ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA
(Análisis de los artículos 65 - ordinal 3°- y 66 del Código Penal Venezolano)

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas.

Autor: Vanessa I. Pérez Leal
Asesor: Dr. Juan L. Modolell González

Caracas, 8 de enero de 2004
ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA
(Análisis de los artículos 65 - ordinal 3°- y 86 del Código Penal Venezolano)

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas.

Autor: Vanessa I. Pérez Leal
Asesor: Dr. Juan L. Módolell González
UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogada Vanessa Isabel Pérez Leal, para optar al Grado de Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, cuyo título es: ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA (Análisis de los artículos 65 - ordinal 3º- y 66 del Código Penal Venezolano), considero que dicho trabajo reúne los requisitos mínimos indispensables para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En Caracas a los 8 días del mes de enero de 2004.

Dr. Juan L. Modolell González
C.I. 9.878.912
INDICE GENERAL

INTRODUCCION .................................................................................................................. 1

CAPITULO I. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA ................................................................................................................................. 2

  1.1 Marco histórico-dogmático (Derecho individual; derecho colectivo) .......................................................... 2

CAPITULO II. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA ........................................ 5

  2.1 Agresión ilegítima ..................................................................................................................... 5

    2.1.1 La Agresión ....................................................................................................................... 5
    2.1.2 La legitimidad de la agresión ............................................................................................ 9
    2.1.3 Actualidad de la agresión ............................................................................................... 12

  2.2 Defensa Necesaria .................................................................................................................... 15

    2.2.1 Bienes defendibles .......................................................................................................... 15
    2.2.2 Necesidad de la defensa ................................................................................................. 21
    2.2.3 Elemento subjetivo de la defensa ................................................................................... 27

  2.3 Falta de provocación suficiente .............................................................................................. 31

CAPITULO III. ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACIÓN (DEFENSA PUTATIVA) ........................................................... 37

CAPITULO IV. EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA ........................................ 40

CAPITULO V. LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS ................................................. 44

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ........................................................................... 46

BIBLIOGRAFÍA .......................................................................................................................... 50
UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS

ELEMENTOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA
(Análisis de los artículos 65 - ordinal 3º- y 66 del Código Penal Venezolano)

Autor: Vanessa I. Pérez Ilea
Tutor: Dr. Juan L. Modolell

RESUMEN

Históricamente se había debatido si el fundamento de la legítima defensa radicaba en la protección de un derecho individual o del ordenamiento jurídico en general, concluyéndose que se trataba de una mixtura entre ambas posiciones. En cuanto a los requisitos de la legítima defensa, el Código Penal señalaba, en primer lugar, la agresión ilegítima, dentro de la cual debía analizarse lo relativo a la existencia de la agresión, la ilegitimidad de la agresión y la actualidad de la misma. En segundo lugar, se exigía que la defensa fuese necesaria, lo cual conducía a estudiar lo relativo a los bienes defendibles, la necesidad de la defensa y el elemento subjetivo, en efecto, el Código Penal venezolano alude a la persona que "pretende obrar en legítima defensa". ¿Quería decir dicha expresión que el sujeto activo de la legítima defensa debía perseguir defenderse? ¿Debía el sujeto activo saber que se estaba defendiendo? Responder estas preguntas, y las vinculadas, constituyó el objetivo del referido capítulo. Por último, se exigía falta de provocación suficiente por parte de quien pretendía obrar en legítima defensa. El capítulo III del trabajo consistió en un análisis de la problemática del error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación (Defensa Putativa). Relacionado estrechamente con lo anterior se desarrolló lo relativo al desconocimiento de los presupuestos objetivos de la legítima defensa. Se trató el análisis del error en la legítima defensa y su naturaliza, en el sentido de determinar si se trataba de un error de tipo o un error de prohibición. El capítulo IV se refirió al análisis pormenorizado del exceso en legítima defensa. Finalmente, el capítulo V se refirió a la legítima defensa de terceros, recomendando su inclusión en el Código Penal venezolano.

Términos: Legítima defensa-Agresión-Necesidad de la defensa-Elemento subjetivo-Error-Presupuestos objetivos de la defensa-Exceso en la defensa.
INTRODUCCIÓN

Este trabajo se realizó con la intención de profundizar en los elementos que requiere la defensa para que sea considerada legítima, haciendo especial énfasis en los artículos 65, ordinal tercero y 66 del Código Penal venezolano.

En tal sentido, la legítima defensa se entiende como la capacidad de obrar en defensa de nuestra persona o derechos, siempre que concurran los requisitos exigidos por la ley en torno a la agresión, los bienes defendibles y la falta de provocación por parte del autor de la defensa.

Se trata de un trabajo meramente descriptivo donde se exponen nuestras ideas sobre los puntos más polémicos. Dicho trabajo tiene carácter monográfico y analítico. La búsqueda de información que sustentó dicha investigación se basó en su mayoría en fuentes bibliográficas y documentales.
CAPITULO I. FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

1.1 Marco histórico-dogmático (Derecho individual; derecho colectivo)

Desde el punto de vista histórico dos han sido los fundamentos de la legítima defensa: el primero, propio del derecho romano, concibió la legítima defensa como un derecho individual originario; el segundo del derecho germánico, fundamentó la legítima defensa en la protección del orden jurídico: el individuo al defenderse representaba a la comunidad (Mir Puig, 1996, 425).

Según Jescheck (1978, 459) el fundamento de la legítima defensa abarca dos aspectos: a) el primero, propio del ámbito jurídico-individual, la concibe como derecho que corresponde a todo hombre de autoafirmarse mediante la defensa de su propia persona frente al ataque antijurídico de otro, de lo cual se deriva que tal defensa se limita a bienes de carácter personal (Vg. la vida y la integridad física); b) El segundo sostiene que el ordenamiento jurídico no debe ceder al injusto; por lo tanto la referida institución representa la salvaguarda del orden general.¹ En el mismo orden de ideas desarrolla

¹Advierte Mir Puig (1996, 426), que la evolución doctrinal actual apunta hacia una cierta restricción de la legítima defensa, por lo tanto, se tiende a limitar la legítima defensa en los supuestos en que ésta implique la lesión de bienes del agresor más importantes que los bienes a defender, y cuando el ataque procede de sujetos inimputables (niños, enajenados, etc.).
Cerexio Mir (1995, 207) el doble fundamento de la legítima defensa: el primero se refleja en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión y el segundo sostiene que al impedir o repeler una agresión ilegítima se defiende el ordenamiento jurídico.

Como puede apreciarse, existe un consenso en la doctrina según el cual la legítima defensa se explica tanto por la necesidad de proteger el ordenamiento jurídico como por la defensa del propio interés individual.

Partiendo de lo anterior podemos definir la legítima defensa como un conflicto de intereses en el cual el interés del agredido debe prevalecer sobre el interés injusto del agresor, con las limitaciones que la ley impone\(^1\).

En cuanto a la naturaleza de la legítima defensa, la doctrina mayoritaria la considera una causa de justificación\(^2\). En este sentido, para Mendoza Troconis (1986, 27) la naturaleza de la legítima defensa es clara, considerando que la misma no es más que una causa de ausencia de antijuricidad, esto es, "el reconocimiento unánime de salvaguardar un interés preponderante en la colisión de intereses que existe, en cada caso entre

---

\(^1\) Arteaga Sánchez (1985, 130) sostiene que en la legítima defensa existe un conflicto de intereses donde el agresor "...pierde sus derechos por el ataque injusto y en consecuencia el Estado los sacrifica para dar valor a los del atacado". Según Hans Welzel (1993, 100) la "Legítima defensa es aquella requerida para repeler de si o de otro una agresión actual e ilegítima. Su pensamiento fundamental es que el derecho no tiene por qué ceder al injusto".

