental y psicológica y aplicando las nuevas doctrinas penales que campean en los modernos códigos, hay que admitir que conoce la ley, pero este valor que le damos al conocimiento de la ley tiene que estar en la realidad, no como una presunción legal. Es consecuente esta afirmación con las disposiciones positivas de nuestra legislación penal; porque si quien cometiera determinado delito conociendo perfectamente la ley, obraría con dolo específico, marcadamente perceptible y no habría para qué alegar error de derecho. De ahí que el Código español guarde un mutismo absoluto al hablar del error iuris, pues el artículo 1º establece como delitos las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley. Quien obra contra la ley penal de una manera ostensiblemente voluntaria, obra con intención dañosa, es decir, con dolo; pero quien obra movido por un error de hecho, obra en parte conforme al artículo 1º en cuanto viola la ley, pero el error desde que sea comprobado y seriamente fundado, excluye el dolo. Al contrario, el error sobre la ley penal no excluye la culpabilidad. El Tribunal Supremo de aquella nación declara que la ignorancia de la ley o el error o la ignorancia del derecho no pueden eximir ni atenuar la responsabilidad criminal. El mismo Alto Tribunal dictamina que la ignorancia de las leyes que no se refieran al ramo penal puede excluir el dolo.

Claro aparece que nuestro Código señala algunas excepciones tácitas a la presunción legal de que todo el mundo conoce la ley, sobre todo en lo que dice relación a la ley penal. Exige como eximente de la responsabilidad que el error sea esencial, tanto de hecho como de derecho, desde que no provenga de negligencia. Claro está que si el error se simula o es resultado negligente de una oposición a la norma, el delito que produce el agente sería culposo, entrando ya en el campo de la imputabilidad.

La falsa noción que confundió la mente pudo ser tal, que, en el caso de que sea dada su verdad, permanezca siempre la criminalidad de la acción; y pudo ser tal que si hubiese sido verdadera, la criminalidad habría desaparecido. De ahí surge, y bajo el aspecto de su influencia sobre la criminalidad de la acción, la división del error en accidental y esencial (9).

Clases de error.

El error puede ser esencial o accidental. Es esencial el error cuando recae sobre la naturaleza del objeto de la acción. Es accidental cuando incide sobre las cualidades del objeto de la acción, o lo que es lo mismo, sobre las condiciones o circunstancias del hecho considerado como delito. En el error contemplado en el primer caso, cabe la excusa completa, es decir, hay causa de inculpabilidad. El error de derecho es, pues, la disconformidad que el sujeto observa en su acción con la norma que contempla tal acción. Error de hecho "es un error sobre las relaciones jurídicas del hecho".

Y he aquí que nos hemos encontrado con otro nexo tan fundamental como el ya avisorado entre los dos errores, cual es el de la

(9)—Carrara, "Programa de Derecho Criminal". T. I. Nº 256.

"esencialidad". Nuestro Código ha marcado una pauta muy notoria hacia esta unificación del error y ha recorrido en mucho trecho el camino por transitar (10).

El derecho no es sino un reconocimiento continuo de hechos ya percibidos por la experiencia humana y también de otros que en el mundo físico pueden aparecer, sea por una repetición o por una ocurrencia novedosa. Si el error de hecho versa sobre la apreciación equivocada de un hecho, el error sobre determinada norma legal, viene indirectamente a ser error de hecho. ¿Qué más da unificarlos en su causa primera del mismo modo que están unificados en sus efectos jurídicos?

Las consecuencias del error (tanto de hecho como de derecho) deben unificarse, "puesto que si el sujeto ignora la norma y la ley punitiva, no puede existir el elemento intelectual de conocimiento de las circunstancias de hecho y de significación injusta de la conducta, que el dolo demanda". De ahí concluye Jiménez de Asúa que lo mismo el error iuris que el error facti destruyen la especie dolosa, y, si es esencial, decisivo e imputable, llega hasta hacer desaparecer la culpa (11).

El Código Penal panameño, proyecto de 1943, es más explícito que el nuestro sobre la teoría del error, aunque llega a unificar los efectos del propio modo que el colombiano. También exige la característica de que tal error sea esencial y prevé el caso de la mezcla de este elemento con la culpa. Dice así el artículo 388: "En caso de error esencial sobre la ilicitud del acto o sobre uno de los elementos de la figura del delito, si fuere insuperable, el juez podrá eximir de responsabilidad al agente. Si el error esencial procediere de culpa se aplicará la sanción para la forma culposa de la respectiva figura del delito, pero si ésta no estuviere legalmente definida, se le disminuirá la pena de una tercera parte". Esta norma es de una factura lógica admirable y avanza más (como el Código colombiano) en el trayecto por recorrer en la unificación de los errores de hecho y de derecho.

Ninguno de los miembros de la comisión redactora del Código Penal colombiano se ocupó de este problema, ni siquiera lo insinuó en las reuniones (12). Las actas no nos dicen nada sobre el particular, lo cual nos produce notable extrañeza, cuando el problema es uno de los que más ha agitado la nueva dogmática jurídica.

Más libertad da al criterio del intérprete y del comentarista del Código este silencio de los redactores, pues la esquivación por parte de tan distinguidos juristas del problema propuesto en estas páginas no es indicio bastante que nos lleve a convencernos de que la cuestión

(10)—"Para hacerlo así (para adoptar una línea benéfica a favor de quien cometió un acto "con plena buena fe determinada por error esencial de hecho") no es preciso forzar el mecanismo del Código, pues alguna eficacia debe tener que en él se consigne un precepto como el contenido en el numeral (sic) 2º del artículo 23, que parece, precisamente, consignado a propósito para resolver situaciones conflictivas como la de que se trata aquí". — Doctrina de 30 de julio de 1946, del Tribunal Superior de Medellín. Ponencia del Dr. Angel Martín Vásquez.

(11)—Luis Jiménez de Asúa, "El Criminalista". Tomo V.

(12)—Comisión que elaboró el actual Código Penal: Doctores Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón, Carlos Lozano y Lozano, Carlos V. Rey.

carece de importancia jurídica desde un doble aspecto: el especulativo y el práctico.

Ignorancia y error.

Hay una serie de autores que identifican el error con la ignorancia, no porque confundan las apreciaciones psicológicas que rotundamente los separan, sino porque teniendo sus nexos en cuanto a conocimientos imperfectos se trata, concluyen por afirmar que siendo la ignorancia un concepto más general, hablan de ésta y de aquél con un criterio más unificador.

Sobre la ignorancia y el error de la ley hay tres teorías por el aspecto de la imputabilidad o inimputabilidad de la acción ejecutada por el agente.

La primera, consiste en que la ignorancia y el error suprimen por completo la imputabilidad, porque la imputación resulta de un juicio práctico que necesariamente presupone un hecho y una ley conocida, de tal modo que si falta uno de los dos elementos, no hay imputabilidad.

Al contrario, la segunda teoría sostiene que ni el error ni la ignorancia de la ley pueden desvirtuar la imputabilidad, porque de lo contrario se destruiría la eficacia de las leyes.

Una tercera tendencia sobre este punto, afirma que la ignorancia y el error sobre la ley son causas de no imputabilidad cuando versan sobre delitos de creación legal, pero no cuando se refieren a delitos de derecho natural.

Esta corriente últimamente citada tiene un fondo más lógico o más razonable para abordar el problema. Muy puesto en razón está que los delitos que tienen de una manera más inmediata raíces en el derecho natural, como el homicidio, el hurto, los delitos sexuales, etc., para que el hombre normal los tenga por prohibidos no necesitan estar en la legislación penal. Cuando se trata de delitos de creación legal, delitos que se han hecho necesarios a medida que el derecho se ha desarrollado y las formas de delincuencia se han multiplicado, entonces sí es del caso alegar la ignorancia de la ley. Sirva como ejemplo, la usurpación de funciones.

La ficción o la presunción sobre que la "ignorancia de la ley no sirve de excusa", es como lo dijimos antes, de un gran alcance social para normalizar la vida jurídica. Pero en las leyes penales lo que se castiga no es propiamente la violación de la ley, porque nunca el delincuente se propone violar la ley penal, lo que hay es que el delito es la ejecución del hecho previsto en esa ley penal como acto ilícito, y eso es lo que se reprime y castiga (13).