\(^2\) Aunque en un tiempo se confundió con una causa de inculpabilidad (Muñoz Conde 1999, 77).
agresor y agredido". Para concluir Mendoza Troconis (1986, 39) sostiene que "en nuestro sistema penal, la legítima defensa debe interpretarse como el ejercicio de un especial derecho y, por tanto, como causa de justificación fundamentada en la protección del derecho del agredido en el conflicto que surge con el derecho del agresor".

Desde nuestro punto de vista la legítima defensa constituye una causa de justificación ya que el ordenamiento jurídico no sólo está conformado por prohibiciones sino también por preceptos permissivos que autorizan a realizar un hecho típico. Por lo tanto, se trata de un supuesto excepcional de permisión para afectar un bien jurídico. Sin embargo, si se adopta la teoría de los elementos negativos del tipo la legítima defensa pudiera configurar una causa de atipicidad del hecho.
CAPITULO II. REQUISITOS DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

2.1 Agresión Ilegítima

2.1.1 La Agresión

Según Hans Welzel (1993, 101), "Por agresión debe entenderse la amenaza de lesión de intereses vitales jurídicamente protegidos (bienes jurídicos), proveniente de una conducta humana".

La agresión no implica acometimiento físico contra la persona, "sino la acción de puesta en peligro de algún bien jurídico". Según Luzón Peña (1978, 132 y SS) es necesario abandonar la idea de que la agresión implica acometimiento.

En el mismo orden de ideas, sostiene Reyes Echandía (1997, 111) que la agresión puede presentarse como "acción moral", en la medida en que la amenaza constituya un peligro de tal naturaleza que evidencie un daño más o menos inmediato.

Por otro lado, en cuanto al carácter de la agresión, ¿es necesario que esta sea dolosa? Según, Muñoz Conde (1999, 78) tanto la acción como la omisión deben constituir agresiones dolosas, es decir, el ataque al bien
jurídico debe ser intencional, por lo tanto no cabe legítima defensa frente a lesiones o puestas en peligro culposas.

Por el contrario, Jescheck (1978, 465) sostiene que no es preciso un comportamiento doloso por parte del agresor, de ahí que sea lícita la defensa frente a la agresión de personas que actúan bajo error o imprudentemente; inclusive, para el referido autor la legítima defensa resulta válida respecto del peligro que emana de una acción en sí no descuidada. Igualmente para Welzel (1993, 101) la agresión no requiere una acción de lesión final (dolosa).

Con relación al tema en estudio considero que cabe la legítima defensa frente a acciones de carácter culposo o imprudente. Puesto que la ley sólo exige que la agresión sea ilegítima, es decir, contraria a derecho, no es necesario que la agresión tenga carácter doloso. En efecto, tanto las conductas dolosas como las culposas pueden ser antijurídicas, cumpliéndose así con el requisito de antijuricidad (ilegitimidad) exigido por ley. Un ejemplo sería el caso del sujeto “A” que viene caminando descuidadamente por la calle y sin darse cuenta se abalanza contra otro sujeto “B”; en este caso “B” está en todo su derecho de repeler el ataque aun cuando éste sea de manera imprudente y no exista por parte de “A” la intención de causar un daño.
Por otra parte, no se exige que la agresión antijurídica proceda de un sujeto culpable (Mir Puig, 1996, 430). Por lo tanto, cabe legítima defensa frente a los actos de menores de edad e inimputables. En referencia a este punto, Luzón Peña (1978, 333) sostiene que la doctrina mayoritaria estima que sí cabe la legítima defensa frente a las agresiones procedentes de inimputables o no culpables dado que estos también pueden cometer una agresión antijurídica o ilegítima.

Al respecto sostiene Jescheck (1978, 470) que frente a niños, jóvenes inmaduros, ebrios, enfermos mentales, sujetos que actúan bajo error, imprudentemente o en estado de necesidad, el fundamento de la legítima defensa radica únicamente en la facultad de autodefensa, por lo tanto el agredido ha de limitarse a la protección de los bienes y sólo puede lesionar al agresor en caso de que no pueda rehuirle sin abandonar el interés protegido.

Un ejemplo sería el caso del menor de doce años que armado con un cuchillo ataca a un adulto que se defiende de igual forma con otro cuchillo; en este caso el adulto deberá defenderse, pero limitándose a repeler la agresión causando el mínimo daño posible.

Igualmente, se discute si la agresión puede consistir en una omisión. Así, para Jescheck (1978, 462) el concepto de agresión no siempre requiere un comportamiento activo, aun cuando no sean de fácil delimitación los casos
en que pueda considerarse constitutiva de agresión la pura inactividad. No obstante, según dicho autor, deberá considerarse como agresión la omisión en caso de que exista un deber de actuar sancionado jurídico penalmente o administrativamente. La agresión puede consistir en una "omisión" también, siempre que de la omisión misma derive la situación de necesidad. (Mendoza Troconis, 1986, 41 y 42).

Según Claus Roxin (1996, 613):

"Una agresión puede producirse también por una omisión... se desprende simultáneamente la limitación de la agresión por omisión a quienes tengan un deber de garantía; solo quien tenga que responder de la evitación del resultado puede agredir, puesto que a él se le imputa el resultado... La legítima defensa frente a una agresión omisiva se puede realizar, o bien obligando al garante a efectuar la actividad que evite el resultado, o bien siendo el propio tercero defensor quien evite el resultado".

En definitiva, quienes conciben a la agresión como acometimiento físico no pueden considerar que exista la posibilidad de que la agresión se halle constituida por una omisión. Pero en mi opinión la omisión puede constituir un ataque, siempre y cuando exista un deber previo de actuar, por lo que no se aceptarán los casos de omisión pura, sino los de comisión por omisión, en donde exista un deber jurídico de actuar de una determinada manera; el ejemplo más claro se presenta cuando un guardia de un establecimiento
penitenciario no quiere dejar en libertad a un recluso una vez que éste ha cumplido su condena.

2.1.2 La ilegitimidad de la agresión

Este requisito es el presupuesto principal de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación, por ejemplo del estado de necesidad (Muñoz Conde 1999, 78). En el mismo orden de ideas, sostiene Mendoza Troconis (1986, 41) que la agresión ilegítima es el hecho inicial que provoca el ejercicio del derecho, por tanto si falta la agresión carece la defensa de virtualidad jurídica y no pueden estimarse las otras circunstancias.

Para Bacigalupo (1996, 124) "La agresión es ilegítima cuando es antijurídica. No es necesario que, a su vez, constituya un delito."

La agresión, según el numeral primero del artículo 65 del Código Penal Venezolano debe ser ilegítima, es decir, antijurídica, contraría a Derecho. Es importante destacar que para que la agresión sea considerada como tal deberá ser ejercida sin que el agresor en ese momento esté cubierto por un derecho, por lo que no podríamos considerar agresión ilegítima el acometimiento físico ejercido por la autoridad en el ejercicio de sus actividades, siempre y cuando dicha autoridad esté actuando bajo el marco de la ley y no abusando de las atribuciones que le otorga su competencia.
Por lo tanto, en el caso de que la autoridad ejerciera ilegítimamente sus competencias, extralimitándose así en el ejercicio de sus funciones, el sujeto agredido estaría en capacidad de defenderse legítimamente.

El proyecto de reforma de la parte general del Código Penal venezolano, realizado por la Comisión especial de la Asamblea Nacional para la reforma del Código Penal y Código de Justicia Militar (www.asambleanacional.gov.ve), establece en el literal “a” del artículo 65 relativo a la legítima defensa, lo siguiente:

“No es punible quien obra (omissis): 4) En defensa de su propia persona o derechos, o en defensa de otra persona o sus derechos, siempre que concurran las siguientes circunstancias (omissis): b.- Agresión injusta, actual o inminente, por parte del que resulta ofendido por el hecho”.

El proyecto de reforma, al referirse a la agresión, cambia el término de “ilegítima” por el de “injusta”. Este cambio se presta a confusión puesto que el término “agresión injusta” se puede interpretar de distintas maneras; en nuestra opinión el término apropiado hubiese sido el de agresión antijurídica, es decir, contraria a derecho. En referencia a este punto Mendoza Arévalo (1975, 56) hace referencia a lo sostenido por Jiménez de Asúa en su libro la Ley y el Delito, en el cual empleó la palabra injusta para definir la agresión, pero que después cambió por ilegítima, sosteniendo que “le parecía mejor el
adjetivo ilegítima para caracterizar la agresión, en vez de injusta. Puesto que la injusticia es un término excesivamente jurídico y requiere una reprobación sancionatoria del derecho, aunque no sea la sanción penal”.

Con respecto a la agresión antijurídica, Jakobs (1997, 463) sostiene que ésta no se presenta cuando aquel que amenaza en producir una lesión realiza un comportamiento sin peligro en sí, que sólo amenaza con convertirse en lesión de un bien porque la víctima a su vez se sitúa imputablemente en el ámbito de efectividad del comportamiento. Ejemplos: quien se arroja a un vehículo en marcha no es atacado por su conductor, quien se esconde en la biblioteca a la hora de cerrar no es atacado por el conserje que lo deja encerrado, etc. En estos supuestos, sostiene Jakobs, la propia víctima potencial ha convertido en peligroso el curso causal no peligroso, de modo que debe soportar el gravamen de la solución del conflicto.

Por lo tanto, de acuerdo a la opinión de Jakobs, no cabría legítima defensa cuando la agresión puede imputarse al sujeto activo de la legítima defensa, de lo cual se desprende que para este autor la agresión debe ser típica. Esta última conclusión se confirma si se toma en cuenta la opinión de Jakobs según la cual no cabe legítima defensa en el caso de que el acto del supuesto agresor se encuentre dentro de los límites del riesgo permitido.
En sentido similar sostiene Luzón Peña (1978, 149) que no deben ser consideradas agresiones las acciones que no impliquen peligro para el bien jurídico, ya que hay acciones antijurídicas las cuales no entrañan peligro para los referidos bienes, por lo tanto no se considerarían agresiones.

En opinión del autor para que una agresión sea considerada peligrosa es necesario que ésta conlleve el riesgo de causar un daño, por lo que si no existe dicho riesgo, no podrá hablarse de legítima defensa por encontrarse el sujeto o sus bienes fuera de peligro.

2.1.3 Actualidad de la agresión

La agresión además de ser ilegítima debe ser actual. (Mir Puig, 1996, 431). Para Roxin (1997, 620) “hay agresión actual en una conducta que, aunque aún no lesiona ningún derecho, puede transformarse inmediatamente en una lesión, de tal manera que el aplazar la acción defensiva también podría peligrar el éxito de ésta”.

En el mismo orden de ideas, Jiménez de Asúa (1980, 294) sostiene también que la agresión debe ser actual, puesto que “no cabe defensa contra ataques pasados, porque nuestra reacción sería vengativa y no precautoria”, sin

---

1 Así, Grisanti Avelado (1999, 140) sostiene que la legítima defensa no procede frente a agresiones pasadas que han sido neutralizadas y que actualmente no tienen potencia ofensiva alguna.
embargo la defensa no sólo puede ejercerse contra una agresión actual sino que también es posible contra una agresión inminente.

Para Bacigalupo (1996, 124), “la agresión es actual mientras se está desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a la agresión, es equivalente a la actualidad”.

La agresión se actualiza cuando la conducta del agresor deja la etapa preparatoria del delito y constituye un comienzo de ejecución del hecho. Por lo tanto, solo cabe legítima defensa desde el comienzo de ejecución y mientras dure el mismo. La defensa posterior será venganza (Mir Puig, 1996, 431).


“La agresión es actual si es inminente o si aun perdura. No es necesario que la agresión haya alcanzado ya el carácter de tentativa punible de delito. La agresión perdura aun después de la consumación formal de un delito mientras ella mantiene todavía intensivamente la lesión del bien jurídico; de ahí que es admisible la legítima defensa en contra del ladrón que huye con el botín”. (resaltado nuestro-).

Para Jakobs (1997, 469) el ataque es actual si es inminente, (ejemplo: el agresor coge el arma para disparar inmediatamente), si es posible interrumpir el mismo, o acaba de tener lugar de un modo reversible. Así pues, según Jakobs (1997, 468 y SS), el agredido no tiene por qué esperar a recibir el
primer golpe, ni renunciar a arrebatar el botín al agresor, únicamente hace falta que su acción suponga una reacción inmediata a la agresión.

En conclusión, es el estado de peligro actual e inminente lo que legitima la defensa de un particular, es decir, que la agresión sea la respuesta natural ante la imposibilidad de asistencia de las autoridades competentes.

Cuestión importante es determinar si el requisito de la actualidad de la agresión concurre en el caso de los dispositivos de defensa preestablecidos, como sería el caso de las alambradas que protegen las casas, rejas eléctricas, etc. Al respecto un sector de la doctrina sostiene que en estos casos no concurre la legítima defensa, porque faltan varios requisitos como serían, entre otros, la actualidad de la agresión (Reyes Echandía, 1997, 184).

En relación a este punto, Jiménez de Asúa (1980, 293) establece “que esas medidas precautorias contra ataques futuros, son legítimas, siempre que la acción del aparato protector no comience hasta que llegue el ataque y que la gravedad de las consecuencias no traspase los límites de la necesidad y de la proporción.”

Por otro lado, Hans Welzel (1993, 103) expresa que los efectos de las instalaciones para la defensa propia también tienen que mantenerse en el marco de la “requerido”. Y “Lo requerido es independiente de una proporcionalidad entre el bien agredido y la lesión necesaria para su
protección. De ahí que también bienes materiales, llegado el caso, pueden ser protegidos mediante la muerte del agresor (pues tampoco en estos casos el Derecho precisa ceder ante lo injusto)

En opinión del autor, dichos aparatos actúan en defensa legítima de sus derechos, ya sea el de propiedad o el de la vida, siempre que el mecanismo se active en el momento que alguien agreda la propiedad o la vida. Así, Claus Roxin (1996, 622) establece que:

"Lo propio sucede en la cuestión de si está amparada por legítima defensa la colocación de armas que se disparan automáticamente, cepos u otros objetos defensivos similares: en esos casos no falta la actualidad de la agresión aunque dichos aparatos se instalen bastante tiempo antes de la agresión, con tal de que la defensa se ponga en marcha precisamente en el momento de la agresión".

Como bien expresa Rayas Echandía (1997, 187), si no estoy en condiciones de vigilar todo el día los objetos de mi propiedad ¿por qué razón un objeto no puede actuar como yo lo haría en el momento oportuno?

2.2 Defensa Necesaria

2.2.1 Bienes defendibles

2 En este sentido, Jiménez de Asúa, (1980, 293)
Enrique Bacigalupo (1996, 124) sostiene que Cualquier bien jurídico puede ser objeto de una agresión y, por lo tanto, defendible. Igualmente expresa José Cerezo Mir (1995, 219) que son defendibles todos los bienes jurídicos cuyo portador sea un individuo o una persona jurídica, aunque no gozan de protección jurídico-penal.  

Con relación a esto señala el autor que no existe limitación alguna respecto de los bienes personales susceptibles de defensa, siempre que los mismos sean individuales, es decir, cuyo titular sea una persona individual. Por lo tanto, no cabe la legítima defensa de bienes supraindividuales, por ejemplo la salud pública: la persona que evita que un traficante de drogas realice una venta a otra persona no actúa en legítima defensa.