Desde el punto de vista jurídico resulta indiferente la distinción entre error e ignorancia. (El Código colombiano unifica sus efectos, ya lo vimos). La divergencia entre la representación y la realidad obra, en Derecho, de un mismo modo si tiene carácter cuantitativo que si lo tiene cualitativo. (Para Carneiutti, la diferencia fundamental entre error e ignorancia estriba en que aquél obedece a un criterio cua-

(13)—José Antonio Montalvo, "Conferencias de Derecho Penal General". Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana.

litativo, mientras ésta obra u obedece a uno cuantitativo). Si matamos a un hombre por disparar en dirección a él, sin saber que estaba allí, es indiferente no haberlo visto o haberlo visto como un muñeco (14).

El proyecto de Código de la Defensa Social del Estado de Veracruz dice en su artículo 6º que "nadie podrá alegar ignorancia de las prevenciones de este Código, las cuales son aplicables a todos menos en los casos exceptuados expresamente", lo que quiere decir que le da una severidad más estricta en materia penal que la regida en materia civil, donde el principio es suficientemente restringido, "siendo así que la ficción de que todo el mundo conoce las disposiciones legales, choca en materia punitiva con la admisibilidad del error que destruye el dolo", lo que no siempre acontece en el Derecho Civil. Otro artículo del mentado proyecto ordena que el juez tome en cuenta los motivos y la personalidad del sujeto para aplicar la sanción. Pero no puede invocar la ignorancia, pues el artículo no sólo se limita a excluir la ignorancia de la ley como eximente, sino que con una amplitud asombrosa, prohíbe que nadie la alegue; tal disposición no hace distingos de ninguna especie, es suficientemente categórica.

Clases de ignorancia.

El ordinal 2º del prenombrado artículo 23 de nuestro Código Penal habla de ignorancia invencible. ¿Cuándo es **vencible** la ignorancia? Parece que cuando el sujeto con cualquier acción que esté de su parte verificar, con cualquier determinación que tome, puede salir de ese estado privativo de conocimiento, tener conocimiento de la cosa. Al contrario, la ignorancia invencible es aquella en que no obstante la diligencia que ha usado el sujeto, no puede salirse de este estado psicológico caótico de su no conocimiento.

Como tuvimos oportunidad de manifestarlo antes, un gran número de tratadistas de Derecho Penal comulgan con la idea de rechazar la ignorancia de la ley como eximente de punibilidad, pues sostener este postulado de un modo estricto, sería ir contra la presunción de que todo el mundo conoce la ley, sólido fundamento del orden jurídico y del orden social. De ahí que con sobrada lógica acepten la ignorancia sólo cuando se trate de contravenciones y raros casos para extranjeros que cometen algún ilícito en país extraño, siempre que el acto cometido por ellos no esté erigido en delito en su país natal. Así se infiere después de un razonamiento acertado y estudiado sobre el ordinal 2º del tan nombrado artículo 23 en lo referente a ignorancia.

Y es muy certera esta interpretación. Ya lo había dicho Carrara: "Si se admitiese semejante disculpa, la ley se haría condicional, quedaría subordinada a la voluntad de cada individuo que se mantuviese por olvido o por malicia en la ignorancia". Consecuente con este principio, el maestro desecha en su "Programa de Derecho Criminal" entrar en el estudio de la ignorancia, porque dice que no ocupándose el Derecho Penal de las condiciones del ánimo sino en cuanto fueren causa de acción; y toda vez que el estado de ignorancia, como puramente negativo, no puede ser causa de acción, el criminalista no tiene ocasión de dirigir sus observaciones hacia la ignorancia,

(14)—Francesco Carnelutti, "Teoría General del Delito". Pág. 133.

sino sólo hacia el error (15). Con esto reduce el célebre penalista italiano el concepto de ignorancia penal a una forma del error, pues el tener una noción falsa de la ley y no tener noción ninguna de ella produce el mismo efecto jurídico.

Y todos los principales autores, tanto de una como de otra escuela, aun los que se sitúan en un punto medio entre la clásica y la positiva han comulgado con las ideas de Carrara sobre este particular. El mismo Ferri, aunque hace severas críticas a la presunción o "ficción jurídica" de que todo el mundo conoce la ley, la cual tacha de imposible, no hace más que admitir dicha presunción como "una necesidad imprescindible de la vida social" (16).

De la "exigencia política" de que se presuma en el ciudadano el conocimiento de la ley penal, deduce Carrara que el error de derecho no excusa nunca. Explica que no excusa cuando recae sobre la ley penal, mas no cuando incide sobre la ley civil u otras leyes. "Por ejemplo, la hija que, a la muerte del padre ocupa los bienes dejados por él y dispone de ellos, no podrá ser condenada como rea de hurto o de apropiación indebida de herencia, cuando racionalmente alegue no haber conocido la ley civil que defería la sucesión a los agnados más remotos. Aquí falta el dolo" (17). Agrega el mismo maestro otro ejemplo para confirmar su aserto: "De este modo fue recientemente absuelto en Prusia un imputado de bigamia porque obró siendo víctima de un error de derecho. El error consistía en creerse libre y desligado del precedente vínculo conyugal en virtud de una sentencia de separación obtenida por él contra la primera mujer, auncuando la sentencia careciese de las formas que exigía la ley en vigor en aquel lugar para deducir tal efecto. Aquel error era evidente de derecho porque, en sustancia, se alegaba la ignorancia de la ley sobre divorcios. Pero los tribunales declararon que había actuado con buena fe y absolvieron; y la absolución fue justa. No lo habrían podido absolver, sin embargo, si el acusado hubiese invocado la ignorancia de la ley penal que declara delito la bigamia" (18).



LA LEGITIMA DEFENSA

Consideraciones generales. Algunas definiciones.

El Código Penal de Colombia separa con mojones bien definidos las causas de inculpabilidad que hacen aparecer ante el autor como justo un acto en sí antijurídico, que por el hecho de serlo, los demás reputan ilícito y contra la cual imputación o concepto de ilicitud, el perjudicado puede defenderse. Otro es el fenómeno cuando de casos de justificación se trata. La impunidad "sólo es posible cuando el acto posea las apariencias de delito, pero no la sustancia". Es lo que

(15)—Carrara, "Programa de Derecho Criminal". T. I. Nº 253.

(16)—Ferri, "Principios de Derecho Criminal". Pág. 429.

(17)—Carrara, ob. cit.

(18)—Carrara, ibidem.

sucede en el primer caso, en que el individuo obra non contra jus; en el segundo, secundum jus. Quien procede por error, produciendo un daño o lesionando algún derecho, como no obra intencionalmente, es decir, con dolo, no procede contra jus. Así, quien mata a un injusto agresor que ha puesto en peligro su vida, obra amparado por un derecho que antes que todo estaba en sí mismo, cual es el derecho inalienable a su vida; obra entonces secundum jus.

Uno de los casos de justificación positiva (1) es el establecido por el ordinal 2º del artículo 25 del Código de las penas, la legítima defensa en sentido estricto.

No contempla el mencionado estatuto la legítima defensa putativa, pues el texto es bien claro sobre tan importante exclusión. No da campo al intérprete para incrustar en el inciso aludido la figura mencionada. Pero no en su aspecto material, objetivo, sino en su aspecto subjetivo (2), es decir, en el juicio que hace quien se tiene como agredido antes de proceder a la acción.

Contradictorias opiniones ha engendrado este concepto de la legítima defensa y en la teoría pura de tal institución, criterios encontrados se han propugnado. Mientras para Geib, la "legítima defensa no tiene historia", para Cicerón es "non scripta, sed nata lex". Fioretti, uno de los exégetas de este instituto (3), cuya obra se fundamenta en una concepción positiva del mundo, dice que fundar la legítima defensa en el Derecho universal a la existencia es algo ilógico e inconcluyente, pues afirma que en el estado de necesidad o de defensa se llega a la colisión de dos individuos que tienen igual derecho a la vida. Fichte observó hace mucho tiempo que cuando decae la posibilidad de la coexistencia de las personas cesa el imperio del Derecho. Esta apreciación es exacta cuando se trata del estado de necesidad en que se produce la colisión de dos vidas y la sociedad no posee a priori razones para preferir la supervivencia de uno o de otro, lo cual no pasa en la legítima defensa, en que la sociedad quiere que sobreviva el agredido. De ahí que "el interés del agredido para la escuela positiva coincida con el interés social". "Una buena legislación penal habrá de hacer todo lo posible para favorecer el noble valer de quien en su propio derecho defiende también el de la sociedad".