Ahora bien, ¿cabe la legítima defensa de bienes de personas jurídicas, inclusive el Estado? La doctrina dominante se pronuncia afirmativamente. Según Luzón Peña (1978, 535) nada se opone a admitir su defensa puesto que se trata de bienes jurídicos de una persona concreta, titular de derechos inclusive bienes del Estado ya que éste también constituye una persona jurídica.


4 Según Luzón Peña no cabe la defensa de bienes supraindividuales (1978, 384)
En igual sentido sostiene Jescheck (1978, 463) que los bienes jurídicos del Estado y de otras personas jurídicas de Derecho público son defendibles si poseen carácter individual, como sería el caso de la propiedad pública, la cual puede ser defendida de hurtos y daños.

Jiménez de Asúa (1980, 291) sostiene que del texto de la ley, estudiado bajo el elemento sistemático de la interpretación, se desprende que al hablar de "personas o derechos" se hace posible la defensa de toda clase de derechos, vida, integridad corporal, libertad pudor, honor, patrimonio....". De aquí se podría deducir que las personas jurídicas sí son susceptibles de legítima defensa, en virtud de que ellas son titulares de derechos y por ende ante una situación que los ponga en peligro tendrán la necesidad de defenderlos.

Establece José Cerezo Mír (1995, 210) que:

"Sólo cuando el Estado actué como persona jurídica serán sus bienes jurídicos (la propiedad, por ejemplo) susceptibles de legítima defensa. Frente a una agresión ilegítima a bienes jurídicos supraindividuales, que no implique al mismo tiempo un ataque a bienes jurídicos cuyo portador sea el individuo, cabrá invocar únicamente, cuando se den sus requisitos, la eximente de estado de necesidad, o, si el que actúa es la autoridad o uno de sus agentes la eximente de obrar en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo".

En el mismo orden de ideas, se presenta la interrogante de si es posible considerar agresoras a las personas jurídicas.
Según Claus Roxin (1997, 611):

"Tampoco pueden considerarse agresoras a las personas jurídicas (contra una opinión muy extendida en Derecho civil), por que las mismas no pueden actuar en el sentido de derecho penal y no son asequibles a la eficacia preventivogeneral y del prevalecimiento del Derecho. Por tanto no se puede actuar en legítima defensa frente a una asociación, una sociedad anónima o el Estado. Pero en cambio, por su puesto sí existe derecho a la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica (p. ej. funcionarios o policías), cuando actúen antijurídicamente".

Compartimos la opinión de Roxin, en el sentido de que las personas jurídicas "per se" no pueden ser sujetos generadores de agresiones, puesto que éstas no tienen voluntad propia. Si las personas jurídicas no pueden responder penalmente por sus conductas, mal pueden ser sujetos de agresiones ilegítimas que den origen a legítima defensa.

Por otro lado, algunos autores sostienen que la vida en formación también constituye un bien susceptible de legítima defensa. En tal sentido, Reyes Echandía (1997, 147 y 148) admite tal posibilidad ya que no se trata de tutelar la mera expectativa de derecho sino de proteger un real y verdadero derecho constituido por la vida intrauterina. Por su parte Luzón Peña (1978, 551) sostiene que "la vida del feto no es un bien jurídico de una persona (porque el feto no es aun ‘persona’) y consiguientemente no es legítimamente defendible. Se podrá discutir si se trata de un bien jurídico
peculiar, de carácter mixto, en cuanto a que por un lado su protección se debe a intereses comunitarios y, por otro, la vida humana en formación es valiosa por sí misma, pero en cualquier caso no es un bien jurídico personal.

No cabe por ello actuar en legítima defensa para impedir un aborto realizado por la embarazada o consentido por ella; sí cabrá, en cambio, defensa contra el aborto no consentido, pues en tal caso se ataca a la libertad o incluso seguridad de la futura madre."

En nuestra opinión, debería aceptarse la defensa del feto por terceros, aún cuando la vida intrauterina no sea considerada persona y por ende carezca de personalidad jurídica. La vida embrionaria es susceptible de defensa en virtud de que: en primer lugar la interrupción de ésta es per se considerada delito, tipificado en los artículos 432 y SS del Código Penal venezolano, y en este caso el tercero lo que estaría evitando con su acción es la comisión de un delito; en segundo lugar, aún cuando el feto como ya se dijo anteriormente no sea considerado persona, éste conlleva un interés tangible, constituido por la vida en formación.

En cuanto al consentimiento o no de la madre en la comisión del aborto, en mi opinión el mismo no merece ninguna consideración, en el sentido de que dicho acto, es decir, el aborto es un delito reconocido y tipificado por el Código Penal Venezolano, por lo que el feto podrá ser sujeto de defensa por parte de terceros.
Al respecto establece Claus Roxin (1997, 624) que:

“También es legitimamente defendible la vida en formación, dado que está protegida incluso por la Constitución como titular autónomo de un bien jurídico. Ello no resulta problemático si se intenta un aborto contra la voluntad de la embarazada; pero en tales casos concurre simultáneamente una legítima defensa de terceros a favor de la embarazada, por lo que el resultado no depende de la defendibilidad de la vida en formación.

Pero ¿se puede impedir físicamente a la propia embarazada y a su cooperador que realicen una interrupción del embarazo no autorizada? La respuesta ha de ser afirmativa, pues en la medida en que la vida en formación es reconocida como sujeto de derecho autónomo, también ha de poder ser defendida mediante la legítima defensa de un tercero. No obstante, habrá que examinar cuidadosamente la necesidad del medio defensivo, ya que en muchos casos bastará con amenazar con una denuncia penal”.

En cuanto al cadáver, la doctrina sostiene que como éste no es persona, tampoco es un bien jurídico defendible (Luzón Peña, 1978). En nuestra opinión, se le debería dar el mismo tratamiento que se le aplica a la vida intrauterina, en el sentido de que la misma también representa un interés protegido por la comunidad, concretamente el respeto, honor, que merecen los difuntos.
2.2.2 Necesidad de la defensa

El Código Penal Venezolano exige en su artículo 65, numeral segundo que exista "necesidad del medio empleado para impedirla o repelerla" (la agresión).

En nuestra opinión, si no existe la necesidad de defenderse frente a un ataque antijurídico no es posible aplicar esta causa de justificación, puesto que es condición obligatoria que el sujeto que se defiende tenga la "necesidad" de repeler o impedir la agresión, es decir, no tenga otra opción racional que escoger.

Para Jiménez de Asúa (1980, 297) "la necesidad debe ser requisito de la defensa, mas no una condición de la que podamos prescindir y sin la cual habría defensa excesiva, sino auténtica conditio sine qua non. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin necesidad."

Mir Puig (1996, 434) diferencia entre la necesidad abstracta y la necesidad concreta de la defensa; la necesidad abstracta está representada por la necesidad de defenderse y la necesidad concreta se configura por la necesidad del medio defensivo concretamente empleado. La distinción tiene
consecuencias importantes: si falta toda necesidad de defenderse no cabe apreciar ni la legítima defensa completa ni la eximente incompleta puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; si, en cambio, habiendo necesidad de defenderse, la defensa concretamente empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta.

Igualmente, sostiene Mir Puig (1996, 434) que la necesidad ha de ser racional, entendiendo por tal adjetivo una necesidad aproximada, no estricta, para cualquier persona de las características del autor colocada en su situación en el momento de defenderse.

Ahora bien, ¿cómo se determina la necesidad de la defensa: en abstracto o en concreto? Nuestra opinión se inclina por una solución ecléctica, en vista de que si no existe necesidad de defenderse (necesidad abstracta) no habrá necesidad de emplear ningún medio defensivo específico (necesidad concreta). La necesidad concreta es consecuencia de la necesidad abstracta. Si bien es verdad que el Código Penal venezolano prevé en el numeral segundo del artículo 65 la “Necesidad del medio empleado para impedir o repelerla”, es decir, establece la necesidad concreta, ésta, en nuestra opinión, no puede existir sin que originariamente se haya producido una agresión y en consecuencia la necesidad de defenderse, de lo que se deriva que no podrá aplicarse la legítima defensa en caso de que falte toda necesidad de defenderse (necesidad abstracta).
Por otro lado, ¿cuando se aplica lo relativo al exceso en la defensa? En nuestra opinión, si la defensa se prolonga más tiempo del que dura la actualidad de la agresión no cabrá la posibilidad de aplicar la legítima defensa, puesto que en algún momento ha cesado la necesidad de defensa, en virtud de que la agresión perdió su actualidad. En cambio, si la agresión tiene carácter actual pero al momento de defenderse el sujeto ha debido utilizar un medio menos lesivo, se puede considerar el exceso en la defensa, en virtud de que el agredido tenía la necesidad de defenderse, sólo que éste se excedió en los medios que utilizó.

Jescheck (1978, 467) expresa que "La acción defensiva sólo está justificada si resulta necesaria. La necesariedad ha de juzgarse según la totalidad de circunstancias en las que tiene lugar la agresión y la defensa, y en particular en base a la intensidad de la agresión, a la peligrosidad del agresor y su forma de proceder, así como en atención a los medios de que se disponga para la defensa. La necesariedad de la defensa debe enjuiciarse objetivamente y ex ante, es decir, según la contemplación de las circunstancias desde la perspectiva de un tercero prudente colocado en la situación del agredido. Éste no precisa, en cualquier caso, limitarse al mero rechazo de la agresión, sino que puede defenderse contraatacando. En principio, la comprobación de la necesariedad de la acción defensiva no requiere la ponderación de los valores respecto de los bienes afectados. Por
consecuente, el agredido puede llegar, si es preciso, a defenderse del apoderamiento violento de su billetera produciendo incluso la muerte de su agresor, siempre que no le quede ninguna posibilidad de defensa menos lesiva. En el supuesto de que la acción de defensa determine consecuencias involuntarias de mayor alcance de lo necesario para repeler la agresión, el resultado más grave producido quedará cubierto también por la legítima defensa, pues sólo importa para ella la necesariedad de la acción defensiva.

Consideramos desproporcionada la opinión establecida por Jeschek, en cuanto a la posibilidad que tiene el sujeto activo de la legítima defensa de, en cualquier circunstancia, ocasionar la muerte del agresor. En todo caso, deberán estudiarse dichas circunstancias en concreto para poder determinar si el medio utilizado para repeler la agresión fue el más adecuado, es decir, es necesario determinar si no era posible una solución menos lesiva que dar muerte al agresor; en virtud de que la acción defensiva no puede ir más allá de lo necesario para repeler con eficacia la agresión.

Es importante destacar que el sujeto que se defiende debe escoger la acción menos dañosa para defenderse, ahora bien si por las circunstancias de la situación en concreto no le fue posible defenderse con el medio menos lesivo, pues la urgencia del momento no le permitió realizar un examen frío de todas las posibilidades, de igual forma estará amparado por la legítima defensa, puesto que el sujeto no está obligado a soportar la agresión.
En el mismo orden de ideas Claus Roxin (1997, 628 y ss) sostiene que necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. Roxin transcribe la opinión del Tribunal Supremo alemán al expresar: "El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como medios defensivos los medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro". De igual forma aclara Roxin (1997, 628 y ss) que el principio del medio menos lesivo resulta relativizado por el hecho de que el agredido no tiene por qué correr ningún riesgo ya que no está obligado a recurrir a medios defensivos menos peligrosos si es dudosa su eficacia para la defensa.

En conclusión, nosotros establecemos que el agredido debe emplear el instrumento o medio defensivo que, causando el menor daño posible al agresor, sea eficaz para repeler la agresión, en todos aquellos casos en que sea posible escoger el medio defensivo. Cuando no tenga otra opción que reaccionar con lo que tiene, se aceptará como proporcionada su respuesta al ataque, por qué no le era exigible en esa circunstancia una conducta diferente.
Para Mezger (1955, 170 y ss) la defensa debe ser necesaria para alejar el ataque, agregando que este requisito debe ser examinado en cada caso, de acuerdo con criterios objetivos, por lo tanto una creencia errónea puede excluir, según las circunstancias, el dolo del autor. Se trataría de un caso de error, que trataremos más adelante.

En cuanto a la tan discutida proporcionalidad que debe existir entre la agresión y el medio para repelerla Claus Roxin (1997, 632) establece lo siguiente:

"La necesidad de la defensa no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causado y el impedido...Bien es cierto que actualmente en casos especiales, p. ej. Ante agresiones totalmente insignificantes, se exige con razón una cierta proporcionalidad pero tales restricciones "ético-sociales" no son un problema de la "necesidad", sino que afectan al "carácter requerido (o indicado)" de la legítima defensa. En el célebre caso de laboratorio en que un anciano inválido sólo puede defendese frente a un muchacho que le está hurtando una manzana derribándolo del árbol de un disparo, este disparo será por lo dicho, sino existe ningún otro medio, efectivamente necesario para la defensa; pero en ejercicio así de la legítima defensa supone un abuso de derecho y por eso no está "requerido o indicado". Pero la proporcionalidad no influye absolutamente para nada en la necesidad como tal".

En definitiva, en cuanto a la proporcionalidad de la defensa, desde nuestro punto de vista, lo que significa es que la defensa debe ser acorde con la gravedad de la agresión y atendiendo a las circunstancias particulares.
Porque, como se dijo anteriormente, el agredido está facultado para defenderse con el medio que considere apropiado de acuerdo a las circunstancias concretas.

2.2.3 Elemento subjetivo de la defensa

El elemento subjetivo consiste según el Diccionario de Ciencias Penales (2000, 231) “En ánimos o fines específicos, distintos del dolo y la imprudencia, requeridos expresamente por la descripción legal sin cuya concurrencia la conducta no es típica ni antijurídica”.

Con relación al elemento subjetivo de la causa de justificación Sanz Morán (1993, 4) engloba dos cuestiones distintas pero estrechamente relacionadas: primero, la del error sobre la justificación y el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, y segundo el problema de los elementos subjetivos de justificación donde se discute que la situación objetiva debe encontrar reflejo en la conciencia y voluntad de quien actúa.

En este punto nos referiremos solamente al segundo aspecto señalado por Sanz Morán (1993, 14 y ss) este hace mención a algunos ejemplos muy característicos propuestos por la doctrina alemana:

“El denominado caso ALBRECHT, recogido por BINDING: un joven quiere matar a su padrastro y cuando con tal finalidad penetra armado en su alcoba, le encuentra en el instante de
aconsejar con intención homicida, a su mujer. La acción agresiva del joven se transforma así en defensa necesaria de su madre..."

"DOHNA, plantea el caso del gambero que arroja una piedra contra la ventana desconociendo que en aquella vivienda está a punto de perecer por asfixia un niño de corta edad, quien resulta de esta manera salvado."

"OEHLER, propone un caso aún más artificioso: A dispara a su enemigo B, por odio, cuando éste entra en casa de A, sin darse cuenta que en el momento inmediatamente anterior B pensaba hacer lo mismo."

De igual forma, Sanz Morán (1993, 14 y ss) expone otros ejemplos de doctrina más reciente, entre ellos está el propuesto por SPENDEL "Una mujer irritada golpea fuertemente con un rodillo a un delincuente armado que fuerza de noche la puerta de su vivienda, confundiendo con su marido, quien frecuentemente vuelve a casa, completamente ebrio a esa misma hora."