En el estado de necesidad dominan las leyes animales de lu-

(1)—Ferrí, "Principios de Derecho Criminal", establece que la "condición que da sólo apariencia de delito, pero que excluye la sustancia delictiva, consta de dos manifestaciones psíquicas: una negativa, por falta de intención (no haber procedido contra el Derecho), y positiva la otra, con intención, pero legítima (haber actuado con arreglo al Derecho)".

(2)—Luis Jiménez de Asúa, ha clamado repetidas ocasiones contra la opinión de algunos escritores, especialmente cubanos, que han dado en llamar esta figura "legítima defensa subjetiva". Hace la corrección diciendo que la expresión "putativa", derivada del latín "putatis", que significa aparente, es la correcta. Por su parte, Carrara, en el tomo I de su "Programa de Derecho Criminal" en la nota 2 del párrafo 298 llama esta clase de defensa "legitimidad opinativa", diciendo que cuando tal legitimidad es razonable, se equipara a la verdadera.

(3)—Zenglobio y Fioretti, "Estudio sobre la legítima defensa".

cha por la vida. En esto parece que identificara Brusa (4) la noción del estado de necesidad con la legítima defensa, pues para él tal derecho es engendrado por el estado de guerra que reina en las pasiones humanas. Dice que las relaciones de familia son gobernadas por coacción en toda conciencia particular desacorde con lo que siente que debe preferir y no prefiere y sobre apropiación de instrumentos de trabajo y del suelo. Compendia la legítima defensa en el derecho de conservación, pues de esto se infiere que nazca el derecho de usar los medios necesarios de coacción para "conseguir las reivindicaciones legítimas y garantizarlas". Estado de guerra, según Brusa, que de pasiones sordas estalla en palabras falsas, hirientes, en actos violentos que atentan contra la autonomía de la voluntad ajena, acompañados de un modo de entender la propia voluntad que no admitimos comparación con la ajena en fraudes y en hurtos. Todas las libertades se las permite quien lleva dentro de sí esta lucha terrible de sus pasiones. Frente a este estado de cosas, el derecho de defensa permite actos defensivos, dedicados a forzar las voluntades rehacias al cumplimiento de sus deberes. Aquí viene el problema subjetivo de la elección de medios, condición del derecho de defensa. Siempre deben ser "incompatibles con un orden de moralidad exento de defensa", de modo que lo difícil pueda ser el volver a este orden cuando las circunstancias no le pongan un obstáculo insuperable.

Para la escuela positiva los criterios jurídicos que guían la legítima defensa son el interés por la conservación de la integridad personal del individuo honrado y el interés por la represión o eliminación de la actividad criminosa, que se manifiesta con la injusticia de la agresión. Por eso reducen los positivistas la legítima defensa a una "especie de cómputo entre el agredido y el agresor; a toda pequeña cantidad de exceso por una parte corresponde un poco de legítima defensa por otra parte".

Augusto Kohler, quien publicó en la primera parte de este siglo un interesante tratado de Derecho Penal, daba una definición que ha sido completada por Jiménez de Asúa. La definición es completa y agrupa todos los requisitos esenciales de la legítima defensa y detalla los pormenores que ayudan a la estructuración de la figura: "Legítima defensa es la repulsa a la agresión antijurídica, actual e inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios".

A. Merkel, en su tratado "Derecho Penal", da esta definición de la institución que estamos estudiando: "La legítima defensa es el empleo de la propia fuerza contra un ataque injusto, lesionando para ello al agresor". No entra a establecer el fenómeno del exceso en la defensa dentro de los lindes de la defensa, pero más adelante agrega que si el empleo de la tal fuerza se mantiene dentro de los límites de la mera defensa, la acción no es punible. Si comparamos los elementos de esta definición con el artículo 53 del Strafgesctzbuch für des Deutsche Reich, observamos una coincidencia precisa de los elementos que

(4)—Brusa, "Prolegómenos de Derecho Penal". Cap. II. Nº 25.

exige tal disposición con los traídos por el distinguido profesor alemán (5).

Teorías que explican la existencia de la legítima defensa.

En tres agrupaciones se han dividido los autores que al tratar de darle explicación jurídica a la defensa legítima hanse encontrado con un sinnúmero de inconsecuencias y de escollos. En el campo filosófico, la legítima defensa es un hecho justificado por el consentimiento universal; es un derecho, primero que todo natural, el del hombre poder repeler por la fuerza los ataques injustos de que sea víctima. Entra en el ámbito de la ley no escrita, ni enseñada por los maestros, ni aprendida en los libros, ley inmutable y eterna, de que habló Cicerón.

Las teorías mencionadas anteriormente son las siguientes:

I.—Algunos autores justifican la defensa por la explicación de la "impunidad subjetiva". En este grupo se comprenden las distintas teorías que justifican la defensa por causas psicológicas, como:

- a).—Por el temor que quita la libertad moral;
- b).—Por el peligro inminente, que también destruye dicha libertad moral;
- c).—Por el mal que entraña el ataque y que se retribuye con el mal.

d).—Por la colisión de derechos.

De una manera sintética puede decirse que esta teoría se basa en la concepción de las condiciones psicológicas del agredido, las cuales lo impulsan naturalmente a defenderse.

II.—Algunos escritores consideran la legítima defensa como "causa objetiva" de justificación. En este grupo caben dos ideas de aspecto individualista, fruto de esa eterna pugna creada por parte de los pseudo-filósofos entre el individuo y el estado.

a).—La teoría derivada del contrato social, según la cual, siendo el hombre aislado naturalmente bueno y habiéndose congregado en sociedad, con lo cual perdió un poco de su libertad a trueque de la cooperación que le presta el estado al sentirse atacado, recobra su derecho y lo ejecuta por sí mismo;

b).—La cesación del derecho de castigar, teoría sostenida por Pessina (6), entre otros que considera que el individuo al ejercitar ese derecho, sólo ha remplazado a la sociedad, ha cumplido un derecho que la sociedad estaba obligada a cumplir.

III.—La Escuela Positivista, con Ferri, a la cabeza (7), sostiene que el que mata ejerciendo la legítima defensa no es un peligroso, siéndolo sí aquel que ejecuta la ilegítima agresión. Justifica dicha escuela esta institución por la calidad del fin propuesto por el agente, pues quien rechaza violentamente una agresión injusta, cumple un acto de justicia social en que se armonizan dos intereses, el de la sociedad y el del agredido. Esta concepción se basa en los motivos determinantes del hecho punible. Por eso, Florián anota: "El fin de la conservación de sí o de otros contra una agresión injusta es eminentemente social y jurí-

(5)—A. Merkel, "Derecho Penal", Tomo I.

(6)—Enrique Pessina, "Derecho Penal". Trad. de Cuello Calón.

(7)—Ferri, "Principios de Derecho Criminal".

dica y el que se lo propone, no es temible, por lo que desaparece la razón de castigar. Esta teoría, además de que justifica la impunidad en los casos de verdadera defensa jurídica y provee a la tutela individual, se preocupa también del interés social, permitiendo que la pena castigue a aquellos que cometieron un delito al rechazar un ataque, inducidos por motivos manifiestamente antijurídicos y antisociales" (8).

Dentro del segundo grupo que hemos formado aquí se encuentra la teoría de Carrara, la cual le da personería a dicha tendencia. Obedece a la denominación de "legítima defensa subsidiaria", principio fundado en la legitimidad del derecho de castigar. El fundamento de la legitimidad de la violencia impuesta a la injusta agresión está en la cesación del derecho de castigar en la sociedad. Razona así el célebre maestro pisano: "El derecho de castigar de la autoridad social emana de la ley eterna del orden, que exige que se dé al precepto moral una pronta y eficaz sanción, que complete la ley natural con la eficaz garantía de los derechos que ella misma concede, y con el socorro, mediante la defensa pública, a la humanidad impotente para defenderse de los malvados con las fuerzas privadas. Admitido el postulado de que la defensa pública tiene carácter subsidiario, se deduce lógicamente, que cuando la defensa privada pudo ser eficaz, mientras era lo contrario la defensa pública, la primera ha recobrado su derecho y la segunda lo ha perdido. Un proverbio vulgar: "La necesidad no tiene ley" resume el concepto filosófico de la teoría de Carrara (9).