Finalmente, cierra la ejemplificación con algún supuesto alusivo, no a la justificación de un hecho típico dolosamente realizado por el autor, sino a la de un hecho culposo, ejemplos propuestos por HAFT Y STRATENWERTH:

"Un médico conduce imprudentemente hacia el lugar del accidente, donde su ayuda puede resultar valiosa, sin saber, no obstante, nada de tal accidente."
“El médico no sabe que su paciente a causa de una repentina complicación, se encuentra en peligro de muerte y conduce hacia él a velocidad no permitida sólo porque no quiere que se le pase la hora de comienzo del concierto”.

Por lo tanto, el problema radica en si es necesario en que la persona que actúa en legítima defensa sepa que la agresión existe, y además quiera defenderse. La doctrina mayoritaria se pronuncia por exigir el mencionado requisito.

Así, Enrique Bacigalupo (1996, 127) sostiene que puede considerarse hoy opinión dominante la necesidad de que el que se defiende haya obrado conociendo las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse (animus defendendi).

Para Jorge Frias Caballero, Diego Codino y Rodrigo Codino (1996, 214 y SS) es preciso que el agente actúe conociendo la situación de peligro emergente de la agresión ilegítima, a la vez que con voluntad de defenderse. En igual sentido, establece José Cerezo Mir (1995, 239) que el defensor ha de actuar con ánimo o voluntad de defender la persona o derechos propios o ajenos.

Asimismo, Hans Welzel, (1993, 105) establece que, “La acción de defensa es aquella ejecutada con el propósito de defenderse de la agresión. El que se defiende tiene que conocer la agresión actual y tener la voluntad de defensa”.

En el mismo orden de ideas, Claus Roxin (1997, 667) sostiene que para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legitimidad defensiva; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa. Si el sujeto no es consciente de la situación de legitimidad defensiva que objetivamente concurre su acción deberá enjuiciarse como tentativa imposible (inidónea).

En este sentido, sostiene Mir Puig (1996, 436), que el elemento subjetivo de la legitimidad defensiva consiste en el conocer y querer los presupuestos objetivos de la situación, por lo tanto, el sujeto debe saber que se defiende de una agresión ilegítima.

Luego de realizar una investigación exhaustiva en la doctrina, consideramos que efectivamente para que exista la legitimidad defensiva es necesario que el sujeto que se defiende tenga la intención de hacerlo, puesto que de lo contrario no operará esta causa de justificación. Si bien se acepta que la legitimidad defensiva por ser una causa de justificación tenga naturaleza objetiva, ello no elimina la posibilidad de exigir en ella un elemento subjetivo, concretamente el ánimo de defensa.

No obstante, en Venezuela se sigue la opinión minoritaria de no exigir el señalado elemento subjetivo de la legitimidad defensa, vgr. Arteaga Sánchez
(1985, 190) quien se pronuncia por la negativa en razón de que la ley positiva no hace referencia expresa al citado requisito.

En nuestra opinión este requisito constituye una condición *sine qua non* para que opere la legítima defensa. En efecto, el Código Penal venezolano en su artículo 65 ordinal tercero alude a la persona que "pretenda haber obrado en defensa propia": ¿quiere decir dicha expresión que el sujeto activo de la legítima defensa debe perseguir defenderse? ¿debía el sujeto activo saber que se está defendiendo? Aun cuando la doctrina venezolana no considera dicha norma como reguladora del elemento subjetivo, en nuestra opinión la solución es clara: "pretender" obrar el legítima defensa significa perseguir defenderse.

2.3 Falta de provocación suficiente

Según Muñoz Conde (1999, 79):

"Una interpretación estricta de este requisito llevaría en principio a la injusta conclusión de que cuando la agresión es consecuencia de una previa provocación del que luego se defiende ante ella, en ningún caso cabe apreciar legítima defensa. Sin embargo, esta interpretación podrá conducir a una pura responsabilidad por el resultado, si se niega toda posibilidad de defenderse a quien ciertamente provocó la agresión, pero no con la entidad con que ésta se produjo. (El sujeto, por ejemplo, empuja al contrario, pero éste reacciona violentamente atacándolo con un hacha)."
Para Mir Puig (1996, 437) constituye requisito específico de la legítima defensa de la propia persona o derechos, la falta de provocación suficiente por parte del defensor: "En primer lugar, según la opinión dominante el requisito de falta de provocación no tiene el carácter de fundamental, por lo que si sólo falta el mismo cabe la atenuación propia de la eximiente incompleta. En segundo lugar, la ley solo excluye el requisito si la provocación es <suficiente>".

Jiménez de Asúa (1980, 280) establece que "el quid está en saber cuándo la provocación ha de ser suficiente...Puede haber provocación suficiente sin llegar a constituir agresión". Para el referido autor, este problema debe resolverse mediante un proceso empírico-cultural.

Estima Mendoza Troconis (1986, 48) que la provocación suficiente exigida por el legislador excluye la idea de provocación sin importancia, por tanto, un reclamo, una leve injuria, una represión, una lesión, producida en un ímpetu de ira, no son provocaciones suficientes que anulen la defensa del causante de ellas.

En relación a este punto Tulio Chiossone (1981, 131) sostiene que es difícil situación para el juzgador determinar si existe provocación suficiente, pues "la provocación es un hecho que guarda relación con la capacidad intelectual y con la psicosis de aquel contra quien obra". Finalmente expresa Chiossone
que posiblemente sería más acertada la fórmula que establece la
proporcionalidad entre la ofensa y la defensa.

Para Enrique Bacigalupo (1996, 126 y ss)

"La pérdida del derecho de defensa para el que es agredido
ilícitamente está condicionada por una provocación que no
necesita ser antijurídica pero que debe ser "suficiente". Ello
significa que la provocación debe consistir en un estímulo de
una agresión antijurídica, pero no-culpable por razón de dicho
estímulo. Bajo tales circunstancias la "provocación suficiente"
será la que determine un estado de inimputabilidad en el
agresor y que excluya, por lo tanto, el fundamento de un
derecho de defensa completo, como frente a ebrios, enfermos
mentales, niños, etc. Por ser innecesaria la ratificación del
orden jurídico en esos casos. Desde este punto de vista es
indiferente que la provocación sea intencional o no. Este
requisito no es necesario cuando se trata de la defensa de otro".

Jorge Frías Caballero, Diego Codino, Rodrigo Codino (1996, 213 y ss)
sostienen que "...provocación suficiente no es un comportamiento que llegue
al extremo de ser, en sí mismo, una agresión ilegítima, pues en este caso el
agresor se convierte en agredido y, por consiguiente, legitimado en su
defensa. Excluido este extremo, la provocación puede estar constituida por
todo acto que sea causa de la agresión ilegítima. Pero esa causa ha de ser
eficiente, esto es, adecuada para explicar (no justificar) la agresión. Las
dificultades prácticas de alcanzar una delimitación aceptable entre lo
suficiente y lo insuficiente únicamente pueden examinarse caso por caso, sin que exista al respecto ninguna norma de validez general”.

Para José Cerezo Mir (1995, 240):

“El código no define la provocación. No es preciso que la provocación sea una conducta ilícita, es decir, contraria a derecho. Puede provocar la agresión una conducta simplemente contraria a las normas de la ética social realmente vigentes en la sociedad, o a los usos sociales”

“La provocación puede consistir en una acción o en una omisión. La acción no es preciso que esté dirigida al fin de desencadenar la respuesta agresora”.

“Es indudable que no podrá estimarse como suficiente toda provocación que haya dado lugar a la respuesta agresora, es decir, que sea una condición sin la cual la agresión ilegítima del provocado no se hubiera producido”.

En nuestra opinión, provocación intencional es aquella incitación directa e inequívoca que se le dirige a un sujeto en particular, con el fin de que este realice una determinada conducta. Personalmente compartimos la opinión de Chiossone en el sentido de que lo que para unos puede ser provocación, puede que para otros no lo sea y esto dependerá del grado intelectual y de apreciación de cada sujeto, aunado al hecho de que hasta la fecha no existe
en la legislación venezolana normas establecidas que determinen cuando cierta conducta puede constituir provocación suficiente y cuando no.

Por otro lado, Mir Puig (1996, 438) considera provocación suficiente únicamente la provocación intencional, esto es aquella que se produce por el sujeto con la intención de determinar la agresión por parte del provocado con el objeto de poder lesionarle a través de la defensa. En casos como estos, la doctrina alemana dominante excluye la posibilidad de legítima defensa. Para sustentar su posición Mir Puig expone el siguiente ejemplo: “el amante, conocedor de las amenazas de muerte que contra el ha efectuado el marido burlado, y sabiendo que este incluso se ha procurado una pistola para hacerla efectiva llegado el caso, la espera con la mujer en el domicilio conyugal para provocar una situación de agresión por parte del marido y poderle matar al defenderse; el marido hubiera dado muerte al provocador si éste no se hubiese defendido matándole antes.

Ahora bien, Mir Puig hace referencia a lo que según el autor podría llamarse “provocación suficiente encubierta” que se configura cuando la persona que alega la legítima defensa no es inocente, sino que más bien ha provocado la agresión, pero de manera tal que lo hace parecer el agredido y de esta manera poder atacar quedando así amparado por la legítima defensa.
En cuanto a este punto, consideramos que este requisito se resume a la falta de "inocencia" del autor de la "defensa".
CAPITULO III. ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION (DEFENSA PUTATIVA)

Reyes Echandía (1997, 188) define la defensa putativa como, "El fenómeno en virtud del cual una persona reacciona ante una agresión que no existe en la realidad, pero que aquélla cree verdadera en razón de equivocada interpretación perceptiva".

Según Jiménez de Asúa (1980, 300) la defensa putativa es "la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente, nos hace pensar que es necesaria la defensa". Caso de los jóvenes que asustan a un compañero y éste se cree que efectivamente está siendo víctima de una verdadera agresión y se defiende causando la muerte de uno de sus amigos.

Un ejemplo claro se presenta cuando "A" dispara a "B" en el momento que "B" se llevaba la mano a la cintura, puesto que "A" creía que "B" iba a desenfundar un arma para atacarlo. Como puede apreciarse en este caso nos encontramos ante un supuesto de error y no de legítima defensa.

En tal sentido, Grisanti Aveledo (1999, 146) sostiene que la diferencia entre legítima defensa y defensa putativa es obvia y evidente: la legítima defensa es una causa de justificación, en la que realmente existe una agresión ilegítima; la defensa putativa o inculpable es una causa de inculpabilidad, por
el agente cree ser víctima de una agresión ilegítima que en realidad objetivamente no existe.

Como puede apreciarse, cuando existe este supuesto de error no es posible hablar de legítima defensa ya que no se presentan los requisitos esenciales de la referida causa de justificación, porque el sujeto cree ser víctima de una agresión que en realidad no existe.

El problema fundamental de la legítima defensa es determinar ante qué clase de error estamos Así, la doctrina distingue entre el error sobre los elementos del tipo (error de tipo), el cual se caracteriza por un desconocimiento de los elementos que exige el tipo penal (v.gr., disparar contra una persona creyendo que es un animal. En este caso el sujeto que dispara desconoce un elemento del tipo de homicidio, la condición de "persona". Por lo tanto, el sujeto mata por error), y el error de prohibición, que implica desconocimiento de que el hecho está prohibido por el derecho (así, el guardia de la cárcel que dispara contra el reo que se fuga porque considera que existe una norma que le permite tal acción). El error de tipo, como sostiene la doctrina moderna, implica una ausencia de tipo, y el error de prohibición ausencia de culpabilidad.

Ahora bien, en cuanto a determinar ante qué clase de error estamos, es importante señalar que existen dos (2) posiciones al respecto; la primera
constituida por los que consideran a la legítima defensa putativa un error de prohibición basándose en la llamada teoría estricta de la culpabilidad, según la cual el error sobre una causa de justificación será siempre error de prohibición, que atenua o excluye la culpabilidad según sea vencible o invencible (Mir Puig, 1996, 440). En referencia a lo antes expuesto, es importante destacar que dicha posición ha sido superada por la doctrina mayoritaria, cediéndole el paso a la corriente que considera la legítima defensa putativa como un error de tipo. Así, para Mir Puig (1996, 440) en la referida institución concurre un error de tipo, aunque el error no afecte el tipo del delito, pues para él sí afecta a la situación descrita en el tipo de la legítima defensa (error de tipo negativo) y no sólo su regulación jurídica.

En el mismo orden de ideas Jeschek (1978, 475) sostiene que si el autor actúa bajo error (legítima defensa putativa) la defensa será antijurídica. Se tratará entonces, según dicho autor, de un error sobre el tipo permisivo, relativo a los presupuestos de la legítima defensa que debe contemplarse como un error *sui generis*. 
CAPITULO IV. EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA

El Código penal venezolano, en su artículo 66 regula el exceso en la defensa de la siguiente forma:

“El que traspasare los límites impuestos por la ley en el caso del número 1 del artículo anterior, y por la autoridad que dio la orden en el caso del número 2 del mismo, y el que se excediere en la defensa, o en los medios empleados para salvarse del peligro grave e inminente, haciendo más de lo necesario, será castigado con la pena correspondiente, disminuida desde uno a dos tercios. La pena pecuniaria se aplicará con disminución de la mitad”.

Por lo tanto, para que una conducta encuadre dentro de los supuestos de la legítima defensa debe cumplir con ciertos requisitos y debe estar enmarcada dentro de ciertos límites. Estos límites los ha creado el legislador con el fin de determinar cuándo una conducta se excede en el ejercicio de la defensa legítima.

Dicho exceso ha sido clasificado por Miguel Flores Sedek (1996, 132 y SS), de la siguiente forma:

“Exceso doloso: se produce cuando hay conciencia de la extralimitación con su secuela de premeditación y consecuencias, y pudiendo reflejarse -por ejemplo- en un acto vengativo, o nacido de la enemistad o ira.”
Exceso culposo: dicho exceso está contenido en el artículo 66 del código penal venezolano, como causa de atenuación de la pena.... Este es el momento típico del exceso de la ofensa, es el más corriente por ser la situación que comúnmente ha tenido su origen en una situación de legítima defensa. En el exceso doloso hay plena imputabilidad, en el culposo —como lo hemos expresado— obra como causa de atenuación, puede nacer en un cálculo negligente o en un acto de imprudencia*.

Exceso justificado: se presenta cuando la extralimitación por parte de quien se defiende ha surgido de un estado de incertidumbre, temor o terror. Así lo consagra el legislador en la parte final del comentado artículo 65 del C.P.V., expresando:

...Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en estado de incertidumbre, temor o terror, traspasa los límites de la defensa*.

Lo discutible de este punto es que el legislador venezolano equipará la circunstancia de encontrarse el sujeto en estado de incertidumbre, temor o terror con la legítima defensa, es decir comparó una causa subjetiva basada en un estado anímico con una causa objetiva como lo es la legítima defensa. Esta es la crítica que hace Jiménez de Asúa (1980, 301) quien establece "que las defensas aterrorizadas no son otra cosa que una causa de inimputabilidad y si queremos, pensando en que también la incertidumbre sirva de excepción, una forma de inculpabilidad, mas nunca puede ser,
repitámoslo, una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuricidad objetiva"

La mayoría de los autores contemporáneos son unánimes al admitir que el estado emocional por incertidumbre, temor o terror, está encuadrado dentro de las causas de inculpabilidad y que nunca podrá considerársele como causa de justificación. Así mismo creen que dicha incertidumbre o temor pueden eximir de responsabilidad penal al agente por falta de intención o como causa de inimputabilidad cuando el temor o el terror originen una perturbación en la mente del referido sujeto. En conclusión el aparte del numeral tercero del artículo 65 del Código Penal venezolano debe ser tratado aparte de las causas de justificación y deberá encuadrarse dentro de las causas eximente de culpabilidad o de imputabilidad.