Precisa en los tiempos que corremos de la evolución del Derecho Penal descartar de una vez por todas la opinión, no por errónea menos difundida, de que quien mata a otro ejerciendo la legítima defensa comete un homicidio excusado. "El homicidio cometido por necesidad de defensa no se castiga porque no se contempla el efecto, sino que se contempla, por el contrario, la causa". Este sofisma es absurdo, absolutamente absurdo. Quien ejercita ese derecho inalienable de la legítima defensa y da muerte a otro, no comete por su acción un homicidio. Nadie ha dicho que la muerte de otra persona por ser voluntaria constituya un "homicidio". Además, cuando se dice homicidio, se entiende en sí la idea de delito. Está demostrado que quien mata en ejercicio de este derecho, obra según derecho, su hecho está justificado. "Ninguno pensó jamás enseñar que el delito de homicidio fuese la muerte de un hombre cometida voluntariamente por otro hombre". Bien distinta, en verdad, es la definición del homicidio "como la muerte de un hombre cometida injustamente por otro hombre". Ningún hecho humano puede ser delito, si no es injusto. Por eso, el acto cometido en ejercicio de un derecho, no puede nunca llegar a ser delito. Además, la excusa de que aquí se habla no se puede encaminar tampoco hacia una valoración de méritos de la persona que ejercita la violencia injusta. Quien agrede a otro y éste le da muerte para defenderse, no merece la muerte, ni quien da muerte puede decir que mató porque el agresor merecía la muerte. El hombre que así procede mata porque necesita librarse de una injusta muerte, inevitable de otra manera; de ahí que mate justamente.

(8)—Florián, "Parte General del Derecho Penal". Pág. 521.

(9)—Carrara, "Programa de Derecho Criminal". Pág. 196.

Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa.

La norma legal establece que la defensa debe nacer de una necesidad de defenderse por parte de quien ejerce tan invaluable derecho; de un modo lógico señala cuatro elementos para que pueda ser estricta o verdadera defensa legítima. La carencia de alguno de estos cuatro factores, desbarataría por completo la concepción de tan noble instituto penal (10). Examinémoslos detallada aunque brevemente.

Dice la ley:

“Artículo 25.—El hecho se justifica cuando se comete: — 2º Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión...”

La disposición transcrita fija, pues, las condiciones esenciales en la legislación colombiana para que haya legítima defensa. Si falta una de ellas, no hay legítima defensa, hay una degeneración de la institución que no es del caso analizar aquí.

1º—Agresión naturalmente grave.

Este concepto exige proporcionalidad entre la defensa y la agresión. Se exige la naturaleza grave de la agresión porque sólo la de esta calidad puede y debe rechazarse. Los hechos insignificantes, las bromas, no tienen el carácter de gravedad de que debe estar investida la agresión que dé nacimiento a la defensa legítima. La fuerza ha de ser de tal naturaleza que cause una lesión grave en el derecho de otro. “¿Cuándo será grave una agresión? Esta es una cuestión necesariamente un poco elástica que depende tanto de la naturaleza del hecho, como de las condiciones anímicas de las personas que actúan y por lo tanto, no puede resolverse sino en un conciliábulo de jurados, no pudiéndose dar una regla anticipada en los libros” (11).

El universal consenso ha admitido que la defensa se deba proyectar no sólo a la propia persona del agredido, sino a un tercero. Es grave el mal para el efecto de la defensa “tanto si es inminente para nosotros mismos, como si lo es para otro hombre”, aunque tal persona no esté vinculada a nosotros ni por afinidad ni por consanguinidad, ni aún por nexos de amistad; tenemos una obligación moral ante todo de prestarle ayuda, siempre que sea inocente, siendo injustamente agredido e incapaz de salvarse. Es una norma de derecho y de refinada moral cristiana. “Legitimando la defensa propia y no la ajena, se san-

(10)—El Dr. José Antonio Montalvo, en sus conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, señala sólo tres elementos: Naturaleza grave de la agresión; simultaneidad entre la agresión y la defensa; injusticia de la agresión. No detalla un cuarto elemento que traemos nosotros aquí, obedeciendo a una meditada interpretación del ordinal 2º del artículo 25: la existencia de un derecho, de un bien, o un interés jurídico en peligro por obra de la injusta agresión.

(11)—El Dr. José Antonio Montalvo, afirma que en la redacción del Código se incurrió en un leve error, pues ha debido decirse “agresión” en vez de “violencia”, lo que hubiera sido empleado con más propiedad, porque puede que no merezca el adjetivo de violencia el acto del agresor.

tificaría el egoísmo y se proscibiría la caridad", ha dicho un insigne maestro de la ciencia penal.

El Código de las penas de España detalla con más precisión las personas en cuya defensa puede un sujeto repelar la agresión. No agrupa en la sola frase "defenderse o defender a otro", sin ninguna determinación precisa, sino que el mencionado artículo octavo de aquel estatuto, en su ordinal 5º establece la defensa de los parientes, legitimándola cuando se defiende la persona o derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos legítimos, naturales o adoptivos, de sus afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto civil, siempre que concurren las circunstancias de agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor. Aparte de esta enumeración, el ordinal 6º establece también la de quien obra en defensa de la persona o derechos de un extraño, siempre que concurren la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler tal agresión, además de la exigencia precisa de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

2º—Injusticia de la agresión.

La agresión ilegítima, según jurisprudencia constante del Tribunal Supremo de España, es el hecho generador, la base y fundamento esencial de esta eximente (12), por lo que, sin concurrir este requisito carece de virtualidad jurídica y no pueden estimarse los demás requisitos o exigencias que configuran la legítima defensa.

La actuación del injusto agresor motiva la reacción defensiva por parte de quien es agredido. Nace del postulado ampliamente aceptado y fundamental de que no hay derecho contra derecho, siendo la legítima defensa, objetivamente considerada, la protección del derecho. Carrara anota que falta el requisito de la injusticia en dos casos: cuando el mal amenazado lo es con toda legitimidad, tal, por ejemplo, el caso del condenado a muerte que para salvarse diere muerte al verdugo o al carcelero; y cuando "si bien el mal que se amenaza excede los límites de la legitimidad, hubo injusticia por parte del amenazado"; es ejemplo el caso del ladrón o del adúltero que sorprendido y amenazada su vida por el dueño o por el marido, lo mata (13).

Naturalmente que la injusticia de la agresión ha de ir dirigida contra la persona y contra los bienes amparados por el derecho, agrupándose en esta última categoría el honor y el patrimonio. Basta que el ataque se haya verificado sin razón para que esté saturado de injusticia. No hay que pensar estrictamente en ataques de personas inimputables, sino en ataques de los hombres en general.

El concepto de agresión puede obedecer a dos interpretaciones diversas: la una restrictiva, material, limitada al acontecimiento; otra, más amplia, presupone la posibilidad de acometimiento cuando se dan las características previas al mismo.

(12)—En el Código Penal español la legítima defensa no opera como causa justificativa del hecho, sino como simple eximente de la responsabilidad.

(13)—Carrara, ob. cit. Págs. 200 y 201.

Hay, según esto, dos momentos separables, cuando el movimiento del ataque empieza y cuando se presenta el acometimiento propiamente dicho (14).

Pero cuando alguien se defiende contra un perro rabioso, hay legítima defensa? Algunos falsos penalistas lo han creído así, pero es lógico que como hay una frontera de relaciones comunes entre el estado de legítima defensa y el estado de necesidad, por imprescindencia de salvar la vida, ante la vis imperiosa del instinto de conservación, en este caso está patente y típicamente representada la figura del estado de necesidad; además es exclusivamente el ataque de un hombre el que debe dar origen a la defensa legítima.

Decíamos hace un rato que es ilegítima, injusta la agresión porque no hay derecho contra derecho. ¿Y los casos de resistencia a la autoridad? Estos tienen un derecho normativo especial, pues tales actos llevan envuelta en sí una presunción de legitimidad o legalidad, debiéndose hacer las reparaciones por vía legal. Nadie niega tampoco que hay casos en que la ilegalidad resulta evidente y el perjuicio irremediable. Rivarola y Groizard (15) están acordes en sostener que, aunque excepcionalmente, cabrá reconocer en un acto del funcionario ajeno a su competencia la agresión ilegal y legítima la oposición o resistencia del agredido con la arbitrariedad. También sucede el caso de que la autoridad procede sin llenar todos los requisitos legales. Garraud llega a la misma conclusión que los anteriores y pone el caso del funcionario que pretendiese ejecutar la orden que asegurase llevar consigo, negándose a enseñarla o el caso de un acto prohibido expresamente por la ley (16).

3º—Ataque presente.

Esta denominación de uno de los requisitos indispensables en la configuración del instituto de la defensa legítima nos parece más acertado y más general que la de "simultaneidad entre el ataque y la defensa", pues en el primer concepto está comprendido éste, debido a que la defensa debe ser inmediata a la ofensa, más aún, antes de que se produzca objetivamente, basándose aun en meros indicios preparatorios del ataque como lo considera la moderna doctrina penal.

El Código Penal español promulgado en 1.944, trae como segundo requisito para la existencia de la legítima defensa la "necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla". Tal racionalidad, dice la jurisprudencia de aquel país, se ha de graduar no sólo por las armas empleadas, sino especialmente atendiendo a la situación en que se encuentren agresor y agredido, peligro que exista para el que

(14)—La jurisprudencia uruguaya, la española y la colombiana, entre otras, han llegado a los límites más amplios, completando el análisis objetivo de la actitud en la agresión, y a veces sustituyéndolo por la actualidad del peligro —o persistencia del peligro— y aún ha fijado esta valoración de manera subjetiva, en el agredido. Juan B. Carballa, "La legítima defensa en la jurisprudencia nacional". Montevideo, 1.944.—Código Penal Español, 1.944. Con notas de Cuello Calón, 1.946.

(15)—Citas de O. González Roura, "Derecho Penal".

(16)—*Ibidem*.

se defiende o idoneidad prudencial de los actos que ejecute para evitar el daño probable de que se halle amenazado. Otra jurisprudencia más reciente ha explicado el ordinal segundo citado anteriormente, diciendo que la necesidad racional del medio empleado no quiere decir igualdad o equivalencia en las armas por una y otra parte, sino que la proporcionalidad ha de darse entre la gravedad del peligro en que se encuentra el agredido y el medio utilizado para evitarlo; dicha necesidad no exige igualdad de armas empleadas por el agresor y el agredido, sino la proporcionalidad entre los bienes jurídicos amenazados y el sacrificio de un interés particular.

La fuga no es medio racional de defensa, pues la ley (en este sentido, tanto española como universal), no exige pasar al estado poco decoroso de la huída ante una agresión no provocada. —Jurisprudencia de Octubre de 1.944—.

Está ausente el requisito de racionalidad no sólo en el caso de rechazar la agresión realizada con un palo, con un puñal, sino especialmente cuando habiéndole quitado aquél, se le infiere con el puñal la herida mortal (17 de marzo de 1.942); ni tampoco en el caso del que para repeler una agresión que sólo afectaba al derecho de propiedad sobre unas plantas dispara dos veces contra los que las sustraían, simplemente por no atender al requerimiento de abandonar la finca, sin ofrecer otra resistencia; ni mucho menos en el caso del que a tiros de escopeta que causaron la muerte a dos personas repelió la agresión mediante lanzamiento de piedras (30 de septiembre de 1.943).

El segundo requisito del ordinal cuarto del artículo octavo del Código Penal español, no contiene nada ni objetivo ni subjetivo. Sin embargo, Pacheco, con su gran autoridad, lo interpretó diciendo que la palabra "racional" significaba que para apreciar la defensa teníamos que atender a la índole subjetiva del sujeto; que no es igual un hombre endeble de cuerpo, a altas horas de la noche y en despoblado, que sea objeto de un ataque, o lo sea una mujer o un hombre atlético y a pleno sol, en una plaza pública, y que la expresión "racional" quiere decir todo eso (17).

Merkel (18) manifiesta que el ataque debe existir ya de hecho, no bastando el sólo temor de que acontezca. Pero la moderna jurisprudencia acepta sólo el temor de que el peligro acontezca y una modalidad de esta concepción constituye el fundamento de la legítima defensa putativa u opinativa. La agresión, según últimas interpretaciones, empieza con la inminencia del ataque y dura hasta que el peligro del acontecimiento termina (19).

El ataque de reacción tiene que actualizar con la fuerza lesionadora del derecho en el mismo momento de su ocurrencia que ha de quedar justificada por la legítima defensa. ¿Pero si el ataque subsiste? Más razón para que la defensa sea justificada.

Si no hay correlatividad entre la agresión y la defensa, ya no está estructurado el fenómeno que nos ocupa, pues degenera en otro,

(17)—Luis Jiménez de Asúa, "La legítima defensa putativa". Conferencia pronunciada en la Universidad de Antioquia. 1.943.

(18)—A. Merkel, "Derecho Penal". Tomo I.

(19)—Juan B. Carballa, "La legítima defensa en la jurisprudencia nacional". Montevideo, 1.944.

como la venganza, por ejemplo. Es en el momento mismo de la agresión cuando el agredido razona y debe ver el derecho que se le ha violado para repeler tal violación.

4º—Un derecho, un bien o un interés jurídico en peligro.

Mucho se ha discutido sobre qué clase de derecho admite la legítima defensa. Claro está que admite desde luego el derecho a la vida y a la integridad personal. El artículo 25 es bien explícito, pues no sólo se refiere a las agresiones contra la persona, sino también contra el honor o los bienes.

En lo referente a la defensa de los bienes en algunas partes se prepara de antemano la defensa de dichos bienes. (Alambradas electrificadas, vigilancia adecuada, etc.). En los casos anteriores no hay más que una anticipación de la defensa y no se puede decir que haya simultaneidad entre la agresión y la defensa; son meros casos preparatorios. Lo cierto es que sí se le ha dado una elasticidad que hoy reprimen los tribunales sobre la interpretación de este principio de defensa de los bienes. Anteriormente y en los primeros tiempos de la vigencia del Código, entre nosotros, en cualquier robo de chiquillos inquietos, por insignificante que fuera, el sujeto que había sufrido el robo, daba muerte a aquellos pillos que lo hacían más por inquietud que por malicia, constituyendo esto una "legítima defensa de los bienes". Fortunosamente, la actual jurisprudencia ha reaccionado contra esta marcada injusticia, aportando una doctrina, por demás interesante, sobre la trascendencia del bien en peligro.

El Código Penal español trae un nuevo requisito en un novísimo inciso del artículo octavo, que habla de la legítima defensa, y manda la ameritada disposición que en caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituye delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes.

Numerosas interpretaciones se han hecho por los jueces, por los abogados y comentaristas del Código sobre la legítima defensa del honor. Es difícil precisar el alcance de esta causal de justificación. Si por ejemplo, a un individuo le nombran la madre y al cabo de dos horas mata a quien la insulta y ante los juzgados alega legítima defensa del honor, el juez, muy bien le puede decir: para que la legítima defensa exista se necesita que haya violencia, que en este caso no aparece, y la violencia debe ser actual y en este caso ha transcurrido el lapso de dos horas (20).

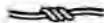
Gutiérrez Gómez, en sus comentarios al Código Penal dice que en el caso propuesto anteriormente como ejemplo, el individuo no se está defendiendo, pero que cuando teme que lo vayan a ofender, mata, entonces sí está en legítima defensa. "Parece ésta una interpretación forzada, mucho más cuando hay una prevención social que mira con desprecio al que no reacciona contra las ofensas a su honor".

El Tribunal Supremo de España ha considerado como regla general a este respecto que la simple lesión de un derecho si no va acom-

(20)—De ahí se infiere la importancia que tiene la palabra "violencia" en un sentido más restringido, con relación a "agresión", que es más general. Montalvo, ob. cit.

pañada de algún acto inductivo de acometimiento, no autoriza el empleo de la fuerza (17 de marzo de 1921).

El Tribunal de Cundinamarca ha sido enérgico en la aplicación de la ley en los casos de legítima defensa del honor. Considera que nunca se da tal defensa en los casos de homicidios, así llamados comúnmente, ya que entonces se resucitaría la pena de muerte armando la mano del marido engañado o del ciudadano ofendido en una de sus hermanas, pues en tales circunstancias lo que se defiende no es el honor sino la honra; considera igualmente el Tribunal, que la ofensa no se repara con el homicidio, que tal ofensa no tiene actualización ninguna y que no guarda proporción con la defensa. En tales circunstancias, dicha corporación ha rechazado la legítima defensa del honor en casos de tanta claridad como la del marido que da muerte al amante de su mujer al sorprenderlos en su propio lecho.