Volviendo al punto del exceso en la defensa, Chiossone (1981, 134) sostiene que "la determinación del exceso es cuestión de hecho; pero siempre habrá que distinguir si ese exceso fue simplemente culposo o doloso". Según el referido autor para poder realizar dicha valorización es menester acudir a la teoría de los motivos determinantes, formulada por la escuela positivista del Derecho penal. Según la cual el motivo determinante de la acción u omisión criminosa nos precisa la intención del agente, y por lo tanto, entonces podremos apreciar si el exceso de la defensa fue culposo o doloso.
Desde nuestro punto de vista, los motivos del exceso no juegan papel alguno en la consideración de la aplicación de la ley, por lo tanto, siempre que el autor de la defensa se exceda en sus requisitos, debe aplicarse el citado artículo 66. Todo ello se explica por el carácter excepcional de la legítima defensa.
CAPÍTULO V. LEGITIMA DEFENSA DE TERCEROS

En cuanto a este punto es importante destacar que el Código Penal venezolano no prevé expresamente la legítima defensa de terceros. En tal sentido sostiene Arteaga Sánchez (1985, 182) que la defensa de terceros está encuadrada en el ordinal 1ro del artículo 65 del Código penal venezolano, al referirse al “ejercicio legítimo de un derecho”. Dicho artículo expresa lo siguiente:

No es punible: “El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, sin traspasar los límites legales”.

En relación a esto, consideramos que algunas veces la ley reconoce a ciertas personas el derecho de ejecutar actos tipificados en la ley como delitos, no obstante estos actos son justos, lícitos pues quien ejerce su derecho a nadie puede ofender. Ahora bien, cuando el Código penal excluye de responsabilidad al que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, se refiere a derechos reconocidos por la ley y como no existe una norma que consagre expresamente la defensa de terceros, en opinión del autor, es de difícil aplicación dicha percepción de Arteaga Sánchez.

Por lo tanto, consideramos que la legítima defensa de terceros sólo quedaría encuadrada dentro del estado de necesidad establecido en el ordinal 4to del
artículo 65 del Código Penal venezolano, el cual establece:

"El que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona o la de otro, de un peligro grave o inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa, y que no pueda evitar de otro modo".

Ahora bien, de la lectura del artículo anterior se desprende que el sujeto podrá defender o salvaguardar su persona o la "persona" del tercero, pero no los bienes o derechos de "otro". Sin embargo, para solucionar este caso (defensa de bienes de terceros), pudiera acudirse a una causa supraregal de justificación. Así, deberían ser susceptibles de defensa los bienes pertenecientes a terceros en razón de un deber de solidaridad humana hacia los necesitados. El Código penal al castigar la omisión de socorro (art. 440 del Código Penal) refleja su intención de establecer un deber de solidaridad, por lo tanto pudiera afirmarse que el legislador implicitamente reconoció la defensa de bienes de terceros.
CONCLUSIONES

-La legítima defensa constituye una causa de justificación, cuyo fundamento radica tanto en la defensa del derecho individual como del ordenamiento jurídico.

-En cuanto a la agresión, la misma se entiende como cualquier amenaza de lesión contra bienes jurídicos protegidos. La misma no implica acometimiento físico contra la persona, de lo que se desprende que la omisión puede constituir un ataque, siempre y cuando exista un deber previo de actuar de una determinada forma. En cuanto al carácter de la agresión, nos pronunciamos por aceptar la legítima defensa frente a acciones de carácter culposo, en virtud de que la ley solo exige que la agresión sea antijurídica y no que tenga carácter doloso.

Con relación a las agresiones que provengan de inimputables, el agredido debe limitarse únicamente a la autodefensa y a la protección de los bienes y solo podrá lesionar al agresor en el caso que no tenga otra opción.

-En cuanto a la ilegitimidad de la agresión, la misma constituye el presupuesto principal de la legítima defensa y lo que la diferencia de otras causas de justificación. Dado que es el requisito que inicia el ejercicio del derecho de defenderse; es importante destacar que la agresión además de ilegítima debe conllevar el riesgo de causar daño, por lo que si no existe dicho riesgo no podrá hablarse de legítima defensa por encontrarse el sujeto o sus bienes fuera de
peligro.

-La agresión debe ser actual puesto que no cabe defensa contra ataques pasados, por lo cual la reacción del agredido sería vengativa y no precautoria. Sin embargo, la defensa no sólo puede ejercerse contra una agresión actual sino que también es posible contra una agresión inminente. Como un punto importante dentro de la actualidad de la agresión se analizó lo relativo a los instrumentos o mecanismos utilizados para proteger los derechos de las personas entre estos la vida o la propiedad llegándose a la conclusión de que los mismos pueden ser utilizados siempre que el instrumento se active en el momento en que se inicie la agresión.

-Sobre los bienes defendibles, los personales serán susceptibles de defensa, siempre que los mismos sean individuales. Por lo tanto, no cabe la legítima defensa de bienes supraindividuales. Las personas jurídicas, inclusive el Estado son susceptibles de legítima defensa, en virtud de que ellas son titulares de derechos y por ende ante una situación que los ponga en peligro tendrán la necesidad de defenderlos. Con relación a la vida en formación y su defensa por parte de terceros, ella deberá aceptarse en virtud de que la interrupción de la vida intrauterina es considerada por ser un delito tipificado en los artículos 432 y SS del Código Penal venezolano, en tal sentido el tercero con su intervención estaría evitando la comisión del mencionado delito. Igual solución se daría en relación al cadáver ya que éste también
representa un interés protegido por la comunidad, concretamente el respeto, honor, que merecen los difuntos.

-Sobre a necesidad de la defensa el agredido debe emplear el instrumento o medio defensivo que cause el menor daño posible al agresor, en todos aquellos casos en que sea posible escoger el medio defensivo. Cuando no tenga otra opción que reaccionar con lo que tiene, se aceptará como proporcionada su respuesta al ataque. En cuanto a la proporcionalidad consideramos que la defensa debe ser acorde con la gravedad de la agresión, pero atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto.

-Sobre el elemento subjetivo de la legítima defensa es necesario que el sujeto que se defiende de un ataque tenga la intención de hacerlo. Tal requisito se exige en el artículo 55 ordinal tercero que alude a la persona que "pretenda haber obrado en defensa propia".

-La falta de provocación suficiente como requisito de la legítima defensa se entiende como falta de inocencia del autor de la misma.

-La doctrina penal considera el error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa de dos maneras distintas: la primera constituida por los que consideran a la defensa putativa un error de prohibición y la segunda, de mayor aceptación hoy en día, considera la referida institución como un error de tipo, estableciendo que aún cuando el error no afecte el tipo del delito, si
afecta la situación descrita en el tipo de la legítima defensa (error de tipo negativo) y no solo a su regulación jurídica.

-Por otro lado, en referencia al exceso en la legítima defensa, el Código penal venezolano lo regula en su artículo 66. Lo discutible de este punto es que el legislador venezolano equiparó la circunstancia de encontrarse el sujeto en estado de incertidumbre, temor o terror con la legítima defensa. Consideramos que el estado emocional por incertidumbre, temor o terror, está encuadrado dentro de las causas de inculpabilidad y nunca podrá considerársele como causa de justificación.

-La defensa de terceros encuadraría dentro del estado de necesidad, mientras que la defensa de derechos de otros sería un supuesto supralegal de justificación.
BIBLIOGRAFÍA