LA DEFENSA PUTATIVA

Artículo 23.—No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:..... 2º Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia...

Artículo 25.—El hecho se justifica cuando se comete: 2º Por la necesidad de defenderse o defender a otra de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión...

Establecida así la estructuración y el proceso legal de la legítima defensa estricta, réstanos tratar brevemente del problema de la defensa putativa u opinativa.

Todo elemento objetivo precisa un elemento subjetivo. Quien procede en legítima defensa estrictamente, procede porque ha efectuado su entendimiento una operación que no está en el campo de lo perceptible pero que se refiere a fenómenos perceptibles. Téngase lo anterior bien en cuenta como primera premisa del razonamiento que nos proponemos elaborar en esta parte. Necesita la legítima defensa una agresión previa e injusta. Sin agresión no hay defensa legítima.

El valor justificante de la legítima defensa es su subjetividad cuando responde a una determinada objetividad. De ahí que la ley determine esa objetividad para que haya legítima defensa. Battaglini (1) afirma: "Como la misma denominación lo dice, la legítima defensa es un hecho legítimo, un hecho al que le falta ilicitud objetiva, lo que implica que la necesidad de defenderse debe resultar subsistente según el aspecto objetivo de las cosas. La legítima defensa es una circunstancia objetiva". Agrega Carnelli que cuando no ocurra la debida coincidencia con esa doble vida de la circunstancia, la vida objetiva y la

(1)—Citado por Lorenzo Carnelli, "El error y la legítima defensa putativa". Revista Penal de La Habana. N° 2.

subjetiva, puede haber legítima defensa putativa. De modo, y como lo vimos ya, el predominio de lo subjetivo es absoluto.

Nuestro estatuto penal no contempla el caso de la legítima defensa putativa, pues su texto, transcrito en estas páginas, no deja ver por ninguna parte la palabra o el accidente gramatical que permita al intérprete acoplarla dentro de tales normas. Por eso el ilustre penalista colombiano Jorge Eliécer Gaitán, tuvo necesidad de inútiles filigranas jurídicas, que a la postre (desde el punto de vista doctrinal y legal) resultaron infructuosas, para establecer en el caso del profesor José del Carmen Acosta legítima defensa putativa, cuando en realidad de verdad el conocido galeno fue víctima de un error de hecho. Otra cosa sucede en el Código de la Defensa Social de Cuba que de un modo expreso establece esta modalidad de la defensa cuando exige en su artículo 36 como uno de los requisitos de la defensa, "necesidad racional objetiva o subjetiva del medio empleado para impedirle o repelerla".

La legítima defensa estricta, como lo vimos, requiere ánimo de ataque. Este concepto debe ser elástico para comprender el fenómeno que nos ocupa. Cuando no hay ánimo de ataque por parte de quien agrede, sino que es una chanza, una broma, un disfraz, entonces quien se siente agredido, en un momento de obnubilación no razona sobre la naturaleza del incidente de que se trata y da muerte a quien en son de broma ha querido proporcionarle un susto. Este es el instituto de la defensa putativa u opinativa. "La defensa putativa, como el estado de necesidad putativo, como la obediencia putativa, supone una situación que la vida crea, y que nos hace pensar a nosotros que nos hallamos en derecho de repeler la agresión, de obedecer a un mandato, de actuar en necesidad" (2).

Al criticar Jiménez de Asúa el proyecto de Código Penal del estado de Veracruz, el literal c) del artículo 15 que reza de este modo: "que no hubo necesidad racional, objetiva o subjetiva, del medio empleado en la defensa", dice que la antijuricidad es objetiva. De modo que si es objetiva la característica de antijuricidad, de la misma calidad ha de ser su negación; lo que vale decir que objetivas tienen que ser las causas de justificación. "No existe una defensa subjetiva que sea legítima, es decir, que constituya una auténtica causa de justificación".

De ahí que quien reacciona contra lo que cree una agresión, obra en sentido objetivo con el fin de defenderse de lo que cree subjetivamente que es una agresión injusta. Ejerce una legítima defensa putativa, pero en ningún caso una legítima defensa propiamente tal. En estricta teoría, la legítima defensa putativa no es una causal de justificación, se identifica, más bien, con el error en este particular y más correctamente, puede ser una causal de inimputabilidad o inculpabilidad, por su índole subjetiva.

Esta defensa putativa, de la misma manera que las demás justificantes bajo su aspecto putativo (vistas atrás), no son más que diversas formas de error. Al interpretar nuestro estatuto penal en casos en que se deba estructurar la legítima defensa putativa en otros códigos por la carencia que en ellos hay de una elaboración correcta de la

(2)—"El Criminalista" por Luis Jiménez de Asúa. Tomo V.

institución del error (3), debemos acudir al artículo 23 que estructura en forma más o menos correcta este fenómeno jurídico, en vez de ir con dificultades al artículo 25 que consagra las causales de justificación. Vimos anteriormente que la defensa putativa es una clase de error, mejor, una especie, al paso que el género está constituido por el concepto de error, en sentido general.

Gutiérrez Gómez, primer comentarista del nuevo Código Penal y secretario de la comisión que lo redactó, dice que para comprender mejor la defensa "subjetiva", hay necesidad de analizar en qué consisten la ilusión y la alucinación. Sabido es que la primera es la representación o interpretación falsa de una cosa, es el cambio psicológico de la realidad, como tomar las sombras de una planta por brazos de alguna persona. La segunda, por otra parte, es una representación errada también, pero sin fundamento en la realidad; una "percepción sin objeto". Estos razonamientos son inoperantes para agrupar, como el autor aludido lo pretende, el fenómeno de la defensa putativa entre las causales de justificación. Dice que la legítima defensa "subjetiva" es "una ilusión de injusto peligro convertida en realidad psíquica". Su explicación misma lo traiciona. Si la defensa putativa, como nosotros la llamamos, es una ilusión y ésta es un error, lógico es deducir que la defensa putativa es un error, tesis sostenida en este estudio. Pero la contradicción de Gutiérrez Gómez está en que estableciendo, sin darse cuenta, que la defensa putativa es un error, la incluye dentro de las causales de justificación que enumera el artículo 25, en vez de asimilarla a la institución del error, hecha ley en el artículo 23, porque el error no legitima, ni justifica el hecho.

Si quiero dar una droga a un enfermo y en vez de magnesia, le doy arsénico, he obrado de modo equivocado; el error no me es imputable, no soy responsable. Unificando los problemas, el del error y el de la defensa putativa, ésta no es más que un error de hecho: me creo en legítima defensa, lo mismo que creo que estoy aliviando al enfermo con una droga benéfica, cuando en realidad estoy acelerando su muerte. "Son errores esenciales, que radican no en la propia naturaleza del tipo, sino en las condiciones de hecho, que al subsumirlas en el tipo, han dado lugar a esta conducta".

Pero el individuo no ha de estar ilusionado completamente cuando el caso de una defensa de esta clase se le presente. Es preciso que todas las condiciones aparezcan a su vista; que crea de veras en una agresión injusta, que el simulacro del bromista, en el ejemplo puesto atrás, coincida desde el punto de vista subjetivo, con los requisitos que objetivamente describe la ley. Un acondicionamiento perfecto de circunstancias. De no estar cumplidas estas condiciones, mejor, esta comparación o traslación intelectual de los fenómenos perceptibles que describe la ley como indispensables, con los que el individuo está formándose en su mente, "la denominada defensa putativa ha de aparecer ante los ojos del que se defiende como la total, completa y radical encarnación de que se halla en estado de defensa legítima". El caso más típico de esta clase de defensa es el citado por Juan P. Ra-

(3)—Jiménez de Asúa, en su libro "El error de Derecho en materia Penal" sostiene que la gran mayoría de los códigos modernos adolecen de la grave falta de tener mal estructurado lo relativo al error, ya sea de hecho o de Derecho.

mos, que es al mismo tiempo, el más perfecto y patente caso de error. Unos compañeros de estudio quisieron darle a un muchacho una broma. Se pintaron la cara de negro, tapáronse con pañuelos de la nariz hacia abajo, a la manera de los bandidos que figuran en las películas, se proveyeron de revólveres descargados y entraron en el cuarto del muchacho pusilánime que estaba profundamente dormido. Al despertarse, vio aquellos supuestos bandidos, aparentes bandidos, "bandidos putativos", disparó contra ellos matando a uno e hiriendo a otro. "A los ojos del desgraciado muchacho, aquellos no eran sus amigos, sino auténticos bandidos, que trataban de robarle y de matarle. Esta es la legítima defensa putativa".

Aunque sea tildado de terco, no me fatigo de repetir que la legítima defensa putativa u opinativa no es causal de justificación, porque le falta el elemento objetivo. Muy al contrario, en este sentido de la defensa estricta, que sí lo es porque allí están en lucha dos intereses, dos derechos, legítimos unos, ilegítimos otros, se elimina el interés más protervo, constituyéndose objetivamente una causa de inculpabilidad, pues el error, siempre que sea esencial, destruye el dolo. El muchacho, que ha juzgado erróneamente que sus compañeros son bandidos, atacantes, está en perfectas condiciones de imputabilidad, pues en lo demás no erra. "Porque esto no es un caso de inimputabilidad sino simplemente un caso de inculpabilidad".

El célebre republicano exilado a quien hemos citado algunas veces en estas páginas, no sin respeto y admiración, dice que el artículo 36 del Código cubano es contradictorio porque agrupa esta posible figura de la defensa putativa entre las causas de justificación, no siendo en estricta teoría, causal de tal naturaleza. ¿Cómo se resolvería la situación? Pues atendiendo a la esencia del inciso que establece la defensa putativa y no al epígrafe que la señala como causa de justificación. Hay que atender a lo especial, pues el título "causa de justificación" es lo general. La defensa "subjetiva" (hablando en el lenguaje jurídico cubano) tiene su instituto perfectamente delimitado en la norma jurídica y en la concepción científica y dogmática, es a ella a la que se debe mirar. En el derecho cubano viene, pues, a ser una exigente y no una causal de justificación. Habrá también una defensa putativa contra una legítima defensa y "no habrá exención para los cadyuvantes o cooperantes en una defensa putativa"; pero sí habrá responsabilidad civil por parte del que actúa.

Un problema de difícil solución en teoría pero de ocurrencia muy posible en la práctica, es el caso de dos agresiones injustas simultáneas; por ejemplo, dos enemigos que creyendo cada uno valeroso y fuerte al otro y temiendo mutuamente ser víctimas de agresión, al encontrarse de improviso, sacan sus respectivas armas y se atacan. ¿Sería el caso de una defensa putativa, pues cada uno tenía derecho a considerarse atacado?

Aquí entra en vigor la tesis de Ferri sobre la legítima defensa recíproca que ha sido tan duramente criticada por los escritores de la ciencia penal. Y pone el maestro el ejemplo de que alguien llegue a su apartamento, teniendo que atravesar un largo y oscuro corredor para poder tener acceso a la escala. En este trayecto ve a un hombre, queriéndose prevenir contra lo que él cree un ladrón, saca su revólver y lo empuña, el otro que no es más que un polizonte que está ga-

lanteando a la criada, piensa que el dueño de la casa lo va a matar, y se defiende. Este es un caso típico de legítima defensa recíproca. La tesis tuvo su origen cuando en un tribunal italiano, el líder de los positivistas defendía a algunos exaltados en un proceso en que estaban seriamente comprometidos. Sucede que en el patio de una taberna se encontraron partidarios de dos bandos antagónicos, republicanos y socialistas. Se encontraban tomando licor, y previos algunos insultos, los unos, creyéndose atacados por los otros, se pusieron en guardia para repeler el presunto ataque. En ambos casos, cuando los sujetos no llegan a ninguna explicación racional, ocurre que uno dispara creyéndose agredido y que el otro dispara también para defenderse. En el caso del policial que acurrucado esperaba la criada, hay un diáfano error de hecho; en el caso de los exaltados, también se presenta el error de manera clara y precisa, pero cambiado por la alteración anímica que causan el fervor político y la bebida. No obstante la gallardísima elocuencia del maestro, parece errado en sus apreciaciones. La legítima defensa no admite reciprocidad. Es un derecho que prima contra otro derecho. Es el ejercicio de un derecho y no admite que sea repelida. "Si me defiendo, en legítima defensa, no cabe que se diga que también obra en defensa legítima aquél contra quien me estoy defendiendo". Son éstos, casos de defensa putativa que no son legítima defensa estricta.

Si se admitiera la institución de la legítima defensa recíproca, iría la defensa justificada contra la defensa putativa. Jiménez de Asúa dice que de recibirse la tesis de Ferri, de que tanta ostentación hizo, en el caso puesto por Ramos de los muchachos bromistas, éstos estaban en el derecho de defenderse, porque ellos no estaban atacando, no hacían más que jugar.

La tesis de Ferri no es más que una equivocada interpretación de la defensa putativa. Quien se cree agredido cuando tiene algún enemigo mortal o está en condiciones de tensión política o en circunstancias de las cuales se infieren condiciones anormales, como es la de estar a altas horas de la noche en el pasillo oscuro de una residencia particular, obra por influencias psíquicas y por error en la apreciación verdadera de los hechos. En estos casos es donde está mejor configurada esta defensa especial que ha venido a complicar la existencia tranquila hasta ahora, de la legítima defensa. Como tal, como defensa putativa u opinativa, no es sino un error, no pudiéndose pedir la justificación, porque el ilícito lo hubo, pero en caso de error, debiéndose, en cambio, solicitar la declaratoria de inculpabilidad.

Concretémonos más al caso. ¿Se trata en realidad de verdad de dos errores, el error en sí y el de la defensa putativa? O, por el contrario, son dos clases diferentes? ¿Está comprendida la defensa putativa en el error como una especie dentro del género? Está última pregunta ya la habíamos respondido afirmativamente. Así lo cree Gómez, el célebre tratadista argentino. Malagarriga también lo cree así y dice: "En tales casos hay una segura carencia o ausencia de voluntad con relación al resultado". Aduce ejemplos: quien se casa con una hermana ignorando el vínculo, no es responsable porque no hay relación entre el acto y la execrabilidad; quien se defiende de lo que era una broma y creyó agresión no será tampoco responsable de lo que haga creyendo defenderse (desde que medien los requisitos de la defensa).

Gómez afirma: "El que de buena fe, en la creencia de que le pertenece, se apodera de una cosa ajena; el que por error, convencido de que una mujer es la propia, tiene contacto carnal con ella; el que, en condiciones capaces de provocar una convicción llega a formársela en el sentido de que es injustamente atacado y reacciona, hiriendo o matando al agresor que, en realidad, no lo era, todos estos proceden por error substancial de hecho".

En un estudio sobre el error y la defensa putativa, Lorenzo Carnelli sostiene que el error no afecta la legítima defensa, ni la destruye; dice, además que en el delito el error desplaza la imputabilidad; en la legítima defensa, es ineficiente, siendo su efecto sobre el primero negativo, excluyente de la culpabilidad y sobre el segundo, inocuo. En nuestro modo de pensar, el error sí afecta y en mucho a la legítima defensa. Por error, la legítima defensa, se vuelve putativa, y no viene a ser legítima pues está contagiada de error. Lógico es (y ya lo demostramos) que si la defensa putativa no fuera una modalidad del error, sería causal de justificación y no de inimputabilidad, como lo creemos nosotros. Estamos de acuerdo con el autor argentino en que no la destruye, sino que la modifica. Pero en la legítima defensa el error actúa, no es ineficiente como lo cree el distinguido comentarista. Nosotros no necesitamos hacer esfuerzos inauditos para buscar en el Código colombiano la defensa putativa en la forma en que se encuentra en el Código cubano. Tenemos el error (artículo 23) y con tal instituto nos bastamos para conseguir la inimputabilidad en caso de defensa putativa.

El error se compenetra de tal modo cuando opera en la defensa que vuelve la legítima defensa estricta en defensa putativa. Algún escritor que no tengo presente ahora dice que tanto en la legítima defensa como en la putativa, quien se defiende procede bajo la misma convicción, pero que en la primera concurren todos los elementos que la ley requiere para configurarla objetivamente, mientras que en ésta falta alguno de tales elementos. El argumento en su primera parte es cierto, pero adolece de falta de lógica. Quien se defiende de una agresión que cree injusta, cumple en su defensa todos los requisitos que exige la ley para la legítima defensa estricta; lo que altera el efecto jurídico es el error bajo el cual actuó; de modo que en la legítima defensa putativa como en la estricta, se encuentran esencialmente los elementos requeridos por el Código; el error es lo que viene a diferenciar las dos instituciones jurídicas de consecuencias semejantes aparentemente, pero que por influencia de un elemento nuevo, vienen a ser diferentes en la práctica, la una eximente, la otra justificante.

¿Cómo puede configurarse la defensa putativa? Carnelli trae estas dos formas: "Cuando el agente cree por error que hay agresión y ésta no existe y cuando cree, por error, que la agresión es injusta y no lo es". A propósito de esto, Penso dice: "Que la ofensa no sea injusta pero que el agente suponga lo contrario, por efecto de error no culpable, estaremos todavía en el campo de la defensa putativa. Así, cuando a un agente de P. S. se le ordena que arreste a alguien, pero no acredita su calidad ni exhibe el mandato de arresto, el sujeto que se rebela lo hace legítimamente".

¿Qué sucede cuando se trata de un caso de legítima defensa putativa en la aplicación del Código Penal colombiano?

El problema no se había presentado con caracteres importantes en la jurisprudencia del nuevo Código, hasta que un día, el distinguido profesor Jose del Carmen Acosta, fue víctima de una presunta violación de su domicilio por equivocación de un vecino de apartamento, quien entrando a altas horas de la noche y bastante embriagado, confundió su habitación con la del célebre galeno y para mayor desgracia, la llave del vecino sirvió a la cerradura del médico. Este, despertado por su esposa, quien sentía pasos en la antesala, sacó su revólver y advirtió al intruso que se retirara; el ebrio aquel no respondía y sin ninguna señal de violencia continuó entrando. Víctima de un deplorable error, el profesor Acosta, ante la insistencia del borracho, disparó su revólver. Cuando encendió las luces para cerciorarse de la persona que había entrado, encontró con que era un acaudalado comerciante, quien acostumbraba con alguna frecuencia sus regocijos nocturnos. Llevado el caso a los tribunales, el defensor del médico, doctor Jorge Eliécer Gaitán, sostuvo que había legítima defensa putativa, obteniendo de este modo el sobreseimiento definitivo para su defendido.

Afirma Gaitán que en un temperamento de coloración emotiva como el de su defendido, "la percepción de la posibilidad de un peligro suele tener una resonancia que supera a la efectividad del riesgo". Esto es, según él, la defensa putativa. No aparece por ninguna parte en su alegato la noción sostenida por nosotros de que la defensa putativa sea error de hecho, pues no alegó para conseguir el sobreseimiento de su cliente el artículo 23, inciso 2º, sino que se limitó al artículo 25. Y dice: "Porque la conciencia que nos formamos de los hechos externos tiene, no una relación mecánica, sino interpretativa, de acuerdo con las leyes de la asociación". Claro es que esta clase de interpretación suele fallar con alguna frecuencia, ocasionando percepciones en nuestra conciencia erradas con relación a la verdadera figura, a la idea objeto de la percepción. Es así como surge el error, pues si en el caso de estudio, el profesor Acosta no se hubiera equivocado al apreciar las condiciones psicológicas y la misma equivocación de que era víctima el comerciante embriagado, por efecto mismo del licor ingerido, la desgracia no se habría presentado. No hay, en ninguna forma, modo de acomodar legítima defensa putativa, cuando con toda claridad aparece un diáfano error de hecho no imputable a negligencia, según el lenguaje legal.

De mucha técnica, de mucha argucia mental y científica necesitó Gaitán para encaminar el proceso de su ilustre defendido a fin de que el juez dictara auto de sobreseimiento definitivo, justificando el hecho de acuerdo con el artículo 437, ordinal 3º del Código de Procedimiento Penal, pero bajo la exigencia primera de dicho ordinal, cuando dice "de acuerdo con el artículo 25" y no con relación al artículo 23 (error).

Hasta la saciedad hemos dicho aquí que la defensa putativa es una especie del error. Un caso semejante fue fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Buenos Aires, sentencia de 1º de octubre de 1.926, sentando esta importante doctrina: "In-

curre en error de hecho quien a altas horas de la noche y en una habitación a oscuras da muerte a uno y hiere a un tercero en la firme creencia de que era víctima de una agresión ilegítima". Ramos, lo transcribe y dice: "Nos atrevemos a afirmar que este caso real constituye el ejemplo más típico del error de hecho que pueda presentar la jurisprudencia en el mundo entero". ¿No es este el mismo caso del profesor José del Carmen Acosta? Y dentro del Código Penal argentino que estructura de análoga manera los dos fenómenos, el del error y el de la legítima defensa, no hubo necesidad de filigranas jurídicas para incluirlo dentro del artículo que equivale al 23 de nuestro estatuto penal; lo que sí hubiera necesitado de infructuosos y prolongados estudios, como el de nuestro compatriota, para estructurar defensa putativa.

Otro caso que Gaitán llamaría legítima defensa putativa y alegaría el artículo 25 para conseguir un sobreseimiento definitivo para su poderdante, en vez de guiarlo por el error y solicitarlo fundado en el artículo 23, es el siguiente que ha agitado tanto este tema y en el cual se basó el artículo de Lorenzo Carnelli, citado páginas atrás. Fue fallado por la Cámara de Apelaciones de Córdoba y fechado el 16 de julio de 1940: "La muerte dada a la esposa por el propio procesado en la creencia de que repeñía la agresión de un peligroso intruso, encuadra en el error inculpable, puesto que éste se produjo en las siguientes circunstancias: el vecindario vivía atemorizado por los continuos delitos contra la propiedad acaecidos en la comarca; la noche del hecho el procesado fue despertado por su mujer, alarmada por un disparo de arma de fuego y ladridos de perros, quien le pidió que cargara su revólver en previsión de un ataque; después de hacerlo, se quedó profundamente dormido, para despertar súbitamente, más tarde, percibiendo el ruido causado por el pasador de la puerta, que se abría y daba paso a una figura que, "entre dormido y despierto" tomó por un "maleante vestido de blanco"; al ver que la persona desconocida penetraba en el dormitorio, le hizo un disparo, dándose entonces cuenta de que acababa de herir mortalmente a su cónyuge".

El caso tratado aquí no es un problema insoluble. No hay que crear en nuestra ciencia más problemas de los que tiene. Son suficientes los casos que han sido resueltos de tantas maneras cuantos estudiosos han escrito sobre ellos. Teniendo nuestro Código esos dos artículos, el 23 y el 25, limitémosnos a concretar los casos respectivos en el marco de cada disposición. En vez de efímeros razonamientos e inapropiados argumentos para acomodar un caso donde no le corresponde, aceptemos la defensa putativa como un error y encuadrémosla dentro del artículo 23, inciso 2º y dejemos la legítima defensa estricta en su campo de acción, artículo 25.

BIBLIOGRAFIA

Francesco Carrara

"Programa de Derecho Criminal".

Carnelutti

"Teoría General del Delito".

<i>Carballe</i>	"La legítima defensa en la jurisprudencia nacional".
Ferri	"Principios de Derecho Criminal".
<i>Ferri</i>	"Defensas Penales".
<i>Jiménez de Asúa</i>	"El error de Derecho en Materia Penal".
<i>Jiménez de Asúa</i>	"El Criminalista".
<i>Jiménez de Asúa</i>	"Problemas de Derecho Penal".
<i>Jiménez de Asúa</i>	"La legítima defensa putativa". En <i>Revista Penal de La Habana</i> .
<i>Angel Martín Vázquez</i>	"Explicación del Código Penal Colombiano". Conferencias de clase.
<i>José Antonio Montalvo</i>	"Conferencias de Derecho Penal" Universidad Javeriana.
<i>Gutiérrez Gómez</i>	"Comentarios al Código Penal Colombiano".
<i>González Cortina</i>	"Nociones de Derecho Penal General".
<i>Jorge Eliécer Gaitán</i>	"Defensas Penales".
<i>Cuello Calón</i>	"Código Penal Español de 1944".
<i>Fioretti y Zenglobio</i>	"Estudio sobre la legítima defensa".
Brusa	"Prolegómenos de Derecho Penal".
<i>A. Merkel</i>	"Derecho Penal".
<i>O. González Roura</i>	"Derecho Penal".
<i>Enrique Pessina</i>	"Derecho Penal".